



CATALOGADO

EL DERECHO NATURAL, FUNDAMENTO DEL DERECHO POSITIVO

POR Pbro. FRANCISCO PECCORINI LETONA.

I—*¿Qué es Derecho Natural?* a) *¿Qué es Derecho, en general?* Sto Tomás, Domingo de Soto; b) *¿Qué es Derecho Natural?* Sto. Tomás, Galán y Gutiérrez II—*¿Existe el Derecho Natural?* 1) Dificultad del problema: Carré de Malberg, Duguit y Kelsen 2) Falsedad teórica y práctica del Positivismo 3) Múltiples contradicciones del Positivismo: a) no explica las lagunas del Derecho; b) reduce el Derecho a la fuerza bruta) argumentos de Del Vecchio, Cuvillier, Spengler, y objeciones de Gentile y de Olivcrona); c) niega la democracia.

El tema de la investigación que se nos propone en el presente capítulo no deja de ser un tanto ambiguo Convendrá, pues, que averigüemos primero que es Derecho Natural.

I — *¿QUE ES DERECHO NATURAL?*

Acudamos, primero, al significado etimológico de “Derecho”, si-

guiendo a Santo Tomás de Aquino. Es verdad que podríamos haber partido de otra etimología, que hace derivar dicho vocablo del verbo "iubeo" (mando) mediante el participio de pretérito "iussum" (mandado), pues es conforme a la realidad jurídica y la explica suficientemente (1); o de la que propone Jean DABIN (2), según la cual "Derecho" viene de "directum" y que es especialmente útil para probar la realidad de un "Derecho objetivo"; pero preferimos la de Santo Tomás, porque además de ser obvia nos abre las puertas para la tarea de establecer la existencia de un Derecho Natural, sin necesidad de apoyarnos en la idea de "ley natural".

El Angélico hace derivar el "ius" del latín "iustum", es decir, de "lo ajustado", lo que se ajusta a cierta medida o a cierta norma. Siendo, pues, el "ius", el objeto de la justicia, podríamos, según ese dato etimológico, definir la justicia como la virtud que tiene por objeto propio "lo ajustado". Pero al punto surge en la mente un estado de perplejidad. Porque, en el fondo, siendo todo acto de virtud un "ajuste" de nuestra conducta a cierta medida, a una norma determinada —precisamente por eso se dice que el que obra conforme a virtud obra "rectamente", es decir, con rectitud—, habría que concluir que todas las virtudes versan sobre lo ajustado, sobre lo justo, y que, por tanto, el IUS o IUSTUM es el objeto de todas las virtudes.

La solución de esa dificultad la encontramos en el mismo Sto. Tomás. Observa, en primer lugar, el Santo Doctor, que las virtudes pueden agruparse en dos bandos. Al primero pertenecen todas menos una, y el criterio que lo rige es el hecho de que todas ellas se ordenan esencialmente a perfeccionar al hombre exclusivamente en las cosas que le conviene en sí mismo considerado, es decir, considerado según su propia naturaleza (3). Al segundo bando pertenece únicamente la virtud de la justicia, porque sólo ella tiende, por su misma esencia, a ordenar al hombre "in his quae sunt ad alterum", es decir, a regular el ajuste entre los hombres. En segundo lugar, observa Santo Tomás que es tal la diferencia que media entre ambos grupos, que —prescindiendo, desde luego, de lo que hace falta para que un acto de virtud sea "moralmente bueno u honesto", para lo cual ciertamente es indispensable la intención del agente— la rectitud de los actos de las demás virtudes depende esencialmente del modo y de las intenciones con que los ejecuta el agente, mientras que la de un acto de justicia depende

(1) Cfr.: SUAREZ, *De Legibus*, lib I, cap II, n 1

(2) Cfr.: Juan DABIN, *Teoría General del Derecho*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pp 13 14

(3) Cfr.: St TOMAS, *Suma Teológica*, 2 2, q 57 a 1 in corpore: "aliae virtutes perficiunt hominem solum in his quae ei conveniunt secundum seipsum"

sólo de ese acoplamiento externo entre los individuos (4). Se comprende, pues, que se haya convenido en dominar sólo el objeto propio de la virtud de la justicia, "IUSTUM" o *lo justo*, lo exacto y ajustado.

Por tanto, el IUS o IUSTUM, en su sentido primario, designa el objeto de la justicia, es decir, el ajuste o adecuación que busca y que produce la virtud que da a cada uno lo suyo. No se realizará, pues, mientras no se dé cierta igualdad entre nuestra acción y el otro, o, dicho en otras palabras, supone "*aliquod opus adaequantum alteri secundum aliquam aequalitatis modum*", como dice Sto. Tomás (5). De ahí que bien podemos traducirlo por "un criterio de justicia o de igualdad social", lo cual nos aclara, de golpe, el sentido del IUSTUM NATURALE, como un criterio *natural* de justicia. Pero, antes de desmenuzar ese concepto, convendrá que volvamos otra vez sobre las diferencias que existen entre la justicia y las demás virtudes.

Siguiendo los comentarios de De Soto a Sto. Tomás, podemos establecer tres diferencias principales (6). La primera se desprende de la consideración de sus respectivos efectos, la segunda de sus requisitos en relación con la intención del agente, y la tercera, de sus propios objetos

Y efectivamente, refiriéndonos ya a la primera, es verdad que toda virtud confiere alguna rectitud a la obra, pero no lo es que la rectitud que confiere sea en todas de la misma naturaleza. En concreto, son esencialmente distintas las rectitudes que producen las demás virtudes y la que engendra la justicia. Porque las demás virtudes, al ordenar el sujeto a su perfección natural según las exigencias de su naturaleza, hacen que la obra sea recta con una rectitud *relativa al agente*. Así, por ejemplo, la *templanza* regula el recto uso de las cosas agradables al gusto, de suerte que no pretendamos ni un uso excesivo, con efecto sibarítico de ellas, ni un uso insuficiente de las mismas, con positivo desprecio de la vida; y la *fortaleza* regula el recto uso de las cosas difíciles, de suerte que ni nos movemos a hacerlas por un afecto de audacia, ni dejemos de hacerlas movidos de temor. En cambio, la virtud de la justicia hace rectas nuestras acciones, con una rectitud *relativa al otro*, ya que ella ordena al sujeto según las exigencias del

(4) Cfr : *Ibidem* Illud enim in opere nostro dicitur esse iustum, quod respondet secundum aliquam aequalitatem, alteri, puta recompensatio mercedis debitae pro servitio impenso. Sic ergo iustum dicitur aliquid quasi habeas rectitudinem iustitiae, etiam non considerato qualiter ab agente fiat. Sed in aliis virtutibus non determinatur aliquid rectum, nisi secundum quod aliquo modo fit ab agente. Et propter hoc specialiter iustitiae prae aliis virtutibus determinatur secundum se objectum, quod vocatur *iustum*; et hoc quidem est ius. Unde manifestum est quid est obiectum iustitiae" (El subrayado no es de Santo Tomás)

(5) 2 2, q 57, a 2, in corpore

(6) Cfr : Domingo DE SOTO, O P., *De Iustitia et iure*, libro III, cuestión primera

otro, es decir, que lo ordena a la perfección del orden que lo une a los otros, y, en ese sentido, establece entre él y el otro una igualdad parecida— para emplear una comparación de De Soto— a la que produce el zapatero entre el zapato y el pie al cual lo *ajusta*. Tal es el caso de la igualdad que establece la justicia entre las fuerzas del obrero y su jornal.

He ahí la primera diferencia; pero mucho más interesante resulta la segunda, la cual se fija en la relación de las virtudes con la intención del agente. Según las demás virtudes, en efecto, la rectitud de la acción es inseparable de su *honestidad* o bondad moral, mientras que según la justicia, la acción puede ser *recta* y al mismo tiempo *inhonesta*. Pero esto requiere mayor explicación.

Fijémonos primero en las demás virtudes. Sus obras no se consideran “rectas” independientemente de la intención del agente —es decir, aunque ésta sea mala—, y tomando como criterio tan sólo la moderación que en sí misma ostentan. La razón de ello es que la rectitud de dichas obras se define precisamente en relación a dos efectos extremos, hacia los cuales cabe desviarse, y que, por tanto, connota esencialmente la intención del agente. Así, por ejemplo, la rectitud de la fortaleza es el medio entre el temor y la audacia, lo cual equivale a decir que una obra será recta con la rectitud propia de la fortaleza, si, a pesar de su dificultad objetiva, no es ni el miedo ni la audacia lo que determina su realización. Asimismo, la rectitud de la templanza no consiste en el mero hecho de comer moderadamente, sino en hacerlo por un efecto medio entre el sibaritismo y el desprecio absoluto de la vida. Porque, si sólo se hubiera de tener en cuenta la mera moderación de la obra material, llegaríamos al absurdo de tener que decir que, cuando el avaro restringe el gasto de su mesa por pura avaricia, está haciendo un acto de la virtud de la templanza.

En cambio, según la justicia, la obra se considera recta aunque la intención del agente no lo sea. La razón es que su rectitud no se define en relación a las intenciones —como vía media entre dos intenciones extremas—, sino tan sólo en relación a las cosas. Y así, si el deudor paga su deuda al acreedor con el avieso fin de que el otro dilapide su dinero, la restitución será *justa* —es decir, recta con rectitud de *justicia*—, aunque no será *honesta*. Luego, en las obras de justicia, la misma rectitud *absoluta* constituye ya a la acción en la especie propia de los actos de justicia, mientras que, en las obras de las otras virtudes, la sola rectitud *absoluta* no basta para constituir un acto en la especie propia de la virtud correspondiente, sino que hace falta la *rectitud de la intención virtuosa del agente*. Y así, se entiende la respuesta que da

De Soto a Buridano: “Pero no faltan —dice— quienes impugnan esta diferencia, al menos cuando la consideran a la ligera. Así por ejemplo, Buridano . . . se alza contra ella en esta forma. O Sto. Tomás, dice, habla de la rectitud de la obra en cuanto que es rectitud virtuosa, o de su mera rectitud absoluta, aunque no provenga de una intención virtuosa. Si del primer modo, entonces, como en las demás virtudes, así tampoco la obra de justicia será recta sino en orden al agente. Pues enseña Aristóteles . . . que ninguna obra puede ser obra de virtud si no se hace intencionadamente en vista de un fin legítimo; y por eso, como decíamos hace un instante, el que devuelve la espada a su dueño para que éste cometa un homicidio, no obra bien. Pero si habla de la rectitud absoluta de la obra, y no en cuanto que proviene de una intención virtuosa, entonces hay que decir que también en la materia de las demás virtudes se halla dicha rectitud sin orden al agente, como cuando alguien, por una hipocresía, observa la ley del ayuno, o como cuando se comporta valientemente en la guerra por pura vanagloria. Se responde que, a pesar de todo, media entre ellas, una diferencia en cuanto a la misma rectitud absoluta. Y la diferencia es la siguiente: que, como la rectitud de la justicia, por su misma naturaleza, es discernible en las cosas mismas, el que paga una cantidad igual a la que debe con mal fin e intención, hace ciertamente una obra justa, ya que le da al otro lo que le pertenece, aunque él mismo no sea justo, es decir, bueno, puesto que no obra cuando, donde y como conviene. En las otras virtudes, al contrario, si falta una tan sólo de esas circunstancias, ya no queda ni rastro de la rectitud moral, es decir, que aquel ayuno no es obra de templanza; ni la acometida bélica de que hablábamos es una obra estenua, porque dichas obras no tienen rectitud sino en orden al hábito de la virtud” (7).

De esta diferencia se desprende, como corolario, la tercera, a saber, el hecho de que los autores atribuyan —y con razón— como objeto propio suyo a la justicia, lo *justo* por antonomasia; y en cambio, no se lo atribuyan a ninguna de las demás virtudes. Con ello, en efecto, no quieren significar más que, en la justicia, *lo justo* queda constituido independientemente de la intención del agente, por la misma naturaleza de las cosas, mientras que, en las otras virtudes, no ocurre lo mismo (8).

Podemos, pues, concluir que el sentido propio de “IUS” es *lo justo*, o sea el objeto de la justicia, *todo* lo que exige la justicia. Pero como la justicia no sólo exige que los particulares se den mutuamente

(7) *Ibidem*

(8) *Cfr* : *Suma Teológica* 2 2, q 58, a 8

lo que se deben, sino que le den también al Estado lo que éste necesita para el bien común, y reciban, a su vez, de él, lo que les corresponde (9), habrá que decir que el IUS o IUSTUM abarca todo el orden de la justicia, conforme a sus tres ramas de justicia conmutativa, justicia distributiva y justicia legal, y que, por tanto, está esencialmente relacionado con las tres piezas básicas de todo el orden jurídico: la ley, las facultades morales y las obligaciones correspondientes. De ahí que si en sentido principal y propio, el IUS significa LO JUSTO, lo ajustado, en general, en sentido derivado —por analogía de atribución extrínseca, algo así como se llama “sanas” a la medicina o a la substancia alimenticia porque producen la salud—, bien podemos llamar “Derecho” también a los dos primeros de los tres elementos mencionados hace un instante

De ahí se desprende la división tan conocida del Derecho en “Derecho Objetivo” y “Derecho Subjetivo”, según la nomenclatura de los modernos, o en “Ley” y “Facultades morales inviolables, concedidas por la ley, de hacer o de omitir algo”, según la terminología de los clásicos iusnaturalistas. La atribución del vocablo “ius” al segundo miembro de la división, se justifica plenamente porque dichas exigencias morales constituyen el criterio por el que se rige el *ajuste* en que consiste el IUS” (10). La que se hace del mismo vocablo al primer miembro no es menos justificable. Porque, debiendo existir alguna razón última de por qué las acciones de los hombres *se ajustan* en determinado modo entre sí, y no de otro, y no habiendo otra explicación razonable y exhaustiva más que la determinación de quienes tienen dominio sobre los hombres, de que el orden jurídico que de ellos depende sea de tal modo y no de otro, es preciso admitir, en la base misma del IUSTUM, alguna ley debidamente promulgada, sin que tengamos por qué concretar aún si esa ley es la ley natural o no, o si, cuando menos, supone, a su vez, una norma objetiva, a la que deba atenerse para no ser arbitraria (11).

(9) *Suma Teológica*, 2 2, q 58, a 5

(10) A propósito de los derechos subjetivos, conviene tener en cuenta, contra las incomprensiones de Duguit, el alcance que da la Escolástica a los términos de su definición. Habla, en efecto, de una *facultad moral* es decir, de un poder que no obra dominando las fuerzas físicas de la naturaleza, sino apelando a la libertad y a la responsabilidad de los seres racionales. Por eso mismo habla de una facultad *inviolable*, es decir, tal que, si bien puede ser físicamente violada, sin embargo, el hacerlo constituye una falta imputable a la conciencia. Se dice también que es *concedida por la ley*, sin determinar aún si se trata de una ley positiva o de la ley natural. Mejor aun sin excluir ninguna de ellas. Por último se establece que es una facultad de *hacer o de omitir algo*, pretendiendo que en el vocablo “hacer” entran todas las acciones jurídicas, tales como las acciones de la vida humana en general, exigir algo (*ius in rem vel ad rem*), poseer o retener algo (*ius in re*), oponerse a algo, pretender algo, etc.

(11) Dice muy bien Sto Tomás, en 2 2, q 57, a 1, ad 2: “Ad secundum dicendum, quod sicut eorum quae per artem exterius fiunt, quaedam ratio in mente artificis praexistit, quae dicitur regula artis: ita etiam illius operis iusti quod ratio determinat, quaedam ratio praexistit in mente, quasi quaedam prudentiae lex: est enim lex, secundum Isidorum, constitutio scripta. Et ideo lex non est ipsum ius proprie loquendo, sed aequalis ratio iuris”

Con todo cuanto precede, ya podemos pasar a explicar el alcance de la expresión “DERECHO NATURAL”. Dice Sto. Tomás: “Respondiendo diciendo que así como queda dicho (Art. 1), el *ius* o el *iustum* es una obra proporcionada a otro según cierto modo de igualdad. Ahora bien, una cosa puede ser proporcionada a otro de dos modos primero, por la misma naturaleza de las cosas, como cuando alguien da tanto cuanto pretende recibir, y esto se llama *derecho natural*. El segundo modo es cuando algo guarda proporción con otro “ex conducto”, es decir, de común consentimiento, como si uno se juzga contento con que se le pague una determinada cantidad. Esto, empero, puede ocurrir de dos modos: o por un convenio privado, como el que se funda en un pacto entre personas privadas; o por un convenio público, ya sea que todo el pueblo esté de acuerdo en que una cosa se considere proporcionada a otro, ya sea que esa determinación la tome el príncipe, que tiene a su cargo el pueblo mismo al mismo tiempo que obra en representación suya; y eso es *derecho positivo* (12).

Analizando ese texto podemos sacar la conclusión de que IUS NATURALE es toda obra que guarda proporción con el prójimo independientemente de toda determinación humana y sólo atendiendo a la naturaleza de las cosas. Así, por ejemplo, es justo, *ex natura rei*, que la propiedad privada sea respetada. Porque el hombre es un ser social, es decir, tiene forzosamente que vivir en sociedad, ya que solo no se basta a sí mismo. Pero, por otra parte, la vida en sociedad sería imposible, si no correspondiera a cada uno la facultad moral de hacer respetar lo que le es necesario. Luego la misma naturaleza de las cosas está indicando que cada uno debe poseer o poder poseer algo en régimen de propiedad privada.

En cambio, según el mismo texto, el derecho positivo no es precisamente el derecho establecido por la ley civil, sino toda obra que guarda proporción con el prójimo exclusivamente en virtud de alguna determinación humana, incluyendo, por consiguiente, en sus filas, los derechos creados por la misma costumbre. Si la obra de que se trata depende de una voluntad privada, se la podría llamar IUS POSITIVUM PRIVATUM; si, en cambio, depende de una voluntad pública (sea del mismo pueblo, sea de su representante y custodio), se llamará IUS POSITIVUM CIVILE. Nótese, sin embargo, que semejante división sólo es posible tomando “*ius*” como sinónimo de “*iustum*”, es decir, por lo que está de acuerdo con las exigencias de la justicia. Porque si se tomara como equivalente de “*lex*”, no cabría hacerla, ya que una ley

(12) 2 2, q 57, a 2, in corpore

no puede emanar de los privados en cuanto privados. En cambio, para que los particulares determinen que sea "*iustum*", lo sea de veras, basta que la ley natural garantice la validez de los pactos. Esto mismo, por otra parte, nos está indicando claramente que el provisionalmente llamado "*ius positivum privatum*" se reduce sencillamente a la ley natural, en virtud de la cual tiene vigor, y que, por tanto, se puede alinear justamente con el "*ius naturale*".

Por eso podemos perfectamente admitir la división que hace el Dr. Galán en su curso dictado durante el año lectivo 1956-1957, en la Universidad de Valladolid (13). El reduce todo lo "*iustum*" ya sea a "*ius-tum naturale*", ya sea a "*ius-tum legale*". Además, oponiéndose al Positivismo Jurídico —que hacía sinónimos "*positivo*", de "*real e histórico*", y "*no positivo*" de "*Irreal y quimérico*"—, incluye con plena razón el derecho natural entre los derechos positivos, ya que el derecho natural, desde el momento en que es cognoscible por la sola luz de la razón humana —como lo explicaremos en otra ocasión— e influye realmente, de ese modo, en la conducta de los hombres —hasta el grado de que sin él no habría justicia legal ninguna—, puede perfectamente ser catalogado entre las realidades históricas y nos autoriza a decir de él que "*positum est in societate*" (14).

Podemos, pues, reducir las dos definiciones que dimos antes, a las siguientes que nos propone el Dr. Eustaquio Galán y Gutiérrez:

1º—Derecho Natural es "*IUSTUM IN CIVITATE POSITUM EX NATURA*".

2º—Derecho Legal es "*IUSTUM IN CIVITATE POSITUM EX LEGE*".

Y, como en el "Derecho Legal", lo que es justo, es decir, lo que es conforme a justicia, lo que se acomoda exactamente al orden de ajuste entre los hombres coincide y se identifica con lo que está mandado, con lo "*normado*" por las leyes humanas, el "*ius legale*" se puede definir como un "*ius*" *normado*, y, en ese sentido, el "*Iustum*" se identifica con la "*Lex*", o, mejor, con el contenido de la Ley.

En cambio, el "Derecho Natural", como no se halla consignado en leyes escritas, sino que se manifiesta simplemente como "lo justo" o lo que es conforme a justicia por mera exigencia de la naturaleza de las cosas, no se puede catalogar entre los derechos normados. Nótese bien,

(13) *Cfr* : pp 147-150. *Cfr* etiam: A. S. DE LA CRUZ, *Esencia Ética de los actos humanos*, en *Revista de Filosofía de Madrid*, 20 (1961) pp 34-35.

(14) *Cfr*, o c pp 146-147.

sin embargo, que Galán no quiere en modo alguno negar que el *Ius Naturale* se presente como preceptuado por una ley superior que no emana de los hombres —por una ley natural—, ni afirmar que es un derecho indeterminado y vago, sino que su atención se endereza sólo a excluir la identificación del “*Ius naturale*” con toda norma humana, o, cuando menos, con toda norma del tipo “detallista” de las normas humanas.

Y en ese sentido vale el reproche que les hace a los juristas romanos de la última época: “La tergiversación que nosotros les reprochamos, la tergiversación en que incidieron los romanos y que ha pesado sobre toda la posterior historia del derecho natural, consiste en que tradujeron el *fúsei dikaion* de los griegos, esto es, lo justo natural, lo justo no normificado, lo justo que dicta o establece la naturaleza, por *ius naturale*, siendo así que si bien hay equivalencia entre las determinaciones que expresan respectivamente los términos *fúsei* y *naturale*, esa equivalencia no existe en cambio, entre las palabras *dikaion* y *ius*, pues el *ius* latino significa más bien la forma, y el *dikaion* griego, la sustancia ética de que está hecha la norma y que ésta formula y expresa; con lo cual los juristas romanos indujeron o forzaron a pensar las cosas de distinta manera que, en realidad son, es decir, indujeron a pensar el derecho natural como un ordenamiento compuesto de normas y dieron así fundamentos al eterno reproche que los adversarios del derecho natural han disparado siempre sobre nuestra disciplina, a saber, que el derecho natural no existe, ya que sus normas no aparecen por ninguna parte, a diferencia de las que componen el llamado derecho positivo, que, cualquiera tiene al alcance de la mano; cuando la verdad es que la tesis que nosotros sostenemos y la única que puede, en realidad, defenderse, es que el derecho natural no es “derecho” (aquí evidentemente el Profesor Galán toma la palabra “Derecho” como sinónimo de contenido de la “Ley”), sino más que derecho, a saber, el fundamento y la sustancia misma del derecho, sin lo cual éste deja de ser tal; vale decir, que el derecho natural existe como lo justo natural, en contraste con lo justo normificado, con la *nomw dikaion*, de modo que sus exigencias, si bien no figuran inscritas en códigos, leyes ni papiros —como las del *dikaion nomikón*—, cualquiera puede leerlas, sin embargo, grabadas en su propio corazón *Justicia, non potestas, fecit legem*. En efecto si no fuese la justicia lo que primordialmente y ante todo hace valer las leyes, ¿qué sería entonces lo que les otorga nuestro respeto y nuestra adhesión? ¿Acaso la fuerza material que las impone; tal vez la inercia y la rutina de la costumbre? Como ha dicho Cicerón, si todo lo que prescriben las leyes o las costumbres fuese justo por el mero hecho de estar mandado, entonces tendríamos que considerar como justicia los capri-

chos de los tiranos, y hasta el robo, el asesinato y la falsificación había que considerarlos como principios de la justicia. Por lo demás, ese mal entendido y esta tergiversación de que hemos hablado —a saber, el considerar el derecho natural como *derecho*, en vez de considerarlo como lo *justo natural*, esto es, como la substancia o la materia jurídica de que está hecha la ley—, son, desde luego, defectos ciertos del pensamiento jurídico romano, pero que, en verdad, sólo deben referirse a la época posterior de la historia jurídica de Roma, no a otras etapas anteriores, por la sencilla razón de que, durante ellas, faltó entre los juristas romanos la idea del derecho natural” (15)

Hemos querido transcribir íntegra la cita de Galán, tanto por la extraordinaria claridad con que expresa un problema tan sutil y complicado, cuanto por la inmensa autoridad de que goza el autor. Pero queremos insistir de nuevo en que su aserto no implica en modo alguno la negación de la existencia de una Ley Natural. Son problemas distintos. Aquí nos limitamos a comparar entre sí ambos “derechos”, el “IUSTUM” natural y el “IUSTUM” legal, fijándonos exclusivamente en los caracteres que se les originan de sus respectivas causas, pero sin insistir en la naturaleza de dichas causas: el carácter *normado* del Derecho Legal proveniente precisamente del modo de obrar del legislador humano, y el carácter no normado del Derecho Natural, debido al hecho de que se nos manifiesta en y a través de la naturaleza de las cosas. Prescindimos, por tanto, de si esa fuerza manifestativa de la naturaleza constituye, a su vez, una verdadera ley emanada de un legislador divino, porque ese punto será objeto del estudio de una cuestión ulterior, que se podría formular así: ¿cómo se explica el hecho de que el “IUSTUM NATURALE” se impone a los hombres?

Aquí nos interesa únicamente dejar a salvo y justificar esa elasticidad que presenta el verdadero “IUSTUM NATURALE”, precisamente porque, por haberlo confundido con el “Derecho Natural”, normado al detalle, de los racionalistas del siglo XVIII, se lo ha acusado, hasta la saciedad, de anti-histórico, inflexible e inadaptable a los vaivenes del tiempo (16).

Por otra parte, la objeción nos es fácil rechazarla, porque ya Sto. Tomás se la había propuesto, en su tiempo, y la había resuelto plenamente con su visión genial de las cosas. “Parece —escribía el Santo— que el derecho no se divide convenientemente en derecho natural y

(15) *O c.*, pp 133 135 *Cfr* V CATHREIN, *Filosofía del Derecho*, versión española, 2ª edición Ed Reus, Madrid, parte III, cap : IV, párr 4º pp 244 y ss *Cfr etiam* Luis RECASENS SICHES, *Direcciones Con temporáneas del Pensamiento Jurídico*, Edit Labor Buenos Aires, 1929, pp 29 31

(16) *Cfr* : Eustaquio GALÁN Y GUTIERREZ, *o c* pp 231 233: 242 244

derecho positivo. Porque lo que es natural, es inmutable, y es lo mismo para todos los hombres. Sin embargo, en las cosas humanas no se encuentra cosa semejante; porque todas las reglas de derecho humano fallan en algunos casos, y, desde luego, carecen de vigor en todas partes. Luego no existe un derecho natural” (17). En otras palabras, los opositores del Angélico Doctor, lo mismo que los modernos adversarios del iusnaturalismo, empiezan por definir el Derecho Natural como un Derecho Ideal, normado y perfecto, que rige siempre lo mismo para toda la humanidad, y, al no encontrar rastro de semejante derecho, concluyen que no existe un *Ius Naturae*. Pero no advierten, como se lo hace observar Santo Tomás, que existen exigencias morales de la naturaleza humana que están en función de las deficiencias de ésta, y cuya manifestación, por tanto, supone la labilidad de la misma. De ahí los diversos grados de urgencia que ostenta el *Iustum Naturale*, y hasta cierta relatividad que lo caracteriza, y lo hace adaptable a las sorpresas de la historia, sin hacerlo caer, sin embargo, en el caos de la Ética de la Situación, puesto que se funda en la Ley Natural, que, a su modo, es verdaderamente inmutable. Por eso responde genialmente Sto. Tomás: “A lo primero pues hay que decir que lo que es natural a un ser cuya naturaleza es inmutable, debe ser siempre y en todas partes lo mismo; pero la naturaleza del hombre es mudable; de ahí que lo que le es natural al hombre puede fallar algunas veces. Así, por ejemplo, es conforme a la equidad natural que se devuelva un depósito a su dueño; de suerte que si la naturaleza fuera siempre recta, habría que observarlo así, siempre. Pero, como a veces ocurre que la voluntad humana se deprava, se dan casos en los que no hay que devolver el depósito, para evitar que los hombres de mala voluntad usen mal de él, como cuando un hombre furioso o un enemigo de la república exige las armas confiadas a otro” (18).

Deslindados ya los campos entre el IUS NATURAE y la “LEX NATURALIS”, y justificada la historicidad del primero, ya nos es posible y fácil pasar a probar su existencia, en función del problema de la fundamentación del Derecho Positivo

II — ¿EXISTE EL DERECHO NATURAL?

La filosofía jurídica no puede menos de consistir en la investigación del fundamento último del derecho, porque la guía, siempre, al mismo tiempo que la atormenta, esta angustiosa pregunta: el derecho,

(17) 2 2, q 57, a 2 proemio

(18) *Ibidem*, ad primum

considerado como un factor esencialmente distinto de la fuerza, ¿tiene consistencia real, o se reduce a una mera ficción subjetiva? En el fondo, no es otro su único y verdadero problema; pero lo es de tal envergadura, que ha bastado para poner en tensión dinámica de siglos, los dos polos opuestos de la afirmación y de la negación. Porque toda la multiseccular historia de la filosofía jurídica se reduce, o a afirmar la consistencia del derecho, mediante la aceptación de un derecho natural, o a negarla rotundamente, reduciendo la justicia al imperio de la fuerza, o a perderse en palabras y disquisiciones que, aparentemente dejan a salvo la esencia del derecho, pero que, en realidad, la disuelven en el más craso positivismo.

Ello equivale a decir que la única salvación del derecho radica en la aceptación del derecho natural. Pero, por otra parte, el triunfo de este último es sumamente problemático, debido a la extrema sutileza de algunas teorías positivistas o criptopositivistas, que parecen haber tenido en cuenta las mismas razones en que los iusnaturalistas han fundado siempre su convicción de la existencia de un derecho nacido de la misma naturaleza. Es típica, a ese respecto, la de R. CARRE DE MALBERG, jurista francés de principios de este siglo (19).

Admite, éste, en efecto, las ideas morales de bien, utilidad y justicia, “de las cuales —dice— se puede afirmar que ninguna prescripción legislativa positiva debe desconocer la superioridad trascendente”. Sin embargo, no las considera como “*Derecho*”. Y es que no tiene por verdadero derecho más que el positivo, supuesto que, según él, el derecho se basa únicamente en el poder del Estado, tal cual lo establece la Constitución. Para ser consecuente consigo mismo, debe, pues, afirmar que la Constitución no se puede fundar en ninguna teoría, filosófica o jurídica, sino que surge de un acontecimiento histórico, sin que se pueda relacionar dicho hecho con ningún principio de Derecho anterior.

Las consecuencias de semejante posición son enormes. En primer lugar, se sigue de ahí que el derecho depende única y esencialmente del Estado soberano, y, en definitiva, supuesta la fundamentación roussoniana del Estado francés, del poder legislativo. En segundo lugar, se impone la autolimitación del poder estatal. Este, en efecto, no puede ser extrínsecamente limitable, puesto que el principio teórico que limita la soberanía según la naturaleza jurídica de su organización necesaria, en la práctica queda a merced de la voluntad legisladora del Estado

(19) Cfr.: R. CARRE DE MALBERG, *Contribution a la Théorie Générale de l'Etat*, Collection Sirey, París, 1920-1922, dos volúmenes; *Teoría General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1948. Véanse, en esta traducción, el Nº 21, nota 6; el Nº 22, nota 10; el Nº 23, pp. 76 y 77; el Nº 69, p. 194; nota 3ª

Porque, no existiendo ningún derecho natural, ¿cómo podrán concebirse legítimamente esas limitaciones “ex natura rei”? (20). Por tanto, no queda ningún recurso posible de apelación a la Constitución para juzgar de la justicia y de la constitucionalidad de las leyes, y mucho menos un derecho de resistencia, de suerte que, en la práctica, no queda más que esperar a que el Poder Constituyente se reúna otra vez y a que quiera hacer justicia a las aspiraciones de los súbditos...

Por otra parte, también en el problema de las lagunas de derecho se bandea sin salirse formalmente del positivismo. Conviene, en efecto, en que el Derecho positivo no puede ser puramente escrito o legal, ya que necesariamente tienen que quedar, en las leyes, lagunas jurídicas. Pero, como no tiene confianza en el Derecho Consuetudinario —que podría ser, juntamente con el Derecho Natural invocado por el Juez, una de las dos soluciones posibles—, porque, según él, el derecho debe ser *formal* o normado, deja al Juez un poder discrecional para interpretar las cuestiones que no están resueltas con precisión en los textos, es decir, que le hace partícipe del poder legislativo, si bien, sólo en cuestiones de interés privado y patrimonial, nunca en problemas de envergadura (21).

A primera vista, por tanto, diríase que no hace falta el derecho natural para dar una explicación coherente del derecho positivo y de su validez. Esta dificultad crece, teniendo en cuenta sistemas tan refinados y lógicos, como el de Duguit y el de Kelsen —para no citar más que algunos, de los que descartaremos adelante. De suerte que bien se puede decir que la existencia del Derecho Natural constituye un verdadero problema de especial complicación. ¿Será posible, en tales circunstancias, proporcionar una justificación cabal y satisfactoria del

(20) Tan sólo dos limitaciones se podrían ofrecer: a) la de no poder ligar “*in perpetuum*” e d, “*indisoluble mente*”, a las generaciones futuras, y, b) la limitación o imposibilidad del Estado, de “suprimir todo orden jurídico y fundar la anarquía, porque se destruiría a sí mismo”, no menos que el deber de crear otra constitución, si falla la primera. Ahora bien, de esas dos limitaciones, sólo la segunda —precisamente una limitación que no tiene sentido sin el fundamento del derecho natural— es afirmada expresamente por Carré de Malberg, pues la primera, aunque lógicamente debería admitirse— ya que de lo contrario resulta vano el correctivo que pone de la *duración limitada* de las Cámaras y de la distinción entre el Poder Legislativo y el Cuerpo Electoral— sin embargo, de sus palabras (“El régimen constitucional excluye, por medio del órgano legislativo, la posibilidad de imponer sus voluntades a perpetuidad”) no se deduce con suficiente claridad y nitidez. Véase *O c.*, Nos 77 y 78, máxime pp 219 222.

(21) A ello le fuerza la lógica, ya que, de no conceder una participación en el poder legislativo al juez, se vería cogido en este círculo vicioso: puesto que el juez no es legislador, deberá aplicar el derecho apelando a los principios morales, y, entonces, una de dos: si los principios morales no tienen valor jurídico, su sentencia no puede obligar, y si ésta obliga, es que aquéllos valen jurídicamente.

Sin embargo, no por ser forzosa, esa solución deja de ser mala. Efectivamente lo es, pues 1º ambos poderes son radicalmente independientes (el legislativo emana directamente del pueblo por medio del sufragio y el judicial emana del ejecutivo, que, a pesar de cierta dependencia que lo une al Parlamento, es un poder aparte); y 2º, en la práctica constituye un atentado contra la unidad del Estado, ya que así habría dos Poderes Legislativos y que uno de ellos estaría en situación desfavorable respecto del otro, pues, al paso que el Parlamento es de duración limitada, el Juez es un funcionario inamovible.

Ni vale decir que no legislan en el mismo terreno, sino que el uno suple al otro en lo que aquél ha dejado por hacer. Porque, en la práctica, que es el terreno en que afirmamos el atentado contra la unidad del Estado, es muy difícil separar el dominio preciso de la aplicación del texto legal de las zonas que podemos intentar anexar. (Véase *O c.*, Nº 77, máxime nota 16, p 218 y Nº 404)

mismo? En este trabajo intentaremos darla, confiados en el éxito, tomando como base la necesidad ineludible, o de admitir que existe el derecho natural, o que hay que explicar la existencia del derecho positivo diciendo que éste debe emanar única y exclusivamente del Estado ya constituido. Más en concreto, como hay que escoger necesariamente uno de los dos miembros de la alternativa, examinemos detenidamente qué valor tiene el segundo. Si nos viéramos forzados a rechazarlo en absoluto, señal será evidente de que la existencia del derecho natural es un hecho. Ahora bien, la repulsa del positivismo jurídico se impone con una fuerza decisiva. Veámoslo.

1º—*Falsedad Teórica del Positivismo*

Dos reparos serísimos se le pueden oponer, efectivamente: que es falso teórica y prácticamente, y que de tal manera es contradictorio, que significa la negación del Derecho. La falsedad teórica salta a la vista. El Estado, en efecto, implica, en su mismo concepto, la noción del Derecho. Varias razones demuestran esa implicación. La más obvia consiste en que, de no suponer el derecho a mandar y a ser obedecido —es decir, que es “justo” que el Estado mande y que los súbditos obedezcan— el Estado no tiene sentido y se reduce a un puro ejercicio de fuerza. En otras palabras, la autoridad es un elemento *constituido* de la esencia del Estado, ya que éste, como “sociedad” destinada esencialmente al bien público, no sólo no puede existir sin alguien que haga converger la cooperación esencial de los ciudadanos al fin estatal, sino que aun concebirlo sin él resulta absolutamente imposible. “De esta manera —dice Dabin— la noción misma del Estado y especialmente el fin que éste persigue excluyen de sí un régimen de igualdad entre los asociados, régimen que no podría parar sino en la anarquía y en la negación del bien público. No se llega al orden por vías de dispersión y de desorden. El orden implica una determinada convergencia de acción como necesidad impuesta por una autoridad” (22). Más aún, la autoridad no sólo es esencial al Estado, sino que ella no se puede fundar más que en un Derecho anterior al mismo Estado, con el que se relaciona trascendentalmente.

Para entenderlo basta analizar, con Hermann HELLER, lo que significa “tener autoridad”. “Tener autoridad —nos dice Heller— quiere decir encontrar obediencia sin tener en cuenta la protección de los intereses en que piensan los que obedecen. La estructura necesariamente antagónica de la relación entre el individuo y el Estado da lugar

(22) Jean DABIN *Doctrina General del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955 p. 209

a que, sin excepción, todo acto de autoridad y de normación tenga que sopesar intereses y —tanto entre los grupos como dentro del mismo grupo dominante— que perjudicar a unos en beneficio de otros (23). Ahora bien, es imposible que los súbditos obedezcan aun cuando sus intereses personales no salgan favorecidos por las disposiciones del que manda, si no ven que el superior *tiene derecho* para disponer lo que dispone. “Sin la creencia en la rectitud obligatoria de los criterios sobre los cuales se basa el sopesamiento de los intereses —prosigue Heller— no se concibe, en último extremo, la autoridad de ningún gobierno. Aquellos mismos ideólogos del poder que, adoptando una postura maquiavelista, pretenden haberse liberado de toda ideología y hacer marchar siempre a Dios con los más fuertes batallones, no paran mientes en el gran valor que el derecho tiene para adquirir poder, al olvidar que la seguridad en sí mismo, imprescindible para toda autoridad duradera, sólo la puede dar la buena conciencia. Por esta razón —concluye Heller—, el destino de una clase dominadora está sellado en cuanto deja de creer en sus principios jurídicos y no está ya convencida, con limpia conciencia, de que sus principios de justicia tengan fuerza obligatoria aplicable también moralmente a los dominados” (24). Tiene razón Heller. Y no se diga que semejante repugnancia de los súbditos a obedecer en tales circunstancias no implica más que un sentimiento puramente subjetivo que no afecta lo más mínimo a la validez del mandato, porque precisamente la causa de dicha repugnancia es algo muy objetivo, a saber, la falta absoluta de fundamento que se descubre en una orden que no va respaldada por la legitimidad. De ahí que el mismo Heller pueda definirnos el derecho como “la forma de manifestación éticamente necesaria del Estado”, fórmula que es capaz de bautizar el axioma del positivismo jurídico: “Decir que la voluntad del Estado es la que crea y asegura el derecho positivo —explica Heller— es exacto si, además, se entiende que esa voluntad extrae su propia justificación, como poder, de principios jurídicos suprapositivos. En este sentido, el derecho es la forma de manifestación éticamente necesaria al Estado. La voluntad del Estado debe ser concebida como una indubitable realidad social existencial (. . .) La autoridad de la voluntad soberana del Estado, su cualidad de poder “supremo” se basa en su legitimidad” (25).

Se impone, pues, la admisión de un derecho objetivo público y suprapositivo, en el que se funde la autoridad del Estado. Y ese derecho

(23) Hermann HELLER *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955 p. 63, 1917

(24) *O. c.*, p. 210

(25) *O. c.*, p. 210

que capacita la voluntad del Estado para la creación del derecho privado, se desprende precisamente de la esencia del Estado, como una propiedad esencial constituida por “los límites *objetivos* de la soberanía del Estado, que derivan, como la soberanía misma, de la naturaleza del Estado, de su fin y de su misión”, como muy bien lo dice Jean Dabin (26). “Precisamente —prosigue el mismo jurista— el conjunto de esos límites es el que forma el *Derecho* al que el Estado está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar su ley constitutiva, esencial. Derecho *sui generis*, por consiguiente —añade, arrojando así haces de luz sobre el derecho objetivo que rige al Estado— tanto por el fondo como por la forma, que no es el derecho común de las relaciones inter-individuales, o sea, el derecho privado, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el derecho *público o político*. No se trata, en efecto —explica— de someter al estado a una norma exterior, “apolítica”, sin relación con la materia misma a la que debe dedicar sus esfuerzos, sino a una norma directamente basada en las exigencias funcionales de lo político y que lo regula según su principio propio. De este modo, no sólo se concilia muy bien la soberanía estatal con la sumisión del Estado a un derecho objetivo, de naturaleza propiamente política, sino que no se comprende ni concibe sino mediante esta sumisión (27). La razón que mueve a Dabin a afirmar lo que precede es profunda y convincente, y prueba terminantemente la inclusión del derecho en la esencia del Estado: “el concepto de una soberanía absoluta del Estado o de sus órganos, haciendo abstracción del fin del propio Estado —nos dice—, destruye la idea misma de la agrupación estatal. Por alto que sea un poder, aunque sea soberano, permanece, por su naturaleza de poder, encadenado a su función, dominado por su fin. O, si no, deja de ser un poder de derecho para degenerar en un puro fenómeno de fuerza” (28).

Si, pues, no se puede ni concebir un Estado que no esté fundado en un derecho anterior a él mismo, es indudable que la concepción positiva del Estado como única fuente jurídica es absolutamente falsa desde el punto de vista teórico. Pero no lo es menos en la práctica, como se le ha achacado con razón. Para evidenciarlo bastaría con recordar el hecho palmario de que se ha dado “verdadero” Derecho, en la historia, independientemente del Estado. Porque, en primer lugar, se han dado verdaderas sociedades —piénsese en las nómadas y en

(26) *O. c.*, p. 137

(27) *Ibidem*

(28) *Ibidem* Cfr. William EBNSTEIN *La Teoría Pura del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México Buenos Aires, 1947, p. 211

las patriarcales— en las que estaba en vigor la justicia, y que, sin embargo, no estaban organizadas estatalmente. Más aún, los hombres de tal manera han exigido siempre el cumplimiento de la justicia, que, en la ausencia de toda autoridad, no han dejado de aplicarlo los mismos particulares, mediante duelos y otros métodos bélicos. Es verdad que una mentalidad positivista no podía menos de objetar la no existencia del Derecho en esos casos aducidos, precisamente en virtud de la tesis estatista. Pero a ello se puede responder suficientemente *transmitiendo*—no “concediendo”, entiéndase bien— la afirmación del objetante, y recurriendo a una mayor evidencia de la independencia del Derecho, respecto al Estado. Se puede apelar, en efecto, a esos períodos de crisis institucionales que extinguen momentáneamente la vida estatal, sin que puedan, sin embargo, acabar con el derecho. La subsistencia de éste es especialmente elocuente, aun respecto a los positivistas, que no la niegan, sino que implícitamente la confiesan, al entredarse en un laberinto de explicaciones filosóficas que pretenden dejar a salvo la tesis estatista. Y es significativa, en verdad, porque el Derecho que subsiste no puede fundarse ni en el Estado anterior—caducado ya—, ni tampoco en el futuro—inexistente aún—. Queda pues, palmariamente probada la falsedad, no sólo teórica, sino aún práctica, del positivismo

2º—*Múltiples Contradicciones del Positivismo*

A) *No explica las lagunas del Derecho* No es menos claro, sin embargo, su aspecto contradictorio, que significa una verdadera negación del derecho. Porque, las contradicciones que implica, aparecen desde múltiples puntos de vista. Así por ejemplo, en la cuestión de *las lagunas del derecho*, el positivismo no puede menos de declararse impotente para dar una explicación satisfactoria. Y es que, necesariamente tiene que venir a parar a una de estas dos posiciones o la de hacer prácticamente inútil la división de poderes, creando conflictos entre el poder legislativo y el poder judicial—en cuanto que también él tendría que hacer las veces de legislador—, o la de reconocer que la única solución posible no depende del Estado, sino tan sólo del Derecho Natural, ya sea por medio de la costumbres—que da cuerpo al Derecho Natural—, ya sea por medio del Juez, fundado, para dar su interpretación, en el Derecho Natural

Efectivamente, el mismo positivismo superó ya hace tiempo la concepción servil de la Escuela de la *Exégesis*, que, vendida al Emperador Napoleón, no quería reconocer la necesaria limitación del derecho escrito y prescribía, en consecuencia, que los magistrados no pusie-

ran nada de su cosecha, sino que se restringieran a “interpretar” la mente del legislador en todos los casos posibles. El mismo Carré de Malberg, como lo vimos más arriba, no dudó ya en otorgar, a los jueces, ciertas atribuciones legislativas independientes de la Asamblea Legislativa. Y la misma *Teoría Pura del Derecho* —representante más genuino del positivismo, en la actualidad— llega al extremo de conceder verdadero poder de crear derecho a los jueces, precisamente para evitar toda apariencia de un recurso a un mero “reconocimiento”, del tipo del que nos manifiesta el derecho natural: “Sólo cuando olvidamos que el derecho es incompleto en el grado del reglamento —nos dice William EBENSTEIN—, podemos aceptar la teoría ortodoxa de la interpretación, con su fuerte sabor a derecho natural, que descubre el derecho mediante un mero acto del pensamiento (29). Según la Escuela de Viena, en efecto, entre la parte del legislador y la del juez, “la diferencia es (cuantitativa) más bien que (cualitativa) y consiste en el hecho de que el legislador está sustancialmente menos restringido en su actividad que el Juez” (30).

Sin embargo, este inconveniente no es más que aparente, puesto que el Positivismo no tiene dificultad en prescindir de la teoría de la división de los tres poderes. De hecho, nada menos que la novísima *Teoría Pura del Derecho* ha declarado que dicha división no es esencial al Estado; más aún, como lo enseña Ebenstein, “no deja de señalar que la triple división no incluye una definición esencial del estado, sino sólo instituciones de derecho privado” (31). Lo cual coincide con lo que ya había dicho Carré de Malberg: “Las tres clases de actos, legislativos, ejecutivos y judiciales, pueden tener un contenido idéntico; pero la misma decisión adquiere un valor muy diferente según la autoridad que trata de tomarla: esto es lo que hoy significa la separación de poderes” (32) Y el porqué lo explica muy bien el mismo Ebenstein, siguiendo a Merkl: “No se trata de relación entre poderes coordinados que continuamente están discordes y aislados —nos dice— sino de un conjunto de funciones subordinadas, formales. La participación en este conjunto de funciones no está determinada por un criterio

(29) WILLIAM EBENSTEIN, *La Teoría Pura del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México Buenos Aires, 1947, p. 222

(30) *O. c.*, p. 223 Sin duda hay un error de redacción o de imprenta. En lugar de “menos” debería ser “más”, como se desprende del contexto: “Ambos hacen normas que se mueven dentro del marco de una norma general, la norma superior: en el caso del legislador el marco termina su procedimiento en lo principal; en el caso de los jueces el contenido de sus normas también se deja formulado, aunque sólo en líneas generales, porque el reglamento no lo determina todo. El juez, pues, es relativamente libre en su formación del derecho; el legislador no lo es” *Cfr. o. c.*, p. 229-230
Cfr. ANTONIO SALVADOR DE LA CRUZ, *Esencia Ética de los Actos Humanos* en “Revista de Filosofía”, de Madrid, 20 (1901), pp. 35-37, Nº 15

(31) EBENSTEIN *O. c.*, p. 207

(32) CARRE DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, Nº 306, p. 839

de contenido material; así, por ejemplo, bajo los llamados reglamentos en sentido formal pueden incluirse normas individuales, administrativas, y hasta leyes judiciales; la administración puede legislar en forma de órdenes, y ejercer la decisión judicial a modo de un ejercicio de los poderes judiciales por una autoridad administrativa; y los tribunales pueden realizar actos administrativos. El único criterio es el formal de la posición en la jerarquía jurídica” (33). Es pues, manifiesto —como se desprende de la cita anterior— que la mera necesidad de negar la división de poderes para explicar mejor las lagunas del derecho, no constituye, por sí sola, un argumento decisivo para que el positivismo acepte la existencia de un derecho natural. Sin embargo, si bien por sí sola no desemboca en el criterio de lo justo, prepara notablemente el terreno para que se perciba la necesidad de un derecho suprapositivo.

Y es que, aun en ese caso, el Estado, “creador” de derecho por medio de cualquiera de sus órganos, tiene ciertos límites que no puede traspasar, porque así se lo vedan los derechos que constituyen a la persona humana, la cual es lógicamente anterior al mismo cuerpo estatal, por ser éste metafísicamente incapaz de existir si no consta de “personas”. Esta verdad tan evidente no sufre mengua por parte de la extraña concepción de la “persona física” de Hans Kelsen, según la cual, en sentido jurídico, “persona” significa un complejo de normas positivas que se refieren a la conducta de un hombre. No la sufre, en verdad, porque la *Teoría Pura del Derecho* se implica en demasiadas contradicciones —como lo veremos en otra ocasión— para ser verdadera, y, también, porque el consentimiento unánime de los pueblos civilizados no se ha dejado doblegar por ella. Giorgio DEL VECCHIO lo ha puesto de manifiesto al hacernos el recuento de los principios que todos los Estados progresistas han incorporado en sus respectivas legislaciones, y al destacar, entre otros los siguientes: “que todo hombre en virtud de su mera naturaleza, e independientemente de su pertenencia al mismo Estado o a otro cualquiera, es sujeto de Derecho (véase Art. 16 de las Disposiciones sobre la ley en general preliminares al nuevo Código Civil que significa una restricción con respecto al Art. 3º del Código anterior), de aquí una cierta libertad e igualdad jurídica entre los hombres; que la cualidad de sujeto de Derecho, o sea de persona, y el derecho fundamental de libertad son inalienables; (. . .) que a la obligación de estar sometido a las leyes debe corresponder la facultad de concurrir a la formación de las mismas leyes, y que sólo sobre la base de una ley (y esto significa, por ende, con la participa-

(33) EBENSTEIN *o. c.*, p. 206

ción virtual de todos) podrá el poder limitar el derecho individual” (34). De todo ello, el mismo DEL VECCHIO ha podido concluir que “el legislador ha tenido conciencia de la forzosa deficiencia de sus determinaciones, o sea de los límites propios de la positividad del Derecho en contraste con la inagotable germinación del mismo en la naturaleza” (35).

A esto los kelsenianos podrían oponer que la naturaleza no crea el derecho, sino que tan sólo lo justifica y prepara. Lauterpacht lo expresa diciendo que “La idea de lagunas en el derecho es, con mucho, una idea teleológica; es una expresión de un punto de vista de *lege ferenda*” (36). y Ebenstein, reconociendo que “La legislación, en tanto no está determinada por la constitución, tiene que encontrar su justificación en la moral o en la “justicia”, y que “el acto judicial, en tanto no está determinado por el reglamento, tiene que encontrar una justificación parecida”. Porque “El derecho mismo no puede dar a su órgano, ya sea en su formación del derecho o en su capacidad ejecutiva, ninguna guía para el uso de su discreción, porque la discreción significa ausencia de determinación” (37). Pero, ese poder, que tiene la norma ética, de determinar la incertidumbre del creador de derecho, ¿en qué sentido es una “*lex ferenda*”, como *necesaria* o como *optativa*? Porque si es una “*Lex ferenda*” *necesaria*, coincide con lo que nosotros llamamos “Derecho Natural”, el cual sin tener la pretensión de ser un derecho *positivo* humano (con el que los kelsenianos identifican sencillamente el “derecho”), se impone, sin embargo, a los súbditos y a los legisladores, y, en ese sentido, es un verdadero *derecho*. Ahora bien, no cabe duda de que, si bien ciertas normas éticas, por exigir su cumplimiento en virtud de las circunstancias, no se presentan como necesarias, otras, en cambio, no dejan lugar a vacilaciones, sino que se imponen como obligatorias, de suerte que, si el creador de derecho no las convierte en “derecho positivo”, obra mal, y se expone a que cualquier legislador posterior revoque por nocivas sus leyes opuestas. Y, para ser más explícitos nadie admitirá jamás, como *derecho* la facultad de matar a *otro* por puro capricho, aunque lo autorice el Estado. Es decir, que el “Derecho Natural” se presenta como una norma que, no solo orienta al creador de derecho positivo, sino que da consistencia a las normas jurídicas estatales, de suerte que donde éstas se en-

(34) Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1953, p. 539

(35) *O c.*, p. 540

(36) LAUTERPACHT, *The Function of Law in the International Community*, 68: citado por Ebenstein, *o c.* p. 226

(37) EBENSTEIN, *o c.*, p. 224

cuentran en contradicción abierta con ella, pierden toda su fuerza específica, para sostenerse sólo con la fuerza de la coacción.

B) *Reduce el Derecho a la Fuerza.* Por eso, precisamente, el Positivismo no puede menos de desembocar en la negación del “derecho”, mediante la reducción de éste a la pura fuerza. Y a la verdad, negar el “Derecho Natural” como fundamento último del Derecho Positivo equivale a hacer descansar todo el orden jurídico sobre la débil base de la “fuerza”, es decir, o sobre la victoria de un vencedor, o sobre el prestigio de una recia personalidad, o sobre la elocuencia persuasiva de un orador. Porque, si a la Constitución del Estado —de la que en términos positivistas, se deriva todo derecho—, no se la hace depender del Derecho Natural, será preciso reducirla a un mero hecho histórico que, en tanto es capaz de ejercer una causalidad jurídica, en cuanto que “da lugar a un equilibrio de fuerzas que asegura el triunfo de la fuerza mayor”, como dice Malberg (38). Ello, sin embargo, no constituye ninguna solución jurídica, puesto que la frase de Malberg —descartado todo esfuerzo de la imaginación para pulir las asperezas de la realidad— no es más que otra forma de expresar esta tremenda negación del derecho: “el hecho jurídico inicial consiste en que la fuerza mayor se impone”. Tampoco lo sería si se precisara que no es el mero hecho de la Constitución el que crea el derecho, sino la Constitución como expresión de la voluntad del ser vivo y plenamente organizado que es el Estado. Porque, ¿qué es el Estado, en la tesis positivista, sino la misma fuerza que creó la Constitución, en cuanto que sigue influyendo ya organizada? Según el objetante no puede ser otra cosa, puesto que, no habiéndose producido aún el derecho en la misma constitución, no se ha introducido aún ninguna modificación esencial en aquella fuerza triunfante, sino tan sólo una modificación accidental, consistente en que ahora está organizada, mientras que antes no lo estaba. Luego, de todos modos, hay que reconocer que la fuente del Derecho es únicamente la fuerza bajo una u otra forma.

Pero la fuerza, siendo la antítesis del derecho, no puede, en modo alguno, ser el origen y constitutivo del mismo. Porque un derecho que no salga más que de la fuerza, no será nunca una facultad o un orden “moralmente inviolable”, sino tan sólo un título o un orden “físicamente” intangible; siendo así que por el contrario, el verdadero concepto de derecho exige, según el sentir universal, que se trate, precisamente, de una facultad “físicamente” violable, pero “moralmente” digna de todo respeto. Físicamente violable, desde luego, y en ese

(38) CARRE DE MALBERG, *Teoría General del Estado*, o. c., Nº 69, p. 194

sentido bien ha podido escribir Giorgio DEL VECCHIO: "Aunque a primera vista pueda parecer extraño, el Derecho es *esencialmente violable* y existe cabalmente gracias a su violabilidad. Si faltase la posibilidad del entuerto, no tendría sentido la afirmación del Derecho, porque no se podría constituir una distinción entre las acciones justas y las injustas, y no habría lugar para una norma del obrar" (39). Más aún, no sólo "*físicamente violable*", sino como se desprende de la cita de Del Vecchio, "necesariamente" violable, hasta el grado de que si no lo fuera, no se daría en absoluto. Pero precisamente esa violabilidad física nos descubre la diferencia fundamental entre el derecho y la fuerza. Porque es evidente que, si, por un lado, el derecho es violable, es decir, si puede haber acciones "injustas", además de las "justas", y si, por otro lado, la violación del derecho consiste exactamente en no conformar nuestras acciones con él, habrá que concluir necesariamente que el derecho es un criterio, mejor aún, el único criterio "*ex natura rei*" para discernir las acciones justas de las injustas. Ahora bien, semejante criterio diferencial, que arranca de su misma esencia, lo opone radicalmente a la fuerza, haciéndolo absolutamente irreductible a aquélla. La razón es clara, y es que, siendo *común* a las acciones justas y a las injustas, la fuerza no podría servir jamás de norma discriminatoria entre ambas clases. "Si el Derecho traza una distinción entre las acciones posibles, delimitando las justas de las injustas —nos dice magistralmente DEL VECCHIO, a quien cabe el mérito de haber descubierto esta introductibilidad radical—, el criterio jurídico debe contener un elemento diferencial que permita esta distinción. De aquí que al fundamento de un juicio de tal especie no pueda —por incompatibilidad lógica— ser inherente un carácter común a *todas* las acciones. Esto pone, pues, ante todo, en evidencia, que el criterio jurídico no puede identificarse con la posibilidad física del obrar, o sea, con la *fuerza* que, como condición de todo fenómeno, se encuentra en cualquier acción. El concepto del Derecho pertenece a la categoría de los *valores*; no se confunde con el hecho, con la existencia física sino que está supraordinado, es superior a ella. "Ser conforme al Derecho" significa algo más y algo diverso de existir, o poder físicamente existir. El criterio jurídico, es un criterio *super existencial*. El acontecer de una acción prueba sólo que ésta es físicamente posible, pero deja por completo sin prejuzgar o intacta, la cuestión acerca de la *posibilidad jurídica* de la acción misma. El hecho está lógicamente subordinado al Derecho, y el Derecho traza una gradación de valores" (40).

(39) Giorgio DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, Edit. Bosch, Barcelona 1953, p. 333

(40) *O. c.*, p. 331

Es tan evidente esto, que, como dice muy bien Armand CUVILLIER: "La intuición basta para demostrar que la esencia del derecho no se basa en la fuerza o el interés". Porque, prosigue diciendo: "Cuando digo: Es mi derecho", tengo conciencia de decir algo muy distinto de "Es mi interés" o "Tengo el poder material de hacerlo". Es posible que sólo reivindique mi derecho cuando está conforme con mi utilidad, pero a pesar de ello tengo conciencia de invocar una regla que es trascendente a todo cálculo puramente empírico de ventajas. Dicho de otra forma, el derecho es, como expresa Leibniz, "un poder moral"; implica la noción de un *valor* y sentimos de antemano que la reducción del derecho a un simple hecho desconoce su misma esencia y equivale a su negación" (41).

Por lo demás las razones abundan. Así, por ejemplo, la fuerza no puede fundar el derecho, porque obedecer a la fuerza, o es sólo una necesidad física, o es, a lo sumo, un acto de prudencia; pero nunca será un verdadero "deber" u obligación absoluta. Por eso Juan Jacobo Rousseau, refiriéndose al derecho del más fuerte, "tomado irónicamente en apariencia y realmente establecido en principio", se pregunta extrañado: "Pero, ¿se nos explicará nunca esta palabra? La fuerza es una potencia física, y no veo qué moralidad puede resultar de sus efectos. Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad; cuando más, puede ser de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber? (42). Realmente, la pregunta es sumamente orientadora, porque en ninguna parte resalta tanto la irreductibilidad del derecho a la fuerza, como en la "correlación esencial" que existe entre el primero y la obligación *absoluta*. Efectivamente, el derecho no podría ser el correlato de aquella —como debe serlo en virtud de su misma esencia—, si se confundiera con la razón del más fuerte. Y para verlo con toda evidencia, bastará que nos formulemos una observación muy sencilla. La obligación de respetar el derecho ajeno es absoluta, es decir, independiente de toda condición, mientras que la obligación, que tienen los demás, de respetar la pretensión del más fuerte, no es absoluta, sino tan sólo hipotética, condicionada en este sentido: "debes respetar dicha

(41) Cfr. Armand CUVILLIER, *Sociología y Teoría del Derecho*. En revista de Estudios Políticos, 86-87 (1956), p. 22. El mismo Cuvillier, entre otras razones sobre el mismo tema, observa muy atinadamente: "es muy notable que en las relaciones entre los individuos o entre los pueblos, la fuerza pocas veces se declara como tal, sin otra justificación, y al desnudo, por decirlo así. Tiende siempre a valorizarse, a encontrar razones, pretextos o al menos excusas. Como ha escrito J. J. Rousseau, a veces menos utopista de lo que se cree, "el más fuerte, no es jamás lo bastante fuerte como para ser siempre el amo, si no transforma su fuerza en derecho y la obediencia en deber". Muy conocida es la frase atribuida al Rey de Prusia: Federico III: "Cuando tengo necesidad de una provincia hago que la conquisten mis soldados. Después ya encontraré algún jurista o filósofo pedante, para demostrar que el derecho estaba de mi parte". Auténtica o no, esta frase demuestra hasta en los más cínicos la necesidad de justificarse, que es en suma, un homenaje que rinde la fuerza al derecho" (*A c.*, p. 23).

(42) Juan Jacobo ROUSSEAU, *El Contrato Social*, en "Obras Escogidas", Editorial Ateneo, Buenos Aires, p. 857 Libro I, Capítulo III).

pretensión, si persistes en la impotencia de superar la fuerza del pretendiente". Su relatividad se manifiesta más de bulto en este ejemplo concreto: tendré obligación de entregar mi bolsa al bandido, únicamente en el caso de que no me pueda defender contra su amenaza. ¿Quién no ve que la fuerza no puede, en modo alguno, desempeñar el papel, tan esencial al derecho verdadero, de correlato de la obligación incondicional? Si pues el derecho no fuera más que la fuerza, no habría, ni podría haber, en absoluto, verdadera obligación moral. Por una extraña paradoja, el derecho, que todo el mundo ha entendido siempre ser la única fuerza del débil, se convertiría, como por ensalmo, en la prerrogativa de los poderosos. Ni se diga que la fuerza lleva el respaldo de Dios, dimanando, como dinamita de El, y que, por tanto, es digna de todo nuestro respeto y de toda nuestra obediencia. Porque, en tanto el venir de Dios sería un título de obediencia, en cuanto que Dios quisiera de hecho que la acatáramos siempre; pero semejante supuesto es del todo inadmisibile, ya que convertiría en pecaminosas acciones reputadas como buenas por todos, tales como resistir a los asesinos y a los ladrones, no menos que conservar nuestra salud contra los embates de la enfermedad. El mismo Rousseau, analizando esta sentencia: "Obedeced a los poderes" no puede menos de descubrir el absurdo que encierra, y se confirma más en su iusnaturalismo: "Si esto quiere decir: ceded a la fuerza —nos dice— el precepto es bueno, pero superfluo. Respondo de que no será jamás violado. Todo poder emana de Dios, lo reconozco, pero toda enfermedad también. ¿Estará prohibido por ello, recurrir al médico? Si un bandido me sorprende en una selva, ¿estaré, no solamente por la fuerza, sino aun pudiendo evitarlo, obligado en conciencia a entregarle mi bolsa? ¿Por qué, en fin, la pistola que él tiene es un poder? Convengamos, pues, en que la fuerza no hace el derecho y en que no se está obligado a obedecer sino a los poderes legítimos" (43). Realmente, Rousseau está en la verdad.

Más aún, hasta SPENGLER nos da la razón, como se desprende de su definición de derecho. "El derecho —dice— es la forma *voluntaria* de la existencia, sin que importe que haya sido reconocida por instinto y sentimiento —derecho no escrito, derecho consuetudinario, *equity*— o obstaculizada por meditación, profundizada y reducida a un sistema —ley—" (44) En esa definición, en efecto, se descubren claramente los dos derechos, el natural y el positivo, que están empeñados en la lucha histórica por la superación de la justicia. Por eso añade:

(43) *O c.*, mismo capítulo, p. 857

(44) Oswald SPENGLER, *La Decadencia de Occidente*, vol. 40, traducida por Manuel G. Morente, Espasa Calpe, Madrid 1945, p. 151

“Pero ya por la diferencia de grado en la conciencia que de ellos tenemos, resulta que en el curso todo de la historia real dos derechos han de enfrentarse hostiles: por una parte el derecho de los padres, de la tradición, el derecho sellado, heredado, probado, el derecho sagrado, porque existió siempre, procede de la experiencia de la sangre y garantiza el éxito; y por otra parte el derecho pensado, bosquejado por la mente, el derecho de la razón, de la naturaleza, de la humanidad, engendrado en la meditación y, por tanto, afín a la matemática, derecho que acaso no sea tan eficaz, pero que es justo” (45). Ahora bien —y esto es lo que nos interesa sobremanera en el orden de ideas en el cual nos movemos—, el derecho positivo en sentido estricto —que es precisamente el derecho nacional, porque, a diferencia del internacional, procede de la voluntad de una autoridad *superior*—, debe al derecho natural el ser *justo* (Spengler lo denomina con el significativo epíteto de “*verdadero*” . . .) mientras que a dicha autoridad no le es deudor más que de su eficacia o validez. Es decir que, según Spengler, al derecho civil le viene el ser “derecho” del derecho natural, al paso que del legislador no le viene más que el ser “positivo”. Por eso, precisamente, se queja de que no siempre se cumple el ideal, sino que los legisladores se dejan llevar más de lo debido de sus intereses personales o de clase; y, por eso también, aprecia menos el derecho internacional que el derecho nacional, en la medida en que el primero, por su misma esencia se identifica con la pura fuerza (46).

Cabe sin embargo, una objeción, como la que formula Giovanni GENTILE, al alistarse en las filas de Spinoza. “El sujeto de la ley —dice él— es también el sujeto de la fuerza que la ejecuta: la actividad del espíritu. Por lo cual no se puede distinguir fuerza y ley sino por abstracción, porque la ley no es un *prius* ni un *posterius* respecto de la energía que la pone en su realidad, observándola libremente. La ley es para el sujeto el acto mismo de su realizarse. Siendo así, es ne-

(45) *O. c.*, *Ibidem*

(46) *Cfr. o. c.*, pp. 152-153: “Mientras un poder histórico posee sobre las unidades subordinadas la superioridad que el Estado y la clase poseen muchas veces sobre las familias y las profesiones, o que el Jefe de la Familia posee sobre los niños, es posible un derecho legal *entre* los débiles, derecho otorgado por la mano omnipotente del superior. Pero es raro que las clases sientan sobre sí un poder de ese rango, y los Estados no lo sientan nunca. Entre ellos rige, pues, con poderío inmediato, el derecho del más fuerte, como se demuestra en los tratados impuestos y más aún en la interpretación y cumplimiento de los tratados por parte del vencedor. Esto distingue los derechos *externos* o *internos* en las unidades históricas de vida. En los derechos internos se manifiesta la voluntad de un juez, que quiere ser imparcial y justo —aunque muchos solemos engañarnos acerca del grado de imparcialidad que campea aún en los mejores códigos de la historia, incluso en aquellos que se llaman civiles (para ciudadanos), y que ya por ello indican que una clase, apoyada en su prepotencia, los ha creado para todos. Los derechos internos son el resultado de un pensamiento estrictamente lógico, causal, orientado hacia la verdad; pero por eso mismo su validez depende siempre de la fuerza material de su autor, ya sea una clase o un Estado. Una revolución que aniquile ese poder, aniquila al punto el poder de las leyes. *Las leyes siguen siendo verdaderas; pero ya no reales* (este subrayado es nuestro). En cuanto a los derechos externos —como todos los tratados de paz— no son nunca verdaderos en esencia; son siempre reales a veces con una realidad espantosa, y no sustentan la pretensión de ser justos. Basta que sean eficaces. En ellos habla la vida, que no se somete a la lógica causal y moral, sino a una lógica orgánica llena de consecuencia”

cesario reconocer que, en efecto, tenía razón Spinoza, desde su punto de vista naturalista, en poner la fuerza, y sólo la fuerza, como base del derecho, en el sentido lato en que lo entendía (47). Por de pronto, hay que advertir que a esa dificultad responde el mismo Gentile. Empieza por observar que la fuerza del espíritu es irreductible a la fuerza de la naturaleza irracional, ya “que en la naturaleza, por fuera de la voluntad, el derecho no tiene sentido, y que entre el pez grande que se come al chico y el hombre fuerte que somete al débil, está de por medio esa autoconciencia en que reside la libertad, y por consiguiente, la ley y el derecho” (48). Si bien, pues, el derecho se identifica con la fuerza —nos viene a decir—, pero no se reduce a la fuerza bruta, sino a la fuerza espiritual; no a la fuerza “considerada desde lo “externo”, “a parte objecti”, como dice él, sino a la fuerza considerada desde lo íntimo, “a parte subjecti”. Y nótese que para él, entre ambas fuerzas media un abismo. “La fuerza de quien obra —nos dice— es la afirmación, la realización del espíritu, mientras que aquella de quien padece (aquella que siente quien la padece) es la negación o supresión de la realidad espiritual. La una —continúa diciéndonos— engendra la otra, pero poniendo dos situaciones espirituales muy diferentes, de las cuales la una es actualización del valor y la otra, en vez, del desvalor espiritual” (49). De ahí que no le sea difícil conciliar los dichos de Spinoza y de Rousseau, diciéndonos: “En contra de Spinoza tiene razón Rousseau y todo reivindicador de la idealidad del derecho, cuando observa que “la fuerza es una potencia física, de cuyos efectos no puede resultar ninguna moralidad”. “Ceder a la fuerza es un acto de necesidad, no de voluntad, a lo más, es un acto de prudencia. ¿En qué sentido podrá ser un deber?” (*Contr. Soc.* I, 3). Pero la fuerza, trasplantada de la naturaleza (en que es una construcción nuestra) a nosotros, en donde efectivamente obra, no es más como ya se ha aclarado, una mera necesidad mecánica, sino que es propiamente la ley, en toda la majestad de su intangible valor (50). Es decir que, según palabras textuales de Gentile: “cuando Spinoza atribuye a cada individuo (nosotros diremos al espíritu), el *ius summun ad omnia quae potest*, piensa en la fuerza en el primer sentido, que es en realidad creadora del valor. Rousseau, en cambio, negando que la fuerza pueda generar un valor, esclamo que tiene en su mente a la fuerza en el segundo significado” (51).

(47) Giovanni GENTILE, *Los Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Editorial Losada, S. A., Buenos Aires, 1954, pp. 108-109.

(48) *O. c.*, *Ibidem*.

(49) *O. c.*, p. 110. No olvidemos que habla un neo hegeliano.

(50) *O. c.*, p. 105.

(51) *O. c.*, p. 110.

En medio de su neohegelianismo, que le lleva a atribuírselo todo al Espíritu Absoluto, se advierte pues, una clara y rotunda oposición al positivismo jurídico. Más aún, se podría decir que, fuera de la fundamentación teórica que le da al Derecho —fundamentación necesaria dentro del marco idealista— su explicación del derecho subjetivo coincide substancialmente con la explicación escolástica, en cuanto que consiste en derivarlo del derecho objetivo, es decir, de la ley. Gentile parte, en efecto, de las nociones de moral y de derecho —concebidas dentro de las líneas esenciales de su sistema— y de su mutua implicación. “Moral”, según él, tiene que ser la voluntad que se realiza; al paso que “Derecho” tendrá que ser la voluntad antes realizada, es decir, el “objeto de la moral considerado en su estadio previo de abstracción o en otros términos, “lo querido *antes* querido”. De ahí que el derecho no puede ser posterior a la moral, sino más bien anterior a ella, ya que la moral no es más que la concreción del Derecho; pero no anterior en el sentido de “condición del querer” —ya que, al contrario, es *lo antes querido* lo que no podría darse sin un actual querer que, al oponérselo, le negara su objetividad abstracta, haciéndolo así, “*lo antes querido*”—, sino más bien como un “momento *interno*” en la dialéctica del querer, y no, por cierto, como elemento negativo, sino como un elemento positivo, aunque abstracto (52).

Però nótese que Gentile no ha hablado, hasta ahora, más que del derecho objetivo, es decir, de la ley. Sin embargo, “por vía empírica” no puede desconocer el derecho *subjetivo*. Para justificarlo, pues, lo hace derivar del derecho objetivo de la siguiente manera. Entre el querer *actual* y lo *antes querido*, se sitúa una fuerza espiritual, una *facultad*, que dimana de la ley y se posa en el sujeto, imponiendo, al mismo tiempo, a los demás, la *obligación* de respetarla. Es decir que la fuerza de mi querer jurídico — de mi facultad moral— proviene totalmente de la ley, de suerte que, si mi querer puede obligar al otro, es porque tiene por objeto el contenido de la norma. “El derecho subjetivo —dice Gentile— es un derecho derivado, que tiene en el objetivo su razón de ser y su esencia, ya que éste, en su objetividad, confiere al sujeto una cierta fuerza con respecto a otro, correspondiente a la obligación respectiva de éste hacia el primero. El derecho de mi crédito existe en cuanto es un derecho objetivo que obliga al deudor hacia mí, y mi voluntad activa saca todo su valor jurídico de la ley que garantiza mi crédito, es decir, especulativamente hablando, *en cuanto* mi voluntad no es una voluntad mía, arbitraria y particular, sino la

(52) *O. c.*, p. 118 119

misma fuerza del derecho objetivo (53). Si pues, *mi derecho subjetivo* consiste en que mi voluntad se impone a los otros, y si, el imponérseles, se debe precisamente a que tiene por contenido el mismo objeto de la ley, se sigue que mi derecho subjetivo se identifica con el derecho objetivo, y, por tanto, subsiste independientemente de que yo tenga o no conciencia de él (54). Más aún, por lo mismo, la *coactividad* del derecho no puede separarse del derecho mismo —“La coacción no consiste en la sanción de hecho que acompaña a la ley” como dice Gentile— (55), sino que “el derecho está en cuanto el sujeto se encuentra frente a un querido, que no es su actual querer y sin embargo es el contenido de éste” (56): “el derecho para nosotros —aclara Gentile— es derecho en cuanto lo sentimos coactivo; ley de nuestra voluntad, sin que sea nuestra misma voluntad” (57).

Como se ve, su concepción jurídica coincide, en lo esencial, con la Escolástica. Al menos, aunque discrepen en cuanto a la determinación del origen último del Derecho, ambas convienen negativamente en no hacerlo consistir en la pura fuerza *física*. Hasta están de acuerdo en catalogarlo dentro del orden de la “moralidad”. Porque el jurista italiano no concibe cómo “la conciencia moral podría jamás contraponerse a la disposición de la ley y obrar sobre ésta, como hace de continuo en su desenvolvimiento, si a la ley que entra en contacto con la voluntad en esa relación espiritual —sólo de la cual es posible que obtenga su realidad— no le fuese propia la eticidad, que la conciencia moral tiene por misión valorar” (58). El hecho podrá parecer extraño, desde luego, si tenemos en cuenta su raigambre hegeliana y damos crédito al veredicto de Albert CAMUS, según el cual, el mundo actual “no puede ser ya, al parecer, sino un mundo de amos y de esclavos, pues las ideologías contemporáneas, las que modifican la faz del mundo, han aprendido de Hegel a pensar la historia en función de la dialéctica de dominio y servidumbre” (59); pero es innegable, sin embargo. Quizá la mentalidad jurídica de su patria, nacida al calor civilizador de la cristiandad y de la gloriosa tradición forense de la antigua Roma, avasalló por completo su espíritu. Sea lo que fuere, lo

(53) *O c.*, p. 121

(54) *O c.*, *Ibidem*

(55) *O c.*, p. 123

(56) *O c.*, p. 124

(57) *O c.*, p. 124

(58) *O c.*, p. 131

(59) Albert CAMUS *El mito de Sísifo El Hombre Rebelde* Edit. Losada, Buenos Aires, 1957, p. 232

cierito es que también él, pese a ciertas apariencias vanas, subraya la irreductibilidad del derecho a la fuerza. Podemos, pues, concluir ya, que un concierto tan unánime y tan autorizado de voces, implica una imposibilidad real de dar otro fundamento, al derecho, que no sea la naturaleza humana.

Los mismos intentos recientes de Karl OLIVECRONA nos confirman esa imposibilidad. Efectivamente, en vano se esfuerza por presentarnos el derecho como un puro hecho: lo único que obtiene es retrotraer la cuestión. Porque, ¿de qué sirve hacernos observar que no es que yo deba hacer tal acción prescrita por la norma, sino que es la misma acción la que *debe ser hecha*, atendida su naturaleza; y que el sentimiento de obligación no es más que una asociación psicológica entre la fórmula imperativa —que expresa el “deber ser hecho”, de la acción— y nuestra acción, si al punto surgen una serie de interrogantes que exigen urgentemente una respuesta que no se les puede dar? (60) He aquí unas cuantas preguntas obvias. Supuesto que esa asociación psicológica *habitual* supone asociaciones *actuales* muchas veces repetidas con las mismas características, ¿cómo se explican éstas? ¿Cómo se explica el acatamiento *en conciencia* a la primera norma dada sobre todo si fue contraria al gusto del pueblo? ¿Cómo se explica la coincidencia de todos en la formulación de esos hábitos? Más aún, ¿cómo se explica que en todo el mundo se haya formado ese hábito respecto a los preceptos llamados “naturales”?

Olivecrona, es verdad, intenta responder con algunos ejemplos. Pero, a más de que por ese camino apenas si lograría explicar uno que otro de los múltiples y heterogéneos preceptos que han regido desde siempre a los pueblos, sus mismas explicaciones son muy discutibles. Así, por ejemplo, puesto a concretar, nos brinda la génesis siguiente de la idea de derecho subjetivo: “La base psicológica es un *sentimiento* de fuerza o poder en conexión con la noción de una situación o un acto. Este sentimiento puede tener muchas causas distintas. Cuando, en tiempos primitivos, B había prometido por juramento a A pagarle una suma, era cosa muy natural que A tuviera una impresión de poderío con respecto a B, ya que su reclamo se encontraba respaldado por la ira de los dioses. Actualmente se da naturalmente un sentimiento similar cuando un acreedor sabe que puede poner en movimiento la maquinaria jurídica en contra del deudor que no paga cuando corresponde. Con la unión del sentimiento de poderío con las nociones referentes a situaciones y actos, brota la idea de que “existe” un poder, que llamamos derecho subjetivo. Aunque nunca puede ser

(60) Cfr. Karl OLIVECRONA, *El Derecho como Hecho*, en la obra en colaboración: *El Hecho del Derecho*, Edit. Losada, S. A., Buenos Aires, 1956, p. 222

aprehendido, se cree que ese poder realmente se encuentra en esa situación. Los legisladores y los jueces, desde tiempos inmemoriales, han considerado como tarea propia regular y “ejecutar” tales poderes (facultades). La ciencia jurídica de hoy todavía se mueve dentro de la estructura de la misma idea básica (61). A la verdad, pocas observaciones bastan para descubrir la inconsistencia de semejante explicación. En primer lugar, no puede uno resistir a la tentación de pedirle al autor que justifique los antecedentes de los personajes de la “novela” jurídica, y, en concreto, por qué B se sentía *obligado* a pagarle a A, cuando hizo el juramento con el que todo se vuelve diáfano? Una de dos: o porque sentía *pesar sobre su conciencia un verdadero “deber”* —y ello supondría ya una norma anterior—. o porque el otro se lo exigía por la fuerza. En el primer caso habría que dar cuenta de dónde vienen ese sentimiento del deber y esa norma; en el segundo, habría que aclarar por qué no repelía la fuerza con la fuerza. Es evidente que, tratándose por hipótesis, de gente primitiva, no iba a ser por falta de valor ni de fuerzas. . . . Hubiera sido demasiada coincidencia que, precisamente el del ejemplo, fuera un carácter de merengue y un cuerpo enclenque, en medio de tanta brutalidad. . . . Además de que, lo que ese “hombrecillo” hiciera, no sería capaz de crear una costumbre popular. . . . Luego tuvo que ser porque el otro alardeaba de tener derecho. Pero, ¿de dónde viene ese derecho? Topamos, pues, de nuevo, con el mismo problema, que no ha hecho más que retroceder. Además de que, aunque se lograra explicar empíricamente el origen histórico de los derechos y de las obligaciones que corresponden a la ley positiva, todavía se podría preguntar: ¿Por qué los hombres primitivos pensaron que si no cumplían sus contratos los iban a castigar los dioses? La pregunta no es impertinente, porque en el fondo se trata siempre del mismo enigma de la “obligación”. Pero, desgraciadamente, queda insatisfecha. Tampoco es más feliz la fundamentación que Olivecrona se empeña en dar al sentimiento de “deber” respecto a lo que prescribe la ley. Si los hombres de hoy asocian el incumplimiento de un contrato o de otra obligación con el deber ser del mismo es, se nos dice, porque piensan que pueden exigir que la autoridad estatal intervenga. Pero, por otro lado, la autoridad estatal, si interviene, es porque las leyes han previsto esas obligaciones. ¿Por qué, pues, “Los legisladores y los jueces, desde tiempos inmemoriales, han considerado como tarea propia regular y “ejecutar” tales poderes (facultades)”? ¿Por qué la ciencia jurídica de hoy todavía se mueve dentro de la estructura de la misma idea básica? Necesariamente tiene que reconocer que esas facultades se imponen desde el principio del mundo por vía meramente

(61) *O. C.*, p. 233

natural. Esas facultades se presuponen a todas estas explicaciones y, precisamente como debiendo ser respaldadas por los legisladores y por los jueces.

C) *Niega la democracia.* No se puede esquivar, pues, la “realidad” de las obligaciones y de los derechos. Pero, si ello es así, es preciso —como lo vio muy bien Olivecrona al esforzarse con toda su alma en negarla, por entender que de ser reales los deberes, no habría modo de rechazar la explicación de un legislador divino— (62), se impone admitir una ley natural, en la base misma de todo el orden jurídico.

Es evidente que el perjuicio decidido de no admitir un legislador divino, con el que acabamos de tropezar en Olivecrona, es el No: que inspira toda la concepción positivista. Díjase que es tan ofuscante su luz, que a los que se atienen a él, les hace perder de vista el verdadero fin del Estado, que es el bien común. Queriendo, en efecto, salvar a toda costa, la tesis de que la única razón de ser del Derecho es el Estado, se ven enredados en este dilema atroz: o negar la democracia, o desistir de la *ilimitación* del poder estatal. El primer miembro significa el desprestigio, el segundo, la negación del positivismo

Y, a la verdad, el positivismo dejaría de ser lo que debe ser y se convertiría en un verdadero iusnaturalismo, si admitiera alguna clase de *verdadera* limitación del poder. Desde luego, una limitación *objetiva* heterónoma no puede menos de implicar un legislador superior al Estado, es decir, el autor de la Naturaleza, y *por ende un verdadero iusnaturalismo.* Por otra parte, una autolimitación, ni podría ser afirmada sin contradicción por el positivismo, ni constituiría una *verdadera* limitación. Y es que —en cuanto a lo primero— el positivismo, para ser lógico consigo mismo, debe poner la esencia del Estado en la soberanía *absoluta.* Por tanto, según él, el que el Estado se autolimitara equivaldría necesariamente a que cambiara su propia esencia, convirtiéndose en una soberanía *relativa.* Debería, pues, consentir en la negación del Estado, para consentir en la teoría de la auto-limitación. “Renunciando a su soberanía o limitándola en provecho de sus súbditos —observa Jean DABIN— el Estado se negaría a sí mismo, y los gobernantes que hubiesen consentido en esta limitación serían culpables de delito grave” (63). Eso mismo ya nos está demostrando que es imposible que la auto-limitación constituya una *verdadera limitación.*

(62) *O c.*, p. 222: “Mas no hay razón para que la ciencia social permanezca en el punto de vista no crítico de aceptar los deberes como realidades. Esto conduce inevitablemente a la búsqueda de un origen sobre natural de las expresiones de órdenes”

(63) Jean DABIN, *Doctrina General del Estado*, p. 137

Por ello resalta más, todavía, si se advierte la relación que existe entre la auto-limitación y la limitación, de un lado, y la sumisión, del otro. "Por definición, dice Dabin, una auto-limitación excluye la idea de sumisión al derecho, pues el derecho supone una regla objetiva que se impone por su valor intrínseco, en tanto que la auto-limitación procede de una voluntad, si no arbitraria, sí por lo menos libre de vínculos" (64). Si, pues, la verdadera limitación consiste en una verdadera sumisión al derecho, resulta imposible que una auto-limitación lo sea de verdad.

En tales circunstancias y con semejantes premisas, ¿qué sería de las garantías personales y aun de la misma seguridad de la vida social? ¿No podría el Estado destruirse a sí mismo y sumir a la población en la más espantosa anarquía? Nada, en efecto, podría impedirsele jurídicamente. Más aún, teniendo en cuenta las miserias de los hombres, que muchas veces los hacen proceder por intereses mezquinos en asuntos políticos, el peligro de que las libertades individuales y la estabilidad del Estado estén siempre gravemente expuestos, es real. Por algo Carré de Malberg prefiere ser ilógico, oponiéndole, como cortapisa, al Estado, la imposibilidad de "suprimir todo orden jurídico y fundar la anarquía porque se destruiría a sí mismo"

Pero, si semejante conducta del positivismo es ilógica, en el caso del Estado, mucho más lo es tratándose de alejar la tiranía de las relaciones internacionales. Porque, ¿cómo sería posible, si reinara el positivismo, fundamentar el Derecho Internacional? Precisamente en virtud de su principio fundamental, cabría perfectamente, y en un plano jurídico, la creación de Derechos NACIONALES" *antagónicos*, que harían la convivencia internacional imposible, porque crearían conflictos de todo género JURIDICAMENTE insolubles por falta absoluta de toda ley superior y común a la que apelar en busca de justicia, y únicamente solventables, consiguientemente, por vía exclusivamente bélica. Ni se crea que semejante hipótesis resulta quimérica, en el sentido de que cada Estado legislaría sólo para su territorio, sin violar el territorio y los intereses de los otros Estados. Porque, en primer lugar, existen intereses nacionales que repercuten en el orden internacional. Las trabas puestas a la "inmigración" en un país, por ejemplo, no pueden menos de afectar a los intereses "emigratorios" de los demás Estados. Además el mismo poder nacional que tiene facultad para crear o modificar su derecho, podría asimismo —en virtud del mismo principio— determinar la modificación o ampliación de sus fronteras

(64) *Ibidem*

No tendría más que acudir a otro hecho histórico que refundiera su constitución estatal.

Por otra parte, no existiendo un Derecho Internacional válido, tampoco podrían exigir justicia unas naciones respecto a otras. Con una energía extraordinaria expresó esta anomalía el Papa Pío XII en su célebre discurso dirigido a los miembros de la Sagrada Romana Rota el 13 de noviembre de 1949 sobre los procesos de Nüremberg: "Se ha hecho notar —les decía— cómo, según los principios del positivismo jurídico, esos procesos habrían debido cerrarse con otras tantas absoluciones, aun en casos de delitos que repugnan al sentido humano y llenan el mundo de horror. Los acusados se hallaban cubiertos, por así decirlo, por el "DERECHO" vigente. ¿De qué eran en verdad culpables sino de haber hecho lo que este derecho prescribía o permitía?"

La monstruosidad de semejante conclusión pone en plena evidencia la falsedad del principio positivista que le sirve de premisa. Porque es cierto que ningún ser humano consentiría jamás en aceptar como verdadera una teoría, como el positivismo, si se percatara de la dependencia íntima que existe entre ella y consecuencias tan inhumanas. Y es que existe un valor humano —la vida—, universalmente respetado y reconocido como respetable por todos los hombres, dotados de un carácter absoluto, y contra el cual no han podido prevalecer ni prevalecerán jamás los discursos ni las teorías más sutiles. Los hombres no podían resignarse en modo alguno a dejar impunes los crímenes y los atentados contra él, por más que las leyes de ciertos países lo permitieran.

Tan hondo es ese sentimiento, que por sí solo prueba la existencia de un Derecho Natural. Fundado, en efecto, en un valor absoluto, cual es la vida —absoluto porque se impone a todos los hombres, aun al propio sujeto, que no puede disponer de su vida a su antojo, sino tiene que administrarla conforme a los fines natural y sobrenatural de su naturaleza (65), y no pudiendo darse una explicación satisfactoria de dicho valor si no se afirma que es un valor absoluto garantizado por la misma naturaleza, es preciso admitir la realidad del Derecho Natural. Que no se pueda explicar satisfactoriamente su valor absoluto sino en base de un derecho emanado de la misma naturaleza, es claro. Porque, no dimanando ese carácter "absoluto" de la legislación positivista, como es obvio, no puede provenir más que de la naturaleza, en lo que tiene de *común a toda la humanidad*, o del hecho mismo de la existencia de la vida. Ahora bien, el

(65) Cfr. Jean DABIN, *Le Droit Subjectif* Dalloz, varié 1952, pp. 40-43

mero hecho de la existencia de la vida no basta para explicar el fundamento del carácter absoluto del valor que ella representa, puesto que la vida se da también en los animales, y, sin embargo, ni éstos se ven obligados a respetársela mutuamente — de acuerdo con la ley de la jungla—, ni debe el hombre respetársela a ellos, no quedando más remedio que buscar la razón última del respeto que impone universalmente la vida humana en la naturaleza “específica” del hombre, es decir, en lo que a éste lo distingue de los animales y que se da en todos los hombres sin excepción” (66).

CONCLUSION

Al término de este trabajo, abrumados, no sólo por la fuerza de las razones encontradas, sino por su número aplastante, nos vemos obligados a confesar la existencia de un “IUSTUM EX NATURA”, para emplear la nomenclatura del Dr. Eustaquio Galán y Gutiérrez. Diríase que su realidad es tan evidente, como la del aire que respiramos y que nos sale al paso por todas partes. No pretendemos, sin embargo, que la evidencia que garantiza la existencia de un “Derecho Natural” se extienda, asimismo sobre la de una Ley Natural, a la sola luz de los argumentos aducidos. Estos nos han convencido tan sólo de la indubitable de un *iustum naturale*; pero siempre queda pendiente la cuestión ulterior del fundamento de ese “*iustum naturale*”, y, precisamente, la respuesta a esa pregunta —respuesta que daremos en otra ocasión—, constituirá la mejor prueba de una Ley Natural, concebida como una verdadera participación de la Ley Eterna en la naturaleza racional del hombre (67).

(66) Cfr DABIN, *o c.*, p 22

(67) Cfr : Antonio Salvador DE LA CRUZ, *Esencia Etica de los Actos Humanos*, en “Revista de Filosofía” de Madrid, 20 (1961), V 37, Nº 16