

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS.
SEMINARIO DE GRADUACIÓN EN CIENCIAS JURÍDICAS AÑO 2013
PLAN DE ESTUDIOS 2007**



TEMA:

LA INFLUENCIA DEL IUSNATURALISMO EN LAS RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL PERIODO 2009-2013 EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

**TRABAJO DE INVESTIGACIÓN PARA OBTENER EL GRADO DE:
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

ERNESTO ALEJANDRO CALLEJA MENJÍVAR
HUGO RIOMMEL MARROQUIN ESCOBAR
MANUEL ERNESTO RODRÍGUEZ MOLINA.

DIRECTOR DE SEMINARIO
DR. JOSE HUGO GRANADINO MEJIA

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, JUNIO 2014

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

ING. MARIO ROBERTO NIETO LOVO
RECTOR

MSC. ANA MARIA GLOWER DE ALVARADO
VICERRECTOR ACADEMICO

DRA. ANA LETICIA ZA VALETA DE AMAYA
SECRETARIA GENERAL

LICDO. FRANCISCO CRUZ LETONA
FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DR. JULIO ALFREDO OLIVO GRANADINO
DECANO

DR. DONALDO SOSA PREZA
VICEDECANO

LIC. OSCAR ANTONIO RIVERA MORALES
SECRETARIO

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFAN MATA
DIRECTORA DE ESCUELA DE CIENCIAS JURIDICAS

DR. JOSE HUGO GRANADINO MEJIA.
DOCENTE DE SEMINARIO

INDICE.

Contenido	Página.
Introducción	i-iii.

CAPITULO I

MANEJO METODOLOGICO DE LA INVESTIGACION

1.1 Planteamiento Del Tema.	1
1.2 Delimitación Del Tema.	3
1.2.1 Delimitación Temporal.	
1.2.2 Delimitación Teórica.	4
1.2.3 Delimitación Espacial.	5
1.3 Justificación De La Investigación.	6
1.3.1 Justificación.	
1.4 Objetivos.	9
1.4.1 Objetivo general.	
1.4.2 Objetivos específicos.	
1.5 Nivel Y Tipo De Investigación.	10
1.5.1 Nivel de la Investigación.	
1.5.2 Tipo de Investigación.	
1.5.3 De La Ausencia De Elaboración De Hipótesis	
1.6 Instrumentos De Investigación.	11

CAPITULO II

DESARROLLO HISTÓRICO DEL PENSAMIENTO

IUSNATURALISTA

2.1. Ideas Primitivas Del Iusnaturalismo.	12
2.1.1 Platón y Aristóteles.	20
2.2 Iusnaturalismo Panteísta.	24
2.2.1 Los Estoicos.	
2.2.2 El Estoicismo Primitivo O Griego	26
2.2.3 El Estoicismo Romano.	28
2.2.3.1 Marco Tulio Cicerón.	
2.3 Iusnaturalismo Cristiano o Teológico	33
2.3.1 San Pablo De Tarso.	34
2.3.2 San Agustín De Hipona.	36
2.3.3 Santo Tomás De Aquino.	39
2.3.3.1 De La Conciencia Moral Y De Los Principios De La Ley Natural Moral Según Santo Tomás De Aquino.	45
2.4 Decadencia Del Tomismo Y La Secularización De La Moral: Transición Al Racionalismo.	47
2.4.1 Decadencia del Tomismo.	
2.4.2 La Secularización de la moral.	50

2.5 El Racionalismo.	51
2.5.1 René Descartes.	53
2.5.2 La Escuela De Los Teólogos Juristas Españoles Del Siglo XVI	56
2.6 Iusnaturalismo Racionalista.	60
2.6.1 La Escuela del Derecho Natural.	62
2.6.1.1 Hugo Grocio.	63
2.6.1.2 Thomas Hobbes	65
2.6.1.3 Samuel Von Pufendorf	66
2.6.1.4 John Locke.	67
2.6.1.5 Christian Thomasius.	68
2.6.1.6 Christian Wolff.	69
2.6.1.7 Jean-Jacques Rousseau.	71
2.7 Immanuel Kant (1724-1804)	72
2.7.1 La Teoría Moral Práctica	
2.7.2 La Libertad	74
2.7.3 El Imperativo Categórico	75
2.7.4 La Autonomía de la Voluntad	76
2.7.5 El Concepto de Derecho	77

2.7.6 La Justicia	78
2.7.7 Derecho y Fuerza	
2.7.8 Ser y Deber Ser	79
2.8 Crisis De La Razón	
2.8.1 Friedrich Nietzsche (1844-1900).	82
2.9 Del Surgimiento De Corrientes Iusfilosoficas Antagónicas	
A La Doctrina Del Derecho Natural.	89
2.9.1 El Empirismo.	90
2.9.2 Escuela Histórica Del Derecho.	
2.9.3 Realismo Jurídico	92
2.9.4 El Positivismo Jurídico.	93
2.10 Finalización De La Segunda Guerra Mundial Y El	
Resurgimiento Del Iusnaturalismo.	94
2.10.1 Los Juicios De Núremberg	95
2.10.2 Gustav Radbruch.	97
2.10.3 La Declaración Universal De Los Derechos	
Humanos De 1948	99
2.10.4 Jacques Maritain.	100
2.11 El Iusnaturalismo En La Actualidad	102

2.11.1 Ronald Dworkin.	
2.11.2 John Finnis.	106
2.11.2.1 Controversias En Torno A La Teoría De La Ley Natural	109
2.11.2.2 Ser Y Deber, Naturaleza Y Razón Práctica.	110
2.11.2.3 Valores Básicos Evidentes Y No Jerarquizados	113
2.11.2.4 El Fundamento Del Orden Moral: Dios	114
2.11.2.5 Evolución Y Obras Principales	115

CAPITULO III
RELACIÓN ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO
JURÍDICO COMO CORRIENTES JURÍDICO-FILOSÓFICAS
ANTAGÓNICAS.

3.1 El Positivismo Jurídico: Generalidades.	118
3.2 Origen	119
3.3 Vertientes Del Positivismo Jurídico	121
3.3.1 Positivismo Como Una Metodología.	
3.3.2 Positivismo Jurídico Como Una Teoría Del Derecho.	122
3.3.3 Positivismo Jurídico Como Una Ideología.	124
3.4 Iusnaturalismo Y Positivismo Jurídico	125
3.4.1 Diferencias Entre Iuspositivismo Y Iusnaturalismo	126
3.4.2 Criticas Del Positivismo Jurídico Al Iusnaturalismo.	127

3.4.3 Exposición Y Refutación De Los Argumentos De Hans Kelsen Contra La Doctrina Del Derecho Natural.	132
3.4.3.1 Caracterización De La Doctrina Del Derecho Natural (Según Hans Kelsen)	
3.4.3.2 Argumentos De Hans Kelsen Contra La Doctrina Del Derecho Natural	137
3.5 Situación Actual De La Pugna Entre Iusnaturalismo Y Positivismo Jurídico	150

CAPITULO IV.-

DERECHOS FUNDAMENTALES.

4.1 ¿Qué Son Los Derechos Fundamentales?	157
4.1.1 ¿Diferencia Entre Derechos Fundamentales Y Derechos Humanos?	158
4.2 Evolución Histórica De Los Derechos Fundamentales	159
4.2.1 Nacimiento	161
4.2.2 Evolución Histórica	162
4.2.3 Breve Desarrollo Histórico De Los Derechos Fundamentales En El Salvador.	164

4.3 Características De Los Derechos Fundamentales.	178
4.4 Clasificación.	179
4.4.1 Derechos Individuales Civiles Y Políticos O Derechos De Primera Generación	180
4.4.2 Derechos Colectivos Económicos, Sociales Y Culturales O De Segunda Generación	181
4.4.3 Derechos Comunitarios O De Tercera Generación	184
4.4.4 Derechos De Minorías O De Cuarta Generación	
4.4.5 Clasificación En La Constitución Salvadoreña	

CAPITULO V
ESTUDIO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE LAS
RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL
DEL PERÍODO 2009-2013 EN MATERIA DE DERECHOS
FUNDAMENTALES

5.1 Sentencia De Amparo Ref. 310-2013 (Caso Beatriz)	185
5.1.1 Breve Resumen De La Sentencia	
5.1.2 El Derecho A La Vida.	187
5.1.3 El Aborto: Un Atentado Contra El Derecho A La Vida Del Concebido	191

5.2 Sentencia De Hábeas Corpus Ref. Hc 90-2011	197
5.2.1 Breve Resumen De La Sentencia	
5.2.2 La Libertad Desde El Iusnaturalismo	198
5.3.3 Del Derecho De Libertad Personal	200
5.3 Sentencia De Inconstitucionalidad Ref. 130-2007/22-2008	203
5.3.1 Breve Resumen De La Sentencia	
5.3.2 Sobre El Derecho A La Igualdad	205
5.4 Dignidad Humana, Derecho Natural Y	
Derechos Fundamentales.	209
5.4.1 Ontología De La Dignidad Humana.	211
5.4.2 Dignidad Humana Y Derechos Humanos	
Fundamentales.	213
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
Conclusiones	215
Recomendaciones	224
Bibliografía	226

INTRODUCCIÓN

Elemental es que el ser humano necesita y desea saber y conocer siempre la verdad, no le da igual la verdad que la mentira, este es un anhelo, una necesidad que se extiende y se manifiesta en todos los niveles, no siendo la excepción la explicación del fenómeno jurídico: ¿qué debemos entender por Derecho? ¿Cuáles son sus alcances, sus fuentes, sus características, sus formas de operar? Las respuestas a estas interrogantes no alcanzarían a satisfacer de manera considerable los anhelos de conocer la verdad sobre el fenómeno jurídico hasta sus consecuencias más profundas, es decir, anhelos que desembocan en la reflexión filosófica: ¿por qué y para qué existe el Derecho? ¿En qué se fundamenta el Derecho, en categorías que poseen objetividad o que carecen de la misma y en consecuencia se relativizan por medio de categorías y conceptos subjetivos o intersubjetivos? ¿Existen realmente fundamentos objetivos que soporten la existencia de estructuras tan complejas y necesarias como los Derechos Humanos?

A lo largo de la Historia de la humanidad se han desarrollado diversidad de corrientes filosóficas denominadas lusfilosóficas que brindan respuestas a estas interrogantes. Descubrimos así, respuestas totalmente negativas y escépticas, pero también las hay en sentido positivo. De estas últimas identificamos la Doctrina del Derecho Natural y es que la pregunta de si hay más Derecho que solo el establecido o el mandado como tal por las autoridades, acompaña a la historia de la humanidad y, seguramente, a la historia de cada hombre.

Aquel interrogante vital centrado en el alcance y objeto de la validez u obligatoriedad jurídica, no sólo acompaña a la humanidad desde aquellos que primero se interrogaron o admiraron por el Derecho y el poder, sino que suscitó a lo largo de la historia apasionados e irracionales y hasta violentos debates. Si bien no faltaron los que intentaron eliminar coercitivamente el contradictor del espacio en donde se desarrollaba la poleica fue muy habitual otra respuesta menos agresiva, pero igualmente intolerante, dirigida a caricaturizar al rival.

La solidez, coherencia y fundamentación racional de las respuestas a estos cuestionamientos, definitivamente dependerá también de cuanto se conoce a la alternativa descartada. Es evidente que a esta altura del debate referido, el mismo se ha tornado complejo, en buena medida ha dejado de ser un diálogo entre sordos y no hay lugar para torpes que sólo estén dispuestos a un esfuerzo fácil e improvisado.

En el ámbito intelectual y en especial en el filosófico-jurídico es necesaria la búsqueda de los argumentos y fundamentos que soporten sólidamente las ideas y posturas planteadas, sometiéndolos a sus últimas consecuencias para lograr satisfacer la necesidad de conocer la verdad que engloba al Derecho. Resulta necesario aclarar nuestra tolerancia hacia quienes no logran fundamentar sus explicaciones iusfilosóficas en nuestro entorno cotidiano, pero teniendo Derecho pleno de albergar nuestras reservas ante posturas inmediateístas que abordan el tema iusfilosófico de manera incompleta, pues se tolera al que yerra, pero se es intolerable con el error.

A lo largo del desarrollo de esta investigación utilizaremos términos como Derechos Humanos y Derechos Fundamentales como sinónimos, pues concluimos que la diferencia entre estos es de carácter práctico y terminológico, pero que en esencia son la misma cosa, pues la misma doctrina Constitucionalista unifica criterio al definir los Derechos Fundamentales como Derechos Humanos Constitucionalizados.

Pudiera parecer que abordar el análisis de las seleccionadas resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional en materia de Derechos Fundamentales constituye solamente un pretexto para abordar el análisis de éstos últimos desde el enfoque iusnaturalista. Esta posible apariencia se descarta de antemano, pues una resolución emitida por una Autoridad Judicial como la Sala de lo Constitucional en una realidad tan Compleja como los Derechos Fundamentales es, generan efectos de evidente relevancia en todas las esferas de la actualidad jurídica.

Siendo nuestro tema de investigación “La influencia del Iusnaturalismo en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional período 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales” exponemos la forma en que ha evolucionado el pensamiento Iusnaturalista a lo largo de la historia, plasmando su recorrido desde las ideas previas al Iusnaturalismo en la antigua Grecia, posteriormente el pensamiento estoico, el cristiano, el racionalista y la manera en que surgen las corrientes antagónicas a la Doctrina del Derecho Natural que tanto impacto han hecho en el desarrollo del pensamiento Iusfilosófico hasta nuestros días. Expondremos al Iuspositivismo y al Iusnaturalismo como corrientes jurídico-filosóficas antagónicas, la pugna entre estas y las principales críticas realizadas de la primera a la segunda. Seguidamente realizaremos una breve exposición sobre los Derechos Fundamentales por medio de un estudio estrictamente desde el Derecho Constitucional y finalmente el análisis de las resoluciones seleccionadas, abordando el desarrollo de los Derechos Fundamentales a la libertad, la vida y la igualdad desde el Iusnaturalismo y como la Dignidad de la Persona Humana envuelve y da soporte a estos Derechos necesarios para el desarrollo pleno de las finalidades de la persona.

CAPITULO I

MANEJO METODOLÓGICO DE LA INVESTIGACION

1.1 Planteamiento del Tema

Dentro de las cosas que vuelven diferentes a muchos seres humanos del resto de los seres vivos hasta hoy conocidos sobre la faz de la tierra, es el hecho que sus vidas se rigen por el mundo del deber ser, significa esto, que solamente en la vida del ser humano se da el fenómeno de la norma, es decir, enunciados que restringen, dejan hacer, u ordenan ciertas conductas del ser humano hacia los demás seres humanos en relación con las demás cosas que lo rodean con la finalidad de lograr el desarrollo pleno de los mismos en su esfera individual y social. Ese fenómeno llamado norma se ha hecho presente y se ha ido desarrollando de diversas maneras en la historia de la humanidad. Así es como en diversas sociedades han aparecido diversos sistemas normativos, que responden a las necesidades concretas e históricas de los pueblos.

Es así como se llega a la distinción de cuatro grupos o sistemas de normas que rigen la vida de los seres humanos, obteniendo como resultado los sistemas normativos religioso, moral, de los convencionalismos sociales y el sistema normativo jurídico, entre los cuales no siempre ha existido una clara línea divisoria. Cada uno posee características propias y se aplican en distintos campos de la actividad humana.

Entre las diversas disciplinas que abordan el fenómeno jurídico tenemos la Sociología del Derecho, la Historia del Derecho y desde luego la Filosofía del Derecho que se pregunta ante todo por el significado y justificación del Derecho, la validez y la legitimidad de las normas¹.

¹¹ Eduardo García Máynez, los cuatro *órdenes normativos de la conducta* son el Derecho, la moralidad,

El sistema normativo jurídico es el de mayor relevancia social, por una característica esencial, la coercibilidad, que es la facultad que el Estado tiene para hacer uso de la fuerza en caso de que una norma jurídica sea incumplida. El Estado valiéndose de su poder de imperio crea la Ley por medio del Órgano Legislativo.

¿Por qué obedecer la norma? Se habla entonces de legitimidad, las razones que hacen que una norma jurídica deba cumplirse. El planteamiento iusnaturalista al que se hace referencia en este trabajo, dirá que una norma es legítima cuando es una norma justa; cuando hacemos valoraciones sobre lo justo o injusto entramos dentro de la esfera de la Axiología Jurídica la cual a su vez es parte de la Filosofía del Derecho.

El pensamiento iusnaturalista ha pasado por varias etapas en la historia de la humanidad, desde las primeras ideas de Platón y Aristóteles, el iusnaturalismo estoico, el cristiano, teniendo como máximos exponentes a San Agustín y a Santo Tomás de Aquino, y finalmente el llamado iusnaturalismo racionalista relacionado directamente con el pensamiento ilustrado y teniendo como representantes destacados a Hugo Grocio e Immanuel Kant.

En la mayoría de democracias occidentales el ordenamiento jurídico esta jerarquizado, estando en la cúspide de esa jerarquía la Constitución según la pirámide Kelseniana, sin ser la excepción El Salvador, donde la Constitución es la norma primaria, norma fundamental que le da soporte a todo el sistema normativo jurídico, el cual debe de estar en armonía con lo que esa misma norma manda la cual establece una gama de Derechos y obligaciones dirigidas a la persona humana, la forma de gobierno, el sistema político, los órganos de gobierno, el sistema económico y otros. Dentro de los Órganos

la religión y los "convencionalismos sociales" (*Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983, p. 51).

de Gobierno la Constitución hace efectiva la teoría de la división de poderes, teniendo como resultado la existencia de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, este último está integrado por los tribunales de primera instancia, las Cámaras de Segunda Instancia, sus respectivas salas y la honorable Corte Suprema de Justicia, la cual a su vez está integrada por cuatro salas: Sala de lo Penal, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala de los Civil y Sala de lo Constitucional.

La Sala de lo Constitucional según el art 174 de la Constitución, es el único tribunal competente para conocer las demandas de Inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, los procesos de Amparo y Habeas corpus, y las controversias entre los Órganos Legislativo y Ejecutivo. Dentro de esta función de garante de la Constitucionalidad encontramos los Derechos Fundamentales, los cuales son indispensables para el pleno desarrollo de la persona y se encuentran presentes en cada momento de la actividad humana.

1.2 DELIMITACIÓN DEL TEMA

1.2.1 Delimitación Temporal

La Sala de lo Constitucional como autoridad Judicial dentro de la Sistema Jurisdiccional de nuestro país, específicamente dentro de la Corte Suprema de Justicia, tiene su origen a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de la República de El Salvador del año 1983, reemplazando la Sala de Amparos. Actualmente nos encontramos en el año 2013 y desde aquel entonces han existido diferentes salas en sus períodos correspondientes, por consiguiente, una amplia gama de resoluciones que nos resultaría casi imposible estudiar cada una de ellas para un trabajo de Tesis, debido a que requieren mucha disposición analítica y en consecuencia mucho tiempo de trabajo.

En consecuencia como grupo de Tesis se decidió estudiar únicamente las resoluciones de la Sala de lo Constitucional del período 2009 al 2013. En relación a la delimitación respecto a la corriente jurídico-filosófica del lusnaturalismo, consideramos la misma improcedente, esto en razón de que se escrutarán los elementos lusnaturalista junto con sus diferentes posturas desarrolladas a lo largo de la historia, es decir, la investigación versará sobre la influencia de elementos de una corriente de pensamiento no delimitados temporalmente sobre las resoluciones de una autoridad judicial delimitada de conformidad a un tiempo en específico. En consecuencia el análisis se realizará sobre la influencia del lusnaturalismo sobre las resoluciones de la Sala de lo Constitucional en funciones, que derivan del Periodo 2009 hasta el 2013.

1.2.2 Delimitación Teórica

La Sala de lo Constitucional del período 2009-2013, a partir del año 2009 hasta la fecha ha emitido una serie de resoluciones: Inconstitucionalidades de nombramientos de funcionarios del Estado, Inconstitucionalidades sobre ciertos pasajes de leyes secundarias, también ha resuelto muchos casos de Habeas Corpus, casos de Amparo, es decir, que aún después de haber realizado la delimitación temporal sobre el tema, resultan demasiadas las resoluciones que ha emitido la Sala en el periodo mencionado.

Debido a lo anterior nos vemos en la necesidad inminente de delimitar teóricamente nuestro tema de investigación, es por eso que dicho problema de investigación versará sobre resoluciones más relevantes que pronunció la Sala de lo Constitucional únicamente en materia de Derechos Fundamentales y su relación con la corriente jurídico-filosófica del lusnaturalismo.

En consonancia con lo antes expresado, la primera resolución a analizar será

la Sentencia de Amparo con referencia 310-2013 de fecha 28 de Mayo de 2013 (caso Beatriz) promovido a favor de una paciente del Hospital Nacional Especializado de Maternidad “Raúl Argüello Escolán”, en contra del Dr. Roberto Edmundo Sánchez Ochoa, Director; Lic. Jorge Alberto Morán Funes, Jefe de la Unidad Jurídica; y Dr. Guillermo Antonio Ortiz Avendaño, Jefe del Servicio de Perinatología, todos del mencionado nosocomio, por la vulneración de sus Derechos Fundamentales a la Vida y a la Salud.

Otra resolución que será objeto de análisis en el desencadenamiento de ésta investigación será la Sentencia de Inconstitucionalidad de referencia 130-2007/22-2008 de fecha trece de enero de dos mil diez iniciado de conformidad con el art. 77-F inc. 1º de la L.PR.Cn., mediante certificaciones de la resoluciones emitidas el 26-XI-2007, y el 20-VIII-2008 por la Jueza Tercero de lo Mercantil de San Salvador; por medio de las cuales declaró inaplicable el art. 639 inciso 1º del Código de Procedimientos Civiles (Pr.C.) por considerarlo contrario a los artículos 2 inc. 1º y 3 inc. 1º de la Cn., éste último referente al Derecho a la Igualdad. Como parte resolutive, en el desarrollo de éste trabajo, se hará un análisis referente a la Sentencia de Hábeas Corpus de Referencia 117-2007 de fecha veintinueve de Julio de dos mil nueve, proceso iniciado por solicitud del Licenciado Mardoqueo Josafat Tochez Molina, a favor de *Bertrand Alfred Evequóz*, de nacionalidad suiza, por haber permanecido en detención durante veintidós días en las bartolinas de la División de Fronteras de la Policía Nacional Civil, a la orden de la Dirección General de Migración y Extranjería. En esta ocasión, la sala se pronuncia como es de esperar sobre el Derecho Fundamental de la Libertad.

1.2.3 Delimitación Espacial

La Sala de lo Constitucional como parte del Órgano Judicial, nace a partir de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, posteriormente,

dicho tribunal de justicia constitucional se regula en el año de 1984 con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Judicial por medio del Decreto N°123 de la Asamblea Legislativa de El Salvador. La jurisdicción y competencia de la misma, la regula la Ley de Procedimientos Constitucionales, teniendo como resultado que su jurisdicción es a nivel nacional, definiendo su competencia en razón de la materia, referida a los procesos de Amparo, Hábeas Corpus y procesos de Inconstitucionalidad; dicha jurisdicción y competencia la ejerce sobre los límites territoriales que el artículo 84 de la Constitución de la Republica establece, por tanto, las Resoluciones de la Sala de lo Constitucional, del período 2009-2013, tienen incidencia en todo el territorio de la República de El Salvador.

1.3 JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

1.3.1 Justificación

Las investigaciones de pregrado referidas a la carrera de la Licenciatura en Ciencias Jurídicas en nuestro país, comúnmente versan sobre temas de Derecho Civil, Penal, Mercantil, Laboral, Derecho Público y otros, en resumen, temas que abarcan problemáticas del Derecho Positivo, pero en escasas ocasiones nos encontramos ante investigaciones sobre temas de Filosofía del Derecho y mucho menos que ésta tengan una relación con el Derecho Constitucional. Este es un tema que muy pocos desarrollan para poner al servicio de nuestra comunidad jurídica, tanto así, que existe muy poca comprensión de los elementos jurídico-filosóficos que inspiran los cuerpos normativos que forman parte del Sistema Jurídico, pero no solo en los cuerpos normativos, sino también los que inspiran las resoluciones judiciales como parte de la motivación de las mismas. Para el caso el jurista y profesor argentino Rodolfo Luis Vigo menciona cuando menos tres causas específicas del desinterés lusfilosófico:

1) El dogmatismo de la Ciencia Jurídica moderna que se funda en una obsesión por construir una ciencia sistemática, rigurosa y completa según el paradigma de las ciencias físico-matemáticas, y que impide el intento de construir un discurso fuera de los límites del Derecho Positivo y de hacer consideraciones crítico-valorativas de ese Derecho;

2) El idealismo de la Filosofía Jurídica que, al quedar desplazada la reflexión filosófica estricta sobre el Derecho, se desentiende casi completamente de la experiencia y realidad concreta jurídicas;

3) El utilitarismo profesional que se impone dada la previsibilidad del Derecho legislado, haciendo que la tarea jurídica y el saber que se ocupa de ella queden desplazados del campo ético y activo y pasen al campo técnico y factible, con lo que el esfuerzo por develar y realizar lo justo queda sustituido por la habilidad de alcanzar un fin útil: “En el saber jurídico deja de estar comprometido el bien personal y el común a través de la justicia, para resumirse en la astucia lucrativa que posibilite una sentencia judicial”².

En lo particular como grupo de Tesis en nuestra experiencia a lo largo de la carrera nos hemos enfrentado con la circunstancia que se da mayor preponderancia al estudio limitado de las leyes, y que en muchas ocasiones pareciere que el Derecho se reduce a una Ley Positiva, cuando sabemos que el Derecho incluye además de las normas positivas: principios y valores que requieren un estudio y análisis más profundo que trasciende y da soporte a dichas leyes.

Es precisamente lo anterior lo que da una razón de ser determinante a nuestra investigación, cuyo resultado pretendemos sea de gran ayuda para

² **VIGO, Rodolfo Luis**, Interpretación jurídica (del modelo luspositivista legalista decimonónico y las nuevas perspectivas) Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2003, pp.291.

nuestra comunidad jurídica, en cuanto a la comprensión e identificación de la influencia directa e indirecta que realiza una corriente jurídico-filosófica de tanta importancia y trascendencia como es el Iusnaturalismo en nuestro Sistema Normativo Jurídico. Principalmente, nuestra Carta Magna posee una marcada influencia Iusnaturalista; de hecho, en su preámbulo, podemos apreciar dicha influencia en sobremanera; por tanto, y como consecuencia lógica, toda la Constitución se basa en sentidos de Justicia, dignidad humana, bien común -cuestión que comprendería también todo el sistema de leyes- donde el poder constituyente deposita su confianza en Dios y decretan la Constitución de la República para la construcción de una sociedad más justa³; y, es precisamente a partir de ese momento, que se llega a la conclusión, de que en nuestra norma suprema ya existe una influencia bien definida del Iusnaturalismo, que vendría a dotar y a crear marcadas líneas de pensamiento y análisis en nuestro Derecho Constitucional y especialmente en los Derechos Fundamentales.

Como máxima Autoridad Judicial, encargada de la defensa de la Constitución de El Salvador, en nuestro sistema, tenemos la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, es por esa razón que hemos decidido darle ese enfoque a nuestro tema en relación al que hacer judicial de dicha autoridad en materia de Derechos Fundamentales con íntima relevancia a la Filosofía del Derecho. Se considera de gran importancia identificar aquellos elementos jurídico-filosóficos que dan sentido y dirección al contenido sustancial de las resoluciones de la Sala de lo Constitucional actual.

³ **Decreto nº 38:** Nosotros, representantes del pueblo Salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en DIOS, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.

Asimismo y en alusión a otro postulado importantísimo que corrobora la necesidad de ésta investigación, lo encontramos en la utilidad que éste trabajo presenta, y sobre el particular se menciona, que la misma (Utilidad) radica en que ésta se convierta en una herramienta de consulta para estudios iusfilosóficos para la comunidad jurídica salvadoreña (tanto para el sector legalmente profesionalizado, así como para los que se encuentran en proceso de formación profesional) y en general para todas aquellas personas que deseen conocer y comprender la forma en la que inciden ciertos elementos iusnaturalista que sirven de fundamento y que dan soporte a las seleccionadas resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional objeto de estudio.

En el mismo sentido nuestra investigación servirá de apoyo para el análisis iusfilosófico de otras resoluciones judiciales en general, siempre que su contenido posea un punto pertinente, a modo que se aprenda a realizar una crítica iusfilosófica sobre el contenido y legitimidad de las mismas.

1.4 OBJETIVOS

1.4.1 Objetivo general: realizar un estudio preciso sobre los elementos iusnaturalista inmersos en las en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales, para cubrir el vacío que existe en nuestra comunidad jurídica en cuanto al conocimiento y comprensión de dichos elementos que inspiran las resoluciones de la entidad judicial mencionada.

1.4.2 Objetivos específicos:

i) Identificar por medio del análisis de resoluciones emitidas por la Sala de lo Constitucional, la influencia iusnaturalista en materia de Derechos Fundamentales.

ii) Determinar la relación existente entre el iusnaturalismo y Derechos Fundamentales en la Constitución Salvadoreña.

1.5 NIVEL Y TIPO DE INVESTIGACIÓN

1.5.1 Nivel de la Investigación

El presente estudio pretende cubrir dos niveles de conocimiento científico, el descriptivo y el explicativo por las siguientes razones: el nivel descriptivo se utilizará al momento de plantear los aspectos generales sobre el iusnaturalismo y el Positivismo, éste último como corriente iusfilosófica que se contrapone a la doctrina del Derecho Natural, y por otro lado los aspectos generales y específicos sobre los Derechos Fundamentales y las funciones que ejercen los mismos. En relación a los aspectos explicativos, estos se utilizarán al momento de plantear cuáles son los elementos iusnaturalista que influyen y dan soporte a las resoluciones de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

1.5.2 Tipo de Investigación

La investigación que realizaremos será de tipo bibliográfico o documental, en razón de que se trata de un tema de naturaleza teórica que no aborda de forma directa un fenómeno concreto o un hecho social, sino que, de manera precisa, se realiza una reflexión sobre la conceptualización que se desarrolla en determinada disciplina, es decir, que el resultado de nuestro estudio no producirá la obtención de elementos de carácter cuantitativo, en consecuencia pretendemos lograr generar elementos cualitativos.

1.5.3 De La Ausencia De Elaboración De Hipótesis

Siendo el principal objeto de nuestra investigación, realizar un estudio preciso sobre los elementos iusnaturalista inmersos en las resoluciones de la

Sala de lo Constitucional del periodo 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales, para lograr una comprensión de dichos elementos que inspiran las resoluciones supra mencionadas, nos basaremos en la obtención de datos informativos de fuentes secundarias, o sea, donde no existe un contacto directamente con personas mediante instrumentos complejos como la encuesta u otro instrumento de obtención de elementos de carácter cuantitativo extraídos de una muestra en específico, sino más bien se sustenta de información contenida en obras o documentos, realizados por aquellos que son expertos en la temática que se desarrolla en el presente estudio.

En consecuencia nuestra investigación prescindirá de la formulación de hipótesis, aclarando que no estamos abarcando una problemática que se sustenta en un supuesto hipotético, sino, más bien, la razón de ser de ésta investigación, se sustenta en la resolución de un problema de carácter teórico.

1.6 INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

Para la recolección de datos utilizaremos como instrumento clave *la entrevista*, lo cual no significa que realizaremos una investigación de campo, sino, lograr por medio de ella, la obtención de datos cualitativos provenientes de las opiniones, apreciaciones obtenidas de informantes clave, que son amplios conocedores de la Filosofía del Derecho y por tanto del pensamiento lusnaturalista, los cuales pretendemos sean los siguientes: Héctor Samour, José Humberto Morales, Rodolfo Luis Vigo y Magistrados de la Sala de lo Constitucional actual.

CAPITULO II

DESARROLLO HISTÓRICO DEL PENSAMIENTO IUSNATURALISTA

2.1. Ideas primitivas del Iusnaturalismo

Al Derecho positivo se suele contraponer el llamado Derecho Natural. Sobre el orden jurídico positivo se dice, existe otro intrínsecamente justo, universal y permanente, el del Derecho Natural, y se apela a la pregunta siguiente ¿Qué se debe entender por éste?

Como afirma Francisco González Vicén, por Iusnaturalismo suele entenderse *“una multiplicidad de corrientes doctrinales muy diversas, pero todas ellas con un denominador común: la creencia en un orden objetivo superior o suprapositivo de carácter universal, permanente e inviolable en el que se contienen los principios últimos del obrar humano que pueden ser conocidos por los seres humanos bien en forma directa –como recta razón escrita en los corazones- o a través de un discurso racional”*⁴.

El Iusnaturalismo sitúa al Derecho en una dimensión valorativa o moral⁵. El principal denominador común de todas las doctrinas Iusnaturalista consiste en que todas ellas afirman que la elaboración del Derecho Positivo, debe obedecer a ciertas normas ideales, cuya validez en sentido ideal, es previa, independiente y superior a la vigencia eventual, histórica, de las reglas positivas del Derecho producido por los hombres en cada situación histórica.

Este Derecho no es de hoy ni de ayer, vive eternamente y nadie sabe cuándo apareció. Este hecho la hegemonía de las normas ideales sobre las normas positivas no significa la supremacía de lo ético valorativo sobre el

⁴ **GONZÁLES VICÉN, Francisco**, “La Filosofía del Derecho como concepto Histórico” en *Anuario de Filosofía el Derecho*, t. XIV, Madrid, 1969, pp. 20.

⁵ **MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis. FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A.** “Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica”. Editorial Ariel S.A., p. 34.

texto o Derecho Positivo. La superposición de lo axiológico sobre lo objetivo, la categorización vertical del Derecho subjetivo sobre el objetivo. Esta relación, o superposición es la que nos interesa, por un hecho claro e importante: su trascendencia en la resolución de los problemas jurídicos y del uso del Derecho, es decir, aquello que determina la “validez” de los actos, decisiones y resoluciones jurídicas.

El problema del Derecho Natural, si se especifica, es mucho más preciso, consiste en preguntarse si, en una organización social dada, es posible admitir que el Derecho Positivo, o sea el Derecho tal como es definido por las autoridades, puede llegar a ser anulado por hallarse en oposición al Derecho Natural, independientemente de cualquier regla del Derecho Positivo. Parece bien clara la dificultad del problema técnico. Se trata de saber, por ejemplo, si una ley que viola los Derechos del hombre debería ser una ley aplicable⁶. Históricamente los primeros indicios de ideas lusnaturalista las encontramos en la Grecia antigua, aun cuando en esa época determinada no se utilizaba la frase en el sentido en que ahora se usa; y podemos encontrar en pensadores, concepciones que en la actualidad giran en torno a ésta noción.

El pensamiento ético y jurídico, no se ordena con carácter científico, sino hasta la consumación del “milagro griego”. Se denomina así al florecimiento cultural más trascendental de todos los tiempos, que tuvo lugar en Grecia de un modo aparentemente milagroso, es decir, sin causas evidentes que lo determinasen. Lo cierto es que en un pueblo semibárbaro, sin mayores diferencias con los otros, sobrevino una especie de “estallido” cultural.

Entonces, los griegos fueron los primeros en plantearse en profundidad los grandes problemas que todavía preocupan al hombre moderno, y florecieron simultáneamente casi todas las ciencias y casi todas las artes. Es por ello

⁶ LATORRE, Angel, *“Justicia y Derecho”*, Salvat Editores, Barcelona-España, 1974, P. 11.

que los griegos son el punto de partida obligado para comenzar a estudiar la historia del pensamiento filosófico del mundo occidental⁷.

En el proceso del Derecho helénico, tenemos que el Derecho Natural que se identificaba primeramente con las huertas insondables de la naturaleza exterior es más tarde el Derecho tradicional, más tarde un Derecho revolucionario que se identifica posteriormente con un Derecho abstracto, asimismo se tiene un Derecho Temporal, y por fin, en las doctrinas cínicas, epicúreas y estoicas es la misma naturaleza humana entendida como elemento primario de la esencia del hombre individualmente considerado⁸.

Dentro de los autores de la Grecia antigua que más se destacan y que realizan cierto aporte a las ideas primitivas al iusnaturalismo se señalan:

a) Homero (siglo IX a.C.): En éste, encontramos los primeros vestigios de ideas iusnaturalista no planteadas aun científicamente; los poemas homéricos reflejan un orden político aristocrático. Gobiernan reyes y nobles dedicados a la guerra y cuyo valor máximo es la fuerza.

Según Homero la justicia es una fuerza captada en lo real. Toda fuerza natural es declarada justa -en el sentido homérico de la palabra- con sólo haber sido captada su existencia. En las cosas hay tanta justicia como realidad haya en ella y la justicia se reduce finalmente a la ley captada en las cosas. A su vez, la naturaleza aparece como regulada porque se la ha examinado y comprendido a través de esa idea⁹.

b) Hesíodo (siglo VII a.C.): parece haberse fijado en aspectos contrarios a los de Homero, su teogonía no describe las hazañas de los Héroes, sino, los

⁷ LALANNE, Julio E. "Si Dios no existe, ¿todo está permitido?" Revista Libertas 41 (Octubre 2004) Instituto Universitario ESEADE. Buenos Aires. pág. 3.

⁸ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. "Los griegos y el Derecho Natural", segunda edición, Editorial Tecnos, 1962, p.15.

⁹ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Ob. Cit. P.18.

progresos cotidianos del orden y de la organización en un universo por mitad físico y supra físico. Los valores supremos de la comunidad son la justicia y la paz. Según éste autor, la violación de la justicia es siempre reparada¹⁰.

c) Anaximandro de Mileto (610 a.C.): La soberanía de la Justicia, da sentido y orden al universo redimiéndole del caos y convirtiéndola en cosmos. Crece así la autoridad de la justicia hasta convertirse en norma del ser y fortalecerse con la consistencia del ser mismo.

Desde ésta mentalidad, fue posible extraer la moralidad y la juridicidad humanas fuera del ámbito de cada ciudad y pretender regularlas mediante la manifestación en cada individuo, normas cósmicas que no tienen que identificarse con las normas particulares de tal o cual otra ciudad.

El hombre puede ser estudiado socialmente de modo paralelo a como lo hacían los médicos: como organismo natural viviente. Pudieron entonces los griegos tratar de saber lo que es justo y saludable en el sentido social, partiendo de la observación de la salud y la enfermedad, la normalidad y la anormalidad en la vida de la naturaleza¹¹.

d) Heráclito de Éfeso (535 – 470 a. C.): Realiza también su aporte en este contexto. Sostenía que “*Todas las leyes (nomoi) humanas se alimentan de una única razón (logos) divina*”¹².

Heráclito afirma que los nomoi, alude a esa normativa general que gobernaba la polis y que, con alguna licencia, (podemos llamar) el orden ético-jurídico humano, están indisolublemente unido a un logos divino. Lo interesante que se observa en el pensamiento de éste pensador, es en el siguiente cuestionamiento: *¿Qué significa logos en Heráclito?* El gran efesio

¹⁰ Ibídem. P.20

¹¹ Ibídem. P.25

¹² LALLANE, Julio E. Ob. Cit. P.7

utiliza la expresión, no en sentido lingüístico ni lógico, sino ontológico. La peculiaridad del uso del término en Heráclito ha recibido diversas interpretaciones, de las cuales mencionaremos las que consideramos las más acertadas. Para Ángel J. Cappelletti es esencialmente la *Razón Cósmica*, o sea la Razón universal y objetiva, que se identifica con la divinidad.

Por lo tanto, el *logos* viene a ser igual al Principio Divino. Razona este autor que ello no impide que se pueda considerar al *logos* heracliteo como una ley física, en cuyo caso, la ley física no es sino la expresión de la razón cósmica en cuanto esta determina las relaciones del devenir y de la transmutación entre las partes del cosmos. Heráclito identificaba el *logos* con la Divinidad o, si se quiere, con un aspecto de la Divinidad, que en otros fragmentos denomina el fuego. La Razón Cósmica establece una relación constante entre los fenómenos físicos. El *logos* de Heráclito, puede ser considerado como Ley Natural Suprema; éste *Logos*, como Razón de la naturaleza, rige a todos los seres, constituyéndolos en su ser y prescindiendo su devenir. Por eso es universal¹³.

El helenista alemán Werner Jaeger afirma que: *“El logos comprende la ley que Heráclito denomina divina, aquella en que pueden alimentarse todas las leyes humanas. El logos de Heráclito es el espíritu, como órgano del sentido del cosmos”; y agrega que la doctrina del gran efesio “enseña al hombre a seguir, en sus palabras y en sus acciones, la verdad de la naturaleza y sus leyes divinas”. Se ha dicho, también, que el logos heracliteo es: “La Inteligencia Cósmica; un orden natural, presente en todos los seres, como si fuera su componente material”; “La Razón y, al mismo tiempo, el alma del universo”; un principio metafísico que constituye el fundamento de un ideal*

¹³ CAPPELLETTI, Ángel J. *“La Filosofía de Heráclito de Éfeso”*, segunda edición, Editorial Monte Ávila, 1971, P. 56

*elevado de la vida humana; la mente divina que gobierna el universo*¹⁴.

e) Sófocles (496 a. C): para la Filosofía del Derecho, una significación peculiar. Ha sido el primero que sentó una afirmación clara, tajantemente contrapuesta con la ley positiva de la vigencia de la ley natural. Las leyes divinas que aborda Sófocles, no son sólo dispensadoras como en Hesíodo, sino orientadoras normativas de la conducta. Heráclito, Parménides, Píndaro, Esquilo, aseguraron que la norma de conducta tenía una radicalidad natural distinta de las de las leyes particulares. Pero es Sófocles quien define claramente un dualismo de las leyes, que en los anteriores, apenas cabe discernir si no es mediante hipótesis. Resulta interesante el siguiente pasaje en su obra Antígona:

“Creón a ANTIGONA: ahora responde tú. Limpia y sin reticencias. ¿No sabías tu que yo había prohibido hacer eso?”

ANTIGONA: lo supe ¿cómo podría ignorarlo? era público y notorio

CREON: y así ¿has tenido la osadía de transgredir las leyes?

*ANTIGONA: porque esas leyes no las promulgó Zeus. Tampoco la justicia que tiene su trono entre los dioses del averno. Ellos no han impuesto leyes tales a los hombres. No podía yo pensar que tus normas fueran de tal calidad que yo por ella dejara de cumplir otras leyes, aunque no escritas, fijas siempre, inmutables. No son leyes de hoy, no son leyes de ayer...son leyes eternas y nadie sabe cuándo comenzaron a vigir. ¿lba yo a pisotear esas leyes venerables, impuestas por los dioses, ante la antojadiza voluntad de un hombre, fuera el que fuera?”*¹⁵

Es aquí donde el dualismo entre lusnaturalismo y Derecho Positivo es en

¹⁴ **SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel.** Ob. Cit. P.18

¹⁵ **SOFOCLES.** “Las siete tragedias”. Sexta edición, editorial Porrúa, 1969, p.195

Sófocles una irreductibilidad trágica de la cual el centro emocional y dramático de Antígona, atentó a la realidad social; advierte Sófocles que la unidad de los contrarios avizorada por Heráclito estaba muy lejos de ser una solución a los problemas planteados en la vida jurídica por la polaridad entre Derecho Natural y Derecho Positivo.

Derecho Natural parece ser en Sófocles, el Derecho que ha venido siendo vigente en aquellos usos en donde se ha educado la sociabilidad de la polis en cuanto a que, su infracción o desconocimiento ocasionarían la ruptura de vínculos estimados como necesarios en la mentalidad ambiental.

f) Calicles: Contraria a la idea de Sófocles es la de Calicles, personaje de Platón en su diálogo *Giorgias*, puesto que defendía un Derecho Natural, pero un Derecho Natural del más fuerte o lo que se conoce como la teoría biológica. Este autor sostenía que el Derecho, tanto entre los animales como entre los hombres y las naciones, sólo es justo cuando sigue los dictados de la naturaleza; y la naturaleza ordena que el más fuerte, el más poderoso, el más valioso, el mejor, tenga más que el menos fuerte, el menos poderoso, el menos valioso, el peor.

La naturaleza demuestra a juicio de Calicles, que es justo que el que vale más, tenga más que otro que vale menos; y el fuerte, que tenga más, que el débil. Según este autor las leyes de los más débiles, quienes forman la mayoría de estos, al elaborarlas sólo han tenido en cuenta su propio interés y su propio bienestar¹⁶.

Lo que sostiene Calicles es que los hombres más hábiles en la política, los más sabios en el arte de gobernar, son los mejores, los más poderosos y por ende, según la ley de la naturaleza, son los que tienen Derecho a todo lo que

¹⁶ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso.** *"Filosofía del Derecho."* Oxford University Press, Segunda Edición, P. 104.

su fuerza y su deber les permita; y que el hecho de que puedan satisfacer todos sus deseos no es motivo para tacharlos de injustos; todo lo contrario: esa es la verdadera justicia, lo que no va en contra de los dictados de la naturaleza.

Semejante a la teoría de Calicles es una teoría del sofista Trasímaco: *“La justicia no es otra cosa si no aquello que es ventajoso para el más fuerte. En cada Estado, la justicia no es sino el provecho de aquél que tiene en sus manos la autoridad y es, por ende, el más fuerte”*¹⁷.

Carnéades de Cirene, fundador de la tercera o nueva academia, afirmaba que *“Todos los seres vivos son llevados, por instinto natural, a buscar su ventaja personal. La justicia sería mera locura, porque implicaría el sacrificio de una ventaja personal en aras de un ideal puramente imaginario”*¹⁸.

g) Sócrates (470 a.C.): Contrariamente a los autores mencionados, sostenía que, aparte de las leyes escritas, promulgadas por la sociedad política, existían otras no escritas y que a pesar de que éstos hablaran distintas lenguas y que no hubieran podido reunirse para dictarlas, éstas leyes no escritas, han sido formuladas por los dioses, desde tiempo inmemorial.

Sócrates consideró al problema ético, como una cuestión de fondo en la actividad especulativa. La ética aparece entonces como una reflexión filosófica autónoma dirigida a exponer los principios en que se fundamenta la perfección espiritual del hombre. Para él, es moral todo lo que está fundado en un conocimiento verdadero del bien¹⁹.

Respecto al aspecto jurídico, Sócrates sostiene que en cuanto a las leyes de las polis, es un deber fundamental aun cuando sean contrarias a los

¹⁷Ibídem P.103

¹⁸Ibídem. P.104

¹⁹Ibídem. P.105

intereses personales; puesto que la ciudad, satisface necesidades del individuo, por ende, éste está obligado en virtud de un convenio tácito a respetar las leyes y cumplir los deberes que ellas le imponen.

2.1.1 Platón y Aristóteles

Platón y Aristóteles constituyen dos de los grandes pensadores de Grecia y de toda la Historia de la humanidad que han aportado en gran medida el desarrollo de ideas que han cambiado la perspectiva del mundo a través de la Filosofía, aportando ambos instrumentos que han de tener gran influencia en la temática que nos ocupa; es por tal razón que dedicaremos a estos dos autores una atención más precisa para examinar y analizar la complejidad de los conceptos que han aportado ambos en el desarrollo de sus obras.

a) Platón (427-347 a. C.): El pensamiento de Platón, que se estudia a continuación, es una reacción contra las ideas que surgen como consecuencia del agnosticismo de los sofistas, que desembocan en el ámbito jurídico con una incidencia muy definida: *“El surgimiento de un positivismo en virtud del cual cada sociedad humana determina qué es lo bueno y lo justo de acuerdo con su utilidad y, por otra parte, la concepción según la cual el Derecho es un mero hecho de fuerza”*.

Para Platón, el contenido del Derecho no es arbitrario, sino que está determinado en sus lineamientos generales por el Derecho Natural que se funda en la naturaleza racional del hombre. Hay sin embargo, dice Platón, la posibilidad de un Derecho aparente, cuando éste sirve exclusivamente a los intereses de un grupo o partido, y no al bien común de los ciudadanos²⁰.

Afirma que no hay leyes verdaderas sino aquellas que tienden al bien universal del Estado. Que aquellas cuyo único fin, es la ventaja de algunos,

²⁰ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P.6

pertenecer a facciones, aunque no sean consideradas leyes civiles y que lo que ellas tildan o llaman justo, es una vana palabra²¹.

En *Las Leyes*²² de Platón, se restaura el esquema sobre la base del cual había erigido su legislación la antigua polis griega: unas “*nomoi*” basadas en un *logos* divino que infunden el “*ethos*” en la ciudad, sólo que su idea de Dios es nueva. El *logos* divino encuentra el camino para descender al hombre y convertirse en institución política a través de las leyes.

Los legisladores reciben el conocimiento del *logos* divino a través de su razón. La ley es una manifestación de la razón humana. Por eso para Platón es decisivo que se erija en legislador de la *polis* un individuo que conozca lo divino. En esto, Platón sigue el ejemplo de los grandes legisladores del pasado, a quienes los griegos calificaban de “hombres divinos”. El prototipo de estos legisladores, intermediarios entre los dioses y los hombres, es Minos, “que hablaba con Dios”. La obediencia a la ley, así concebida, no es otra cosa que la obediencia a Dios. Esas leyes que reciben su autoridad de Dios mismo, moderan las conductas de los hombres en la polis y los inducen a actuar como es debido, ya que contienen las normas del buen obrar²³.

En “*Las Leyes*”, Platón concede a la ley un “pero” específico relativamente mayor. Se ha percatado de que en la sociedad política las leyes tienen que establecer cierta igualdad, y que ésta igualdad es también beneficiosa en sí misma. Aunque es cierto que una ley perfecta en ese sentido solo podría ser establecida por Dios. El valor de la Igualdad resulta del pensamiento fundamental en Platón: el valor del orden. Por tanto, la minuciosidad con que

²¹ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso.** “*Filosofía del Derecho*”. Oxford University Press, Segunda Edición, pág. 104.

²² *Las Leyes* es un diálogo de Platón perteneciente a su época de vejez. En él se expresan sus teorías acerca de la política y la organización social de un modo más realista y menos utópico que en sus diálogos anteriores.

²³ **LALANNE, Julio E.** Ob. Cit. P.7.

Platón trata el tema de la igualdad construida por las leyes no viene determinada, como han afirmado ciertos teorizantes, por cierta resignación ante el fracaso de realizar prácticamente el Estado ideal, sino que es el desarrollo práctico del mismo. “*Las Leyes son la formulación racional de la República*”²⁴.

Entonces, según Platón, la ley puede definirse como un pensamiento razonado que brota de la razón verdadera y recta, puesto por escrito y sancionado por el legislador, y que aceptado por el pueblo, se convierte en norma común de la ciudad.

Platón responde a la crisis griega que había socavado y removido el fundamento último de las leyes, que eran los dioses, refundando las leyes sobre los dioses. Platón restaura el antiguo esquema griego de las leyes que descansan en bases divinas, sólo que su Dios ya no es el Dios de Homero, sino un Dios racionalizado, elaborado bajo las categorías de su filosofía²⁵.

En “*Las Leyes*” el concepto de Dios se convierte en centro y fuente de toda legislación y ésta en su expresión directa y su realización personal. Pero, respecto del tema de la divinidad, salta a la vista una diferencia esencial entre *Las Leyes* y *La República*.

En *La República*, ésta idea central del ideal platónico del estado aparece traducida filosóficamente como la “idea de bien” era, precisamente, el modo platónico de concebir lo divino. En *Las Leyes*, pareciera que Platón se siente incitado por concretar más. Aquí se dice de Dios, que es la medida de todas las cosas. Es la meta hacia lo que todo debe proyectarse. Dios ocupa en el estado de las *Leyes* el lugar que en *La República* ocupaba el supremo paradigma que los gobernantes deben grabar en su alma: La idea de bien.

²⁴ SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Ob. Cit. P. 56

²⁵ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. 15

“Platón con esto no hace otra cosa que restablecer la primitiva concepción griega sobre las relaciones entre la polis, la ley y la divinidad. Sin embargo, la esencia de la divinidad ha cambiado radicalmente. Sobre los antiguos dioses individuales de la polis aparece el Dios como “medida de todas las cosas”, su Bien, la forma primaria de toda arete”²⁶.

Platón estructura toda la vida del Estado sobre un sistema de teología filosófica, tomando como medida exclusiva de todas las cosas a Dios, y castiga con pena de muerte a los que nieguen la verdad del sistema y duden de la existencia de Dios. Toma como punto de partida para ello la forma de la querrela por ateísmo que existía ya en el antiguo estado de policía. Pero mientras que este estado había condenado a muerte a Sócrates por negar a los dioses de la polis, el estado platónico de las Leyes invierte la cosa y condena a muerte a quien no crea en el nuevo Dios proclamado por Sócrates.

b) Aristóteles (384 a. C. – 322 a. C.): pensaba que el hombre de acuerdo con su naturaleza, aspira a la ciudad como un fin, pues es únicamente en esta dónde puede alcanzar el completo desenvolvimiento de sus aptitudes y la vida perfecta. Estas consideraciones demuestran que tampoco el Estado es para Aristóteles una obra artificial sino que se encuentra anclado en la naturaleza misma del hombre punto se encuentra en potencia en esta naturaleza. Pero no es un producto de los instintos sino de la voluntad consciente de ser dirige a su obtención²⁷.

Por otro lado el lusnaturalismo de Aristóteles nos dice que la realización del fin de la polis es la felicidad y la virtud de los ciudadanos; esto es igual al bien común. La virtud por medio de la cual se realiza este fin es la justicia.

²⁶ *Ibíd.* P.16

²⁷ **Aristóteles**, *“La Política”*, 5ª Edición, trad. Patricio de Azcárate, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946, pp. 23-24

Realiza una distinción entre lo justo natural y lo justo legítimo o convencional. El justo natural es aquello que siempre y en todas partes es tal, intrínsecamente, válido con independencia de las voluntades humanas. Lo justo legítimo es aquello que en un principio es igual realizarlo de una manera o de otra; pero cuando ha sido recogido por la ley ya no es indiferente, sino obligatorio. Cada pueblo tiene sus leyes peculiares. Pero existe una ley superior a todas, universal y de vigencia eterna, por otra parte, actos que jamás podrán ser considerados como virtuosos, este autor, sostenía que una acción no puede ser justa para con algunos seres e injusta para con otros, cabalmente en virtud de la validez universal de esa ley.

Aristóteles no defiende el Positivismo Jurídico. Para los hombres, según él, hay cosas naturales que admiten cambio y otras que son inmutables. Por tanto no todo es variable y puede distinguirse con razón en la justicia civil y política lo que es natural y lo que no lo es²⁸. Es natural lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. No son derechos naturales si no puramente humanos los que no son idénticos en todas partes. Para Aristóteles son leyes injustas las que no se fundan en la razón sino únicamente en la superioridad del poseedor de la fuerza²⁹.

2.2 Iusnaturalismo Panteísta (antiguo o greco-romano)

2.2.1 Los Estoicos

El Estoicismo es, quizás en mayor grado que las restantes corrientes del helenismo, un factor de transición entre el pensamiento griego y el pensamiento romano y de ambos al cristiano, sobre todo en el ámbito de la

²⁸ **Aristóteles**, “*Moral a Nicómaco*”, 2ª ed., trad. Patricio Azcárate, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946, p. 270.

²⁹ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso**. “*Filosofía del Derecho*.” Oxford University Press, Segunda Edición, pág. 105.

Filosofía del Derecho. Se llama escuela estoica o del Pórtico, porque sus primitivos miembros se reunían en un pórtico de Atenas, *stoa* en griego. Se extiende desde el siglo IV antes de Cristo hasta el siglo II después de Cristo³⁰.

La primera concepción formal del iusnaturalismo gira alrededor de los Estoicos, para quienes el universo entero implicaba un orden, ese orden es expresión de una razón universal y eterna que rige todo el cosmos y esta razón universal coincide con una ley eterna, que humaniza el universo.

En síntesis este iusnaturalismo trata de leyes que tienen validez universal, en todo tiempo, lugar, y son inmutables; tienen un carácter verdadero imperativo ético impuesto a los seres humanos, el conocimiento de tales leyes se efectúa por medio de la razón humana en unión a la razón universal, por tanto la conducta del ser humano y cualquier ley producida por él, debe ajustarse al patrón superior fijado por las leyes eternas, en consecuencia el ser humano que altera la armonía fijada por las leyes naturales no puede escapar del castigo³¹.

En lo que respecta al pensamiento ético, los Estoicos piensan que el hombre debe vivir en armonía con el orden cósmico-racional que gobierna el mundo, sometiéndose voluntariamente a la finalidad que impulsa a todos los seres. Por lo tanto, el principio supremo de la virtud es vivir conforme a la naturaleza. Otra fórmula equivalente es la de vivir conforme a la razón. La parte principal del alma del hombre es su razón, principio rector que debe regular toda la conducta práctica y establecer en el individuo humano un orden riguroso, ajustado al orden universal, impuesto en todo el Cosmos por el Logos inmanente que es la ley suprema de todo el mundo. La razón

³⁰ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P.15.

³¹ MORALES, José Humberto. "Apuntes de Filosofía del Derecho", primera edición 2011, editorial universitaria, Universidad de El Salvador, pp. 48-49.

humana es idéntica al Logos ya que es un efluvio de la razón universal, una participación de la razón divina³².

Son los Estoicos los que universalizan la naturaleza humana y fundamentan el Derecho Natural, pues al romperse en el mundo griego la unidad Ciudad-Estado, se pasa del individuo a la especie sin mediación, se profundiza entonces, en la unidad fundamental de los hombres por participar de la misma naturaleza. La unidad fundamental de todos los hombres y los Derechos Fundamentales no viene por ser ciudadanos de un Estado o de una polis, sino por ser ciudadanos del mundo. Se reconoce la existencia de un Derecho Natural que está por encima de las legislaciones vigentes o positivas de cada Estado.

En resumen el único verdadero bien es la virtud, que consiste en vivir conforme a la naturaleza y a la razón. La felicidad consiste en la práctica de la virtud, y la virtud esencialmente es la sabiduría o prudencia que corresponde a la parte racional del alma y de la cual proceden todas las demás.

2.2.2 El Estoicismo primitivo o griego

La escuela Estoica fue fundada por Zenón de Citio continuador de la escuela Cínica de Antístenes que tomó su nombre del gimnasio Cinosargo, donde tenían lugar las discusiones³³. El nombre de la escuela estoica procede del museo pictórico de Polignoto, lugar donde dicha escuela sesionaba³⁴.

En el pensamiento de esta escuela aparece el concepto de una razón universal que rige y gobierna todo el universo y que se identifica con la

³² LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P.18.

³³ LAERCIO, Diógenes, *“Vidas de los filósofos más ilustres”*, trad. José Ortiz y Sanz, editorial Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950, tomo II, pág. 66.

³⁴ DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. *“Filosofía del Derecho”*. Oxford University Press, Segunda Edición, pág. 106.

divinidad. Esta razón es la Ley Universal tanto para los seres racionales como para los irracionales. Para los hombres significa la medida de lo justo y lo injusto punto de ella se desprenden las potencias que actúan como instintos de los animales y como razón en los hombres.

La razón humana es en consecuencia una parte de la razón universal y necesita ser desarrollada por la educación y por el conocimiento del hombre de sí mismo. Por eso sólo el sabio puede llegar al conocimiento pleno de la Ley Universal ir a tener consciencia de que el mismo es una parte de ella. Puesto que todo hombre es racional todos los hombres encuentran en su razón la ley moral y jurídica. Por ello esta ley es universal y eterna y se identifica con el Derecho Natural. Todo hombre debe vivir conforme a su naturaleza racional, que es un efluvio de la razón universal, y actuar conscientemente como miembro del universo como miembro de un mundo espiritual con ánimo pacífico³⁵.

El ideal último de según esta teoría era llegar a un estado universal convivieran en armonía guiados sólo por la razón punto según ellos esta situación había existido en un estadio muy primitivo de la historia humana. En esta edad de oro se había realizado el ideal del Derecho Natural: todos los hombres eran libres e iguales gozaban de sus bienes y posiciones en común, no estaban divididos en clases, ni nacionalidad, ni la familia, tampoco la propiedad privada, ya que eran desconocidos, no existía la esclavitud y ninguna otra forma de dominio del hombre sobre el hombre, todos considerados como hermanos guiados por la razón³⁶.

Pero el egoísmo y la ambición, el ansia de poder, dicen los Estoicos, destruyeron esa comunidad libre igual de hermanos. Como las del gobierno,

³⁵ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso.** Ob. Cit. P.107.

³⁶ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** "*Manual de filosofía del Derecho*", Editorial Astrea, Primera edición, 1979, p.45.

la propiedad privada, la patria potestad y otras para hacer frente a la nueva situación. El Derecho Natural absoluto de la Edad de Oro fue reemplazado por uno natural relativo, imperfecto que debe sin embargo tratar de a poco aproximarse a los postulados del primero.

Como se ve en esta doctrina se encuentra los antecedentes de las modernas teorías del Derecho Natural y aún los de las contemporáneas, dentro de las que podemos mencionar las pertenecientes a la Escuela del Derecho Natural, es decir, a los denominados autores inmersos dentro de la vertiente racionalista, que basan sus teorías en la idea del estado de naturaleza, el cual estudiaremos posteriormente.

2.2.3 El Estoicismo Romano

El Estoicismo romano es, respecto al griego, más ecléctico y más próximo al pensamiento clásico. Los representantes más importantes de esta corriente fueron Séneca y el emperador Marco Aurelio. En este período de tránsito o de tradición del patrimonio intelectual griego a Roma, reviste particular relevancia una figura que no es en rigor de verdad un representante del estoicismo en sentido estricto sino más bien un pensador ecléctico que reúne ideas del platonismo y de la *Stoa*: Marco Tulio Cicerón³⁷.

2.2.3.1 Marco Tulio Cicerón (106–43 a. C.)

Cicerón es un puente, a través del cual penetra el pensamiento griego en el mundo romano y se proyecta hacia el Medioevo, ya que reproduce las ideas principales de la tradición iusnaturalista griega que se remonta a Heráclito,

³⁷Esto lo ha hecho merecedor de duras críticas de algunos historiadores alemanes, entre los cuales sobresale Mommsen, quien ha dicho que: “Tenía un temperamento de periodista en el peor sentido del término, riquísimo en palabras, como él mismo nos dice, pero inconcebiblemente pobre en ideas; y pocas disciplinas habrá en que, con ayuda de unos pocos libros, no fuese capaz de componer deprisa y corriendo, con las artes del traductor o del compilador, un ensayo legible...” (Mommsen, Theodor, “*El mundo de los césares*”, traducción española de Wenceslao Roces, México, 1945, pág. 740).

Sócrates, Platón y Aristóteles. Empero, lo importante es que estas mismas ideas serán aceptadas posteriormente por los lusnaturalista teólogos. Así, las nociones estoicas como *recta ratio*, *lex aeterna*, *lex naturalis*. Pasarán a enriquecer el acervo intelectual del pensamiento cristiano³⁸.

En su obra *La República* el autor que nos ocupa plasma la idea sobre aquella ley que posee las características necesarias para calificarla como una ley objetiva: *“Existe una ley verdadera; es la recta Razón congruente con la Naturaleza, difundida en todos, constante, eterna. Nos llama a cumplir con el deber, nos prohíbe el fraude y lo destierra. No ordena ni prohíbe en vano a los buenos, aunque no ejerce influencia en los malos. Ningún principio puede alterarla. Nadie tiene derecho a derogarla en cualquiera de sus partes. Nadie puede abrogarla del todo. Ni el Senado ni el “populus” pueden eximirnos de su cumplimiento”*³⁹.

En el mismo sentido, Cicerón agrega: *“No será una en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra después, será una Ley única, eterna, válida para todas las naciones y todos los tiempos. Y habrá un solo Dios, que sea como el maestro y el emperador de todos los hombres: él es su autor, su ejecutor, y su promulgador. Quien la desobedezca, tendrá que rehuirse en sí mismo, con desmedro de su propia naturaleza humana; por lo cual sufrirá las penas más terribles, aun cuando consiga evitar los otros suplicios o los que así se considera”*.

Aparece aquí, pues, preanunciado el concepto de ley eterna que posteriormente desarrollará el pensamiento cristiano. Por eso dice que esta Ley Suprema es *“común a todos los siglos, y ya estaba nacida cuando no había ninguna ley escrita, o no existía en ninguna parte ninguna ciudad”* (De

³⁸ LALANNE, Julio E. p.18.

³⁹ CICERÓN, Marco Tulio. *“La República”, libro tercero, traducción de Don Antonio Pérez y García, imprenta DE REPULLÉS, Madrid, 1848, digitalizado por Google, p.152.*

Legibus, I, 6, 19.)⁴⁰.

Los criterios de objetividad que plasma Cicerón en sus ideas sobre la ley posteriormente serán desarrollados por la Patrística y por la Escolástica, movimientos que representan la modalidad del iusnaturalismo cristiano o teológico.

Para Cicerón la ley no radica únicamente en la divinidad, sino también en la razón humana o en todas aquellas criaturas que han sido dotadas de razón, esto vendría a resolver la pregunta sobre el aspecto epistemológico de la ley –en este caso de esa suprema ley objetiva- es decir, que si nos preguntamos sobre cuál es el medio para conocer la ley según el pensamiento de Marco Tulio Cicerón, la respuesta es por medio de la razón: “...llevamos dentro los principios que nos mueven a hacer algo (...) hay que penetrar pues, en el conocimiento de la naturaleza y escudriñar a fondo lo que ella reclama; de otra manera no podemos conocernos a nosotros mismos. (*Del Supremo Bien y del Supremo Mal*, Libro V, 15, 43-44)”⁴¹.

En conclusión a estas ideas podemos afirmar que Cicerón reconoció la existencia de una ley eterna, inmutable, permanente, de la que emanan todas las demás leyes. Entonces, de esta ley general derivan, por una parte, la ley que rige la naturaleza irracional y, por la otra, la ley moral y jurídica que ordena lo bueno y lo justo, prohíbe lo malo y lo injusto. Esta ley moral y jurídica existe tanto en el espíritu divino como en la razón humana. A todos los que la naturaleza ha dotado de razón, también los ha dotado de la “recta ratio” o recta razón y, por tanto, de la Ley Natural.

Pero además de esa ley eterna, inmutable y natural; Cicerón también se pronuncia sobre la ley positiva o ley humana: “*En cuanto a las otras leyes*

⁴⁰ LALANNE, Julio E. p. 19

⁴¹ LALANNE, Julio E. p.20

que en formas y oportunidades diversas se impusieron a los pueblos, llevan este título más bien por su nombre que por su naturaleza. Pues toda ley digna de este nombre es también digna de elogio, lo cual se prueba por medio de los argumentos siguientes: es evidente que las leyes se hicieron para bien de los ciudadanos, y con vistas a la seguridad, la tranquilidad y la felicidad de los hombres. Por eso, los que por primera vez establecieron reglas semejantes, demostraron a los pueblos que era preciso redactarlas y proponerlas para que vivieran honesta y felizmente después de aprobarlas. Y llamaron leyes a estas reglas, una vez elaboradas y puestas en vigencia (Cicerón, De Legibus, II, 5, 11)”⁴².

Lo que significa que aquellas “leyes” humanas que no estén a favor de los intereses de la comunidad, no son dignas siquiera de llamarlas leyes, pues si su contenido existe con el objetivo de utilizar la ley como instrumento para lograr el beneficio de pocos, automáticamente su totalidad como ley positiva resulta injusta. Cicerón se remite al origen o al antecedente que sirve de base para la existencia de la ley y su relevante necesidad, y menciona que ésta surge a partir del acto legislativo para lograr la armonía de los mismos seres humanos, por tanto, ontológicamente hablando, aquellos pronunciamientos que haga el legislador que no cumplan con esa finalidad, no posee el requisito fundamental del contenido de la ley positiva. De esa manera, las leyes humanas pueden ser justas o injustas, a lo que agrega: “*Si el origen del Derecho se encontrara en las decisiones populares, los decretos de los jefes o las sentencias de los jueces, el Derecho consistiría en cometer robos y adulterios, o en falsificar testamentos, siempre que estos fueran ratificados por los votos o las decisiones de la masa. Si los juicios y los mandamientos de los tontos pueden hacer que la naturaleza de las cosas se transforme de acuerdo con sus votos, entonces ¿por qué no podrían*

⁴² Ibídem p.21

decidir que lo malo y lo pernicioso se tenga por lo bueno y lo saludable? (CICERÓN, De Legibus, I, 16, 44)⁴³.

Se finaliza así con las ideas filosófico-jurídicas de Marco Tulio Cicerón llegamos a la afirmación de que según nuestro autor el origen del Derecho es la Naturaleza el bien y el mal, lo justo y lo injusto no dependen de los hombres sino de la Naturaleza: *“Crear que la leyes dependen de la opinión en lugar de fundarlas sobre la Naturaleza, ello es producto de un demente...El Bien mismo viene, no de las convenciones, sino de la Naturaleza. (Cicerón, De Legibus, I, 16.17, 45-46).*

En síntesis podemos decir entonces que el iusnaturalismo manejado por los Estoicos trata puntualmente sobre los siguientes:

- a) Trata de leyes que tiene validez, universal, validez en todo tiempo y lugar, y son inmutables;
- b) Estas leyes tienen un carácter de verdadero imperativo ético impuesto a los seres humanos, pues mediante su cumplimiento se establecen relaciones justas entre ellos y se contribuye al impulso del bien en el cosmos, de esta manera se instaura el fundamento ético de la ley;
- c) El conocimiento de las leyes se efectúa por medio de la razón humana en unión a la razón universal;
- d) La perspectiva fundamental se orienta al cumplimiento de las leyes. Su violación trae aparejada el castigo compensador, pero este último es un efecto secundario, lo importante es el conocimiento de la ley que establece la relación armónica o justa.
- e) La conducta del ser humano, y cualquier ley producida por él, debe

⁴³ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** Obra citada. P. 48.

ajustarse al patrón superior fijado por las leyes eternas,

f) El castigo no tiene una razón humana, sino que se basa en el cumplimiento de la ley universal de la compensación. El ser humano que altera la armonía fijada por las leyes naturales no pueden escapar del castigo⁴⁴.

2.3 Iusnaturalismo Cristiano o Teológico

El Iusnaturalismo cristiano en términos generales concibe al Derecho Natural como la huella del plan de Dios para el mundo que ha dejado en la mente del ser humano y que, por consiguiente cualquier ley positiva que se dicte en contra de ese Derecho Natural carece de legitimidad y obligatoriedad, por tanto, toda ley humana debe estar hecha de acuerdo a ese Derecho Natural para que sea eficaz para una sociedad determinada. A consideración de José Humberto Morales⁴⁵ los aspectos diferenciadores de este tipo de Iusnaturalismo con otros, son los siguientes cuatro:

El primero, es la *idea de creación*. El cristianismo transforma el principio fundante del Iusnaturalismo a través de la idea de la creación. Mientras en el pensamiento greco-latino las leyes tenían su origen en el universo natural, en el cristianismo este universo resulta creado por la divinidad, por un Dios único y trascendente a su propia obra.

Un segundo Aspecto refiere al denominado *plan de Dios*. Para la tradición judío-cristiana el universo resulta creado por un Dios único que trasciende a su propia creación. Tomas de Aquino quien es el principal exponente del Iusnaturalismo teológico, retoma esa tradición ordenándola conforme al modelo aristotélico. Dios no solo crea al mundo sino que también lo gobierna.

⁴⁴ **MORALES, José Humberto**. Ob. Cit. P.49

⁴⁵ Licenciado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de El Salvador, Master y Doctor en Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, profesor de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador. Profesor en los programas de Maestría Judicial y del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la misma Facultad.

Pero el gobierno, desde una perspectiva racional, no es arbitrario sino conforme a un plan.

Un tercer tópico diferenciador es el de las Leyes; los cuales desarrollaremos más a profundidad en el punto referido a San Agustín y a Santo Tomas de Aquino. Y por último, un aspecto que diferenciaría al Iusnaturalismo cristiano de las otras corrientes Iusnaturalista es su concepto de *Justicia*. El pensamiento Iusnaturalista de Tomas de Aquino plantea una unión necesaria entre los conceptos Derecho y Justicia: El Derecho es el objeto de la justicia. Lo propio de la justicia es ordenar las cosas relativas al otro.

La justicia es, por lo tanto, una virtud, una facultad del alma. Es, también, una relación de alteridad, porque es una relación entre seres humanos. Y es un deber, porque lo justo es “lo debido a otro”. Se realiza la justicia cuando se da otro lo que le es debido, lo que constituye su Derecho⁴⁶. Somos de la consideración que los primeros cristianos son los primeros Iusnaturalista de esta corriente teológica, porque creen que se tiene que seguir la voluntad de Dios, lo que Dios revela a los hombres.

Para ello tenemos a San Pablo de Tarso, autor de las epístolas incorporadas en la Biblia, tan importantes para el desarrollo del pensamiento Iusnaturalista teológico que se desarrollaría siglos posteriores con la aparición de Aurelio Agustín de Hipona, el cual representa uno de los grandes exponentes de este corriente Iusnaturalista, junto con Santo Tomás de Aquino.

2.3.1 San Pablo de Tarso

Es ésta una de las personalidades más extraordinarias del cristianismo y no en vano considerado como uno de sus hombres más geniales. Fue escritor fecundo e inspirado, autor de las epístolas a los Romanos, a los corintios, a

⁴⁶ **MORALES, José Humberto.** Ob. Cit. pp.50-52.

los gálatas, a los efesios, a los filipenses, a los colosenses, a los tesalonicenses, a Timoteo, a Tito, a Filemón y a los hebreos.

De la primera de ellas, la *Epístola a los Romanos*, obtenemos su concepción acerca de la ley y los temas de nuestro estudio, donde hemos identificado dos textos de suma relevancia: *“Descubro, pues, esta ley: que, aunque quiera hacer el bien, es el mal el que me sale al encuentro. Por una parte me complazco en la ley de Dios, como es propio del hombre interior, pero, a la vez, advierto otra ley en mi cuerpo que lucha contra la ley de mi razón y me esclaviza a la ley del pecado que está en mi cuerpo.*

Pobre de mí! ¿Quién me libraré de este cuerpo que me lleva a la muerte?

¡Gracias sean dadas a Dios por Jesucristo nuestro Señor!

Así pues, soy yo mismo quien, con la razón, sirvo a la ley de Dios, y, con la carne, a la ley del pecado.”

La ley natural es un reflejo de la ley eterna, radicada en la naturaleza racional del hombre y perfectamente separable de la ley positiva o del Estado. San Pablo es el apóstol de la libertad absoluta inmotivada de Dios, ha dicho, y esta afirmación que enseña que la voluntad de Dios no tiene otro fundamento para querer lo que quiere que la sola circunstancia de que así lo quiere Él, no señala tampoco el camino de la arbitrariedad divina, sino la posibilidad de mostrar un Dios misericordioso para con la criatura humana.

Es imposible con estas ideas pretender fundamentar una explicación intelectual del obrar de Dios: es absurdo tratar siquiera de encontrar los cimientos valorativos del obrar divino. La justicia de Dios no tiene apoyos axiológicos susceptibles de humana ponderación: son decisiones inmotivadas cargadas de justicia, por la sola circunstancia de emanar de la voluntad divina.

Este primado de la voluntad sobre la razón en la doctrina paulina, encuentra desarrollo en las doctrinas agustinianas y servirá más adelante de sostén a las corrientes franciscanas inglesas de la alta edad media, para fundamentar su posición de ataque al pensamiento de la escolástica aristotélica.

2.3.2 San Agustín de Hipona (354-430)

San Agustín importa la síntesis de todo el pensamiento de la antigüedad, que de alguna manera incorpora su doctrina. Influyendo decisivamente sobre las formulaciones de la escolástica⁴⁷.

Por ello se ha dicho y repetido con razón que San Agustín fue el último hombre antiguo y el primer hombre moderno, indicando con ello que su vida y su pensamiento constituyen un trascendente hito de separación entre los desenvolvimientos de la antigüedad y su tránsito a la modernidad medieval⁴⁸.

Fue, sin duda, una de las figuras más interesantes de su tiempo y del cristianismo. Toda la filosofía y la teología medieval ostentan la marca inconfundible que él les imprimió. Por ello es considerado una de las inteligencias superiores del pensamiento occidental y cristiano. Su pensamiento abreva en el de Cicerón y se entronca en la tradición lusnaturalista griega pero agregándole una gran novedad: la trascendencia del Dios cristiano⁴⁹.

Agustín de Hipona habla también de tres órdenes jurídicos: el de la Lex

⁴⁷ La escolástica (del latín *scholasticus*) es el movimiento teológico y filosófico que intentó utilizar la filosofía grecolatina clásica para comprender la revelación religiosa del cristianismo. La escolástica fue la corriente teológico-filosófica dominante del pensamiento medieval, tras la patrística de la Antigüedad tardía, y se basó en la coordinación entre fe y razón, que en cualquier caso siempre suponía una clara subordinación de la razón a la fe. El mayor representante de este movimiento es Santo Tomás de Aquino, quien retoma en su doctrina lusnaturalista principalmente lineamientos del pensamiento aristotélico.

⁴⁸ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** "Manual de filosofía del Derecho", Editorial Astrea, Primera edición, 1979, p.73.

⁴⁹ **LALANNE, Julio E.** Obra Citada, p.22.

aeterna, que es un orden ordenador; el de la Lex naturalis que es un orden ordenado (ordo Ordinata), en relación con la ley anterior, y un orden ordenador en relación a la lex temporalis o humana, exponiéndolo mejor de la siguiente manera:

a) En relación con la Ley Eterna dice San Agustín de Hipona: Para dar una noción breve de la Ley Eterna, que está impresa en nosotros y en lo que puedo explicar en forma verbal, diré que es lo que es justo para que todas las cosas estén perfectamente ordenadas. Dios, en la Creación, da la ley eterna como principio regulador eterno e inmutable. La diáfana construcción de la Ley Eterna que asigna a cada individuo su finalidad, coordinando el todo armónico del universo⁵⁰.

San Agustín retoma ciertas ideas de Marco Tulio Cicerón en cuanto a la ley, pero con un aspecto diferenciador y metafísicamente determinante: la voluntad Divina. San Agustín nos ofrece la siguiente noción de Ley Eterna: "*Es la razón o la voluntad divina en cuanto prescribe conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo*"⁵¹. Si nos detenemos un momento a analizar el carácter epistemológico de esta realidad sobre la Ley Eterna, nos cuestionamos lo siguiente ¿Cómo conoce el hombre la Ley Eterna? A lo que San Agustín responde que el hombre la conoce porque la encuentra transcrita en su corazón; este autor dice que el hombre puede captar la Ley Eterna porque encuentra su resplandor en el interior de su conciencia⁵².

b) La Ley Natural: Es una grabación de la Ley Eterna en la conciencia de los hombres, que puede ser perturbada por las malas pasiones, pero no borrada totalmente de esta. La Ley Natural es la participación del hombre como

⁵⁰ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** "*Manual de filosofía del Derecho*", Editorial Astrea, Primera edición, 1979, p. 74.

⁵¹ **WELZEL, Hans.** "*Derecho natural y Justicia material: preliminares para una Filosofía del Derecho*", trad. F. González Vicén, Primera edición, Editoriales Aguilar, Madrid, 1957. P.64.

⁵² **LALANNE, Julio E.** Obra Citada, p.23.

criatura racional en el orden divino, equiparable al principio subjetivo de la justicia. Hay aquí un valioso tránsito del panteísmo estoico a un lusnaturalismo teocrático. La Ley Natural es una reflexión de los eternos e inmutables principios regulativos de Dios⁵³.

Hace una aclaración muy importante donde la Ley Eterna y la Ley Natural son tan distintas como la imagen grabada en la cera por el anillo de sello y el anillo propiamente tal. El anillo (la Ley Eterna) graba su imagen en la cera (la conciencia del hombre). Esa imagen impresa en la cera (la Ley Natural) es cosa distinta del anillo de sello (la Ley Eterna); sin embargo, es la copia, imagen o participación de ella. Continuando con la metáfora, Agustín afirma que si bien esta grabación puede desdibujarse, es decir, puede ser perturbada por las malas pasiones, no obstante, no puede ser borrada totalmente, pues al menos, quedarán siempre sus contornos en la conciencia de los hombres⁵⁴.

Agustín recurre a una feliz metáfora para explicarlo, dice que: *“toda ley justa se encuentra escrita y como impresa en el corazón del hombre obrador de justicia, y no como si emigrase, sino por una especie de “intro-impresión”, como del anillo pasa la imagen a la cera sin abandonar la sortija”*⁵⁵.

c) La Ley Temporal: Es una consciente derivación de la Ley Natural siendo consecuencia justa cuando sea una auténtica derivación de ella.

Es la que aun cuando sea justa, sin embargo se puede modificar justamente de acuerdo con la circunstancias de los tiempos. En esta ley nada es justo y legítimo que los hombres hayan derivado de la Ley Eterna. Las diversas

⁵³ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** Ob. Cit. P. 75.

⁵⁴ **WELZEL, Hans.** Ob. Cit. P.65.

⁵⁵ Agustín recurre a una feliz metáfora para explicarlo, dice que *“toda ley justa se encuentra escrita y como impresa en el corazón del hombre obrador de justicia, y no como si emigrase, sino por una especie de “intro-impresión”, como del anillo pasa la imagen a la cera sin abandonar la sortija.* Julio E. Lalanne. Obra Citada, Pp. 23.

leyes temporales se deben conformar con esta ley, a pesar de las diversas modificaciones que sufren según las exigencias del gobierno de los pueblos. Pero la Ley Humana, que solo tiene como fin este gobierno, permite y deja impune muchos actos que la Providencia Divina castiga; más no por eso se debe reprobear sus determinaciones, a menos que sean injustas. Pues alejada de la justicia, ¿Qué son los reinos sino grandes latrocinios?⁵⁶

2.3.3 Santo Tomás de Aquino (1227-1274)

Santo Tomás de Aquino constituye, sin lugar a dudas, la expresión intelectual más alta del apogeo de la Edad Media, el siglo XIII. Su sistema filosófico constituye una síntesis entre San Agustín y Aristóteles. Interpreta el pensamiento aristotélico de acuerdo con el espíritu del Cristianismo dando lugar a una síntesis que consideramos novedosa y original, y que aún está vigente su doctrina lusnaturalista en la actualidad.

Santo Tomás es primordialmente un teólogo y por ello Dios ocupa en su pensamiento un lugar central y no meramente periférico. Esto se echa de ver con toda claridad en la estructura de su obra magna, la “Suma Teológica”: allí se estudia primero a Dios en sí mismo, luego como creador y gobernante de todas las cosas, y se termina considerándolo como fin supremo de todas las criaturas racionales, en la misma línea de Aristóteles. En el pensamiento de Tomas de Aquino encontramos cuatro clases de leyes: La Ley Eterna, Ley Divina, la Ley Natural y Ley Humana.

a) La Ley Eterna: Según Santo Tomas, tiene su asiento en la razón de Dios, es idéntica a la sabiduría divina que rige toda acción y todo movimiento. Esta misma sabiduría dirige la voluntad de Dios, de donde resulta imposible una contradicción entre la razón y la voluntad divinas; de modo que la Ley Eterna

⁵⁶ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso.** “*Filosofía del Derecho*”. Oxford University Press, Segunda Edición, pág. 105.

es la razón de Dios que gobierna todas las cosas, que rige toda la comunidad del universo.

Sigue la misma idea de San Agustín, solamente que éste último deja inconcluso si esta ley radica en la razón o en la Divinidad, a lo que Santo Tomás afirma que La Ley Eterna es idéntica a la sabiduría Divina.

Tomás De Aquino la define como “*la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos*”. La Ley Eterna es ley porque no es un simple ejemplar o modelo, sino que es un acto de imperio y medida del gobierno de todas las cosas por Dios, por lo cual es norma que mueve eficazmente. Y es eterna porque, siendo algo propio de la naturaleza divina, existe en Dios y no en el tiempo.

Respecto a la atemporalidad de esta ley Santo Tomás la define también: “*Ley Eterna es el plan u ordenación de la divina sabiduría que orienta todas las acciones y movimientos de las criaturas hacia el bien común del universo*»... «*Y como la inteligencia divina no concibe nada en el tiempo,...* debe darse a tal ley el nombre de *Ley Eterna* (S. Theol, 1. 2. q. 93. a. 1)⁵⁷ .

b) La Ley Divina: Es la que guía al hombre a su fin último sobrenatural. La que permite el paso del alma a la eternidad bienaventurada⁵⁸. Podemos decir con firmeza que cuando hablamos de la idea de Ley Divina según Santo Tomás, hablamos de aquella ley que es relevada por Dios en las sagradas escrituras, y que podemos dividir en ley antigua o que comúnmente conocemos como el Antiguo Testamento y ley nueva manifestada en el Nuevo Testamento. En la que dirige al hombre a fin de la felicidad eterna.

c) La Ley Natural: Tomás de Aquino se cuestionaba sobre la existencia de

⁵⁷ **BARP FONTANA, Luciano.** *La ley natural moral según el pensamiento clásico.* Universidad La Salle, vol. 8, 2008. P. 100.

⁵⁸ **MORALES, José Humberto.** Ob. Cit. P. 51.

una Ley Natural, a lo que plantea: *“Como se ha dicho más arriba (q 90, a. 1, ad 1), la ley, como es regla y medida, puede existir en un sujeto de dos maneras: de un modo en el sujeto activo, regulante y mensurante; de otro modo, en el sujeto pasivo, en lo regulado y mensurado; porque una cosa participa de una regla y medida en cuanto es regulada y medida por ella. Por eso, como todas las cosas están sometidas a la divina providencia, se regulan y miden por la Ley Eterna, es manifiesto entonces que todas las cosas participan de la Ley Eterna de alguna manera, en cuanto que por la impresión de esa ley tienen inclinación a sus propios actos y fines”.*

“Entre todas las demás criaturas de Dios, la criatura racional está sometida a la divina providencia de una manera especial, ya que se hace partícipe de esa providencia siendo providente sobre sí y para los demás. Participa, pues, de la razón eterna: ésta le inclina naturalmente a la acción debida y fin. Y esta participación de la Ley Eterna en la criatura racional se llama Ley Natural. (Suma Teológica, I-IIae, q. 91, a. 2, respuesta)”⁵⁹.

Julio Esteban Lalanne⁶⁰ realiza un maravilloso análisis sobre la idea de la Ley Natural en Santo Tomás de Aquino: *“Si bien la Ley Natural y la Ley Eterna no se confunden, tampoco son, en rigor de verdad, dos leyes diferentes, sino más bien dos modos distintos de ser de la misma ley: en cuanto está en Dios se trata de la Ley Eterna; en cuanto está –participada– en el hombre es la Ley Natural. Esto tiene una importante consecuencia: la Ley Natural no es un producto inmanente de la razón humana, su obligatoriedad última y fundamental no procede de la razón ni de la naturaleza humana, sino de Dios, de la Ley Eterna. Es, pues, una realidad*

⁵⁹ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P. 26.

⁶⁰ Julio Esteban Lalanne, Filósofo del Derecho, ejerce la cátedra de Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina, autor del brillante ensayo *“Si Dios no existe ¿todo está permitido?”* Dicho ensayo dirige en gran parte la estructura de éste capítulo por la genialidad metódica en que ha expuesto el desarrollo histórico del pensamiento lusnaturalista, con una profundidad y puntualidad dignas de admiración intelectual.

trascendente, que hunde sus raíces en el precepto divino: la Ley Natural es Ley de Dios. Para Santo Tomás la Ley Natural está contenida, primero, en la Ley Eterna, y de un modo secundario en la razón humana, donde la ha promulgado Dios. Así, la razón humana no crea la Ley Natural sino que la conoce, la descubre y determina sus conclusiones. Por lo tanto, la Ley Natural no es producto sino hallazgo de la razón humana, que es la que formula las normas”.

Siglos posteriores vendrían a contradecir los lusnaturalista racionalistas ésta doctrina, pues según ellos el fundamento último del Derecho Natural es la RAZÓN (con mayúsculas) humana. Inmediatamente nos surge un cuestionamiento muy necesario ¿podemos considerar la razón humana como fuente objetiva del Derecho Natural? Nos encontraríamos en una situación donde resulta muy cuestionable si realmente al momento de argumentar y señalar puntualmente el fundamento último objetivo del Derecho Natural podríamos situar a la razón humana⁶¹.

C.1 Características de la Ley Natural: La Ley Natural es la Ley Eterna pero destinada al hombre como ser terrenal y social, y como ser libre y racional. Los caracteres de esta ley son:

C.1.1 Unidad: a través de sus distintos preceptos se orienta hacia un solo fin ordenado por la Ley Eterna que es el bien común.

C.1.2 Universalidad: tiene dos sentidos: es universal en tanto su validez abarca todo el tiempo y lugar, y lo es por cuanto le da validez a todo conocimiento derivado de ella.

C.1.3 Inmutabilidad: es inmutable pues es una emanación de la Ley Eterna

⁶¹ Este tema en específico lo desarrollaremos más a profundidad en los puntos que siguen en el presente capítulo, y las conclusiones a las que hemos llegado al respecto las desarrollaremos en el capítulo VII de ésta tesis.

C.1.4 Indelebilidad: no es necesario que se traduzca a leyes escritas ya que está puesta en el corazón y en la mente de los hombres⁶².

C.2 La idea del Fin y la Ley Natural: A Santo Tomás “no le convence el tipo de teleología que nace de Aristóteles. Un cristiano no puede esperar descubrir la verdadera finalidad de las criaturas del mundo simplemente por referencia a sus tendencias e inclinaciones naturales. Hay que hacer referencia a la voluntad y a la providencia de un Dios personal, un Creador. En el fondo, la finalidad debe considerarse como algo que se le ha dado al mundo y, en especial, a la humanidad. Los fines e inclinaciones naturales, pero no por sí mismos. Han sido establecidos por Dios, de modo que hay que juzgar el mundo en términos de unos criterios eternos dados desde afuera. En muchos aspectos este esquema se deriva más fácilmente de la Filosofía de Platón que de la de Aristóteles”⁶³.

Por lo que se entiende que la Ley Eterna rige todo el Universo, según la ideas antes expuestas debemos deducir en el ser humano la Ley Natural siempre lo dirige hacia finalidades específicas, que mientras que los seres inanimados que son guiados hacia sus fines por leyes necesarias, y los animales realizan sus fines perfectivos en virtud de sus tendencias instintivas, en el caso del ser racional, es decir, el ser humano, esta adecuación o conformación al orden universal de fines que como un modelo está contenido en la Ley Eterna.

Esta realidad tiene características especiales pues no es un sometimiento automático, forzoso e inconsciente, sino que es un sometimiento propio de una criatura racional, es decir, consciente, libre y voluntario. El hombre descubre en su naturaleza ciertas finalidades congénitas, ciertas

⁶² **MORALES, José Humberto.** Ob. Cit. P.51

⁶³ **TRIGG, Roger,** “*Concepciones de la naturaleza humana. Una introducción histórica*”. Segunda Edición, Editorial Alianza, Madrid, 2001, pág. 59).

inclinaciones naturales hacia determinados fines, que están como impresas dentro de sí y que son como mandatos de esta Ley Eterna que le inducen al bien y le retraen del mal y, gracias a su libertad, puede adaptarse a esos mandatos o apartarse de él. Cuando el hombre expresa esos mandatos así descubiertos en proposiciones racionales o preceptos universales, forma la Ley Natural. La Ley Natural, en definitiva, le impone a la persona humana el deber de desenvolver y perfeccionar su propio ser⁶⁴.

d) Las Leyes Humanas: Son disposiciones particulares de la razón práctica. Esta razón llega a obtener soluciones más concretas partiendo de los preceptos de la Ley Humana como principios generales e indemostrables. Puede, sin embargo, establecer preceptos que no se ajusten estrictamente a estos principios; pero no pueden o no deben establecer normas que las violen, y menos aún que violen la Ley Eterna. Una Ley Humana contraria al bien relativo del hombre puede ser obedecida para evitar el escándalo u otro mal mayor, pero no así una ley contraria al bien absoluto o divino, como sería el de los tirano que obligan a la idolatría o a cualquier otra cosa contraria a la Ley Divina. La voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en las cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural; pero no se puede hacerlo si se oponen a esta, como por ejemplo si se estatuyera que es lícito hurtar o cometer adulterio⁶⁵.

La idea expuesta de la Ley Eterna, podemos concluir que existe un desprendimiento del hecho de que la Ley Eterna sea la razón de la sabiduría divina y es que la Ley Eterna es principio de toda verdadera ley; toda ley verdadera deriva necesariamente de la Ley Eterna. Por lo tanto, cualquier ley será ley en cuanto participe de la Ley Eterna y dejará de serlo en cuanto de ella se aleje. Y esto sucede, particularmente, respecto de la Ley Humana: “La

⁶⁴ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P.27.

⁶⁵ DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. Ob. Cit. P.110.

Ley Humana tiene razón de ley sólo en cuanto se ajusta a la recta razón. Y así considerada, es manifiesto que procede de la Ley Eterna. Pero, en cuanto se aparta de la recta razón, es una ley inicua; y así no tiene carácter de ley, sino más bien de violencia. Sin embargo, aún en la misma ley inicua se conserva alguna semejanza de la ley, ya que está dictada por una potestad constituida; y en este sentido también emana de la Ley Eterna, pues, como se lee en Romanos 13, 1, "toda potestad procede de Dios nuestro Señor". Suma Teológica, I –IIae q. 93, a. 3⁶⁶.

Resulta así que existe una relación en que la Ley Humana deriva de la Ley Natural, careciendo de valor las leyes humanas que sean discordantes de los principios de la naturaleza, ya que debiendo la ley ser expresión de la recta razón, tal rectitud se pone de manifiesto por su vinculación con la naturaleza. En cuanto a la obligatoriedad de la Ley Humana, Santo Tomás se plantea la posibilidad de determinar pautas objetivas para determinar su justicia o injusticia, en razón de su finalidad, de su origen y de su forma. Concluye que no se pueden considerar leyes a aquellas que dan como resultado una injusticia, y por tanto esa condición natural universal en el ser humano lo habilita para resistirse a dar cumplimiento a tales pronunciamientos.

2.3.3.1 De la Conciencia Moral y de los principios de la Ley Natural moral según Santo Tomás de Aquino

Es de suma importancia, saber según este gran pensador cual es la forma en que el ser humano tiene acceso por medio de la conciencia a la Ley Natural que es la que guía las actividades según las finalidades que la naturaleza humana determina; ante esta realidad, Tomas de Aquino dice: *"El orden de los preceptos de la Ley Natural es correlativo al orden de las inclinaciones naturales.*

⁶⁶ LALANNE, Julio E. Ob. Cit. P. 26.

Ante todo, encontramos en el hombre una inclinación que tiene en común con todos los entes. Tal inclinación consiste en que toda sustancia tiende por naturaleza a conservar su propio existir. De acuerdo con esta inclinación se consideran de Ley Natural todas aquellas cosas que ayudan a la conservación de la vida humana y que impiden su destrucción.

En segundo lugar, encontramos en el hombre una inclinación hacia bienes más determinados, según la naturaleza que él tiene en común con los demás animales.

Según esta inclinación se consideran de Ley Natural aquellas cosas que la naturaleza ha enseñado a todos los animales, tales como la conjunción de los sexos y otras cosas semejantes.

En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación hacia aquel bien que corresponde a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, se consideran de Ley Natural todas aquellas cosas que se refieren a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todas las demás cosas relacionadas con esto» (S. Tomás, S. Theol., 1. 2. q. 94. a. 2)⁶⁷.

Encontramos entonces que existe en la naturaleza racional del ser humano conciencia previa sobre la existencia del Derecho Natural y que, tal conciencia se hace presente en todos los miembros de la especie humana, única y exclusivamente en el ser humano ya que su misma naturaleza se determina así: racional, libre y por tanto susceptible de reconocer valores morales objetivos que van encaminados a buscar su finalidad, esto significa, que el ser humano es por naturaleza un ser teleológico.

⁶⁷ **BARP FONTANA, Luciano.** "La Ley Natural moral según el pensamiento clásico". Universidad La Salle, vol. 8, 2008. P. 102.

2.4 Decadencia del Tomismo y La secularización de la moral: transición al racionalismo

2.4.1 Decadencia del Tomismo

Al finalizar el siglo XIII se inicia la decadencia de la Filosofía Escolástica, comenzando un largo período de debilitamiento que abarca los siglos XIV y XV.

Varias y de diferente origen son las causas que condicionan esta declinación, desde causas externas que no tienen su origen en la reflexión filosófica escolástica, como el Cisma de Occidente, las luchas entre el pontificado y el Imperio, la agitación social de Europa por las guerras entre Francia e Inglaterra y la peste que azotó un vasto territorio hacia el final del medioevo, hasta causas intimas que nacen del debate filosófico mismo dentro de la escuela.

Las dos figuras más importantes de este período, que jalonan este borde histórico entre el esplendor de la Escolástica del siglo XIII y su decadencia, son las de los padres franciscanos ingleses, profesores de la Universidad de Oxford, Juan Duns Escoto y Guillermo de Occam.

El primero de ellos, fundador de la nueva escuela franciscana, genio dialéctico y crítico, nutre su concepción en la Filosofía agustiniana y en las enseñanzas de San Anselmo, con las que se opone a la recepción aristotélica en el pensamiento tomista.

Duns Escoto inaugura una actitud religiosa que parte de la idea del amor a Dios. Esta doctrina, sin duda ajena a nuestra disciplina, es la raíz de su pensamiento en cuanto a la idea del Derecho, la ley y la justicia. Santo Tomás, acogiendo las ideas de Aristóteles, importa la contradicción del intelectualismo griego, en oposición al voluntarismo ya esbozado en Pablo y

definitivamente postulado en Agustín. En el intelecto divino están las ideas prototípicas de lo que existe en el mundo de la creación, dando a la razón un papel definitivo en el conocimiento y solución de la problemática metafísica⁶⁸.

Para Santo Tomás, el decálogo de la Ley Mosaica es Derecho Natural, ya que todo el decálogo puede inferirse de principios supremos, participando en consecuencia de los caracteres esenciales del Derecho Natural, que son la invariabilidad, y su ilimitada validez.

Ante esto, Santo Tomás da respuesta a ciertas contradicciones que se encuentran en el antiguo testamento, por ejemplo la orden impartida por Dios a Abraham de sacrificar a su hijo Isaac, entre otros; la solución que propone el maestro es que si bien, ratifica la invariabilidad de la ley, señala que en esos casos no ha habido mutación alguna del principio general, sino un cambio o mutación en el objeto de la acción.

La ley o el mandato no se aplican al caso singular, porque éste no es apto para recibir el precepto⁶⁹.

La escuela franciscana objeta tajantemente la solución señalada por el escolasticismo a las contradicciones bíblicas, sosteniendo que no se había sustituido el precepto general por una orden particular, emanada de la voluntad divina, válida para el caso singular de que se trataba.

La violación del Derecho Natural queda por tanto desplazada del hombre a Dios, que sería su violador, pero ello nos enseñaría que el mandato divino está por encima de la Ley Eterna, más allá del Derecho Natural, consagrándose el triunfo del voluntarismo sobre el intelectualismo. Duns Escoto significa la restauración de las doctrinas agustinianas, del primado del

⁶⁸ **BARP FONTANA, Luciano** Ob. Cit. P.105

⁶⁹ **Santo Tomás de Aquino**. "Los diez mandamientos", redactada por Fr. Pedro de Andria, traducción de Salvador Abascal, editorial Tradición, segunda edición, México, 1981, p.22

amor sobre el intelecto, e introduce en su concepción del Derecho Natural la noción voluntarista del Dios de San Agustín y de San Pablo.

Hay en Dios una coincidencia de justicia y poder con idéntica extensión, siendo la voluntad la que manda al intelecto, con una localización axiológicamente superior⁷⁰.

En realidad, el antitético pensamiento desarrollado podría circunscribirse a la fórmula que expresa, para Santo Tomás, que Dios quiere lo bueno, no existiendo en consecuencia incompatibilidad entre lo que quiere la voluntad y la idea de la bondad de Dios, mientras que para Escoto lo bueno es tal porque Dios así lo quiere, razón por la cual no se concibe ningún obstáculo a la infinita voluntad del Creador.

Sin embargo, es menester tener presente, que si bien la polémica voluntarista se debate en los términos expuestos, no menos cierto es que la tesis intelectualista de Santo Tomás no suprime la voluntad, sino que ambos son motores que mueven el obrar de Dios de conformidad con el fin propuesto⁷¹.

La tesis del amor y la primacía de la voluntad determinan el rechazo, por impertinente, de toda cuestión que pretenda indagar acerca de la justicia del obrar Divino. El decálogo, pues, que para Santo Tomás era integrativo del Derecho Natural, queda en ese carácter reducido sólo al precepto que prohíbe odiar a Dios, ya que el mandato de amor se opone a la realidad, en cuanto no resulta posible mandar a amar incesantemente y por doquiera a Dios. Sólo la primera tabla del decálogo es Derecho Natural: el resto de los preceptos por él mandados son mandatos sociales, susceptibles de alteración por la voluntad de Dios.

⁷⁰ **ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel.** Ob. Cit. P.82.

⁷¹ **LALANNE, Julio E.** Ob. Cit. P. 28.

La estructura medieval que sustituye al paganismo antiguo, se instituyó penetrando sus profundas raíces más hondo que en la superficie aparente de las cosas, y su fecundo horizonte fue marco adecuado para la elaboración jurídico-política de los tiempos sucesivos. Allí se sientan algunas premisas germinales de un verdadero racimo de instituciones sociales, jurídicas y eclesiásticas, sobre las cuales se alzó el edificio de Europa, que, prácticamente, es tanto como decir del mundo occidental moderno.

2.4.2 La Secularización de la moral

El mundo moderno, o la modernidad es decir el momento histórico después del Medioevo, constituye una ruptura, con lo anterior, es decir una modificación, un quiebre, un cambio de principios en la mentalidad y en la actitud. En consecuencia, da lugar a una cosmovisión diferente de la que rigió durante la antigüedad clásica y la edad media. El universo cultural del cristianismo medieval entró en crisis a partir del renacimiento y, especialmente en los siglos XIV y XV como lo hemos mencionado. Desde ese momento nace una nueva época que aproximadamente comprenderá el resto de la historia de occidente hasta nuestros días.

Para tratar de esquematizar las diferencias entre la tradición filosófica cultural que se extendió de la filosofía clásica griega hasta finales de la edad media, y la tradición del pensamiento que comienza en el renacimiento, continua en la modernidad y se proyecta hacia la edad contemporánea, se puede recurrir a los siguientes, pares de opuestos: Teocentrismo – Antropocentrismo; religiosidad – Secularismo (o laicismo); Trascendencia metafísica – Inmanencia Metafísica; Heteronomía – Autonomía; Predominio de la fe – Predominio de la razón.

Uno de los rasgos más profundos de este cambio de perspectiva es, sin lugar a dudas la posición que viene a ocupar el ente divino: Dios pasa de ser

el supuesto principal de todas las disciplinas y de los principios directivos de la vida a estar completamente ausente de dichas realidades. En el curso de tres o cuatro siglos es decir el periodo que va desde el siglo XIV al siglo XVIII la divinidad que hasta fines de la edad media había desempeñado un papel importantísimo en los asuntos humanos, va dejando de aparecer, y se va alejando paulatinamente de la mente y de la cultura occidental.

Se produce un repliegue del hombre sobre sí mismo, que lo lleva a encerrarse dentro de sí y a poner en cuestión sino es que a rechazar del plano, toda realidad ajena al sujeto, y sobre todo, aquellas realidades que pueden implicar algún tipo de heteronimia, es decir, imposiciones de fuera del hombre de reglas de conducta. El hombre adopta filosóficamente la posición de sujeto y postula su autonomía.

Esta revolución intelectual no se produjo en forma súbita, sino de manera lenta y paulatina, la vida en la cultura europea deja de ser teocéntrica para volverse antropocéntrica. Dios queda a la espalda, como fondo habitual del paisaje, es decir relegado a un segundo plano aunque no se renuncia a él. Luego es declarado incognoscible o de conocimiento indiferente para el hombre (agnosticismo o indiferentismo), o ajeno a la historia y al gobierno del mundo (Deísmo), y en ultimo termino se le niega formal y explícitamente en alguna de las formas, más agudas del ateísmo moderno (Marxismo, ciertas corrientes existencialistas, y otras.)Lo segundo que es preciso resaltar es que se trata de un cambio que influye en todos los aspectos de la cultura humana, en las ciencias, en las artes, en la vida cotidiana, y que por lo tanto repercute inevitablemente en el ámbito de la moral y el Derecho.

2.5 El Racionalismo

El racionalismo fue un fenómeno de sustitución del pensamiento autoritario medieval y, en general, de gran parte de la cultura y tradición medievales.

Externando una total confianza en la razón, que se erige como el único y supremo criterio de verdad y de certeza intelectual. Hace un punto de partida a tabla rasa de toda la tradición y pensamiento medieval que había considerado la razón como limitada e incapaz de explicar nada por sí misma.

Entonces que todos los ideales del racionalismo apuntan como una constante hacia la posibilidad de lograr una legislación cierta y segura “para todos los hombres en todos los tiempos”, totalmente contraria a la interpretación jurídica medieval. Por otra parte, el racionalismo se caracteriza por el individualismo como posición ideológica central, que hace depender de las voluntades individuales el establecimiento del orden político y en consecuencia, bajo el imperio de la ley, el orden social. Existen tres principales antecedentes históricos del racionalismo: el humanismo, los descubrimientos geográficos y la reforma protestante⁷².

El movimiento humanista es considerado, por los cambios que produce, como el momento inicial de la historia moderna de Europa. Se constituye en un movimiento de reversión científica y de crítica que aporta una nueva forma de ver al mundo al reivindicar al ser humano como centro del universo y por aspirar al logro de la concordia y fraternidad universales. Como posición historicista, trajo la crítica que contribuyó a la secularización (saber Laico) de la cultura y a la relativización de la autoridad. Representó una sana crítica a la forma de entender la política e inauguró una línea de pensamiento político fundamental para entender al Estado.

En lo que toca a los descubrimientos geográficos, recuérdese que la historia europea se había desarrollado ignorando la existencia de América. Su descubrimiento puso en cuestión el conocimiento geográfico estructurado a lo largo de muchos siglos y lleno de preguntas al pensamiento en crisis del

⁷² **MORALES, José Humberto**, Ob. Cit. Pág. 52-53.

siglo XVI, derrumbando en un muy breve tiempo la gran mayoría de ideas fundamentales sobre la que se había construido el mundo conocido.

Por otra parte, siendo que la Iglesia (católica, apostólica y romana), factor universal de unidad europea, dejaba atrás su papel protagónico provocando que la mitad de los europeos ya no le fueran a obedecer y puesto que el poder temporal de los nuevos Estados modernos igualaban al poder de la Iglesia, la intervención de esta en los asuntos estatales ya no sería, en el futuro, tolerada.

La decadencia moral de los altos dignatarios eclesiásticos y el Papa, quienes habían abandonado el control espiritual de sus fieles para consagrarse al fortalecimiento económico y político del pontificado, sumado a la predisposición de la sociedad europea, la acción personal de Martin Lutero y la ayuda de los príncipes alemanes, van a constituirse en las principales causas de la Reforma protestante. Dando paso al surgimiento de formas de concebir la realidad que ya no estarán jamás detentadas por la iglesia ni impedidas por ella. Y una de las corrientes de pensamiento más fructíferas lo vendría a ser, indudablemente, el denominado racionalismo⁷³.

2.5.1 René Descartes

Descartes es la figura decisiva que marca el tránsito del mundo medieval al espíritu moderno, es el primer gran filósofo constructivo de la Edad Moderna y es quien sienta las bases de la nueva mentalidad racionalista.

Descartes busca que la filosofía tenga la misma exactitud de las matemáticas. Se propuso formular principios racionales, claros y susceptibles de organizarse en un sistema de verdades a partir del cual fuera posible deducir información exacta sobre el mundo.

⁷³ Ibídem p.54.

La duda que propugna Descartes no es una duda real, sino metódica. Descartes busca, ante todo, un método. Y ese método consiste en desposeerse momentáneamente de toda adhesión a cuanto la ciencia y la vida le han enseñado para ver si entre todo ese repertorio de cosas hay, al menos, algo que se salve de cualquier posibilidad de duda y sobre lo cual poder construir después el edificio del saber. Descartes duda para llegar a la certidumbre; su duda es una vía para descubrir la verdad, por eso decimos que es duda metódica.

Descartes se dispone a pensar que todo es falso, pero se encuentra con que hay una cosa que no puede serlo: su existencia. Si pienso, y aún si me equivoco, soy yo el que está en ese error; si dudo, soy yo el que duda. Para que al afirmar “yo soy” me equivocara, necesitaría empezar por no ser, es decir, no puedo equivocarme en esto. Esta primera verdad de mi existencia, el *cogito ergo sum* de las *Meditaciones Metafísicas*, es la primera verdad indubitable, de la que no puedo dudar, aunque quiera. Me capto a mí mismo, en la más íntima e inmediata experiencia de mi ser, como algo que piensa y, pensando, existe. Este será para Descartes el asidero firme, el punto de apoyo sobre el que pueda construir el sistema del saber, la única certeza que subsistió después de la hecatombe de las evidencias ocasionada por su duda metódica.

No hay nada cierto, sino yo. Y yo no soy más que una cosa que piensa. Por tanto, ni siquiera hombre corporal, sino sólo razón. Lo único seguro y cierto es el sujeto pensante. El hombre se queda solo con sus pensamientos.

La Filosofía se va a fundar en mí, como conciencia, como razón; desde entonces, y durante siglos, va a ser idealismo –el gran descubrimiento y el gran error de Descartes-. La historia de la filosofía moderna es la historia del intento de fundar en el hombre, mejor dicho, en el yo, toda metafísica.

Para Descartes el criterio de verdad es la claridad y distinción de las ideas concebidas por el propio sujeto, es decir, la evidencia de la razón. Por tanto, el método cartesiano es el racionalismo. Según el racionalismo, el verdadero conocimiento necesario y universal es el que se logra con la sola y exclusiva ayuda de la razón, sin recurso alguno de la experiencia ni de los sentidos.

A partir de Descartes, el pensamiento filosófico se encierra en el sujeto, y capta el ser y la verdad en el sujeto mismo, en su propia razón, con lo que, naturalmente, se aspirará a concebir todo el universo como racional, es decir, con la interna necesidad que caracteriza a las ideas evidentes en sí mismas. La Filosofía moderna se encierra con Descartes en la experiencia interior, hace radicar la verdad fundamental en el pensamiento puro, en la subjetividad, prescindiendo de su correlación con el mundo exterior.

René Descartes, que con su método revoluciono todos los campos del saber, la filosofía Cartesiana significo una vuelta de ciento ochenta grados respecto de la filosofía antigua y cristiana, que se basaba en los reconocimientos de un orden del ser. Ahora todo parte de la conciencia del yo que es capaz de crear un nuevo mundo a partir de la razón. El argumento de esta filosofía es que la razón es algo que comparten todos los hombres; por ese motivo, sus conclusiones pueden ser formuladas como universales y válidas para todos los tiempos. El postulado de una ciencia universal basado en la verdad, invalida a todos los sectores de la ciencia, de la cultura y del conocimiento humano. El Racionalismo fue un fenómeno de sustitución que pretendió crear un sistema de pensamiento nuevo basado únicamente en la razón, de confianza ilimitada en ella misma, que se erigía como el supremo criterio de verdad y de certeza intelectual⁷⁴.

La crisis del siglo XVI tras la reforma, los descubrimientos geográficos y la

⁷⁴ *Ibidem*. P. 33.

secularización de la cultura, habían desembocado en el relativismo, y en la pérdida de la fe en la tradición y en los antiguos. Era imperioso reconstruirlo todo, replantearlo todo. La razón se convierte en el eje de dicha reconstrucción: “Solo con conocimientos claros y evidentes se podía llegar a la verdad. Examinarlo todo para reconstruirlo todo; lo oscuro, lo misterioso debía ser eliminado”. El método cartesiano erigió a la razón como irrefutable diosa, como único vehículo de conocimiento verdadero, como única portadora de la fuente de luz.

Portadora de la nueva verdad, la razón se convierte en su aspecto más oscuro, se convierte en juez implacable de lo no demostrable e inicia una crítica devastadora, especialmente de las verdades religiosas, después de los poderes monárquicos. Se abrirá paso al deísmo y a la religión natural, y al ateísmo, al poder del pueblo y la democracia.

A la civilización fundada sobre la idea de deber, los deberes para con Dios, y los deberes con el príncipe, los nuevos filósofos intentaron sustituirla con una civilización fundada en la idea de Derecho: Los Derechos de la conciencia Individual, los Derechos de la crítica, Los Derechos de la razón, Los Derechos del Hombre y del ciudadano, estos últimos promulgados inmediatamente después de la revolución francesa de 1789.

2.5.2 La Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI

Como mencionamos anteriormente, el humanismo había constituido una reacción a la Escolástica; sin embargo, en el siglo XVI, en Castilla, se origina un renacimiento de la Escolástica que convivirá con el espíritu humanista. Así, surge la Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI, que toma este nombre por diversas razones.

La teología, tal como la entendían los escolásticos medievales y también los

miembros de esta “segunda Escolástica”, no sólo era la ciencia de Dios, sino de todo lo humano.

La misión y el oficio de la teología son tan amplios que no hay asunto, investigación, ni materia alguna que sean ajenos a la profesión e incumbencia de los teólogos.

Varios decenios después, Francisco Suárez repetía la misma idea y la afirmaba diciendo además que los teólogos se ocupan de las leyes, su naturaleza, sus clases y su fuerza de obligar desde un punto de vista más elevado que el de los jurisconsultos, porque la teología “contempla el Derecho Natural en cuanto está subordinado al orden sobrenatural y recibe de éste su mayor fundamentación, y estudia las leyes civiles solamente para juzgar de su bondad y rectitud según normas más altas”.

Es decir, los teólogos, desde la superioridad de su saber, juzgan, valoran y teorizan a propósito del Derecho Positivo, porque afirman que hay un orden jurídico superior, el Derecho Natural, desde el cual se puede valorar el Derecho Positivo, y sostienen además que esa Ley Natural deriva de la Ley Eterna, del orden instituido por Dios desde la eternidad sobre todas las cosas del universo. Esta es, quizá, la síntesis última del Iusnaturalismo tomista⁷⁵.

Para solucionar los problemas que se les presentaron, los teólogos recurrieron al Derecho Natural, cuando los textos romanos y en general el Derecho de juristas no les aportaban nada nuevo. Su gran mérito queda apuntado por el maestro Truyol Serra: *“Si nos preguntamos en qué consiste la aportación esencial de los Teólogos y Juristas Españoles Clásicos a la Filosofía Jurídica y política, cabe contestar que ha de buscarse en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho*

⁷⁵ **CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.** “Ley Natural”, Editorial Encuentro, España, 2008, p. 89.

*Natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación de su tiempo*⁷⁶.

Los teólogos juristas se desarrollaron en torno a dos corrientes de pensamiento ligadas a dos órdenes religiosas. La primera corresponde a los Dominicos, cuyo centro fue Salamanca, y cuyos más destacados representantes fueron Francisco de Vitoria, fray Bartolomé de las Casas y Domingo de Soto. La segunda corresponde a la Compañía de Jesús, cuyos representantes más importantes fueron Luis de Molina y Francisco Suárez.

El más destacado tratadista jesuita fue Francisco Suárez (1548-1617) ha sido considerado por algunos autores como precursor de Rousseau y del Positivismo Jurídico del siglo XIX. Frente al problema del fundamento de la ley, Suárez propone un punto intermedio entre las tesis tomistas de que el fundamento de la ley es el intelecto, y las ockamistas, que la fundamentan en un acto de voluntad⁷⁷.

Para Suárez, el fundamento de la ley es a la par intelectual como volitivo. Define la ley como un acto intelectual, en cuanto contiene determinaciones racionales encaminadas a ordenar la actividad de seres dotados de entendimiento; pero considerada en el legislador, la ley supone, además del momento intelectual, un acto de voluntad por virtud del cual obliga a aquellos a quienes va dirigida. La ley requiere dos cosas, moción y dirección, juicio recto de lo que se debe hacer y voluntad eficaz de mover a ello. Según eso, la voluntad recta, la voluntad buena, es el fundamento de la ley⁷⁸.

Afirma la posibilidad de adaptación del Derecho Natural a las circunstancias históricas. Entiende al Derecho Natural como una parte de la Ley Natural

⁷⁶ **TRUYOL Y SERRA, Antonio.** "Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado", Volumen 1, editorial Revista de Occidente, España, 1961, p. 38.

⁷⁷ *Ibidem* p.42.

⁷⁸ *Ibidem*, p.44.

referida a la justicia. El hombre conoce la Ley Natural espontáneamente por hallarse en su conciencia los primeros principios, que son universales, inmutables e inderogables, a diferencia de los principios derivados, que son menos evidentes, pero que también forman parte de la Ley Natural.

Tampoco Suárez quiere reducir la Ley Natural a los primeros principios, sino que incluye en la misma, además, los más determinados y particulares, así como las conclusiones, de más o menos fácil deducción; llegando incluso a afirmar, con un agudo sentido de la vida moral concreta en el sujeto enfrentado con la acción diaria, que cabalmente la Ley Natural importa sobre todo en sus conclusiones⁷⁹.

La Escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI no tuvo mayor proyección ni en el espacio ni en el tiempo. Esto obedeció a diversos factores⁸⁰.

Ciertas teorías desarrolladas por los teólogos juristas se oponían tajantemente a la concepción absolutista del poder. Finalmente, el pensamiento Escolástico apareció caduco a la mentalidad del siglo XVII, que vio nacer una nueva forma de pensar a través del advenimiento del racionalismo como sistema filosófico. No obstante la falta de proyección y difusión del pensamiento escolástico del siglo XVI, hizo grandes aportaciones al estudio del Derecho y a la Filosofía Jurídica y política. Sus aportaciones en orden a lo que después se llamó Derecho Internacional fueron muchas y muy sustanciosas. Desarrollaron muchas ideas que fueron tomadas y

⁷⁹ **CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco.** Ob. Cit. P.100.

⁸⁰ En primer lugar, porque respondió esencialmente a problemas muy concretos que se presentaron sólo a España y no al resto de los países europeos. Fundamentalmente, los problemas que motivaron el resurgimiento del pensamiento escolástico fueron el descubrimiento de América y la necesidad de justificar la conquista. Por otra parte, Europa se encaminaba hacia el absolutismo, lo que contribuyó a una falta de interés en difundir el pensamiento escolástico. Ver **TRUYOL SERRA, Antonio.** Ob. Cit. P.48.

perfeccionadas por el racionalismo, como ciertas referencias a la idea del pacto y el estado de naturaleza y la identificación entre ley y Derecho. Si bien esta última no fue tratada en forma sistemática, sí aparece en el pensamiento de la segunda Escolástica, y se convertirá para el racionalismo en uno de sus dogmas fundamentales. La separación entre moral y Derecho es un precedente importante para las ideas racionalistas⁸¹.

El maestro Tomás y Valiente les reconoce dos importantes aportaciones. Por una parte, en el ámbito del Derecho Internacional: *“Hay un primer aspecto en el que el pensamiento de los Teólogos Juristas Españoles tuvo innegable y sobresaliente importancia: nos referimos a las bases teóricas de un nascente Derecho Internacional por algunos de ellos establecidas por primera vez en Europa”, y por otra, como precursores del racionalismo: Un tercer aspecto concierne no ya a la importancia de su pensamiento sobre el Derecho Positivo, sino a su significación en orden al tránsito del Iusnaturalismo medieval al Iusnaturalismo racionalista de la Edad moderna. La opinión dominante, sostenida por Ernst Reibstein, Hans Welzel y defendida entre nosotros por Francisco Carpintero en relación concretamente con Fernando Vázquez de Menchaca, es que los mejores miembros de la “Escuela Española o salmantina” del Derecho Natural cumplieron la función de un puente entre el Derecho Natural tomista y el de corte racionalista, siendo en este sentido precursores de Grocio, Pufendorf y de otros filósofos del Iusnaturalismo moderno*⁸².

2.6 Iusnaturalismo Racionalista

Los antecedentes del racionalismo son el Humanismo Jurídico y la escuela de los Teólogos Juristas Españoles del siglo XVI.

⁸¹ *Ibíd.*, p. 102.

⁸² **TOMÁS Y VALIENTE, Francisco.** *“Manual de Historia del Derecho español”*, cuarta edición, editorial Técnos, España, 1983, p. 324.

El Humanismo Jurídico, constituyó a través del mos gallicus⁸³, un enorme progreso para la ciencia del Derecho por la revisión científica que realizó a los textos Romanos. Aporto una nueva forma de entender lo jurídico con una perspectiva histórica y visión crítica.

La crítica humanista desde una perspectiva histórica, no solo significó un golpe al pensamiento jurídico medieval, sino que constituyo un cambio de perspectiva total en cuanto a la cultura jurídica, y en este sentido, un claro antecedente del racionalismo de los siglos venideros.

Sus críticas contribuyeron a la secularización y racionalización de las Ciencias Jurídicas. El afán por la sistematización y su deseo de contar con sistemas jurídicos ordenados son elementos que manifiestan claramente la fuerza racionalista que comienza a desplazarse, a partir del humanismo.

Los teólogos juristas del siglo XVI (en especial Francisco Suárez), son antecedentes claros del racionalismo, por cuanto buscaron en el Derecho Natural, derivado de la razón, soluciones que no se encontraban en el Derecho común.

Si nos preguntamos en qué consiste la aportación inicial, de los Teólogos y Juristas Españoles Clásicos, a la Filosofía Jurídica y política, cabe contestar que ha de buscarse en la aplicación de los principios generales de la moral cristiana y del Derecho Natural, heredados del pensamiento antiguo y medieval, a la situación cambiante de su tiempo. Otro aspecto fundamental de los teólogos es su aportación al Derecho Internacional, del que sienta las bases teóricas.

⁸³ Movimiento humanista que como consecuencia del Renacimiento intenta reconstruir en el siglo XVI el Derecho de Roma tal como se realizó en su momento histórico con sus diferentes fases y factores. Este movimiento cultural, nacido en Francia de donde recibe su nombre (mos gallicus), intenta liberar todas las alteraciones y modificaciones introducidas por los compiladores y comentaristas, reconstruyendo el Derecho clásico original.

2.6.1 La Escuela del Derecho Natural

El racionalismo en materia jurídica las relaciones sociales se rigen por leyes naturales que forman el Derecho Natural.

Defiende y postula al iusnaturalismo, basado en la existencia de normas generales abstractas y eternas que regulan la naturaleza del hombre sobre las cuales debe descansar todo sistema de Derecho Positivo para ser válido y obligatorio, estas leyes naturales pueden ser formuladas y conceptuadas por el hombre por su sola razón, por lo que la regulación de la vida en sociedad puede ser reducida a dichas leyes cuya precisión y validez universal se asemeja a las leyes de la naturaleza con las que comparten el método matemático, único capaz de proporcionar, la claridad y evidencia que exige la validez racional.

Cuatro son las características generales del Derecho Natural:

a) La aplicación de los métodos matemáticos a los problemas jurídicos y políticos. A esta característica la denominan los principales tratadistas, como racionalismo, y no es más que el intento de todos los autores, de aplicar a todos los problemas éticos y jurídicos el rigor metodológico de las Ciencias Naturales, particularmente de las matemáticas.

b) La explícita intencionalidad política: El esfuerzo intelectual racionalista, fue en última instancia un argumento político. Lo que buscaban era crear una sociedad política y vincular dicha sociedad política al Derecho. Había una preocupación en los racionalistas por buscar soluciones justas a los casos concretos. Se intenta crear un sistema jurídico, que sea expresión del sistema político. Y, por lo tanto, se enfrenta al iuscommune, que no responde a esta idea.

c) La ética laica: el Derecho Natural, desgajada de la Ley Ético Natural dejara

de ser la participación del hombre en la Ley Eterna, para convertirse en creación de la razón apoyada en sí misma. La razón no se hallara ya, inmersa y por así decirlo objetivada en una tradición que la oriente a la luz de la tradición cristiana; sino haciendo tabla rasa de toda autoridad, someterá la revolución cristiana a su crítica.

d) El estado de naturaleza y el pacto social: conocido como el modelo como “el Modelo lusnaturalista”, constituye el punto de partida abstracto y racional, para la construcción y legitimación del Estado y las pretensiones de libertad e igualdad con la que se identificara la sociedad burguesa del siglo de las luces. Del Estado naturaleza al Estado pre social donde los hombres se encuentran libres y son iguales entre sí, se parte para llegar al Estado Político, a fundar la sociedad civil. Esta fundación de sociedad civil ocurre ante uno o más de contratos entre los individuos libres e iguales que se encuentran en estado de naturaleza.

2.6.1.1 Hugo Grocio

El holandés Hugo Grocio constituyó un paso importante en el proceso de cambio histórico, pues es una suerte de eslabón intermedio entre los últimos pensadores tradicionales (Los Teólogos Jesuitas de la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes), y la ética moderna.

Grocio en su obra de “Jure bellyacpasis” escrita en 1625 habla de Derecho Natural, al igual que la tradición Escolástica medieval, pero, para él la fuente del Derecho Natural es la naturaleza misma del hombre, es “lo que fluye de los principios de lo interno del hombre”. Por otra parte, Dios es relegado a ser la fuente mediata del Derecho Natural, en el sentido de que Dios ha sido quien creó la razón y la naturaleza del hombre.

Grocio acentúa esta paulatina prescindencia de Dios que es algo

característico de esa fase histórica de secularización, pues si bien por una lado Grocio afirma que Dios es el fundamento del Derecho Natural ya que es el creador de la razón humana, que es la que extrae de su propia naturaleza los principios que conforman el Derecho Natural, estos mismos datos reconocidos por la razón humana como verdaderos, serían ciertos “Aun cuando Dios no existiera”. Grocio puntualmente señala que: *“Todas estas reglas que acabamos de enunciar tendrían lugar de cualquier manera, aun cuando concordáramos, lo que no se puede sin caer en un horrible crimen, que Dios no existiera, o que Dios se desinteresara de los asuntos humanos como lo pretenden los epicúreos”*

Esto significa que en sintonía con la declinación de la fe en un Dios que interviene en los asuntos humanos, que es la creencia propia del deísmo, vigente en el siglo XVII, Grocio independiza el *Iusnaturale* de Dios y afirma que los principios éticos subsistirían aun cuando Dios no existiese (en el que Grocio creía firmemente). La Ley Natural ya no es, como en el *Iusnaturalismo* de Santo Tomás de Aquino “la participación de la Ley Eterna en la criatura racional” sino que ahora es definida como algo producto de la razón humana sin referencia alguna a Dios. Grocio define el Derecho Natural así: “el Derecho Natural es un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”. Este Derecho según Grocio “es tan inmutable que ni aún Dios lo puede cambiar”

Otra fuente del Derecho dice Grocio es la libre voluntad de Dios, a la que debemos estar sujetos, según nos dicta nuestro propio entendimiento. Pero hasta el mismo Derecho Natural, aunque nace de los principio internos del hombre, se pueden atribuir con justicia a Dios, porque Él quiso que existieran tales principios en nosotros.

Para la tradición lusnaturalista desde los griegos hasta el cristianismo medieval la razón humana no es el fundamento autónomo de la Ley Natural, sino que esta se origina y fundamenta en la Ley Eterna, o sea en la propia mente divina que gobierna y ordena el universo. La razón humana capta ese orden, que está en la naturaleza y participa en ese orden creado por Dios. Pero para un lusnaturalista racionalista como Grocio la razón humana es la madre del lusnaturale, es decir la naturaleza humana racional es fundamento autónomo de la Ley Natural sin necesidad de hacer referencia alguna a Dios. Es una Ley Natural sin Ley Eterna, como si la razón se independizara de Dios respecto al establecimiento del Derecho Natural. La moral entonces aparece anclada en la naturaleza humana, que es así, el nuevo fundamento del orden ético-jurídico.

2.6.1.2 Thomas Hobbes

La naturaleza según Thomas Hobbes, ha hecho iguales a los seres humanos tanto en las facultades del cuerpo como del espíritu. La diferencia de fuerza corporal o de sagacidad de entendimiento no es importante, pues el más débil matar al más fuerte por medio de maquinaciones secretas o aliándose con otro que se encuentra en el mismo peligro que él.

El concepto de Derecho Natural de Thomas Hobbes es el siguiente: *“El Derecho de Naturaleza que los escritores comúnmente llaman lusnaturale, es la libertad que cada hombre tiene, de usar su propia naturaleza; lo que quiere decir, de su propia vida; y consecuentemente, de hacer cualquier cosa, que a su propio juicio y razón, él crea que son los más aptos medios para ello”*⁸⁴.

Pero el hombre tiene la posibilidad de superar ese estado por medio de sus

⁸⁴ **HOBBS, Thomas**, “Leviathan”, J.M. Dent & Sons., London, E.P. Dutton., New York, 1959, the first part, chap. XIV, p.66.

pasiones mismas y de su razón. La razón misma le sugiere a cada hombre normas adecuadas a las que estos llegan por medio del consenso para la consecución de sus fines. A estas normas se les llama Leyes de la Naturaleza. Una Ley de Naturaleza (lex naturalis) es un precepto, o regla general, hallado por la razón, por el cual se prohíbe a un hombre hacer lo que es destructivo para su vida, o suprimir los medios de preservar la misma; y omitir lo que él pensaba que podría ser mejor para preservarla. En de cive (El ciudadano, cap. II, núm.2), Hobbes da esta de definición de Ley Natural: Es, pues, Ley Natural, para definirla, un dictamen de la recta razón acerca de lo que se ha de hacer u omitir para la conservación duradera de la vida y de los miembros, cuanto se pueda. Y en sus Elementos de Derecho Natural y Político 1ª parte, cap. XV, núm. 1 dice “por tanto no puede haber más Ley Natural que la razón, ni otros preceptos de Derecho Natural que los que nos conducen por los caminos de la paz, cuando puede conseguirse, y de la defensa cuando no puede lograrse”.

La primera y más fundamental Ley de la Naturaleza, según Hobbes, la búsqueda de la paz y seguirla; de ella se derivan todas las demás que el mismo Hobbes enumera: renunciar al derecho a todas las cosas, cumplir los pactos celebrados, tener gratitud, esforzarse por acomodarse a los demás, perdonar las ofensas pasadas.

2.6.1.3 Samuel von Pufendorf

Al igual que Grocio considera que el hombre es un ser social: pese a que se ama a sí mismo, necesita de la compañía de los demás, aún en el estado de naturaleza, a causa de su debilidad y desamparo. De modo que la base del Derecho Natural es el principio de la sociabilidad que ordena los hombres buscar la realización de sus propios intereses, sin causar daño a la vida social.

Pufendorf, delimita el campo de acción del Derecho Natural, a la vida terrenal, pero funda, la obligatoriedad en la providencia divina.

La norma suprema del Derecho Natural según Pufendorf es la que dice, “cada hombre debe, en cuanto depende de él, mantener y cuidar las relaciones sociales”. Así, el hombre debe hacer todo lo que tienda a fortalece y estimular la vida social y evitar todo lo que la dañe, de ahí deduce Pufendorf, los principios sociales siguientes: 1) No dañar a los demás, 2) Honrarlos y tratarlos como iguales y como personas humanas; 3) Ayudar a los demás en todo lo que este a su alcance.

Pufendorf dividió las normas del Derecho Natural en absolutas e hipotéticas o relativas (estas últimas solo son válidas en un determinado momento histórico). El Derecho Positivo pertenece al Derecho Natural relativo⁸⁵.

2.6.1.4 John Locke

El estado natural del hombre, según John Locke, es el de una perfecta libertad, dentro de los límites de la Ley Natural, y el de igualdad, sin sujeción o subordinación. Esta igualdad por naturaleza de los hombres es tan evidente, dice Locke.

Pero estado de libertad, no quiere decir estado de licencia. El estado de naturaleza tiene una Ley Natural para gobernarse, que es la razón; esta enseña que nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. Cuando la propia presentación de cada uno no está en juego, la razón debe preservar, en cuanto le sea posible, el resto de la humanidad, y no se puede quitar o menoscabar la vida o lo que tiene a preservarla (la libertad, la salud, un miembro del cuerpo, los bienes del otro), sino por razón de justicia en relación con un trasgresor. En ese estado, el cumplimiento de la Ley de la

⁸⁵ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso**, Ob. Cit. Pág. 116- 117

Naturaleza que prescribe la paz y la conservación de la humanidad están en manos de cada hombre, y en virtud de dicha ley cada uno tiene el derecho de castigar a los transgresores de la misma, pero solo en la medida necesaria para evitar su violación. Y si cualquiera puede castigar al que ha cometido un mal, todos pueden hacerlo también. Solo por la razón de castigo (reparación y refrenamiento) puede un hombre hacer legalmente daño a otro, en proporción al delito de este. De manera que cada hombre tiene un derecho de castigar al ofensor y ser ejecutor de la Ley Naturaleza.

Además de este Derecho de castigo, común a todos los hombres, existe, dice Locke, el Derecho particular de reparación del daño, a favor del que lo ha sufrido. El pacto por el cual los hombres convienen mutuamente, en entrar en una comunidad, y constituir un cuerpo político pone fin al estado de naturaleza. Las leyes internas de los países, según Locke, son justas únicamente en la medida en que estén fundadas en la Ley de la Naturaleza, la cual debe regularlas e interpretarlas⁸⁶.

2.6.1.5 Christian Thomasius

Afirma este autor que las relaciones jurídicas, suponen un poder coactivo que las imponga. Y puesto que a la Ley Natural le falta la *vis obligandi*, constituye más un concepto que un mandato.

El Derecho Natural, según Thomasius, enseña que se debe vivir honesta decorosa y justicieramente: con honestidad, a fin de conservar la paz interior en forma decorosa, para que los otros hombres nos ayuden, y con justicia para no provocar a los demás, ni perturbar la paz externa.

Uno de los principales méritos de Thomasius es el de haber establecido una distinción entre el Derecho y la moral: en tanto que el primero en regula las

⁸⁶ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso**, Ob. Cit. Pág. 119-120.

relaciones del sujeto con los demás, la segunda se refiere exclusivamente a la conciencia del mismo sujeto. El primero tiende a procurar la paz externa; la segunda, la paz interna. De todo esto se desprende, según Thomasius, que el derecho solo concierne a la exterioridad de las acciones (*fórum externum*), tratando de impedir los conflictos que pueden nacer de la convivencia, y que los deberes jurídicos se pueden hacer valer por medio de la fuerza son coercibles. Los deberes morales, en cambio se refieren solamente a la intención (*fórum Internum*), y no se pueden hacer valer por medio de la fuerza son incoercibles, porque nadie puede usar la violencia en contra de sí mismo. En consecuencia, El Estado, que es el órgano del Derecho, no puede penetrar en la conciencia ni imponer alguna creencia determinada. Los deberes jurídicos, según Thomasius, son perfectos, por ser coercibles, en tanto que las morales son imperfectas por no ser coercibles.

2.6.1.6 Christian Wolff

Este autor restableció la unión entre la doctrina y el Derecho de la Filosofía moral, que había sido destruida por Thomasius: El Derecho no puede consistir en una libertad natural ilimitada, sino que es la facultad moral de ejecutar determinadas acciones. Pero como la doctrina de Wolff concibe al Derecho como una *Lex Permissiva*, y a la moral como una *Lex Praeseptiva*, resulta que el primero se compone solo de facultades, en tanto que la segunda se compone de deberes. Wolff no admitió la existencia de auténticos deberes jurídicos, sino solo de obligación morales, pues el Derecho no puede ordenar nada contrario a la moral.

Wolff tomo como base de su sistema la naturaleza total del hombre (tan corporal como el espíritu). Esta naturaleza humana, según Wolff, está determinado por el fin al que están dirigidas las acciones del hombre; el perfeccionamiento de este. De donde el principio supremo de la Ley Natural,

valido tanto para el Derecho como para la moral, prescribe a los hombres realizar lo que contribuya a su perfeccionamiento y evitar lo que sea susceptible de estorbarlo o dañarlo. Pero para realizar este fin, los hombres necesitan la unión de sus fuerzas y el intercambio de prestaciones. De esto se deduce que no solo existen deberes del hombre para con Dios y para consigo mismo, sino también para con sus semejantes; es decir, el hombre no solo está obligado a procurar su propio perfeccionamiento, sino también a contribuir al de los demás. Pero el deber del propio perfeccionamiento predomina sobre el del perfeccionamiento de los otros hombres.

Wolff consideraba que la esencia de la naturaleza humana es universal e inmutable y, por tanto, la Ley Natural es también universal e inmutable. Mediante esta ley, Dios nos ordena, ante todo, conforma nuestras acciones en ella; pero como la misma se limita a señalar el fin al que debemos dirigir nuestras acciones, resulta que necesariamente nos concede un Derecho a los medios atingentes para alcanzarlo, pues no es posible la consecuencia de un fin sin valerse de los medios adecuados para ello. Con base en este razonamiento, Wolff sostuvo que partiendo del principio fundamental que ordena promover y fomentar el propio perfeccionamiento y el de los otros hombres, es posible deducir, uniendo las distintas conclusiones, todas las normas de Derecho Natural.

De la igualdad natural de los hombres desprende Wolff los derechos innatos de los seres humanos, la libertad natural, el Derecho a la seguridad y el de legítima defensa. Sin embargo, admitió la posibilidad de establecer ciertas desigualdades por contrato, sin que se pudiera llegar a la suspensión del deber de solidaridad, hacia los demás hombres. Del deber natural de evitar actos injustos deduce que la paz es una situación conforme a la naturaleza (la guerra, en consecuencia, contradice esta). Por tanto, solo es lícito el uso de la fuerza para conservar un derecho o para defenderse de una injusticia, y

solo es causa justa de la guerra la injusticia consumada o la que este por consumarse.

La Ley Natural es obligatoria no solo para los legislados sino también para el legislador. De manera que si el gobernante ordena algo contrario a la Ley Natural no es obligatorio obedecer dicha orden y se puede admitir un Derecho a la resistencia activa⁸⁷.

2.6.1.7 Jean-Jacques Rousseau

Reconoce la existencia de un estado de naturaleza anterior al estado de sociedad. Pero en dicho estado natural, según Rousseau, los hombres Vivian no en una guerra permanente, sino en paz; cada quien se basta a sí mismo y existía una igualdad absoluta. Pero la paz fue perturbada con el cultivo de la tierra, pues con este acto inicio la propiedad privada.

La igualdad de los hombres también fue turbada, y la desigualdad se agravo con el trabajo en las minas y el progreso de las ciencias y de las artes, pues comenzaron las distinciones entre el rico y el pobre, el culto y el iletrado, el amo y el esclavo. La organización estatal sanciono las desigualdades, de manera que quedaron suprimidas dentro de ella la igualdad y la libertad naturales. El estado no se funda en los principios éticos del Derecho Natural, sino es fundado por la libre voluntad de los hombres.

En el estado de naturaleza, según Rousseau, los hombres vivían libres. Pero con el surgimiento de la propiedad privada apareció la desigualdad económica y, con esta, la dominación política. Por eso dice el pensador ginebrino: “El hombre ha nacido libre, y por todos partes esta en esclavitud”.

A pesar de su concepción naturalista, Rousseau no propugnó un retorno a la

⁸⁷ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso**, Ob. Cit. Pág. 122-124.

naturaleza, así como el anciano no puede volver a la juventud, el hombre no puede volver al estado de naturaleza.

2.7 Immanuel Kant (1724-1804)

Kant denominó a su Filosofía como crítica en oposición a la dogmática. La misma consta de una crítica teórica, una crítica práctica y una crítica del juicio, expuestas en las tres obras publicadas entre 1781 y 1790, tituladas respectivamente: *Crítica de la Razón Pura* publicada en 1781, con una segunda edición corregida en 1787), *Crítica de la Razón Práctica* publicada en 1788) y *Crítica del Juicio* publicada en 1790) Estas tres obras según el dicho de Ortega y Gasset son las que mayor influencia han ejercido en los últimos ciento cincuenta años y *los libros en que ha bebido sus más fuertes esencias el mundo contemporáneo*⁸⁸.

2.7.1 La Teoría Moral Práctica

Kant al igual que Descartes, Pascal y Vico entendió que la conducta humana no puede estudiarse bajo los mismos supuestos que la naturaleza. Esto según la versión de Kant se debe a que los acontecimientos que se generan con base en las conductas presuponen la existencia de reglas conforme a las cuales actúa la voluntad.

La intención que se propuso Kant con su Teoría Moral Práctica no fue construir un nuevo sistema de Moral, sino únicamente encontrar el fundamento racional del fenómeno Moral. Kant dejó de lado los problemas objetivos materiales de los que se preocupó la Escuela del Derecho Natural racionalista.

En su lugar puso a los problemas de la moralidad subjetiva. Con esto, la

⁸⁸ORTEGA Y GASSET, José, *Reflexiones de Centenario en: Kant, Hegel, Scheller*, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, Madrid abril mayo de 1924, p. 20.

autonomía de la voluntad del ser humano se erigió como el principio de todas las leyes morales⁸⁹. La persona moral es su fin en sí mismo y no medio para objetivos externos. Se debe observar que, esto no vale para el hombre empírico como parte del mundo sensorial, sino para la humanidad en su persona o a través de su persona.

Y el ¿cómo? de la conducta moral, lo argumenta Kant con su famoso imperativo categórico, según el cual cada uno debe actuar de tal forma que la máxima⁹⁰ de su voluntad pueda ser asimismo el principio de una legislación general. “Cabe destacar que, de esta forma, bien se puede decir que, no fue la intención de Kant construir un nuevo sistema de moral, sino únicamente encontrar el fundamento racional del fenómeno moral”⁹¹.

Los principios *a priori* de las reglas que rigen las conductas se llaman leyes. Para Kant sólo cuando una ley puede ser vista y fundamentada *a priori* vale como ley. De esta forma, “la Ley Moral es concebida como un principio formal del uso práctico de la razón”. Es así que para Kant la experiencia no puede ser una fuente de conocimiento necesario y no puede servir, en el orden Moral, para proporcionar una base suficiente al pensamiento normativo. La Moral no es entonces para Kant una ciencia social, sino una disciplina racional. Es por tanto necesario distinguir en él la Moral vivida de la Moral pensada.

Al no ser una ciencia social, la Moral sino una disciplina racional no analiza los principios de las relaciones sociales que se entablan entre los individuos

⁸⁹ KANT con su principio de la autonomía Moral de las personas logró una gran contribución para la fundamentación filosófica de los Derechos del hombre. Un Derecho natural objetivo no hay, sin embargo, existen Derechos subjetivos naturales con los que el hombre ha nacido.

⁹⁰ Máxima es una regla que el agente se prescribe a sí mismo, como principio por razones subjetivas.

⁹¹ **DE VLEESCHAUWER, Hernan Jean.** “*Historia de la Filosofía*”. Volumen 7, editorial Siglo XXI, México, 1987. P. 166.

de un grupo social y que se encuentran condicionadas por factores de tipo político, económico o, religioso. En cambio, establece los principios bajo los cuales se pueden relacionar los entes racionales cuyo único contenido es la libertad.

Kant pensó que el contenido del Derecho proviene, por lo menos en parte, de la realidad empírica, aunque en última instancia la fundamentación de esos contenidos jurídicos se lleve a cabo en términos estrictamente racionales, esto es, en criterios formales que se derivan directamente de la razón y que valen con total independencia de la realidad empírica.

2.7.2 La Libertad

Kant divide la voluntad en una capacidad de apetencia inferior y en otra superior. La capacidad de apetencia inferior son los instintos, los impulsos. La superior es la voluntad como tal, que no obra por fines externos, individuales, sino por fines generales. La esencia de esta voluntad consiste en determinarse a partir de sí misma sin tener ninguna causa fuera de ella, en ser libre. El concepto de libertad⁹² es un concepto de razón puro que tiene una realidad trascendente. No tiene valor como principio constitutivo, sino sólo como principio regulador. La libertad, en consecuencia, tiene que ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional.

Tanto en el aspecto moral como en el jurídico, la libertad como el arbitrio independiente de otra persona consiste para la razón práctica en que ella puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley general. Kant piensa que, “el hombre lleva en sí mismo la Ley Moral cuyo principio es la

⁹² Libertad puede ser aceptada como la traducción del término griego autonomía, que si se le toma literalmente significa autolegislación. Con esto no se puede eliminar la ambivalencia a que puede dar lugar cuando también hace referencia a lo que aparentemente es su contrario, en especial, “nomos” –ley-. Esto se debe a que el carácter forzoso de la ley parece dar lugar a la ausencia de libertad.

libertad y la autonomía de la voluntad”⁹³.

La autonomía consiste en una libertad garantizada que depende del reconocimiento y de la plausibilidad a través de otra persona y que puede ser lesionada debido a que otro la utilice como objeto de su interés particular, esto es, que no la respete como un objeto en sí mismo. Tanto el Derecho como la Moral descansan sobre la libertad; en ella cobra el hombre la conciencia absoluta de sí mismo.

Por cuanto hace a las relaciones entre la libertad y la Moral, en la Filosofía de Kant se puede decir que, “la libertad es la razón de ser que constituye la Moralidad, mientras que la Ley Moral es la razón de conocer, que nos revela la libertad”. De esta forma, “la Moralidad parece ser el resultado y no el factor determinante de la libertad. La Moral culmina en la idea del bien: por este motivo todos los sistemas morales comienzan por esta idea de deducir de ella la ley Moral. El bien no es el origen o el motivo de la Moralidad, sino su resultado o su culminación.

2.7.3 El Imperativo Categórico

Cuando se pregunta por el concepto y la medida más elevada de todas las conductas sociales, Kant responde con el imperativo categórico. En cambio cuando se pregunta por la última causa por la que el concepto y dicha medida pueden actuar, Kant responde con la autolegislación o autonomía de la voluntad. Kant entiende por imperativo la expresión lingüística de un deber ser y a través de la misma muestra la relación de una ley objetiva de la razón con una voluntad. La “imagen de un principio objetivo, en tanto sea preciso para un querer, se denomina mandato —de la razón— y la fórmula del

⁹³ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “La Filosofía del Derecho de Inmanuel Kant”, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, Tomo LIV, núm.242. p.173.

mandato se llama imperativo. Todo imperativo se expresa a través de un deber ser”⁹⁴. De esta forma, el imperativo es una regla cuya representación hace necesaria una conducta subjetiva y causal.

Todos los imperativos mandan algo ya sea hipotética o categóricamente. Los primeros presentan la necesidad práctica de una posible acción como medio para alcanzar algo más que queremos. El imperativo categórico sería aquel que presentara como objetivamente necesaria una acción por sí misma, sin referencia a otro fin. Se trata de un principio objetivo en la medida que puede ser erigido por la razón en legislación universal. El imperativo categórico ordena una acción que es buena en sí misma y que por lo mismo es objetivamente necesaria.

El imperativo categórico, tiene cuatro formulaciones:

1. “Actúa siempre de tal manera que la máxima de tus actos pueda convertirse en principio de legislación universal”
2. “Actúa de tal forma como si la máxima de tu conducta debiera llegar a ser por medio de tu voluntad una Ley Natural general”
3. “Actúa siempre de tal modo que no trates la naturaleza humana, ni en ti ni en los demás, como un medio, sino como un fin en sí”
4. “No realizar ninguna conducta con base a otra máxima, más que con la que pueda existir la posibilidad de que pueda llegar a ser una ley general”⁹⁵.

2.7.4 La Autonomía de la Voluntad

El principio de todas las leyes morales radica en la autonomía, la legalidad autónoma de la voluntad. En forma negativa, la autonomía consiste en la

⁹⁴ **KANT, Immanuel**, mencionado por **KELSEN, Hans**, “*Teoría General de las Normas*” (Traducción: Hugo Carlos Delory Jacobs), Trillas, México, 1994, p. 30.

⁹⁵ **ROJAS AMANDI, Víctor Manuel**. “*La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*”, obra citada p.176.

independencia de fundamentos de determinación materiales. En forma positiva, en la autodeterminación o en la auto legislación.

La conducta autónoma, esencia racional finita no consiste en la independencia de todas las condiciones personales, económicas o políticas.

El principio no le exige a los seres humanos renunciar a su vitalidad, a su sensibilidad o a su orientación social en beneficio de una racionalidad vacía, como si la moral más perfecta tuviera que exigir poner en lugar de la cotidianidad, la tradición, la historia, la crítica de las formas de vida, de la sociedad y de la política⁹⁶.

Con el concepto de autonomía Kant plantea un nuevo fundamento para la ética filosófica. El fundamento de la moralidad no radica ni el amor propio, ni en el sentimiento moral.

2.7.5 El Concepto de Derecho

Kant se propuso desarrollar un concepto de Derecho cuyos criterios de validez se encontraran implícitos en la razón. De esta forma, la cuestión relativa a que es lo que debe hacer jurídicamente el hombre no se puede derivar de hechos empíricos sino del concepto de razón pura. El concepto de Derecho relaciona así la conducta externa de los hombres con la razón.

El Derecho es para Kant el concepto de las condiciones bajo las cuales pueden ser unidos el arbitrio de uno con el arbitrio de otro según una ley general de libertad.⁹⁷ En el concepto del Derecho de Kant podemos reconocer tres elementos; el arbitrio, la ley general de la libertad y las condiciones de la unión entre el arbitrio y la ley general de la libertad.

⁹⁶ Ibídem 177.

⁹⁷ **KANT, Immanuel.** “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”. Traducción y edición de Roberto Rodríguez Amarayo, Editorial Alianza, España, 2002, p.187.

2.7.6 La Justicia

Kant establece que, es “justa toda acción que por sí, o por su máxima, no es un obstáculo a la conformidad de la libertad del arbitrio de todos con la libertad de cada uno según leyes universales”⁹⁸.

Así, para Kant, la cuestión de saber si lo que prescriben las leyes es justo, nunca podrá resolverla un jurista a menos de dejar a parte los principios empíricos y de buscar el origen de estos juicios en la sola razón, para de esta forma, establecer los fundamentos de una legislación positiva posible.

2.7.7 Derecho y Fuerza

Kant justifica al uso de la fuerza para hacer respetar al Derecho señalando que, cuando el ejercicio de la libertad de uno significa un límite a la libertad de otro según una ley general, entonces la fuerza que el Derecho opone a dicha conducta tiene por objeto hacer posible el ejercicio de la libertad según una ley general.

En este caso, la resistencia que se le opone a una conducta que se determina por el arbitrio, pero que no es conforme con una ley general de libertad, debido a que se dirige a hacer ceder el obstáculo a la libertad, se encuentra conforme a la libertad según leyes generales y por lo mismo es justa.

Esto debido a que, el hombre es una esencia libre y en consideración a su persona su arbitrariedad no debe ser limitada por la conducta de otro ser humano, sino que debe ser dejada en libertad. De esta forma, el ejercicio de la fuerza en el Derecho concuerda necesariamente con el principio de la libertad universal.

⁹⁸ **ROJAS AMANDI, Víctor Manuel.** “*La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*”, obra citada p.188.

2.7.8 Ser y Deber Ser

En la Filosofía de Kant no se puede encontrar un dualismo radical entre “ser” y “deber ser” pues para él la norma moral, el deber ser moral, la ley moral es válida para nosotros los hombres “porque ha surgido de nuestra voluntad como inteligencia”⁹⁹.

Kant reconoce que las normas sólo puede ser impuestas por un acto nacido del querer: “De la voluntad surgen las leyes”. Esto debido a que, la “razón como patrimonio práctico es la razón como capacidad que debe ejercer una influencia como voluntad”, “la razón se ocupa de las causas determinantes de la voluntad”. De esta forma, el deber ser moral “es, pues, un querer necesario propio del hombre como miembro de un mundo inteligible, y sólo como es concebido por el como un deber ser en tanto él se considera asimismo al mismo tiempo como un miembro del mundo de los sentidos”¹⁰⁰.

Kant asegura que la razón práctica es voluntad. Por eso puede representarse a esta razón como legisladora. La razón práctica “ordena manda como debe actuarse”. Solamente la razón práctica prescribe al ser sensato el deber ser.

2.8 Crisis de la razón

Le llamamos crisis de la razón a la situación histórica en la que la razón pretendida como fuente universal del conocimiento, entre ellas la Moral y el Derecho, como se encontró con límites infranqueables que demostraban la insuficiencia de la misma para conocer y resolver todos los aspectos de la realidad humana. De ahí la crisis de la razón.

⁹⁹ Esta característica de la Filosofía del Derecho kantiana la atribuye Villoro Toranzo a que KANT vaciló en construir su concepto del Derecho sobre el camino trazado, por una parte, en la Crítica de la Razón Pura, y por la otra en la Crítica de la razón Práctica. Véase al respecto: VILLORO TORANZO, Miguel, lecciones de Filosofía del Derecho, Quinta Edición, editorial Porrúa, México, 2003, p. 345-6.

¹⁰⁰ **DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso.** Ob. Cit. P.108.

En el ámbito filosófico, la codificación de la razón propuesta por el iusnaturalismo Racionalista, trajo consigo efectos de carácter negativo en la vida jurídica de esos tiempos.

Todo se replantea críticamente después de la crisis del siglo XVI, crítica sana, pero también mordaz, que en su vertiginoso afán de replantearlo todo terminó construyendo una cultura, en muchas ocasiones igual de rígida y autoritaria que aquella que pretendió sustituir; incapaz, también, de reconocer lo valioso del pasado e incorporarlo a su sistema, lo destruyó, para crear un nuevo Dios que a la larga tampoco logró la tan ansiada felicidad de los hombres, que alguna vez prometió.

El racionalismo condujo a occidente a una nueva crisis: la de su fracaso.

El hombre no es sólo razón. Ésta es más un instrumento, entre otros, y no la primera forma y la única de enfrentarnos y explicar el mundo. La sensibilidad, la intuición y la fe son otras herramientas y otras formas de comprensión del mundo, del universo y del hombre. La espiritualidad occidental quedó afectada y herida con el racionalismo. Parte de la crisis actual, de todo el siglo XX, tiene que ver con esta pérdida¹⁰¹.

A este primer grave error racionalista se suma otro: el de pretender borrar el pasado, cuando el ser del hombre, es sobre todo quehacer histórico.

El afán totalizador y la visión antihistoricista son los dos grandes pecados del racionalismo. En materia jurídica sus grandes errores fueron la reducción del derecho a la ley y el haber proclamado como universales una serie de ideas y principios que respondían a necesidades muy concretas de la época y que, por tanto, carecen de dicha universalidad.

¹⁰¹ **FUENTES LÓPEZ, Carlos.** “*El racionalismo jurídico*”, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 141, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2003. P.268.

Los excesos a que dio paso el absolutismo legislativo estatal, la incorporación de ideologías naturalistas o de intereses particulares a la producción del Derecho, el positivismo extremo y las terribles desigualdades amparadas por la ley, abrieron paso a la crisis del siglo XX. Transcribimos ahora una conclusión de Villoro, con la que estamos de acuerdo: *“Para acercarse a la verdad, o dicho de otro modo, para llegar a pensar algo que esté conforme a la realidad, el ser humano no se sirve únicamente de su razón, sino que emplea todas sus facultades y no en forma aislada sino integradas en la unidad de su personalidad. El pensamiento es el resultado final no sólo de procesos lógicos sino de la experiencia total y vital del sujeto pensante. Puesto que se da una unidad radical en la integridad del ser humano, existe una estrecha relación entre todas las facultades y operaciones del hombre. Conocimiento sensorial y conocimiento racional (o pensamiento), proceso discursivo y proceso intuitivo (ambos racionales), conciencia y subconsciencia, vida activa y vida teórica, afectos y pensamientos, se entrelazan por influencias recíprocas, aunque sin llegar a confundirse, y forman la unidad integral del ser humano. Y esta unidad no debe ser concebida aislada del mundo, sino inmersa en las relaciones humanas y profundamente influenciada por los datos y hechos sociales de las estructuras muy concretas que le circundan. Sólo se puede entender al hombre como ser en el mundo, o si se prefiere, como conciencia y pensamiento libre, presente e inmersa activamente en lo existente. Es éste el ser que se acerca a la verdad, y no un cogito puro, autónomo y aislado de la realidad¹⁰².*

El gran mérito de la codificación fue la certeza y seguridad jurídica que se lograron con la legislación. Así como haber exigido el respeto a lo que

¹⁰² **VILLORO TORANZO, Miguel.** “Lecciones de Filosofía del Derecho”, Editorial Porrúa, México, 1984, p.105.

consideró los derechos fundamentales del hombre, línea sobre la cual se levanta, hasta nuestros días, la esperanza de lograr verdaderamente un trato justo a todos los hombres. La ética del nuevo siglo, seguramente, en sus aspectos jurídicos, transitará sobre esta valiosísima aportación racionalista¹⁰³.

La codificación significó la preservación de la cultura romanista y canónica, al adoptar dentro de su sistema, el contenido del Derecho sabio medieval, lo que en forma definitiva acrisoló la tradición romano-canónica del Derecho occidental.

Los aspectos relacionados con la desigualdad provocada por constituir el Estado liberal un Estado que favorecía preferentemente a la burguesía han sido los grandes motores de cambios sociales desde Marx hasta nuestros días.

2.8.1 Friedrich Nietzsche (1844-1900)

El filósofo alemán marca un punto de inflexión en la Filosofía occidental, más allá de fundar una escuela de pensamiento, no instruye directamente discípulos; su influencia ha sido profunda y eficaz en el desarrollo del pensamiento del siglo XX. No ha influido en las masas como otros pensadores como Marx, sino en los medios intelectuales y cultos, principalmente por su actitud de rebelarse contra la decadente “cultura europea”. Es un precursor y casi fundador de las filosofías vitalistas de nuestra época.

En la filosofía de Nietzsche, el principio supremo, el valor absoluto y frontal, es la vida; a la que concibe como voluntad de poder. En nombre de la vida, en su sentido desenfrenado por las pasiones y de los instintos de la vida,

¹⁰³ **FUENTES LÓPEZ, Carlos.** Obra citada. P. 269.

condena a todos los valores recibidos, por la cultura “moderna”, el arte, la filosofía, la ciencia, la razón, las instituciones y sobre todo la moral, Dios y el Cristianismo.

Su famosa proclama “Dios ha muerto” implicaba más una constatación que un programa militante, como en los pensadores anteriores. Para Nietzsche, el desmontaje teórico de la idea de Dios realizado por Feuerbach y los precursores –la Ilustración francesa y Kant- y sucesores de este pertenecía a una época que ya había tocado a su fin. Su juicio posterior sería que este era “*el más grande acontecimiento de la historia reciente*”, empero, aún no se había tomado conciencia de la magnitud y de las implicaciones vitales del deicidio. Esto es lo que pretendió en una de las páginas más intensas Nietzsche: “*¿Dónde está Dios? Yo os lo voy a decir. ¡Nosotros lo hemos matado, vosotros y yo! Todos nosotros somos sus asesinos*” Y más adelante se lamenta: “*¿Qué hemos hecho al liberar esta tierra de su sol? [...] ¿Hay todavía un arriba y un abajo? ¿No vagamos a través de una nada infinita? ¿No sentimos el espacio vacío? ¿No hace frío? ¿No anochece cada vez más?*”¹⁰⁴

Nietzsche Considera que aún no se han extraído todas las consecuencias de la muerte de Dios, la “muerte de Dios” provoca una caída inmediata en el nihilismo, es decir la destrucción de todo sentido y valor de la vida no hay bien ni mal, ni propósito en un mundo sin sentido ante la ausencia de un referente objetivo y que esté por encima del mundo, donde el bien y la justicia no están escritos en ninguna parte no hay forma de buscar verdades eternas y universales, algo que Nietzsche logra ver plenamente y que muchos de los pensadores racionalistas no pudieron o no quisieron ver al hablar de una razón universal sin Dios. Dicho acontecimiento histórico

¹⁰⁴ NIETZSCHE, Friedrich. “*La Gaya Ciencia*”, edición citada, aforismo 125, pág. 209.

precisamente empezaba a mostrar sus consecuencias en la cual se manifiesta “Una larga serie de desmoronamientos, destrucción, ruina y derrumbamiento” de todo lo que “ahora que esta fe esta socavada, tiene que empezar a venirse abajo por estar construido sobre ella, apoyada en ella, injertado en ella, por ejemplo: nuestra moral europea”¹⁰⁵.

Para consumir la muerte de Dios, Nietzsche piensa que es necesario dejar de lado todas las concepciones que de alguna manera suponen la idea de Dios. Así, no basta con rechazar la noción de Ser Supremo, sino que hace falta derribar también todo lo que de ella se deriva, como la noción del bien y del mal, o la verdad, que a fin de cuentas reposa sobre nociones morales las cuales a su vez se enraízan en Dios. Siendo así que el espíritu fuerte que siempre se caracterizó por su independencia con relación a las costumbres y al tiempo, acaba invirtiéndose, en la versión de Nietzsche del Superhombre: El que viene a destruir todos los valores recibidos, todos los ídolos, de manera que se le abre la posibilidad de crearse a sí mismo sin necesidad de ninguna norma exterior, pues ha enterrado toda fe y todo lo que sobre estaba construido.

Así, Nietzsche, en su afán por llevar hasta sus últimas consecuencias el derrumbamiento de los valores morales que trae aparejado, según él, la muerte de Dios, arremete también contra el proyecto ilustrado de intentar fundar una moral objetiva sobre fundamentos racionales y, más concretamente, contra Kant¹⁰⁶ y el imperativo categórico kantiano. Es que si bien Kant había asestado un duro golpe a las pretensiones racionales de los metafísicos y teólogos tradicionales, una vez independizado de esa tutela no

¹⁰⁵NIETZSCHE, Friedrich. “Humano, demasiado humano”. *Un libro para espíritus libres*, aforismo 133.

¹⁰⁶Kant visto desde Nietzsche aparece como representante del ideal cristiano ascético, al que él se opone totalmente. Es el representante de una razón decadente, vil ropaje de una moral que se presenta como producto de una razón universal pero que en realidad tiene sus raíces en el cristianismo.

aspira a ir más lejos, ni mucho menos a socavar las creencias religiosas y morales establecidas. Por el contrario, encuentra de nuevo en el imperativo categórico de acatamiento del deber inscripto en la conciencia una nueva base, autónoma esta vez, pero no menos eficaz, para sustentar la creencia en un alma libre e inmortal y en un Dios omnipotente que rige su destino. La doctrina ético-religiosa tradicional, antes impuesta autoritativamente por la jerarquía exterior, se interioriza de modo tan suficiente que el individuo ya no necesita la amenaza dogmática para sustentarla. Expone sus motivos en la obra *“La Gaya Ciencia”* en la cual se burla del imperativo categórico de KANT: *“¡Y no me vengas ahora con el imperativo categórico, amigo mío! este término me hace cosquillas en el oído, y tengo que reír, a pesar de tu aspecto tan serio: me acuerdo en ese momento del viejo Kant, al cual, en castigo de que se había hecho ilegítimamente con la “cosa en sí” -¡otra cosa harto ridícula!- se le metió adentro ilegítimamente el “imperativo categórico”, y con él en el corazón se perdió y sin darse cuenta volvió a “Dios”, al “alma”, a la “libertad” y a la “inmortalidad”, igual que un zorro que se pierde y vuelve a su jaula: ¡ y su fuerza e inteligencia eran lo que había roto los barrotes de esa jaula! ¿Cómo? ¿Admiras el imperativo categórico en tí? ¿Está “solidez” de tu denominado juicio moral? ¿Esta “incondicionalidad” de la sensación de que “en este punto todos tienen que juzgar igual que yo”?*

Dice Nietzsche en otro texto que sintetiza su crítica a la ética kantiana: “Una palabra todavía contra Kant como moralista. Una virtud tiene que ser invención nuestra, personalísima defensa y necesidad nuestra: en todo otro sentido es meramente un peligro. Lo que no es condición de nuestra vida la daña: una virtud practicada meramente por un concepto de “virtud”, tal como Kant lo quería, es dañosa. La “virtud”, el “deber”, el “bien en sí”, el bien entendido con un carácter de impersonalidad y de validez universal -ficciones cerebrales en que se expresan la decadencia, el agotamiento último de las

fuerzas de la vida, la chinería konisberguense¹⁰⁷. Lo contrario es lo que ordenan las leyes más profundas de la conservación y el crecimiento: que cada uno se invente su virtud, su imperativo categórico. Un pueblo peca cuando confunde su deber con el concepto de deber en general. Nada arruina más profunda, más íntimamente que los deberes "impersonales", que los sacrificios hechos al Moloch de la abstracción.- ¡Qué la gente no haya sentido como peligroso para la vida el imperativo categórico de Kant!... ¡El instinto propio de los teólogos fue el único que tomó bajo su protección! - Una acción que el instinto de la vida nos compele a realizar tiene en el placer su prueba de ser una acción correcta: y aquel nihilista de vísceras dogmático-cristianas entendió al placer como una objeción...Qué destruye más rápidamente que trabajar, pensar, sentir, sin necesidad interna, sin una elección profundamente personal, sin placer?, ¿Como un autómatas del "deber"? Esta es precisamente la receta de la decadencia, del idiotismo...Kant se volvió idiota¹⁰⁸.

Kant pertenece a la "raza de teólogos" a la cual pertenecen la mayoría de los filósofos alemanes. No es filosofía lo que hacen, en el fondo es teología, porque no hacen más que afirmar los ideales de la decadencia judeocristiana, que pretenden afirmar un sobre mundo "más valioso" que éste que tenemos.

La genialidad del autor alemán radica en desenmascarar la supuesta apelación a la objetividad del fundamento kantiano de la moral¹⁰⁹.

En otros términos: la supuesta razón universal y objetiva de los ilustrados es una mera máscara destinada a cubrir los intereses de la voluntad de poder;

¹⁰⁷Por chinería konisberguense, Nietzsche entiende mediocridad (chinos, alemanes y judíos tienen cualidades análogas pero mientras los primeros son de primer rango, los chinos son del último).

¹⁰⁸ NIETZSCHE Friedrich, El Anticristo 40 -41 Madrid, Editorial Alianza 1974.

¹⁰⁹ LALANE, Julio E. Ob. cit. Pág. 59.

es una racionalización que esconde el fenómeno de la voluntad, que es no racional: *“¡Admira más bien el egocentrismo que ahí se encierra! ¡Y la ceguera, la ruindad y la falta de pretensiones de tu egocentrismo! Y es que es egocentrismo sentir el propio juicio como ley universal; y además un egocentrismo ciego y ruin y sin pretensiones, porque deja traslucir que todavía no te has descubierto a ti mismo, que todavía no te has creado un ideal”*¹¹⁰.

Nietzsche continúa su argumentación del modo siguiente: si la moral no es más que expresión de la voluntad, mi moral sólo puede ser la que mi voluntad ha creado. El superhombre mismo debe establecer su escala de valores: *“Limitémonos, pues, a limpiar nuestras opiniones y estimaciones de valor a y crear nuevas tablas de bienes propias: ¡no cavilemos más sobre “el valor de nuestras acciones”! ¡Si, amigos míos! ¡Ha llegado el momento que toda la charlatanería moral de los unos sobre los otros nos produzca repulsión! (...) Nosotros, en cambio, queremos llegar a ser lo que somos: ¡los nuevos, los únicos, los que no admiten comparación, los que legislan para sí mismos, los que se crean a sí mismos!”*¹¹¹.

Lo que viene a decir Nietzsche es: quitémonos las máscaras, los disfraces y los pretextos y asumamos en plenitud las consecuencias de la muerte de Dios, a saber: no hay criterios objetivos para distinguir lo que es bueno y lo que es malo, a los valores los creo yo, de acuerdo a mi preferencia, gusto, agrado, es decir, de acuerdo a mi opinión libre y soberana.

Según Nietzsche, los Ilustrados se contentaron con vivir cómodamente al día, sin inquisición ni dogmas gravosos, pero también sin intentar llevar hasta sus lógicas consecuencias la disolución del cristianismo y su escala de

¹¹⁰ NIETSCHE, FRIEDRICH, *ibídem*

¹¹¹ NIETSCHE, FRIEDRICH, *La gaya ciencia*, citada, aforismo 335, edición citada, págs. 321/322.

valores ya que se pretendía vivir según los valores del cristianismo pero sin apelar al fundamento de los mismos, es decir Dios.

De la muerte de Dios como premisa se desprende, como conclusión necesaria, el derrumbamiento de los valores morales de Europa que estaban fundados sobre la fe en ese Dios. La negación de Dios supone la caída de todos los valores morales anteriores. Todo debe ceder ante la ascensión de la vida, la cual, en consecuencia, puede adquirir caracteres paradójicamente suicidas.

La expresión “Dios ha muerto” pone de relieve una verdadera revolución metafísica y ética: la destrucción del reino de las esencias, los valores y los ideales de la verdad, del bien y de la belleza, la destrucción de los fundamentos metafísicos de la moral que se remontan a Platón y que están presentes en el Cristianismo. Esta idea aparecería más tarde en uno de los más conocidos representantes del existencialismo ateo: Jean Paul Sartre, que en *El existencialismo es un humanismo* diría: *“El existencialista, por el contrario, piensa que es muy incómodo que Dios no exista, porque con él desaparece toda posibilidad de encontrar valores en un cielo inteligible; ya no se puede tener el bien a priori, porque no hay más conciencia infinita y perfecta para pensarlo; no está escrito en ninguna parte que el bien exista, que haya que ser honrado, que no haya que mentir; puesto que precisamente estamos en un plano donde solamente hay hombres. Dostoievski escribe: Si Dios no existiera, todo estaría permitido. Este es el punto de partida del existencialismo. En efecto, todo está permitido si Dios no existe y, en consecuencia, el hombre está abandonado, porque no encuentra ni en sí ni fuera de sí una posibilidad de aferrarse. No encuentra ante todo excusas. Si, en efecto, la existencia precede a la esencia, no se podrá jamás explicar la referencia a una naturaleza humana dada y fija; dicho de otro modo, no hay determinismo, el hombre es libre, el hombre es libertad. Si, por*

*otra parte, Dios no existe, no encontramos frente a nosotros valores u órdenes que legitimen nuestra conducta. Así, no tenemos ni detrás ni delante de nosotros, en el dominio luminoso de los valores, justificaciones o excusas*¹¹².

Sartre, coincide plenamente con Nietzsche, si no hay Dios, no hay tal cosa como naturalezas dadas (naturaleza humana), el hombre primero existe y luego se define. Está arrojado al mundo y condenado a ser libre; no hay verdades eternas ni valores universales; consiguientemente es imposible fundamentar una ética sólida. Así Sartre le da la razón a Nietzsche. Naturalmente, el ataque a los cimientos hace caer, si se es consecuente como lo es Nietzsche, el edificio todo.

La muerte de Dios acarrea la disolución de todo contenido moral objetivo, universalmente válido y vigente hasta ahora. La moral ilustrada desemboca así, cuando menos en una de sus corrientes o tendencias, en el relativismo del mundo de los valores, la fragmentación de la cultura en áreas segregadas, la legitimación del poder y en la destrucción de la ética objetiva y universal.

2.9 Del surgimiento de corrientes lusfilosóficas antagónicas a la doctrina del Derecho Natural

Al hablar del surgimiento de corrientes lusfilosóficas que pretenden un sentido contrario del Derecho Natural, nos manifiesta una ruptura dentro del pensamiento natural netamente axiológico o innato para elaborar un proceder basado en la experiencia, abandonando métodos como la deducción y análisis del todo a sus partes, para destacar el elemento fundamental de la experiencia que permita concretizar su estudio.

¹¹² **SARTRE, Jean Paul.** *“El existencialismo es un humanismo”*, 5ª edición, editorial Sur, Buenos Aires, p. 12.

2.9.1 El Empirismo

El empirismo en general es la doctrina según la cual no hay principios innatos y todos nuestros conocimientos derivan de la experiencia. El empirismo tiene origen científico, desconfió de los conocimientos racionales obtenidos por deducción y emplea, exclusiva o casi exclusivamente, el método inductivo, el cual fue consagrado en el siglo XVIII por Galileo Galilei (1564 – 1642) y Francisco Bacon (1561 – 1626) en las ciencias de la naturaleza, y dos siglos más tarde, Auguste Comte (1798- 1857) con el movimiento positivista, lo extiende a las Ciencias Sociales y al Derecho. Este método, que se fundamenta en la observación de los hechos y la experiencia, rechaza toda elaboración racional o metafísica, ya que las construcciones de este tipo están alejadas de la realidad, y por lo tanto deben ser abandonadas¹¹³.

El empirismo jurídico aplica al Derecho esta manera de pensar, es decir, trata de elaborar una teoría general del Derecho prescindiendo de elementos Axiológicos y subjetivos, que abarquen los conceptos y nociones fundamentales comunes a todos los ordenamientos jurídicos, empleando en sus investigaciones métodos exclusivamente empíricos. Existiendo así varias escuelas, distintas entre sí, que tienen común denominador al empirismo: la Escuela Histórica del Derecho, el realismo jurídico, el positivismo jurídico, entre otras.

2.9.2 Escuela Histórica del Derecho

El modelo historicista es también consecuencia del proceso de secularización que hemos mencionado, el cual potencia con el movimiento de la Ilustración en el siglo XVIII. Si bien, por un lado, la separación del

¹¹³ **MORALES, José Humberto**, ob. Cit. Pág. 60.

Derecho con respecto a la teología llevó a la constitución de una escuela lusnaturalista de índole racionalista, también se produjeron tendencias historicistas o corrientes del pensamiento historicistas, es decir, que reivindicaban el carácter mudable, cambiante, contingente y particular del Derecho, el cual se concibe como producto de las circunstancias históricas concretas. Esta historificación del Derecho, ya iniciada por los humanistas del renacimiento, adquirió mayor vigencia a partir del siglo XVIII con el surgimiento de la llamada Escuela Histórica del Derecho¹¹⁴.

Con la Escuela Histórica del Derecho Alemana, no solo se acaba el Derecho Natural como una construcción de un sistema científico del Derecho; sino que no hay tal Derecho Natural. Si para el lusnaturalismo racionalista, además de lo construido, no hay un dato de Derecho Natural, para la Escuela Histórica, no hay ni el dato ni lo construido, pues no hay más dato jurídico que el histórico¹¹⁵.

Lo peculiar de la Escuela Histórica no consiste en la utilización de los estudios históricos para iluminar los fenómenos jurídicos, sino que se constriñe a la afirmación de que el Derecho, lo mismo que el Estado, es un producto de la evolución histórica del organismo social¹¹⁶.

En resumen, para la Escuela Histórica el fundamento del Derecho no está en la razón del ser humano, sino en algo exterior a él, en el Espíritu del pueblo, de quien lo recibe todo; siendo esta idea la más difícil de sostener por cuando en el estudio del Derecho, no se puede desconocer, ni mucho menos excluir, la importancia de la razón en la formación del Derecho y el papel de las personas y de las minorías en la creación de la conciencia popular.

¹¹⁴ **SAMOUR, Héctor.** Ob. Cit. P.82.

¹¹⁵ **LEGAZ Y LACAMBRA, Luis.** “*Filosofía del Derecho*”, segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1961, p.314.

¹¹⁶ **VILLORO TORANZO, Miguel.** “*Introducción al estudio del Derecho*”, 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1996, pp. 68-69.

2.9.3 Realismo jurídico

El realismo jurídico es una corriente teórico-metodológica que centra su objeto de estudio y reflexión en el quehacer cotidiano de los jueces, abogados y las partes involucradas en los problemas en los problemas jurídicos y sus respectivas decisiones judiciales. Así, los actores de la realidad jurídica juegan un papel importante en la generación e interpretación del Derecho vigente y de aquel que se aplica en la realidad histórica concreta¹¹⁷.

El realismo jurídico tiene dos principales manifestaciones: el realismo jurídico estadounidense o conductista y el realismo jurídico escandinavo o sicologista.

El realismo jurídico escandinavo o sicologista está formado por pensadores como Axel Hagerstrom (1868-1939) quien es el principal exponente de esta doctrina; Anders Vilhelm Lundstedt (1882-1955), Karl Olivecrona (1897-1980), todos de origen sueco y miembros de la denominada escuela de Uppsala¹¹⁸.

También pertenece a esta Escuela el danés Alf Ross (1899-1979); la característica principal de esta vertiente del realismo jurídico es su actitud antimetafísica radical, de acuerdo con la cual la única realidad con la que se corresponden los fenómenos jurídicos es la psicología.

Por otro lado, el realismo jurídico estadounidense o conductista es desarrollada en Estados Unidos en la primera mitad del siglo XX,

¹¹⁷ **SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael.** “*Metodología de la Ciencia del Derecho*”, Editorial Porrúa, México, 2009, p.109.

¹¹⁸ Fue denominada escuela de la Uppsala porque quienes suscriben esta vertiente del realismo jurídico se asentaban en la Universidad de Uppsala, ubicada en la ciudad del mismo nombre, siendo la más antigua de Escandinavia. En la actualidad tanto la universidad como la ciudad están en territorio perteneciente a Suecia.

emprendiéndose el estudio del Derecho con una visión pragmática que proviene de las doctrinas evolucionistas y utilitaristas, y mediante la cual adopta una postura opuesta a las nociones formalistas del Derecho, pretende adaptar el Derecho a una sociedad cambiante y situando en la figura del juez y en el proceso de decisión judicial, los problemas de su definición¹¹⁹.

2.9.4 El Positivismo Jurídico¹²⁰

El positivismo jurídico aparece justamente cuando la legitimidad iusnaturalista ya no se considera funcional (para la burguesía) y el Derecho positivo aparece justificado en sí mismo, por sus logros reales para dicha clase. El Derecho natural revolucionario se transforma en Derecho positivo liberal-burgués, dejando un vacío ético-valorativo que es característico del positivismo, es decir, el no apelar a instancias valorativas para criticar el Derecho positivo¹²¹.

El Positivismo Jurídico considera que el Derecho esta instituido por una convención, por un artificio, de suerte que el Derecho no son una característica natural del ser humano sino un elemento cultural.

Su máximo expositor Hans Kelsen considera al positivismo jurídico en su noción de que la plenitud del orden jurídico se encuentra únicamente en las reglas jurídicas establecidas en el Derecho Positivo; con lo que adscribe al Positivismo Jurídico aun forma del empirismo, al aceptar sin discusión alguna que las normas del Derecho Positivo son simples hechos que se imponen al jurista.

¹¹⁹ **MORALES, José Humberto.** Ob. Cit. P. 76.

¹²⁰ Por la importancia y la grave incidencia del Positivismo Jurídico como corriente iusfilosófica antagónica a la doctrina del Derecho Natural en el desarrollo histórico del pensamiento jurídico, hemos considerado desarrollar a profundidad lo referente a esta corriente de pensamiento y su lucha contra el iusnaturalismo en el capítulo tres de la presente tesis.

¹²¹ **SAMOUR, Héctor.** Ob. Cit. Pp. 83 y 84.

2.10 Finalización de la segunda guerra mundial y el resurgimiento del iusnaturalismo

La segunda guerra mundial significa el más atroz acto de odio del ser humano sobre el ser humano en toda la historia de la humanidad, donde quedó como resultado la violación más evidente e infame de los Derechos Naturales de la persona. Es en este hecho histórico donde se ve pisoteada la dignidad humana hasta las últimas consecuencias, la miseria y el dolor en su máxima expresión: asesinatos de niños, la existencia de los campos de concentración y exterminio masivo de seres humanos.

La Alemania Nazi o El Tercer Reich¹²² tomó en gran medida protagonismo en el desarrollo y comisión de los grandes crímenes realizados en el transcurso de la segunda guerra mundial. A esa Alemania que hasta el día de hoy permanece en las conciencias como la encarnación misma del mal, como la suma de las abominaciones que es capaz de asumir y protagonizar una colectividad humana, donde el nazismo es considerado el movimiento más cruel y vil jamás imaginado, porque solo la deshumanización absoluta se puede concebir más allá de su doctrina y su práctica¹²³.

Nuestra intención no es realmente plasmar los datos históricos específicos sobre la segunda guerra mundial y sobre la organización y conformación de la Alemania Nazi y el Tercer Reich, pues desviaríamos el objeto de nuestra investigación; sino más bien, resaltar la importancia de tal suceso y su incidencia directa en el mundo del Derecho. La repercusión de los sucesos ocurridos en la segunda guerra mundial en la vida jurídica se debe precisamente a la violación de los Derechos inherentes a la persona

¹²²Periodo de la historia de Alemania comprendido entre 1933, año de la llegada al poder del Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán de Adolf Hitler, y 1945, año de la derrota del país en la Segunda Guerra Mundial, que tuvo como consecuencia el final del régimen.

¹²³ **LOZANO, Álvaro.** Del prólogo de su obra: "*La Alemania Nazi*", editorial Marcial Pons, Madrid, 2008, p.2.

humana, a la omisión por parte de los nazis de la existencia de la dignidad humana.

Entiéndase que en el período en que se desarrolló la segunda guerra mundial en cuanto al contexto lusfilosófico predominó evidentemente el Positivismo Jurídico; la existencia, vigencia y ejecución de las leyes de Núremberg¹²⁴ entre otras que poseían contenidos contrarios al Derecho Natural, llevó a muchos teóricos del Derecho a la reflexión de si realmente el positivismo jurídico era la postura lusfilosófica que de un fundamento sólido al Derecho positivo para respetar los Derechos de la persona humana, y es así, como se da el resurgimiento del lusnaturalismo en el siglo XX después de la segunda guerra mundial, en ese contexto surgen dos hechos históricos concretos que marcan el pensamiento jurídico y definen el resurgimiento del lusnaturalismo: los denominados “Juicios de Núremberg” en 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 1948 en París, Francia, donde en sus 30 artículos se recogen los Derechos Humanos primordiales considerados básicos.

2.10.1 Los juicios de Núremberg

El Tribunal Militar Internacional de Núremberg del 20 de Noviembre de 1945 al 1° de octubre de 1946 celebró sesión el Tribunal Militar Internacional en la Sala del Tribunal del Pueblo (Sala 600) de IPalacio de Justicia de Núremberg en la avenida FürtherStrasse. El fundamento de este proceso fueron las resoluciones adoptadas por las tres Grandes Naciones (los Estados Unidos de América, la Unión Soviética y Gran Bretaña) en las conferencias celebradas en Moscú (1943), Teherán (1943) y Yalta (1945) y en Potsdam

¹²⁴ Fueron un conjunto de leyes de carácter racista y antisemita, aprobadas en la ciudad de Núremberg, Alemania.

(1945).Nombrado por orden del Presidente de los Estados Unidos Norteamericanos, Truman, el juez federal americano, Robert H. Jackson, quien fue abogado fiscal acusador principal por parte de los Estados Unidos durante el proceso, se hizo cargo total de la organización del juicio. Fue él quien sugirió a la ciudad de Núremberg como localidad del tribunal, debido a que era esta la única ciudad que disponía de un palacio de justicia con suficiente espacio y el cual solamente había sido dañado levemente durante los bombardeos de la guerra (22,000 metros cuadrados de superficie con aproximadamente 5330 oficinas y aproximadamente 80 salas, en cuya proximidad se disponía de una prisión asimismo no destruida).

El día 30 de septiembre y el 1º de octubre de 1946 fueron dictadas las sentencias: 3 sentencias absolutorias, 12 sentencias a pena de muerte, 7 sentenciados en parte a cadena perpetua, en parte a prisión.

Los cargos por los cuales fueron procesados algunos de los responsables fueron los siguientes:

1. Conspiración en contra de la paz mundial.
2. Planeación, provocación y realización de una guerra ofensiva.
3. Crímenes y atentados en contra del Derecho de Guerra.
4. Crímenes contra la humanidad¹²⁵.

Principalmente el argumento acusatorio consistió en que los procesados habían cumplido las leyes y violado el Derecho y la Justicia, es decir, un planteamiento basado en ideas lusfilosóficas derivadas del lusnaturalismo, pues, si bien los responsables cumplieron lo establecido en el Derecho Positivo, vulneraron ese Derecho que está por encima de lo puesto en la leyes humanas, es decir, un argumento basado en una de las principales

¹²⁵ OWEN, James A. "Núremberg: el mayor juicio de la historia", editorial Crítica, Barcelona, 2007, p. 45.

tesis del Iusnaturalismo: el dualismo del Derecho.

2.10.2 Gustav Radbruch

Un Filósofo del Derecho contemporáneo del cruel hecho histórico de la segunda guerra mundial y que dio un gran aporte al pensamiento Iusfilosófico de la época y que contribuyó al resurgimiento del Iusnaturalismo y cuyo pensamiento (principalmente su fórmula) sirvió de argumento jurídico para invalidar las leyes nazis atacando su naturaleza jurídica es Gustav Radbruch.

Al observar el desarrollo del pensamiento Iusfilosófico de Radbruch observamos que éste antes de 1945 podía calificársele como un positivista, cuando afirma que la ley positiva no necesitaba apelar a los valores para justificarse o que puede perfectamente el Derecho positivo prescindir de una dimensión axiológica y que la ley por sí misma podía justificar hasta el peor de los crímenes.

Es por eso que posteriormente los apologistas de Radbruch hablan de una “conversión” del pensamiento de Gustav Radbruch del positivismo Jurídico al Iusnaturalismo a partir de una experiencia personal: *“estas experiencias pertenece al campo de la historia política alemana: al terror nacionalsocialista implantado desde el incendio del Reichstag en 1933, el sucesivo holocausto y la posterior ocupación de los aliados a partir de 1945”*¹²⁶.

Las premisas de su pensamiento están asentadas en los aportes del neokantismo. Su concepción de la idea del Derecho, basada en la justicia, antes que dar respuestas definitivas a la complejidad del fenómeno jurídico ha puesto en evidencia su carácter antinómico y la necesidad de asumir una

¹²⁶ Del prólogo de: **MARTINEZ BRETONES, Virginia**. *“Gustav Radbruch: vida y obra”*, segunda edición, Instituto de investigaciones jurídicas serie E, varios, núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, XI.

postura decidida de defensa de los Derechos Fundamentales¹²⁷.

La obra lusfilosófica de Gustav Radbruch ha recobrado importancia ahí donde son necesarias las respuestas del Derecho ante casos de grave injusticia. En el contexto histórico, el pensamiento de Radbruch contribuyó en el sentido fue tomada en cuenta la famosa “Fórmula de Radbruch” que consiste en la siguiente estrofa: *“El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho Positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la ley 'positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley deba ceder como 'Derecho injusto' ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho Positivo, ahí la ley no es sólo Derecho injusto', sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica.* (G.Radbruch,"GesetzlichesUnrechtundübergesetzlichesRecht", en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann (Hg.), Heidelberg, C. F. Müller, 1990, volumen 3, 89. El famoso artículo de Radbruch fue publicado por primera vez en 1946, en el primer volumen del *SüddeutschenJuristen-Zeitung*, 105-108)¹²⁸.

Fórmula que se traduce en la frase célebre: *“La injusticia extrema no es Derecho”* (Radbruch se acerca a esta formulación cuando dice que se puede negar la validez a las leyes "tremendamente" injustas; cfr. G. Radbruch,

¹²⁷ Ob. Cit. P.26.

¹²⁸ Citado por **RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo**. “LA idea del Derecho en la Filosofía jurídica de Gustav Radbruch”. Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política, N^o 6, junio de 2007, p.27.

Vorschule der Rechtsphilosophie, en G. Radbruch, *Gesamtausgabe*, A. Kaufmann, volumen 3, Heidelberg, C. F. Müller, 1990, 121 a 154)¹²⁹.

2.10.3 La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948

En cuanto a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 consideramos totalmente pertinente y necesario en este punto, hacer énfasis en los considerandos expuestos en el preámbulo de dicha Declaración, pues es evidente la influencia directa de las reflexiones hechas a partir del iusnaturalismo y como en el desarrollo histórico del pensamiento del mismo, significa un resurgimiento importantísimo para la reivindicación de la humanidad para con su Dignidad ultrajada en la segunda guerra mundial; y como la influencia de toda una doctrina iusfilosófica dio impulso, fundamento, solidez y garantía a la Declaración Universal de los Derecho Humanos: *“Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;*

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los Derechos Humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias,

Considerando esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión,

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la

¹²⁹ Citado por **RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo**. Ob. Cit. P.28.

Carta¹³⁰ su fe en los Derechos Fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres; y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad,

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre, y

Considerando que una concepción común de estos derechos y libertades es de la mayor importancia para el pleno cumplimiento de dicho compromiso...»¹³¹.

2.10.4 Jacques Maritain

Uno de los filósofos del Derecho que tuvo gran incidencia en la Declaración Universal de los Derechos Humanos con su doctrina iusnaturalista tomista es el francés Jacques Maritain quien condenaba tajantemente los actos realizados en la segunda guerra mundial. Por ello, a decir de Abelardo Villegas: *"En 1948 la Organización de las Naciones Unidas emitió una Declaración Universal de Derechos del Hombre. Eran los primeros años de posguerra y se consideró, después de la hecatombe, que era necesario enfatizar esos derechos o agregar otros que no estaban en las anteriores declaraciones, incluso en las clásicas de la Independencia Norteamericana y de la Revolución Francesa. Este documento fue elaborado por una comisión presidida por el filósofo Jacques Maritain quien formuló una encuesta que se sometió a la consideración de muchos hombres notables, algunos filósofos*

¹³⁰ Se refiere a La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta.

¹³¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos, Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III) el 10 de Diciembre de 1948 en París, Francia.

*como Benedetto Croce o historiadores como E. H. Carr, literatos como Aldous Huxley, o políticos humanistas como el Mahatma Gandhi"*¹³².

Dada la importancia de los Derechos Humanos en la actualidad, es conveniente e interesante adentrarse en la defensa que de estos hace Maritain desde el punto de vista de la fundamentación filosófica que se les puede buscar.

Maritain había participado en las reuniones de la ONU en 1947 con una ponencia en la que se remite a su obra "Los Derechos del Hombre y la Ley Natural" en el año de 1943. Escrito durante la guerra, pretende ser una continuación de su obra Humanismo integral escrita en 1938. De ahí que este autor ubique su filosofía política como una política humanista o un humanismo político. Esta quiere ser una nueva democracia, en la que se respeten los Derechos Humanos, que Maritain considera Derechos Naturales, los cuales deben ser erigidos en Derechos Positivos.

Da por supuesto que se admite que hay una naturaleza humana, idéntica para todos los hombres; supone asimismo que se admite que el hombre es un ser inteligente y libre. Eso implica que tiene fines acordes a su naturaleza, los mismos para todos, por lo cual se le debe propiciar el que alcance dichos fines¹³³.

"Esto quiere decir que hay, en virtud de la propia naturaleza humana, un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir, y según la cual debe obrar la voluntad humana para acordarse a los fines necesarios del ser humano. La ley no escrita, o el Derecho Natural, no es otra cosa que esto."

¹³² **Villegas, Abelardo.** "La universidad y los Derechos Humanos", La universidad en la encrucijada, Unión de universidades de América Latina, México, 1992, p.131.

¹³³ **MARITAIN, Jacques.** "Los derechos del hombre". editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972, p.65.

Maritain hace la distinción entre la cuestión epistemológica y la ontológica en referencia a la Ley Natural: *"El único conocimiento práctico que todos los hombres tienen natural e infaliblemente en común, es que es preciso hacer el bien y evitar el mal. Este es el preámbulo y el principio de la Ley Natural; pero no es la ley misma. La Ley Natural es el conjunto de cosas que deben hacerse y no hacerse, que surgen de una manera necesaria del solo hecho de que el hombre es hombre, en ausencia de toda otra consideración"*¹³⁴.

2.11 El iusnaturalismo en la actualidad

2.11.1 Ronald Dworkin

La teoría de Ronald Dworkin tiene la pretensión de superar las carencias que muestran, las teorías realistas, positivista y hermenéutica, intentando explicar de qué manera la práctica judicial puede satisfacer, las exigencias de seguridad jurídica y de aceptabilidad racional.

Para los modernos sistemas jurídicos, que cuenta con un Estado De Derecho, donde una de las grandes paradojas constituyen cumplir con el principio de legalidad y a la vez realizar los valores tan abstractos y de dimensiones tan poco precisas o tan imprecisas que incorporan los Derechos Humanos, la teoría de Ronald Dworkin puede ofrecer un modelo para explicar los procesos internos, a través de los cuales opera el Derecho Real.

La teoría Dworkin tiene la particularidad de ser una construcción que se fundamenta y se desarrolla en sentido negativo, y como antítesis de la concepción utilitarista y positivista del Derecho, el objetivo más importante de su crítica, es refutar el positivismo jurídico, en la versión de quien fuera su profesor Herbert Lionel Hart, el ataque central que emprende Dworkin contra el positivismo se hace con base en el estatus lógico, la fundamentación y el

¹³⁴ **MARITAIN, Jacques.** Ob. Cit. P.96.

uso de principios esto es, un tipo de normas diferentes a las reglas. La teoría de los principios refuta tres tesis positivistas: a) Que el Derecho consiste solo en reglas, las que solo en su origen puede ser examinadas por cuanto hace a su validez o pertenencia al sistema y que solo de esa forma se pueden distinguir, de las normas de otros sistemas normativos, como sería la moral o las reglas del trato social; b) Que el juez en caso difíciles posee, una facultad discrecional que le permite decidir según parámetros extrajurídicos; c) Que un juez en casos difíciles, declare un Derecho que aún no existe¹³⁵.

La tesis de Dworkin parte del supuesto que los individuos, también pueden tener derechos, que son anteriores a los creados explícitamente por la legislación. Con esto Dworkin se aparte claramente del positivismo de Hart, que representa al derecho como la suma del conjunto de reglas que cumplen los criterios de validez que cumple una regla maestra del sistema a la que se le denomina regla del conocimiento. Para Dworkin el conjunto de reglas del sistema jurídico, de ninguna manera agota la totalidad de elementos componentes del sistema. Mas que un agregado de elementos, por lo que entiende al Derecho como una praxis social, un fenómeno universal.

Dos son las columnas en las que se erige la teoría del Derecho de Dworkin. Por un lado el análisis de la praxis judicial de la Corte Suprema de los Estados Unidos en casos tanto de Derecho Constitucional como de Derecho Privado haciendo especial énfasis en los denominados casos difíciles –*hard cases*–. Por la otra, en una crítica de las concepciones positivista y utilitarista del Derecho, la que se hace consistir fundamentalmente en una refutación de la teoría Hart¹³⁶.

La independencia de la validez frente al contenido de la norma constituye

¹³⁵ DWORKIN, Ronald. “*Los Derechos en serio*”. Traducción Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1984. P. 75.

¹³⁶ *Ibidem*. P.84.

una de las tesis generales de las corrientes positivistas. De aquí se deriva la conclusión de Hart que si bien existen muchas conexiones contingentes entre la moral y el Derecho, no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre el contenido del Derecho y la moral.

Esto no significa que, en la realidad social la moral no ejerza una influencia factual sobre el Derecho. Si en cambio, implica que dicha influencia, por sí misma, es insuficiente para que una norma moral *ipso facto* adquiera el reconocimiento de jurídica. Se debe hacer notar que, si bien es cierto que, para determinados sistemas jurídicos los principios morales son parte del concepto del Derecho, pues si las normas jurídicas no cumplen ciertas exigencias morales no podrían ser consideradas como parte del sistema jurídico, sin embargo, dicha relación entre validez jurídica y validez moral no se presenta en todo caso de manera necesaria.

Dworkin estima que, aun en los casos en que el juez no disponga de una regla para resolver un caso, el mismo se encuentra vinculado por el Derecho, toda vez que a pesar de que no pueda resolver con base en una regla explícita, si en cambio podrá encontrar un principio jurídico de donde derivar su criterio de decisión judicial.

La diferencia entre principios *principles* y políticas *policies* le sirve a Dworkin para diferenciar entre argumentos permitidos y argumentos no permitidos en la decisión jurídica. Los principios son estándares que han de observarse debido a que son una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y que tiene por objeto la protección de derechos subjetivos particulares. En cambio, las directrices políticas son estándares que *proponen un objetivo que debe ser alcanzado; generalmente una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad y que se destinan a la promoción de los intereses colectivos de la sociedad.*

Básicamente al juez le estará permitido sólo recurrir a argumentos de principio, en tanto que los argumentos con base en directrices políticas le quedarán reservados al legislador. A partir de esta diferencia Dworkin refuta la tesis según la cual en algunos casos el juez debe actuar como legislador.

Dworkin entiende por Derecho a una *praxis* interpretativa vista desde el punto de vista del juez, que se niega diferenciar entre lo que es y lo que debería ser el Derecho y se opone a aquellas teorías que pretende aportar una concepción valorativamente neutral del fenómeno jurídico.

La tesis central de la teoría de Dworkin es el análisis de los métodos de la argumentación judicial. Argumentativa es la *praxis* jurídica, pues todos los argumentos que se hacen valer en un proceso tienen por objetivo último fundamentar una pretensión, con lo que la *praxis* acusa un aspecto proposicional. El resultado de dicho análisis es que dichos métodos no sólo sirven para descubrir el Derecho, sino también para justificar la aplicación de éste.

Para Dworkin la *praxis* del Derecho es un ejercicio en interpretación. Derecho e interpretación son lo mismo, pues el derecho se muestra a través de una posición interpretativa de los operadores jurídicos.

Las proposiciones jurídicas son tanto una descripción de lo que es el derecho, como una valoración de conductas en el sentido del Derecho Natural.

El principio de integridad que se aplica de igual forma tanto en la legislación como en la jurisprudencia, representa en la teoría de Dworkin un principio de moral política, al que junto con la realización de los ideales de justicia, de equidad y de debido proceso legal, le corresponde una función propia. Para que el juez cumpla en su interpretación el principio de integridad, debe

entender al Derecho como la expresión de una conducta con base en un único conjunto de principios coherentes y consistentes inspirados en la fraternidad. En tanto la exigencia de coherencia expresa valores éticos del conjunto de los principios, el requisito de consistencia obliga al juez a respetar el contenido del material jurídico.

El principio de integridad evidencia que cada decisión de un juez es en una consideración interpretativa, también una decisión política que debe justificarse moralmente.

El método constructivo de Dworkin se encuentra orientado por el principio de integridad. Al juez le ha sido encomendado interpretar el derecho, esto es, la *praxis* social, de tal forma que adquiriera vida de la mejor manera posible. Esto se logra cuando el resultado de la interpretación, por una parte, corresponde a la práctica habitual del momento –*dimension of fit*–, y por la otra, representa los valores de la sociedad –*dimension of value*–. De existir varias interpretaciones adecuadas, de entre ellas sólo una puede ser la correcta. El criterio para encontrarla lo determina Dworkin con base en el Principio de Igualdad.

La fundamentación con base en el criterio de igualdad es el punto final del proceso de justificación. Por otra parte, el Principio de Igualdad es el último criterio en la dimensión de los valores e incluye a la igual consideración o interés, como al igual respeto.

2.11.2 John Finnis

John Finnis, nació en Adelaida; Australia, en 1940. Actualmente es *Professor of law and Legal Philosophy* en la Universidad de Oxford. La obra de John Mittchel Finnis, especialmente, desde la publicación de su *Natural Law And Natural Righthsen* 1980, ha tenido una gran repercusión en el ámbito

académico de la Filosofía del Derecho, especialmente en el área angloamericana. La mayoría de las controversias contemporáneas, sobre el Derecho Natural, han recibido mucha atención por parte de John Finnis, y de los demás representantes, algunos llaman nueva teoría de la Ley Natural.

Su formación en la tradición de la filosofía analítica del Derecho, bajo la influencia de Herbert L. Hart, Hans Kelsen y de Jeremy Bentham, y de John Austin. El haber estudiado a los autores más representativos del positivismo jurídico analítico, familiarizó a Finnis con versiones caricaturizadas del Derecho Natural, aceptadas corrientemente por entonces. Más tarde John Finnis, se dio cuenta de que el Derecho Natural, era algo más que las versiones distorsionadas, que se tenían en esa época. Puede decirse entonces, que una fuente secundaria del pensamiento de Finnis, está en Santo Tomas de Aquino, Platón y Aristóteles.

Puede decirse, que la obra de Finnis sustituyó el modo de abordar al Derecho Natural, tal como había quedado establecido en la influyente defensa del positivismo jurídico, por Herbert L. Hart, quien había presentado al iusnaturalismo como algo ridículo, pero Finnis volvió a poner sobre la mesa, el tema del Derecho Natural, y su unión de este con las valoraciones, y la necesidad de explicar al Derecho positivo, en el contexto más amplio de la razonabilidad práctica, y de los bienes básicos que son fundamento del orden moral; la teoría de la justicia, el bien común, los derechos humanos naturales y el problema de la ley injusta, sin excluirlo de la teoría analítica del Derecho, e incluso la cuestión de Dios, como fundamento último del orden moral.

Herbert Hart, figura principal en el ámbito jurídico analítico, consciente de que la obra de Finnis volvía imposible seguir discutiendo los temas del Derecho Natural, sobre la base de las imágenes y objeciones tradicionales

refutadas en el capítulo segundo de Ley Natural y Derechos Naturales, afirmo: “*la flexible interpretación de Finnis sobre el Derechos Natural es complementaria a la teoría jurídica positivista más que un rival suyo.* (H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, Oxford 1983, p.10)¹³⁷ .

Luego afirma: “*el mérito principal, y muy grande, de esta aproximación lusnaturalista, es que muestra la necesidad de estudiar el Derecho en el contexto de otras disciplinas y favorece la percepción de la manera que asunciones no expresadas, el sentido común y los propósitos morales influyen en el Derecho e integran la adjudicación*”.

Es de destacar, que después de Finnis el lusnaturalismo dejó de ser ante los principales luspositivistas liderados por Hart, una posición simplemente irracional y absurda que casi no valía la pena discutir.

John Finnis pasó a ser entonces un referente obligado en los estudios de jurisprudencia, al igual que a Hart, Kelsen, como otros connotados autores, se les dedican un capítulo o una sección importante en la literatura Filosófico-jurídica. Su impacto en la filosofía jurídica analítica y su importancia para el restablecimiento de la tradición lusnaturalista en el contexto antes, y aun hoy, tan hostil, se refleja en las siguientes palabras de Neil MacCormick: “*Algunos libros causan una impresión radical en el lector por la audacia y la novedad de la tesis que enuncian; escribir un libro así es un logro raro y difícil. No es más fácil, con todo, ni menos raro, causar una impresión radical mediante el cuidadoso replanteamiento de una idea antigua, volviendo a la vida temas viejos merced al carácter vivido y vigoroso con que son traducidos a un lenguaje contemporáneo. Ese ha sido el logro*

¹³⁷ Citado por **ORREGO, Cristóbal**. “*John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la Ley Natural*”, Traducción al español de *John Finnis: Natural Law And Natural Rights: Ley Natural y Derechos Naturales*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, p.76.

de Natural Law and Natural Rights, un libro que ha devuelto a la vida, para los estudios británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la Ley Natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva solo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y tergiversaciones. Al mismo tiempo, fue exhibida como una explicación del Derecho por completo desafiante, plenamente capaz de resistir las teorías que, según se creía, la habían refutado y sustituido, tomando al mismo tiempo en cuenta y aceptando dentro de su propio planteamiento algunas de las intuiciones o descubrimientos más importantes de estas teorías”¹³⁸.

Las principales cuestiones debatidas por Finnis, son: La relación entre ser y deber ser, entre metafísica y ética; entre naturaleza y razón práctica; el carácter evidente de los bienes humanos básicos, y de los primeros principios de la razón práctica, y la no jerarquización entre ellos, a lo que respecta a su bondad intrínseca como valores, la distinción, dentro del ámbito de la razón práctica, entre el campo “pre moral” de los bienes básicos y el campo moral de la razonabilidad práctica.

Finnis es uno de los autores que ha servido de puente entre una teoría moral de inspiración clásica y las filosofías jurídicas y morales contrarias, vigentes hoy en la mayor parte de los ambientes intelectuales de Europa y América.

2.11.2.1 Controversias en torno a la Teoría de la Ley Natural

Las principales cuestiones debatidas a propósito de la teoría ética y jurídica defendida por Finnis son:

a. La relación entre “ser” y “deber”, entre metafísica y ética, entre naturaleza

¹³⁸ *Ibidem*. P.77

humana y razón práctica;

b. El carácter evidente de los bienes humanos básicos y de los primeros principios de la razón práctica, y la no jerarquización objetiva entre ellos en lo que respecta precisamente a su bondad intrínseca como valores;

c. El modo de comprender la relación entre el orden moral y el conocimiento humano de su fundamento último trascendente, según Finnis, Dios.

2.11.2.2 Ser y Deber, naturaleza y razón práctica

En este punto, Finnis desarrolla su postura ante la tradicional crítica del positivismo jurídico de la llamada “Falacia naturalista”; Finnis admite la llamada “Ley de Hume”¹³⁹, es decir, que no es lógicamente posible deducir el “deber” a partir del “ser” o pasar de premisas puramente fácticas o descriptivas a proposiciones valorativas o prescriptivas. Además, reconoce Finnis que algunos lusnaturalistas realmente pretendieron deducir la moral de una observación de la naturaleza humana y de una constatación especulativa de la congruencia entre esa naturaleza y las acciones libres. A eso se le llamaba fundamentar la ética en la antropología y en la metafísica. Finnis, en cambio, sostiene que los principales autores lusnaturalistas (Platón, Aristóteles y Tomás de Aquino) reconocieron la distinción lógica entre “ser” y “deber” y la plasmaron en sus explicaciones sobre la diferencia entre la razón especulativa y la razón práctica con sus respectivos puntos de partida evidentes por sí mismos.

¹³⁹Hume sostiene la imposibilidad lógica de derivar cualquier proposición prescriptiva o juicio normativo de una proposición fáctica o juicio fáctico (descripción de hechos). Queda así postulada una de las tesis esenciales del empirismo en todas sus formas, a saber: la imposibilidad de pasar del plano del ser al plano del deber ser, de los valores o del bien, o sea, los imperativos éticos, las obligaciones morales, las conductas exigidas por un deber de cualquier tipo. Esta tesis se conoce en la literatura filosófica actual con la denominación de “Ley de Hume” en homenaje a quien por primera vez la enunció en el pasaje copiado más arriba. George Eduard Moore completaría esta idea con lo que él denomina la “falacia naturalista” que consiste en deducir lógicamente una propiedad no natural, como lo ético, de propiedades naturales que no son éticas en sí mismas. **LALANNE, Julio Esteban**, Obra citada, p.43.

No infringieron, por ende, la exigencia lógica de no deducir los preceptos a partir de los hechos de la naturaleza humana. El conocimiento práctico es práctico desde sus primeros principios evidentes, no deducidos de un conocimiento especulativo de la naturaleza humana. Algunos autores tomistas vieron esta postura como una traición a la tradición tomista sobre la Ley Natural, y la interpretaron como una completa separación o independencia entre la ética —saber práctico— y la antropología y la metafísica —saber especulativo—, es decir, como una negación de la fundamentación metafísica y antropológica de la ética y una negación de la relevancia del conocimiento especulativo de la naturaleza humana en las deliberaciones morales¹⁴⁰.

Finnis sólo se ocupa de la tesis lógica de la inderivabilidad del deber a partir del ser, teniendo a la vista las críticas al Derecho Natural como la “Ley de Hume” o la falacia naturalista, pero no niega la fundamentación metafísica y antropológica de la ética, ni la relevancia del conocimiento especulativo en y para el práctico. Finnis afirma clara y sucintamente que *“si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes...Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen.*(O’Connor, *Aquinas and Natural Law*, p. 18)¹⁴¹.

Sus tesis sobre la inderivabilidad de la ética a partir de la metafísica, e incluso sobre cierta precedencia del conocimiento práctico en la comprensión “desde adentro” de algunos aspectos de la naturaleza humana,

¹⁴⁰**SALDAÑA, Javier.** “Descripción vs valoración: las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley Natural y Derechos Naturales: *Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México, p.73.

¹⁴¹Citado por **ORREGO, Cristóbal.** “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la Ley Natural”, *ob. Cit. P.78.*

están en la línea de afirmaciones como las siguientes.

“La razón abstrae su formulación general del bien de aquellos bienes concretos, particulares, que el hombre encuentra *en su acción*”¹⁴²;

“a la luz de la dignidad de la persona humana la razón descubre el valor moral específico de algunos bienes a los que la persona se siente naturalmente inclinada”¹⁴³;

“la exigencia moral originaria de amar y esperar a la persona como un fin y nunca como un simple medio, implica también, intrínsecamente, el respeto de algunos bienes fundamentales, sin el cual se caería en el relativismo y en el arbitrio”¹⁴⁴;

“las inclinaciones naturales tienen una importancia moral sólo cuando se refieren a la persona humana y a su realización auténtica”;

“el origen y el fundamento del deber de respetar absolutamente la vida humana están en la dignidad propia de la persona y no simplemente en el instinto natural de conservar la propia vida física”¹⁴⁵.

En este contexto Finnis sostiene que una conducta no es percibida por la razón como “natural” y por ende como razonable y buena, sino que, por el contrario, la razón práctica discierne qué acciones son conformes con la misma razonabilidad práctica, y por ende buenas y naturales. Porque “*para el ser humano lo “natural” en el obrar, aunque guarde una relación con todos los elementos que conforman la naturaleza humana tal como es, consiste sobre todo en obrar conforme a la razón.*”(Natural Law and Natural Rights,

¹⁴² **WOJTYLA, Karol.** “*Mi Visión del Hombre*”, 5ª edición, Editorial Palabra, Madrid 1997, p. 260.

¹⁴³ **JUAN PABLO II,** Lit. Encíclica “*Veritatis Splendor*”, 6-VIII-1993, p. 48.

¹⁴⁴ *Ibidem.* P.49.

¹⁴⁵ *Ibidem.* P.50.

cap. II.4, pp. 35-36)¹⁴⁶

2.11.2.3 Valores básicos evidentes y no jerarquizados

Finnis sostiene que los primeros principios de la razón práctica y los correspondientes bienes humanos básicos son evidentes de suyo (*per se nota*) y no requieren demostración, aunque sí *experiencia* pues no son innatos. Los bienes o valores básicos, a fuerza de evidentes, son igualmente primarios e inconmensurables entre sí, es decir, ninguno es más básico que los otros y no existe una escala uniforme que permita medir los valores básicos en términos de algún bien todavía más básico con el fin de subordinar o sacrificar unos valores en aras de los mayores. Por eso no es posible establecer una jerarquía objetiva de valor entre los bienes básicos, aunque sí caben jerarquizaciones y ordenaciones diversas de los bienes básicos según la pluralidad de formas de realizar en concreto el ideal de la vida buena o de la plena realización humana¹⁴⁷.

En torno a esta cuestión, la discusión de las últimas dos décadas pone en duda tanto la evidencia de los bienes básicos como la ausencia de jerarquía entre ellos y su inconmensurabilidad. Ningún autor clásico niega el carácter *de que sean* “evidentes por sí mismos” de los primeros principios, cuestión sobre la cual Finnis ha tenido que debatir con las diversas formas de no cognitivismo ético.

En rigor, la aceptación de la evidencia de los valores básicos pre-morales podría ir unida a una negación posterior de la posibilidad de arribar

¹⁴⁶ Citado por **ORREGO, Cristóbal**. “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la Ley Natural”, *ob. Cit. P.80*.

¹⁴⁷ **PERREIRA SÁEZ, Carolina**. “Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en John Finnis. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley Natural y Derechos Naturales: *Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México, p.45.

racionalmente a conclusiones propiamente morales sobre la bondad y malicia de las acciones; pero el escepticismo actualmente en boga, por más contradictorio que sea, se refiere a todo tipo de conocimiento del bien humano, sea moral o pre-moral. Finnis dedica páginas irrefutables a mostrar la absurdidad del escepticismo. El pensamiento de Finnis no se opone a la ordenación tomista de los principios de la Ley Natural según el orden de las inclinaciones naturales; sólo la armoniza con el carácter primero e inderivado de *todos* los primeros principios de la Ley Natural, y le niega consecuencias morales en términos de sacrificar unos bienes por otros¹⁴⁸.

2.11.2.4 El Fundamento del Orden Moral: Dios

Finnis reconoce a Dios como fundamento del orden moral; pero no porque la verdad especulativa acerca de Dios esté en el origen de los primeros principios prácticos y de los preceptos morales, sino porque el sentido ulterior unitario al que apunta la persecución de los bienes humanos básicos es, como hemos dicho, la comunión con Dios como fin último. Así se entiende que Dios sea fundamento ontológico de un orden moral anterior *para nosotros* desde el punto de vista epistemológico, es decir, un orden moral conocido antes por la razón práctica que capta de manera evidente los primeros principios del orden práctico incluso cuando desconoce la existencia del fundamento trascendente de ese orden práctico¹⁴⁹.

Finnis, además, sostiene que el desconocimiento especulativo de Dios no es irrelevante al conocer la Ley Moral Natural, pues sin esa fundamentación

¹⁴⁸ **ORREGO, Cristóbal.** “John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la Ley Natural”, *ob. Cit. P.91*.

¹⁴⁹ **MASINNI CORREAS, Carlos.** “Sobre razón práctica y naturaleza en el lusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de Ley Natural y Derechos Naturales: *Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México, p.45.

última inmutable, sin el conocimiento de Dios, toda la estructura de las exigencias de la razonabilidad práctica se torna *de alguna manera* “subjetiva” y “discutible”. (*Natural Law and Natural Rights*, p.405 y *Practical Principles, Moral Truth, and Ultimate Ends*, cit., pp. 141-146)¹⁵⁰.

De manera que Finnis está lejos de sostener que el orden moral existiría “incluso si Dios no existiera”¹⁵¹. Por el contrario, afirma que puede *conocerse* sin antes de conocer la existencia de Dios, tesis que evidentemente se sigue del hecho de que los primeros principios prácticos son evidentes de suyo para todos los seres humanos con uso de razón y la experiencia relevante, mientras que la existencia de Dios no es evidente para nosotros, sino demostrable. Sólo que sin Dios la normatividad moral no alcanza a ser explicada cabalmente, y, de hecho, si Dios no existiera no habría ni orden moral ni realidad ninguna¹⁵².

2.11.2.5 Evolución y obras principales

El capítulo de la evolución del pensamiento de Finnis puede sintetizarse de la siguiente manera:

El cambio más importante, desde 1980, ha sido la concepción de un “principio maestro de la moral”, primero, único y arquitectónico, ausente en la mera yuxtaposición de las siete “exigencias de la razonabilidad práctica” que presenta el capítulo V de *Natural Law and Natural Rights*. Este principio también es evidente y se identifica con el precepto cristiano de amar al prójimo como a uno mismo, que puede formularse también como la exigencia

¹⁵⁰ Citado por **ORREGO, Cristóbal**. “*John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la Ley Natural*”, ob. Cit. P.94.

¹⁵¹ La hipótesis “*etiamsi daremus*” (suponer la no existencia de Dios) era corriente entre los teólogos anteriores a Hugo Grocio. En Grocio se formula de un modo quizás ambiguo, pero Finnis no acepta la interpretación tradicional que le achaca haber inaugurado una nueva era, moderna y secular, en el pensamiento iusnaturalista. LALANNE, Julio Esteban. Obra citada, p.36

¹⁵² **MASINNI CORREAS, Carlos**. “*Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis*. Ob. Cit. P.47.

de que la voluntad apunte siempre, en toda elección, hacia la “plenitud humana integral” en uno mismo y en los demás¹⁵³.

En segundo lugar, se identifica el matrimonio como un bien humano básico, no reducible a una combinación de los bienes básicos de la amistad y de la vida en su transmisión¹⁵⁴.

En tercer lugar, el “juego”, visto como un bien básico autónomo en 1980, se considera ahora, junto con el “trabajo”, como uno de los aspectos de un bien humano más amplio, la “excelencia en la realización”¹⁵⁵. Así mismo, la “experiencia estética” se incluye, ahora, como una parte del bien básico que es el conocimiento.

En cuarto lugar, tras la lectura de algunas obras de Karol Wojtyła, especialmente *Persona y Acción*, Grisez y Finnis captaron la importancia de la tesis de los actos que perduran, y la usaron como argumento en favor del libre albedrío y como elemento en su crítica del proporcionalismo.¹⁵⁶

En quinto lugar, Finnis da hoy menos importancia a la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva, sin negarla¹⁵⁷.

En sexto lugar, el autor ha añadido algo a su postura sobre el grado de “paternalismo” estatal admisible en defensa de la moralidad pública. Ya en 1980 rechazaba las formas excesivas de paternalismo, a la par que consideraba justificado el paternalismo estatal por el bien de los niños. Ahora, sin desdecirse, piensa que el *grado* de paternalismo admisible es menor que el que *Natural Law and Natural Rights* insinúa, e introduce en el análisis de esta cuestión, interpretando los textos de Tomás de Aquino, la

¹⁵³ ORREGO, Cristobal. Ob. Cit. p.108.

¹⁵⁴ Ibídem. P.109.

¹⁵⁵ Ibídem. P.111.

¹⁵⁶ Ibídem. P.113.

¹⁵⁷ Ibídem. P.113.

categoría de “gobierno limitado”, la tesis de que el poder estatal sólo puede restringir legítimamente la libre actuación de los ciudadanos cuando lo exija la justicia, bien de los otros ciudadanos, lo cual parece acercarse mucho al “principio de daño” de J.S. Mill¹⁵⁸.

En séptimo lugar, Finnis ha modificado su opinión sobre la pena de muerte. Antes pensaba que imponer la pena capital no equivalía a intentar directamente la muerte del reo, sino que esa acción tenía un objeto moral distinto y no constituía una elección directamente contraria a la vida como bien básico¹⁵⁹.

Ahora Finnis reconoce, por el contrario, interpretando a Tomás de Aquino, que el acto de aplicar esa pena equivale a elegir directamente la muerte del reo. En consecuencia, Finnis rechaza los argumentos de Tomás de Aquino a favor de la pena de muerte —cree que no logran salvar la prohibición de “no hacer el mal para que venga el bien”—. En octavo lugar, la posición de Finnis acerca del alcance de la razón especulativa en su conocimiento de Dios como ser personal es quizás demasiado “negativa” en *Natural Law and Natural Rights* en comparación con sus afirmaciones recientes, más optimistas¹⁶⁰.

¹⁵⁸Ibidem. P.113.

¹⁵⁹Ibidem. P.113.

¹⁶⁰Ibidem. P.113.

CAPITULO III

RELACIÓN ENTRE IUSNATURALISMO Y POSITIVISMO JURÍDICO COMO CORRIENTES JURÍDICO-FILOSÓFICAS ANTAGÓNICAS

3.1 El Positismo Jurídico: Generalidades

Una de las posturas filosóficas más importantes para el pensamiento jurídico moderno es el positivismo. Se puede definir el iuspositivismo como aquella tesis jurídica que reduce el Derecho a lo que ha sido puesto como tal en virtud de hechos sociales y que, por consiguiente, admite cualquier contenido como posible del mismo sin que en ningún caso afecte la calidad jurídica o de Derecho¹⁶¹.

Norberto Bobbio considera que es necesario para el estudio del Positismo Jurídico partir de tres coordenadas¹⁶²:

a) *El Positismo Jurídico no debe identificarse con el positivismo científico también llamado filosófico.* En efecto, el Positismo Jurídico es un planteamiento sobre el Derecho que necesariamente no tiene por qué acoger las tesis del Positismo Científico, aunque en ocasiones los autores positivistas lo hagan.

b) *El Positismo Jurídico tiene como núcleo central el concepto de Derecho Positivo, término que, para su comprensión, debe situarse frente al de Derecho Natural.* En efecto, una de las mejores formas de entender cuáles son los rasgos básicos del Positismo Jurídico, al menos en su formulación clásica, consiste en situarlo frente al iusnaturalismo, al menos también frente al iusnaturalismo clásico o denominado como iusnaturalismo Ontológico.

¹⁶¹ **BULYGYN, Eugenio.** “*El Positismo Jurídico*”. Editorial Distribuciones Fontamara, México, 1ª edición, 2006. P.61.

¹⁶²BOBBIO, Norberto. “El positivismo Jurídico”, Trad. de R de Asis y Agreppi, Debate, Madrid, 1993, p. 35.

c) *El Positivism Jurídico es la doctrina según la cual no existe más Derecho que el positivo.* Ciertamente, aunque ésta sea una afirmación propia del Positivism Jurídico, qué duda cabe que no es suficiente para entenderlo, ya que no especifica qué debe considerarse como Derecho Positivo.

En la tradición latina tardía, que va del siglo II al siglo VI, se emplea el concepto de “positividad” para designar todo aquello que no existe naturalmente, sino que es instituido por una convención, por un artificio, de suerte que el Derecho no es una característica natural del ser humano sino un elemento cultural. Este énfasis en el carácter convencional del Derecho seguirá vigente hasta estos días, ligado a la positividad del Derecho y al Positivism Jurídico. Más tarde, en el siglo XII, aparece el concepto “justicia positiva” es a partir de ese momento que la ciencia del Derecho positivo será considerada una parte especial de la Filosofía¹⁶³.

3.2 Orígen

El concepto “positivismo” surge en Alemania y Francia aproximadamente en 1830 con miras al deslindar lo positivo de lo natural. Para Claude-Henri de Rouvroy, Conde de Saint-Simon (1760 – 1825), el Positivism es el método científico verdadero debido a la exactitud de la constatación y estudio de los hechos y Augusto Comte, hizo del Positivism una filosofía y una visión científica del mundo. Entre el segundo y tercer decenio del siglo XX, con el denominado Circulo de Viena (MoritzSchlik, Rudolf Carnap, Otto Neurath, Hans Reichenbach, entre otros), surge el denominado Positivism Lógico.

En cuanto a los orígenes del Positivism Jurídico podemos decir que el pensamiento jurídico moderno está marcado por tres eventos históricos de capital importancia: La Ilustración, la Revolución Francesa y la Codificación

¹⁶³ **BROEKMAN, Jan M.**, “*Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*”, trad. Hans Lindahl y Pilar Brugos Checa, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997. Pag. 51.

Napoleónica. Los pensadores de la ilustración desarrollaron las ideas rectoras referentes a la organización política y jurídica de la sociedad que siguen vigentes, aunque no sin modificaciones, hasta nuestros días. Entre estas ideas cabe destacar la soberanía del pueblo, la Democracia Representativa, la División de Poderes y el Constitucionalismo.

La Revolución Francesa dio el impulso decisivo para la realización práctica de estas ideas y la Codificación Napoleónica fue la culminación jurídica de este proceso de transformación política. La codificación napoleónica significó un hecho totalmente novedoso y revolucionario, pues borró de un plumazo todo el Derecho existente y lo reemplazó por los códigos elaborados por los mejores juristas de la época. Este hecho distingue el Código Napoleón de todos los códigos anteriores, pues eran meras recopilaciones de normas ya existentes, mientras que el Código Napoleón es una creación deliberada de normas nuevas. Es un aspecto fundamental de los códigos su pretensión de ser completos y consistentes en el sentido de suministrar una y solo una solución a todos los problemas jurídicos de un cierto ámbito.

La codificación iniciada en Francia y extendida durante el siglo XIX a casi todos los países del mundo tuvo dos consecuencias importantes: la positivización del Derecho y el cambio de la noción de justicia.

a) La Positivización del Derecho: si por Derecho Positivo se entiende el Derecho creado por los hombres, entonces como consecuencia del proceso de codificación todo Derecho se convirtió Derecho Positivo, pues como ya se ha destacado, el Derecho se concibe ahora como el conjunto de las normas generales creadas por el legislador. Esto da lugar a lo que Bobbio en su conocido ensayo *El problema del positivismo jurídico* ha llamado “Positivismo como Teoría del Derecho”, caracterizado por el estatismo (todo Derecho proviene del Estado) y el formalismo interpretativo.

b) Justicia como Legalidad: los jueces ya no tiene que preocuparse por la justicia de su decisión, sino tan solo por su legalidad. El problema de la justicia se trasladó del juez al legislador: la justicia del juez consiste en decidir conforme a la Ley, es decir, al Derecho Positivo. Sólo el legislador, como creador del Derecho Positivo tiene que ocuparse de que las normas generales que dicta sean justas.

Por ello Bobbio, ha expresado que el proceso histórico que lleva al Positivismo tiene como precedente la compilación de Justiniano y el pensamiento de Thomas Hobbes sobre el Derecho y que, a partir de este, puede delimitarse cinco momentos de dicho proceso:

- a) Asunción del dogma de la omnipotencia del legislador,
- b) La crítica al Derecho Natural,
- c) El movimiento a favor de la Codificación;
- d) El abandono del Derecho Natural y
- e) la Escuela de la Exegesis, en la que aparece ya expresado el postulado de que no hay más Derecho que el Positivo¹⁶⁴.

3.3 Vertientes Del Positivismo Jurídico

3.3.1 Positivismo Como Una Metodología

Desde esta perspectiva, el Positivismo Jurídico representa el esfuerzo por convertir al Derecho en una auténtica ciencia, caracterizada por su neutralidad valorativa.

El estudio del Derecho de ser realizado concibiéndolo como un hecho y no

¹⁶⁴ **BOBBIO, Norberto**, *“El Positivismo Jurídico”*, Trad. de R de Asis y Agreppi, Debate, Madrid, 1993, pp.43 y ss.

como un valor: el juicio de valor excedería el ámbito de la Ciencia Jurídica. Ahora bien, para ello el Positivismo adopta una determinada concepción del Derecho de índole formal, lo que hace que desde el principio pierda esa pretendida neutralidad (y se separe del método del Positivísimo Científico). Así, para el Positivismo Jurídico son normas jurídicas aquellas que se producen en la forma establecida por el propio ordenamiento jurídico. En este sentido, el criterio en el que habrá que apoyarse en lo relativo a la validez jurídica es exclusivamente formal y no material: se toma en consideración como se produce el Derecho y no el contenido de lo que regula.

A este plano del Positivismo Jurídico, Pérez Luño denomina *gnoseología o metodológico* por cuanto se manifiesta como un modo de conocimiento del Derecho tal como es, prescindiendo de cómo debería ser, contribuyendo a una concepción de la Ciencia Jurídica que describa, completamente y sistematice el ordenamiento jurídico positivo¹⁶⁵.

La principal crítica a ser postura es su pretensión de neutralidad: La pretensión de ser éticamente neutral es infundada. Héctor Samour nos dice que *“El positivismo cree que puede prescindir de los juicios de valor, aunque no lo admita y crea ser objetivo. La misión del jurista no es solo describir y explicar aquello que es Derecho en un determinada sociedad, sino también interpretar y criticar el Derecho vigente a través de su aplicación en los tribunales”*¹⁶⁶.

3.3.2 Positivismo Jurídico Como Una Teoría Del Derecho

El positivismo jurídico supone una determinada teoría del Derecho que, según Norberto Bobbio, partiría de seis concepciones fundamentales:

¹⁶⁵ **MORALES, José Humberto**. Obra citada, p. 66.

¹⁶⁶ **SAMOUR HÉCTOR**. Ob. Cit. 93.

- 1) La teoría coactiva del Derecho, que supone que la coercibilidad o la coacción es un elemento esencial y típico del Derecho;
- 2) La teoría legislativa del Derecho, a través de la cual se defiende la propiedad de la ley sobre las restantes fuentes del Derecho;
- 3) La Teoría Imperativa del Derecho, que sostiene que las normas jurídicas poseen una estructura de mandato;
- 4) La teoría de la coherencia del ordenamiento jurídico, esto es, la defensa de la ausencia de contradicciones entre las normas que componen el ordenamiento, o en su defecto, la existencia de mecanismos que solucionan esas contradicciones;
- 5) La Teoría de la Plenitud del Ordenamiento Jurídico, que no es otra cosa que negar la existencia de lagunas en el Derecho y,
- 6) La Teoría de la Interpretación Lógica o Mecanicista del Derecho, que se plasma con el denominado método jurídico tradicional¹⁶⁷.

En resumen a este plano del Positivismo Jurídico se le denomina *Ontológica o de la Teoría del Derecho*, en cuanto tiende a definir las normas en función de su coactividad, de la posibilidad de asegurar su cumplimiento a través del recurso a la fuerza monopolizada por el Estado, de la supremacía de la ley como fuente del Derecho y de la concepción mecánica de su interpretación y aplicación. A esta perspectiva del Positivismo Jurídico también se le observa que al vincular el fenómeno jurídico con la formación de ese poder soberano que el Estado se tiende a la reducción del Derecho a Derecho Estatal, y, de este, a los productos del legislador; por lo que el positivismo jurídico tiende fácilmente a identificarse con la teoría estatal del Derecho, teoría que ve en

¹⁶⁷ **BOBBIO, Norberto.** “*Teoría General del Derecho*”, trad. De Jorge Guerrero R., 2ª Ed., Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992. P. 84.

el Estado el monopolio del poder de la producción jurídica, desconociendo con ellos otros ordenamientos jurídicos que no son emanaciones del poder del Estado, tales como el orden jurídico internacional o el Derecho Canónico; así como, la equiparación de la ley a otras fuentes del Derecho, tales como la costumbre o la jurisprudencia, entre otras. O lo más grave es quizás su cuestionamiento e incluso su negación a la posibilidad de contemplar otras perspectivas, como la referencia a una realidad social o a un determinado sistema de valores, con lo que elude en su abordaje del Derecho o en su conformación, los aspectos que hacen referencia tanto a su eficacia social como a su justicia o legitimidad.

3.3.3 Positivismo Jurídico Como Una Ideología

El Positivismo Jurídico, como una determinada ideología de la justicia, confiere al Derecho Positivo, por el solo hecho de existir, un valor positivo, prescindiendo de toda consideración acerca de su correspondencia con un Derecho ideal. Esta atribución de un valor positivo al Derecho Existente se realiza, a decir de Samour, a través de dos tipos de argumentación:

1) El Derecho Positivo, por el solo hecho de ser positivo, esto es, ser la emanación de la voluntad dominante, es justo. Desde esta perspectiva, el criterio para juzgar la justicia o injusticia de las leyes coinciden con el que se utiliza para juzgar su validez e invalidez.

2) El Derecho Positivo, como conjunto de reglas impuestas por el poder que ejerce el monopolio de la fuerza, sirve por el hecho mismo de su existencia, independientemente del valor moral de sus reglas, para la obtención de ciertos fines deseables- orden, paz, certeza, seguridad jurídica, justicia legal, entre otros.

A este plano o vertiente del Positivismo Jurídico se le denomina también

deontológico o ético-político, por cuanto supone en algunas de sus versiones, la defensa de la superación entre moral y Derecho, así como una ideología de la justicia en virtud de la cual debe prestarse obediencia a las normas jurídicas-positivas con independencia de su contenido.

Bobbio, por su parte, distingue en este plano una versión fuerte y una débil¹⁶⁸. La versión fuerte se caracteriza por el postulado de la obediencia incondicional al Derecho: simplemente por el hecho de ser Derecho estaremos en presencia de algo justo, por lo que este se convierte en un valor supremo al que se debe obediencia. La versión débil afirma que el Derecho ya de por sí posee un determinado valor, el del orden, independientemente de su justicia. No es tanto un valor final sino instrumental. Por tanto si se quiere obtener el bien se debe entonces obedecer al Derecho, cosa que no compartimos.

Se dice que esta vertiente del Positivismo Jurídico es quizá la más cuestionada, ya que implica la exaltación del Estado, haciendo de este el supremo portador de los valores del bien y del mal y ante cuya voluntad debe someterse todas las personas y todos los grupos sociales, lo cual puede justificar, y de hecho ya ha justificado, ordenamientos jurídico-políticos atentatorios de la dignidad humana (como es el caso de los regímenes totalitarios como el fascismo o el nacionalsocialismo).

3.4 Iusnaturalismo Y Positivismo Jurídico

Estas dos corrientes de pensamiento jurídico-filosóficas a pesar de ser evidentemente antagónicas por la definición del concepto de Derecho que ambas aportan, siendo así teorías opuestas y asimétricas, el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo se necesitan recíprocamente para su definición. Como ya

¹⁶⁸ **BOBBIO, Norberto.** *“El Positivismo Jurídico”*, trad. R de Asís y A. Greppi, Debate, Madrid, 1993, p. 227.

hemos visto, la idea de Derecho Natural surgió para descalificar el decreto del príncipe y las creencias populares. El iuspositivismo nace ideológicamente como refutación de la concepción teocrática del poder, y el correlativamente necesario fundamento de legitimidad basado en la soberanía popular¹⁶⁹.

A pesar de las diferencias existentes entre ambas corrientes de pensamiento, a decir de José Humberto Morales, el iuspositivismo no puede negar al Derecho Natural por dos importantes razones: una lógica y otra pragmática. La razón lógica estriba en que la afirmación de la inexistencia de un objeto metafísico (principal objeción para considerar al Derecho Natural como Derecho) es también metafísica; la razón pragmática deriva de la posición incómoda en que se colocarían quien negase algún orden ético de la contrastación con el Derecho Positivo, es decir, colocarse en situación de no poder formular un juicio respecto de la justicia o injusticia de una norma¹⁷⁰.

3.4.1 Diferencias Entre Iuspositivismo Y Iusnaturalismo

Una primera diferencia se manifiesta en la forma de entender los valores superiores al Derecho: como predominantemente permanentes e invariables en el iusnaturalismo y como resultados y conquistas históricas en el positivismo jurídico: la sensibilidad para el cambio de los valores y la aceptación del mismo son mayores en el iusnaturalismo; la resistencia al cambio ético es mayor en el iuspositivismo.

Una segunda diferencia aludiría las diversas formas en que se comprenden y establecen las conexiones entre Derecho y justicia, entre sistemas de legalidad y sistemas de legitimidad. Para el iusnaturalismo, el Derecho

¹⁶⁹ **MORALES, José Humberto.** Ob. Cit. P. 69.

¹⁷⁰ *Ibidem* p.69.

Natural es Derecho, por lo que el Derecho Positivo sólo es en la medida que es justo.

El Positismo Jurídico por su parte considera que sólo el Derecho Positivo es auténtico Derecho y que el Derecho Natural es, más bien, ética y que, además, sin desconocer a ésta y a los valores jurídicos que de ella derivan, se afirma que el Derecho Positivo no tiene necesidad de concordar con ellos para ser Derecho, reivindicando así su autonomía científica¹⁷¹.

Todas las teorías positivistas sostienen la tesis de la separación, según la cual el concepto de Derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral, o dicho de otra manera, la tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre Derecho y Moral o entre el Derecho “que es” y el “que debe ser”.

Por su parte, todas las corrientes lusnaturalistas sostienen la tesis de la vinculación; para esta tesis el concepto de Derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales, desde luego sin renunciar a que se incluyan en dicho concepto los contenidos de legalidad conforme al ordenamiento; así como aquellos que sean constitutivos de la eficacia social¹⁷².

3.4.2 Críticas Del Positismo Jurídico Al lusnaturalismo

Estas críticas, son dirigidas especialmente al sustantivo Derecho y al calificativo Natural. De manera que en un primer acercamiento podemos hacer una clasificación en dos grupos críticos: El de los que niegan que el Derecho Natural es Derecho y el de los que niegan que el Derecho Natural

¹⁷¹ **DÍAZ, Elías.** “*Sociología y Filosofía del Derecho*”, 1ª reimpresión, editorial Taurus, Madrid, 1974. P. 304-305.

¹⁷² **ALEXY, Robert.** “*El concepto y validez del Derecho*”, traducción Jorge M. Seña, 2ª edición, editorial Gedisa, Barcelona, 2004, p.13-14.

sea “Natural”. El filósofo Italiano del Derecho, Norberto Bobbio, en su trabajo *Alguno Argumentos contra el Derecho Natural* ha indicado que sus objeciones del sustantivo Derecho han sido elaboradas en el campo de los juristas. Así: “*el jurista que reúsa reconocer al Derecho Natural de la acepción plenaria de este término no se pronuncia sobre si existe o no eso que se llama Derecho Natural sino que, aun incluso admitiendo que exista, lo que sencillamente se impugna es que sea Derecho, con el mismo título que el Derecho Positivo. Y desde este punto de vista – N. Bobbio – estimo realmente que las objeciones de los juristas son inatacables*¹⁷³”.

Lo más central de estas objeciones, tiene que ver con la posibilidad que tiene el Derecho para hacerse valer para contar con el respaldo de la fuerza. Las obligaciones jurídicas adquieren de esta manera eficacia. El Derecho Natural, en cambio, es “un Derecho desarmado”. Aunque expresa reivindicaciones muy justas, ni siquiera llega a lograr el fin básico de todo Derecho: La conservación de la sociedad humana. Comparados desde este punto de vista, el Derecho Natural se parece mucho más a los códigos morales que a un sistema jurídico.

Por tanto, concluye N. Bobbio, tenemos tres argumentos contra la calificación del Derecho Natural como Derecho: “1) *El Derecho Natural no es un derecho con el mismo título que el Derecho Positivo porque carece del atributo de la eficacia. 2) El Derecho Natural no llega a alcanzar el objetivo que corresponde a los sistemas jurídicos positivos porque no garantizamos ni la paz ni la seguridad. 3) El Derecho Positivo ha ido extendiéndose poco a poco por todos los campos que antes se atribuían al Derecho Natural*”.

Un dato que merece la pena destacar es el hecho de que es muy raro

¹⁷³ **BOBBIO, Norberto**, “Algunos argumentos contra el Derecho Natural” en H.Kelsen, N.Bobbio y otros, *Critica del Derecho natural*, Introducción y traducción de EliasDiaz, Madrid, Taurus, 1966, pp. 222.

encontrar un autor lusnaturalismo que no haya hecho hincapié en la necesidad de la existencia del Derecho Positivo. A pesar de considerar que el verdadero Derecho es el Derecho Natural y que sus excelencias morales son muy superiores al Derecho Positivo, este siempre es reclamado como el cauce adecuado para garantizar, aunque sea por la fuerza, ciertos fines imprescindibles para realizar la supervivencia y una convivencia mínima. De esta manera el Derecho Positivo “complementa” al Derecho Natural.

Nos encontramos así con el dato curioso y sorprendente de que a pesar de defender las posturas lusnaturalistas que existen reglas y principios universales e inmutables que regulan la vida social justa y a los que los seres humanos podemos acceder por el uso de la natural de la razón (también humana), a pesar de insistir en que las normas jurídicas solamente son obligatorias si no están en contradicción con esos principios y normas naturales de justicia, se hace necesario, además, un nuevo rasgo. Este consiste en afirmar que *“tales reglas o principios son insuficientes para el mantenimiento de una sociedad organizada, por lo que es imprescindible la existencia de una autoridad política a la que corresponde una doble función: por una parte, establecer una serie de prescripciones positivas que recojan aquellos principios, los que en preceptos más detallados y regule también aquellas cuestiones más técnicas y circunstanciadas cuya solución no puede inferirse de los principios de la justicia natural; por otra, respaldar mediante la fuerza organizada el complemento incluso coactivo si fuere necesario de ese conjunto de prescripciones positivas”*¹⁷⁴.

En cuanto a las objeciones al calificativo Natural, quizás estas tengan mayor calado filosófico, pues es muy difícil extraer normas de organización social, de un concepto tan ambiguo y engañoso como lo es el de naturaleza

¹⁷⁴ **DELGADO PINTO, José**, “De nuevo sobre el problema del Derecho Natural”, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, pp. 10.

humana. Los argumentos esgrimidos por Norberto Bobbio son los siguientes: “1) *la noción de naturaleza es de tal modo equivoca que se han llegado a considerar como igualmente naturales Derecho diametralmente opuestos, 2) Incluso si fuera unánime el acuerdo sobre lo que es natural, de ello no cabría derivar un acuerdo sobre lo que es justo ni que es injusto, 3) Incluso si hubiera sido unánime el acuerdo entre lo que es justo por el hecho de ser natural de ello no se derivaría la validez de este acuerdo para el momento actual*”.

La crítica consiste en que la historia de las teorías lusnaturalistas muestran según la crítica de forma evidente que lo que se presenta como natural es artificial o convencional, en todo caso, culturalmente determinado. La razón de ellos se encuentra en que cuando decimos que una norma, un valor o una conducta son naturales (es decir conformes al Derecho Natural) no se está invocando realmente a la naturaleza humana sino un conjunto de valores que son presupuesto de la propia noción de naturaleza. De esta manera conforme con la naturaleza lo serían, en relación con esos valores previos que son culturales e históricos.

Hans Kelsen deja planteado una crítica al Derecho Natural en su trabajo, la doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico, Kelsen dice: *“la doctrina del Derecho Natural considera como naturaleza humana ya los instintos del hombre, ya su razón. De los instintos humanos se deducen normas de un Derecho Natural apelando a ciertos instintos, indudablemente existentes, dirigidos a la conservación de la vida, no solo de la propia sino de la vida ajena. Pero no se puede negar que al lado de estos instintos hay también hay otros dirigidos a la destrucción, los así llamados instintos de agresividad y hasta se observa un instinto dirigido a la auto destrucción que supera al instinto de conservación, como lo demuestran los nada raros suicidios. Estos instintos pertenecen a la par de los otros, a la naturaleza del*

hombre. Califica los de antinaturales significaría proclamara la auto contradicción de la naturaleza antinatural”¹⁷⁵.

Otra crítica al Derecho Natural consiste que a lo largo de la historia los representantes del pensamiento lusnaturalista, pese haber proclamado “Un” Derecho Natural, han elaborado varios Derechos Naturales distintos, y aparentemente contradictorios entre sí. Ello nos lleva al último punto de las críticas al Derecho Natural: A la universalidad e inmutabilidad de su contenido. Esto nos sitúa ante dos tipos de juicio que pueden ser diferenciados aunque lógicamente van acompañados. El primer tipo se basa en que supuestamente los autores lusnaturalista no han logrado ponerse de acuerdo sobre las exigencias extraídas de lo justo por naturaleza lo cual es vital importancia para la argumentación a favor de los Derecho Fundamentales.

Algunos desacuerdos entre los exponentes lusnaturalistas estarían alrededor de las ideas de la igualdad natural o la esclavitud, las libertades, el Derecho Natural a la propiedad privada o a una comunidad de bienes, lo natural o antinatural de ciertas formas de gobierno, conductas sexuales o relaciones de familia.

La crítica afectaría por tanto a la posibilidad de hablar de principios y reglas de justicia de validez inmutables y universales. El segundo tipo de juicios críticos impugna la idea que la razón humana cuente con medios idóneos para acceder y establecer un concepto de justicia a partir de la naturaleza humana, con esas características de inmutabilidad y universalidad. Lo que se pone en duda según estas críticas son tanto los contenidos como el método proclamado por las teorías lusnaturalistas.

¹⁷⁵ **KELSEN, Hans.** “La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico”, en Contribuciones a la Teoría pura del Derecho, Traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969, pp. 128.

Y como crítica final consideramos necesario mencionar la realizada por el danés Alf Ross, a pesar de que no se le puede considerar estrictamente un positivista, su crítica es pertinente al tema. Uno de sus argumentos se refiere a lo que él considera la asombrosa variabilidad histórica de las teorías del Derecho Natural, a sus enfrentamientos y a la no menor manipulación ideológica de tipo político tanto conservador como progresista. Respecto a eso Ross presenta el siguiente juicio: *“a semejanza de una cortesana, el Derecho Natural está a disposición de cualquiera. No hay ideología que no pueda ser defendida recurriendo a la Ley Natural”*¹⁷⁶.

3.4.3 Exposición Y Refutación De Los Argumentos De Hans Kelsen Contra La Doctrina Del Derecho Natural

En este punto repasaremos y analizaremos los argumentos que Hans Kelsen ofreció en algunos de sus textos para refutar la doctrina del Derecho Natural y se intenta demostrar que muchos tales argumentos son falaces ya que incurren en errores de razonamiento y, por ende, las conclusiones a las que llegó el autor austriaco acerca del iusnaturalismo son inválidas.

Hans Kelsen reunió principalmente tales argumentos en su escrito *La doctrina del Derecho Natural ante el tribunal de la ciencia*.

3.4.3.1 Caracterización De La Doctrina Del Derecho Natural (Según Hans Kelsen)

Enunciado a: *“La doctrina del Derecho Natural tiene por fundamento el dualismo del Derecho Natural y del Derecho Positivo. Con la ayuda de este dualismo cree poder resolver el eterno problema de la justicia absoluta y contestar qué es justo y qué es injusto en las mutuas relaciones de los*

¹⁷⁶ **ROSS, Alf.** *“Sobre el Derecho y la justicia”*, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963, p.254.

hombres. Además, juzga posible distinguir los actos de conducta humana que son conformes a la naturaleza y los que no lo son, ya que los primeros están de alguna manera prescritos por la naturaleza y los segundos prohibidos por ella. Las reglas aplicables a la conducta de los hombres podrían así ser deducidas de la naturaleza del hombre, y en particular de su razón, de la naturaleza de la sociedad e igualmente de la naturaleza de las cosas. Bastaría examinar cuidadosamente los hechos de la naturaleza para encontrarla solución absolutamente justa de los problemas sociales. La naturaleza reemplazaría las funciones legislativas" (D.N.p. 253; T.P. pp. 101 s.)¹⁷⁷.

Crítica: La caracterización de la teoría lusnaturalista hecha por Kelsen es equivocada, pues la doctrina del Derecho Natural no dice que basta examinar los hechos de la naturaleza para conocer la solución absolutamente justa de los problemas sociales. Al contrario, los filósofos lusnaturalistas enseñan que para la obtención de las conclusiones del Derecho Natural se parte de ciertos primeros principios evidentes (a veces, juntamente con datos sobre la naturaleza del hombre obtenidos por observación); tales principios reguladores de la conducta, en conjunción con otros sirven como premisas para la posterior elaboración de conclusiones sobre lo justo. Por tanto, hay algunos principios universales que son conocidos con una evidencia inmediata, pero para el conocimiento de todas las demás reglas jurídicas naturales se requiere la labor de deducción.

Hans Kelsen no menciona ningún autor que haya dicho que "basta examinar los hechos de la naturaleza" para obtener los juicios de justicia y, sin embargo, atribuye esa idea a "la Doctrina del Derecho Natural".

¹⁷⁷ Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. "Exposición y refutación de los argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del Derecho Natural". Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), ISSN 1575-7382, N.º. 9, 2005.

Tampoco dice la doctrina del Derecho Natural que el examen de la naturaleza reemplace las funciones legislativas; es, por ende, una aserción que Kelsen le atribuye gratuitamente.

Enunciado b: "*Dicha teoría* (la teoría del Derecho Natural) *supone que los fenómenos naturales tienen un fin y que en su conjunto son determinados por causas finales. Este punto de vista teleológico implica la idea de que la naturaleza está dotada de inteligencia y de voluntad, que es un orden establecido por un ser sobrehumano, por una autoridad a la cual el hombre debe obediencia. En otros términos, la naturaleza en general y el hombre en particular son una creación de Dios, una manifestación de su voluntad justa y todopoderosa*".(D.N. p. 254; T.P. p. 102)¹⁷⁸.

Kelsen: "*Si la doctrina del Derecho Natural quiere ser consecuente consigo misma, debe tener un carácter religioso, ya que el Derecho Natural es necesariamente un Derecho Divino, si es que ha de ser eterno e inmutable, contrariamente al Derecho Positivo, temporal y variable, creado por los hombres. Igualmente, sólo la hipótesis de un Derecho Natural establecido por la voluntad de Dios permite afirmar que los derechos subjetivos son innatos al hombre y que tienen un carácter sagrado, con la consecuencia de que el Derecho Positivo no podrá otorgarlos ni arrebatarlos al hombre, sino solamente protegerlos y garantizarlos*" "*Toda doctrina del Derecho Natural tiene pues un carácter religioso más o menos acentuado*" (D.N. p. 254; T.P. p. 103).

Crítica: Nos parece que aquí Kelsen incurre en la llamada falacia de asociación al vincular el Derecho Natural a la religión como si el hecho de que fuera (en caso de que lo fuera) religioso, su carácter, lo descalifica o lo vuelve válido solo para el que cree en Dios.

¹⁷⁸ TALE GARCÍA, Camilo. Ob. cit. p. 98

En todo caso es falso que toda doctrina del Derecho Natural tenga un carácter necesariamente religioso. Es verdad que muchos de los autores lusnaturalistas profesan la existencia de Dios y vinculan la autoridad divina a la Ley Natural, afirmando que Aquél es su autor (pues si el Creador hizo al hombre, hizo la naturaleza humana y, por ende, hizo la ley que ha de regir la conducta del hombre, y la inscribió en el espíritu del hombre –así, por ejemplo, Tomás de Aquino define a esta Ley Natural como "participación de la Ley Eterna en la criatura racional" como hemos visto en el capítulo dos de esta tesis.

Pero muchos filósofos han sostenido la existencia del Derecho Natural sin remitirse a la autoridad divina, y es lamentable que al parecer Hans Kelsen solamente conociera el concepto religioso de Dios, y no el concepto filosófico o teológico que conciben a Dios como Ser necesario, causa primera, como fundamento ético, o como el Ser más grande que puede ser concebido. Pero aun sin relacionarla con la existencia de un ser divino muchos filósofos aceptaron la existencia del Derecho Natural como fue el caso de Aristóteles, quien fue el primero en usar el término "Derecho Natural", según leemos en el siguiente pasaje de su *Ética a Nicómaco*: "Del Derecho que hay en toda comunidad, una parte es el Derecho Natural, y otra el derecho según las leyes. Derecho Natural es aquello que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de la aprobación o desaprobación de los hombres.

Derecho según las leyes es lo que en un principio es indiferente que sea de tal modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes deja de ser indiferente". Vemos cómo el propio "padre del Derecho Natural" no vinculó este orden jurídico con la voluntad divina, ni tampoco con la idea de un Creador de la naturaleza (para la concepción de Aristóteles y de la gran mayoría de los filósofos griegos, Dios no era el autor de la naturaleza). Para admitir la existencia de un Derecho intrínsecamente válido, universal,

cognoscible por la razón humana, no se requiere concebirlo como emanado de Dios; más aún, ni siquiera es forzoso aceptar la creación divina, y por ello Aristóteles, que admitió la existencia de Dios pero no su carácter de creador del mundo, pudo asumir sin embargo la doctrina del Derecho Natural.

El mismo Tomás de Aquino, sin descartar la fundamentación teológica del Derecho Natural, juzgó que el conocimiento de sus normas también puede deducirse sin apelar a la voluntad divina; en muchos lugares de su obra afirma claramente que las conclusiones del Derecho Natural se resuelven en los primeros principios de la Ley Natural inmediatamente evidentes (por ejemplo: "se debe hacer el bien y evitar el mal", "no se debe dañar a otro", "se debe contribuir al bien común político", "debe cumplirse lo prometido", etc., I-II, 94, 2c in princ.). De manera que no es necesario partir del conocimiento de la existencia de Dios para el conocimiento del Derecho Natural. Asimismo, para ver que es infundada esta afirmación de Kelsen, podemos acudir a la doctrina de Hugo Grocio, el representante más destacado de la escuela moderna del Derecho Natural. Es muy conocido el siguiente texto del filósofo neerlandés: "abstenerse de lo ajeno, y si se tiene algo de otro, o si de ello se ha sacado alguna ganancia, restituirlo; la obligación de cumplir las promesas; la reparación del daño causado culpablemente y el merecimiento de la pena entre los hombres (...) ciertamente estas cosas tendrían lugar aunque concediésemos (...) que no hay Dios, o que Él no se ocupa de las cosas humanas" (op. cit., proleg. 11).

El pasaje de Grocio es por demás elocuente con relación al punto que estamos considerando. La referencia que hace Kelsen de Grocio, para ilustrar la dependencia religiosa de la doctrina iusnaturalista es, por lo expuesto, un recurso infeliz. Completemos este breve elenco con algún autor contemporáneo notable; por ejemplo el australiano John Finnis, que en nuestros días ha expuesto una teoría iusnaturalista bastante difundida, cuyas

muchas conclusiones son obtenidas todas ellas sin necesidad de abordar la cuestión de la existencia de Dios¹⁷⁹.

3.4.3.2 Argumentos De Hans Kelsen Contra La Doctrina Del Derecho Natural

Primer argumento: *"El Derecho Natural, según el Iusnaturalismo, está fundado en Dios (...). Pero si Dios es su fundamento, dado que muchos no admiten que Dios existe, este Derecho Natural sería algo dependiente de las opiniones sobre Dios (...). Si es dudoso que Dios existe, no se puede fundar el Derecho Natural. O bien, el Derecho Natural "existe" sólo para los hombres que sean religiosos, esto es, creyentes en Dios"*¹⁸⁰.

Refutación del primer argumento: El raciocinio es inválido, pues parte de la premisa de que el fundamento del Derecho Natural está necesariamente en la voluntad divina, o bien parte de la premisa de que el conocimiento del Derecho Natural depende de un previo reconocimiento de la existencia de Dios. Pero ambas afirmaciones son falsas, como se ha demostrado en el enunciado B.

Segundo argumento: (Error lógico o error de método en la doctrina Iusnaturalista): "Si la contemplamos desde un punto de vista científico, la primera objeción que podemos formular contra la doctrina del Derecho Natural es que no hace la distinción necesaria entre las proposiciones por las cuales las ciencias de la naturaleza describen su objeto y aquellas por las cuales las ciencias del Derecho y la moral describen el suyo (...). La naturaleza es, pues, lo que es; el Derecho y la moral, lo que debe ser" (D.N. p. 254 y T.P. p. 104).

¹⁷⁹ FINNIS, John *"Natural law and natural rights"*, Clarendon press, Oxford, 1980, Iª Parte, p. 49 y IIª Parte

¹⁸⁰ Citado por **HERNÁNDEZ, Héctor**. "Sobre si hay un derecho natural, en La ley". Buenos Aires, vol. 1986-B, , 2ª col. p. 983.

"Una Ley Natural es la afirmación de que si es A es B, mientras que una regla de moral o una regla de Derecho es la afirmación de que si A, debe ser B" (D.N. p. 255).

"Ningún razonamiento lógico permite pasar de lo que es a lo que debe ser, de la realidad natural al valor moral o jurídico" (D.N. p. 256, T.P. p. 105).

Es decir, este segundo argumento de Hans Kelsen contra la doctrina del Derecho Natural la podemos resumir en que: La doctrina del Derecho Natural se basa sobre la falacia lógica de una inferencia del ser al deber¹⁸¹.

Refutación del segundo argumento: Comencemos por aclarar que en el presente argumento Hans Kelsen no menciona ningún autor lusnaturalista que incurra en dicho error de método.

No es verdad que en el discurso lusnaturalista se pase necesariamente de premisas "de ser" a conclusiones "de deber ser"

Los principales representantes de la doctrina del Derecho Natural han distinguido siempre el orden de la naturaleza física y el orden de la naturaleza moral.

En la teoría del Derecho Natural se hace la distinción entre la índole de las proposiciones propias de la ciencia de la naturaleza física, y las proposiciones acerca de lo ético y lo jurídico. Asimismo, una de las bases de la filosofía clásica ha sido la distinción del saber en *saber especulativo* (Conocimiento de cómo son los entes y de sus esencias, propiedades, principios y causas) y *saber práctico* (conocimiento de cómo debe ser la conducta del hombre y las instituciones sociales); las proposiciones en uno y

¹⁸¹Según Kelsen, el lusnaturalismo cae en lo que se llama la *falacia naturalista*, o como hemos desarrollado en el Capítulo dos de esta tesis sobre lo que se entiende como la *Ley de Hume*, donde exponemos el contra-argumento de John Finnis sobre la falacia naturalista

otro caso tienen distinta forma, pues las del saber práctico poseen la modalidad "debe", y ellas no se obtienen por pura deducción de proposiciones "de ser", sino que se obtienen a partir de premisas "de deber ser". Así, Santo Tomás de Aquino ha dicho en muchos lugares que los principios a los cuales se remiten las conclusiones de la filosofía práctica son diversos de los principios que fundan las conclusiones de la filosofía especulativa (I-II, 94, 2c; II-II, 47 6c)⁸.

Los principios del orden práctico ya son proposiciones *prescriptivas*. Así, por ejemplo, Tomás de Aquino enunciaba los siguientes primeros principios de la Ley Natural -en los cuales se fundan las conclusiones del saber práctico: "*debe hacerse y procurarse el bien y debe evitarse el mal*", "*debe promoverse el bien común*", "*debe indemnizarse el daño causado con culpa*", y afirmaba claramente que estos principios son inmediatamente evidentes para la razón, o sea que no se derivan por deducción a partir de otros principios. De manera que la doctrina lusnaturalista no parte de premisas "de ser" para obtener conclusiones "de deber ser", sino que siempre hay en las premisas por lo menos una proposición "de deber ser"

Tercer argumento: (Error lógico o de método en la doctrina lusnaturalista): Dice Hans Kelsen: "No es posible de ninguna manera probar la existencia del acto por el cual han sido creadas [las normas del Derecho Natural]" (T.P. p. 105)¹⁸².

Refutación del tercer argumento: Aquí Kelsen exige que se pruebe el acto por el cual han sido producidas las normas del Derecho Natural, pero esta pretensión sólo tiene sentido cuando se trata del Derecho Positivo, el cual por definición es creado por una voluntad y sólo en virtud de ella goza de validez. El Derecho Natural, en cambio, por definición, no deriva su validez

¹⁸² Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. Ob. Cit. P. 107

ex voluntate, sino *ex ipsa natura rei*. Por consiguiente, Kelsen incurrió aquí en la misma *petición de principio* que hemos señalado en la consideración crítica del enunciado b, y que consiste en partir de la idea de que "todo Derecho es creado por una voluntad".

De igual manera, somos del criterio que el hecho que Hans Kelsen haya identificado el supuesto error lógico o de método señalado, es decir, que ante la supuesta imposibilidad de parte de la escuela lusnaturalista de demostrar mediante pruebas el acto por medio del cual se ha creado el Derecho Natural, no significa que por tal observación Hans Kelsen desvirtúe o invalide a la doctrina del Derecho Natural pues, la ausencia de evidencia no constituye una evidencia de ausencia, o sea, el hecho que no existan evidencias de cuál fue el acto por medio del cual se creó al Derecho Natural no significa que el mismo no exista.

Resulta pertinente resaltar que la doctrina lusnaturalista, en específico el lusnaturalismo Teológico, sostiene que las normas de Derecho Natural se extraen y tienen como fundamento la naturaleza humana racional, la cual a su vez está determinada por la Ley Natural y, ésta última es la participación de la Ley Eterna en la criatura humana racional, es decir, que las normas del Derecho Natural tienen como fundamento la Ley Eterna, que como hemos señalado en el capítulo anterior es de naturaleza inmutable, pero sobre todo atemporal, de cuya característica también goza la Ley Natural. Dicha aclaración la realizamos con el objeto último de demostrar que resulta absurdo de parte de Hans Kelsen, intentar desvirtuar la doctrina lusnaturalista atacando la imposibilidad de demostrar cuál es el acto por medio del cual se crearon las normas del Derecho Natural, cuando estas tienen como base y contenido leyes que no dependen del tiempo, por tanto, las normas del Derecho Natural han existido siempre, o sea, independientemente del tiempo y del espacio.

Cuarto argumento: "*Si se pudieran descubrir, como lo afirma la doctrina del Derecho Natural, las reglas del Derecho Natural mediante un análisis de la naturaleza, el Derecho Positivo sería verdaderamente superfluo.*"

La elaboración del Derecho Positivo sería por tanto una actividad ridícula, comparable a una iluminación artificial en pleno sol. Esta es otra consecuencia de la doctrina del Derecho Natural. Pero ninguno de los partidarios de la doctrina del Derecho Natural ha tenido la audacia de arribar a esta conclusión. Por el contrario, todos insisten sobre la necesidad absoluta de un Derecho Positivo" (D.N. p. 259, T.P. p. 106).

Refutación del cuarto argumento: Resulta totalmente falso que según la doctrina del Derecho Natural sostenga que por la existencia del Derecho Natural el Derecho Positivo resulta superfluo por las siguientes razones:

a) Los principios del Derecho Natural y las conclusiones que se derivan de ellos, regulan directamente cierta cantidad de situaciones y conductas, pero con respecto a muchas otras, nada puede concluirse con carácter universal y necesario, tales situaciones y conductas necesitan ser reguladas, o conviene que sean reguladas, y allí tenemos un cometido del Derecho Positivo.

b) Además, muchas veces las normas del Derecho Natural regulan directamente ciertas relaciones entre los hombres, pero sin hacerlo de manera suficientemente determinada. Por ejemplo, es una verdad incuestionable que el ser humano, hasta cierta edad, en razón de su inmadurez, debe estar sujeto a la autoridad de sus padres para que éstos dirijan su vida y administren sus bienes; esto es un principio de Derecho Natural, pero a partir de ello no es posible concluir una edad puntualmente determinada, lo cual debe necesariamente ser fijado por una ley positiva.

c) Existen dos razones por las que aquellas relaciones humanas que no son

especificadas por las normas del Derecho Natural deben ser reguladas por el legislador humano:

c.1) porque, aun cuando las personas tengan la facultad de conocer la solución justa para muchas situaciones controvertidas, ocurre que en el caso concreto sus razonamientos éticos suelen interferirse con sus deseos e intereses individuales y entonces pierden la necesaria objetividad.

c.2) Porque *no todos los hombres* poseen ni adquieren el conocimiento de *todas las normas* particulares del Derecho Natural.

Quinto argumento: "La mayor parte de los teóricos del Derecho Natural incurren en una *contradicción* característica. *Si la naturaleza humana es la fuente del Derecho Natural, deben admitir que el hombre es fundamentalmente bueno, pero para justificar la necesidad de un orden coactivo bajo la forma del Derecho Positivo, deben invocar la perversidad del hombre*"

Refutación del quinto argumento: En este razonamiento hay dos tesis contradictorias, y Kelsen atribuye ambas a la doctrina del Derecho Natural, pero ello es una falsa imputación.

1) *La doctrina del Derecho Natural no parte de la afirmación de que el hombre es fundamentalmente bueno.* Esta fue la tesis del monje Pelagio, del filósofo Rousseau, y de otros (como por ej. Algunos pensadores anarquistas) pero no puede atribuirse en su totalidad a la doctrina del Derecho Natural.

2) *No es verdad que las doctrinas lusnaturalistas sostengan que el hombre tiene una naturaleza perversa.* Esta es la concepción de muchos autores Positivistas y lusnaturalistas del mundo protestante (s. XVI en adelante), pero de ninguna manera es una nota común de la doctrina lusnaturalista, y falta por completo en sus fundadores y en sus primeros sistematizadores.

Existe por una parte en los seres humanos la necesidad de coacción, para mover a algunas personas a la observancia del Derecho, supone, en efecto, cierta proclividad al mal en los hombres. De otra parte, el que la razón humana sea capaz de descubrir el Derecho Natural supone, en efecto, cierta perfección de la naturaleza humana. Pero *estos dos presupuestos no se encuentran en contradicción*, pues la inclinación del hombre a apartarse del bien por egoísmo y debilidad se explica por su estado actual de "naturaleza caída" y su capacidad de conocer lo justo se explica por el hecho de que, aun cuando su naturaleza ha quedado vulnerada, no se encuentra corrupta. Distinta es la doctrina sobre la naturaleza humana que sustenta el protestantismo ortodoxo: para Martín Lutero y para sus seguidores, la naturaleza actual del hombre se halla totalmente corrompida, es incapaz de obrar con rectitud, el ser humano es fundamentalmente malo, incapaz de hacer el bien y también incapaz de conocerlo.

De manera que el argumento de Kelsen, en el mejor de los casos sólo podría hacer impacto contra el iusnaturalismo de la Edad Moderna, derivado del luteranismo, "iusnaturalismo" ecléctico y por ende contradictorio, como se ha observado muchas veces. Los fundadores y principales expositores de la doctrina del Derecho Natural han rechazado tanto la concepción del hombre absolutamente bueno por naturaleza en su estado actual, como la concepción de la naturaleza humana corrupta. En este argumento del ex-profesor de Viena se verifica una vez más la verdad de la aseveración de Eustaquio Galán y Gutiérrez de que *"Kelsen denota en muchas ocasiones la tendencia a derribar puertas que ya están abiertas"*¹⁸³.

Sexto argumento: Expresa Kelsen: *"Si el Derecho Positivo extrae su validez de su correspondencia con el Derecho Natural, toda norma legislativa o*

¹⁸³ GALAN Y GUTIERREZ, Eustaquio, *Iusnaturalae (Lecciones de cátedra)*, vol. I, Madrid, 1961, p. 304.

consuetudinaria contraria al Derecho Natural debería ser considerada nula e inexistente. Esta es la consecuencia inevitable de una teoría que hace del Derecho Positivo un sistema de normas subordinado al Derecho Natural (...). Los teóricos del Derecho Natural intentan a menudo salir de apuros probando (...) que un conflicto entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural es imposible (Hobbes, *De Cive*, cap. XIV), o admiten la posibilidad de conflicto sólo en casos muy excepcionales" (D.N. pp. 262 s.; T.P. p. 107)¹⁸⁴.

Refutación del sexto argumento: El razonamiento no tiene validez. A partir de la tesis que dice que la validez del Derecho Positivo se halla en su correspondencia con el Derecho Natural, no se concluye que el Derecho Positivo que contraría el Derecho Natural sea nulo o inexistente. Una vez más Kelsen incurre en una falacia *non sequitur*¹⁸⁵.

Los filósofos lusnaturalistas nunca han sostenido lo que Kelsen les atribuye; ellos no han propugnado la desobediencia de toda ley injusta, sino que, al contrario, una de las normas del Derecho Natural prescribe: "*Existe obligación de obedecer ciertas leyes injustas, o que uno crea injustas, cuando su injusticia no es grave y cuando de su desobediencia surgiese algún perjuicio al bien común*". Kelsen cita a Hobbes como filósofo lusnaturalista para desvirtuar la doctrina del Derecho Natural, pero ese intento es inútil pues resulta que tenemos argumentos suficientes para sostener que Hobbes en el fondo de sus doctrinas era un luspositivista¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. Ob. Cit. P.114.

¹⁸⁵ Es una falacia en la cual la conclusión no se deduce (no se sigue) de las premisas. En sentido amplio, se aplica a cualquier razonamiento inconsecuente. La conclusión desmesurada y la petición de principio son también tipos de *non sequitur*.

¹⁸⁶ Hobbes sustentó el Positivismo Jurídico cuando sostiene que la expresión "derecho natural" significa el poder que cada uno tiene de hacer lo que desee en el "estado de naturaleza": "*Derecho natural es la libertad que cada uno tiene de usar su propio poder como quiera*" (Thomas HOBBS, *Leviathan*, Parte I, cap. XIV, in princ. V. también *De cive*, cap. I, parágr. 10.) Obviamente, nada tiene que ver esta definición particular del término "derecho natural" con el derecho natural del cual estamos tratando en esta tesis. Hobbes dice

Séptimo argumento: "La mayor parte de los partidarios del Derecho Natural definen la justicia diciendo que la misma consiste en dar a cada uno lo debido. *Como esta definición no indica qué es lo debido cada uno, el reenvío al Derecho Positivo es inevitable.* En otras palabras, significa que la justicia del Derecho Natural exige dar a cada uno lo que le es debido según el Derecho Positivo" (T.P. p.108 s.)¹⁸⁷.

Refutación del séptimo argumento: En primer lugar hay que decir que "dar a cada uno lo que es debido" o mejor aún, "dar a cada uno lo suyo" es una definición que delimita a la justicia con respecto a otras relaciones éticas, como son por ejemplo la gratitud, la veracidad, la caridad, y otras. Dicha expresión cumple con el requisito de toda definición, que es "delimitar" una cosa respecto de las cosas ajenas.

Es cierto que en la definición no se dice en qué consista lo debido o "suyo" para cada especie de relación jurídica. Pero no es verdad que para otorgarle contenido a la fórmula sea inevitable el dirigirse al Derecho Positivo, pues dentro del sistema de Derecho Natural hay principios y normas más o menos generales que expresan qué es lo debido, en las distintas especies de relaciones interhumanas (por ejemplo "es ilícito matar directamente a una persona inocente", "es lícito agredir al injusto agresor para defenderse", "debe repararse el daño culpablemente causado, "nadie debe enriquecerse con perjuicio de otro sin razón que lo justifique"...) Todas estas son especificaciones de las normas más universales del Derecho Natural: la norma que manda "no dañar" y la norma que manda "dar a cada uno lo suyo". Las varias normas mencionadas como ejemplo son, todavía, normas

expresamente: "No hay cosas que pueden conocerse o hallarse *in rerum natura* (...) *Son las leyes civiles las que determinan qué es justo o injusto, y qué es conveniente inconveniente, virtuoso o vicioso*"(Thomas HOBBS, *The elements of law, natural and politic*). Queda claro que Hobbes no pertenece a los lineamientos de la doctrina del Derecho Natural de la que hemos tratado en la presente tesis.

¹⁸⁷ Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. Ob. Cit. Pp 115-116.

bastante generales, pero son reglas o principios que brindan un contenido concreto. Hay otras normas más particulares, que se obtienen por derivación de esas.

Por tanto, no es necesario dirigirse al Derecho Positivo para dar sentido a los principios del Derecho Natural; hay que señalar además, que Kelsen a partir de la amplitud de tales principios, pasa a concluir que el reenvío al Derecho Positivo es inevitable, pero no demuestra tal conclusión. Es de agregar que, como puede verse en la doctrina de Santo Tomás, el reenvío se hace del modo inverso: el intérprete se remite del Derecho Positivo al Derecho Natural, para determinar la validez de la norma de Derecho Positivo (*Summatheol.* I-II, 95, 2)¹⁸⁸.

Octavo argumento: *"Todos los representantes notables de la doctrina del Derecho Natural declaran que éste no reconoce el Derecho de resistir a la autoridad, o sólo lo admiten de una manera muy restringida.* Así un conflicto posible entre el Derecho Positivo y el Derecho Natural no podría tener efectos peligrosos para las autoridades establecidas. Cuando se admite un Derecho de Resistencia, queda reducido, ya sea a una simple resistencia pasiva (o sea a la desobediencia seguida de sumisión a la sanción estatuida por el Derecho Positivo), o bien el Derecho de Resistencia se limita a los casos muy graves o a la resistencia individual con exclusión de toda resistencia organizada (...). La doctrina del Derecho Natural tiene, en su conjunto, un carácter conservador muy acentuado" (T.P. p. 108; también D.N. pp. 26 ss).

Refutación del octavo argumento: Comienza Kelsen este párrafo con una afirmación completamente falsa: "Todos los representantes notables de la doctrina del Derecho Natural...". La verdad es todo lo contrario: ya desde el

¹⁸⁸ Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. Ob. Cit. P.117.

célebre Orígenes en la Antigüedad, los representantes notables de la doctrina del Derecho Natural han admitido que puede ser legítima la resistencia a la autoridad cuando se reúnen ciertos requisitos. Así, por ejemplo, escribió Tomás de Aquino: "El hombre debe obedecer al poder político en tanto lo exija el orden de la justicia. Por consiguiente, a los súbditos les es permitido desobedecer cuando el gobierno es ilegítimo o usurpador, o si manda cosas injustas, salvo algunos casos para evitar el escándalo o peligro de mal mayor" (*Summatheol.*, II-II, 104, 6 ad 3)¹⁸⁹. "El régimen tiránico no es justo, pues no se ordena al bien común. Por lo tanto, la perturbación de ese régimen es legítima, a no ser que se perturbe de tal manera desordenada que la multitud tiranizada sufra más daño con esa perturbación que con el régimen tiránico" (II-II, 42, 2 c). Una doctrina análoga leemos en Francisco de Vitoria (*De pot. civ.*)¹⁹⁰.

Francisco Suárez también sostuvo el Derecho de Resistencia y trató extensamente acerca de ello (*De la guerra*, VIII, 2; *Defensio fidei*, L. VI, caps. 3 y 4).¹⁹¹ Esta idea es asimismo uno de los elementos característicos y más conocidos de la doctrina de John Locke.

Queda claro que es falso que en la doctrina del Derecho Natural no se admita el Derecho de Resistencia, o que se lo limite a una resistencia individual pero nunca organizada; al contrario, la perturbación del régimen se justifica según Santo Tomás solamente si se hace ordenadamente, pues éste es uno de los varios requisitos que exige.

Noveno argumento: (*Los supuestos resultados contradictorios del Derecho Natural*): Finalmente, Hans Kelsen argumentó de la siguiente manera: "No hay una doctrina de Derecho Natural, sino un gran número de doctrinas que

¹⁸⁹ *Ibidem.* P. 117.

¹⁹⁰ *Ibid.*

¹⁹¹ *Ibid.*

sostienen tesis contradictorias.

Para una, la democracia es la forma natural de gobierno (John Locke, The 2nd. Treatise on civil government, cap. VII nº 99). Para otra, dicha forma es contraria a la naturaleza, y sólo la autocracia, o más particularmente la monarquía absoluta, es conforme a sus leyes. Locke ha deducido de la naturaleza que el poder del gobierno es esencialmente limitado (op. cit. cap. XI); Hobbes ha extraído de allí el principio contrario: que el poder del gobierno establecido de acuerdo con el derecho natural es absoluto, o sea ilimitado" (The elements of law, natural and politic).

El principal problema de nuestro tiempo es el de la propiedad privada y de la justicia de los sistemas económicos y jurídicos que sobre ella se fundan. Ahora bien, entre las teorías jurídicas y políticas recientes se verifica un acentuado retorno a la doctrina del Derecho Natural. Esto es debido, en cierta medida, a la idea de que sólo esta doctrina permitiría defender eficazmente el sistema capitalista en su lucha contra el comunismo. De hecho, de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del Derecho Natural se han esforzado en demostrar que la propiedad privada es un derecho sagrado, acordado al hombre por la naturaleza o por Dios (...). Pero no se limitan a afirmar que la naturaleza establece el Derecho de propiedad individual, sino que también consideran que consagra su inviolabilidad. La distribución de los bienes, tal como ha sido efectuada por el Derecho Positivo, es justa, puesto que es conforme al Derecho Natural y se encuentra fundada sobre la institución inquebrantable de la propiedad privada. Como esta distribución garantiza el máximo de felicidad posible, y toda tentativa de modificarla por la adopción de otro sistema económico es juzgada contraria al Derecho Natural y en consecuencia injusta (...).

Es comprensible que una teoría fundada sobre el Derecho Natural sea

considerada como el más fuerte bastión de la defensa contra el comunismo. Sin embargo, el mismo Derecho Natural ha sido invocado para demostrar que la propiedad privada es contraria a la naturaleza, y que ella es la fuente de todos los males sociales. Tal es la tesis de una obra publicada sin nombre de autor, que apareció en París en 1755 con el título Code de la nature ou le véritable esprit de ses lois (...) La doctrina del Derecho Natural, al seguir un método lógicamente erróneo, permite justificar los juicios de valor más contradictorios. Carece, por lo tanto, de interés para quien busca la verdad desde un punto de vista científico" (T.P. pp. 109-112; también D.N. pp. 269 ss.)¹⁹².

Refutación del noveno argumento: Hay aquí un grueso sofisma: la sola multiplicidad de opiniones sobre una cosa no prueba la inexistencia de tal cosa, ni prueba tampoco que todas esas opiniones sean falsas. Lo mismo ocurre en cualquier ciencia natural: por ejemplo, en el terreno de la fisiología han existido y existen distintas explicaciones sobre el funcionamiento de una glándula, pero de tal cosa no se puede concluir válidamente que todas esas explicaciones son falsas, y menos aún sería razonable concluir que la glándula no existe. Además, en estos párrafos de Kelsen se contienen datos erróneos usados como premisas, los cuales revelan un desconocimiento de la historia elemental de la Filosofía Del Derecho. Ello puede explicarse, al menos en parte, por el reducido tramo de la historia de las ideas que tuvo en cuenta el ex-profesor de Viena. Para el estudio filosófico de la institución de la propiedad privada Hans Kelsen ha consultado - según él mismo declara - "de Grocio a Kant los representantes más eminentes de la doctrina del Derecho Natural"; pero entonces ha omitido las investigaciones de la alta escolástica, cuatro siglos antes de Grocio, las de la segunda escolástica que floreció en España con una pléyade de tratadistas muy eminentes, y

¹⁹² *Ibidem.* P. 120

también las exposiciones de los filósofos lusnaturalistas que han escrito a lo largo del siglo XX hasta nuestros días, que son muchos. Si hubiera tenido en cuenta tales fuentes, habría advertido que la concepción de que "*la propiedad privada es un derecho sagrado*" no está en ninguno de los autores de la Antigüedad, ni del Medioevo, ni en el centenar de destacados maestros de la segunda Escolástica ni en la mayoría de los autores lusnaturalistas de nuestro tiempo.

En los tratadistas de los siglos XII al XVI la apropiación individual de los bienes no es un Derecho adquirido sagrado e inviolable, sino que está subordinado al Derecho más fundamental de todos los hombres de participar del uso de los frutos de la tierra para satisfacer sus necesidades (TOMAS de AQUINO, *Summa theol.*, II-II, 66, 2c y ad 1; 7c.)¹⁹³.

3.5 Situación Actual De La Pugna Entre lusnaturalismo Y Positivism Jurídico

La pregunta de si hay más Derecho que solo el establecido o el mandado como tal por las autoridades, acompaña a la historia de la humanidad y, seguramente, a la historia de cada hombre.

Aquel interrogante vital y medular centrado en el alcance y objeto de la validez u obligatoriedad jurídica, no sólo acompaña a la humanidad desde aquellos que primero se interrogaron o "admiraron" por el Derecho y el poder, sino que suscitó a lo largo de la historia apasionados e irracionales y hasta violentos debates.

En esa línea observamos en la actualidad que continúa el "eterno debate" entre lusnaturalistas y luspositivistas. Al respecto, compartimos plenamente la convicción de Robert Alexy cuando no duda en sostener que "*el problema*

¹⁹³ Citado por **TALE GARCÍA, Camilo**. Obra citada. P. 118.

*central de la polémica acerca del concepto de Derecho es la relación entre Derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, sigue existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista*¹⁹⁴.

Por su parte la doctrina luspositivistas ha sufrido ciertos golpes al punto de recibir fuertes críticas como la de Hoester donde refiriéndose a la Filosofía Jurídica alemana, advierte que *“hace por lo menos cincuenta años que es casi de buen tono rechazar y hasta condenar el Positivismo Jurídico”*¹⁹⁵.

También Prieto Sanchís observa que *“parece incontestable que en la cultura jurídica de nuestros días el positivismo se bate en retirada, si es que no ha sido ya definitivamente vencido”*¹⁹⁶.

Como hemos señalado anteriormente en el presente capítulo, específicamente en el punto referente a las vertientes del Positivismo Jurídico, estudiamos el luspositivismo como una ideología cuyo mayor exponente es Norberto Bobbio, podemos concluir que no resulta factible admitir una actitud de obediencia dogmática ante el Derecho Positivo, esta fue una teoría muy precaria y oscura epistemológicamente, amén de encerrar peligrosas consecuencias prácticas, por lo que se comprende el rápido descrédito de la misma, a punto que hoy resulta muy difícil de encontrar adherentes a dicha versión luspositivistas.

Por otro lado, el Positivismo Teórico o formalismo jurídico fue muy exitoso y predominó en la cultura jurídica universitaria continental, pero sufrió serios reveses especialmente después de la segunda guerra y hoy su mayor hostilidad o rechazo proviene de los operadores del Derecho y la práctica jurídica, pues sólo una cierta ceguera intencional puede mantener como

¹⁹⁴ **ALEXY, Robert.** “El concepto y la validez del derecho”, Barcelona, Gedisa, 1997, p.13.

¹⁹⁵ **HOESTER, Norbert.** “En defensa del positivismo jurídico”, Barcelona, Gedisa, 1982, p. 9.

¹⁹⁶ **PRIETO SANCHÍS, Luis.** “Constitucionalismo y Positivismo”, México, Fontamara, 1997, p.93.

sinónimos al Derecho y ley estatal o insistir en la ausencia de lagunas legales o en la negativa de la jurisprudencia como fuente del Derecho.

A decir de Héctor Samour, el *“Positivismo Formalista extremo se opone a plantear problemas de la legitimidad de la justicia; se niega a la posibilidad de un discurso racional sobre los valores. A este Positivismo se le ha dirigido la crítica de conservadurismo, de inmovilismo, en virtud justamente de su aceptación incondicional de lo dado. Este es un riesgo que siempre corre el Positivismo: el fraccionamiento y la ruptura de la totalización a través de la cual se configura la realidad. El Positivismo formalista implica la deificación constante de lo dado”*¹⁹⁷.

Por otra parte, según el “Positivismo Metodológico o conceptual” no existe conexión conceptual necesaria entre Derecho y moral, y ello en virtud de la “tesis de la fuente social del Derecho” según la cual “lo que es y lo que no es Derecho es una cuestión de hechos sociales”¹⁹⁸, por ello con mucha razón afirma Alexy: “cualquier contenido puede ser Derecho”.

A pesar de estas vertientes del Positivismo Jurídico y de sus diversas definiciones, recordemos que para Hoerster el “Positivismo Jurídico en sentido pleno” se define no sólo con la referida “tesis de la neutralidad” que lleva a prescindir de condiciones para el contenido del Derecho, sino también con “la tesis del subjetivismo: los criterios del Derecho recto son de naturaleza subjetiva”.

De éstas dos últimas nos interesa subrayar sobre todo el rechazo de una racionalidad idónea para el campo axiológico de la praxis humana, en tanto apreciamos que esa postura negativa resulta decisiva de las otras tesis positivistas, lo que nos dice que no varía en mayor sentido.

¹⁹⁷ SAMOUR, Héctor. Obra citada. P. 103.

¹⁹⁸ RAZ, Joseph, “La autoridad del derecho”, México, UNAM, 1982, p. 56.

Sintetizando, nos parece una identificación mínima suficiente del iuspositivismo aquella tesis jurídica que reduce el Derecho a lo que ha sido puesto como tal en virtud de hechos sociales y que, por consiguiente, admite cualquier contenido como posible del mismo. Por supuesto, que si buscamos explicaciones a esa perspectiva, es muy probable que encontremos la negativa a reconocer conocimientos en materia ética o axiológica, o una convicción epistemológica que rechaza búsquedas metafísicas sobre cuestiones en las que sólo cabe exponer imaginaciones, creencias u opiniones subjetivas.

Por su lado, en el iusnaturalismo en sus más clásicas versiones pueden coincidir con las modernas iusfilosóficas no-positivistas en postular ambas la tesis de que el Derecho no está constituido sólo por lo que así se ha dispuesto por la sociedad o por sus autoridades, sino que hay “algo” jurídico cognoscible que vale como tal aunque no se lo haya reconocido o dispuesto socialmente.

En el panorama actual de los iusnaturalismo o no-positivismos, una de las clasificaciones que reviste más interés, es aquella que distingue entre versiones “sustanciales o materiales” y “formales o procedimentales”:

a) Teorías formales o procedimentales: se limitan a definir exigencias formales que resultan compatibles con muy diversos y hasta contradictorios contenidos, pensemos en el caso de la “moral interna” o “Derecho Natural Procesal” de Lon Fuller; hasta posiciones que confían en que a través de ciertos procedimientos es posible definir contenidos éticos para el Derecho, los que en algún supuesto pueden llegar a privar de juridicidad a ciertas decisiones autoritativas, incluimos aquí muy claramente a la teoría discursiva de Robert Alexy.

b) Las teorías sustanciales o materiales: si bien coinciden en definir

contenidos para el derecho que la validez del mismo exige, cabe distinguir entre:

b.1) posiciones deontológicas: las que al definir esas pretensiones dirigidas al Derecho Positivo se despreocupan de esclarecer apropiada y exhaustivamente el fundamento de las mismas, un ejemplo de esas versiones sería la “right thesis” de Ronald Dworkin,

b.2) posiciones ontológicas: las que dedican un amplio esfuerzo para encontrar fundamentos objetivos o absolutos a dichos requerimientos que resultan indisponibles al momento de crearse positivamente el Derecho, entra aquí por supuesto el Iusnaturalismo clásico al cual dedicamos mucha atención en el capítulo anterior.

Como es de esperarse resulta que en la actualidad también aparecen los intentos eclécticos que pretenden conjugar los beneficios o fortalezas de cada una de las alternativas, es decir, de las Iusnaturalistas y las Iuspositivistas. Ello está bastante extendido desde convicciones Iuspositivistas que no están dispuestas a ceder a tesis metafísicas, pero tampoco a renunciar a instituciones que resulta muy difícil rechazar o debilitar como por ejemplo los Derechos Humanos y así se busca conciliar tesis fuertes u objetivas con fundamentos débiles hipotéticos o provisorios, para ello no faltan generosos esfuerzos retóricos que intentan suplir esa distancia o disimular la metafísica que se terminan poniendo en la argumentación. De ese modo encontramos autores que hacen explícita confesión de fe Iuspositivistas y rechazo al Iusnaturalismo y a la metafísica, pero que luego postulan tesis difícilmente conciliables con aquellos convicciones, estamos pensando en el “contenido mínimo de Derecho Natural” de Hart, en los “deberes de justicia” de Raz o en los “Derechos Fundamentales” en Ferrajoli. También están autores como Dworkin que parecen despreocuparse de esos

rótulos, aunque reconoce que *“las etiquetas son parte tan importante de nuestra común vida intelectual, que “es tan estúpido evitarlas como rechazarlas”* y termina aceptando que *“si toda teoría que determina que el contenido del Derecho depende, a veces, de la respuesta correcta a alguna cuestión moral, es una teoría lusnaturalista, entonces soy culpable de lusnaturalismo”*¹⁹⁹.

Si lusnaturalista o no-positivista es toda doctrina que afirma que hay “algo” jurídico que vale como tal sin haber sido puesto originariamente por ninguna fuente o autoridad humana, y entendemos por luspositivistas a la que todo el Derecho es puesto originariamente por alguna fuente social o autoridad humana, resulta entonces que esa clasificación es contradictoria en tanto no existe posibilidad de lusfilosofías intermedia y, además, si una es verdadera la otra necesariamente será falsa. Dicho de otro modo, aquellas teorías son conjuntivamente exhaustivas y mutuamente excluyentes de todas las posiciones posibles de la relación entre el Derecho puesto y el Derecho no puesto.

No creemos que sea apropiado hablar de derrotas en todo este debate de escuelas, lo que sí nos parece es que se ha ido configurando una nueva cultura jurídica al hilo de inéditos y desafiantes problemas que resultan difícilmente compatibles con tradicionales convicciones luspositivistas y que, simultáneamente, son más fácilmente armonizables con tesis clásicas lusnaturalistas. En efecto, realidades como los Derechos Humanos Fundamentales, el principalísimo jurídico, la creación judicial, el consenso del Derecho o su constitucionalización, la globalización jurídica, la imprescriptibilidad de ciertos delitos, la objeción de conciencia y otras, configuran algunas de las características del mundo jurídico actual que

¹⁹⁹**DWORKIN, Ronald.** “Retorno al Derecho Natural” en Derecho y Moral (J. Betegón –J.R. de Páramo), Barcelona, Ariel Derecho, 1990, p. 23.

implican un mayor desafío al luspositivismo que al lusnaturalismo.

En la actualidad, tanto el lusnaturalismo como el Positivismo han evolucionado respecto a sus respectivas posturas ortodoxas. El lusnaturalismo ha evolucionado haciéndose más flexible, más dinámico y concreto; también el Positivismo Jurídico ha llegado a posiciones críticas contrarias al positivismo antiguo. Con ello, en realidad, hoy se está saliendo de la dicotomía tradicional lusnaturalismo-Positivismo y la pugna entre estos cada vez se vuelve más estrecha en el sentido en que se positivizan aquellos principios del Derecho Natural en los cuerpos normativos, caso de ello en nuestro país cuando se Constitucionalizan los Derechos Fundamentales²⁰⁰ o cuando observamos en leyes secundarias la exposición de principios que rigen dichos cuerpos legales, por ejemplo, los principios expuestos en los primeros artículos del Código Procesal Civil y Mercantil, en el cual hemos visto a bien señalar el su artículo 9 que reza de la siguiente manera: *“Art. 19.- En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del Derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso.”*

De esa manera los aplicadores de la Ley y administradores de justicia tienen una base en el Derecho Positivo para invocar los principios del Derecho Natural y de esa manera se armoniza en la práctica (hasta cierto punto) la disyuntiva y la pugna entre estas dos importantes fuentes del pensamiento lusfilosofico.

²⁰⁰ El desarrollo histórico de los mismos tendremos la oportunidad de exponerlo en el siguiente capítulo en el punto 4.2.3 de esta tesis

CAPITULO IV

DERECHOS FUNDAMENTALES.

4.1 ¿Qué son los Derechos Fundamentales?

Los Derechos Fundamentales, son Derechos Humanos positivados en un ordenamiento jurídico concreto. Al decir de ciertos autores, que forman parte de la doctrina mayoritaria, son los Derechos Humanos concretados espacial y temporalmente en un Estado concreto.

Son derechos ligados a la dignidad de la persona humana dentro del Estado y de la sociedad. Cabe destacar que a los Derechos Fundamentales no los crea el poder político, ni la Constitución, los Derechos Fundamentales se imponen al Estado. La Constitución se limita a reconocer los Derechos Fundamentales, pero no los crea.

El Derecho Fundamental, jurídicamente tiene la estructura normativa basada en la capacidad que le permite a la persona efectuar determinados actos, es decir, que los Derechos Fundamentales son instituciones jurídicas que tienen la forma del Derecho Subjetivo. Y la estructura del Derecho Subjetivo tiene tres elementos: titular del Derecho Subjetivo, el contenido del Derecho Subjetivo en el que se distinguen las facultades, por otra parte el objeto del Derecho, y un tercer elemento es el destinatario o sujeto pasivo, aquel que está obligado a hacer o no hacer. Son las facultades o poderes de actuación reconocidos a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad, su libertad y su igualdad inherentes, que han sido positivadas en el texto Constitucional y que, en virtud de dicha positivación, desarrollan una función de fundamentación material de todo el Ordenamiento Jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la Constitución.

Son Derechos Subjetivos que, como tales, garantizan un determinado Status Jurídico a la persona. Pero a esta dimensión subjetiva e individual de los Derechos Fundamentales, dentro del Estado de Derecho constituyen algo más que “libertad” para la persona; al mismo tiempo, son principios y valores de la sociedad que, en cuanto tales, trascienden de esa dimensión subjetiva adquiriendo una dimensión objetiva.

4.1.1 ¿Diferencia entre Derechos Fundamentales y Derechos Humanos?

Los términos “Derechos Humanos” y “Derechos Fundamentales” son utilizados muchas veces como sinónimos. Sin embargo según Pérez Luño, no han faltado tentativas doctrinales encaminadas a explicar el respectivo alcance de ambas expresiones. Así como se ha hecho hincapié en la propensión doctrinal y normativa a reservar el término “Derechos Fundamentales” para designar los derechos positivados a nivel interno, en tanto que la fórmula “Derechos Humanos” sería la más usual para denominar los Derechos Naturales Positivados en las declaraciones y convenciones internacionales, así como aquellas exigencias básicas relacionadas con la dignidad, libertad e igualdad de la persona que no han alcanzado un estatuto jurídico positivo.

Existen también según el mismo autor otro criterio diferenciador aún menos convincente que dice que los Derechos Fundamentales son los garantizados constitucionalmente a los ciudadanos, en cuanto miembros de un determinado Estado, los Derechos Humanos se refieren a los formulados también positivamente en los textos constitucionales con validez general para todos los hombres.

A criterio de Pérez Luño por Derechos Humanos suele entenderse “*un conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas,*

*las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los Derechos Fundamentales se tiende a aludir a aquellos Derechos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada*²⁰¹.

Se ha optado por tomar el criterio, que ontológicamente no existe una diferencia fundamental que contenga un soporte filosófico entre Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, más bien, identificamos que existe una relación de género y especie donde los Derechos Humanos son el género y los Derechos Fundamentales su especie, se puede afirmar entonces que, los Derechos Fundamentales son Derechos Humanos constitucionalizados y que ambos existen en función de la Dignidad Humana como condición inherente del ser humano. Por tanto las diferencias serían única y exclusivamente de carácter terminológico y Práctico-Formal.

4.2 Evolución Histórica de los Derechos Fundamentales

El fundamento histórico de los Derechos Fundamentales ha de buscarse necesariamente en aquellas corrientes de pensamiento que, de una manera u otra, conciben a las personas como iguales y sitúan a la persona como eje del deber ser moral; por ello, suele indicarse que el “estoicismo” que propugna la unidad universal de los hombres, y el Cristianismo, que defendió la igualdad de los seres humanos ante Dios, fueron las dos bases de la antigüedad sobre las que habría de sustentarse toda la construcción posterior de los Derechos Humanos. A partir de ellas, en efecto el iusnaturalismo medieval, al defender la existencia de un Derecho Natural

²⁰¹ **PEREZ LUÑO, Antonio E.** “*Los Derechos Fundamentales*”. Editorial Tecnos, tercera Edición, Madrid, 1988. Pp. 44 y 47.

traería consigo ya en los siglos XVI y XVII la afirmación de que existían Derechos Naturales inherentes a la persona por el simple hecho de serlo; fue precisamente la colonización de América por los españoles la que hizo teorizar la existencia de esos Derechos Naturales a quienes, como Montesinos, Vitoria o Las Casas, intentaron defender los pobladores indígenas frente a los abusos del conquistador. Por otra parte, las guerras de la religión que presiden la historia europea solo pudieron ir cerrándose a partir de la afirmación del principio de tolerancia que implicaba el reconocimiento del Derecho de cada cual a profesar las creencias religiosas que deseara. El pensamiento iusnaturalista va a desembocar en las construcciones de todos los teóricos del Contractualismo y del Liberalismo (Locke, Rousseau) que van a hacer de los Derechos Naturales una de las banderas fundamentales de las reivindicaciones políticas que triunfan en las revoluciones liberales y, por tanto, en el Constitucionalismo²⁰².

Kant representa la culminación de un proceso teórico dirigido a depurar la doctrina iusnaturalista de elementos empíricos pseudohistóricos, al fundar Derecho Natural exclusivamente sobre principios a priori, en cuanto a exigencias absolutas de la razón práctica. Para Kant todos los Derechos Naturales se compendian en el Derecho a la libertad, en cuanto esta pueda coexistir con la libertad de los demás según una Ley Universal: tal Derecho corresponde a todo hombre en base a su propia humanidad. Al propio tiempo Kant contribuyó directamente a la formación del concepto de Estado de Derecho, categoría interdependiente de los Derechos Fundamentales, esto es, aquel Estado en el que son soberanas las leyes en cuanto constituyen la manifestación externa de las exigencias de racionalidad y libertad, y no la arbitraria voluntad de quienes detentan el poder.

²⁰² **BERTRAND GALINDO, Francisco** y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA. 1999. P.667.

Durante la segunda mitad del siglo XVIII se produjo la paulatina sustitución del término clásico, de los “Derechos Naturales” por el de los “Derechos del Hombre”, denominación definitivamente popularizada en la esfera doctrinal, o la obra de Thomas Paine, *The right of man* (1791- 1792).

La nueva expresión, al igual que la de los Derechos Fundamentales, forjada también en este periodo, revela la aspiración del iusnaturalismo por constitucionalizar, o sea, por convertir en Derechos Positivos en preceptos del máximo rango del Derecho Normativo, los Derechos Naturales²⁰³.

4.2.1 Nacimiento

Ahora bien es solo a partir de la aprobación de las primeras Constituciones que puede hablarse de Derechos Fundamentales (aunque esta terminología es posterior), ya que no será hasta su consagración Constitucional cuando esos Derechos Naturales adquieren su naturaleza jurídica; y ello por la sencilla razón de que es con el Constitucionalismo cuando por primera vez se juridifican con carácter general esos Derechos; siguiendo la terminología expuesta al inicio, el Constitucionalismo convierte los Derechos Humanos en Derechos Fundamentales.

Existen precedentes en la historia jurídica de positivización de Derechos Fundamentales, pero son solo eso, algunos precedentes consistentes bien en el reconocimiento de algún Derecho concreto, y no del sistema (caso de libertad religiosa), bien en el reconocimiento de algún o algunos Derechos pero solo respecto de algún grupo de personas lo que más bien los convertía en privilegios (Carta Magna 1215 Inglaterra)

La conexión entre Derechos Fundamentales y Constitucionalismo no es una mera casualidad histórica; por el contrario, se trata de dos conceptos que

²⁰³ PEREZ LUÑO, Antonio E. Ob. cit. Pág. 33.

están unidas en forma indisoluble, que se implica uno al otro. Y es que el reconocimiento de determinados Derechos como Derechos Fundamentales de la persona es un elemento central y que define a la Constitución ya que esta pretende garantizar la libertad del individuo y limitar el viejo poder absoluto. Dicho de otra manera, la Constitución define un ámbito de libertad para la persona mediante el reconocimiento de una serie de Derechos, que garantiza un estatus para esta y limitan la acción del poder y de las demás acciones que no pueden traspasar esta frontera de la libertad personal. Es muy significativo que ya el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano afirmara en 1789 que *“Toda sociedad en la que no está asegurada la garantía de los Derechos ni determinada la separación de los poderes no tienen Constitución”*.

4.2.2 Evolución Histórica

Esos Derechos Fundamentales han sufrido multitud de cambios jurídicos-positivos; a continuación algunos de esos cambios:

a) Ampliación del catálogo: Cuando se aprueban los primeros textos constitucionales, la filosofía política que inspira al Constitucionalismo inspira también como es lógico, las declaraciones de Derechos.

A lo largo del siglo XIX y en la primera parte del siglo XX se puso de manifiesto que el individualismo propio del liberalismo era insuficiente para garantizar una posición digna del individuo y que la igualdad formal no hacía sino acrecentar las desigualdades entre los hombres. El desarrollo del movimiento obrero fue el motor básico para que las viejas libertades públicas se complementaran con el reconocimiento de nuevos Derechos, en especial los de carácter económico, social y cultural. A este segundo bloque de Derechos se les denominó como Derechos de Segunda Generación. Tras la segunda guerra mundial se produce un nuevo cambio cualitativo en el

Constitucionalismo de todo el mundo debido especialmente al drama provocado por la misma; se aumenta la protección de los Derechos Fundamentales y se amplía su catálogo, los cuales se agrupan en torno a lo que se denominan como Derechos de Tercera Generación, los cuales incluían nuevos Derechos de tipo colectivo.

b) Expansión internacional: La ampliación al catálogo de Derechos Fundamentales y la búsqueda de nuevos mecanismos para hacerlos eficaces no se ha detenido en el ámbito de los ordenamientos estatales, en efecto, tras la primera guerra mundial y en especial después de la segunda, se produjo un proceso de subjetivización del Derecho Internacional, es decir, de reconocimiento de un estado jurídico propio al individuo en el ámbito del Derecho Internacional que deja de ser solo un ordenamiento que únicamente regula las relaciones entre Estados, para ser también un verdadero instrumento de defensa de Derechos Humanos de la persona, con independencia de su nacionalidad, raza, sexo, religión y otras. Se produce pues un proceso de universalización de los Derechos Humanos.

En el siglo XX se produjeron una serie de elementos trágicos, gravemente lesivos para la causa de las libertades que han potenciado el esfuerzo de los hombres y de las naciones para establecer causas internacionales, de protección de los Derechos Humanos. Las catástrofes bélicas, la necesidad de reconocer el Derecho a La Auto determinación y al proceso de descolonización de los pueblos, el esfuerzo por la afirmación de los Derechos de la mujer, los graves atentados contra los Derechos Individuales cometidos por los sistemas totalitarios: Genocidio, Tortura y discriminación.

Las persistencias de viejas lacras contra los Derechos del género humano: esclavitud, trata de personas, trabajos forzados, apátridas y otros. Así como las nuevas formas de agresión a los Derechos y libertades surgidas en los

últimos años: terrorismo, personas desaparecidas, contaminación de las libertades a través de la tecnología informática, han servido de constante acicate en la lucha por asegurar a todos los hombres, con independencia de su raza, lugar de nacimiento o ideología, un catálogo básico de Derechos y libertades.

Las Naciones Unidas haciéndose eco de los primeros momentos de su trayectoria de estas apremiantes exigencias, promulgaron como mencionamos en el capítulo anterior en el año de 1948 “*La declaración Universal de los Derechos Humanos*”, a la que siguieron los Pactos internacionales de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. En seno del Consejo de Europa se firmó en 1950 el convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, equivalente en el ámbito Europeo, al pacto de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, posteriormente completado con la Carta Social Europea, suscrita en Turín en 1961, que corresponde al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas²⁰⁴.

4.2.3 Breve desarrollo histórico de los Derechos Fundamentales en El Salvador

El presente apartado se ocupará de establecer la evolución que los Derechos humanos y específicamente los Derechos Individuales han tenido en El Salvador a la luz de sus diferentes textos Constitucionales.

La historia Constitucional Salvadoreña comienza a partir de 1824, año en que se promulgó la primera Constitución del Estado de El Salvador, con la cual se da inicio al presente estudio.

²⁰⁴ PEREZ LUÑO, Antonio E. Obra citada. Pp. 41-42.

Constitución del Estado de El Salvador de 1824: Esta primera Constitución Nacional fue decretada por el Estado de El Salvador el día 12 de Junio de 1824, la cual fue jurada y publicada hasta el 4 de Julio del mismo año, abriéndose con ella las puertas de la vida jurídica constitucional del Estado salvadoreño. Esta Constitución fue dictada por el Estado de El Salvador como uno de los Estados Federados de Centroamérica, adelantándose a las demás constituciones dictadas por los otros Estados de la Federación, incluso cinco meses a la Constitución Federal, emitida el 22 de noviembre de 1824²⁰⁵.

La formación social salvadoreña, durante el período de vigencia de esta primera constitución, se caracterizó en el plano económico, por haber heredado la vieja crisis de la colonia. El mercado interno estaba reducido al mínimo y había poco intercambio comercial con los demás países del área. En el plano social, se mantuvo la estratificación colonial, con la variante de la sustitución de la clase de los Peninsulares por la de los Criollos, quienes se dividieron ideológicamente en Liberales y Conservadores.

Bajo las condiciones anteriormente expuestas, esta primera Constitución de 1824 rigió la vida jurídica del país aproximadamente dieciocho años, hasta que fue emitida la Constitución de la República de El Salvador de 1841.

Con respecto a los Derechos Individuales contemplados en esta primera Constitución del Estado de El Salvador de 1824, se puede decir que en sus disposiciones consagró un reducido número de estos derechos, obedeciendo ello a que dicha Constitución fue emitida teniendo como objetivo primordial establecer las bases del recién surgido sistema jurídico político, y preservar de esta manera la Independencia del país recientemente alcanzada.

²⁰⁵ **FLORES ESPINAL, Juan Carlos**, *La Historia de los Derechos Humanos en nuestro país*, Tesis para optar al grado de Licenciado En Ciencias Jurídicas, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1993, P. 44.

Estas razones justifican el porqué en dicha Constitución no se prestó la debida importancia al hombre y sus Derechos. Y, aun cuando el legislador de la época se vio obligado a garantizar a las personas el ejercicio de ciertas libertades, se observa que esta Constitución no dedicó un apartado especial que regulara tales prerrogativas, ya que “el individuo no juega un papel primordial en la Constitución de la nación Salvadoreña, tal como fue promulgada el 12 de junio de 1824”²⁰⁶; pasando el individuo a ocupar un segundo lugar en aquel texto Constitucional.

Los Derechos Individuales consagrados en la Constitución del Estado de El Salvador de 1824, fueron los siguientes:

Derecho a la Libertad personal (Art. 8)

Derecho a la Igualdad (Art. 9)

Derecho de Petición (Art. 13)

Derecho a la Libertad de Imprenta (Art. 13)

Derecho a no ser preso sin precedente sumario del hecho por el cual debe ser castigado, y sin previo mandamiento del Juez por escrito que ordene la prisión (Art. 62).

Las luchas por el poder entre Liberales y Conservadores, convirtieron a esta Constitución, en un simple documento impregnado de sanos principios que existió más en la teoría que en la práctica, pero que muy poco influyó sobre la realidad nacional; los pocos Derechos Individuales reconocidos al individuo siguieron irrespetándose como en épocas anteriores.

Constitución Política De La República De El Salvador De 1841: Pese a los esfuerzos realizados por El Salvador, a fin de impedir la ruptura del pacto Federal, los Estados fueron separándose uno a uno, hasta que este país

²⁰⁶ **GALLARDO, Ricardo.** Las Constituciones de El Salvador. Tomo I, Edit, Cultura Hispánica, Madrid, 1961. p. 19.

quedó solo en su tarea. En vista de la esterilidad de sus esfuerzos, la Asamblea Nacional Constituyente emitió, el 18 de febrero de 1841, la primera Constitución Política de El Salvador como Estado Unitario, ya que la anterior Constitución de 1824 fue dictada por el Estado Salvadoreño, como parte integrante de la Federación. Esta Constitución entró en vigencia el 22 de febrero de 1841, y rigió la vida jurídica del país durante veintitrés años, hasta que fue dictada la Constitución de 1864.

En lo referente a los Derechos Individuales, esta Constitución dedica todo el título XVI a reglamentarlos, bajo la denominación “Declaración de los Derechos, Deberes y Garantías del Pueblo y de los Salvadoreños en Particular”; también se refiere a estos Derechos en otras disposiciones fuera del título en mención, lo cual “pone en evidencia el alto grado de espíritu cívico a que había llegado en esa época la ciencia jurídica Salvadoreña”²⁰⁷. En este título se encuentra contempladas todas las igualdades y libertades consagradas en las modernas Constituciones, con exclusión de la Libertad de Culto.

Se observa, pues, que esta Constitución hace una enumeración pormenorizada de los Derechos Individuales, ampliando los contemplados en la anterior Constitución de 1824. Merecen un comentario especial, las disposiciones siguientes: Se establece por primera vez en forma constitucional la prohibición de la esclavitud, así como también la del tráfico de esclavos (Art. 91);

Si bien es cierto que la Constitución de 1841 introdujo algunas reformas respecto de su antecesora, lo es también que en su aplicación práctica, se convierte en una secuela de esta, puesto que no tuvo vigencia real; salvo en aquellos períodos de Gobiernos moderados liberales, en que alcanzó su

²⁰⁷ ibídem. P. 20.

mayor grado de aplicación, siendo cumplido el principio de la alternabilidad en el poder y respetados en buen grado los Derechos y Garantías Individuales.

Constitución Política de La Republica de El Salvador. 1864: Esta segunda Constitución de la República de El Salvador fue emitida por la Asamblea Constituyente el 19 de Marzo de 1864; y entró en vigencia el 29 del mismo mes y año. Rigió la vida jurídica del país aproximadamente ocho años, hasta que se dictó la Constitución de 1871.

Esta Constitución de carácter conservadora, fue decretada no por razones de orden jurídico, sino más bien, por causas meramente psicológicas, pues lo que se pretendía con ella era romper con todo lo que pudiera recordar al régimen anterior, ya que este, según los legisladores, “había permitido la generación de una dictadura violenta, y ello la hacía merecedora de la pena de muerte”²⁰⁸. Este hecho sentó el funesto precedente de que toda revolución que derrocaba a un Gobierno, se sentía en la necesidad de dar al país, una nueva Constitución Política, por motivos análogos al anterior.

En lo referente a los Derechos Individuales, en esta Constitución de 1864, se destinó todo el título XIX para consagrar los “Derechos y Deberes Garantizados por la Constitución a los Habitantes”. Así como también otras disposiciones fuera de este título.

Esta Constitución de 1864, introdujo pocas innovaciones con relación a la lista de Derechos Individuales garantizados por la Constitución de 1841. Es de hacer notar que en esta Constitución el legislador de la época, se vio influenciado por la corriente lusnaturalista, al señalar en el artículo 76, que

²⁰⁸ **AGUIRRE CARDONA, Francisco Osmin.** La Historia Constitucional de El Salvador y el Movimiento Unionista Centroamericano. 1ª Edición Talleres Gráficos POBLETE, Chile, 1954, P. 84.

“El Salvador reconoce Derechos y Deberes anteriores y superiores a las leyes positivas. Tiene por principio la libertad; la igualdad; la fraternidad; y por bases la familia, el trabajo, la propiedad, el orden público”. Con este artículo se le otorgaban al individuo, derechos aún no reconocidos en las leyes positivas de aquel momento. Esta disposición muchas veces sirvió de fundamento jurídico para romper el orden Constitucional y derribar por medio de rebeliones, a Gobiernos legalmente establecidos.

También en el artículo 85 fue abolida la pena de muerte en materia política y se admitió solamente para los delitos de traición, asesinato, asalto e incendio si siguiere muerte. En cuanto a su aplicación práctica, se siguió la regla tradicional de los anteriores Gobiernos; la de la violencia y el irrespeto a la Constitución y al Derecho, y especialmente a los Derechos Individuales.

Constitución Política de El Salvador De 1872: Esta cuarta Constitución de la República de El Salvador, “completamente ilegal en cuanto a su generación”²⁰⁹, fue emitida el 12 de noviembre de 1872, y rigió la vida jurídica del país aproximadamente ocho años hasta que se dictó la Constitución de 1880.

Con relación a los Derechos Individuales, la Constitución de 1872 dedicó el título Tercero para reglamentarlos, bajo la denominación de “Derecho, Deberes y Garantías de los Salvadoreños”, aclarando que en este título no estaban contemplados todos los Derechos Individuales garantizados por esta Constitución, encontrándose algunos diseminados en otras disposiciones de este texto.

Constitución Política de La Republica de El Salvador de 1886: La Constitución de 1886 fue emitida el 13 de agosto del mismo año, pasando a

²⁰⁹ **AGUIRRE CARDONA, Francisco Osmin**, Ob. Cit. P. 97.

convertirse, en la séptima Constitución Política de la República de El Salvador. Este texto legal ha regido el más largo período de la historia Constitucional Salvadoreña, puesto que estuvo vigente durante aproximadamente cincuenta y tres años, hasta que se dictó la Constitución de 1939.

La Constitución de 1886 ha pasado a ocupar un puesto singular en la historia jurídica Salvadoreña, pues a diferencia del resto de textos de esta misma naturaleza que le antecedieron, ésta si introdujo reformas de importancia en la organización Constitucional del país. Se afirma que la Constitución de 1886 constituye, a nivel teórico, un verdadero monumento jurídico constitucional, pues resume la mayor parte de principios legales que caracterizan al Derecho Público. Se asegura también que constituye el antecedente histórico más próximo e inmediato de toda esa serie de Derechos y Garantías Individuales, contemplados en la Constitución de 1950, que fueron copiadas después por la Constitución de 1962 y luego por la actual de 1983.

Durante el largo período de vigencia de la Constitución de 1886, la formación social Salvadoreña, fue experimentando una serie de cambios significativos en el aspecto económico, social y político, producto de las políticas internas y externas adoptadas por los diferentes Gobiernos que ocuparon el poder.

Desde marzo de 1927, a febrero de 1931, el gobernante de turno propició la vigencia de las libertades y derechos democráticos para la población urbana y oponiéndose expresamente a que las ejercitara la población rural, propugnando algunas medidas de carácter social, como es el caso de la promulgación de algunas leyes que beneficiaron a los trabajadores, permitiendo el funcionamiento del Partido Comunista.

En el plano político, la Constitución de 1886 consagró el triunfo de las ideas

liberales en la legislación Salvadoreña. Pese a las circunstancias políticas de la época en que fue emitida esta Constitución, introdujo importantes innovaciones en materia de Derechos Individuales, siendo estas innovaciones las siguientes: Se estableció una plena libertad de asociación, prohibiendo únicamente el establecimiento de congregaciones conventuales y toda especie de instituciones monásticas (Art. 35); se estableció también el derecho de insurrección, “cuyo objeto es dar fundamento legal a los movimientos revolucionarios que tengan por objeto deponer a los gobernantes que pasen sobre los principios consagrados en la Constitución Política, ya sea al no respetar los derechos y garantías de los ciudadanos, ya sea al pretender perpetuarse en el poder o en todos los demás casos en que prescindan de la ley, y hagan uso de la fuerza para conducir los negocios del Estado.”²¹⁰

La Constitución de 1886 ha sido considerada, como un modelo de Constitución en El Salvador hasta 1950; como un documento de valor incalculable por el hecho de reunir todos los principios legales que caracterizan al derecho público del país. En cuanto a su aplicación, este texto legal no rigió nunca en la práctica, no por ser inadecuado o insuficiente, sino por el hecho de que sus normas estuvieron fuera del alcance de la mentalidad de los políticos nacionales, obstinados en no reconocer al país como una República. El irrespeto a los Derechos Individuales siguió evidenciándose en la práctica.

Constitución Política de La Republica de El Salvador de 1939: Fue emitida por la Asamblea Nacional Constituyente el 20 de enero de 1939 y rigió la vida jurídica del país aproximadamente seis años, hasta que fue dictada la Constitución de 1944.

²¹⁰ **AGUIRRE CARDONA, Francisco Osmin**, Ob. Cit. P. 114.

“La Constitución de 1939, que derogó a la de 1886, cae en el grupo de las que nosotros hemos encontrado injustificadas, debido a carecer de justificación histórica, pues la única razón de promulgarla fue la de permitir la continuación en el poder del dictador en turno, durante un período más (1939-1945)”²¹¹. Durante el período de vigencia de la Constitución de 1939, la situación económica, social y política en términos generales, fue similar a la última década en que se mantuvo vigente la Constitución de 1886. Sin embargo, pueden señalarse como cambios significativos en el plano económico, el tímido apareamiento de ideas intervencionistas del Estado en la economía; así como también la promulgación de leyes contrarias a la industrialización económica.

En el plano social, es importante señalar que se continuaron violando en forma sistemática los Derechos Humanos, especialmente los de la clase desposeída; se acentuó una profunda diferenciación entre la oligarquía y el pueblo; se produce también una inmovilidad social para las masas trabajadoras y la mayoría de la clase media. Es bajo estas condiciones en que la Constitución de 1939, rigió la vida jurídica nacional por un lapso aproximado de seis años.

Al referirse a los Derechos Individuales, la Constitución de 1939 destinó el título V para reglamentarlos, bajo la denominación “Derechos y Garantías”, así como también en otras disposiciones no comprendidas en este título.

El régimen dictatorial que promulgó la Constitución de 1939, aumentó en forma singular el enunciado de los Derechos Individuales consagrados en el texto anterior. Así tenemos que: mantuvo la libertad de religión, debiendo abstenerse los ministros de los cultos religiosos, de intervenir en política (art. 27); se prohibió también las penas perpetuas, las infamantes, las

²¹¹ *Ibidem*. P.143.

proscriptivas y toda especie de tormentos, (art. 35); conserva la libertad de imprenta, prohibiendo el secuestro de las máquinas de imprenta y sus accesorios como instrumentos de delito (Art. 47); se estableció como un derecho privativo de los Salvadoreños, el poder ser propietario de tierras costeras y fronterizas en una faja de quince kilómetros de ancho, a lo largo de las mismas (Art. 51); Se incrementó la enseñanza primaria, imponiendo a las Municipalidades la Obligación de Colaborar con el Estado costeando las escuelas necesarias al efecto, en las cuales la enseñanza será gratuita y laica (Art. 54); se limitó a noventa días el plazo de suspensión de las garantías constitucionales, necesitando cualquier prórroga, acuerdo previo de la Asamblea Nacional o del poder ejecutivo en Consejo de Ministros, cuando aquella no estuviere reunida (Art. 58).

La Constitución Política de 1944 surge como producto de ciertas reformas introducidas a la Constitución de 1939; pasando a convertirse en la novena Carta Magna de la República de El Salvador. Fue promulgada bajo el Gobierno del General Maximiliano Hernández Martínez, quien fungía como Presidente de la República desde 1931.

Fue emitida en forma ilegal el 29 de febrero de 1944, con la intención de permitir al gobernante de turno, continuar en el poder por un período más. Al dictarse la Constitución de 1944, Martínez llevaba más de doce años en el poder, perfilándose como un dictador, adoptando un sistema de Gobierno totalitario de corte fascista. La Constitución de 1944, rigió la vida jurídica del país por un período relativamente corto, siendo derogada totalmente en noviembre de 1945 por una nueva Constitución.

Durante el corto período de vigencia de la Constitución de 1944, en el plano económico las restricciones al desarrollo industrial se mantuvieron, la oligarquía cafetalera obtenía grandes ganancias provenientes de la

exportación del café, las cuales eran colocadas en el exterior. En cuanto a su observancia en la práctica, la Constitución de 1944 fue irrespetada constantemente por el régimen dictatorial, quien no tuvo el menor concepto de respeto a la ley, especialmente para aquellas disposiciones relativas a los Derechos Individuales de los ciudadanos²¹².

Constitución Política De La Republica De El Salvador De 1950: pasó a convertirse en la décima primera Ley Fundamental, fue emitida por la Asamblea Nacional Constituyente el 7 de septiembre de 1950, y entró en vigencia el 14 de septiembre del mismo año. Fue promulgada bajo el régimen transitorio del Consejo de Gobierno Revolucionario, y rigió la vida jurídica del país aproximadamente 12 años, hasta que se dictó la Constitución de 1962.

La Constitución de 1950 ha tenido enorme trascendencia en la historia constitucional salvadoreña, por haber introducido una serie de innovaciones en el campo económico, político y social. En relación a los Derechos Individuales, esta Constitución dedicó el título X para referirse a ellos, bajo la denominación “Régimen de Derechos Individuales”, así como también en otras disposiciones fuera de este título. *“El legislador de 1950 efectuó una transformación tanto de fondo como de forma en el enunciado de estos derechos. Por una parte escribió por separado los Derechos Individuales calcados de la Constitución de 1886 de tipo liberal, y los separó de los Derechos Sociales, cuya cabida en la Constitución se explica por el auge incesante que han tomado en el país los problemas de índole familiar, laboral, de cultura y de asistencia social”*²¹³.

Pese a las innovaciones ya señaladas, la Constitución de 1950 no pasó de

²¹² *Ibidem*.

²¹³ GALLARDO, RICARDO. Las Constituciones de El Salvador. Tomo I, Editorial Cultura Hispánica, Madrid, 1961. P.64

ser un documento que no tuvo aplicación práctica, siendo violentadas sus disposiciones por la dictadura militar, especialmente los Derechos Individuales, cuando representaban un obstáculo para hacer valer sus intereses²¹⁴.

Constitución de La República de El Salvador de 1983: Es en su orden, la décima tercera Constitución de la República, fue emitida por la Asamblea Constituyente el 15 de diciembre de 1983, en uno de los momentos más convulsionados de la historia sociopolítica del país. Es ley vigente desde el 20 de diciembre de 1983 hasta la fecha, habiendo sido objeto de ciertas reformas en el año de 1991.

A diferencia de las Constituciones de 1950 y 1962, la de 1983 estructura sus disposiciones constitucionales de manera tal, que la parte dogmática, esto es, aquella relativa a los Derechos Humanos, se colocó al principio de la misma, dejando para los títulos finales la parte orgánica, es decir, aquella relativa a la organización de los llamados poderes públicos.

Esta nueva estructuración obedece a la aparente influencia de ideas humanistas en el legislador de la época, ideas que consideran a la persona humana como origen y fin último del Estado, el cual debe estar al servicio de la sociedad que se ha organizado para la realización de los más altos valores en beneficio de los miembros que la componen, tal como se expresa en su artículo 1. La Constitución de 1983 ha tenido que regir la vida del país, en un momento histórico de crisis estructural dentro del cual la lucha en el seno de la sociedad, se ha librado de manera frontal, abierta y profunda; en donde su máxima expresión ha sido el enfrentamiento de dos fuerzas antagónicas que reflejan la polarización de dos proyectos políticos, expresión de dos modelos de sociedad diferentes.

²¹⁴ FLORES ESPINAL, Juan Carlos, Ob. Cit. P. 50

En esta Constitución se consagran derechos humanos de las tres generaciones conocidas hasta ahora por los Estados, siendo estos:

a) Derechos Civiles y Políticos, conocidos también como Derechos Individuales o Derechos de la Primera Generación.

b) Derechos Económicos, Sociales y Culturales o de la Segunda Generación.

c) Derechos de Solidaridad, conocidos también como Derechos de los Pueblos o Derechos de la Tercera Generación.

En cuanto a los Derechos Individuales (Civiles y Políticos), la Constitución de 1983 dedicó el Título II, Capítulo I, Sección Primera, y el Capítulo III para reglamentarlos. La Asamblea Constituyente de 1983 consideró la ubicación de los Derechos Individuales, en los primeros artículos de su texto, motivados en la razón de considerar a los seres humanos, como el principio y fin de la actividad del Estado.

Los Derechos Humanos reconocidos por la Constitución de 1983 son los siguientes:

DERECHOS INDIVIDUALES (CIVILES Y POLITICOS)

El Derecho a la vida. (Art. 2)

Derecho a la integridad física y moral. (Art. 2)

El Derecho a la libertad personal. (Art. 1 y 2)

El Derecho a la seguridad jurídica de las personas. (Art. 2)

El Derecho al honor. (Art. 2)

El Derecho a la intimidad personal. (Art. 2)

El Derecho a la indemnización por daños de carácter moral. (Art. 2)

El Derecho a la igualdad ante la ley. (Art. 3)

El Derecho a la no discriminación en materia civil. (Art. 3)

El Derecho a la protección contra la esclavitud. (Art. 4)

El Derecho a la libertad de religión. (Art. 25)

El Derecho a la nacionalidad. (Art. 90)

El Derecho a la protección judicial, derecho a las garantías judiciales... (Art. 2, 11, 12, 14, 15 y otros)

Con respecto a la observancia de los derechos individuales contemplados en la Constitución de 1983, se puede decir que, dado el momento histórico que ha vivido El Salvador a raíz del conflicto bélico, tales derechos han sido mayormente violados que en anteriores etapas de nuestra historia, tanto por aquellos que durante este período han ostentado el poder político, como también por quienes han tratado de establecer un nuevo orden social en el país.

Reformas Constitucionales De 1991-1992 En Materia De Derechos Humanos.

Transcurridos ocho años de vigencia de la Constitución de la República de El Salvador de 1983, la Asamblea Legislativa que finalizó su período en abril de 1991, acordó la introducción de reformas que condujeran al restablecimiento de la paz y la armonía social, la libertad y el respeto a los derechos fundamentales de la persona. Ellas vienen a constituirse en las primeras reformas en la historia jurídica del país, que han sido adoptadas cumpliendo estrictamente el procedimiento constitucional; convirtiéndose en expresión de un naciente y auténtico Estado de Derecho. En su conjunto estas reformas representan la concreción de aspiraciones largamente compartidas por la mayoría de sectores de la sociedad salvadoreña, las cuales vienen a significar el fortalecimiento de las instituciones democráticas, especialmente en materia de Derechos Humanos, régimen electoral, sistema de administración de justicia y Fuerza Armada.

Los aspectos que comprende el Acuerdo de Reformas adoptado, se puede dividir en las materias siguientes:

- a- Órgano Judicial
- b- Salvaguarda de los Derechos Humanos y protección de la Constitución.
- c- Materia Electoral
- d- Fuerza Armada y Seguridad Pública
- e- Proceso de formación de la ley.

4.3 Características de los Derechos Fundamentales

Son universales, interdependientes, indivisibles, progresivos. Se los hace respetar a través de las acciones de defensa, el Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos. El Estado garantiza a todas las personas y colectividades, sin discriminación alguna, el libre y eficaz ejercicio de los derechos.

1. Los Derechos Fundamentales se adquieren por el solo hecho de ser persona (per-se según los iusnaturalistas; por disposición estatal según los positivistas).
2. Son erga omnes porque son exigibles frente a toda la comunidad.
3. Son Tutelables.
4. Son de aplicación inmediata.
5. Tienen primacía en el campo hermenéutico
6. Exigen un plus (algo mas) cuando la Asamblea Legislativa decide modificarlos o extinguirlos.

7. Como regla general desaparecen con la persona misma; por excepción pueden prolongarse a efectos de que los continuadores del causante busquen protección respecto a la persona fallecida.

8. Imprescriptibles. Significa que no se pierden por el simple transcurso del tiempo, Art. 2231 del Código Civil.

9. Inalienables. Esto es no transferibles a otro titular, a diferencia de lo que sucede en los demás derechos en los que la regla general es la regla general.

10. Interdependientes. Esto se desprende de la esencia común a todos ellos: el respeto a la dignidad humana en un orden social justo.

11. Complementarios. Es decir, se apoyan unos con otros: los individuales en los sociales; los que limitan el poder y garantizan la libertad, en la participación política, y todos ellos forman un bloque compacto y armónico.

12. Paritarios. Gozan en principio de Igualdad Jurídica. Significa que desde el punto de vista técnico-jurídico, tan relevante es la libre expresión del pensamiento o la libertad de cátedra, como el Derecho a la Salud, dotados de fuerza expansiva.

4.4 Clasificación

A continuación, se exponen solo algunos criterios de clasificación, con la finalidad de ayudar a comprender el auténtico alcance jurídico de los Derechos Fundamentales:

a) Por su naturaleza: Derechos de Libertad. Se caracterizan porque su definición supone una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo; ello significa que, en cuanto limite, lo que impone básicamente es una actitud de abstención por parte, en especial, del poder público, por

ejemplo la libertad personal, derecho de reunión, asociación, inviolabilidad del domicilio, libertad de expresión y otros Derechos.

Derechos de Prestación. Implican una actitud activa del poder público, que debe de llevar a cabo las acciones oportuna para hacerlos efectivos. Así, por ejemplo, el Derecho a la Educación exige la existencia de centros y medios de enseñanza.

b) Por su contenido: Derechos Personales, son los que permiten al individuo configurarse como tal: libertad personal, Derecho a la vida, intimida y otros.

Las Garantías Procesales son las que hacen del individuo, un ser capaz de exigir del Estado el respeto a sus Derechos como ciudadano.

Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Esta clasificación responde al aspecto histórico del reconocimiento por parte del Estado en sus Constituciones de los derechos humanos del individuo.

El concepto apareció en Francia hacia 1770, en el seno del movimiento político que condujo a la Declaración De Los Derechos Del Hombre Y Del Ciudadano de 1789, y más tarde alcanzó especial relieve en países como Alemania donde, bajo el manto de los Grundrechte (en alemán: derechos fundamentales), se articuló el sistema de relaciones que median entre el individuo y el Estado. Su construcción teórica tiene mucho que ver con Jellinek y su famosa Teoría de los estados y los derechos públicos subjetivos.

4.4.1 Derechos Individuales civiles y políticos o derechos de Primera Generación

Estos derechos son los derechos Civiles y los derechos Políticos del individuo. Se dan luego de la Revolución francesa en el año 1789. Aparecen

en la Declaración Americana (1776) y de la Declaración Francesa (1789).

Retomando el lineamiento de la teoría de los status de Jellinek que reflejan las distintas posiciones jurídicas de los particulares con relación con el Estado, podemos mencionar que dentro de estas teoría, una vez superadas las formas estatales absolutistas y totalitarias, en las que se da un status subiectionis en el que no existe libertades, aparece un status libertatis en el que se reconoce un ámbito de autonomía, una esfera de no agresión o injerencia del poder en la actividad de los particulares. Estas libertades, por su inmediata referencia al desarrollo de la personalidad humana, constituyen el núcleo de los derechos personales o individuales; derechos que se consideran inherentes a toda persona e inviolables, y explicitan y concretan los valores de la libertad y la dignidad humana en el estado de derecho.

De ahí que, pese a la íntima conexión existente entre este conjunto de derechos, se pueda trazar una distinción entre aquellos que prioritariamente se dirigen a la afirmación de la integridad moral de la persona humana, como expresiones concretas de su dignidad, y aquellos otros que persigan la integridad física y el despliegue de su libertad²¹⁵.

Los derechos civiles son aquellos que conceden a los individuos el derecho a exigir frente al poder del Estado. Los derechos políticos son aquellos que otorgan al individuo la posibilidad de participar en la formación política del Estado y es por esto también que se los denomina derechos de participación.

4.4.2 Derechos Colectivos económicos, sociales y culturales o de Segunda Generación.

Otros llaman a estos derechos: “derechos sociales”, pero es inapropiado, ya que todo derecho es social de principio.

²¹⁵ PEREZ LUÑO, Antonio E. Ob. Cit. P. 174-175.

“Estos derechos se consolidan a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, derivados del crecimiento de los ideales socialistas y del subimiento del movimiento laboral en Europa” (Camacho,2007: 49). La constitución mexicana de 5 de febrero de 1917 fue el primer país que lo consagra (Constitución de Querétaro y con el Estado benefactor.), los derechos sociales, luego la Constitución Soviética de 1918, la de Weimar en 1919.

Al mencionar los derechos económicos, sociales y culturales conforman, junto con las libertades públicas, los dos goznes sobre los que gira el entero sistema de derechos fundamentales, en las constituciones democráticas posteriores a la de Weimar. Estos derechos se dirigen a explicar las exigencias de los valores de la igualdad y de la solidaridad, de igual modo que las libertades públicas concretan y desarrollan los valores de la libertad y la dignidad humana.

Los derechos sociales tienen como principal objeto asegurar la participación en la vida política, económica, cultural y social de las personas individuales, así como de los grupos en los que se integran. Gurvitch los definió, en fórmula que puede considerarse clásica, como “*derechos de participación de los grupos y de los individuos, derivados de su interpretación en colectividades y que garantizan el carácter democrático de esta*”²¹⁶.

Esta definición permite advertir los caracteres más salientes de los derechos sociales. Así, pueden entenderse tales derechos, en sentido objetivo como el conjunto de las normas a través de las cuales el Estado lleva a cabo su función equilibradora de las desigualdades sociales. En tanto que, en sentido subjetivo, pueden entenderse como las facultades de los individuos y de los grupos a participar de los beneficios de la vida social, lo que se traduce en determinados derechos y prestaciones, directas o indirectas, por parte de los

²¹⁶ Citado por **PEREZ LUÑO, Antonio E.** Ob. Cit. P 183

poderes públicos²¹⁷.

Una concepción que cita el Autor Pérez Luño, es la realizada por Theodor Tomandl de estos derechos como categorías constitucionales, distingue cuatro formas:

a) *Como normas programáticas*: Sistema que tiene la ventaja de convertir estas cláusulas en los valores y principios políticos, dinamizadores de la constitución.

b) *Como normas de organización*: Encaminados a conferir al legislador o a otros poderes públicos para garantizar normativamente el desarrollo económico – social de la colectividad.

c) *Como derecho público Subjetivo*: Tesis que tiene a su favor autentica facultades a los ciudadanos y obligaciones a los órganos Estatales. Tomandl, objeta esta concepción la dificultad de concretar el alcance de estos derechos por vía constitucional, por lo que su delimitación queda al criterio del legislador.

d) *Como mecanismos de garantía*: Es decir como garantías institucionales que entrañan auténticos deberes de actuación para los poderes públicos, en la esfera socio-económica²¹⁸.

En resumen podemos decir que los derechos de la primera generación quieren conseguir la limitación del poder de los gobernantes. Los derechos de segunda generación busca la realización por parte del Estado, de diversas acciones para reducir las desigualdades. El Estado debe no solo reconocer los derechos sino tratar de lograr el “vivir bien” del individuo y su familia.

²¹⁷ PEREZ LUÑO, Antonio E. Ob. Cit. P.183-184.

²¹⁸ *Ibidem*. Pp.185-186.

4.4.3 Derechos Comunitarios o de Tercera Generación

Llamada también “derechos de los Pueblos”. Aparece con el renacimiento de los nacionalismos. Se reconocen, respetan y protegen en el marco de la ley, los derechos sociales, económicos y culturales de los pueblos indígenas, especialmente los relativos a sus tierras comunitarias, garantizando el uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, su identidad, valores, lengua, costumbre e instituciones.

El Estado reconoce la personalidad jurídica de las comunidades indígenas y campesinas y de las asociaciones y sindicatos campesinos. Las autoridades naturales de las comunidades indígenas y campesinas pueden ejercer funciones de administración y aplicación de normas propias como solución alternativa de conflictos, de conformidad a sus costumbres y procedimientos, siempre que no sean contrarias a esta Constitución y las leyes. Otros llaman a estos derechos “derechos colectivos”.

4.4.4 Derechos de Minorías o de Cuarta Generación

Aparece con el despertar de las minorías y de los grupos excluidos de la sociedad. Minoría se debe entender como grupos que “no tienen influencia en la conformación del poder público” y no como por la cantidad de personas de un grupo.

4.4.1 Clasificación en la Constitución Salvadoreña

El Capítulo I se ocupa de los “Derechos Individuales”; El Capítulo II de los “Derechos Sociales”; Sección Primera: Familia, Sección Segunda: Trabajo y Seguridad Social; Sección Tercera: Educación, Ciencia y Cultura; Sección Cuarta: Salud pública y asistencia social; El Capítulo III, de los Derechos y Deberes políticos de los ciudadanos y del cuerpo electoral.

CAPITULO V

ESTUDIO JURÍDICO-FILOSÓFICO DE LAS RESOLUCIONES DE LA SALA DE LO CONSTITUCIONAL DEL PERÍODO 2009-2013 EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

5.1 Sentencia de Amparo Ref. 310-2013 (Caso Beatriz)

5.1.1 Breve resumen de la Sentencia

1) Partes: Iniciado por los abogados Víctor Hugo Mata Tobar y Dennis Stanley Muñoz Rosa, en representación de la señora B.C., contra el Director, Jefe de la Unidad Jurídica, y Jefe de la Unidad de Perinatología, todos del Hospital de Maternidad.

2) Alegatos de la parte demandante: Consideraron posibles vulneraciones del Derecho a la Vida y a la Salud de la peticionaria en el sentido que la misma sufre de una enfermedad llamada Lupus Eritematoso con nefritis lúpica, lo cual es incompatible con la gestación de la demandante, puesta que la misma se encuentra embarazada con 18 semanas, cuyo feto tenía un cuadro de anencefalia incompatible con la vida extra uterina. En ese sentido se han abstenido de realizar el procedimiento hasta no tener la autorización, esa omisión es el Derecho vulnerado reclamado, pues salvaguardar la vida es un asunto de carácter urgente.

3) La autoridad demandada alegó que se le ha dado la mejor asistencia médica adecuada y correcta mientras se encuentre una solución viable para su salud. No obstante lo anterior están de acuerdo con realizarle el procedimiento del embarazo para salvaguardar la vida de la señora B.C., pero que no lo han hecho para no caer en un ilícito penal, no obstante consideran que no debe considerarse como delito dicha situación, pues ante todo debe velarse por la vida del paciente.

4) AL darle traslado al Fiscal General de la República, manifestó que no podría dar apreciaciones técnicas respecto de la condición de salud de la demandante, más bien que el tema en discusión se adecua al artículo 321 del Código Penal, es decir incumplimiento de deberes, sin entrar a valorar nada más.

5) Por su parte la Procuraduría General de La República y la Procuradora para la Defensa de los Derechos Humanos coincidieron en expresar de una manera precavida que los médicos debían hacer todo lo posible por salvaguardar la vida de la paciente, pues el nasciturus en todo caso según el diagnóstico médico moriría.

6) Entre otras cosas se les dio traslado a la Ministra de Salud y al Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia, quienes en síntesis coincidieron con los médicos de la señora B.C., es decir de realizar el procedimiento adecuado para salvaguardar la vida de la madre.

7) El proceso listo para sentencia, la Sala basó sus razonamientos en lo siguiente: No existe legitimación pasiva pues no se comprobó que el Jefe de la Unidad Jurídica haya realizado la acción u omisión directa con la respectiva incidencia que se es requerido para que desemboque en la vulneración de Derechos Constitucionales, por lo que lo sobreseyó del mismo.

8) Además hizo referencia a la ponderación de Derechos Fundamentales, citando jurisprudencia al respecto. También hizo valoraciones de la atención médica brindada a la señora B.C., concluyendo conforme a la prueba aportada, la mejoría en el estado de salud de la misma, siendo estable, y por lo tanto no habersele vulnerado los Derechos a la Vida y Salud de la peticionaria.

9) Finalmente se resolvió no ha lugar la demanda de Amparo, considerando la Sala que la vida de la madre no puede privilegiarse por sobre la vida del nasciturus, dejando “libre” a los médicos de realizar las operaciones que consideren pertinentes a fin de garantizar la vida de la madre como del hijo.

Por su parte el magistrado Rodolfo González emitió un voto razonado, más no disidente. Que en general solo amplía el argumento referido a la ponderación de Derechos Fundamentales.

Por otra parte el magistrado Florentín Meléndez, consideró que si debía ampararse a la peticionaria puesto que el fallo es erróneo y contradictorio, pues declara no ha lugar el Amparo y por otra deja la vía libre a que los médicos procedan de la manera que ellos según sus conocimientos profesionales, consideren oportuno. En ese sentido considero que el fallo debía ir encaminado a que los médicos puedan realizar lo pertinente para salvaguardar la salud de la madre y del hijo en su caso, sin autorización legal previa.

5.1.2 EL DERECHO A LA VIDA

Como hemos señalado, uno de los Derechos que en esta sentencia que la parte actora considera vulnerado lo cual habilita a la misma a interponer la demanda de Amparo es nada más y nada menos que el Derecho a la Vida, por tal motivo a continuación desarrollaremos desde una postura estrictamente lusnaturalista el mencionado Derecho: su consistencia, contenido, fundamento ontológico y la forma en que la Doctrina del Derecho Natural ha influenciado tanto de manera directa como indirecta en ciertos trozos de la sentencia en cuestión; finalmente hablaremos un poco sobre los atentados contra el Derecho a la Vida que prohíbe la Ley Natural, o si se quiere, la misma Naturaleza Humana y por supuesto la Constitución de la República.

El Derecho a la Vida –vida corporal–, se refiere al mayor de los bienes que tenemos en el orden temporal los hombres, fuente de todos los demás, y que se identifica parcialmente con la propia persona humana, pues como dice Aristóteles *para los vivientes el vivir es su ser*²¹⁹.

La vida corporal, que es la que puede extinguirse, es complemento substancial de la espiritual, constituyendo con ella la plenitud natural y operativa del ser humano.

El Derecho a la vida, el cual se refiere como es obvio a la vida corporal, consiste en el Derecho de mantenerla o conservarla frente a los demás hombres, o si se quiere, es el Derecho a que nadie nos la quite, y a que no pueda suprimirla ni cercenarla ni siquiera su propio sujeto. Como dice José Joaquín Ugarte Godoy sobre el Derecho en referencia *“Es un Derecho Natural de todo hombre, que tiene por el solo hecho de ser persona, y se basa en la inclinación natural también, propia de todos los entes, a permanecer en el ser”*²²⁰.

El Derecho a la Vida está constituido por una norma o precepto de Derecho Natural primario: *No matar*, pues son preceptos primarios, y que por tanto no admiten ni siquiera mutación excepcional, los que se refieren a los fines mismos de la naturaleza humana, entre los que esté el vivir, y no como los secundarios, a simples medios, naturalmente necesarios para la consecución de aquellos fines. Así, la Sentencia que nos ocupa define en el Considerando VI literal B): *“B. Por otra parte, en las Sentencias del 21-IX-2011 y 17-XII-2007, pronunciadas en los procesos de Amp. 166-2009 y 674-2006, respectivamente, se expresó que el contenido del Derecho a la Vida comprende dos aspectos fundamentales: el primero, referido al Derecho a*

²¹⁹ **UGARTE GODOY, José Joaquín.** “El Derecho a la vida y la Constitución”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N° 3, p.514.

²²⁰ *Ibíd*em

evitar la muerte, lo cual implica la prohibición dirigida a los órganos estatales y a los particulares de disponer, obstaculizar, vulnerar o interrumpir el proceso vital de las personas; y el segundo, relacionado con el Derecho de estas de acceder a los medios, circunstancias o condiciones que les permitan vivir de forma digna, por lo que corresponde al Estado realizar las acciones positivas pertinentes para mejorar la calidad de vida de las personas.”

La influencia del pensamiento lusnaturalista lo encontramos de forma notoria en el Considerando VI.1.A de la Sentencia en cuestión: *“VI. 1. A. Realizadas las precisiones anteriores, es menester acotar que el carácter esencial e imprescindible de la vida humana, como condición necesaria para el desarrollo de la personalidad y de las capacidades, así como para el disfrute de los bienes, ha hecho posible su reconocimiento –a nivel nacional e internacional– como Derecho Fundamental, merecedor de una especial protección por parte de los Estados.”*

Cuando hablamos de Derechos de la persona humana, debemos recordar que los Derechos se pueden poseer ya sea dados por la sociedad por medio de la figura del Estado, o reconocidos. En el fragmento de la Sentencia se hace alusión al reconocimiento del Derecho a la Vida, lo que indicaría un fundamento no positivo de ese Derecho, sino una existencia previa de tal Derecho, que incluso se extendería aún antes de la existencia del Estado y del Derecho Positivo, tesis que encaja perfectamente en los postulados de la doctrina del Derecho Natural, considerado al Derecho Natural como no escrito, superior al Estado y a la Ley Positiva, cognoscible por medio de la razón o intelecto y a la vez éste enraizado en la naturaleza humana.

Lo anterior implica que el Derecho a la Vida, no es un Derecho que ha sido creado por nuestra Carta Magna, ni por ningún ordenamiento jurídico

internacional; sino, que nuestra Constitución lo que hace es RECONOCER en el artículo 1 y 2 el Derecho a la Vida, dotándolo de la fuerza normativa que otorga la Constitución y volviéndolo según la doctrina Constitucionalista en un Derecho Fundamental de la persona humana –recordemos que los Derechos Fundamentales son los Derechos Naturales o Derechos Humanos Constitucionalizados- con lo que se pretende garantizar el pleno desarrollo del mismo.

Otro fragmento de la Sentencia que nos ocupa, lo encontramos en el mismo considerando VI: *“a. Así, en la Sentencia del 21-IX-2011, pronunciada en el Amp. 166-2009, se expresó que, según los arts. 1 y 2 de la Cn., en nuestro ordenamiento jurídico la vida constituye un Derecho inherente a “toda persona”, sin excepción alguna, cuyo ámbito de protección se extiende, incluso, hasta el momento de la concepción.”*

La Sala de lo Constitucional invoca preceptos de la Jurisprudencia emitidos por la misma, en esta ocasión se remiten a esta idea que el Derecho a la Vida es un Derecho inherente a toda persona, esta inherencia significa que ese Derecho ya es parte de la persona, que ya va unido a la misma y de la cual por su naturaleza y especie, no se pueden separar de la persona, pues ya nacen ligados a ella.

La inherencia del Derecho a la vida, está íntimamente vinculada a la idea de la Inalienabilidad como característica distintiva de los Derechos Naturales respecto a otros Derechos; esta Inalienabilidad implica que este Derecho no se puede enajenar, ni transmitir, renunciar, delegar. Al mismo tiempo la inherencia del Derecho a la Vida está relacionada con la característica de la Imprescriptibilidad, que significa que los Derechos Humanos o Naturales no se adquieren ni se pierden por el simple transcurrir del tiempo (por ejemplo uno de los Derechos Civiles y Políticos como el Derecho al Sufragio, el cual

se adquiere con el tiempo según nuestro ordenamiento y que puede existir incluso, la circunstancia en que el mismo se suspenda).

La idea del Derecho a la Vida como un Derecho inherente a toda persona se configura dentro de las posturas lusnaturalistas por razones obvias, pues si esta inherencia hace referencia a que el Derecho a la Vida ya es parte de la persona humana, por consiguiente, no depende ni de la voluntad del ser humano, ni del Estado, ni de lo que disponga el Derecho Positivo en cuanto a su existencia.

Para Hervada “La vida por ser un bien que constituye la misma esencia de la persona, es un Derecho Natural, originario, primario, y representa un bien fundamental de la naturaleza humana”²²¹.

5.1.3 EL ABORTO: UN ATENTADO CONTRA EL DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO

La Organización Mundial de la Salud ha definido el aborto como: “*La expulsión o extracción de su madre de un embrión o feto que pese 500 gramos o menos. Este peso corresponde a una edad gestacional entre 20-22 semanas*”²²².

En la sentencia objeto de estudio en esta ocasión, la Sala de lo Constitucional en su momento se pronuncia en contra del aborto (eso no significa que ese sea el punto central de la controversia). Recordemos que en la actualidad existen muchos movimientos alrededor del mundo que luchan por la despenalización del aborto y este fenómeno ha generado grandes controversias en mundo jurídico y social; hemos de señalar que la

²²¹ **HERVADA, Javier**, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1998, pág. 95.

²²² **RUIZ PARRA, Ariel Iván; GÓMEZ SÁNCHEZ, Pío Iván**. “Temas de interés en ginecología y obstetricia”. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, 1998. P. 906.

Doctrina del Derecho Natural también se pronuncia en contra de dicha práctica por atentar directamente en contra del Derecho a la Vida, es por dichas razones que decidimos dedicar un apartado especial para este tema en particular.

Para abordar esta materia, consideramos que es totalmente indispensable precisar cuándo comienza la persona humana, a la luz de los actuales conocimientos científicos, precisamente desde la biología:

Messina De Estrella Gutiérrez sintetiza las posiciones variadas que se han dado con relación al origen de la vida sosteniendo que se deben tener en cuenta tres propuestas²²³:

a) El primer momento de vida se da con la penetración del espermatozoide con el óvulo.

Según Angelo Serra *“El momento esencial de la fecundación es la penetración de la cabeza del espermatozoide en el ovocito, porque ella desencadena la impermeabilización de la zona pelúcida, que es la cubierta exterior que lo rodea, para evitar que penetren otros espermias, la activación metabólica del ovocito y el término de su segunda división meiótica –que reduce el ADN–, actividades que suponen que ya no hay dos sistemas biológicos sino uno*²²⁴.

Campagnoli afirma que *“Los espermatozoides embisten al ovocito hasta que alguno de ello lo penetra. La penetración del espermatozoide constituye el momento crucial: 1) en el espermatozoide están los 23 cromátides paternos que sumándose a los 23 maternos constituyen el patrimonio genético del nuevo ser. 2) La penetración fija además de forma definitiva y determina las*

²²³ MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, *Bioderecho*, Buenos Aires, 1998.

²²⁴ SERRA, **Ángelo** (1990) pp. 69-70. Citado por UGARTE GODOY, José Joaquín. “El Derecho a la vida y la Constitución”, ob. Cit. P. 520.

*características individuales e irrepetibles del nuevo ser*²²⁵.

b) Otra propuesta entiende que se deben esperar unas horas a que se produzca la singamia, es decir, la unión de los pro-núcleos de las células femeninas y masculinas. Producida la singamia se origina la vida. Esta separación en el tiempo no es teórica sino que se propone con la idea de posibilidad la selección de los mejores embriones para una eventual inseminación artificial.

c) Por último, queda una propuesta que tiene cada vez menos seguidores que sostiene que el origen de la vida depende de la implantación del embrión ya formado en el útero materno. Esta implantación se daría entre el día sexto y el día quince. Se pretende diferenciar el prembrión, término que se da al estado del embrión antes de la implantación y embrión sería después de implantado.

O, como observan los eminentes biólogos: el Dr. Juan de Dios Vial Correa y Mónica Dabiké en un notable estudio titulado “El embrión como organismo”, afirman que *“El embrión humano cumple los dos requisitos con que la ciencia caracteriza un organismo: 1º) Sigue una vía fuerte de desarrollo prescrito o programado, es decir, tal que su estado en cualquier punto del curso de su desenvolvimiento puede ser predicho con razonable acuciosidad; y 2º) A lo largo de esta vía de desarrollo los estados de ella tienen lugar dentro de una unidad discreta o separada de materia viva, es decir, dentro de un espacio aislado del medio por una bien definida frontera física, comenzando la autoorganización con la interacción de los componentes de los gametos, y llenándose el requisito de la frontera física con el medio al impermeabilizarse la zona pelúcida del ovocito con la entrada de la cabeza del espermio”*.

²²⁵ **CAMPAGNOLI, Carlo.** “Las técnicas de reproducción artificial. Aspectos médicos”, en *Manual de Bioética General*, Madrid, 1999, pág. 204.

Lo cierto desde el punto de vista científico es que la nueva vida comienza con la fecundación o sea cuando de dos realidades diferentes, óvulo y espermatozoide, surge una tercera, el cigoto, el nuevo ser con vida humana única, diferente con todos los caracteres de su humanidad, y que lo único que le falta es desarrollo y es precisamente en este momento en que se concibe a la persona humana.

Habiendo expuesto una visión general del conocimiento científico referente al comienzo de la vida humana, de esta manera procedemos a señalar el pronunciamiento de la Sala en el considerando V al respecto: *“V. 1. A. El tema relativo a la protección del nasciturus ya fue abordado por esta Sala en la sentencia del 20-XI-2007, emitida en la Inc. 18-98. En esa oportunidad se indicó que, de conformidad con el art. 1 inc. 2° de la Cn., la mujer no puede alegar un “Derecho al propio cuerpo o al propio vientre”, ni un “Derecho a la interrupción del embarazo”, que puedan anular el Derecho a la Vida del no nacido.”*

Como hemos señalado, nuestra Carta Magna reconoce el Derecho a la Vida de la persona humana desde el instante de la concepción, y por esta última se entiende en términos científicos desde el instante de la fecundación: a partir de la unión entre un espermatozoide y un óvulo, creándose así, una nueva carga genética única e irrepetible. Precisamente desde ese instante el Estado protege la vida de la persona sin hacer distinción alguna.

La Jurisprudencia que relaciona la Sala en esta ocasión (20-XI-2007 Inc. 18-98) en el Considerando III C) inciso 5, establece: *“Vida humana lo es, desde el momento de la concepción, con idéntica naturaleza antes y después del nacimiento, en un proceso con saltos únicamente morfológicos, pero no de naturaleza; la vida, entonces, constituye un Derecho único e invariable, por lo que no puede admitirse que una vida humana valga en sí menos que otra”.*

En el inciso 7 de la misma encontramos: *“El Derecho a la Vida del nasciturus es un elemento de la ponderación que debe realizarse, que la mujer no puede alegar un Derecho al propio cuerpo o al propio vientre, ni un Derecho a la interrupción del embarazo que pueda anular el derecho a la vida del nasciturus”*

Cabe analizar que lo anterior significa que el fundamento lusfilosófico del Derecho a la Vida del nasciturus es el mismo fundamento del Derecho a la Vida de cualquier persona, ya se trate de un adolescente, un adulto o un anciano, independientemente de su sexo y de cualquier otra distinción; la razón argumentativa de esta afirmación es que la base ontológica es la misma en todas las formas en que se manifiesta, es decir, que contenido ontológico del fundamento del Derecho a la Vida es el mismo en el nasciturus y en cualquier ser que pertenezca a la especie humana, o sea, la naturaleza humana y su dignidad universal.

Ahondando más en la fundamentación²²⁶ de este Derecho Fundamental, podemos decir que la indisponibilidad de la vida humana para el hombre se basa:

Iº) En que ella es obra directa de Dios, y solo quien es causa de una realidad tiene dominio sobre la misma. Todos los hombres son, en virtud de su dignidad intrínseca son fines en sí, y ninguno puede ser considerado, por tanto, medio para otro, ni para sí mismo²²⁷.

IIº) Y se basa el Derecho a la Vida en que la persona humana, es un cierto fin en sí, pues por su razón e inteligencia puede poseerse a sí misma mediante el conocimiento, y a los demás seres, enseña Kant que *“hay que*

²²⁶ Nos referimos a una fundamentación lusfilosófica partiendo desde la doctrina del Derecho natural clásica, cristiana o teológica.

²²⁷ **UGARTE GODOY, José Joaquín.** Obra citada p.514.

obrar de modo que en cada caso se valga uno de la humanidad, tanto en su persona como en la persona de todo otro, como fin, nunca como medio”.

Es este carácter de persona del ser humano el que, al permitirle poseerse a sí mismo por el conocimiento, y poseer cosas exteriores, y ordenarlas a su propio bien, lo constituye en sujeto de derechos, como antes dijimos, diferenciándolo radicalmente de las cosas que son los objetos de los derechos. Ahora bien, si ningún hombre es objeto ni cosa, ningún hombre podrá tampoco tener Derecho o dominio sobre la vida de otro, ni sobre la suya propia, porque la misma personalidad excluye por esencia la condición de objeto de Derecho y de disponibilidad.

Quienes no hayan llegado a conocer la existencia de Dios, pueden, con todo, conocer la fundamentación suficiente del Derecho a la Vida, aunque no plena, pues por una parte es evidente también para ellos la existencia de un cierto orden moral y jurídico intrínseco a la naturaleza humana, y por otra es también evidente para ellos que la vida es un bien en sí, que es el bien fundamental, base de todos los demás a que se refiere el orden jurídico; y que los hombres son sujetos y no objetos de Derecho.

Desde el lusnaturalismo se sostiene la existencia de la naturaleza humana, que esta es la misma en todos los hombre, que estos están dotados de inteligencia y razón con posibilidad de determinarse en atención a los fines que persigue. Además el hombre tiene fines que responden a su constitución natural y que son los mismos para todos; el hombre es un ser dotado de inteligencia, de razón. El hombre si responde a su consciencia y a su naturaleza se debe guiar por el respeto de ciertos valores inherentes a su ser. La razón permite descubrir estos valores.

A la luz de la conciencia moral no surgen solo conductas que se deben hacer o no hacer sino también se reconocen Derechos que están íntimamente

vinculados a la naturaleza del hombre. Por el solo hecho de ser persona tienen Derechos inherentes a su ser, es por tanto según el Iusnaturalismo que el fundamento del Derecho a la Vida humana descansa sobre la idea de la Ley Natural. En concreto, es la Ley Natural la que prescribe nuestros deberes más fundamentales y es también la que nos asigna nuestros Derechos Fundamentales.

5.2 Sentencia de Hábeas Corpus Ref. HC 90-2011

5.2.1 Breve resumen de la Sentencia

1) Partes: Mardoqueo Molina a favor de Bertrand Alfred Equevoz, de nacionalidad suiza, por haber estado 22 días en las bartolinas de la División de fronteras de la PNC, a la orden del Ministerio de Migración y Extranjería.

2) Alegaciones del solicitante: Supuestas violaciones al Derecho de Libertad de Expresión y de Voluntad, así como la Libertad Ambulatoria, pues estaba en proceso de expulsión del territorio, aduciendo que la PNC le manifestó estar en calidad de localizado y no de detenido.

3) La Juez Ejecutora dijo en su dictamen que sí hubo violación de Derechos Constitucionales, pues no había razón por la cual tenerlo en la calidad antedicha.

4) La Sala considera que los Derechos de Libertad de Expresión trascienden de la esfera del Habeas Corpus, siendo susceptible de tutelarlos mediante otro mecanismo y no se pronuncia al respecto.

5) La Sala empieza haciendo las valoraciones en el orden siguiente: Primero hace acotaciones acerca de la seguridad jurídica y de los presupuestos para restringir el Derecho Fundamental a la Libertad, siendo estos tipicidad, concreción y taxatividad.

6) Valora el artículo 60 de la Ley de Migración y haciendo una integración con las normas que la regulan, en el sentido de la facultad que tiene la autoridad administrativa de restringir la Libertad Personal, y que debe hacerse en base a el Derecho al Debido Proceso y Defensa de la persona, y siendo que dicha a ley regula un arresto de hasta 30 días, por ser una Ley Preconstitucional es menester aclarar que en realidad no puede pasar de 5 días dicho arresto según el art. 14 de la Constitución.

7) Se pudo comprobar que al demandante efectivamente se le expulsó por 3 años del territorio siguiéndole el procedimiento de ley, llevándolo hacia el aeropuerto internacional de Comalapa, y arrestándolo luego sin haber tipicidad respecto del arresto, en calidad de “localizado”, categoría que no existe jurídicamente en nuestro país, por esa razón declara haber existido vulneración del Derecho Constitucional de Libertad Personal, pues no es válido restringir tal Derecho con la excusa de asegurar la expulsión de una persona fuera del territorio.

5.2.2 La Libertad Desde El Iusnaturalismo

En primer lugar expondremos la forma en que el eminente filósofo perteneciente a la escuela del Iusnaturalismo racionalista, el alemán Immanuel Kant aborda el tema referente a la libertad. Kant divide la voluntad en una capacidad de apetencia inferior y en otra superior. La capacidad de apetencia inferior son los instintos, los impulsos. La superior es la voluntad como tal, que no obra por fines externos, individuales, sino por fines generales. La esencia de esta voluntad consiste en determinarse a partir de sí misma sin tener ninguna causa fuera de ella, en ser libre. El concepto de libertad²²⁸ es un concepto de razón puro que tiene una realidad trascendente.

²²⁸ Libertad puede ser aceptada como la traducción del término griego autonomía, que si se le toma literalmente significa autoleislación. Con esto no se puede eliminar la ambivalencia

No tiene valor como principio constitutivo, sino sólo como principio regulador. La libertad, en consecuencia, tiene que ser presupuesta como propiedad de la voluntad de toda esencia racional.

Tanto en el aspecto moral como en el jurídico, la libertad como el arbitrio independiente de otra persona consiste para la razón práctica en que ella puede coexistir con la libertad de cada uno según una ley general. Kant piensa que, “el hombre lleva en sí mismo la Ley Moral cuyo principio es la libertad y la autonomía de la voluntad”²²⁹.

Esto le permite al ser humano a realizar plenamente sus fines y objetivos últimos, puesto que la libertad constituye un factor elemental por la naturaleza misma del hombre quien a diferencia del resto de los seres vivos es un ser racional y teleológico, esas características que le son propias por naturaleza, implican necesariamente aquella capacidad y disponibilidad de decidir entre una cosa u otra y es ahí precisamente donde se manifiesta la racionalidad: en la libertad. Resulta incompatible la restricción de la libertad con la racionalidad como característica exclusiva de la especie humana.

Es tanta la importancia de la libertad como tal que en el ámbito moral resultaría absurdo hablar de actos buenos o malos, de acciones reprochables o plausibles sin la existencia de libertad exactamente como sucede en el mundo animal, donde no se puede condenar a un animal que mata a otro, puesto que no son seres que están dotados de razón y por consecuencia carecen de libertad, de ahí que se consideran todos esos “actos” como moralmente neutros.

a que puede dar lugar cuando también hace referencia a lo que aparentemente es su contrario, en especial, “nomos” –ley-. Esto se debe a que el carácter forzoso de la ley parece dar lugar a la ausencia de libertad.

²²⁹ **ROJAS AMANDI, Víctor Manuel.** “*La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*”, Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, Tomo LIV, núm.242. p.173.

Así mismo, es posible entender la libertad como un Derecho Natural, este Derecho consiste en la facultad del ser humano para pensar, expresar, obrar y decidir entre dos o más alternativas o, de no hacerlo, siempre que actúe dentro del Derecho y respetando la libertad ajena²³⁰.

De ahí que resulta necesaria según los postulados de la Doctrina del Derecho Natural la positivación de este Derecho Natural en las leyes humanas escritas, pues debido a la que Santo Tomás de Aquino denominaba la Naturaleza sensible del ser humano, éste también posee inclinaciones naturales hacia la realización de lo moralmente malo, como lo puede ser el irrespeto de la libertad ajena.

5.3.3 Del Derecho de Libertad Personal

Habiendo expuesto así una perspectiva general de la libertad desde el lusnaturalismo, procedemos al análisis del literal b) del considerando III de la sentencia que nos ocupa: *“b) En cuanto al Derecho a la Libertad Personal, es de indicar que constituye un Derecho Fundamental, cuyo reconocimiento constitucional se halla en los artículos 2 y 4 de la Constitución, los cuales establecen, respectivamente, que “Toda persona tiene Derecho a (...) la libertad y Toda persona es libre en la República.*

Por tanto, debido a su naturaleza fundamental, el Derecho en mención, según la jurisprudencia de esta Sala –verbigracia sentencia del 16/V/2008, dictada en los procesos de Hábeas Corpus 135-2005/32-2007 acumulado-conforma una serie de facultades o poderes de actuación reconocidas “a la persona humana como consecuencia de exigencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad (...), que han sido positivadas en el texto constitucional y que

²³⁰ **RIOS ALVAREZ, Lautaro.** “Valores superiores concurrentes en las cartas políticas de Chile y España”, anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo I, Uruguay, 2005. P.94

desarrollan una función de fundamentación material de todo el ordenamiento jurídico, gozando asimismo de la supremacía y la protección reforzada de las que goza la propia Constitución (...) las cuales, por su reconocimiento constitucional, adquieren la naturaleza de preferentes e inviolables."

Resulta evidente la influencia lusnaturalista en este trozo de la resolución judicial en cuestión, al admitir la existencia del Derecho a la Libertad como un Derecho Fundamental reconocido por el texto Constitucional, donde éste último no lo crea pues ese conjunto de facultades que acarrea el Derecho a la Libertad es producto de exigencias innatas, inherentes a los miembros de la especie humana. Taxativamente define la libertad como *"facultades o poderes de actuación reconocidas a la persona humana como consecuencias ético-jurídicas derivadas de su dignidad"*, ello claramente afirma la existencia de tales facultades antes de la creación del texto Constitucional, pues el Derecho a la Libertad es reconocido, no creado, y se deriva precisamente de la Dignidad Humana²³¹, es decir, la libertad surge de la esencia misma del ser humano y su valor como tal.

Luego el fragmento de la sentencia define que el Derecho a la Libertad como ese conjunto de facultades o poderes de actuación *"han sido positivadas en el texto constitucional...las cuales por su reconocimiento constitucional, adquieren la naturaleza de preferentes e inviolables"*. Esta afirmación en definitiva encaja perfectamente con los postulados de la doctrina lusnaturalista, pues esta serie de facultades existen ontológicamente previo a la positivación en nuestra Carta Magna.

Lo anterior nos lleva a pensar que el Ordenamiento Jurídico está en cierta forma encaminado a proteger y garantizar el desarrollo de la libertad de las

²³¹ Sobre el valor Dignidad Humana realizaremos posteriormente en este capítulo un análisis especial sobre el mismo y la relación ineludible con la existencia y cumplimiento de los Derechos Fundamentales.

personas, consideramos pertinente citar la definición de Derecho que nos brinda el ilustre filósofo Immanuel Kant: “Derecho es *el conjunto de las condiciones bajo las cuales la voluntad de cada uno puede armonizar con la voluntad de los demás, según una ley universal de la libertad*”²³². Es decir, que según el filósofo alemán la misión única del Derecho consiste en proteger la libertad de los hombres, por eso su substancia se agota en un equilibrio de libertades que asegure a cada uno el máximo posible de libertad y esto eleva al Derecho a la Libertad hasta el extremo de considerarlo un punto central de la existencia del fenómeno Derecho.

Cuando la sentencia invoca la existencia de esas “consecuencias ético-jurídicas” inmediatamente relacionamos esa realidad ética en el ser humano con la idea de Ley Natural según la doctrina Tomista del Derecho Natural: *“Esta realidad (la participación de la Ley Eterna en el hombre) tiene características especiales pues no es un sometimiento automático, forzoso e inconsciente, sino que es un sometimiento propio de una criatura racional, es decir, consciente, libre y voluntario. El hombre descubre en su naturaleza ciertas finalidades congénitas, ciertas inclinaciones naturales hacia determinados fines, que están como impresas dentro de sí y que son como mandatos de esta Ley Eterna que le inducen al bien y le retraen del mal y, gracias a su libertad, puede adaptarse a esos mandatos o apartarse de él. Cuando el hombre expresa esos mandatos así descubiertos en proposiciones racionales o preceptos universales, forma la Ley Natural. La Ley Natural, en definitiva, le impone a la persona humana el deber de desenvolver y perfeccionar su propio ser”*.

El Derecho a la Libertad de la persona humana positivado en la Constitución, se manifiesta de diversas formas, siendo una de ellas el Derecho a la

²³² **KANT, Immanuel.** “*Metafísica de las Costumbres*”. Citado por **LALANNE, Julio Esteban.** Obra citada p.49.

Libertad de Tránsito o también denominada Libertad de Circulación que es la que concierne a la Sentencia que analizamos en esta oportunidad. La Sala de lo Constitucional ha sentado precedente jurisprudencial respecto a dichas manifestaciones, en el año 2008 en el proceso de Amparo: *“El Derecho a la Libertad garantiza, a manera ilustrativa, las siguientes manifestaciones: Libertad de Tránsito, Libertad de Pensamiento, Libertad de Asociación, Libertad Locomotiva, Libertad para disponer de los bienes y para testamentar, libertad de Contratar, Libertad Religiosa y otras”*.

De esas manifestaciones la que concierne en esta ocasión es la Libertad de Tránsito; la misma Sala la define como: *“La Libertad de Circulación, llamada también Libertad de Tránsito constituye una de las más importantes facetas de la Libertad Individual puesto que hace referencia a la proyección espacial de la persona humana; consiste en la posibilidad de permanecer en un lugar o desplazarse de uno a otro, dentro del país, sin ninguna restricción por parte de las autoridades, salvo las limitaciones que la ley impone”*²³³.

5.3 Sentencia De Inconstitucionalidad Ref. 130-2007/22-2008

5.3.1 Breve Resumen De La Sentencia

La resolución en comento pone fin a un proceso Constitucional que inició con Certificaciones de resoluciones emitidas por la Jueza Tercero de lo Mercantil que declaró inaplicable el 639 Inc. 1° del Código de Procedimientos Civiles, por considerarlo atentatorio contra los Derechos Constitucionales de Igualdad y la Propiedad, situación basada en los siguientes argumentos:

Considera que en una subasta se pone al ejecutante en una condición superior a los postores, al permitirle que en caso de no presentarse estos últimos, facultarlo a solicitar que se adjudique el bien embargado solamente

²³³Sentencia con referencia 296-2007 del Amparo de fecha 26/01/2009

por las dos terceras partes del valúo correspondiente; situación que pone en desigualdad a los sujetos mencionados solo por el simple hecho de tener calidad de acreedora en un proceso, pues a los ofertantes no se les recibe posturas de menos del valúo en relación, el cual sirve de base para la subasta. Mencionado precepto se lee de la siguiente manera: *“Si no hubiere postores, el ejecutante puede pedir que se le den en pago los bienes embargados por las dos terceras partes del valúo que sirva de base al remate.”*

Se le dio traslado a la Asamblea Legislativa, a efecto que se pronunciase respecto de la Constitucionalidad de la disposición impugnada, quien en síntesis manifestó, que ese artículo regula justamente los Derechos del acreedor, quien al final es el principal afectado del proceso, pues es su patrimonio el que se ha visto afectado, por lo tanto considera que la ley protege su Derecho y que por lo tanto no adolece de vicios de Inconstitucionalidad. Se le dio traslado al Fiscal General de la República quien expuso que el artículo es Constitucional pues se entiende que si nadie quiso comprar el inmueble embargado por el precio del valúo es porque no posee el valor suficiente para ser adjudicado por el valor total del inmueble. Luego de los argumentos expresados por las partes en el proceso la Sala expuso los siguientes argumentos que fundamentan su fallo.

Sobre el Derecho de Igualdad retoma precedentes jurisprudenciales, que consideran que justamente para tutelar este Derecho, la autoridad puede tomar criterios diferenciadores entre las personas, cuando la situación material de los mismos, sea objetiva y con criterios razonables y se encuentren en una situación fáctica de desigualdad, pues la igualdad posee un carácter relacional es decir no se aplica sin tomar en cuenta a los sujetos intervinientes.

Posteriormente se pronuncia sobre la naturaleza y consistencia del Derecho a la Propiedad.

Respecto de la Ejecución de las sentencias, consideró que es el instrumento que la ley otorga para hacer cumplir las resoluciones judiciales firmes, ya que por sí solas no puede tutelarse efectivamente un Derecho Fundamental.

Con objeto de encontrar la referida sentencia el punto central hace referencia a la tipología de las sentencias judiciales, centrándose específicamente con las sentencias aditivas, que son aquellas que centran su atención el texto de la norma con el control Constitucional, es decir que resulta de ciertas palabras que el legislador omitió a la hora de crear la ley y que no dan un sentido conforme con la Constitución.

En base a los anteriores considerandos, la Sala estima vulnerado el Derecho a la Propiedad, pero con respecto al deudor, ya que se tiene finalmente el inmueble adjudicado por menos precio que el valúo correspondiente, dejando en indefensión su Derecho que conserva a pesar de la Ejecución Forzosa.

En relación al Derecho a la Igualdad, considera que la disposición impugnada no lo vulnera, ya que todos los sujetos intervinientes, en la subasta, tienen la misma oportunidad de comprar el bien embargado, incluyendo el acreedor que también puede participar de la misma.

5.3.2 Sobre El Derecho A La Igualdad

Antes de analizar la Sentencia que hemos elegido, consideramos oportuno citar Jurisprudencia que hemos encontrado en esta investigación perteneciente a la Sala de lo Constitucional que fungía en el año 1998, donde el tribunal define el Derecho a la Igualdad, sus alcances y la forma en que opera: *“Sobre los alcances del Principio de Igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley: La Igualdad "Es un Derecho subjetivo que posee todo*

ciudadano a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo, y exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas, abarcando también la igualdad en la aplicación de la ley, de manera que un Órgano Jurisdiccional no pueda, en casos sustancialmente iguales, modificar arbitrariamente el sentido de sus resoluciones, salvo cuando su apartamiento de los precedentes posea una fundamentación suficiente y razonada. En los supuestos de decisiones desiguales, debidas a órganos plurales, corresponde a la jurisprudencia de los Órganos Jurisdiccionales establecer la necesaria uniformidad en aplicación de la ley, en pro de la seguridad jurídica. Por tanto, puede concluirse que el Derecho a la Igualdad tiene dos perspectivas constitucionales: (a) La Igualdad ante la ley; y (b) La Igualdad en la aplicación de la ley.

Conforme a la primera, frente a supuestos de hechos iguales, las consecuencias deben ser las mismas, evitando toda desigualdad arbitraria y subjetiva. Según la segunda, cuya aplicación se hace principalmente en el ámbito judicial, las resoluciones judiciales deben ser las mismas al entrar al análisis de los mismos presupuestos de hecho, aunque sean Órganos Jurisdiccionales distintos los que entraren al conocimiento del asunto, evitando cualquier violación consistente en que un mismo precepto legal se aplique en casos iguales con evidente desigualdad”²³⁴.

Respecto a la estructura de la igualdad, la jurisprudencia Constitucional ha señalado que, “*En ocasiones la igualdad aparece como exigencia de equiparación: de manera que se da un trato igual a circunstancias o situaciones no idénticas que, sin embargo, se estima deben considerarse irrelevantes para el disfrute o ejercicio de determinados Derechos o para la*

²³⁴ Sentencia con referencia 317-97, del proceso de Amparo de fecha 26-VIII-98

*aplicación de una misma disposición...*²³⁵

Habiendo señalado la jurisprudencia Constitucional que define el Derecho a la Igualdad de manera general como Derecho Fundamental proclamado en nuestra Carta Magna, procederemos a analizar la Sentencia de la Sala de lo Constitucional actual que hemos seleccionado, así en el considerando III numeral 1 encontramos: *“1. En la sentencia pronunciada el 18-XII-2009 en la Inconstitucionalidad 23-2003, la Sala acotó que el Derecho de Igualdad no constituye solamente una norma abstracta. Supone también una verdadera sujeción para todos los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, como una “garantía de legalidad” y de “imperativo de justicia”.*

Por tanto, se puede afirmar que el Derecho de Igualdad es aquél que hace que los poderes, en sus actividades, den un trato equivalente a todas las personas, en condiciones similares; sin embargo, también posibilita el que se dé, de forma deliberada y en condiciones distintas, un trato dispar en beneficio de cualquiera de los sujetos involucrados en una relación que presente criterios o rasgos diferenciadores relevantes, bajo criterios justificables y razonables a la luz de la misma Constitución.”

Como observamos, la Honorable Sala de lo Constitucional aborda el tema de la igualdad definiéndolo como un Derecho Fundamental que está plasmado en el texto Constitucional y que debe ser garantizado por el Estado, tanto en la formulación de una ley, como en la aplicabilidad de la misma. Asume la afirmación que el Derecho a la Igualdad no constituye solamente una norma de carácter abstracto, sino también como una sujeción para el Estado soberano como una “Garantía de Legalidad” y de “Imperativo de Justicia”.

Esto nos trae directamente a la mente la famosa fórmula de Radbruch, donde el autor alemán define la igualdad como el núcleo de la justicia: *“El*

²³⁵ Sentencia con referencia 28-2002, del proceso de Inconstitucionalidad de fecha 8-IV-2003

conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debería poder solucionarse en el sentido de que el Derecho Positivo asegurado por el estatuto y el poder tenga también preferencia cuando sea injusto e inadecuado en cuanto al contenido, a no ser que la contradicción entre la Ley Positiva y la justicia alcance una medida tan insostenible que la ley deba ceder como Derecho injusto ante la justicia. Es imposible trazar una línea más nítida entre los casos de la injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra línea divisoria con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho Positivo, ahí la ley no es sólo Derecho injusto sino que más bien carece totalmente de naturaleza jurídica²³⁶.

Si la fórmula de Gustav Radbruch la analizamos de manera crítica, veremos que en ella se cumple una de las tesis principales del iusnaturalismo: la existencia de un orden normativo superior y que da legitimidad al Derecho Positivo. Radbruch habla de la justicia como valor absoluto que le da legitimidad al orden jurídico humano y el núcleo central de ese valor justicia es nada más que el valor igualdad. Radbruch niega la naturaleza jurídica de las leyes positivas si en su establecimiento "es negada conscientemente" la igualdad, que según Radbruch representa el núcleo de la justicia.

Si buscamos el fundamento del Derecho a la Igualdad caemos en cuenta que se encuentra en la Dignidad Humana, y si nos cuestionamos sobre cuál es el fundamento ontológico de la Dignidad, la encontraremos la Naturaleza Humana, dado que cada ser humano posee una esencia fija no determinada por factores sociales o históricos y en esta esencia o naturaleza se encuentra la Dignidad, la cual es la misma para todos los hombres.

²³⁶ **RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo.** "LA idea del Derecho en la Filosofía jurídica de Gustav Radbruch". Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política, Nº 6, junio de 2007, p.27.

La Dignidad Humana es que la que da un soporte objetivo a la igualdad, pues si todos los seres humanos poseemos la misma naturaleza y en consecuencia la misma Dignidad, entonces no hay motivo alguno para que se trate de diferentes formas a las personas por cuestiones de sexo, raza o diferencias religiosas. La igualdad humana como un valor objetivo, se justifica en la Dignidad Humana pues el valor de ésta es el mismo en toda criatura racional perteneciente a la familia humana.

Dicho lo anterior ni los poderes públicos ni los privados tienen fundamentos sólidos y objetivos para tratar de manera distinta a la diversidad de personas, pues, si bien es cierto existen diferencias entre las personas en cuanto al sexo, creencias, razas, capacidades intelectuales o artísticas, inclinaciones o preferencias sexuales y otras, estas diferencias reales no determinan el valor de una persona, es decir, que esas diferencias evidentes no vuelven más o menos dignas a las personas y si estas poseen el mismo valor tienen el Derecho legítimo de ser tratados de la misma manera. En este sentido, la naturaleza humana y su Dignidad son el soporte no solo del Derecho a la Igualdad, sino también de todo Derecho Fundamental.

5.4 Dignidad Humana, Derecho Natural Y Derechos Fundamentales

La Dignidad de la persona humana es un presupuesto básico para entender el porqué de los Derechos Humanos Fundamentales y esta misma no resultará definitivamente fundamentada hasta que se adopte la perspectiva metafísica exacta. Buena parte de los atentados prácticos que hoy la amenazan, así como las discusiones teóricas en que se ve envuelta, proceden del hecho de que en la actualidad se intente afirmar esa Dignidad mientras se rechazan frontalmente los cimientos ontológicos en los que se asienta.

La palabra Dignidad es un vocablo que proviene del latín “dignitas” el cual a

su vez deriva de *dignus* cuyo sentido implica una posición de prestigio o decoro. La Dignidad es ser tratado como lo que se es. En la actualidad el concepto más utilizado de Dignidad hace referencia al trato o respeto debido a las personas por su mera condición de seres humanos, aunque sin profundizar el porqué de ese trato especial, o de donde viene tal Dignidad. Tal cuestión es la que pretendemos abordar a continuación. Para Kant Dignidad es *"Aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, eso no tiene meramente valor relativo o precio, sino un valor interno, esto es, Dignidad"*. Luego añade *"La autonomía es el fundamento de la Dignidad de la Naturaleza Humana y de toda naturaleza racional"*²³⁷.

Kant, a la racionalidad agrega la voluntad con la cual se construye esa capacidad o naturaleza moral de los seres humanos. Al hacer un repaso histórico sobre la noción de Dignidad especialmente en la primera etapa en Grecia y Roma la concepción de Dignidad Humana se basaba originalmente en el aprecio y el reconocimiento social hacia el individuo, según la posición social, origen o cargo político que ocupaba. Esta concepción de la Dignidad Humana no fundada en la Naturaleza Humana, sino en la condición social, tiene por supuesta la idea de superioridad y rechaza por principio la igualdad, que solo mucho después vendrá a unirse a la idea de dignidad, de ahí la razón que se justificara la esclavitud.

Fue con la aparición del cristianismo que la Dignidad adquirió una nueva dimensión fundada en el vínculo con Dios. La Dignidad Humana se encuentra fundamentada en la idea de que el hombre es imagen y semejanza de Dios²³⁸. Sumada a esa filiación del ser humano con Dios se encuentra a su vez la redención del ser humano por Cristo, el mismo Dios

²³⁷ KANT, Immanuel. *"Fundamentación de la metafísica de las costumbres"*, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, Madrid, 1993, 71 y 73.

²³⁸ Génesis, 1:27. Biblia de Jerusalén, nueva edición revisada y aumentada, editorial Desclée de Brouwer Bilbao, España, 1998, p.14

hecho hombre, y con esto la Dignidad se une con el Principio de Igualdad, pues la creación y redención alcanzan a toda la humanidad. Aquí se comienzan a encontrar atributos de la Dignidad Humana que se conservan hasta nuestros días tales como: el hecho de la Dignidad no se pierde, ni depende de las características personales, raza, sexo, ni del cargo político o posición social; sino que por la filiación del ser humano con Dios los seres humanos son dignos. Debemos rechazar entonces las concepciones naturalistas, que en aras de “luchar” por los “Derechos de los animales” postulan una equiparación entre los seres humanos y los demás seres vivos, donde el ser humano solo se diferenciaría del resto de los demás seres vivos por el grado de complejidad alcanzado por la evolución. Esta perspectiva no únicamente degrada al ser humano sino que como afirma Erich Kahler: *“...niega cualquier diferencia esencial entre el hombre y el animal en su aspecto mecánico, no tiene en cuenta para nada hechos fundamentales que no podría explicar de manera satisfactoria. Ignora los valores que se desarrollaron en la antigüedad y la cristiandad, el dominio de sí, el dominio de los deseos o impulsos, el amor, la caridad y la filantropía. No tienen en cuenta los logros de la contemplación humana, de los esfuerzos del hombre por reflejar el mundo y así mismo en el arte y en la especulación filosófica, para formarse y recrearse mediante la fuerza de su intelecto”*²³⁹. Pero al reducir lo humano a lo biológico, se niega también la posibilidad de comportamiento moral y de la responsabilidad derivada de esas capacidades que caracterizan al ser humano.

5.4.1 Ontología De La Dignidad Humana

Si queremos adentrarnos hasta la significación ontológica de la dignidad del hombre, habremos de considerar al ser humano como algo absoluto y

²³⁹KAHLER, Erich, “Historia universal del hombre”, México, Fondo de Cultura Económica, 1946, p. 19.

explicar considerarse absoluta a la persona humana.

Hay tres sentidos fundamentales en los que el hombre puede considerarse como absoluto²⁴⁰.

En primer término, el hombre es un absoluto, en cuanto se encuentra inmune o desligado de las condiciones empobrecedoras de la materia: por no depender intrínseca y substancialmente de ella, no se ve afectado por la minoración ontológica que ésta infringe a lo estricta y exclusivamente corpóreo. Desde ese punto de vista, cualquier persona humana exhibe una peculiar nobleza ontológica por cuanto su acto de ser “descansa en” el alma espiritual²⁴¹.

Gracias a esa elevación sobre lo limitada y privativamente material, la nobleza, la Dignidad de la persona se revela infinitamente superior a la de todos los entes creados.²⁴² El ser que constituye su fundamento se configura, en cabal visión metafísica, como lo más nuclear y profundo de cualquier persona.

En segundo lugar, la índole absoluta de cada ser humano se refiere a una acabada independencia axiológica frente a todos y cada uno de los componentes de su misma especie. Quiere decirse con ello que el *valor* radicalmente constitutivo de cada persona humana no surge de una relación subordinante respecto a sus congéneres, ni solos ni considerados en conjunto. Muy al contrario, cada absoluto humano se encuentra desligado, por elevación, de la propia especie a que pertenece, y goza de un sentido propio al margen de ella. Por eso, igual que antes hablábamos de una

²⁴⁰ **MELENDO, Tomás**. “Metafísica de la dignidad humana”, anuario filosófico, servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, España, 1994, p. 20.

²⁴¹ Ver por ejemplo, Tomás de Aquino, *De anima*, q. un., a. 1 c., donde se muestra que el alma posee un “ese per se absolutum non dependens a corpore”.

²⁴² **CAFFARRA, Carlo**. “*La sexualidad humana*”, Encuentro, Madrid, 1987, págs. 26-27.

«llamada» supracósmica, hay que afirmar ahora, sin atenuantes, una acendrada «vocación» supraespecífica, radical y propiamente *personal*, que hace de cada sujeto humano, como sugiere Carlos Cardona, "alguien *delante de Dios* y para siempre"²⁴³.

El tercer y decisivo sentido en que la persona humana ha de considerarse absoluta es el que la revela como *un fin* terminal, o como una meta en sí misma, Precisamente por su *trascendencia* respecto al conjunto del orbe material, y por *destacarse* también de los demás integrantes de la propia especie, el sujeto humano «se recoge en sí mismo» y aparece dotado de un valor autónomo, que impide su *relativización* radical o *instrumentalización*: se muestra provisto, como decíamos, de la valía que corresponde a lo que *es fin en sí*, y no mero medio para lograr otra cosa.

Traemos a colación una de las frases más conocidas del filósofo Kant: "La humanidad misma es una Dignidad, porque el hombre no puede ser tratado por ningún hombre (ni por otro, ni siquiera por sí mismo) como un simple instrumento, sino siempre, a la vez, como un fin; y en ello precisamente estriba su Dignidad (la personalidad)"²⁴⁴.

5.2.2 Dignidad Humana Y Derechos Humanos Fundamentales

Históricamente la Dignidad Humana como base de los Derechos Humanos tiene su mayor incidencia tras la Declaración Universal de los Derechos Humanos a raíz del fin de la Segunda Guerra Mundial y de las aberraciones que se cometieron en los campos de batalla tanto en la primera como en la segunda guerra, muy especialmente el desarrollo de los campos de concentración y exterminio, el genocidio judío, los experimentos con seres humanos y las prácticas eugenésicas y eutanásicas, provocaron que los

²⁴³ **CARDONA, Carlos**, "*Metafísica del bien y del mal*", ed., Eunsa, Pamplona, 1987, p. 96.

²⁴⁴ Citado por **MELENDO, Tomás**. "Metafísica de la dignidad humana", ob. Cit. P.24

Derechos Humanos pasaran a convertirse en tema central de las preocupaciones internacionales, como un elemento fundamental para la existencia misma de la comunidad internacional y de la construcción de las relaciones entre los países.

Peces Barba nos dice al respecto: *“Junto con el desarrollo de los Derechos Humanos va el de la Dignidad, pues es precisamente en relación con la tutela, protección y promoción de la Dignidad Humana en los ámbitos jurídico y político que los Derechos Humanos tienen sentido y alcanzan una dimensión moral”*²⁴⁵.

Actualmente entendemos a los Derechos Humanos no sólo como la expresión ética más acabada del Derecho, sino como la expresión jurídica de la Dignidad Humana. Esto es, los Derechos Humanos, originalmente concebidos como instrumento para defender al individuo de las acciones de la autoridad que pudieran afectar o agredir a su Dignidad, hoy día en las sociedades contemporáneas tienen el carácter de paradigma ético y regla moral.

Así, de manera pragmática hoy se considera que las normas jurídicas son justas cuando respetan, protegen y promueven los Derechos Humanos; y las acciones de la autoridad son legítimas cuando son respetuosas y promotoras de los Derechos Humanos.

²⁴⁵Citado por **MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M.** *“Reflexiones sobre la Dignidad humana en la actualidad”*, Boletín Mexicano de Derecho comparado, , nueva serie, número 136, Universidad Autónoma de México, p. 55

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Nunca se ha visto en la historia de la humanidad tanto como en la actualidad la afirmación de que el ser humano posee Derechos por el simple hecho de serlo. El lenguaje de los Derechos Humanos se hace presente en el discurso político, en el debate social, en organismos internacionales como en la ONU, la OEA, ONGs y otros. El lenguaje de los Derechos Humanos aparece frecuentemente en los diversos aspectos de la vida social, y no deja de resultar paradójico que al mismo tiempo se desconoce o rechaza una fundamentación que implique apelar a alguna forma de naturaleza humana de carácter objetiva que sirva como soporte sólido a la realidad de los Derechos Humanos.

A lo largo del desarrollo de la presente investigación hemos tenido la oportunidad de tener contacto con diversas doctrinas al momento de la consulta de numerosos textos que nos han proporcionado los conocimientos generales sobre la Doctrina del Derecho Natural y otras corrientes de pensamiento filosófico que explican desde su concepción el fenómeno del Derecho. Por otra parte, hemos consultado opiniones de expertos en el área por medio de la realización de entrevistas con el objeto de clarificar conceptos y dilucidar ciertas ideas, éstas fueron realizadas a expertos en el área de la Filosofía del Derecho y otros del Derecho Constitucional²⁴⁶; dichas entrevistas fueron de gran aporte en nuestra investigación.

²⁴⁶ En primer lugar se realizó la entrevista al filósofo y sociólogo Héctor Samour autor del libro "Filosofía del Derecho" realizada en el mes de septiembre de dos mil trece; posteriormente en el mes de octubre tuvimos el privilegio de entrevistar al eminente Filósofo del Derecho Rodolfo Luis Vigo, quien es uno de los mayores exponentes y expertos en esta área en toda Latinoamérica y parte de Europa. Ya en transcurso del presente año realizamos una entrevista al Magistrado de la Sala de lo Constitucional Dr. Rodolfo González; posteriormente al Dr. José Belarmino Jaime también Magistrado de la honorable Sala de lo Constitucional y finalmente entrevistamos al Dr. José Humberto Morales,

La influencia del iusnaturalismo en las resoluciones de la Sala de lo Constitucional del período 2009-2013 en materia de Derechos Fundamentales se vuelve notoria cuando descubrimos dicha influencia en nuestra Constitución, existiendo una alta carga valorativa que contiene la Constitución de la República especialmente y de forma más evidente en su preámbulo²⁴⁷ y en sus primeros artículos, en ellos encontramos los Derechos Fundamentales de la persona humana, los valores, principios que persigue la actividad del Estado.

La Sala de lo Constitucional como autoridad judicial es la encargada por excelencia de proteger y darle cumplimiento al texto Constitucional por medio de las resoluciones que emite; en este sentido resulta imposible que las mismas tengan como soporte iusfilosofico una doctrina diferente al iusnaturalismo, cuando es ésta la que inspira la existencia de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico. Puntualmente en las resoluciones que fueron el objeto de análisis de este trabajo de tesis la influencia iusnaturalista en materia de Derechos Fundamentales se evidencia a partir de que se consideran estos como facultades propias de la persona humana que son reconocidas por el Estado y no dadas por el mismo, cuando se consideran como inherentes a la persona estas facultades que han sido positivadas en el texto Constitucional la cual resulta necesaria y que se fundamentan como exigencias ético-jurídicas derivadas de su Dignidad.

Desde el momento en que se considera que el ser humano posee un valor

catedrático de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador autor de la obra "Apuntes de Filosofía del Derecho".

²⁴⁷Decreto n° 38: Nosotros, representantes del pueblo Salvadoreño reunidos en Asamblea Constituyente, puesta nuestra confianza en DIOS, nuestra voluntad en los altos destinos de la patria y en ejercicio de la potestad soberana que el pueblo de El Salvador nos ha conferido, animados del ferviente deseo de establecer los fundamentos de la convivencia nacional con base en el respeto a la Dignidad de la persona humana, en la construcción de una sociedad más justa, esencia de la democracia y al espíritu de libertad y justicia, valores de nuestra herencia humanista.

intrínseco, una Dignidad que no depende del consenso, ni de su reconocimiento en los cuerpos normativos internacionales, ni de un momento histórico o una sociedad determinada, sino que es un valor que reside en la naturaleza misma de la persona humana, naturaleza entendida como esencia.

Esta concepción del ser humano encaja perfectamente con los postulados de la Doctrina del Derecho Natural, pues en la persona ya existen valores y Derechos Naturales producto de su Dignidad y está a su vez enraizada en la Naturaleza Humana.

Las Sentencias que analizamos en esta tesis y que contienen un soporte filosófico inspirado en el naturalismo cumplen el objeto último de la norma jurídica, en este caso de la Constitución de la República, la cual establece el principio y fin de la actividad del Estado: la Persona Humana. La norma jurídica se pone al servicio de la persona humana, contrario a lo que sostiene el Positismo Jurídico, es decir, la persona al servicio de la norma y que sugiere endiosar al Estado y a las leyes positivas. Esta postura filosófica en sus formas más primitivas se preocupa única y exclusivamente en la validez de la norma y no en su legitimidad, esto es, en el proceso de formación de las leyes positivas que la misma establece y niega en su totalidad la existencia de un Derecho diferente del Derecho Positivo, al mismo tiempo niega la existencia de Derechos intrínsecos en la naturaleza humana, más bien, considera dentro de su tesis monista del Derecho que los Derechos son conquistas históricas y que antes de la creación del Derecho Positivo resulta imposible hablar de Derechos.

Lo anterior nos cuestiona ¿Acaso no hubo violación de Derechos en la segunda guerra mundial en los campos de concentración y exterminio como Auschwitz-Birkenau, Belzec, Dachau, donde de forma sistemática se violaron

Derechos Humanos: personas gaseadas con ziklon b, experimentos con mujeres, niños, prácticas eugenésicas, políticas de higiene social, donde se pisoteó la Dignidad Humana. Donde las mayores atrocidades cometidas contra la humanidad eran legitimadas por normas positivas emitidas por el régimen nazi, para legalizar la más evidente, infame y vergonzosa página de la historia de la humanidad?

Era en este período de la historia cuando imperaba la visión positivista de lo jurídico, donde el Derecho se reducía a la Ley Positiva haciendo posible que cualquier contenido se convirtiera en Derecho. Finalizada la segunda guerra mundial, la humanidad se dio cuenta de los crímenes cometidos contra ella misma.

¿Cómo podría calificarse de injusto el actuar nazi si no existiera una Ley suprapositiva, objetiva, inmutable, eterna, universal y cognoscible por la razón humana? ¿Qué Derechos Humanos habrían sido violados si solamente se considera como Derecho lo que establece una norma escrita? Por ello nos resulta totalmente imposible reconocerle naturaleza jurídica a todas las normas de Derecho Positivo que en su contenido haya un grado de injusticia tal que vulnere la Dignidad y los bienes básicos para la coexistencia pacífica de la familia humana.

El triunfo de la visión que propugna porque en el ser humano existe una Dignidad y Derechos Naturales anteriores al Estado y que no dependen de actos de voluntad del hombre, es decir, el iusnaturalismo se da en los juicios de Núremberg donde en base a preceptos de Derecho Natural se procesan y condenan a partícipes de los crímenes cometidos en la segunda guerra mundial, quienes alegaban que habían actuado bajo el amparo y cumplimiento de la ley. La defensa de los jefes nazis fue que habían hecho lo que se les había enseñado, es decir, que fueron formados bajo el

pensamiento positivista, a esto el Tribunal respondió que “habían cumplido la Ley, pero violado el Derecho.”

Otro ejemplo de lo anterior, se dio en el caso de una mujer germana que denunció a su marido por injuriar a Hitler, el marido fue condenado a muerte y enviado a morir al frente de guerra. En 1949 ella fue procesada por un tribunal alemán occidental; ella alegó que no cometió delito alguno por ser Derecho vigente durante el régimen nazi y el tribunal sentenció que la norma de la dictadura era contraria a la “sana conciencia y el sentido de justicia de todos los seres humanos decentes”. Por estas razones históricas, resulta difícil encontrar en la actualidad luspositivistas que nieguen tajantemente la relación ciertos valores y el Derecho, ejemplo claro de ello el de Herbert Hart, quien reconoce que las normas jurídicas deben poseer un mínimo de contenido de Libertad.

Concluimos a partir de todo lo anterior nuestra imposibilidad de comulgar con la visión positivista del Derecho por las graves consecuencias que la misma produce, teniendo en cuenta que han sido refutadas todas las críticas que ésta hace a la doctrina del Derecho Natural, por mencionar algunas de las debilidades que le atribuye Hans Kelsen, la primera sobre el carácter religioso del Derecho Natural concluimos su invalidez, pues no es cierto que exista Derecho Natural exclusivamente para aquellos que creen en Dios, pues por medio de la razón podemos llegar a la misma verdad, es decir, a la existencia de un Derecho Natural propio del ser humano, misma verdad a la que se puede llegar a partir de la idea de la existencia de Dios, la fe en este caso cumple la función de refuerzo a la razón, pero no se trata de dos verdades distintas, sino de una sola a la cual se puede llegar por ambas vías.

Otra de las importantes críticas del Positivismo Jurídico hace al lusnaturalismo es sobre que este incurre en derivar proposiciones de deber

ser de proposiciones del mundo de ser, es decir, la llamada ley de Hume y que algunos la especifican como falacia naturalista; debemos decir que esta crítica se vuelve efectiva para algunos autores pertenecientes a la “Escuela del Derecho Natural” de la corriente iusnaturalista racionalista que basan sus propuestas en la idea del Estado de Naturaleza del ser humano, pero en ningún momento son aplicables a la doctrina del iusnaturalismo Clásico, siendo su más serio exponente Santo Tomás de Aquino quien aclara perfectamente que de preceptos del deber ser se extraen normas de Derecho Natural cognoscibles por medio de la razón y que son evidentes a la misma. Otra crítica importante que señala Kelsen es la que según el iusnaturalismo el Derecho Positivo no es necesario, esta crítica no es admisible pues el mismo Santo Tomás expone una separación categórica de las Leyes, poniendo en último plano las leyes humanas y justifica la existencia de éstas por la falibilidad de la Naturaleza Humana, pues ésta tiene una doble dimensión: la naturaleza racional y la naturaleza sensible, siendo esta última la inclinación natural del ser humano de hacer lo malo, entonces resulta importante la formulación del Derecho Positivo cuya característica principal es la coercibilidad, he ahí la necesidad de las mismas.

A pesar de todo ello, consideramos pertinente aclarar que si bien desde el iuspositivismo se pueden justificar cualquier contenido del Derecho por su postulado de la separación entre Derecho y Moral lo cual consideramos peligroso y equivocado, pues nos resultaría imposible formular valoración alguna sobre la Ley Positiva y en consecuencia la obediencia incondicional a la misma; hemos de admitir que el Positivismo Jurídico ha contribuido en gran medida al desarrollo y estudio del Derecho desde una perspectiva rigurosa y estrictamente científica y política.

Siendo el Positivismo Jurídico y el iusnaturalismo corrientes iusfilosóficas antagónicas han sido protagonistas de infinidad de debates sobre la

explicación del fenómeno jurídico tanto en su desarrollo histórico como en la actualidad, concluimos que en cierta medida esta pugna se resuelve en la práctica en la medida en que los preceptos, principios valores y normas del Derecho Natural se incluyen en las leyes positivas de mayor rango de los sistemas jurídicos, digámoslo así, en las Constituciones.

A la luz de lo anterior, indagamos que resulta insoslayable inclinarse por una de esas posturas tan elementales.

Nosotros como grupo nos inclinamos por los postulados que propugna el lusnaturalismo como corriente lusfilosoficas por las razones siguientes:

a) Consideramos que el lusnaturalismo conlleva una riqueza epistemológica superior a la del luspositivismo, pues este último sostiene la idea de la exclusividad del conocimiento científico en el estudio del Derecho; mientras que el lusnaturalismo si bien admite la validez del conocimiento científico no lo considera exclusivo, sino que abarca los distintos tipos de saberes jurídicos, básicamente el conocimiento lusfilosofico y eso posibilites diferentes explicaciones y aproximaciones del Derecho que enriquecen la mirada y posibilidades del mismo.

b) Otra ventaja de la doctrina lusnaturalista es que en ella no se presenta la llamada “Insularidad del Derecho” esto es, no se propone estudiar el Derecho de manera aislada, sino con la relación que tiene con otras realidades como la moral, la política, la economía, la cultura y otras.

También otra ventaja que encontramos a favor del lusnaturalismo es el respaldo que tiene en cuanto a la realidad jurídica pues resulta evidente que el luspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica. Muchos rasgos e institutos que hoy exhibe el Derecho vivo que circula diariamente entre la

ciudadanía, abogados y jueces resultan muy difíciles de entenderlos, explicarlos o justificarlos desde convicciones luspositivistas, o dicho de otro modo, la actualidad jurídica exhibe una gran variedad de características que remiten a explicaciones afines al lusnaturalismo.

c) La última y más importante ventaja que identificamos a favor del lusnaturalismo es la fundamental tesis del “Humanismo del Derecho” pues según estos la idea de Derecho es una imagen de la idea del hombre, mientras que el luspositivismo ha prescindido de ese trasfondo y ha intentado crear una Ciencia Jurídica que exhiba tal título sin complejos, el riesgo de esta postura es que lo creado resulte no sólo alejado del hombre sino contra él mismo.

Por ello es pertinente el cuestionamiento que se hace Robert Alexy sobre los Derechos humanos: ¿Derechos Humanos sin metafísica? A lo que el mismo llega a la conclusión de que es imposible hablar de Derechos Humanos sin una metafísica que sirva de soporte y fundamento de los mismos, una realidad inmaterial que los sustente y les dé una razón de ser. Alexy propone a estos una metafísica kantiana, que se basa en la razón práctica de la autodeterminación y la autonomía de la persona.

El llamado permanente del lusnaturalismo es a no perder de vista la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y a su sociedad nos quedamos con estructuras que resultan ininteligibles al perder de vista el porqué y el para qué de las mismas. Solamente el lusnaturalismo nos brinda un fundamento sólido sobre los Derechos Fundamentales (Derechos Humanos Constitucionalizados) y este es el de la Dignidad intrínseca de la persona humana pues, el hombre es un ser digno en sentido absoluto, dueño de sí y, en consecuencia, portador de unos bienes que le son suyos y que por otros le son debidos. La persona, por

tanto, se presenta ante los demás como un ser merecedor de respeto y que está perfectamente autorizado para exigirlos por su valor mismo. Como hemos visto en el capítulo anterior, esta dignidad puede ser entendida en el sentido kantiano, pero esta visión nos resulta insuficiente, pues la autonomía y la manifestación de las capacidades intelectuales nos remitirían a que solamente las personas que gozan del libre ejercicio de las mismas poseen dignidad y por tanto Derechos Humanos. Con justa autoridad podemos decir que el fundamento que ofrece Kant en cuanto a la validez de la Dignidad de la persona humana constituye no un fundamento último, sino un fundamento penúltimo, en la medida en que la manifestación de los actos que se originan en la autonomía son expresiones de la innegable grandeza de su poseedor pero no su causa o fundamento definitivo, este sería que el ser humano como criatura racional de origen divino es un ser teleológico cuya finalidad última es Dios y que para esa realidad ha sido creado, he aquí el fundamento último de la Dignidad Humana, el ser humano en cuanto es finalidad en sí mismo y no medio de nada ni nadie y esta Dignidad como soporte ontológico de los Derechos Humanos Fundamentales, un soporte que les da la categoría de objetivos, esto es, que no dependen ni del tiempo ni del espacio, ni de la opinión que tengan los sujetos sobre ellos para que tengan validez, en consecuencia se deduce que sus características le son propias: universales, inmutables, inalienables, imprescriptibles. Por ello Derechos tan importantes y básicos para el ser humano como la vida, la igualdad, la libertad y su soporte que es la Dignidad, sirven para el desarrollo pleno del ser humano y que éste logre perseguir y alcanzar efectivamente sus fines últimos. En este sentido aprobamos en su totalidad la influencia lusnaturalista que soporta las resoluciones de la Sala de lo Constitucional como máxima autoridad judicial en defensa de la Constitución de la República en nombre del Estado, cuyo principio y fin no se han perdido de vista: la Persona Humana.

RECOMENDACIONES

Producto de nuestra investigación son las recomendaciones siguientes que proyectaremos a tres sectores de la comunidad jurídica que consideramos pertinentes:

La primera recomendación va dirigida a la comunidad jurídica en general de nuestro país a reflexionar y profundizar sobre los fundamentos filosóficos que sustentan, inspiran, soportan, subyacen y explican los principios, valores y Derechos que están plasmados en nuestra Constitución, los cuales se manifiestan en diversos ámbitos de la actividad estatal, siendo principalmente la solución de conflictos de Derecho por medio de la actividad jurisdiccional ejercida por el Órgano Judicial cuando uno de estos principios, valores y Derechos ha sido vulnerada, específicamente por medio de las resoluciones emitidas por el Tribunal de mayor jerarquía en materia constitucional en nuestro país.

La segunda recomendación específica la dirigimos a los encargados de crear, modificar, derogar e interpretar auténtica al Derecho Positivo en nuestro país, es decir, al Órgano Legislativo, es que al momento del ejercicio de sus facultades tomen en cuenta los fundamentos jurídico filosóficos que inspiraron a la Asamblea Constituyente a decretar la Constitución de la República que delimita sus funciones legislativas, limitaciones determinadas por el respeto a la intrínseca dignidad de la persona humana y los principios de justicia, igualdad y libertad que dirigen la actividad del Estado. Recordar siempre que los Derechos humanos tienen como base ontológica el Derecho Natural y no lo son aquellos que contrarían las finalidades del ser humano y que carecen de una sólida base argumentativa y ontológica, pero que en la actualidad se hacen pasar como si lo fueran y en muchos casos se intentan imponer a los Estados por presiones de algunos organismo internacionales.

La tercera recomendación la dirigimos a los jueces y magistrados del Órgano Judicial: en el sentido que profundicen sobre las bases iusfilosóficas de los derechos fundamentales que como jueces están facultados y obligados a proteger; en especial las sólidas razones que ofrece el pensamiento iusnaturalista. Tomando en cuenta que los valores, principios y derechos plasmados en nuestra Constitución tienen su origen en la doctrina del Derecho Natural.

BIBLIOGRAFIA

Libros:

AGUIRRE CARDONA, Francisco Osmín. La Historia Constitucional de El Salvador y el Movimiento Unionista Centroamericano. 1ª Edición Talleres Gráficos POBLETE, Chile, 1954.

ALEXY, Robert. "El concepto y la validez del derecho", Barcelona, Gedisa, 1997.

ALEXY, Robert. "*El concepto y validez del Derecho*", traducción Jorge M. Seña, 2ª edición, editorial Gedisa, Barcelona, 2004.

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel. "*Manual de filosofía del Derecho*", Editorial Astrea, Primera edición, 1979.

ARISTÓTELES, "*La Política*", 5ª Edición, trad. Patricio de Azcárate, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946.

ARISTÓTELES, *Moral a Nicómaco*, 2ª ed., trad. Patricio Azcárate, Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1946.

BARP FONTANA, Luciano. *La ley natural moral según el pensamiento clásico*. Universidad La Salle, vol. 8, 2008.

BARZOTTO, Luis F. "*Ley Natural y amor: el amor como principio de la Ley Natural*". Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de *Ley Natural y Derechos Naturales: Ley, moral y razón*". Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México.

BERTRAND GALINDO, Francisco y otros, *Manual de Derecho*

Constitucional, Tomo II, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, Talleres Gráficos UCA. 1999.

BOBBIO, Norberto, “Algunos argumentos contra el Derecho Natural” en H.Kelsen, N.Bobbio y otros, *Crítica del Derecho natural*, Introducción y traducción de EliasDiaz, Madrid, Taurus, 1966.

BOBBIO, Norberto, “El Positivismo Jurídico”, Trad. de R de Asis y Agreppi, Debate, Madrid, 1993.

BOBBIO, Norberto. “El positivismo Jurídico”, Trad. de R de Asis y Agreppi, Debate, Madrid, 1993.

BOBBIO, Norberto. “*Teoría General del Derecho*”, trad. De Jorge Guerrero R., 2ª Ed., Temis, Santa Fe de Bogotá-Colombia, 1992.

BROEKMAN, Jan M., “*Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*”, trad. Hans Lindahl y Pilar Brugos Checa, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1997.

BULYGYN, Eugenio. “*El Positivismo Jurídico*”. Editorial Distribuciones Fontamara, México, 1ª edición, 2006.

CAFFARRA, Carlo, “*La sexualidad humana*”, Encuentro, Madrid, 1987.

CAMPAGNOLI, Carlo. “Las técnicas de reproducción artificial. Aspectos médicos”, en *Manual de Bioética General*, Madrid, 1999.

CAPPELLETTI, Ángel J. “*La filosofía de Heráclito de Éfeso*”, segunda edición, Editorial Monte Ávila, 1971.

CARDONA, Carlos, “*Metafísica del bien y del mal*”, editorial Eunsa, Pamplona, 1987.

CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. “Ley Natural”, S. Ed., España, 2008.

CICERÓN, Marco Tulio. *“La República”, libro tercero, traducción de Don Antonio Pérez y García, imprenta DE REPULLÉS, Madrid, 1848, digitalizado por Google.*

DE VLEESCHAUWER, Hernan Jean. *“Historia de la Filosofía”*. Volumen 7, editorial Siglo XXI, México, 1987.

DELGADO PINTO, José, *De nuevo sobre el problema del Derecho Natural, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca, 1982.*

DÍAZ, Elías. *“Sociología y Filosofía del Derecho”*, 1ª reimpresión, editorial Taurus, Madrid, 1974.

DORANTES TAMAYO, Luis Alfonso. *Filosofía del Derecho*. Oxford University Press, Segunda Edición.

DWORKIN, Ronald. “Los Derechos en serio”. Traducción Marta Guastavino, Editorial Ariel, Barcelona, 1984.

DWORKIN, Ronald. “Retorno al Derecho Natural” en *Derecho y Moral* (J. Betegón –J.R. de Páramo), Barcelona, Ariel Derecho, 1990.

FLORES ESPINAL, Juan Carlos, *La Historia de los Derechos Humanos en nuestro país*, Tesis para optar al grado de licenciado, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, Universidad de El Salvador, San Salvador, El Salvador, 1993.

FUENTES LÓPEZ, Carlos. *“El racionalismo jurídico”*, Instituto de Investigaciones jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 141, Universidad Nacional Autónoma de México, primera edición, 2003.

GALAN Y GUTIERREZ, Eustaquio, *Iusnaturae (Lecciones de cátedra)*, vol. I, Madrid, 1961.

GALLARDO, Ricardo. Las Constituciones de El Salvador. Tomo I, Edit, Cultura Hispánica, Madrid, 1961.

GALLARDO, RICARDO. Las Constituciones de El Salvador. Tomo I, Editorial Cultura Hispánica, Madrid, 1961.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, México: Porrúa, 1983.

Génesis, 1:27. Biblia de Jerusalén, nueva edición revisada y aumentada, editorial Desclée de Brouwer Bilbao, España, 1998.

GONZÁLES VICÉN, Francisco, “La Filosofía del Derecho como concepto Histórico” en Anuario de Filosofía el Derecho, t. XIV, Madrid, 1969.

GROCIO, HUGO, *De Jure Belli ac Pacis*, I, 1, nº 10.

GROCIO, HUGO, *De Jure Belli ac Pacis*, nº 13.

HERNÁNDEZ, Héctor. “Sobre si hay un derecho natural, en La ley”. Buenos Aires, vol. 1986-B, 2ª col.

HERVADA, Javier, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona, 1998.

HOESTER, Norbert. “En defensa del positivismo jurídico”, Barcelona, Gedisa, 1982.

FINNIS, John, *Natural law and natural rights*, Clarendon press, Oxford, 1980, Iª Parte, p. 49 y IIª Parte.

JUAN PABLOII, Lit. Encíclica “*Veritatis Splendor*”, 6-VIII-1993.

KAHLER, Erich, “*Historia universal del hombre*”, México, Fondo de Cultura Económica, 1946.

KANT, Immanuel, mencionado por KELSEN, Hans, *Teoría General de las*

- Normas* (Traducción: Hugo Carlos Delory Jacobs), Trillas, México, 1994.
- KANT, Immanuel. “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”. Traducción y edición de Roberto Rodríguez Amarayo, Editorial Alianza, España, 2002.
- KANT, Immanuel. “*Fundamentación de la metafísica de las costumbres*”, Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País, Madrid, 1993.
- KELSEN, Hans “La doctrina del Derecho Natural y el Positivismo Jurídico”, en *Contribuciones a la Teoría pura del Derecho*, Traducción de Eugenio Bulygin, Buenos Aires, Centro Editor de América Latina, 1969.
- LAERCIO, Diógenes, *Vidas de los filósofos más ilustres*, trad. José Ortiz y Sanz, editorial Espasa-Calpe, Buenos Aires, 1950, tomo II.
- LALANNE, Julio E. “Si Dios no existe, ¿todo está permitido?” *Revista Libertas* 41 (Octubre 2004) Instituto Universitario ESEADE. Buenos Aires.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. “*Filosofía del Derecho*”, segunda edición, Editorial Bosch, Barcelona, 1961.
- LOZANO, Álvaro. Del prólogo de su obra: “*La Alemania Nazi*”, editorial Marcial Pons, Madrid, 2008.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis, FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A., *Curso de teoría del Derecho y metodología jurídica*. Editorial Ariel S.A., p. 34.
- MARITAIN, Jacques. “*Los derechos del hombre*”. editorial La Pléyade, Buenos Aires, 1972.
- MARTINEZ BRETONES, Virginia. “*Gustav Radbruch: vida y obra*”, segunda edición, Instituto de investigaciones jurídicas serie E, varios, núm. 47. Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, XI.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. “*Reflexiones sobre la Dignidad humana en la actualidad*”, Boletín Mexicano de Derecho comparado, , nueva serie, número 136, Universidad Autónoma de México.

MASINNI CORREAS, Carlos. “*Sobre razón práctica y naturaleza en el iusnaturalismo. Algunas precisiones a partir de las ideas de John Finnis*”. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de *Ley Natural y Derechos Naturales: Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México.

MELENDO, Tomás. “*Metafísica de la dignidad humana*”, anuario filosófico, servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, España, 1994.

MESSINA DE ESTRELLA GUTIERREZ, *Bioderecho*, Buenos Aires, 1998.

MOMMSEN, Theodor, “*El mundo de los césares*”, traducción española de Wenceslao Roces, México, 1945.

MORALES, José Humberto. *Apuntes de Filosofía del Derecho*, primera edición 2011, editorial universitaria, Universidad de El Salvador.

NIETZSCHE, Friedrich. “*El Anticristo*” Madrid, Editorial Alianza 1974

NIETZSCHE, Friedrich. “*La gaya ciencia*”, citada, aforismo 335, edición citada.

NIETZSCHE, Friedrich. “*Humano, demasiado humano. Un libro para espíritus libres*”, aforismo 133.

NIETZSCHE, FRIEDRICH., *La Gaya Ciencia*, edición citada, aforismo 125.

ORREGO, Cristóbal. “*John Finnis. Controversias contemporáneas sobre la*

Ley Natural”, Traducción al español de *John Finnis: Natural Law And Natural Rights: Ley Natural y Derechos Naturales*. Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires.

ORTEGA Y GASSET, José, “*Reflexiones de Centenario en: Kant, Hegel, Scheller*”, Revista de Occidente en Alianza Editorial, 1983, Madrid mayo de 1924.

OWEN, James A. “*Núremberg: el mayor juicio de la historia*”, editorial Crítica, Barcelona, 2007.

PEREZ LUÑO, Antonio E. “*Los Derechos Fundamentales*”. Editorial Tecnos, tercera Edición, Madrid, 1988.

PERREIRA SÁEZ, Carolina. “*Sobre la inconmensurabilidad de los bienes básicos en John Finnis*. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de *Ley Natural y Derechos Naturales: Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México.

PRIETO SANCHÍS, Luis. “*Constitucionalismo y Positivismo*”, México, Fontamara, 1997.

RAZ, Joseph, “*La autoridad del Derecho*”, México, UNAM, 1982.

RIOS ALVAREZ, Lautaro. “*Valores superiores concurrentes en las cartas políticas de Chile y España*”, anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo I, Uruguay, 2005.

RODRÍGEZ GÓMEZ, Edgardo. “*LA idea del Derecho en la Filosofía jurídica de Gustav Radbruch*”. Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política, N^a 6, junio de 2007.

RODRÍGUEZ GÓMEZ, Edgardo. “LA idea del Derecho en la Filosofía jurídica de Gustav Radbruch”. *Universitas, revista de Filosofía, Derecho y Política*, N^o 6, junio de 2007.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “*La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México*, primera edición, Tomo LIV, núm.242.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “*La Filosofía del Derecho de Immanuel Kant*”, *Revista de la Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México*, primera edición, Tomo LIV, núm.242.

ROSS, Alf. “*Sobre el Derecho y la justicia*”, traducción de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1963.

RUIZ PARRA, Ariel Iván; GÓMEZ SÁNCHEZ, Pio Iván. “Temas de interés en ginecología y obstetricia”. Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Medicina, 1998.

SALDAÑA, Javier. “*Descripción vs valoración: las respuestas de John Finnis al desafío de la falacia naturalista*. Incorporado en los estudios sobre el pensamiento de John M. Finnis a propósito de la segunda edición de *Ley Natural y Derechos Naturales: Ley, moral y razón*”. Editor Juan B. Etcheberry, primera edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, Núm.664, Universidad Nacional Autónoma de México.

SAMOUR, Hector. *Filosofía del Derecho*, UCA editores, segunda edición 2001, p. 155

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. “*Los griegos y el Derecho Natural*”, segunda edición, Editorial Tecnos, 1962.

SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael. “*Metodología de la Ciencia del Derecho*”,

Editorial Porrúa, México, 2009.

SARTRE, Jean Paul. *“El existencialismo es un humanismo”*, 5ª edición, editorial Sur, Buenos Aires.

SOFOCLES. *“Las siete tragedias”*. Sexta edición, editorial Porrúa, 1969.

TALE GARCÍA, Camilo. *“Exposición y refutación de los argumentos de Hans Kelsen contra la doctrina del Derecho Natural”*. Revista telemática de filosofía del derecho (RTFD), ISSN 1575-7382, N° 9, 2005.

THOMAS HOBBS, Leviathan, J.M. Dent & Sons., London, E.P. Dutton., New York, 1959, the first part, chap. XIV.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. *“Manual de Historia del Derecho español”*, cuarta edición, editorial Técnos, España, 1983.

TRIGG, Roger, *“Concepciones de la naturaleza humana. Una introducción histórica”*. Segunda Edición, Editorial Alianza, Madrid, 2001.

TRUYOL Y SERRA, Antonio. *“Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado”*, Volumen 1, editorial Revista de Occidente, España, 1961.

UGARTE GODOY, José Joaquín. *“El Derecho a la vida y la Constitución”*, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 33 N0 3.

VIGO, Rodolfo Luis, *“Interpretación jurídica (del modelo luspositivista legalista decimonónico y las nuevas perspectivas)”* Rubinzal-Culzoni editores, Buenos Aires, 2003.

VILLEGAS, Abelardo. *“La universidad y los Derechos Humanos”*, La universidad en la encrucijada, Unión de universidades de América Latina, México, 1992.

VILLORO TORANZO, Miguel, lecciones de Filosofía del Derecho, Quinta Edición, editorial Porrúa, México, 2003.

VILLORO TORANZO, Miguel. “*Introducción al estudio del Derecho*”, 12ª edición, Editorial Porrúa, México.

VILLORO TORANZO, Miguel. “*Lecciones de Filosofía del Derecho*”, Editorial Porrúa, México, 1984.

WELZEL, Hans. *Derecho natural y Justicia material: preliminares para una Filosofía del Derecho*, trad. F. González Vicén, Primera edición, Editoriales Aguilar, Madrid, 1957.

WOJTYLA, Karol. “*Mi Visión del Hombre*”, 5ª edición, Editorial Palabra, Madrid 1997.