

QUINTA SECCIÓN

**CONSIDERACIÓN CRÍTICA
DE LOS RESULTADOS OBTENIDOS**

XXVI. EL HOMBRE Y EL DERECHO

§ 1. Consideraciones generales

SEGÚN se desprende de nuestra exposición histórica, la filosofía del derecho del mundo occidental reconoció desde sus primeras manifestaciones que a la esencia del hombre pertenece vivir en un mundo regido por el derecho. Únicamente algunos escritores aislados —entre ellos Thomas Hobbes, John Locke, y Jean Jacques Rousseau— admitieron la existencia de un Estado de naturaleza pre-social y anterior a todo orden jurídico, sin haber no obstante aportado prueba alguna para acreditar su aserto, por lo que el supuesto contrato social o contrato de sumisión, mediante el cual el hombre, que hasta entonces vivía en estado de aislamiento, habría ingresado en la comunidad jurídica, constituye una pura ficción. A lo anterior debe agregarse que la fuerza obligatoria de cada contrato presupone la existencia de una norma poseedora de validez, pues para que un acuerdo de voluntades sirva de fundamento a un contrato es indispensable la existencia de una norma jurídica que atribuya a dicho acuerdo efectos jurídicos. Esta afirmación no ha de entenderse en el sentido de que los hombres, antes de la celebración del primer contrato, hubieran ya pensado en la existencia de la norma jurídica que le sirve de fundamento; lo que sí es en cambio cierto es que los hombres, al momento de celebrar ese primer contrato, adquirieron conciencia de la existencia de dicha norma, toda vez que en el acto de la celebración del contrato quisieron crear justamente un vínculo obligatorio entre ellos. Pero la creencia en un estado de naturaleza pre-social está además refutada por las recientes investigaciones de la etnología y de los estudios pre-históricos, en los que se ha llegado a la conclusión de que aun los pueblos

más primitivos poseían ya una idea del derecho, que servía de orientación a su conducta.¹

Actualmente está fuera de duda que en los siglos de la prehistoria no existió un derecho legislado, pues la elaboración de las leyes presupone un cierto grado de elevación en la cultura. Parece igualmente cierto que no es el derecho consuetudinario la forma más antigua del derecho, ya que la formación de cada norma consuetudinaria implica la existencia de una norma básica que es ya practicada por los hombres. Estas normas básicas primarias pueden tener su fuente, bien en la convicción del pueblo o en la de una clase privilegiada, bien en su promulgación. Pero en las relaciones sociales sencillas el derecho vive en la convicción del pueblo, pues todos los hombres se hallan en una misma situación y en una comunicación constante los unos con los otros. De ahí que en los grupos primitivos aparezcan concepciones uniformes respecto a lo que está permitido o prohibido. Cuando estas convicciones se traducen en una conducta de los hombres igualmente uniforme, nace el derecho consuetudinario como derecho del pueblo. Acertadamente hace notar Coing² que "sería un error ver en el derecho consuetudinario la simple expresión de lo usual, como también sería equivocada la pretensión de reducir la *opinio necessitatis* a la simple inclinación de tener por justo a lo usual". Puede ciertamente ocurrir que los miembros de una comunidad se conformen con lo que acontece aunque sea una sola vez, pero aun en esa hipótesis, la conducta posterior no se transforma en derecho consuetudinario sino hasta el momento en que se le agrega la convicción de que la conducta es legítima. Ahora bien, en el derecho consuetudinario de la prehistoria, la convicción jurídica de la legitimidad de la conducta se manifiesta desde que se inicia el uso, de tal manera que en el acto primero de él se da ya la convicción acerca de la validez de una norma jurídica fundamental. En consecuencia, el derecho consuetudinario primitivo no es sino la positivización de las normas jurídicas fundamentales que existen en el espíritu de los miembros de la comunidad, por lo menos en germen.³

¹ KERN, *Der Beginn der Weltgeschichte* (1953). — KOPPERS, *Primitive man and his world picture* (1953); y *Die Anfänge von Staat und Gesellschaft im Lichte der Primitivenforschung*, en: *Diogenes* (1954), pp. 647-654.

² COINC, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, p. 231.

³ En este sentido se puede hablar de una creación "espontánea" del

La idea de que a la esencia del hombre pertenece vivir como miembro de una comunidad jurídica condujo, desde sus orígenes, a la convicción de que existen normas jurídicas fundamentales que no provienen del derecho positivo, sino que, por el contrario, le preceden y se encuentran en su base. Desde la Antigüedad se conoce con el nombre de derecho natural a este aspecto del orden jurídico: derecho natural en el sentido objetivo o, mejor aún, "la ley jurídica natural". Algunos escritores le llaman simplemente "ley natural", pero este término es equívoco, ya que desde la época de Kant significa asimismo "ley causal". Por tanto y a fin de separar al derecho natural de la ley causal, es aconsejable emplear la fórmula propuesta: "ley jurídica natural".

Puede afirmarse que casi toda la filosofía del derecho del mundo occidental ha aceptado su existencia. Sin duda, en la Antigüedad misma se dieron algunas impugnaciones; más tarde, el nominalismo recogió su negación, que fue conducida hasta sus últimas consecuencias por el positivismo del siglo XIX: es suficientemente sabido que esta corriente del pensamiento logró que durante varias décadas se mirara con desconfianza a la idea del derecho natural. Pero a la terminación de la Primera Guerra Mundial no solamente cobró nueva vida, sino que, además, fue considerablemente ampliado y profundizado el conocimiento de la ley jurídica natural. El problema de la hora presente se refiere a la determinación de la esencia y a la manera de conocer la ley jurídica natural. En las páginas posteriores nos proponemos llevar a cabo un análisis de las varias corrientes que existen en la actualidad sobre dichas cuestiones.

§ 2. *La conciencia y el sentimiento de lo jurídico*

El conocimiento del derecho natural no ofreció ninguna dificultad al pensamiento pre-científico: en ese período histórico se creía que nuestra conciencia de lo jurídico podía conocer intuitivamente lo justo y lo injusto. Pero el análisis crítico de la conciencia jurídica descubre que el fenómeno es más complejo de lo que a primera vista parece.

derecho. Consultese sobre este tema a Aco, *Diritto positivo e diritto internazionale*, en: *Scritti di diritto internazionale in onore di Tomaso Perassi* (1957), vol. I, p. 3.

El análisis y descubrimiento de la conciencia jurídica se dificulta, ante todo, porque sus raíces humanas quedan cubiertas por una capa de pensamientos y sentimientos que recibe el hombre en el curso de su educación o que recoge en el medio en que está colocado. Sin embargo, la reflexión crítica ha conseguido desentrañar ciertos elementos constitutivos de las raíces de nuestra conciencia y del sentimiento de lo jurídico que necesariamente va unido a ella, pues hay que decir que la conciencia y el sentimiento jurídicos constituyen una unidad.

Uno de los elementos del sentimiento de lo jurídico está constituido por el sentimiento de la personalidad del hombre; el otro es el respeto a las pretensiones de las otras personas. La conciencia jurídica revela, en la unión de esos dos elementos, una tendencia a la igualdad, y de ahí que el hombre se subleve, "con un sentimiento de desagrado, no sólo en los casos de lesión a los derechos del sujeto consciente, sino también cuando se dañan los derechos de otra persona".⁴ Este primer sentimiento se une a la "conciencia de grupo", pues el hombre sabe que es miembro permanente de una comunidad humana. De este segundo sentimiento deriva, a su vez, la aspiración al orden y a la seguridad, así como también el deseo de luchar contra los grupos enemigos de la comunidad, ya sean internos o externos.

La conciencia de lo jurídico nunca está sola, sino que va unida a otras manifestaciones éticas: esta unión, sin embargo, no ha de entenderse en el sentido de que la conciencia jurídica se extienda a la totalidad de la conciencia ética, ya que únicamente abarca aquella parte del mundo ético que se relaciona con la vida comunitaria. La conciencia de lo jurídico —como acertadamente observa Coing— sustrae de la conciencia ética aquellas valoraciones que necesita para ordenar la vida colectiva de los hombres.

Ahora bien, como el hombre nunca ha vivido aislado, sino siempre formando parte de una o varias sociedades, resulta claro

⁴ COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, pp. 51 y ss. — Consultese además PETRAZYCKI (1867-1931), *Über die Beweggründe des Handelns und das Wesen der Moral und des Rechts* (1907). FRANZ KLEIN (1854-1926), *Die psychischen Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung* (1912). G. HUSSERL, *Rechtskraft und Rechtsgeltung* (1925). HOCHZ, *Das Rechtsgefühl in Justiz und Verwaltung* (1932). RIESSLER, *Das Rechtsgefühl* (2^a edición, 1946). NOHL, *Die sittlichen Grunderfahrungen* (1947).

que la conciencia colectiva ha ejercido una influencia constante sobre el sentimiento jurídico de cada persona. Ello no obstante, no es posible derivar de la conciencia de grupo el sentimiento jurídico individual, pues la historia prueba que constantemente aparecen personas que oponen su sentimiento jurídico propio al de la comunidad de que forman parte: uno de los primeros ejemplos de esta oposición se encuentra en la figura excelsa de Sócrates. Henry Bergson se refiere indirectamente a la persona del gran ateniense, cuya conducta tiene tanto interés para la solución de la pregunta que hemos formulado, cuando escribió:

"Para que la sociedad exista es ante todo necesario que el hombre aporte todo un conjunto de predisposiciones innatas; la sociedad, por tanto, no se explica por sí misma; en consecuencia, es indispensable penetrar más allá de las aportaciones sociales y llegar a la vida misma, pues las sociedades, como, por lo demás, la especie humana en su totalidad, no son otra cosa que manifestaciones de la vida. Y no es esto todo lo que tenemos que decir: se deberá penetrar más hondamente aún si se desea comprender, no solamente la manera como la sociedad obliga al individuo, sino, sobre todo, la circunstancia de que el hombre se erija en juez de la sociedad y obtenga la transformación moral de ella. Si la sociedad se bastara a sí misma, sería la autoridad suprema; pero si es tan sólo una de las determinaciones de la vida, se comprenderá fácilmente que la vida, que ha debido producir en un cierto momento de su evolución al género humano, trasmite un nuevo impulso a aquellas individualidades privilegiadas que logran penetrar hasta el fondo de ella, a fin de que provoquen y contribuyan al progreso posterior de la sociedad."⁵

La relativa independencia del individuo es lo que da nacimiento a la posibilidad de que en el seno de la comunidad se dé una oposición entre la sociedad y la persona individual, posibilidad que no puede existir en los mundos de las hormigas y de las abejas, que son reinos comparables a un organismo en el que cada uno de los insectos existe únicamente en función del todo. De ahí que las revoluciones, conflictos entre Estados y reformas sociales, solamente puedan darse en las comunidades humanas, en tanto los Estados de las abejas y de las hormigas son y permanecen idénticos sobre todo el globo terrestre.

⁵ BERGSON, *Les deux sources de la moral et de la religión*, § 103.

Las explicaciones que anteceden prueban que el sentimiento y la conciencia del derecho no se forman en el devenir histórico, sino que pertenecen a las cualidades fundamentales del hombre. Pero esta conclusión es, a su vez, la demostración de que la conciencia y el sentimiento de lo jurídico son elementos esenciales subjetivos, por lo que no es posible deducir de ellos las normas jurídicas objetivas fundamentales.

§ 3. Los testimonios de la etnología

Algunos escritores se han propuesto demostrar, comparando los documentos y monumentos históricos de los diferentes pueblos, la existencia de una cierta concordancia respecto de algunos principios jurídicos fundamentales; y en verdad podemos descubrir, no obstante las numerosas diferencias, que existen algunas orientaciones coincidentes para la solución de las cuestiones jurídicas. A lo que debe agregarse que en los pueblos primitivos se encuentran también diversas instituciones jurídicas reveladoras de la presencia de una cierta concepción jusnaturalista: entre estas instituciones se incluyen la monogamia, la relativa igualdad de los sexos, la patria potestad sobre los hijos, la propiedad privada sobre el menaje de la casa y los útiles de trabajo, etcétera.⁶

Pero por valiosos que puedan ser estos testimonios de la etnología y de la ciencia de la pre-historia, no pueden, sin embargo, sustituir a la necesaria fundamentación filosófica del derecho natural.

§ 4. Conocimiento inmediato y conocimiento mediato de los valores

El conocimiento filosófico de los valores puede considerarse escindido en dos grandes direcciones: la primera cree posible el conocimiento inmediato de ellos, en tanto la segunda se remite a un conocimiento mediato.

El conocimiento inmediato de los valores, a su vez, puede intentarse por dos caminos: un procedimiento intelectual y uno emocional. El primero de estos procedimientos fue utilizado por la Stoa y más tarde por Fernando Vásquez de Menchaca

⁶ Consúltese la nota 1 de este capítulo (KERN y KOPPERS).

(ver p. 139) y por Kant; todos estos pensadores sostienen que los hombres encontramos la ley moral, en forma inmediata, en nuestra razón; ciertamente, existen algunas discrepancias entre los filósofos mencionados, pues en tanto la Stoa sostuvo que nuestra razón es una emanación del λόγος, Kant, Vásquez de Menchaca y Fries afirman que nuestra razón práctica es ella misma legisladora (*sic volo, sic iuveo*), pero todos los pensadores de este primer grupo coinciden en la idea de que la ley moral puede ser deducida inmediata y directamente de la razón. Shaftesbury y Hutcheson, por el contrario, representan la tendencia que sostiene que el conocimiento de los valores se realiza por nuestro sentido del valor. Pero ninguno de los dos grupos ha conseguido, no obstante sus esfuerzos, acreditar la objetividad de la vivencia de los valores.

En oposición a estos partidarios de una deducción inmediata de los valores de nuestra razón o de nuestro sentimiento, otros pensadores declaran que la razón y el sentimiento son sólo un medio para el conocimiento de la ley moral.

Algunos filósofos han intentado una fusión entre estas dos formas de conocimiento de los valores: deducción inmediata de la razón o conocimiento con ayuda de la razón o del sentimiento.

Creemos poder afirmar que todos los filósofos que han tomado como punto de partida a Aristóteles ven en la razón solamente un medio para conocer —mediante la contemplación de nuestra naturaleza— los fines supremos del hombre y, consecuentemente, la ley moral. De acuerdo con esta orientación, el conocimiento de los valores no es inmediato, sino *mediato*. La doctrina a que nos venimos refiriendo se encuentra en Grocio y en Pufendorf; uno y otro se apoyan en la tesis de la naturaleza social del hombre — punto de vista que coincide con el pensamiento aristotélico. También la doctrina platónica es una concepción mediata de los valores: el autor de la alegoría de la caverna —según es suficientemente sabido— no dedujo los valores de la razón, que es solamente un instrumento para penetrar en el reino puro de las ideas.

En Brentano, Meinong y Scheler, la concepción emocional de los valores conduce asimismo a un conocimiento mediato de ellos: para estos escritores el sentimiento es únicamente un medio para la captación de los valores objetivos. También Coing se declara partidario de esta postura filosófica-jurídica cuando sos-

tiene que los hombres podemos captar intuitivamente algunos principios jurídicos fundamentales.

Hay algo, sin embargo, que no puede decimos la doctrina intuitiva de los valores y es la naturaleza del reino en el que existen. Se habla de un mundo del "ser ideal", pero no se nos dice qué es lo que debemos entender por tal; lo único que sabemos de él es que no pertenece al mundo de lo real y que tampoco es un reino puro del pensamiento. Fácilmente se comprenderá que Coing hubiera tenido que remitirse al principio teleológico, y a la doctrina del derecho natural de Aristóteles, para poder determinar el contenido de algunos principios jusnaturalistas (*ver pp. 327 y ss.*).

§ 5. *El derecho natural fundado en el orden cósmico*

La filosofía de la Escuela jónica pretendió deducir el derecho natural del orden cósmico. Pero el pensamiento filosófico posterior ha recurrido constantemente a las ideas de Hesíodo, el primer pensador que sostuvo que el orden cósmico se bifurca en el orden de la necesidad causal y en el orden moral y jurídico: el hombre, en la medida en que es un ser biológico, está sometido, sin género alguno de duda, al orden causal de la naturaleza, pero en cuanto persona ética es un ente libre y responsable, que si bien está obligado a vivir en armonía con las normas morales y jurídicas, posee no obstante la posibilidad de violarlas, consumando así el acto llamado ilícito, desconocido en el reino de la causalidad. De ahí que el derecho natural no pueda deducirse del orden causal de la naturaleza, sino exclusivamente del orden moral y jurídico, único que se adapta a la peculiarísima naturaleza humana.

Dentro de la filosofía de la existencia se ha manifestado una tendencia que cree poder descubrir al derecho en las "señales" que nos son trasmitidas por el ser; esta doctrina es, en cierta medida, un nuevo renacimiento de la filosofía jónica. En páginas anteriores (*ver pp. 348 y ss.*) hicimos algunas consideraciones críticas sobre esta corriente, a las que nuevamente remitimos.