

PRIMERA SECCIÓN

**LA FILOSOFÍA DEL DERECHO
DEL MUNDO ANTIGUO**

I. LOS ORIGENES DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO DEL MUNDO OCCIDENTAL

Bibliografía: HIRZEL, *Themis, Dike und Verwandtes* (1907). — EHRENCBERG, *Die Rechtsidee im frühen Griechentum* (1921). — NESTLE, *Vom Mythos zum Logos* (1940). — KÖSTLER, *Die homerische Rechts- und Staatsordnung, Zeitschrift für öffentliches Recht*, t. xxiii (1944), p. 373. — CASSIRER, *Logos, Dike, Kosmos in der Entwicklung der griechischen Philosophie*, Göteborgs Högskolas Årsskrift, 47 (1941), p. 6. — GIGON, *Der Ursprung der griechischen Philosophie* (1945). — SNELL, *Die Entdeckung des Geistes* (2^a edición, 1948). — VERDROSS, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie* (2^a edición, 1948), pp. 15 y ss. — ERIK WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, I (1950), pp. 19 y ss. — VOEGELIN, *Order and history*, II. *The world of the Polis* (1957).

§ 1. *Themis y Dike (Homero)*

NO OBSTANTE que el derecho se extiende hasta los orígenes de la humanidad,¹ fueron sin embargo los griegos —según los datos que poseemos— los primeros que meditaron sobre su esencia y los primeros que dijeron algo fundamental a ese respecto. Como en aquella época el derecho no estaba separado ni de la moral ni de las costumbres, cuando hablemos del derecho habrá de entenderse que nos referimos a la totalidad del orden ético (moral, derecho y costumbres). —

En Homero encontramos las más antiguas reflexiones sobre el derecho, que nos es ofrecido en la figura de la diosa *Themis*, a la que el poeta presenta como la hija de *Gaia* ‘madre de la tie-

¹ W. SCHMIDT, *Das Eigentum in den Urkulturen* (1937). — KOPPERS, *Primitive man and his world picture* (1952). — F. KERN, *Historia Mundi* (1952) y *Der Beginn der Weltgeschichte* (1954).

rra' y de Urano 'dios del firmamento' y como la esposa del 'padre de los dioses', Zeus. Ella convoca a los dioses a la asamblea,² defendiendo por ese procedimiento el orden del Olimpo. Themis conoce por su madre el destino que pende sobre los dioses y los hombres; de ahí que sea la consejera jurídica del padre de los dioses. Tal es la razón de que las instrucciones que da Zeus a los reyes reciban el nombre de *θέμιτες* [thémistes], lo que a su vez explica el hecho de que la conducta que coincide con el derecho se exprese por la fórmula: *ἡ θέμις ἀρτί* [es themis]. Así, a ejemplo, es themis participar en la asamblea del ejército,³ ejercer el derecho de asilo⁴ y honrar a los muertos.⁵

Pero no se trata en estos casos de acciones impuestas a los griegos por normas heterónomas provenientes de una fuerza extraña, sino de una conducta que corresponde, en una circunstancia determinada, a la esencia de lo humano. Esta conclusión se desprende, ante todo, del hecho de que Homero no concibe a Zeus como un legislador. El dios, que por los consejos de Themis sabe cuál es el derecho para el caso concreto, podía únicamente, mediante sus thémistes, instruir a los gobernantes sobre la conducta intrínsecamente justa. Esta facultad correspondía también a los reyes y a los jueces que recibían de Zeus las instrucciones (thémistes).

También encontramos en Homero la expresión: *δική ἀρτί* [es dike]. Originariamente significaba la pretensión jurídica subjetiva de una persona;⁶ posteriormente significó, además, el reconocimiento por el juez de un derecho subjetivo. De ahí que el juzgar se llame *δικάζειν* [dikazein].

§ 2. *El orden biforme del mundo (Hesíodo)*

Hesíodo conoce aún a la diosa Themis, pero en él, *Dike*, la hija de Themis, entra al primer plano. Ninguna de las diosas, sin embargo, puede ser presentada como la personificación (en aquella época aún no concebida) de la idea del derecho o de un concepto abstracto de él. Los primeros poetas y trovadores no captaron

² *Iliada*, xx, 4.

³ *Ibidem*, xxiv, 652.

⁴ *Ibidem*, xi, 779.

⁵ *Ibidem*, xxiii, 44.

⁶ *Odisea*, xxiv, 255.

conceptualmente el ser del derecho, más bien lo encarnaron en una imagen o en una figura corpórea. Recordemos —para la mejor comprensión de este proceso— que Goethe, en su primer encuentro con Schiller, dibujó un boceto de una planta prehistórica y que, a la observación de Schiller de que esa planta no era el resultado de una experiencia, sino únicamente una idea, contestó: “Me parece muy bien que yo tenga imágenes de cosas reales sin conocerlas, pero a las que, no obstante, veo con los ojos.”⁷ De la misma manera, los primeros pensadores y poetas no redujeron el derecho a un concepto que hubieran podido expresar en una alegoría, sino que lo encarnaron en las figuras de Themis y de Dike.

Hesíodo, que en los años finales del siglo VII a. C. regresó con sus padres de Asia Menor a Ascra, en la Beocia [Boiotien], en cuyo lugar se dedicó a la agricultura, clarificó y profundizó con inspiraciones propias, recibidas cuando pastaba sus carneros en las laderas del Helicón, el mito que había recogido Homero. Su pensamiento quedó consignado en sus escritos, *La teogonía* y *Obras y días*.

En *La teogonía*, aparece Dike al lado de sus dos hermanas, *Eunomia* ('el buen orden') y *Eirene* ('la paz'), hijas, como ella, de Zeus y de Themis. Pero, mientras Homero al describir al padre de los dioses le atribuye cierta crueldad e iniquidad,⁸ en Hesíodo es el protector del derecho, lo mismo en el Olimpo que sobre la Tierra.⁹ También las divinidades subalternas nos son presentadas como “las eternas servidoras de Zeus y defensoras de los hombres mortales”.¹⁰ De ahí que Hesíodo llame a los dioses *los dispensadores del bien*.¹¹ La creencia en el *buen dios* no comienza con Sócrates —según afirmación de Nietzsche—,¹² sino que ya se encuentra en Hesíodo.

En el punto central de la poesía hesiódica no está sin embargo Zeus, sino Dike, portadora del derecho desde el Olimpo a la Tierra, adonde llevó el encargo de difundirlo entre los hombres, de protegerlo y conservarlo. Dike tiene tres opositoras, llamadas

⁷ CHAMBERLAIN, Immanuel Kant (2^a edición, 1909), p. 45.

⁸ *Iliada*, III, 365; VIII, 361; IV, 14 y ss.; XXII, 183 y ss.

⁹ *Obras y días*, v. 35.

¹⁰ *Ibidem*, vv. 249 y ss.

¹¹ *La teogonía*, vv. 47 y 111.

¹² *Philosophie im tragischen Zeitalter der Griechen*, t. II (1873).

Eris, Bía e Hybris. Eris es la piedad, la que subvierte el orden,¹³ Bía es la fuerza que se enfrenta al derecho, e Hybris la incontinencia que excede los límites del derecho, transformando lo justo en injusto.

Pero Hesíodo no permanece como un prisionero absoluto de la mitología, sino que principia a descorrer el velo extendido sobre la esencia del derecho al introducir el término *νόμος*, que significa el orden universal mantenido por Zeus. Este orden se finca —para Hesíodo— en dos reinos, el reino de la naturaleza irracional y el reino de la naturaleza racional. Expresamente dice respecto de este tema:

Kronion comunicó este *nomos* a los hombres:
las bestias y los peces y las aves que extienden sus alas
podrán devorarse unos a otros, pues a ellos les falta el derecho.
Pero a los hombres les comunicó [Dike] el derecho,
que es el más sublime de todos los bienes.¹⁴

El mismo pensamiento ilumina la fábula de Azor, que mantiene entre sus garras al ruiseñor¹⁵ y merced a su Bía procede con él según su placer, tal como corresponde al *nomos* de la naturaleza irracional.

Un *nomos* completamente distinto vale para los hombres, quienes están destinados a vivir, según su naturaleza, en armonía con el orden jurídico; los hombres están obligados a no hacer uso de la violencia,¹⁶ a respetar los límites del derecho,¹⁷ y a llevar sus disputas ante los jueces; en una palabra, a oponerse a Bía, a Hybris y a Eris. Dentro de este espíritu, invoca Hesíodo a su hermano Perses:

¡Oh Perses, quieras tú conservar esto en tu corazón:
escucha siempre a Dike y no emplees nunca la fuerza [Bía] . . .
Perses, atiende a Dike y evita a Hybris!¹⁸

¹³ Hesíodo conoce también a la *buena* Eris, "la que estimula a los hombres perezosos al trabajo". Cf. *Obras y días*, vv. 17 y ss.

¹⁴ *Obras y días*, vv. 274 y ss.

¹⁵ *Ibidem*, vv. 202 y ss.

¹⁶ *Ibidem*, v. 274.

¹⁷ *Ibidem*, v. 217.

¹⁸ *Ibidem*, v. 274.

Hesíodo sabe bien que no sólo las personas privadas pueden cometer injusticia, sino también los jueces encargados de decir el derecho. Ocurrirá así cuando abusen del nombre de Dike, remitiéndose a ella, pero dictando en la realidad un fallo que no está dirigido hacia la diosa. Hesíodo, en consecuencia, no solamente conoce la sentencia justa, sino también la injusta (*σκολιὰ δίκαι*).¹⁹

Si —según lo expuesto— el orden que conviene a los hombres es un vivir en el derecho, resulta que únicamente prosperará aquella comunidad en la que reine Dike, y que, cuando ella es despreciada, las reyertas y la guerra civil destruirán al Estado. Conviene decir que Hesíodo estaba plenamente convencido de que siempre y en todas partes triunfaría Dike sobre Eris, Bía e Hybris.²⁰

En estos pensamientos encontramos en germen el esqueleto de la filosofía del derecho, que podemos resumir en los siguientes párrafos:

1. El mundo está regido por leyes (*νόμοι*), que se encuentran protegidas por la divinidad.
2. No toda la naturaleza está sometida a un mismo orden: en la naturaleza irracional rige la ley de Bía, que es la ley de la causalidad; entre los hombres impera la ley de Dike. Para ellos vale la ley ética-jurídica del “estar obligado”, ley que debe ser obedecida, pero que puede ser de hecho violada.
3. Al ser del hombre corresponde una vida conforme al *nomos* de Dike. Cuando el hombre se aparta de su orden, o se hunde en el orden de Bía, contrario a su ser, o destruye su esencia, cayendo en el mundo de Hybris.
4. Así como el estar en el espacio corresponde a la materia, el vivir dentro del derecho pertenece a la esencia del hombre; en consecuencia, el derecho no puede deducirse del mandato de una voluntad arbitraria, sino de aquellas normas que reflejan el *ethos*, el ser peculiar del hombre.²¹
5. La legislación y la jurisprudencia no son actos puros de voluntad. Los hombres comisionados para realizarlos tienen más bien el encargo de *descubrir* el derecho, a cuyo efecto

¹⁹ *Obras y días*, vv. 213 y ss.

²⁰ *Ibidem*, v. 217: “Dike triunfa sobre Hybris, sale finalmente victoriosa.”

²¹ *Ibidem*, v. 137: Originalmente *ἥθος* significó el lugar de origen, el propio ser, y sólo posteriormente se aplicó al carácter de una persona.

han de contemplar el caso por resolver a la luz de Dike. La diosa tiene así su parte en la verdad (*ἀληθεῖα*), a cuya esencia pertenece develar lo oculto y revelarlo. De ahí que las sentencias que no traducen a Dike no sean auténticas sentencias, sino apariencias jurídicas.²²

Hesíodo reconoció claramente que no todo lo que se manifiesta en forma jurídica es auténtico derecho, sino únicamente aquella sentencia que, además de tener la forma, es pronunciada en acatamiento a las indicaciones de Dike. El derecho no puede ser simplemente dictado, debe ser buscado y encontrado, o expresado con otras palabras, la verdad jurídica, que se encuentra oculta, ha de ser descubierta y revelada.

Hesíodo, infatigable heraldo del derecho, muestra su parentesco con los profetas del *Antiguo testamento*,²³ así como con Salomón,²⁴ si bien prácticamente no existe relación espiritual alguna entre ellos. Por lo demás, uno y otros se distinguen por cuanto en el *Antiguo testamento* se predica un monoteísmo estricto, siendo dios el único protector del derecho, en tanto que en Hesíodo el derecho aparece en la figura de Dike, una de las hijas de Zeus.

§ 3. Derecho y poder (Solón)

Bibliografía: JAECER, Solons Eunomia, *Sitzungsberichte der preussischen Akademie der Wissenschaften. Phil. historische Klasse* (1926), pp. 69 y ss.; también: *Die Anfänge der Rechtsphilosophie und die Griechen*, *Zeitschr. f. philosophische Forschung* III (1948), pp. 329 y ss. — VERDROSS, Obra citada, p. 23. — E. WOLF, Obra citada, pp. 189 y ss., y además: *Mass und Gerechtigkeit bei Solon*, en: *Gegenwartsprobleme des internationalen Rechts und der Rechtsphilosophie (Festschrift für Rudolf Laun*, 1953), p. 449.

También Solón se remite a Dike, quien le enseñó a guardar en todo momento la justa medida (*μέτρον*) y a combatir a Hybris. Esta enseñanza le capacitó para restaurar el quebrantado orden de su ciudad natal, Atenas, cuando en el año 594 a. C., fue electo

²² Obras y días, vv. 213 y ss.

²³ Véase DORNSEIFF, *Hesiod's Werke und Tage und das alte Morgenland*, en: *Philologus* 91, N. F. 45 (1936), pp. 317 y ss.

²⁴ Hölderlin, Prop. Aug., v, pp. 185 y ss.

Arconte con poderes ilimitados, y se le comisionó para preparar un nuevo thesmós (*θεσμός*), esto es, una constitución capaz de restablecer la paz interior.

Solón pudo llevar a cabo la gran reforma gracias a que supo mantenerse en medio de los partidos contendientes, "como un sendero limítrofe entre dos países beligerantes",²⁵ e introducir un orden equitativo entre ellos. En su actuación, estuvo guiado por la idea de que el Estado puede solamente prosperar si se mantienen en equilibrio las fuerzas sociales. El reformador de Atenas bautizó a un orden de esta naturaleza, en el que se alcanza un equilibrio correcto, con el nombre de *Eunomia*, que corresponde a una hermana de Dike.

Un orden de esa naturaleza se quebranta o destruye si algunos grupos llegan a ser demasiado poderosos. Por eso dice Solón en su *Eunomia*: "De la misma manera que de las nubes se desprenden la nieve y el granizo y que el trueno brota del relámpago iluminador, así también tiene que hundirse el Estado en el que se forman hombres demasiado poderosos y el pueblo, en su irreflexión, tiene que precipitarse en la servidumbre de un dominador único." Las lesiones producidas a Eunomia provocan además otros males sociales, tales como las luchas de los partidos, los odios y la intranquilidad. Solón —según se deduce de lo expuesto— comparte la opinión de que en el mundo social también existen leyes naturales, pues determinadas acciones engendran, con necesidad causal, ciertos males sociales. Con esta doctrina, el reformador de Atenas continuó un pensamiento de Hesíodo, quien ya había hecho notar que el desprecio del derecho no solamente produce consecuencias dañinas para el malhechor, sino también para la comunidad. De ahí que tuviera que enfrentarse a la Hybris de muchos de sus conciudadanos, que se había presentado en tres formas principales: como *Pleonexia* ('ambición de dominio'), *Philargyria* ('codicia') e *Hyperephanía* ('amor a los honores').

Pero —preguntemos—, si en la vida social también existen leyes sociales, ¿no se borra o destruye la diferenciación introducida por Hesíodo entre el *nomos* de la naturaleza irracional y el del hombre?

²⁵ ARISTÓTELES, *Die Verfassung Athens* (traducción alemana de G. WENTZEL, 1892), p. 30.

El mismo Solón da la respuesta cuando explica que la renovación del orden de su ciudad natal se logró con la ayuda de Dike y de Bía. Bía, para él, ya no es una opositora de Dike, sino su aliada. ¿Cómo ha sido esto posible? Lo fue merced a la distinción entre una buena y una mala Bía, entre un poder legítimo y un poder arbitrario. El primero está al servicio de Dike, en tanto el segundo se yergue en su contra. Este último constituye un ataque al derecho, mientras el primero representa la coacción jurídica, utilizada para su efectividad. Con estas explicaciones aclaró Solón que Dike no puede realizarse por sí misma y que necesita de Bía para poder hacer frente a las fuerzas ilegítimas. Dike y Bía, en consecuencia, están obligadas a actuar conjuntamente si quieren restaurar el orden social quebrantado. Dike muestra al reformador la meta hacia la que debe dirigirse, en tanto Bía pone en sus manos los medios indispensables para alcanzar el fin. No es, pues, suficiente que el reformador, instruido por Dike, conozca cuáles son los derechos que convienen a los ciudadanos y a los grupos, sino que debe emplear los medios necesarios, dependientes del reino de la causalidad, que sean aptos para lograr el equilibrio de las fuerzas opuestas. Así Solón, después de concluir con la gran tarea de la renovación de Atenas, pudo decir de sí mismo: "Con Bía y Dike he logrado reconducir la Ciudad hacia la Eunomia."²⁶ Solón nos muestra —según se deduce de lo expuesto— que la fuerza no es por sí misma mala o maligna. El derecho —tal es su enseñanza— no puede desentenderse del poder, pues únicamente puede alcanzar su finalidad, "hacer reinar la paz y el orden", en la medida en que sea apto para imponerse también a las fuerzas hostiles. Con estas ideas, Solón inició una importantísima complementación de la doctrina jurídica hesiódica.

Pleno asimismo de significado es el hecho de que Solón hubiera traído a la luz a Eunomia, que en Hesíodo permaneció sumergida en la penumbra: ella pone de relieve que los derechos particulares de los ciudadanos no pueden coexistir aislados los unos junto a los otros, más bien deben limitarse recíprocamente y quedar prudentemente equilibrados, si se desea ordenar adecuadamente a la comunidad y asegurar su conservación. En la figura de Eunomia se manifiesta —probablemente por vez primera, si

²⁶ PREIME, Solon, *Dichtungen* (1940), fr. 24, 15/16.

bien no va acompañada de su posterior denominación— la idea de *la justicia distributiva*,²⁷ que consiste en dar a cada miembro de la comunidad según sus aptitudes y realizaciones, en tanto *la justicia commutativa* —según veremos posteriormente (ver p. 22), Pitágoras se ocupó principalmente de ella— se propone el restablecimiento del orden dañado por una violación al derecho mediante la imposición de una sanción jurídica al autor del daño (indemnización por daños) o de una pena. Con la reinstauración de Eunomia, puso de manifiesto Solón que la conservación del orden no se alcanza con la sola imposición de sanciones, sino que principalmente depende de la disminución de las tensiones sociales, merced a una prudente compensación de los intereses individuales y de su confinación dentro de límites que permitan una posición equilibrada de las distintas fuerzas sociales.

²⁷ Compárense páginas 22 y ss. con páginas 75 y 76.