

## Sobre la Politicidad del Derecho

---

Por Giorgio Del Vecchio,  
*Profesor de la Universidad de Roma.*

SUMARIO: I. La politicidad, ¿es un carácter esencial del derecho? — II. Lo justo político es la doctrina aristotélica. — III. La doctrina de Santo Tomás — IV. Juridicidad, positividad, estatalidad. Ordenes jurídicos no estatales y antiestatales. V. Ordenes jurídicos extraestatales — VI. Las determinaciones jurídicas de las conciencias individuales — VII. Crítica a la tesis de la politicidad. — VIII. El ideal de la justicia y la realidad jurídica.

I.—Muchos son, como es sabido, los caracteres del derecho que, especialmente en los tiempos próximos a nosotros, fueron objeto de amplias y cuidadosas investigaciones para poner en claro si ellos constituían, o no, elementos esenciales del derecho mismo: así, por ejemplo, la imperatividad, la bilateralidad o intersubjetividad, la coercibilidad, la positividad, la estatalidad, etc. Si respecto a los dos primeros caracteres la opinión afirmativa es aceptada ahora de modo casi unánime, respecto de los demás están vivas aún las disputas. Pero ahora no queremos discutir sobre esto, bien que en este caso no podremos evitar el repetir lo que ya en otra parte hemos tratado de demostrar sobre aquellos conceptos.

Recientemente se ha sostenido que pertenece también al derecho, y esencialmente, el carácter de la *politicidad*. Defensor autorizado de esta tesis es señaladamente el profesor monseñor Francisco Olgiati, cuyos conspicuos méritos todo cultor de la Filosofía del Derecho conoce y aprecia. Al tratar este argumento, él recuerda a escritores precedentes, y principalmente a Santo Tomás, que avalarían dicha tesis. Sucesivamente, la cuestión ha sido tratada por varios autores, que expresaron sobre ella opiniones bastante divergentes. Vale por esto la pena detenerse, siquiera sea brevemente, sobre este tema que, concerniendo a

la noción lógica del derecho, no debe estar despojado de algún interés para los juristas.

“La *polis* (afirma Olgiati) es la finalidad a la cual —inmediata o mediata— tiende el derecho por su naturaleza intrínseca” (1). “El derecho en el sentido pleno de la palabra se forma y se desarrolla en el seno de la sociedad política, nace y se desenvuelve con ella” (2). Pero, declara todavía Olgiati, refiriéndose siempre a la doctrina tomística, la noción del derecho, como la de la sociedad política, implica como fin propio el *bonnum commune*. Derecho equivale a justicia, y a ésta debe reducirse; de este modo, una ley injusta “non est lex, sed legis corruptio”. Y por sociedad política, o *polis*, debe entenderse, no una sociedad ordenada de cualquier modo, sino una “societas perfecta”, dirigida al bien común. La politicidad designa justamente, a su modo de ver, esta tendencia finalista o teleológica, virtualmente implícita en las relaciones entre varias personas, aun si tales relaciones preceden a la formación del Estado.

II—No es tal vez superfluo hacer notar (aunque monseñor Olgiati no se haya detenido particularmente sobre esto) que la doctrina de Santo Tomás sobre este argumento reproduce en gran parte, y frecuentemente traduce *ad litteram*, la de Aristóteles. Si con este motivo se relaciona con la fuente aristotélica, es más fácil entender exactamente el verdadero significado de la doctrina.

Aristóteles ha intuido bien que lo justo en sentido propio consiste en una relación de alteridad; y *koplós dikaion* denota justamente esta relación en la forma más pura y universal. Dicha forma se verifica positivamente en la *polis*, o sea en el Estado, donde muchos hombres participan en una comunidad de vida como libres e iguales. Se traza así el concepto del *politikón dikaion* que Aristóteles pone junto al *koplós dikaion*, estableciendo entre ellos una cierta correspondencia (3).

Pero si, para Aristóteles, lo justo político (o, como nosotros diremos, el derecho estatal), representa la más perfecta confirmación de lo justo en general, admite también todavía otras especies, en las cuales lo justo se realiza menos perfectamente; así, el derecho del patrón sobre sus siervos (*despotikón dikaion*) y del padre sobre los hijos (*pátrikon dikaion*) que junto con la potestad marital o derecho uxorio constituyen una suerte de derecho doméstico (*oikonomikon dikaion*). La menor perfección de estas especies depende de que en ellas hay

(1) F. OLGATI, “Il concetto de giuridicità in S. Tommaso d'Aquino” (2ª ed., Milano, 1944), p. 138

(2) *Ibidem*, p. 143

(3) V. ARISTOTELES “Eth. Nicom”, V, 10 (6), 1134. Los dos conceptos, aun siendo conexos estrechamente, no son por lo demás idénticos. Cfr. HILDENBRAND, “Geschichte un System der Reichs- und Staatsphilosophie”, I Bd (Leipzig, 1860), ps. 303 y sigts.; FILOMUSI GUELFI, ‘La dottrina dello Stato nell’antichità greca nei suoi rapporti con l’Etica’ (Napoli, 1873), p. 85

una relación de subordinación o de pertenencia de una persona a otra, y no una coordinación entre personas libres e iguales. Esto no impide que Aristóteles reconozca una cierta juridicidad (distinta de la política o estatal) en la institución familiar, y que afirme antes que la familia precedió históricamente al Estado (4); lo que corresponde, en sustancia, a cuanto resulta de los estudios modernos. La unión de varias casas o familias da origen a la ciudad (*kome*), y la unión de varias ciudades, al Estado (*polis*). No hay ninguna duda que, en la concepción aristotélica, esto tiene la mayor importancia, porque responde a la natural vocación del ser humano, que es, según la conocidísima fórmula, *politikon zoón*. Pero esto no significa que cualquier especie de asociación o comunidad tenga, según Aristóteles, naturaleza política; mientras que en todo caso existe un cierto derecho, es decir, una forma jurídica propia (5).

Las comunidades menores, distintas de la política, persiguen fines particulares, y por esto son en cierto modo subordinadas, como partes de aquéllas, cuyo fin abraza la vida entera (6). Pero este fin, que debería ser el bien común, no es alcanzado siempre, ni menos perseguido en realidad por todas las constituciones políticas, las cuales degeneran toda vez que los gobernantes se valen de su poder para buscar la utilidad propia. Las declaraciones abiertas de Aristóteles sobre este punto demuestran cómo él era ajeno a aquella exaltación dogmática del Estado, que debía aparecer más tarde en otros sistemas filosóficos. También las varias distinciones trazadas por él entre lo justo natural (*fisikó*) y lo justo legal o sea, positivo (*nomikón*), entre lo justo escrito (*gwegramménon*) y lo justo no escrito (*ágrafon*), etc. revelan cuán amplia, objetiva y circunstanciada era su visión de la compleja fenomenología jurídica, de manera de excluir cualquier reducción unilateral de ella a un solo tipo o a un solo carácter, como sería el de la politicidad (7). Esto es tanto más notable cuanto que sus observaciones no podían evidentemente ir más allá de las realidades que ofrecía su tiempo, ni por tanto extenderse a aquellas especies de ordena-

(4) "Política", I C 1, 2 (1252 a, 1252 b). En otro sentido, no genético sino teleológico, ARISTOTELES afirma en cambio la prioridad del Estado (ciudad) sobre el individuo (*ibid.*, 1253 a).

(5) "En hapase gar koinomía dokei ti díkaion einai" (En toda comunidad parece que existe un derecho) ("Eth. Nicom.", VIII, 11, 1159 b, 26).

(6) Cfr. *ibid.*, 1160 a.

(7) Es verdad que ARISTOTELES declara que lo justo natural constituye una suerte de lo justo político ("Eth. Nicom.", V, 10 (7), 1134 b). Pero esto es, no en el sentido que el valor del derecho natural dependa de estar sancionado en el orden jurídico positivo, sino en el sentido que éste debe por necesidad reconocer a aquél y actuarlo, al menos en alguna medida, aun siendo mudable. ARISTOTELES entiende explicar así el hecho de que en los sistemas jurídicos de los diversos pueblos, haya ciertas partes unificadas, y otras en cambio desiguales; análogamente a lo que enseñaron, más tarde, los juristas romanos. ARISTOTELES afirma del modo más explícito (*loc. cit.*), que no obstante ello lo justo natural, precisamente porque está fundado sobre la naturaleza

mientos jurídicos *sui generis*, como el derecho interestadual y el canónico, que debían desarrollarse recién en una edad posterior.

III.—La doctrina aristotélica se ha refundido, como señalamos, en el sistema tomístico, si bien éste, en sus premisas más generales, se funda, como es sabido, sobre otros principios de orden esencialmente teológico. La *lex aeterna* domina a la *ley naturalis*, y ésta a la *ley humana*; la primera es la *ratio divinae sapientiae* que rige el mundo; la segunda es una participación de ésta en la criatura racional según la capacidad de la naturaleza humana; la tercera, en fin, es una invención del hombre, por la cual se determinan aplicaciones particulares de la *lex naturalis*, al fin de *hominum commune* (8). Pero Santo Tomás (como Aristóteles) considera expresamente la hipótesis de que la ley humana se aparte más o menos gravemente de este fin; de donde, en los casos extremos, ella deja hasta de ser obligatoria por eso mismo. También aquí, pues, ninguna exaltación preconcebida del Estado ni del derecho que de él emana. Notable es después que Santo Tomás distingue netamente al derecho positivo en *jus gentium* y *jus civile* (9); advirtiendo que el primero deriva directamente *ex lege naturae, sicut conclusiones ex principiis*; mientras que el segundo deriva, es cierto, de la ley de la naturaleza, pero sólo a través de una determinación particular, *secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi acommode determinat*. El derecho de gentes no depende, pues, del Estado; y esto bastaría para demostrar que Santo Tomás está muy lejos de considerar a la politicidad como elemento esencial del derecho. Se puede agregar, como anotan autorizados intérpretes del sistema tomístico, que además del *jus civile* no existe solamente el *jus gentium*, sino también el derecho propio de la Iglesia: *Divisio communis legis humanae est in civilem et ecclesiasticam, ratione duarum potestatum quibus orbis christianus subicitur, scilicet potestas ecclesiastica et potestas civiles* (10).

Acogiendo y desarrollando la intuición aristotélica arriba sugerida, el de Aquino declara que la justicia tiene esto de propio, en cotejo con las demás virtudes: *“ut ordinet hominem in his quae sunt ad alterum”* (11). Ella (y por tanto, también el derecho que es su objeto) consiste, pues, en una relación intersubjetiva, o sea en una cierta proporción o igualdad en las relaciones entre varias personas: *“hominis ad hominem proportio”*, como dirá, sobre esa huella, Dante Alighieri.

(8) V, para estos conceptos, “Summa Theol”, 1<sup>a</sup> 2<sup>a</sup>ae q 91/7

(9) Op cit, q 95, art. 4<sup>o</sup>

(10) V, en la edición de la “Summa Theol”, con notas de DE RUBEIS, de BILUART, etc (Marietti, 1940), t. II, p 544

(11) Op cit, 2<sup>a</sup> 2ae, q 57, art 1<sup>o</sup>; cfr q 58, art 2<sup>o</sup>

Y este concepto fundamental ha permanecido siempre inconcuso, porque todas las disquisiciones sucesivas no han podido hacer más que confirmarlo: a veces ilustrando los varios aspectos del mismo a la luz de la experiencia, a veces profundizando su significado lógicamente esencial, hasta hacer de él una verdadera y propia categoría.

Las múltiples distinciones trazadas por Aristóteles en el ámbito de la justicia, luego entre las varias especies de derecho y de leyes, son conservadas por Santo Tomás de modo máximo; el cual sin embargo les agrega otras, según los principios propios de su sistema: así, sobre todo, el *jus divinum*, “*quod divinitus promulgatur*”; el cual (explica el mismo, en un pasaje a menudo no bastante considerado), “*partim est de his quae sunt naturaliter justa, sed tamen eorum justitia homines latet; partim autem de his quae fiunt justa institutione divina. Unde et tiam jus divinum per haec duo distingui potest, sicut est jus humanum*” (12). Es superfluo decir cuánto excede los límites del Estado, y también de la “politicidad” del derecho, este concepto.

Sin embargo, si en el sistema tomístico reaparece también la distinción aristotélica entre el *simpliciter justum* (en el cual se realiza una condición de paridad, como cuando dos personas están igualmente sujetas a la autoridad del Estado) y las demás especies de la *justum*, como el *paternum* y el *dominativum*, donde se verifica en cambio un predominio de una persona sobre otra (13), un atento examen demuestra que dicha distinción en el sistema tomístico tiene bastante menor relieve que en el de Aristóteles. Las referencias a la *politicum justum*, en relación con lo *simpliciter justum*, en la obra de Santo Tomás son puramente incidentales; y no tocan para nada la definición de los elementos esenciales de lo justo y del derecho: definición dada por él, por otra parte, sin ninguna mención del carácter de la politicidad.

No dejan de tener significado las observaciones y reservas que Santo Tomás hace a propósito de la distinción antedicha, tendiendo, en substancia, a limitar el valor de ella (14). Es claro que él admite varias realizaciones de la juridicidad, aun reconociendo, con Aristóteles, que la civil o política es más perfecta que la doméstica. Pero tampoco lo *politicum justum* constituye, para Santo Tomás, el arquetipo absoluto de la justicia, porque éste está subordinado a la *lex naturalis*, la cual a su vez está subordinada a la *lex aeterna*. En confirmación de

(12) Op. cit., 2ª 2ae, q. 57, art. 2º, ad 3.

(13) *Ibid.*, q. 57, art. 4º; q. 58, art. 7º, ad 3. Cfr. 1ª 2ae, q. 114, act. 1, c. 3ª, q. 85, art. 3º, c. e. ad 2.

(14) V., especialmente q. 57, art. 4º, ad 2: “Uterque tamen (filius et servus), prout consideratur ut quidam homo, est aliquid secundum se subsistens ab aliis distinctum. Et ideo in quantum uterque est homo, aliquid modo ad eos est iusticia”.

ello, merece ser notado el hecho que el de Aquino, a pesar de ser tan obsecuente con el de Estagira, no acoge de ningún modo aquella fórmula suya (en verdad, algo ambigua) según la cual el *politikón díkaion* comprendería lo justo natural (*fisikon díkaion*) como una de sus partes.

IV.—Las consideraciones antes expuestas nos permiten concluir que, ni para Aristóteles, ni —tanto menos— para Santo Tomás, la politicidad es un elemento esencial del derecho (15). Pero a la misma conclusión debemos llegar si, prescindiendo de la interpretación del pensamiento de aquellos autores, consideramos directamente el problema en sus propios términos lógicos.

Nadie puede negar (como ya ampliamente demostrado) cualquier proposición jurídica implica y denota un ordenamiento entre las acciones posibles de varios sujetos, de tal manera que uno de ellos pueda comportarse de un cierto modo sin encontrar oposición de la otra parte. Se trata pues de una relación interpersonal, en la cual a una exigencia corresponde una obligación. Este esquema simple se confirmaría aún si existiesen dos personas solas sobre la tierra, esto es, verbigracia, en una isla. Un análisis posterior ha puesto en claro que tal contraposición del *ego* al *alter* no es algo contingente, sino una necesidad gnoseológica (en el sentido más riguroso de la palabra), esto es, una verdadera categoría de nuestro intelecto (16).

El esquema lógico de la juridicidad no tiene, en rigor, otros requisitos que los hasta ahora indicados, y comprende igualmente todas las posibles determinaciones del comportamiento de varios sujetos, en las cuales se realice justamente “aquesta” forma. Ellas pueden ser tanto meramente ideales o hipotéticas, cuando también positivas; pero sobre esto no es inútil un breve discurso.

La afirmación de la subjetividad propia y el reconocimiento de la de los demás son elementos que surgen y se desarrollan necesariamente en toda conciencia; lo que es lo mismo que decir que el derecho surge naturalmente del espíritu humano. Como después la vida humana no se

(15) En apoyo de su opuesta interpretación del pensamiento de SANTO TOMAS, OLGATI se refiere especialmente a la obra de J. LACHANCE, “Le concept de droit selon Aristote et S. Thomas” (Montreal Paris, 1933). En ella, sin embargo, junto al elemento de la politicidad, se ponen justamente de relieve también otros elementos. LACHANCE insiste, por ejemplo, sobre que “la comunidad política, como todo organismo perfecto, ella misma debe estar compuesta por partes heterogéneas, por órganos diversificados, por una parte, por asociaciones privadas, por células naturales y principios elementales, por otra parte” (p. 290); y observa que “además de lo que atañe directamente a la sociedad, existe toda una vida, todo un dispositivo, que ella presupone, y que, incumbe proporcionarle a las asociaciones naturales y privadas” (*ibid.*) En su opinión, también “en las formas secundarias del derecho” (esto es, en las no políticas) “los tres elementos que integran la noción de derecho están contenidas propia e intrínsecamente”, aunque en modo diverso (p. 291). No nos parece, por esto, que el pensamiento de LACHANCE coincida exactamente con el de OLGATI. Para la confrontación, véase por ejemplo cómo LACHANCE, disponiendo en un amplio cuadro las diversas especies del derecho (p. 322), atribuye solamente a algunas, y no a todas, carácter político.

(16) Séanos lícito remitir sobre ello a nuestro estudio sobre “La justicia” (4ª ed., 1951), ps. 81 y sigs.

puede desenvolverse realmente sino mediante una serie de relaciones intersubjetivas, los datos de las conciencias particulares, aunque no siempre del todo coincidentes, se juntan de algún modo entre sí y dan lugar a una especie de medida o de resultante, que constituye el derecho positivo de cada pueblo. Este derecho está sujeto históricamente a un flujo determinado, por la vitalidad perenne de sus fuentes, mientras tiende sin embargo a asumir una estructura coherente, o sea, a devenir un sistema orgánico, con un trabajo perpetuo de reintegración y de adaptación.

Se comprende por esto que la positividad (que no debe confundirse con la juridicidad) es un *quid* que deviene, que comporta diversos grados. El proceso de formación del derecho positivo es en realidad extremadamente complicado, porque la productividad de las conciencias individuales no se explica solamente respecto al sistema general de todo el pueblo, sino también respecto a los agregados sociales menores, de los cuales todo individuo forma parte. Nada es más contrario a la verdad que el prejuicio, todavía difundido entre los juristas, por el cual se afirma que existe un solo ordenamiento jurídico, esto es, el del Estado, y que del Estado emana todo el derecho. La verdad es que los ordenamientos jurídicos pululan, por decir así, dondequiera que haya vida de hombres, de múltiples modos; y que el Estado no es otro que el que, entre los diversos ordenamientos jurídicos, ha alcanzado el mayor grado de positividad, o sea, el que corresponde a la voluntad social preponderante. Los ordenamientos menores, que a menudo no regulan la vida entera de los asociados, sino sólo alguna de sus manifestaciones, se introducen de costumbre en el preponderante, y devienen así elementos del mismo, no sin una esfera propia de autonomía; pero, por otra parte, no se excluyen los casos de divergencia y de antagonismo, cuando las unidades sociales menores no puedan o no quieran armonizarse con aquel sistema que representa el Estado.

La fenomenología social y jurídica es, a este propósito, tan vasta y rica, que no sería posible trazar, ni siquiera en síntesis, un cuadro completo de ella en un breve ensayo como el presente. Señalaremos solamente alguno de sus aspectos característicos, esto es, algunas de las figuras en las que se concreta la productividad jurídica de los individuos dentro, fuera y a veces también contra las formas estatales. No debe llamar a engaño el hecho que dichas producciones, en realidad autónomas, entrando en contacto con otras acabadamente constituidas, con frecuencia se adaptan a éstas, de tal modo que aparecen como determinadas por ellas. Tal es el caso de las costumbres que, surgidas in-

dependientemente de las normas legislativas, son reconocidas por éstas al correr del tiempo; tal es el caso del derecho doméstico o familiar (en especial, de la potestad del *pater familias*), que sin duda ha asumido un carácter propio mucho antes que sobre él se estableciese un derecho estatal. Pero tal vez aún más significativa es la tendencia a cada paso observable hacia la formación de organizaciones profesionales (sindicatos, corporaciones, etc.) con ordenamientos propios que no respetan la autoridad del Estado, y quizá también se contraponen a él. Se esboza entonces un conflicto, más o menos abierto, entre diversos ordenamientos jurídicos: un conflicto que, en el curso de la evolución histórica, puede y debe de alguna manera avenirse, pero que ínterin es suficiente para mostrarnos la posibilidad de un derecho no estatal.

Como aparece ya de las cosas dichas, el espíritu asociativo ínsito en la naturaleza humana (eso que Giocío llamó *appetitus societatis*) puede explicarse al mismo tiempo en diferentes organizaciones, creando entre ellas una red de relaciones complejas, donde las menores se desenvuelven en el ámbito de las mayores. En este sentido escribió bien Rousseau: "Toda sociedad política está compuesta por otras sociedades más pequeñas de diferentes especies, cada una de las cuales tiene sus intereses y sus máximas" (17). No hay duda que cada una de dichas sociedades u organizaciones tiene un orden propio, o sea, vive según determinadas reglas (escritas o no escritas); sin lo cual no sería una sociedad, sino un caos. Aun cuando estas reglas deriven de una más amplia y potente organización, como la estatal, en los límites fijados por ella, se manifiesta sin embargo una cierta productividad jurídica; de manera que la vida de un organismo social jamás es enteramente pasiva. Pero es también frecuente el caso de formaciones social y jurídica espontáneas e independientes de todo sistema precedente, y dirigidas incluso, como hemos señalado hace poco, directamente a combatir el orden estatal.

Es obvio que, en dichas hipótesis, el Estado declarará sin más "ilegales" a las organizaciones en cuestión; pero esta ilegalidad es meramente relativa, o sea, que sólo vale en cuanto nos coloquemos en el punto de vista del Estado mismo; mientras que una determinada legalidad deberá no obstante reconocerse objetivamente en aquellas organizaciones, si y en cuanto ellas vivan y obren según normas imperativas e intersubjetivas, en las relaciones entre sus componentes.

No ignoramos que esta tesis suscita oposiciones, especialmente por motivos sentimentales; pero nosotros debemos ante todo observar los

(17) ROUSSEAU, "De l'Economie politique" (en la edición Lefevre, t. IV, p. 225)



hechos y estudiarlos con rigor lógico, sin dejarnos desviar por cualquier pasión. “Non ridere, non lugere, neque detestari, sed intelligere”, según el consejo de Spinoza. Las apreciaciones valorativas o de mérito podrán y deberán ser objeto de otra investigación (deontológica), pero no ya turbar la que tiende a descubrir los caracteres propios de las especies observadas.

Justamente, para no perjudicar la valoración de las diversas estructuras jurídicas, es necesario no confundir esta valoración con la definición de los elementos constitutivos de la juridicidad. Ni es científicamente correcto pronunciar juicios sumarios de mérito o de demérito, cuando simplemente se trata de reconocer si una determinada estructura pertenece o no al género lógico del derecho.

Admitamos, sin embargo, que en la mayor parte de los casos, las organizaciones sociales declaradas “ilegales” por el Estado están dirigidas a fines oblicuos y reprobables; y admitamos del mismo modo que, en la mayor parte de los casos, la actividad de los Estados se dirija, en vez, a la confirmación de la justicia. Pero esto, por lo menos en sede filosófica, deberá ser determinado con pruebas y no ya sobre la base de un simple perjuicio, como si todas las estructuras estatales fuesen efectivamente conformes con aquel alto fin, y por el contrario todas aquellas estructuras antiestatales fuesen igualmente condenables. Frente a un Estado tiránico, pueden tener un más alto valor ético organizaciones clandestinas (piénsese, por ejemplo, en la joven Italia mazziniana; y es superfluo citar otros ejemplos recentísimos); mientras ellas pueden tener además una legalidad interna propia, con atribución autónoma de poderes, de derechos y de obligaciones en las relaciones entre los asociados.

Lo que distingue esencialmente al Estado de las organizaciones menores o congregaciones surgidas en su seno no es, si se mira bien, un mayor grado de perfección ética (que podrá, lo repetimos, tenerse las más de las veces, pero que no se verifica siempre); sino más bien como ya lo hicimos notar, el mayor grado de positividad, o sea, la efectiva preponderancia, en relación con las otras coasociaciones; las cuales devendrían ellas también Estados u órganos estatales, en cuanto adquiriesen un poder preponderante. El menor grado de positividad que atañe a estas coasociaciones no significa sin embargo un menor grado de juridicidad, porque este carácter formal no depende de la eficiencia real, sino sólo del lógico significado de las determinaciones normativas propias de ellas.

V.—Organizaciones autónomas pueden también ultrapasar los límites del Estado y comprender individuos que pertenecen a diversos

Estados, o aún no pertenecientes a ningún Estado (*apolidi*); y esto tanto con el consentimiento de los Estados en los cuales ellos desarrollan su actividad, cuanto también sin tal consentimiento. Aquí también la fenomenología jurídica es muy variada; y no es del caso detenerse ahora a considerar los diversos tipos de asociaciones nacionales o internacionales, que tienen a menudo escasa importancia (como por ejemplo, la masonería), aun porque no presumen regular la vida entera de sus adscriptos, sino sólo órdenes particulares de relaciones.

Hay sin embargo un gran organismo, de alto significado espiritual, que merece un realce especial, también a los fines de nuestro estudio: es decir, la Iglesia Católica. Ella no es por cierto un Estado, y tiene no obstante un ordenamiento jurídico, con un código propio, y una magistratura propia; su dominio, civil y penal, se ejercita sobre todos los fieles, en una esfera de competencia que supera a la de los Estados particulares a los cuales ellos pertenecen. ¿Cómo podremos negar, sin evidente paralogismo, la juridicidad de las normas del derecho canónico, o bien atribuirles el carácter de la politicidad, que disminuiría y desnaturalizaría su significado?

No podemos pasar en silencio otro sistema jurídico, que no se identifica con el de ningún Estado; esto es, el derecho internacional, que debería llamarse mejor interestadual. Las normas que lo componen derivan en parte de acuerdos estipulados entre varios Estados, pero tienen una profunda raíz en la natural uniformidad de la mente humana. Conviene advertir que la misma validez de los acuerdos libremente concluidos se funda sobre un principio de razón natural (*pacta sunt servanda*), que no puede ser efecto de los mismos acuerdos, justamente porque es el presupuesto de ellos. Este principio fue, sin duda, espontáneamente intuido y traducido en costumbre desde edades remotísimas; y origen igualmente espontáneo tuvieron también otras normas reguladoras de las relaciones de paz y de guerra entre los diversos pueblos. La falta de una correspondiente unidad *política* no ha impedido, pues, la formación de un tal sistema, al cual no puede negarse el carácter de la juridicidad, si se considera el sentido de sus determinaciones, por imperfecta que sea la eficiencia positiva de ellas.

VI.—Distinguir la forma lógica del derecho de sus manifestaciones positivas contingentes no significa ciertamente desconocer la importancia de estas manifestaciones y, en especial, de aquélla que predomina sobre las otras por su mayor positividad, es decir, el Estado. Es obvio que, para los órganos de éste, los otros sistemas coexistentes no son válidos, si no en cuanto sean reconocidos por ellos; análogamente, por lo demás, debería decirse si se partiese de la consideración

de cualquier otro sistema. Tal es la solución abstractamente dogmática de un problema que en la realidad concreta asume todavía aspectos bastante menos simples, por una serie de interferencias entre las normas de distinta especie, de distinto origen y de distinto vigor.

No olvidemos que en la vida del derecho hay un factor fundamental, inagotable y siempre activo, esto es, la conciencia individual: de la cual, directa o indirectamente, proceden también las determinaciones de los sistemas imperantes, y que, aún frente a ellos, mantiene su insuprimible autonomía. Esta autonomía se ejercita, dentro de ciertos límites, en el acto mismo de la interpretación y aplicación de las normas vigentes, cuando éstas para esclarecerse vuelven en cierto modo a su fuente primera y remota. Pero se ejercita en medida mucho mayor cuando la mente individual, según una facultad ingénita suya, concibe normas diversas de las vigentes, como más justas. Aquellos que están ligados al prejuicio positivista rehusan calificar a tales concepciones como jurídicas. Pero nosotros no sabríamos verdaderamente a qué otra categoría atribuir las, sino a aquella que tiene por base la forma lógica del derecho; así como no dudamos de adscribir a ésta los proyectos de ley que, sin embargo, carecen del carácter de la positividad. Un voto de mayoría podrá conferirles este carácter, pero no el de la juridicidad, que depende sólo del significado intrínseco de las normas propuestas. Por la misma razón, una ley abrogada no deviene por esto un texto económico, o religioso o moral, o de cualquier otra especie, sino que conserva su naturaleza jurídica, aun habiendo dejado de estar vigente.

Apenas es necesario advertir que, afirmando la común naturaleza del derecho positivo y del no positivo, no entendemos en absoluto desconocer la autoridad propia del primero, ni de poner a merced de cualquier valoración subjetiva la obligación de observarlo. Esta obligación tiene, como ya se ha demostrado, profundas razones, que aquí no es menester repetir; y por esto, aun las leyes injustas deben ser, en principio, respetadas aun por aquellos que auspician la reforma de las mismas. Racionalmente, solamente en hipótesis extremas cesa la obligación del respeto al orden establecido. Pero de este argumento, que en otra parte hemos discutido, baste aquí este esbozo, porque es otro el problema que ahora nos ocupa.

Las determinaciones de lo justo y de lo injusto cumplidas por las conciencias individuales pueden ser algo varias, análogamente a las de las legislaciones positivas; la misma forma lógica admite, en efecto, como es sabido, un contenido mudable. Las variaciones se explican fácilmente, sea porque el derecho, absoluto en su principio, debe adap-

tarse sin embargo a las circunstancias particulares a las cuales se aplica, sea porque el espíritu humano se desarrolla y se eleva naturalmente a través de una serie de grados, sea, en fin, porque la mente humana no es infalible y en ésta como en otra materia son posibles errores.

Si por esto se han producido, sin duda, desviaciones, aun en las elaboraciones espontáneas de las conciencias individuales, atentas a la especulación de lo justo, debe reconocerse que tales desviaciones fueron en general, menos numerosas y menos graves de las acaecidas en el campo de la juridicidad positiva. Todos saben cómo en este campo se agitan, no sólo intereses opuestos, sino también diversas y, a menudo, violentas pasiones; mientras en el campo especulativo la búsqueda de lo justo natural se cumple por regla general según la fórmula tomasiana, "*ex ratiocinatione animi tranquilli*".

Algunas máximas, simples pero fundamentales, de justicia, o sea, de derecho natural, fueron compendiadas, como es sabido, ya por la filosofía antigua; y las mismas máximas confirmadas y revaloradas con nuevo espíritu por el cristianismo, fueron sucesivamente desarrolladas por las escuelas del *jus naturae* que, a pesar de diversas disputas y de ciertas imperfecciones metodológicas, mantuvieron firme la idea grande de un derecho universalmente válido, fundado en la naturaleza y por esto, superior al arbitrio de los legisladores y de los gobernantes. Se vino elaborando de este modo un sistema verdadero y propio de los derechos atinentes a la persona humana sólo como tal, y no porque fueran conferidos a ella por el Estado; siendo estos derechos más bien, en el orden racional, el presupuesto del Estado mismo. Esta concepción filosófica pasó después del campo puramente doctrinal al político, deviniendo el programa, no solamente de reformas progresivas, sino también de reivindicaciones y revoluciones, en los momentos más críticos de la historia moderna. El triunfo de este programa hizo que él se transfundiese, como documento fundamental, en las constituciones de los Estados más adelantados; y no es exagerado decir que, de entonces aquí, la conciencia del mundo civil considera al reconocimiento positivo de los derechos naturales del hombre como una conquista intangible, allí donde ello ha sido obtenido, y como una meta necesaria a alcanzar, allí donde ello falta todavía.

Los prejuicios de ciertas escuelas que, por un estrecho positivismo, se oponen a la admisión del derecho natural como idea necesaria y científicamente legítima, reciben de ese modo de los mismos hechos en los cuales pretenden apoyarse, el más solemne desmentido. Y es además justo hacer notar que, aun en el seno de aquellas escuelas, en contra-

dicción con sus programas iniciales, se ha levantado a veces una voz en defensa de aquella idea: tal es, por ejemplo, el caso de Spencei, que en su obra "Justice" ha trazado un cuadro de los derechos naturales, análogo en todo al ya diseñado de las escuelas racionalistas.

El que, coherentemente con premisas más adecuadas, entiende esta idea en su significado esencial, como elemento del orden de los valores en el cual consiste la suprema realidad, no puede dejar de ver en ella una especie perfecta de juridicidad anterior y superior a toda realización estatal o política.

Esta representa frente a aquélla, en el mejor de los casos, sólo un *consecutivum*.

VII.—De lo que precede resulta, si no nos equivocamos, suficientemente aclarado que el elemento de la politicidad no puede considerarse de ningún modo como esencial al derecho. Aunque quiera prescindirse del controvertido problema del derecho natural, en el mismo campo del derecho positivo hay relaciones y sistemas que poseen los caracteres lógicos de la juridicidad, sin constituir empero un ente político.

No nos parece necesario refutar *in extenso* la opinión contraria, sostenida principalmente, como dijimos, por el insigne profesor Olgiati, ora porque dicha refutación está ya implícita en las consideraciones precedentes, ora porque también, si dicha opinión obtiene algún consenso (18), suscitó del mismo modo algunas críticas, a las que —aunque sin compartirlas enteramente— podemos hacer reenvío (19).

Señalemos solamente algunos puntos que nos parece que no han sido puestos hasta ahora suficientemente de relieve.

Frente a los hechos que demuestran cómo puede tenerse un ordenamiento jurídico aun allí donde falte una *polis*, o sea, un Estado, Olgiati cree poder defender su tesis, explicándola en el sentido que la politicidad representaría una tendencia, más bien que una realidad en acto. "La *polis*, declara él mismo, es la finalidad a la cual tiende, mediata o inmediatamente, el derecho por su naturaleza intrínseca" (20).

(18) Por ejemplo, el de E DI CARLO, en la "Introducción" al volumen de SANTO TOMAS DE AQUINO, "Summa Theol", 2ª 2ae, cuestiones 57/61, trad de G Lumia (Palermo, 1950): "La doctrina de la politicidad del derecho, contenida en sus justos términos, fuera de toda expresión excesiva e impropia, me parece que puede acogerse" (p 34). Incidentalmente, han demostrado adherir a esta opinión P L ZAMPETTI (en "Rivista di Filosofia Neo scolástica", mayo junio de 1951, p 267) y G NIRCHIO (en "Sophia", enero marzo de 1952, p 83).

(19) V A MESSINEO, "Il concetto di giuridicità" (en "La Civiltà Cattolica", quad 2243 4 de diciembre de 1943, ps 317/321); G CORTI, "E la politicita la nota essenziale del diritto?" (en "La Scuola Cattolica", febrero de 1944, ps 58/68); A LEVI, "La giuridicità nella filosofia tomistica e neo tomistica" (en "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto", enero marzo de 1947, ps 81/88); F BATTAGLIA, reseñación de F OLGATI (*ibid*, abril diciembre de 1947, ps 258/263); G GRANERIS, "Contributi tomistici alla filosofia del diritto" (Torino, 1949), ps 43 y sigs. A algunas de estas críticas ha contestado OLGATI con la memoria "Indagini e discussioni in torno al concetto di giuridicità" (Milano, 1944), en la cual remacha su tesis, sin modificaciones, pero con alguna mayor aclaración: "Para mí, escribe, hay identidad entre derecho y justicia; y la justicia, a su vez, tiene la nota de la politicidad" (p 61).

(20) OLGATI, "Il concetto di giuridicità in S Tommaso d'Aquino" cit, p 138.

“¿Qué importa, agrega, si en el alba del género humano sólo existía la pareja originaria? También los progenitores, cuando evidentemente no podía existir el Estado, estaban *naturaliter* orientados hacia la *societas* y hacia las organizaciones futuras, como el germen está finalísticamente orientado hacia la planta y hacia el bosque” (21). “Las relaciones entre dos personas no deben y no pueden jamás ser consideradas prescindiendo de esta orientación política suya” (22). Reconocemos de buen grado la ingeniosidad de este esfuerzo dialéctico del valiente autor; pero igualmente debemos decir que con tal esfuerzo se hace incierto el significado de las palabras y se cambian de ese modo los términos del problema. Si, como admite el mismo autor, “primero fue el derecho y después el Estado” (23); si existieron, pues las relaciones inter-personales con el carácter de la juridicidad, cuando aún no existía ningún ente ni ninguna organización política, no podemos correctamente introducir el elemento de la politicidad en la definición del derecho. No es necesario confundir el fin intrínseco en una determinada relación que resulta de su realidad actual, con la que puede ser una finalidad suya, virtual e indirecta, y por esto, hipotética. La verdad es que no todas las relaciones inter-personales tienen por meta al Estado, ni se dirigen efectivamente hacia él. Análogamente, es verdad que no todas las semillas (para referirnos a la similitud del autor) producen un bosque; y ningún botánico introduciría el elemento de la “forestalidad” para definir un germen o una semilla.

Olgiate considera después las organizaciones corporativas o *Gewerkschaften* medievales y admite (con razón) que sus normas eran jurídicas, aunque no fuesen establecidas por el Estado. Sin embargo, él quiere avivar también en tales organizaciones profesionales el carácter de la politicidad, en razón de que ellas habrían tenido “una relación, un vínculo finalista con la vida estatal”, siendo vivo, en aquel tiempo, “el sentido de la *civitas*, de la colectividad unificando las energías individuales” (24). Razón, como se ve, un tanto vaga, mientras que la politicidad debería resultar, en su caso, de las funciones propias del ente, y no de un mero vínculo finalista, no mejor determinado.

Respecto al derecho internacional, Olgiate, reconociendo igualmente la juridicidad del mismo, intenta demostrar su politicidad, por esta razón: que los Estados “son individualidades ulteriormente ordenables, por ley natural, a una unidad superior y suprema, la cual, cuando llegase a comprender verdaderamente a todos los Estados del mun-

(21) *Ibid.*, p. 151

(22) *Ibid.*, p. 152

(23) *Loc. citada*

(24) *Op. cit.*, p. 157

do, sería, en el plan natural, la sociedad perfecta en sentido absoluto, la *polis*, por excelencia" (25). De acuerdo; si no fuera porque esta *polis* no existe aún, mientras que el derecho internacional existe.

Por lo que concierne al derecho canónico, Olgiati sostiene su politicidad con este argumento: la Iglesia Católica es una sociedad perfecta, que tiene un fin propio, una potestad propia y un ordenamiento propio, al cual pertenece sin duda alguna, la nota de verdadera juridicidad; luego, el derecho implica la *polis*, la *civitas*, y la Iglesia es justamente la *civitas sancta*, la *civitas* sobrenatural que tiene como jefe a Cristo (26).

En esta tesis hay tanto de verdadero y de indiscutible, que es por ello superfluo, por esta parte, expresar nuestro asentimiento. Solamente podemos hacer una observación, por lo que al tema de nuestro estudio concierne. Aun admitiendo, por un instante, que la Iglesia sea propiamente una *polis*, esto no justificaría la afirmación general que el derecho implique siempre una *polis*. Pero, en verdad, nos parece que, cuando se habla de *civitas* a propósito de la Iglesia, este término se entiende en un sentido traslaticio y más elevado del comúnmente usado con respecto a las cosas terrenas. La Iglesia, por su carácter eminentemente espiritual, es mucho más que un Estado; pero precisamente por esto no se puede, sin correr el riesgo de disminuirla, atribuirle las características y las calificaciones que se adscriben, en vez, propiamente a los Estados.

Si la Iglesia fuese un cuerpo político en el sentido riguroso de la palabra debería tener el dominio sobre un territorio determinado, mientras que, en vez, como todos saben, su dominio se ejerce sobre las almas de los fieles, sin ningún límite ni ningún requisito territorial. Ella deja a César lo que es de César. El vínculo por el cual los miembros de la Iglesia están sometidos a su autoridad no es idéntico a aquél por el cual los ciudadanos están sometidos al Estado. La diferente naturaleza de uno y de otro vínculo hace sí que ellos puedan coexistir bien, sin dar lugar a las dificultades que surgirían si se tratase de una doble ciudadanía. Aun la diferencia evidente y muy notable entre Iglesia y Estado de la Ciudad del Vaticano es bastante significativa a este propósito.

Es, pues, impropio, a nuestro parecer, atribuir a la Iglesia y al derecho que de ella emana el carácter de la politicidad.

VIII.—No es inútil agregar aquí, para terminar, una breve con-

(25) *Op. cit.*, p. 156  
(26) *Ibid.*, ps. 154/155

sideración de carácter general, a la cual nos da ocasión la doctrina hasta aquí examinada.

La doctrina aristotélica sobre el Estado, como la platónica, refleja la persuasión común entre los griegos que la *polis* fuese la realidad suprema. Sólo así se explican ciertas fórmulas, que representan al Estado-ciudad como co-asociación perfecta y como perfecta realización de la justicia. Cuando, sin embargo, estas fórmulas son acogidas y reaparecen en el sistema tomístico, ellas asumen en él un significado diverso, precisamente por lo que son insertas en un cuadro más amplio, en el cual dominan otros principios. Sobre la *lex humana* existe, para Santo Tomás, la *lex naturalis*, y sobre ésta la *lex eterna* o divina. Es cierto que la ley natural es admitida también por Aristóteles; pero el puesto que Santo Tomás le atribuye en su sistema es de envergadura mayor, no solamente por su extensión sino también por su valor y por su eficacia, sobre todo en cuanto ella se relaciona con aquélla aún más elevada, ignorada por Aristóteles, que es la ley divina. Basta recordar, a este propósito, la declaración explícita de Santo Tomás (conforme, por lo demás, con la de los Apóstoles) según la cual los ciudadanos tienen el derecho y el deber de no obedecer a las leyes del Estado, cuando ellas impongan algo contrario a la ley natural y divina.

Se descubre también, por esto, cómo la justicia no está, en la concepción tomística, tan estrechamente ligada al Estado, como en la aristotélica. Sin duda, también Santo Tomás afirma (y, ¿quién podría negarlo?) que debe ser fin del Estado el *bonum commune*; pero esta finalidad se anuncia ahora como una exigencia ideal, de carácter deontológico, antes que como un hecho que se dé necesariamente en cualquier Estado. Ya, por lo demás, Aristóteles había esbozado una primera distinción crítica en este sentido, como arriba habíamos hecho notar.

Los esclarecimientos posteriores aportados sobre toda esta materia por las investigaciones filosófico-jurídicas de los siglos sucesivos y, especialmente, de los últimos, aun sobre la base de las nuevas experiencias históricas, son de tal modo precisos y señalan un progreso tan evidente, que no nos parece que puedan ser descuidados, aun si se tiene, como nosotros tenemos, el máximo respeto y la máxima admiración por aquellas doctrinas antiguas, que permanecen clásicas.

Antiguamente, como es sabido, la noción del derecho era identificada con la de la justicia; no puede decirse del todo errónea, esa identificación, que reaparece hoy en algunas fórmulas, porque realmente las dos nociones tienen una misma raíz, y pueden también, a veces, coincidir. Pero un análisis más profundo, realizado por filósofos y por juristas, ha demostrado que la forma lógica del derecho comprende



todas las especies posibles de la realidad jurídica, y no solamente aquella perfectísima especie, que tiene por excelencia el nombre de la justicia. Esta constituye, pues, un modelo y un criterio ideal, que permite apreciar el mayor o menor valor, o sea, los diferentes grados de perfección, de todo lo que pertenece al género lógico del derecho.

Distinguir, de tal manera, el concepto ideal del derecho, significa hacer posible la solución de problemas, de otra manera casi inextricables y, al par, apagar las exigencias lógicas y éticas de nuestro espíritu. Por el contrario, el propósito de satisfacer juntamente, con una fórmula única, estas diversas exigencias, no puede dejar de hallar un obstáculo en su propia diversidad. Noble fue, sin duda, el intento que se propusieron algunos sumos autores, declarando que "lex injusta non est lex"; pero ningún jurista consentirá jamás negar por esto el carácter de leyes a las determinaciones jurídicas que tengan todos los requisitos formales, aun cuando ellas aparezcan defectuosas a la luz de la idea suprema de justicia. Ningún jurista consentirá jamás, por ejemplo, excluir del sistema del derecho romano clásico la institución de la esclavitud, por lo que (como reconocieron, por lo demás, los mismos juristas romanos) ella contradice evidentemente al derecho natural, según el cual todos los hombres son igualmente libres.

Si se mira bien, el principio de justicia, o sea, del derecho natural, se revela tanto más puro en su validez ideal, cuanto más se lo desvincula del ligamen forzoso con la realidad jurídica positiva que está más o menos adecuada al mismo, y que todavía debe ser estudiada objetivamente en cada caso, en su cualidad específica (como realidad *jurídica*), por lejana que pueda estar de aquel supremo ideal.

Lejos de considerarla dogmáticamente como sinónimo de justicia, miramos a la ley en sus expresiones positivas como esencialmente subordinada a la valoración que de ella puede cumplirse en el nombre y en el dominio de la justicia. Nuestra conciencia se rehusa a cohonestar cualquier hecho que se cubra con la forma de la legalidad; pero también se rehusa a estorbar la comprensión de tal especie de hechos, justamente para poder ejercitar sobre ellos un juicio más alto en el terreno de la razón pura.

Las definiciones dictadas por un confiado y, casi diremos, ingenuo optimismo, por el cual se atribuye genéricamente al derecho y al Estado un valor absoluto, reciben desmentidos demasiado claros y perentorios del análisis racional y también de la experiencia histórica de todos los tiempos. Nosotros no creemos exactas aquellas doctrinas que quieren explicar el derecho como determinado siempre por intereses particulares o de clase, y que afirman que el Estado no es más que una

multitud de hombres en la que “los más fuertes imponen su voluntad a los más débiles” (27). Pero tampoco creemos aceptables las teorías opuestas, las cuales, con una generalización igualmente arbitraria, aseguran que “*bien común y derecho* no son dos nociones que se puedan separar” (28), o bien que atribuyen a cualquier Estado la calificación eminentemente ambigua de “Estado ético”, y cosa por el estilo.

Si en lugar de estas opuestas corrientes dogmáticas, seguimos la “vía maestra” de la crítica, nos abstendremos igualmente de exaltar sumariamente a todos los Estados, y de condenar en igual medida a todas las sociedades anti-estatales o ilegales. Es inútil decir que no compartimos el desdén de Olgiati contra las asociaciones de malhechores (29), pero este estado de ánimo debe ser dominado por la razón, cuando se trata de juzgar tales fenómenos; sin olvidar que, no raramente, en especial por gobiernos despóticos, fueron calificados de malhechores todos aquellos que se opusieron a los mismos, a veces por motivos no por cierto innobles. Pero sobre todo es necesaria una serena objetividad para comprender bien la naturaleza de estos fenómenos, y si, como no hay duda, en muchísimos casos, al menos, encontrásemos aun en organizaciones prohibidas por el Estado, un sistema de normas imperativas y bilaterales, que asignan a sus componentes facultades y obligaciones correlativas, no debemos hesitar en reconocer a las mismas, en el terreno científico y filosófico, el carácter formal de la juridicidad; al par que no se excluye que corresponda a ellas también un cierto grado de justicia, en especial, en lo que concierne a sus relaciones internas. Recuérdese la bella observación platónica, según la cual la justicia es tan necesaria entre los hombres, que hasta los bandidos y los ladrones en sus asociaciones deben observarla de algún modo, respetándose el uno al otro, para poder realizar en común sus empresas (30).

A quien estima la politicidad como sinónimo de justicia, o como a ella inseparablemente unida, debemos por fin objetar que, no sólo las asociaciones de ladrones, sino también los Estados han cometido, no raramente, máximas injusticias. Y osaremos decir que quizá ningún delincuente o grupo de delincuentes, ha ido jamás tan allá en ofender los principios más elementales y sacrosantos de la justicia, como, por ejemplo, el Estado nazista con las famosas leyes raciales y con los inhumanos estragos que les siguieron.

(Tomado de la Revista “La Ley”)

(27) Así, por ejemplo, DUGUIT, “Traité de droit constitutionnel” (3ª ed. t. I, París, 1927), p. 655

(28) Así, OLGIAI, *ob. cit.*, p. 144

(29) *Ibid.*, p. 148. Cfr. en igual sentido, L. STURZO, “La società, sua natura e leggi” (Milán, 1949), pp. 245 y sigtes.

(30) V. PLATÓN, “Rep.”, L. I, c. 23, 351 c, 352 c.