



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Samame, J. (1996). *La persona humana como fundamento racional del derecho*. [Tesis para optar el grado de Magister en Filosofía]. Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Letras y Ciencias Humanas. Unidad de Posgrado.

REPOSITORIO DIGITAL DE TESIS DE LA BIBLIOTECA DE LETRAS DE LA UNMSM

Autor

Javier C. Samame Flores

Título

La persona humana como fundamento racional del derecho

**País de
publicación**

Perú

**Fecha de
publicación**

1996

**Tipo de
publicación**

Tesis de maestría

Idioma

Español

Resumen

La tesis aborda el fundamento del Derecho desde la perspectiva de la persona humana como individuo, en lugar de enfocarse en el derecho positivo. Se propone demostrar que el Derecho tiene una base racional vinculada a la naturaleza humana, que trasciende la mera legalidad. La metodología incluye el análisis de diversas posturas sobre el Derecho, buscando en la conciencia humana su fundamento último.

Palabras clave

Derecho; Persona humana; Fundamento racional; Legalidad.

Campo del conocimiento del OCDE

Filosofía

Tipo de trabajo de investigación

Tesis

Nombre del grado

Maestría

Grado académico

Maestría en Filosofía

Institución que otorga el grado

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS

ESCUELA DE POSTGRADO

FACULTAD DE LETRAS Y CIENCIAS HUMANAS

UNIDAD DE POSTGRADO



"LA PERSONA HUMANA COMO FUNDAMENTO RACIONAL DEL DERECHO"

MAGISTER EN FILOSOFIA

MENCION: HISTORIA DE LA FILOSOFIA

Presentado por:

JAVIER C. SAMAME FLORES

LIMA - PERU

000812

1996

INDICE



INTRODUCCION

Capítulo I.	FUNDAMENTO BIOFISICO DE LA PERSONA HUMANA	1
	1.- La Naturaleza.....	1
	2.- Naturaleza de la Vida.....	2
	3.- El Ascenso Dinámico de la Vida....	5
	4.- El Ser Humano.....	6
	5.- Comprensión de la Naturaleza.....	8
Capítulo II.	DETERMINISMO Y LIBERTAD	16
	1.- Determinismo.....	16
	2.- Libertad.....	19
	3.- La Razón como Expresión de Libertad.....	22
Capítulo III.	LA PERSONA HUMANA COMO FUNDAMENTO RACIONAL DEL DERECHO	24
	1.- Problema de Investigación.....	24
	2.- Fundamento Racional del Derecho...	26
Capítulo IV.	LA MORAL Y EL DERECHO	36
	1.- La Moral.....	36
	2.- El Derecho.....	37
	3.- Definición del Derecho.....	38

	4.- Relaciones entre la Moral y el Derecho.....	39
	5.- Diferencia entre Moral y Derecho..	41
Capítulo V.	DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO.....	46
	1.- Derecho Natural.....	48
	2.- Derecho Positivo.....	58
	3.- Sociedad.....	58
	4. Estado.....	60
	5.- Noción de Derecho Positivo.....	63
	6.- La Ciencia del Derecho.....	66
	7.- Síntesis del Derecho Natural y el Derecho Positivo.....	69
Capítulo VI.	LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA.....	73
	1.- La Legalidad.....	75
	2.- La Justicia.....	90
	3.- Síntesis de la Legalidad y la Justicia.....	94
	CONCLUSIONES.....	97
	BIBLIOGRAFIA.....	100

I N T R O D U C C I O N

El tema que abordamos en la presente Tesis para sustentar el fundamento del Derecho se ha realizado considerando la esencia del ser humano como individuo y no desde un punto de vista del derecho positivo, es decir, enfocando el problema desde la base individual del ser humano y no desde el punto de vista de la legalidad.

Nos proponemos probar la hipótesis de que el Derecho tiene un fundamento real, la persona humana, concreta, individual; lo cual le confiere racionalidad a la base y al mismo Derecho, el mismo que no es solamente la mera vigencia de la legalidad. La metodología empleada es el análisis de las distintas posiciones sobre el fundamento del Derecho, como el escepticismo, realismo, historicismo, teologismo y utilitarismo; para finalmente considerar la misma naturaleza humana, o sea; buscar en la propia conciencia de nuestro ser, el fundamento último del Derecho.

El ser humano trasciende su existencia física para afirmarse como ser racional, cuando identifica en sí mismo el ser de otro sujeto y decide actuar con respecto a él, dándole a su conducta un valor de tipo, "obra como si en el obrase la humanidad", como si cualquier otro sujeto estuviera en su puesto. De tal modo, que el principio de

la legislación universal está insito en nuestra conciencia.

Este es el aspecto subjetivo o moral del principio ético general. Pero también tiene otro aspecto objetivo o jurídico, la posibilidad de hacerse valer como tal frente a todos (Derecho). El Derecho, por tanto, tiene como principio la esencia o naturaleza del ser humano individual, igual que la moral; sin embargo, se distingue de ésta por la objetividad de su relación, es decir, desde el momento que se le toma como criterio y eje de las relaciones de convivencia. Se cumple así la máxima de que todo hombre puede exigir que sea respetado por todos, como el mismo está obligado a hacerlo con los demás (Derecho Natural).

Para el desarrollo de nuestro trabajo comenzamos con una breve referencia al fundamento físico y biológico del ser humano, distinguiendo el determinismo y la libertad, el fundamento racional del derecho, moral y derecho, derecho natural y derecho positivo, para concluir con la legalidad y la justicia.

CAPITULO I

FUNDAMENTO BIOFISICO DE LA PERSONA HUMANA**1. La Naturaleza.-**

La primera característica general que se descubre en el Universo es la extraordinaria diversidad de los elementos que lo componen desde las partículas elementales hasta los seres vivientes más evolucionados y sobre todo el ser humano, desde nuestra tierra hasta las más remotas galaxias, un escalonamiento de formas y de estructuras desafía a la imaginación. Por otra parte, la diversidad de las especialidades científicas no es más que el reflejo de la diversidad de sus objetos. Por tanto, lo que primero evoca el Universo es una idea de discontinuidad, pero otra característica se descubre enseguida en el análisis; es la homogeneidad y solidaridad del Universo, En todo el cosmos se halla la misma naturaleza, la misma materia; desde el átomo hasta los más remotos cuerpos del Universo, lo componen los mismos elementos, lo rigen las mismas leyes, aparecen las mismas constantes físicas.

Esta homogeneidad es traducida por la ciencia en la representación que ella da del Universo como de una inmensa red de relaciones, de campos de fuerza que constituyen la materia. La homogeneidad designa el profundo parentesco que reúne a todos los seres naturales, tan diferentes por lo demás, pues éstos están

construidos partiendo de los mismos elementos, pero según una dialéctica de integración. Por otra parte, esta homogeneidad explica cómo esos seres diversos pueden actuar unos sobre otros, lo cual es posible si entre ellos existe continuidad. Estos seres no son especies de bloques erráticos, aislados, sino que están unidos por interacciones continuas. Por tanto, entre la heterogeneidad y homogeneidad del universo existe una solidaridad que expresa ese doble aspecto de discontinuidad y continuidad.

2. Naturaleza de la Vida.-

El concepto de vida designa esencialmente una realidad analógica, puesto que puede hallarse a todos los niveles del ser vivo, desde la bacteria unicelular, situada en el más bajo grado de la escala vital, hasta los seres más evolucionados. La vida se halla en todos los grados del ser vivo, instaurando entre ellos una jerarquía según la mayor o menor plenitud con que ellos lo realizan, es decir, un profundo dinamismo que atraviesa todos los estratos del ser vivo según su profunda finalidad.³

La materia viviente está compuesta de cuerpos químicos que se hallan en la naturaleza inorgánica, esos elementos están reagrupados en edificios orgánicos muy complejos (con el carbono como elemento unificador),

³Aubert Jean Marie, Filosofía de la Naturaleza, Barcelona, España, 1984, Pag. 403

tomados del medio ambiente, las moléculas obtenidas se reagrupan para formar la unidad viviente básica de la célula, en cuya organización el ácido nucleico (ADN) desempeña un papel esencial, y cuyas agrupaciones especializadas constituyen los diversos tejidos en suma: a través de toda esta organización, la composición material del ser viviente lo inserta profundamente en el mundo mineral, vale decir, el ser vivo tiene homogeneidad material con el mundo inorgánico.

Pese a esa inserción y a esa dependencia material, la organización del ser viviente manifiesta una propiedad específica. Tomados del medio ambiente, son transformados en arquitecturas moleculares cada vez más complejas para ser luego arrojadas bajo otras formas a ese mismo medio exterior (metabolismo, asimilación, desasimilación), habiendo liberado energía a su paso. En los animales, esa renovación es casi total (sólo algunos tejidos, como el nervioso, no se renuevan), hasta el punto de que al cabo de un cierto tiempo el ser viviente no es ya materialmente el mismo (la duración de la renovación varía con las especies). Este proceso de intercambios continuos (ritmados por la respiración y los latidos del corazón) supone evidentemente un medio interior esencialmente fluido (importancia del agua, la savia y la sangre son los vehículos de este circuito de doble sentido). Los vegetales (los autótrofos, de clorofila) hacen el trabajo esencial en esta transformación de la materia mineral en viviente.

Los animales (todos heterótrofos) se limitan a transformar a su nivel los elementos ya elaborados por los vegetales, y son por tanto, estrechamente dependientes de ellos; son más libres para una actividad superior, la del conocimiento (sensible), que es una forma superior de vida que señala su heterogeneidad con la emergencia de estructuras nuevas en el seno de la materia. Por lo tanto, el ser vivo tiene heterogeneidad formal con el mundo inorgánico.

Si la vida se caracteriza por una homogeneidad material con el mundo inorgánico, se distingue de éste por esa heterogeneidad de la estructura que ella confiere a los materiales tomados del exterior y que permanece a través del incesante forcejeo de los elementos químicos, es decir, lo que especifica al ser viviente es esencialmente la forma propia y la organización que él da y mantiene (en un equilibrio siempre amenazado) a unos materiales transitoriamente a su servicio. El ser viviente se define por su forma, entendida en el sentido de tipo de organización de los elementos materiales, eso es lo que expresa la antigua y siempre válida definición de la forma viviente llamada alma por Aristóteles: El acto primero del cuerpo físico organizado que tiene la vida en potencia.

En el mundo mineral los individuos no son más que porciones de materia, divisibles o reunibles sin que eso afecte a su tipo formal, en el ser viviente el individuo

realiza la unidad en un grado mucho más elevado, encarna la forma en una unidad indivisible, sobre todo en los seres vivientes superiores (divididos, dejan de ser vivientes). En otros términos; constituye un modo de ser, más independiente de las condiciones materiales de existencia; no es ya el ser disperso del mundo mineral, simple juguete de las fuerzas cósmicas. El ser viviente es el ser que se repliega y se posee, que se tiene así mismo, cada vez más, a medida que ascendemos por la escala de la vida, que se defiende contra las fuerzas de disgregación, que mantiene su "tono" y su autonomía, pese a las variaciones del medio exterior (dentro de los límites variables según las especies), gracias a complejos sistemas de autorregulación, (por ejemplo, mantenimiento de una temperatura interna óptima). Y todo ello lo obtiene a la vez explotando los recursos del medio a cuyas expensas se construye continuamente, y dominando ese mismo medio en la medida en que puede serle hostil. En suma: la idea de forma, realiza su definición con más plenitud. El ser humano lo hace en un escalón aún muy superior, por su forma espiritual (la razón).

3. El Ascenso Dinámico de la Vida.-

En todos los elementos del cosmos existe una solidaridad. La vida estrecha aún más ese carácter por el simple hecho de la dependencia que ella realiza entre seres que descienden de troncos comunes (o de un tronco común), es decir, por el parentesco de estos seres. La

vida manifiesta una poderosa tendencia a la unificación, en el plano de la multiplicidad de sus representantes la vida afirma esa tendencia por medio de las relaciones genéticas. Eso es lo que expresa la idea de biósfera, inmensa red tejida de interacciones y de vínculos orgánicos.

En el Universo concebido como un todo, el fenómeno vital inserta su propia historia, su propio dinamismo. En efecto todas las propiedades del ser viviente han sido adquiridas progresivamente en el curso del ascenso de la vida. Es decir, la emergencia de las formas reveladas por la vida reviste ante todo un carácter histórico. Esta emergencia ha consistido esencialmente en un aumento de complejidad orgánica y funcional. Así pues, del ser mineral disperso y pasivo al ser viviente autónomo y unificado se abre camino un proceso de vertebración que explota los recursos del medio, proceso que culmina con la aparición del sistema nervioso cerebro-espinal (cefalización), lo cual permite al ser viviente poseerse a sí mismo, aunque de un modo todavía espontáneo, necesitado y no reflexivo. El ser humano lo realiza según un modo considerablemente más unificado por el pensamiento y la reflexión, fuente de verdadera libertad.

4. El Ser Humano.-

Inserto en el mundo y situado en la cumbre de la historia biológica y terrestre, el ser humano aparece, pues, en un lugar único, verdaderamente reúne en él los

elementos del universo, del cual es en cierto modo el resumen.³ El ser humano por su ser racional, viene a instaurar una radical novedad, realiza una independencia de las condiciones materiales infinitamente más perfecta que la que apuntan los demás seres vivientes, se tiene así mismo, en su poder, con la real autonomía vital; su interioridad es de la riqueza única de la persona. Eso se manifiesta sobre todo por la propiedad, connatural al espíritu, de la reflexión y de la conciencia de sus actos; el espíritu es capaz de "saber que sabe" de tomar perspectiva en relación al mundo y a su propia situación en él, es decir, el ser humano asume el mundo por medio del conocimiento.

La transformación del mundo por el ser humano se realiza esencialmente mediante el trabajo humano, mediante la técnica, que adquiere así su significado profundo. Mediante el trabajo el ser humano humaniza lo que transforma, lo marca con su impronta. A la inteligibilidad nativa de los seres, él superpone otra: la suya propia; y al hacerlo confiere a esos seres un nuevo semblante, el suyo, que los unifica alrededor de él. El ser humano prolonga con ello el proceso de unificación cuyo signo es la vida; en nuestros días experimenta este mismo movimiento hacia la unidad y está llamado a instaurarlo con sus semejantes a escala planetaria.

³Aubert Jean Marie, Filosofía de la Naturaleza, Barcelona, España, 1984, Pag. 413

Una de las posibilidades de nuestro tiempo es ver que se realizan las condiciones planetarias de la unificación humana, resultando una vinculación de la humanidad sobre sí misma, acompañado de una complejidad enorme de las intercomunicaciones humanas, ya sea por medio de la red cada vez más densa de los medios de información y de la transmisión de los mismos, ya sea por las interdependencias de hecho designadas con el nombre de socialización.

El pensamiento humano llega, pues, a un nivel superior de unificación, que le permite llevar a cabo un proceso de planetización y de socialización de la persona humana y sólo podrá hacerlo mediante una racionalización del proceso que le contiene.

5. Comprensión de la Naturaleza.-

Con el criterio causal, el ser humano se nos presenta como una partícula infinitesimal de la naturaleza. En este caso entendemos por naturaleza la totalidad de lo real empírico, y más precisamente, la coordinación de todos los fenómenos en la especie de la causalidad. Según esta concepción, todo fenómeno es mirado no en su singularidad, sino en su relación con un fenómeno precedente que se considera que lo ha determinado necesariamente. Se establece así entre todos los fenómenos, en la forma de la necesidad, una concatenación que hace de ellos una serie continua e ininterrumpida, pues, aquel mismo hecho que es

condicionado por un precedente, es además, a su vez, condicionante con respecto a otro subsiguiente, y precisamente por ésta dúplice cualidad que posee de causa y efecto, todo fenómeno se inserta como elemento en el orden de la realidad universal.

El criterio de causalidad es una necesidad intrínseca del pensamiento, una función del intelecto. Sabemos "a priori" que todo fenómeno (también el futuro) debe tener una causa, y en tal noción tenemos un principio que supera el testimonio de toda experiencia, puesto que la experiencia es particular, puede decirse que todo fenómeno determinado tiene una causa determinada.

Ahora bien, nuestro conocimiento estrictamente científico de la naturaleza como unidad ordenada o ecuación mecánica de los fenómenos se funda precisamente sobre tal certeza que tenemos "a priori", esto es, sobre la validez universal que atribuimos al principio de casualidad, en este sentido tuvo razón Kant al afirmar que "el intelecto es legislador para la naturaleza", y que, "sin intelecto no habría naturaleza". El principio de causalidad es perfectamente legítimo para la ciencia, pero de sus mismos caracteres se sigue la limitación de su valor, ya que, se aplica solamente a los fenómenos y de estos da sólo un conocimiento relativo y externo. Un fenómeno es explicado por el principio de causalidad sólo mediante la referencia a otro fenómeno, el cual, a su

vez, reclama un tercero, y así indefinidamente. El criterio causal permite, pues, una noción de la realidad como serie, pero no da ni el principio ni el fin de esta serie. No da el principio porque éste considerado a la luz de aquel criterio, es decir, como un momento en el orden de la sucesión fenoménica, sería un efecto sin causa. No da razón del fin, por que desde el mismo punto de vista, un dato último significaría una causa privada de efecto. Además la ley de causalidad tiene sentido con respecto a los modos del ser, es decir, a las modificaciones que acontecen en la realidad, supone una realidad existente, lo cual vale tanto como decir una sustancia que soporte y produzca las variaciones. Pero la ley de la causalidad es impotente para dar una idea de esta sustancia, así como para explicar su origen, porque dicha ley sólo sirve para explicar el paso de un estado a otro estado, de un modo de ser a otro modo de ser y no al tránsito del no ser al ser, de la nada a algo. La ley de la causalidad, para poder aplicarla estamos obligados a integrarla, admitiendo "a priori" la existencia de una sustancia eterna e indestructible.

Entendida la naturaleza en el sentido físico, todo es en ella "normal", una violación o una alteración cualquiera de sus leyes queda excluida a priori, porque la naturaleza no es, en este sentido, más que la forma de la necesidad de todo lo real.¹¹ Estas ideas están exactamente reflejadas en las doctrinas de "Spinoza".

¹¹ Del Vecchio Giorgio, Filosofía del Derecho, Pag. 507

También respecto a las acciones humanas "Spinoza" quiere que se observe el método de la más rigurosa objetividad, tratando de darles una explicación estrictamente causal, análoga a la que se da a los fenómenos físicos. Los movimientos y las pasiones del ánimo, según "Spinoza", deben ser contemplados precisamente del mismo modo que las perturbaciones de la atmósfera, las cuales, aunque sean molestas, tienen, sin embargo, que ser explicadas por sus causas, esto es, comprendidas en su necesidad. Así en los afectos y pasiones del ser humano, el filósofo, ve no ya vicios, sino propiedades que trata de comprender y de ningún modo de valorar. Este razonamiento es perfectamente lógico si se parte de la concepción causal o mecánica de la naturaleza.

Además del concepto mecánico o estrictamente físico de la naturaleza, queda lugar para otro concepto que podría llamarse metafísico; fundado también sobre una función y una aptitud intrínseca de nuestra mente.

La realidad nos parece ciertamente de un lado, en una de sus vertientes, como sujeta al vínculo de la determinación causal que liga irrevocablemente todos los fenómenos de la misma; pero se revela, además, como animada por una potencia absoluta e inagotable que dirige y guía sus procesos y la levanta de grado en grado, por sucesivos desarrollos, a formas nuevas y más altas. La naturaleza es, en este sentido, principio viviente que agita la mole del Universo y se expresa en la infinita y

progresiva variedad de su desenvolvimiento; es aquella sustancia que reconocemos ya inmune de las angustias de la causalidad; es la razón interior que da normas a todas las cosas y les asigna sus propias funciones y fines.

Una concepción tal de la naturaleza no contradice, sino integra y completa la causal. Ya que del tejido o urdimbre de los momentos causales emergen las relaciones y los valores finales, y si bien en el aspecto cuantitativo perdura siempre inquebrantable el equilibrio entre lo "anterior" y lo "posterior"; existe, sin embargo, en todo desarrollo natural un incremento cualitativo, por el cual se rompe aquel equilibrio, y el segundo término supera al primero, poniéndose respecto de éste en una relación de fin a medio. Esta visión final o teleológica (de telos, que significa fin), es precisa cuando observamos los caracteres de los entes orgánicos. Como es sabido, un organismo es esencialmente un sistema en el cual, las varias partes no se conciben como determinadas sólo por sí, o bien reunidas en una relación de simple coexistencia, accidental respecto al todo, sino en cuanto cooperan con sus respectivas funciones a mantener la vida del todo. Estas no son, pues, tan sólo causas, sino también, y en un sentido más propio "medios" o instrumentos constituidos naturalmente en relación con un cierto fin. La finalidad interior se revela en el organismo, no sólo mediante la correspondencia entre los órganos y las funciones, sino también por un esfuerzo continuo y coordinado de reintegración y de adaptación

que tiende a conservar la correspondencia a través de la variedad de las condiciones, y que constituye, cabalmente, la vida.

La interpretación teleológica es, por tanto, no sólo legítima, sino indeclinable, y el recurrir a ella se revela tanto más necesario cuanto más elevadas y complejas son las relaciones en que se trata de penetrar. Los dos conceptos, el físico o mecánico y el metafísico o teleológico, pueden y deben coexistir como formas de interpretación de la naturaleza, aunque sean distintos entre sí. Cada uno de ellos es válido en su propia esfera, esto es, en cuanto permita cierta visión de la realidad.

El principio final y el causal coexisten perfectamente, hasta como principios heurísticos, es decir, como cánones de investigación, de manera que cuando se considera en especial un ser orgánico, debemos explicar cual es la causa y cual es el fin de las singulares partes; ambas direcciones de la investigación son legítimas, el sólo conocimiento del fin de determinado órgano no dispensa de indagar las leyes y procesos físicos de su formación, así como viceversa, no basta conocer la estructura de una parte cualquiera del organismo sino se sabe indicar también su fin y su función con respecto al todo.

Siguiendo el criterio teleológico, la naturaleza ya

no es la unidad mecánica de los fenómenos, la ley de la reductibilidad de los consiguientes a los antecedentes. Por naturaleza se entiende, en este sentido, el principio que se despliega en el mundo a través del orden ascendente de los tipos, la razón que vivifica la materia, y la esfuerzo en organizarse e individualizarse, hasta que se hace sujeto que siente y quiere y se refleja sobre sí como pensamiento. Tal es la condición del ser humano en la naturaleza; por un lado, se halla comprendido y penetra en ella como parte, por otro lado, esto es, como sujeto que piensa, se refleja sobre la naturaleza, la resume toda en sí mismo y la pone y la comprende como idea suya. Desde este supremo punto de vista, la realidad entera ya no es algo extrínseco, sino propiamente una función y una representación del pensamiento.

La conciencia subjetiva, que en el orden del devenir aparecería como último término, en cambio, en el orden lógico, es el primero, porque fuera de ella y antes que ella no es posible ningún dato, ningún fenómeno, ninguna experiencia.

Todos estos son términos relativos, que no tienen sentido por sí mismos, sino sólo respecto a otro término que por necesidad lógica los precede, este término es la conciencia del sujeto. Ninguna experiencia es posible si no hay quien experimente; ningún dato sino hay quien lo recoja ningún fenómeno si a nadie se manifiesta la

aparición. El yo (es decir, la subjetividad en general; no como individuo o personalidad empírica, sino como órgano de las ideas) se afirma así como principio absoluto y autónomo. Las diversas interpretaciones y los diversos conceptos de la naturaleza se resuelven siempre, en último análisis, en otras tantas actitudes o funciones particulares de la inteligencia.

CAPITULO II

DETERMINISMO Y LIBERTAD**1. Determinismo.-**

Bajo el aspecto de la mera causalidad, todo en el mundo se nos aparece determinado; la libertad parece que está irremediablemente suprimida. Nada ocurre en la naturaleza que no tenga una razón suficiente, las mismas acciones del ser humano, como fenómenos naturales, son necesariamente determinadas, y podrían ser previstas si fuese posible que conociésemos plenamente sus antecedentes, de la misma manera que los eclipses del Sol o de la Luna.¹¹ En consecuencia, bajo este aspecto, no tienen sentido los juicios valorativos; no tiene sentido la alabanza o el vituperio respecto a las acciones de los sujetos, porque no es el sujeto quién obra verdaderamente, sino que es la naturaleza quien obra en él; que es así instrumento de la necesidad natural. Este criterio naturalista tiene solamente un valor relativo y subordinado, y la libertad reaparece entera y soberana cuando se piensa que la misma ley de la causalidad es puesta y emana de la conciencia, es intínseca del sujeto, que modela según ella en un cierto sentido, sus experiencias y sus operaciones. La serie de las determinaciones causales no destruye, por lo tanto la primacía lógica y la autonomía absoluta del yo, puesto

¹¹ Del Vecchio, Giorgio, Filosofía del Derecho, Pag. 511

que aquellas mismas determinaciones, por mucho que se extiendan o se multipliquen siempre están dominadas y comprendidas por la conciencia, que constituye su ley fundamental y su límite irreductible.

Así por una crítica interna de la razón, se aclaran y superan las antinomias que se encuentran en la concepción de la naturaleza. A la "orientación objetiva" del pensamiento, por la cual todas las cosas se consideran en el orden de su génesis externa, según el nexo mecánico entre antecedentes y consecuentes, se contrapone lógicamente la "orientación" subjetiva, que corresponde al último grado de conocimiento y de reflexión sobre sí mismo. Si la conciencia, considerada desde el primer punto de vista, se presentaba como un derivado del mundo y como un incidente en el mismo, a la manera que cualquier fenómeno, gracias al segundo se reconoce la profunda verdad de la tesis opuesta, que presenta al mundo, a su vez esencialmente subordinado a las determinaciones de la conciencia.

Nuestro ser, la subjetividad en general, que bajo el primer aspecto casi desaparecía, acaso como un momento transitorio e insignificante en la serie indefinida de los hechos, en cambio se reafirma con el anterior exámen como el principio, la base y la condición de toda verdad posible; como el lugar de las ideas, en función del cual todo se desenvuelve y todo se confirma.



Este supremo grado de conocimiento no sólo tiene gran valor teórico sino que constituye el fundamento y la esencia misma de la Etica.

Todas nuestras acciones son necesarias y "no valuales" mientras las consideramos como fenómenos de la naturaleza, es decir, en el sentido físico, y en cambio, adquieren un significado y "valor ético" desde y en tanto que las referimos al "sujeto" como a su absoluto principio, las dos consideraciones (la orientación objetiva y la subjetiva) representan como los polos en los cuales se incardinan las diversas teorías filosóficas, y conducen ambas a una cierta explicación o inteligencia del mundo, pero si bien ambas son teóricamente legítimas, sólo esta última es, además, prácticamente admisible y necesaria, porque sólo ésta corresponde a las exigencias de aquellas ciencias que tienen por especial objeto la valorización y la norma del obrar. Sólo la referencia a la subjetividad, la reducción del mundo a los términos de una emanación del "yo", no como individualidad empírica si no como espíritu universal, hace posible una fundamentación de la Moral y del Derecho.

Mientras consideramos las acciones humanas en su aspecto empírico, esto es, en cuanto entran en la sucesión causal de la naturaleza objetiva, podremos a lo sumo, trazar su historia, pero jamás haremos su filosofía. Es verdad que también de las instituciones

000812



morales y jurídicas, como de todas las cosas, sin excluir las mismas funciones psíquicas, es posible dar una explicación "materialista", es demostrar la conexión que existe, en el orden fenoménico, entre aquellas instituciones y las condiciones físicas del medio ambiente, pero hasta cuando hagamos esto, habremos obtenido, sólo una explicación parcial, una visión refleja del Derecho y de la Moral; se habrá considerado sólo en su "reverso". Así no entendería la verdadera esencia de la pintura quien en los cuadros de un gran artista considerase solamente la composición química de los colores. El único principio que permite la recta y adecuada visión del mundo ético es precisamente el carácter absoluto de la persona, la supremacía del sujeto sobre el objeto.

2. Libertad.-

La facultad de abstraer y de encontrarse a sí mismo fuera de la naturaleza, de referir al "yo", por medio de las ideas, toda la realidad que en él converge, constituye el ser propio y específico del sujeto, su naturaleza en eminente sentido; y esta facultad o vocación trascendental, que se afirma psicológicamente en la conciencia de la propia libertad e imputabilidad, se convierte inmediatamente para el sujeto en una suprema norma que sería así: obra no como medio o vehículo de las fuerzas de la naturaleza, sino como ser autónomo, con cualidades de principio y fin; no como impulsado o arrastrado por el orden de los motivos, sino como

dominador de ellos; no como perteneciente al mundo sensible, sino como partícipe del inteligible; no como individuo empírico, determinado por pasiones y afecciones físicas, sino como "yo" racional, independiente de ellas.

Tal es la ley ética fundamental, que surge de la misma esencia del ser humano, en cuanto trasciende la naturaleza en sentido físico. La necesidad de seguir tal norma se halla confirmada por un sentimiento profundo e irreductible, mediante el cual, el sujeto se revela a sí mismo, en su propia naturaleza; norma que no se toma o sugiere de fuera, si no que más bien es la negación de toda exterioridad. La misma conciencia indefectible e ineliminable del alma humana, revela a la vez la posibilidad y la obligación de obrar como sujeto y no como objeto, es decir, con una intención suprasensible, por lo cual las acciones no se insertan sólo en el orden de los fenómenos, si no también y al mismo tiempo en el orden de las ideas. Si el ser humano fuera simplemente un fenómeno o un agregado de fenómenos, no se plantearía para él, el problema ético, no tendría sentido el "imperativo"; siendo las acciones humanas, en su calidad de fenómenos, siempre y necesariamente conformes a la naturaleza, no serían susceptibles de una anterior consideración crítica, de un juicio evaluativo de su legitimidad o ilegitimidad. También aquí sería el "hecho", como en las ciencias físicas, el criterio de la "verdad", pero; como el ser humano, aún perteneciendo también al orden fenoménico, es íntimamente y se siente

ser algo más que un fenómeno, el explicar su propia esencia, realizar su naturaleza, ser él mismo, es para él, más que un dato, un problema y una misión. El mismo imperativo se apoya en esta peculiar condición del ser humano, por lo cual éste pertenece a un doble orden de realidades, siendo juntamente parte y principio de la naturaleza. Si el ser humano, en cuanto es parte de la naturaleza siempre obra conforme a las leyes (físicas), sin que pueda distinguirse bajo este aspecto entre el bien y el mal, en cambio, considerado como principio, es decir, en su cualidad de ser inteligible, el ser humano lleva en sí mismo la posibilidad de determinarse, esto es, de seguir o transgredir la norma ética.

Las acciones humanas se consideran entonces ya no en el nexo empírico, sino en su dependencia trascendental con respecto al sujeto; no se explican simplemente como fenómenos de la naturaleza, sino que se "valoran" como expresiones de libertad, es decir, mediante la comparación con aquel criterio que es dado por el íntimo ser del sujeto y constituye su ley propia y característica. Es verdad que puede no obedecer a tal ley, quedándose continuamente en el orden físico, esto es, no perdiendo su inferior cualidad de parte de la naturaleza; sus acciones contrarias a la ley siempre serán, lo mismo que las que resulten conformes, físicamente explicables y también de ellas se podrá, en todo caso, desde que hayan ocurrido, afirmar y comprender la necesidad en la serie de los fenómenos, pero a tales

acciones les faltará aquella segunda y más alta especie de realidad (la realidad ética) que en las acciones, en general, debe ponerse por el sujeto además de la realidad física, caso contrario, faltará con su hecho así mismo.

3. La Razón como Expresión de Libertad.-

Cuando un ser humano no conoce las leyes del Universo se cree libre, de tal modo, es juguete de los acontecimientos. Cuando por el contrario, comprende la necesidad universal, sabe que no es libre, pero conoce la razón de los acontecimientos, se identifica con la razón, de suerte que todo lo que ocurre deriva de su propia razón, y esto es acción y libertad.³²

Todo es necesario en el mundo y en el hombre, pero el entendimiento comprende las leyes de la naturaleza y concibe el principio de organización, es decir la pasión se transforma en acción cuando es comprendida. El conocimiento es el supremo bien y la virtud suprema del ser humano; es al mismo tiempo su mayor felicidad.

El ignorante, además de ser zarandeado de muchas maneras por las causas exteriores y de no poseer jamás la verdadera satisfacción interior está en una inconsciencia casi total acerca de sí mismo y de las cosas.

Por tanto; la libertad no es más que la necesidad

³² Verneaux. Roger, Historia de la Filosofía Moderna, Pag.

comprendida.

LA PERSONA HUMANA COMO FUNDAMENTO RACIONAL DEL DERECHO**1. Problema de Investigación.-**

La posición del escepticismo y del realismo empírico afirman que el derecho no tiene fundamento intrínseco, sino que es sólo expresión de autoridad y de fuerza. El principal argumento de estas posiciones que niegan un fundamento absoluto al Derecho, es la variedad de los derechos positivos. De éstas, los escépticos infirieron que no puede haber un único derecho objetivamente válido; sin embargo, en la experiencia hay varios hechos que contradicen esta tesis. Si bien es cierto que hay una mutabilidad en las normas jurídicas; es importante destacar que siempre ha habido una norma jurídica, una valoración jurídica. Todos los hombres en todos los tiempos, han sentido la necesidad de distinguir lo lícito de lo ilícito. Aunque la línea divisoria varíe y oscile según los tiempos y lugares, ésta existe y ha existido siempre.

No muy diferente de las posiciones que acabamos de examinar, es el historicismo, en cuanto niega la validez del criterio valorativo del derecho.

Según esta posición, el fundamento del derecho consiste tan sólo en la correspondencia necesaria entre el derecho y sus factores precedentes, es decir, en la

conexión de los hechos que lo determinan. El defecto máximo del historicismo está en eludir la función valorativa, o sea en olvidar que la explicación es cosa muy opuesta a la justificación. La explicación de la necesidad relativa o causal de un hecho, no soluciona el problema, de si el hecho es justo o injusto, bueno o malo. Limitando la investigación a la explicación histórica no llegaremos nunca a un criterio de justicia.

Para resolver el problema del fundamento intrínseco del derecho se ha intentado también seguir otro camino, recurriendo a la idea de la divinidad (teologismo) como fuente inmediata de los principios del bien y de lo justo. Según ésta, el fundamento del Derecho tendría un carácter místico; y se substraería a toda discusión. El apriorismo dogmático que es propio de toda religión, se contrapone al espíritu crítico, es decir, al fundamento racional del Derecho. Porque el teologismo no constituye una demostración científica en el riguroso sentido de la palabra.

Por otra parte el utilitarismo excluye que el derecho tenga su propio fundamento absoluto, porque considera lo justo como idéntico a lo útil, o sea, quiere reducir la justicia a la utilidad. La palabra utilidad sirve para indicar aquello que produce beneficio (material y/o espiritual) en el individuo. El problema que se plantea es como resolver los contrastes entre lo útil propio y lo útil de los demás, partiendo sólo del

mero principio de la utilidad. Esta deficiencia ha sido advertida por los mismos exponentes del utilitarismo, quienes han tratado de ampliar la base sustituyendo el concepto de utilidad individual por el de utilidad colectiva. Pero, esta sustitución aparentemente fácil, conduce realmente a contradecir el criterio que primeramente se había adoptado, porque lo más lógico sería (dado el principio utilitario) que cada uno tratase de adquirir para si la mayor suma posible de beneficio, aunque fuera en detrimento de los demás, no tendría por que tenderse a la maximación social del beneficio, de lo contrario existiría un deber moral en ese sentido, y si es así, la esencia misma del utilitarismo queda destruida, y el fundamento del derecho ya no es meramente utilitario.

La conclusión que se desprende de la sumaria crítica de estas posiciones sobre el fundamento del derecho muestra la insuficiencia de los intentos de negar este fundamento (escepticismo) o de fundar el derecho sobre hechos externos (realismo empírico e historicismo) en su varias formas o sobre el mero mandato de un ser trascendente (teologismo), o de reducir el derecho a la utilidad (utilitarismo). No queda, por tanto, más que recurrir a la naturaleza humana o sea buscar en la conciencia de nuestro ser el fundamento último del derecho.

2. Fundamento Racional del Derecho.-

La ley fundamental del obrar se manifiesta necesariamente en dos formas distintas que corresponden exactamente a las dos categorías universales de la Etica: la Moral y el Derecho.

De ella surge, bajo un primer aspecto, el "deber moral", que a cada ser humano incumbe sólo como tal, de superar, con una determinación absoluta "pura" del propio ser, los motivos exteriores y los impulsos particulares y sensibles, imprimiendo así a los propios actos el carácter universal de la razón. El ser humano debe, en suma, en sus deliberaciones trascender su existencia física de individuo (que, como tal es particular) para afirmarse en su cualidad de principio como ser racional, es decir, universal hasta identificar en sí mismo el ser de todo otro sujeto. Quien obra moralmente o "según conciencia", prescinde de lo que constituye su individualidad en el orden empírico, dando a su conducta un valor de tipo, obra como si en él obrase la humanidad, como si cualquier otro sujeto estuviese en su puesto. Su voluntad se purifica, se hace absoluta, ascendiendo de lo empírico a lo metaempírico, de lo sensible a lo inteligible, de lo particular a lo universal, el sujeto llega a encontrar en sí mismo el principio común de todos los seres y abarcar con su determinación un mundo entero.

Toda la Moral consiste en este proceso de sublimación, purificación o "catarsis" de la conciencia individual, merced al cual ésta se resume a lo universal

y en esto concuerdan sustancialmente los más altos preceptos morales de todos los pueblos y de todas las Filosofías. Concordancia que es ciertamente bien notable, cuando se piensa que se llega a las mismas conclusiones morales partiendo de diversos criterios y usando métodos opuestos (a priori y a posteriori). En tal sentido es especialmente luminosa la máxima bíblica: "No hagas a los demás aquello que no querrías que te hiciesen a ti", a la que corresponde el imperativo ético Kantiano: "obra de modo que la máxima de tu acción pueda valer como principio de una legislación universal". De estas varias fórmulas se desprende igualmente la condenación de todas las acciones que implican un contraste entre nuestra individualidad y la ajena.

Para quién considera la moralidad en su aspecto extrínseco, ésta frecuentemente se reduce al deber de obrar "como los otros obran"; pero esta fórmula sólo representa la "imagen invertida" de la moralidad. Lo cierto es que, por el contrario, el sujeto debe alcanzar por sí mismo la regla universal de sus acciones, de tal modo que como él obra, puedan obrar también todos los demás. El principio de la legislación universal está, pues en suma, insito en nuestra conciencia.

Este es, pues, el significado subjetivo (o moral) en sentido estricto del principio ético general antes enunciado. Más éste tiene también otro significado, que es el objetivo o jurídico. En el mismo acto en que la

ley ética genera en el sujeto el deber de obrar como principio autónomo, funda también en él la facultad de hacerse valer como tal frente a todos, y le atribuye la existencia de no ser impedido o desconocido prácticamente por otros en esa cualidad suya, como condición objetiva de la Etica (Esto es, como principio del Derecho) hay, pues, una prerrogativa perpetua e inviolable de la persona, una pretensión válida y ejercitable universalmente por cada uno con respecto a los demás; y existe también la correlativa obligación en cada uno de respetar aquel límite, fuera del cual sería justificada y legítima la oposición de la otra parte. En este irrompible nexo, en esta correlación esencialmente bilateral y "transubjetiva" se revela precisamente el carácter peculiar de la determinación jurídica.

El contraponer nuestra subjetividad como ajena es un momento necesario en el desenvolvimiento de nuestro espíritu, y en manera alguna un acto contingente y fortuito, subordinado al encuentro de la representación empírica de este o aquel individuo. Aún en el caso de que, por hipótesis inverosímil, pudiera un sujeto vivir realmente sin encontrarse jamás con ningún otro sujeto, tendría también necesariamente que pensarse así mismo en tal forma de relación, es decir, como objeto respecto a un posible sujeto ajeno. Tal vinculación del espíritu no podría esquivarse ni ser eliminada, puesto que ello constituye el desenvolvimiento lógico de aquella otra relación que como acto igualmente puro, debe concebir el

sujeto entre si y el mundo externo. Esta relación implica, en efecto, la distinción entre un continente y un contenido, entre un pensante y un pensado. El sujeto, en cuanto se asigna una parte de tal relación, se coloca en la primera forma (como continente o pensante), pero en cuanto tiene conciencia de ambos términos de la relación, no puede dejar de concebirse a sí mismo objetivamente, es decir, como un posible contenido o pensado (de otros). La idea de la alteridad (o de la posición objetiva del yo) es así un resultado necesario de los elementos esenciales de la conciencia.

Sin duda, las experiencias fenoménicas ofrecen la materia a estas formas "a priori" del espíritu, las cuales se ejercitan precisamente en concreto sólo cuando se aplican, respectivamente, a objetos del mundo externo y a otros sujetos. Es necesario reconocer el carácter a priori de tales formas, y distinguir en las relativas experiencias, el elemento necesario o racional del contingente sensible. Importa sobre todo mantener firmemente que hay una forma específica de la conciencia, por la cual, el sujeto se contrapone objetivamente a los otros, y se reconoce como perteneciente a un orden de relaciones con los demás, en suma, existe una conciencia de si en forma objetiva, mediante la cual la subjetividad se proyecta en una coordinación.

Esta dimensión de la conciencia, que responde a una verdadera vocación de nuestro ser, tiene no solamente un

valor teórico, como forma del intelecto, sino también un valor práctico, porque está en la base de uno de los aspectos esenciales de la ética, que se manifiesta en nosotros, no sólo como idea y sentimiento que tienen una misma raíz, y que podemos llamar igualmente del derecho o de la justicia. El Derecho, por lo tanto, tiene su principio en la esencia o naturaleza del ser humano, lo mismo que la Moral; pero se distingue de esta por la objetividad de la relación, en la cual aquél pone y consagra el carácter absoluto de la persona. Este carácter adquiere propiamente un significado y un valor jurídico desde el momento en que se toma como criterio y eje de las relaciones de convivencia. En este sentido se establece que todo ser humano puede pretender no ser tratado por nadie como si sólo fuese un medio o un elemento del mundo sensible; puede exigir que sea respetado por todos, como él mismo está obligado a respetar el imperativo; no extender el arbitrio suyo hasta imponerlo a otros, no querer someter a sí, a quién, por su naturaleza, sólo está sujeto a sí mismo.

Según este principio, o idea-límite, de un Derecho universalmente propio de la persona, ínsito en ella, inalienable y jamás reducible a ningún hecho, deben ser medidas y constituidas todas las relaciones sociales, de modo que cada una de ellas, cualquiera sea su particular especie; lleve en sí el sello de aquel derecho, y suponga e implique el reconocimiento de aquella suprema virtualidad del ser autónomo representando un ejercicio o

función de la misma.

Es necesario tener presente que la persona de que se habla no es el individuo empírico, sino la universalidad del sujeto, aquella universalidad que se concreta en diversas figuras individuales y representa su esencia común y su valor eterno. Para salvar este valor puede surgir hasta el deber de sacrificar la individualidad contingente. Sin esta distinción fundamental, no es posible llegar a una verdadera teoría del Derecho, así como tampoco a una verdadera Moral.

Conviene considerar, además, que la persona humana se forma y se desarrolla en virtud de un proceso que consiste en una serie de relaciones entre sujeto y sujeto. Tales relaciones deben también, ser valoradas. Prescindir de lo que representa en el modo de ser de un sujeto, el efecto de la actividad ajena, anulando las obligaciones y las exigencias que puedan derivársela, significaría contravenir el principio fundamental de la justicia, que quiere la valoración objetiva de la persona en las relaciones intersubjetivas.

Ya por el nacimiento del individuo se establece una relación, que constituye un vínculo de justicia entre los progenitores y el venido a la vida. Los primeros no pueden eximirse de la obligación de asistir al nuevo ser hasta que se haya formado de modo pleno. Este, a su vez, tiene un débito con aquellos que le dieron vida y

asistencia. No se trata de una mera relación moral , sino conjuntamente, además, de un vínculo jurídico, por que a la obligación de una parte corresponde una válida pretensión o exigencia de la otra.

El mismo razonamiento puede hacerse también respecto a aquella esfera más vasta de relaciones intersubjetivas que conciernen a determinar la estructura concreta de la persona y hacen que el individuo pertenezca a una cierta patria o nación. El carácter nacional (que comprende el lenguaje, la tradición histórica, un cierto tipo de cultura y de educación) representa relativamente a todo individuo, la síntesis del trabajo y de los sacrificios de las generaciones anteriores en su unidad real e ideal. A esta unidad debe, pues, el individuo la impronta peculiar de su propio ser, la concreción de su vida espiritual, y una deuda tal no puede satisfacerla sino cooperando por su parte a la conservación e incremento de aquel mismo inestimable patrimonio que le es confiado y del cual disfruta. Así, pues, con la defensa de la integridad de su nación, el individuo no solamente hace valer un derecho (en cuanto exige el respeto de un elemento perteneciente a su persona), sino que cumple, además, una obligación indeclinable, que se desprende de la misma idea de justicia. Rectamente, en el sentimiento común de todos los pueblos (que se refleja en las costumbres y en los códigos de todos los tiempos), tal obligación de defensa de la patria o nación aparece al lado de aquella que se refiere al respeto hacia los

padres, pues en realidad tiene idéntico fundamento; y para el cumplimiento de ella se estima obligado a sacrificar la vida si es preciso, como compensación o restricción de la misma vida recibida.

No es necesario indicar aquí extensamente todas las consecuencias del principio que se ha expuesto, las cuales, por otra parte, son infinitas. Más que nada importa destacar que aquellos conceptos son deducidos a priori por la razón; esto es, dimanar de la pura esencia de la subjetividad en general. Este derecho fundamental (como el deber al que corresponde) valen absolutamente y es propio del ser humano en mérito sólo de su propia naturaleza. Tal derecho podrá y deberá ser reconocido y aplicado en la sociedad y en la historia, pero él es por sí mismo anterior a toda aplicación y a toda relación social, porque constituye la ley de ésta, y su valor trasciende todo límite dado en el espacio y el tiempo.

Por otra parte, que la realidad empírica no se conforma siempre con el principio del Derecho Natural tal y como se ha definido, es algo que está fuera de duda. La exigencia deontológica permanece, sin embargo, y conserva su significado y su valor, porque éste es de orden metafísico y no de índole física.

La subsistencia de un principio jurídico no queda suprimida, sino por el contrario, confirmada lógicamente, por el hecho de que se produzca una violación de facto;

ya que no es posible reconocer la injusticia, sino refiriéndola a un criterio de la justicia, el cual es ya admitido implícitamente con esto.

CAPITULO IV

LA MORAL Y EL DERECHO

La actividad humana puede concebirse como regulada por un sistema complejo de normas, y efectivamente, en cada fase histórica encontramos un sistema regulador, que consta de normas de variada especie. Todo sistema tiene empero una cierta unidad fundamental, en cuanto que las normas que regulan el obrar de un grupo humano en un mismo tiempo deben ser coherentes y no contradictorias entre sí, a pesar de su diversidad. Por tanto, es necesario ver como se pueden deducir coherentemente de un mismo principio varias clases de normas.

Ante todo, debemos suponer como dato un principio ético (entendiendo la palabra en sentido lato), es decir, un principio que sea propuesto como tipo del obrar, una idea según la cual deba ser regulada la conducta. Esta idea tiene carácter deontológico, o sea, vale como modelo, aún cuando sea contravenida por los hechos.

Un principio ético se traduce en un doble orden de valoraciones, porque los actos que se trate de valorar pueden considerarse bajo dos aspectos: Moral y Derecho.

1. La Moral.-

Los actos humanos pueden considerarse, ante todo, en

relación al sujeto mismo que los realiza. Entre las varias acciones posibles para un sujeto, una sola será la prescrita, la que resulte conforme con el principio, y todas las demás quedarán excluidas, por no ser compatibles con la primera en el mismo sujeto. Se ve, pues, que hasta aquí, la elección de las acciones a realizar y la omisión de aquellas otras que serán físicamente posibles en lugar de las primeras, es algo que acontece en el campo subjetivo. El principio ético, aplicado en tal forma, establece, pues, un orden de necesidad, positiva y negativa, que es cabalmente el deber (moral). La antítesis se da, pues, aquí, entre lo que se debe hacer y lo que no se debe hacer. Estos dos términos, se refieren ambos siempre al sujeto mismo, es decir, se establece una condición subjetiva del obrar.

2. El Derecho.-

Las acciones humanas pueden además ser consideradas bajo otro aspecto: una determinada acción, en lugar de ser parangonada con las demás acciones posibles del mismo sujeto, puede compararse o ponerse en relación con los actos de otros sujetos. Así se establece una consideración objetiva del obrar, y en correspondencia con los términos cambiados de la relación, varía también la forma de las normas de la conducta. La relación de incompatibilidad entre acto y acto, se dibuja aquí con perfiles distintos de los que adquiere en la valoración moral; la interferencia se determina aquí en forma objetiva, antes que subjetiva. A la acción ya no se le

contrapone sólo la omisión (por parte del mismo sujeto), sino el impedimento (por parte de otros). La delimitación se refiere aquí al obrar de varios sujetos. Si se afirma que una determinada acción es, en este sentido objetivo, conforme al principio ético, con esto se afirma solamente que por parte de otros sujetos no debe ser realizada una acción incompatible con ésta. Lo que un sujeto puede hacer no debe ser impedido por otro sujeto. El principio ético, pues, en esta forma, tiende a instituir una coordinación objetiva del obrar, y se traduce en una serie correlativa de posibilidades e imposibilidades de contenido con respecto a varios sujetos. Esta coordinación ética objetiva constituye el campo del Derecho.

3. Definición del Derecho.-

Las valoraciones jurídicas implican, pues, siempre, una referencia intersubjetiva (o transubjetiva). Lo que un sujeto puede jurídicamente, lo puede frente a otros; la facultad jurídica significa facultad de exigir alguna cosa de otro. De aquí pues mientras que las valoraciones morales son subjetivas y unilaterales, las jurídicas, en cambio, son objetivas y bilaterales, La norma ética en el primer sentido, es norma sólo para el sujeto; esto es, el precepto moral, indica una directriz sólo para aquel que debe obrar y aunque a veces también el comportamiento del sujeto al cual se dirige la norma, tenga efectos sobre otros (piénsese, por ejemplo, en el deber de la limosna, o en el de la cortesía), éstos, sin embargo, no

reciben de aquella norma ninguna indicación acerca de su propia conducta. Por el contrario, en el sentido jurídico las determinaciones del obrar son siempre bilaterales y están consternadas; la posibilidad o licitud subsiste por una parte, en cuanto subsiste la obligación correspondiente por la otra; cada uno de los términos extrae del otro su sentido y eficacia.

Expuestos ya en forma esquemática los elementos esenciales del concepto del Derecho, podemos definirlo como la coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio ético que las determina.

4. Relaciones entre la Moral y el Derecho.-

De un mismo principio, según su diverso modo de aplicación, se derivan así las dos especies fundamentales de valoración del obrar: que son cabalmente las categorías éticas de la Moral y el Derecho. Entre las dos especies de determinaciones éticas (la subjetiva o moral y la objetiva o jurídica) se da una coherencia necesaria. Existen, pues relaciones constantes entre Moral y Derecho, que pueden determinarse a priori, por tener necesidad lógica. La relación fundamental se expresa en la máxima siguiente: "Aquello que es deber, es siempre derecho; y no puede ser deber, aquello que no sea derecho". Se demuestra fácilmente la verdad de este aserto, advirtiendo que si en un sistema dado una acción aparece como obligatoria para un cierto sujeto, en el

mismo sistema no debe ser posible el que se ponga impedimento a dicho acto por parte de los demás. Si un impedimento tal fuese legítimo, el sistema se disolvería en máximas incompatibles, y por esto no valdría para dirigir el obrar, no sería pues, un Sistema ético. Por tanto aquello que respecto a un sujeto es moralmente necesario, es siempre, en el orden jurídico posible. O dicho con otras palabras: cada cual tiene el derecho de cumplir con su deber.

El Derecho traza una esfera dentro de la cual estará comprendida la necesidad moral; pero el Derecho no dice cuál sea entre las acciones jurídicamente posibles, la moralmente necesaria. El deber en sentido jurídico denota y precisa solamente el límite de la posibilidad de cada uno, traspasando dicho límite, se chocaría con el legítimo impedimento de los demás. Se sigue de aquí que el derecho no es suficiente por si solo para dirigir el obrar, si no que debe ser integrado por la moral. Las relaciones entre Moral y Derecho son tan estrechas y categóricas, que una y otra tienen necesariamente el mismo grado de verdad, el mismo valor. A la Moral y al Derecho debe atribuirsele lógicamente el mismo carácter absoluto o relativo. No es posible una contradicción o disparidad bajo este aspecto, porque se trata igualmente de normas del obrar, que se suponen y se integran recíprocamente, y tienen un único fundamento, Derecho y Moral tienen un fundamento común. Puesto que la conducta humana es única, se sigue que las reglas que la

determinan deben ser coherentes entre sí. Entre Derecho y Moral existe distinción, pero no separación y muchísimo menos antítesis. Ciertamente que el Derecho permite muchas cosas que la Moral prohíbe, pero esto no implica contradicción sólo si el Derecho mandase hacer algo que estuviera prohibido por la Moral, pero, esto en un sistema no sucede ni puede suceder jamás, por necesidad lógica. El Derecho deja una cierta zona libre, admite por su naturaleza diversas posibilidades, consiente muchas acciones, de las cuales sólo una estará conforme con el deber moral. El Derecho traza una esfera, protegida por él mismo, porque tiene cabalmente la función de garantizar y tutelar. Por lo cual, ser conforme al Derecho significa lo mismo que no impedible, pero no lo mismo que ser conforme con la ley moral. Lo que la moral prescribe como obligatorio es permitido siempre por el Derecho, o lo que es lo mismo jurídicamente lícito.¹¹

5. Diferencia entre Moral y Derecho.-

La distancia se funda sobre la diversa posición lógica de las dos categorías. La moral impone al sujeto una elección entre las acciones que éste puede cumplir, se refiere al sujeto de por sí; el Derecho, en cambio, confronta acciones de diversos sujetos. Este carácter diferencial puede expresarse diciendo que la Moral es unilateral, mientras que el Derecho es bilateral. En realidad el Derecho pone siempre frente a frente, por lo

¹¹ Del Vecchio, Giorgio, Filosofía del Derecho, Pag. 334

menos dos sujetos, y da normas a ambos en el sentido de que aquello que es posible por una parte, no es impeditivo por la otra. El valor frente a otros no es un elemento sobrevenido o complementario, sino la misma esencia lógica del Derecho. La Moral indica un deber cuyo cumplimiento podrá tener efectos, además de para el agente, para otras personas, pero no da normas a éstas, no determina el comportamiento de éstas, por la norma moral se define sólo la conducta de aquel al que se impone un deber. El Derecho, en cambio, señala el contenido de la conducta de un sujeto, considerada siempre en relación con la de otro sujeto. De un lado se impone a una de las partes una obligación, de otro lado se atribuye a la otra una facultad o pretensión correlativa; y no se trata de dos cosas distintas; es una sola determinación jurídica la que asigna, al mismo tiempo, la obligación de uno y la pretensión o exigencia del otro. Se puede decir que este concepto de la bilateralidad es el elemento fundamental y esencial del edificio jurídico.

El Derecho constituye la Etica objetiva, y, en cambio, la Moral la Etica subjetiva. Tanto una como otra categoría abrazan el campo entero del obrar humano.

De esta diversa posición lógica se infieren todos los demás caracteres diferenciales. Ante todo se sigue, que al valorar las acciones, el Derecho parte del aspecto exterior (físico), mientras que la Moral parte de la

consideración del elemento interior (psíquico). El criterio moral se ejerce de este modo, es decir, en sentido opuesto al jurídico, por que es en la conciencia subjetiva donde tiene lugar el encuentro o interferencia entre las diversas posibilidades del obrar; una de las cuales debe ser escogida por el sujeto. En cambio el Derecho tiende a establecer un orden objetivo de coexistencia, por lo cual debe mirar ante todo el aspecto exterior de las acciones porque es en el campo externo o físico donde tiene lugar la interferencia o encuentro entre la conducta de varios sujetos, de lo que surge la exigencia de la limitación mutua. Pero las valoraciones jurídicas, partiendo del elemento exterior, llegan forzosamente al momento interior o psíquico, porque sin esto no se podría conocer íntegramente de ninguna manera un acto. Análogamente, las valoraciones morales no se limitan a considerar sólo el elemento psíquico o sea la intención o el motivo de la conducta, sino que se extienden hasta abrazar también la realización de ésta, o sea, el hecho físico, se trata pues, solo de un punto de partida, y no en modo alguno de una consideración exclusiva.

El objeto de la valoración es y permanece siempre el mismo, esto es, el acto humano en su integridad. Sería absurdo concebir el Derecho como incompetente sobre la esfera psíquica.

De esta diferencia fundamental, se deduce asimismo

el carácter de coercibilidad, que es propio únicamente del Derecho. La "coercibilidad", o sea la posibilidad de constreñir al cumplimiento, deriva de que el Derecho es un límite, un confín entre el obrar de varios sujetos. El traspasar este confín por una de las partes, implica en el otro la posibilidad de repeler la invasión. Tanto el Derecho como la Moral, tienen sanciones propias, y son ambos perfectos en su respectiva esfera y a tenor de su modo propio. Si la coercibilidad es una sanción propia del Derecho, también la Moral posee por su parte otras sanciones, ante todo el sentimiento de satisfacción o de remordimiento que sigue a la observancia o a la transgresión del deber moral, después, la sanción de la opinión pública, que en el fondo es el reflejo de aquel mismo sentimiento de satisfacción o de remordimiento de la conciencia individual. Otro carácter diferencial, que se deduce también de la diversa posición lógica de las dos categorías éticas, consiste en que el Derecho está más definido que la Moral. Si el Derecho es una línea de confín, ha de estar determinado con toda precisión o al menos ha de poder serlo. La Moral, en cambio, vive principalmente en la conciencia individual, y en la conciencia social se presenta como algo amorfo o "en estado difuso", y no tiene necesidad de ser formulada o fijada en códigos o leyes, como el Derecho. Así, pues, acontece que los elementos esenciales de la Etica adquieren consistencia jurídica; y los no tan esenciales quedan bajo la forma moral, mas vaga, mas indefinida.

Es decir, el Derecho es el "minimum ético", esto es, aquella porción de la Etica, que es indispensable para la convivencia, es la parte de la Etica, que establece las bases de la coexistencia entre varios individuos; por esto no se puede concebir una sociedad sin Derecho.

CAPITULO V

DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO

El ser del hombre es la realidad básica, radical, primaria, pues, es el fundamento y la explicación de todo lo demás. Todo es o se inserta en la vida humana. La vida del hombre no tendría sentido sin las cosas con las cuales y a pesar de las cuales se hace a sí misma. El estar entre ellas, el ser en el mundo, es la condición ontológica formal de la existencia.¹⁴ El hombre es el ser que se conoce y, al conocerse, conoce a las cosas, al mundo al no - yo. Las cosas existen independientes del sujeto pero tienen realidad sólo cuando el sujeto las conoce. No sabe de las cosas sino en la medida en que se sienten o piensan; el mundo resulta ser el mundo en nosotros. Para ser, necesitamos de las cosas: no podemos amar sino tenemos algo que amar, no podemos pensar sino tenemos algo que pensar . Nuestra vida sin las cosas sería imposible. Las cosas sin nosotros no tendría sentido, pues faltaría la realidad primaria y básica que las conoce y vive con ellas. El ser del hombre está abierto a las cosas, está tirado en el mundo, lanzado, arrojado entre ellas. Y así se descubre el existir: como ser-en-el-mundo, abandonado entre las cosas. El ser-en-el mundo es el ser con las cosas y ser con los otros

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos. El Derecho como Libertad
Pag. 54

hombres: es compresencia con las cosas y coexistencia con otras realidades primarias.

Existir es pues estar en el mundo con las cosas con el ser-en-sí, con los otros, coexistiendo. La coexistencia, en este sentido, es una dimensión de la existencia. Pero si se descubre en el mundo también es cierto que la existencia es algo que se debe hacer. La existencia es un hacerse a sí mismo. Se descubre en el mundo pero no como algo hecho, terminado, fijo, sino como una tarea, como un tener que hacerse, para hacerse, cuenta con las cosas, con los otros. El ser del hombre consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal. Y al tener que realizarse lo hace de acuerdo a un proyecto, recibiendo de las cosas y de los otros, estímulos y posibilidades para vivir. El hacerse es la tarea permanente y continua de la existencia. Vivir es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose. La vida resulta así una sucesión ininterrumpida de quehaceres según un proyecto del cual puede o no tenerse conciencia. La vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto. Y en este permanente quehacer de la existencia, en este poder-ser, el hombre va decidiendo lo que va a ser en el futuro. La vida es dinamismo constante, un tener que decidir lo que se va a ser. Tenemos que escoger, que decidir, pero para decidir es necesario elegir entre las posibilidades que nos ofrecen las cosas, el mundo, los otros. Y para elegir

debemos preferir. Para preferir es necesario valorar, estimar, de donde la vida resulta ser un conjunto, una sucesión de valoraciones. Por eso la estructura de la vida humana es estimativa. ¹⁴

Los valores se insertan, de este modo, en la realidad primaria. El hombre en su raíz, el yo, se hace entre las cosas, se proyecta. Y utiliza las cosas como estímulos, como posibilidades que se le ofrecen, desde su envoltura psicofísica, que es la más próxima. Hace su vida con su psique, con su cuerpo, con las cosas, con los otros, desde su yo. El mundo, la circunstancia como lo denomina Ortega y Gasset, ofrece los ingredientes con que el hombre hace su ser. Por lo tanto, el hombre, el yo, tiene que hacer su vida. Ella no le es dada hecha, sino que encuentra, como ser-en-el-mundo, los ingredientes para hacerla, las cosas con que hace su vida y hacen posible su vida. La vida es permanente elección de haceres.

1. Derecho Natural.-

Está fundado sobre la constitución misma de las cosas, y no sobre el simple capricho de un legislador. El ser humano tiene una facultad originaria de distinguir la justicia de la injusticia. Ya Aristóteles ponía de relieve esta facultad o sentimiento de lo justo y de lo

¹⁴ Fernández Sessarego, Carlos, El Derecho como Libertad, Pag. 56



injusto, considerándose como un carácter fundamental y específico del ser humano, frente a las otras especies animales. No han faltado intentos encaminados a disminuir la importancia de este sentimiento, considerándolo como derivado de hechos exteriores. Se ha dicho por algunos que los juicios de nuestra conciencia no son más que repeticiones o imitaciones de los juicios que se hacen en el mundo externo, esto es, nuestras valoraciones serían un reflejo de las fijadas en las instituciones positivas del régimen jurídico al cual estamos sometidos. Pero esta tesis cabalmente invierte la realidad, porque las instituciones positivas no se pueden explicar sino como emanaciones de nuestra conciencia. El Derecho Positivo es, precisamente, el producto de la inteligencia del ser humano.

Una comprobación de la prioridad de nuestro sentimiento la tenemos en el hecho de que nuestras valoraciones jurídicas pueden también prescindir de las positivas y contraponerse a éstas. Hay en nosotros un poder autónomo e insuprimible de juzgar sobre lo justo y lo injusto. En vano se ha querido afirmar que sólo al Estado compete el valorar lo justo y lo injusto, y que el ciudadano que se arrogase con tal valoración con un criterio propio cometería un delito contra el Estado. Lo cierto es que ninguna prohibición podría impedir a la conciencia humana el proceder de modo autónomo en tal juicio, ni podría destruir nuestra facultad natural de sentir como justa o injusta una determinada ley, aunque

000812



esté vigente. Es verdad que en la mayor parte de los casos el Derecho positivo es conforme a nuestra conciencia, pero esta correspondencia puede también faltar, y entonces se experimenta frente al Derecho vigente la inagotabilidad de la conciencia jurídica propia del ser humano. Por lo demás, si hubiera siempre una correspondencia perfecta entre las aspiraciones jurídicas de la conciencia y el Derecho Positivo, faltaría todo estímulo al progreso de éste, y se determinaría un estancamiento, que contrastaría no sólo con el hecho históricamente innegable de las revoluciones, sino también con el de la evolución del Derecho. Por lo tanto, el sentimiento jurídico, inherente a la naturaleza del ser humano, es una fuerza viva, originaria y autónoma, y la fuente primera del desarrollo del Derecho.

Juan Jacobo Rousseau, de Ginebra (1712-1778), interpretó en forma clara y racional el Derecho Natural en la conciencia pública de aquel siglo. Su temperamento y su ingenio hicieron que representara de modo típico su época; y consiguió hacerse intérprete, como ningún otro, de las necesidades ideales de su tiempo. Sus caracteres peculiares fueron una profunda sensibilidad, un entusiasmo constante por el ideal de la justicia (un odio soberano contra la injusticia, como él escribió) y en general una conciencia vivísima de las discrepancias entre el ser y el deber ser, una especie de nostalgia de aquello que el hombre debería ser, a diferencia de lo que

es. En todo sus escritos, de un estilo apasionado, late un anhelo vigoroso hacia el estado de naturaleza perdida; siente una aspiración inagotable a un destino superior de la humanidad, al cual no corresponden los hechos, su obra tiene consiguientemente el carácter de un postulado. En consideración a las obras que conciernen a la Filosofía Jurídica quiere hacer una historia del género humano; y desarrolla la tésis de que los hombres fueron originariamente libres e iguales, viviendo con extrema simplicidad, en los bosques, siguiendo únicamente los dictámenes de la naturaleza (es el llamado "Estado de Naturaleza"). Entonces, en aquella primera época, el hombre no habría sido todavía corrompido por la degeneración que trae consigo la civilización. Era bueno, porque el hombre nace bueno como todo aquello que emerge o sale de la Naturaleza; y era feliz. Cómo fue que este estado de felicidad se perdió después?. Rousseau procede aquí por hipótesis: Trata de explicar el origen de la civilización, que para él es un apartamiento, una corrección del estado de naturaleza. Algunos hombres más fuertes se impusieron a los demás: el primero que cercó un campo y dijo: Esto es mío fue el primer factor de infelicidad humana. A la propiedad privada se unió la dominación política; y así por el predominio de ciertas pasiones, un régimen artificioso de desigualdad estableció entre los seres humanos una relación de recíproca dependencia, contraria a los principios naturales de su ser. En suma, se determinó una antinomia profunda entre la constitución nativa del ser humano y su

condición social. El discurso termina con una viva pintura de los males y de las injusticias que afligen a los hombres, y esto no sin una particular referencia a las condiciones políticas de aquel tiempo.

El Contrato Social prosigue este orden de pensamientos y comienza allí donde acaba el Discurso sobre la desigualdad. El Discurso había sido toda una evocación del estado de naturaleza. En el Contrato Social ROUSSEAU busca la solución del problema práctico. Reconoce que un retorno puro y simple al estado de naturaleza, después de haber alcanzado el estado de civilización es imposible "así como no es dado a un viejo el retornar a la juventud".

La sociedad política debe aceptarse como un hecho irrevocable. ROUSSEAU, por consiguiente, no predica el retorno al estado primitivo "de naturaleza", sino que busca equivalente que sustituya tal retorno. En sustancia, observa que aquello que constituía la felicidad primitiva era el disfrute de la libertad y de la igualdad, lo que importa es, pues, hallar un modo para restituir al hombre civilizado el goce de estos derechos naturales, elaborando la constitución política a tenor de la norma de éstos. Con tal propósito recurre a la idea del Contrato Social, que era usada generalmente en su tiempo. El Contrato Social para ROUSSEAU, debe tener un contenido preciso y determinado. El Contrato Social representa una forma ideal de asociación, en la cual la

pertenencia a un cuerpo político no destruye la libertad de los individuos. El contenido del Contrato es, por esto, determinado a priori; no es algo contingente, sino que puede significar única y necesariamente la consagración política de los derechos de libertad e igualdad, propios del hombre en el estado de naturaleza.

El Contrato no se refiere, pues, de ningún modo, a la génesis histórica del Estado, ni trata de representar la estructura real de los Estados existentes. si fuese así, desaparecería el fin esencial de la obra, que es precisamente contraponer un ideal a la realidad. ROUSSEAU sabía muy bien que un Contrato Social tal y como él lo describía jamás había tenido lugar, que los hechos observados eran más bien totalmente contrarios a dicho contrato; pero por eso escribía el Contrato Social. Con esto quiso afirmar categóricamente una necesidad racional: indicar como debe ser constituido el orden jurídico, a fin de que socialmente sean conservados íntegros los derechos que el ser humano tiene ya por naturaleza. Para ROUSSEAU el Contrato Social es, en suma, un postulado de la razón, una verdad no histórica, sino normativa o reguladora. El error de muchos escritores precedentes, que habían considerado el contrato social como un hecho acaecido, estaba bien lejos de la mente de ROUSSEAU. Este quiso dictar las leyes justas, (naturales) después de haber declarado explícitamente que las leyes vigentes (positivas) eran injustas. No se puede, pues, cometer mayor error que interpretar el "Contrato Social"

como un relato histórico o criticarlo como sí fuese tal.

El derecho natural de libertad e igualdad constituye el punto de partida y la base de la construcción política de ROUSSEAU. Sólo por la actuación de este principio tiene el Estado razón de ser. Sólo, pues cuando y en tanto su ordenamiento se conforme con él es un verdadero Estado, o sea un Estado racionalmente legítimo. El que la libertad y la igualdad deban reconocerse en el Estado, no es ya consecuencia de que el Estado se haya originado efectivamente por medio de un Contrato, sino al contrario, el Estado debe suponerse como si hubiera tenido su origen en el contrato, para que aquellos derechos fundamentales sean reconocidos. Con esto queda, pues, superado el punto de vista empírico, el contrato social ya no es un hecho, ni depende del arbitrio de nadie, sino que es el resultado necesario de los términos dados objetivamente y fijados por la naturaleza de las cosas; es la interferencia ideal de los derechos connaturales de los individuos.

Así, pues, la máxima del Contrato tiene para ROUSSEAU un significado eminentemente regulativo, o sea deontológico, es el tipo universal de la Constitución Política que la razón revela como conforme con la sustancia del ser humano; y sirve por esto como criterio para valorar las constituciones existentes.

Para ROUSSEAU el Contrato Social se debe concebir

del siguiente modo: Es necesario que los individuos por un instante confieran sus derechos al Estado, el cual después se los reintegra a todos con el nombre cambiado (ya no serán, pues derechos naturales, sino derechos civiles). De tal suerte, realizándose el acto igualmente por todos, ninguno resultaría privilegiado; y así queda asegurada la igualdad. Además, cada cual conserva su libertad, porque el individuo se hace súbdito únicamente respecto al Estado, que es la síntesis de las libertades individuales.

Por esta especie de renovación o transformación de los derechos naturales en civiles, tienen asegurados los ciudadanos por el Estado aquellos derechos que ya poseían por naturaleza. Rousseau no entiende, pues, que por el Contrato Social sobrevenga una enajenación "real" de la libertad individual. Esta libertad, dice expresamente, es inalienable, porque constituye la misma naturaleza humana; y el ser humano no puede renunciar a su naturaleza (un contrato por el cual el hombre se privase de la libertad sería nulo). El Contrato Social representa sólo el procedimiento dialéctico merced al cual los derechos individuales convergen en el Estado y emanan nuevamente de éste, reforzados y como reconsagrados. El efecto es cabalmente que todos los hombres permanecen libres e iguales, como en el Estado de Naturaleza, mientras que sus derechos adquieren una garantía tuteladora, que faltaba en aquella situación primitiva. Los individuos son súbditos, únicamente, de

la voluntad general, que ellos mismos concurren a formar. La ley, para ROUSSEAU, no es más que la expresión de la voluntad general; y por ende, no es un acto de mandato arbitrario. Ningún mandato es legítimo si no se funda sobre la ley, lo cual equivale a decir sobre la voluntad general. En esta voluntad general consiste la verdadera soberanía, que no puede corresponder, pues, a un individuo, a un grupo o a una clase social, sino que compete siempre y necesariamente al pueblo, en cuanto constituye un Estado. Puesto así el principio de la soberanía popular, Rousseau iba tan lejos en su rigorismo, no admitía una representación del pueblo, quería para éste el ejercicio directo de la soberanía (Esta concepción guarda una cierta analogía con aquello que se practica todavía por medio del "referéndum" en Suiza, patria de Rousseau).

La soberanía es inalienable, imprescriptible e indivisible. Si bien el gobierno o poder ejecutivo es confiado a determinados órganos e individuos, la soberanía conserva su sede siempre en el pueblo, que puede en todo momento evocarla a sí. Sobre estos principios se fundó el programa de la Revolución Francesa, en el cual tuvieron también algún influjo las doctrinas de Montesquieu y de otros autores. Pero fueron las ideas de Rousseau las que obtuvieron eficacia porque en aquella época todo contribuía a valorar las teorías del Derecho Natural, del cual Rousseau era el último y el más elocuente interprete, tomando forma jurídica positiva

mediante la "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano" que aprobada en la Asamblea Constituyente el 26 de Agosto de 1789, fue puesta a la cabeza de la Constitución de 1791, en Francia.

La idea del Derecho Natural ha acompañado siempre a la humanidad; y es maravilloso que a pesar de la variedad de métodos y argumentaciones, las soluciones fueron, en general, concordes. A este respecto es típico el punto final de encuentro entre las doctrinas jurídicas de Kant y las de Spencer. Si bien partieron de premisas absolutamente diversas, el primero de razón pura y el otro de las leyes físicas de la vida, las fórmulas de Derecho Natural a que llegaron son casi idénticas. La de Kant reza: "Obra externamente de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de todos los demás según una ley universal de libertad", y la de Spencer: "Todo hombre es libre de hacer aquello que quiere, mientras no perjudique la igual libertad de ningún otro hombre".

Las objeciones formuladas aún recientemente contra el Derecho Natural no tiene fundamento bastante. Echan en cara al Derecho Natural, el que no siempre se haya confirmado en los hechos, el que es una rara idea. Se dice, por ejemplo: el Derecho natural quiere hacer libres a los hombres, y sin embargo, ha habido y hay esclavos. En esencia se viene a reprobar al Derecho Natural, que no sea Derecho Positivo. Pero el Derecho

Natural se distingue por esencia del positivo, cabalmente en esto, es decir, en que se afirma como principio "Deontológico", indica lo que debe ser, aunque de hecho no sea. Existe en cuanto tiene una vigencia ideal, e idealmente está en vigor, aunque de hecho haya sido violado se refiere al fenómeno, pero no destruye la ley supraordinaria al mismo.

El Derecho Natural puede esquematizarse de la siguiente manera:

- Por la Soberanía Popular (P) se constituye el Estado (E)

- El Estado (E) es igual a la Soberanía Popular (P)

 - Si existe Soberanía Popular (P), entonces existe el Estado (E)

P---->E

E = P

P---->E

2. Derecho Positivo.-

El análisis del concepto de Derecho Positivo pone de manifiesto dos conceptos estrechamente ligados al mismo; se trata de los conceptos de Sociedad y Estado.

3. Sociedad.-

Es el conjunto de relaciones por las cuales varios

seres individuales viven y obran conjuntamente, formando una nueva y superior unidad. La sociedad es un hecho natural determinado por la necesidad que el ser humano tiene de sus semejantes. El ser humano para vivir aislado fuera de la sociedad debería ser (dijo Aristóteles) " Un bruto o un Dios", esto es, algo menos o algo más que un ser humano. Siendo como es, tiene necesidad de asociarse, de pertenecer a una sociedad.¹¹ Efectivamente, el ser humano pertenece a ella desde el nacimiento, y cuando adquiere conciencia de si, se encuentra ya prendido en una red múltiple de relaciones sociales. Le mantienen en sociedad todos sus instintos, tanto egoístas como los altruistas; desde el de la propia conservación, al de conservación de la especie. Y con el progresivo desarrollo de las facultades humanas se añaden nuevos motivos y nuevas razones para reforzar y avalorar la sociedad. En ésta, el individuo encuentra la integración de su vida en sus varias manifestaciones y la posibilidad de alcanzar sus fines, de los más elementales a los más altos. La necesaria existencia de la sociedad está confirmada por todas las observaciones históricas. Dirigiendo la vista a las edades más remotas, encontramos siempre agrupaciones humanas y jamás individuos aislados. La guerra de todos contra todos supuesta por Hobbes, entre individuo e individuo no ha existido jamás; pues también las guerras primitivas fueron combates entre grupos, por lo cual podemos decir que también el fenómeno de la guerra supone el concepto de sociedad.

¹¹ Del Vecchio. Giorgio. Filosofía del Derecho. Pag. 416

Observando la realidad social encontramos que los seres humanos se agrupan de varias maneras. Tenemos de hecho sociedades de diversos tipos. Un primer ligamen es el de sangre, y esto da lugar a la sociedad llamada parental, que se funda sobre el vínculo de la descendencia. Un segundo vínculo está constituido por el lugar de origen, y se traduce en otras afinidades (lenguaje, costumbres, etc.), de donde se origina la sociedad nacional. Asimismo los seres humanos pueden agruparse también según sus respectivas profesiones y actividades, por ejemplo, según el modo de producción y distribución de las riquezas, con lo cual tenemos la sociedad económica; y también según sus ideas, por ejemplo, la comunidad de creencias de orden religioso, y entonces tenemos la sociedad religiosa. Hay además la sociedad constiuída por el vínculo jurídico, o sea el Estado.

4. Estado.-

Si el concepto de sociedad, por su generalidad, comprende en si toda especie de vínculos, hay entre estos uno de particular importancia y de un carácter bien definido, a saber: el vínculo jurídico, por el cual los seres humanos se constituyen en Estado. El Estado es, pues, una forma de la sociedad; el concepto de sociedad representa el género, el de Estado una especie. El Estado, así como no es la única forma de sociedad, tampoco es la más vasta; hay otras (por ejemplo, religiones, nacionalidades) que comprenden tal vez mayor

número de individuos (pertenecientes a diversos Estados). Pero si el Estado no es el vínculo social más amplio, es sin embargo, el más importante y el más sólido, al menos en sus manifestaciones concretas, porque modela más enérgicamente y determina más precisamente que ningún otro las relaciones de convivencia. Todos los vínculos sociales sufren en sumo grado la influencia del Estado, debiéndose colocar de alguna manera dentro de su círculo y sobre su base.

En el Estado y por el Estado, una multitud de individuos adquiere la capacidad de querer y de obrar como ente autónomo, dando una dirección unitaria y coherente a su vida. esto es, se produce una verdadera síntesis, una unión de las personas singulares; se constituye un nuevo ente. El Estado es, pues, sujeto de Derecho; es más, es el sujeto de Derecho por excelencia. Al Estado se le puede definir como el sujeto de orden jurídico en el cual se verifica la comunidad de vida de un pueblo. En el Estado se distinguen dos elementos: la nación y el vínculo jurídico. El primero es de naturaleza material y por tanto en sustancia, presupuesto necesario de hecho; el segundo es de naturaleza formal y es lógicamente el más importante.

La nación es el conjunto de seres humanos vinculados por la tradición histórica, las costumbres, el lenguaje, la religión, etc. El concepto de nación tiene tres elementos:

1. El Pueblo
2. La Conciencia Nacional
3. El territorio

Por el pueblo se encuentra la multitud de personas que comprenden una nación. La Nación, como toda otra forma de sociedad, necesita ante todo cierto número de individuos. La conciencia nacional implica la creencia en un destino común, cimentada por el recurso de gestas pasadas y de vicisitudes comunes. La identidad de lenguaje es prueba de pretérita convivencia secular y denota una concordancia y afinidad entre individuo e individuo que a su vez, facilita las relaciones sociales y permite la comunicación fácil y rápida de las ideas y de los sentimientos. Por territorio se entiende una superficie de tierra habitable, que está en relación permanente con la población.

El vínculo jurídico es el elemento que verdaderamente da forma y carácter propio al Estado. Todos los individuos de un Estado están coligados (vinculados) por una serie de derechos y deberes recíprocos determinados por un poder supremo unitario, que es cabalmente el sujeto del orden jurídico.

El Estado es el centro y el sujeto del orden jurídico, de él emanan las normas jurídicas, porque posee el poder supremo, esto es, la soberanía. El concepto de soberanía es correlativo al de Estado; un Estado no es

tal si le falta la soberanía. La soberanía puede considerarse en dos aspectos distintos; externamente, el Estado es soberano en cuanto no está sujeto a otro Estado y no depende de ningún otro poder; internamente, en cuanto tiene un imperio sobre el territorio y sobre la población. Todos los ciudadanos en cuanto pertenecen a un Estado están vinculados por él y deben obedecer sus leyes. Existe un deber jurídico general de subordinación al Estado. Todo esto, con respecto a la lógica de un ordenamiento jurídico positivo.

El Estado es la síntesis de las voluntades de los derechos individuales, es el momento ideal de convergencia de estos derechos en una suprema expresión de poder. La soberanía tiene su sede en el pueblo mismo en cuanto está ordenado en Estado.

5. Noción de Derecho Positivo.-

Es el sistema de normas jurídicas, que regulan la vida de un pueblo en un determinado momento histórico. La fuente del Derecho en general es la naturaleza humana, el espíritu que brilla en las conciencias individuales haciéndolas capaces de comprender, a la par que la suya, la responsabilidad ajena. De esta fuente se deducen los principios inmutables de la justicia, o sea del Derecho natural. Pero cuando se habla de "fuentes del Derecho" en sentido técnico, se refiere de ordinario no a la idealidad del Derecho "in genere" sino al Derecho vigente o positivo ("Jus in civitate positum"). También éste

deriva, sin duda, del espíritu humano, pero no en su pura y abstracta universalidad, sino en sus concretas orientaciones y también en su posibles desviaciones, por el efecto de desvariadas pasiones y mudables circunstancias. Diciendo "positivo" no se añade un simple pleonasma al sustantivo "derecho". Precisamente se quiere indicar con ello, que no todo el Derecho es necesariamente positivo. No sólo se debe admitir que hay un Derecho Natural sobre el positivo, deducible de la pura razón; pero aún si se quiere prescindir de este argumento, bastante discutido, se debe reconocer que una proposición jurídica es y permanece lógicamente la misma, antes de ser positiva y después de dejarlo de ser; por ejemplo, un proyecto de ley no constituye todavía derecho positivo, pero ya tiene la forma del Derecho (o sea de la juricidad), e igualmente una ley tiene y conserva el carácter lógico del Derecho, aunque haya sido abrogada y haya perdido, por lo tanto, el carácter positivo (verbigracia, el sistema de Derecho Romano es siempre un sistema de Derecho). Siempre que una proposición determina una relación tal entre personas, por la que una pueda pretender de la otra algo a lo cual ésta se halle obligada, una proposición tal pertenece lógicamente al campo del Derecho. Podrá o no alcanzar un reconocimiento positivo, y habiéndolo tenido podrá perderlo, como a menudo es la suerte de los sistemas jurídicos sujetos al flujo de la Historia. Su positividad podrá además tener varios grados; pero la juricidad de la proposición no depende de este temporal y relativamente accidental, sino

de su sentido intrínseco, de su esencia lógica. Así podemos reconocer la naturaleza jurídica de una proposición aún sin saber si fue o no nunca aplicada realmente. Por ejemplo: si entre las excavaciones de los restos de una civilización remota, encontramos un texto que exprese una facultad de pretender alguna cosa de otros, podemos y debemos comprender su sentido jurídico, sin confundirlo con las máximas de otro género (morales, religiosas, etc.), aún ignorando si se trata de un nuevo proyecto, o de un precepto realmente observado durante mucho o poco tiempo.

El Derecho Positivo está integrado, pues, por aquellas normas jurídicas que son efectivamente observadas, hechas valer efectivamente. Respecto a este carácter, es decir, respecto a la noción de positividad, es indiferente el valor intrínseco del sistema: una norma jurídica puede ser injusta, contraria a las aspiraciones supremas de la conciencia, al ideal de la justicia, al Derecho Natural, sin que por ello deje de ser jurídica y positiva. Para que sea positiva se requiere solamente que haya una voluntad social preponderante, esto es, una fuerza histórica suficiente capaz de afirmarla e imponerla, de modo que sea observada. Es preciso, pues, distinguir netamente las diversas investigaciones, aquella que mira a determinar el ideal del Derecho y aquella que concierne al carácter positivo de éste. La noción lógica y formal del Derecho comprende, pues, igualmente toda especie de proposiciones jurídicas, ya

sean puramente ideales o ya positivas. Por lo tanto; todo pueblo tiene necesariamente un Derecho positivo propio, que corresponde a la voluntad que es en él preponderante, es decir, un ordenamiento jurídico.

6. La Ciencia del Derecho.-

Frente a la concepción de que la "auténtica" ciencia del Derecho está la Sociología del Derecho, mientras que a la ciencia Jurídica tradicional sólo le compete el papel de una tecnología o de un medio auxiliar de la jurisprudencia jurídica, fue necesario una autoreflexión metódica de la Ciencia del Derecho. Fue Hans Kelsen quien, con energía digna de admiración y con inexorable rigor de pensamiento se encargó de esta tarea. Su "Teoría Pura del Derecho" representa el más grandioso intento de fundamentación de la ciencia del Derecho como ciencia.

El punto de partida de Kelsen, desde el cual fundamenta la independencia metódica de la Ciencia del Derecho, es la distinción entre juicios del ser y juicios del deber ser. / Es enteramente distinto, afirma, si digo: En las condiciones actuales los contratos se cumplen o no se cumplen, regularmente, o si digo: Los contratos deben cumplirse en virtud del Derecho. La primera proposición contiene un enunciado sobre un suceso práctico observado, un juicio de hecho; la segunda contiene un enunciado sobre algo que debe suceder, un juicio sobre un deber o estar preceptuado. La primera proposición es exacta si

concuenda con los hechos; la segunda si el "deber ser" afirmado "se sigue" de un precepto existente, es decir, vigente. Ambas proposiciones tienen un valor enunciativo o "sentido" enteramente diferente. Es inexacto confundir uno con otro, estos dos modos de consideración, el "explicativo" que describe los hechos y por ellos explica sus causas, y el "normativo", que conoce el contenido de un deber ser por las normas que le son dadas, es independiente del otro y cada uno sigue un método peculiarmente suyo. Según Kelsen, la ciencia del Derecho no tiene que ver con la conducta práctica de los seres humanos, sino solamente con lo jurídicamente preceptuado. Por ello no es una ciencia de hechos, como la sociología, si no una ciencia de normas; su objeto no es lo que es o lo que sucede, sino un complejo de normas. Su carácter científico sólo está garantizado si se limita estrictamente a su misión y si mantiene puro su método de toda mezcla de elementos ajenos a su esencia, es decir, de todo empréstito de una Ciencia de hechos (como de la Sociología, de la Psicología), pero también de toda influencia de dogmas, ya sean de naturaleza ética o religiosa. Como conocimiento "puro", no tiene que perseguir fines prácticos inmediatos, sino más bien eliminar de su consideración todo aquello que no guarde relación con la peculiaridad de su objeto como complejo de normas. Sólo así puede eludir el reproche de estar al servicio de cualesquiera intereses, pasiones o prejuicios políticos, económicos o ideológicos, sólo así puede ser ciencia. La Ciencia del Derecho que cumple la exigencia

de la "la pureza del método", la denomina Kelsen "Teoría Pura del Derecho".

Para Hans Kelsen la Teoría pura del Derecho sólo tiene que ver con el Derecho Positivo. Saca al Derecho de la niebla metafísica en que la doctrina del Derecho Natural envolvió este Derecho de algo santo por su origen o por su idea, la Teoría Pura del Derecho es una forma lógica, es decir, una "Logica de Normas".²³ Un deber ser, sólo puede ser constantemente referido a otro deber ser, una norma a otra norma de rango superior, de lo que resulta el sentido jurídico específico de un suceso, por ejemplo: de un contrato, de un acto administrativo, de un decreto o de una ley. La unidad, es decir, la coherencia formal de todas las normas de un Derecho Positivo, se basa en que todas ellas pueden ser referidas a una norma única como último fundamento de su validez. Esta norma suprema, que como fuente común constituye la unidad en la pluralidad de todas las normas que forman un orden es la Norma Fundamental del orden jurídico respectivo. Esta norma no implica otra cosa que el establecimiento de un supuesto de hecho productor de normas, la legitimación de una autoridad que establece normas, es decir, una regla que determina como deben ser producidas las normas generales e individuales del orden basado en esa norma fundamental. Esta norma fundamental representa el último fundamento de validez objetiva de un orden jurídico positivo. Dicha norma no es establecida, si no que es

²³ Kelsen Hans. Teoría Pura del Derecho. Pag. 38

necesariamente presupuesta por la Ciencia del Derecho para poder interpretar en un orden jurídico el material de normas que le es dado. Un orden normativo tiene que ser interpretado como un sistema de normas jurídicas válidas, y tiene que ser admitida una norma fundamental a él correspondiente. La norma fundamental se sustenta en un orden coactivo determinado (Estado). El deber ser, resulta así, en un sentido ontológico, el ser del Derecho. La forma del Estado está determinada por la Norma fundamental (Constitución).

La Estructura jurídica de Hans Kelsen tendrá la siguiente expresión:

Circular
Directiva
Resolución
Decreto
Ley
Constitución

7. **Síntesis del Derecho Natural y el Derecho Positivo.-**

Un orden social, cualquiera que sea, supone necesariamente la forma del Derecho. Toda sociedad determinada tiene consiguientemente, por definición, un Derecho propio, que es positivo en cuanto es afirmado y actuado históricamente, por definición, un Derecho

propio, que es positivo en cuanto es afirmado y actuado históricamente como expresión y efecto de la fuerza social preponderante. Este Derecho Positivo es, desde luego "Natural" en el primer sentido antes explicado, de la palabra naturaleza, esto es, está determinado (en el orden de las causas) por sus antecedentes históricos y fenoménicos. El Derecho Positivo es un dato de la experiencia y puede en cuanto tal, ser comprendido y explicado como un fenómeno, esto es, como inserto coherentemente en el orden de las producciones de la naturaleza. Esto no implica, sin embargo, que dicho Derecho sea siempre natural, en el sentido "deontológico", es decir, que corresponde a la exigencia categórica fundada en el ser absoluto del sujeto.

Las aclaraciones críticas hasta aquí, permiten ya distinguir las dos diversas consideraciones. De un lado, es posible siempre reconocer y hasta afirmar "a priori" la naturalidad de todo el Derecho Positivo, es decir, del Derecho como hecho. De otro lado, es posible recabar de la naturaleza humana absolutamente considerada, el principio del Deber y del Derecho, como exigencia insita, en la esencia de la persona y universalmente válida más allá y por encima de cualquier hecho. Las dos consideraciones no pueden de ninguna manera intercambiarse ni fundirse sin incurrir en paralogismos. El carácter de la juricidad es por sí puramente formal, tanto que una institución jurídica, puede ser no sólo diversa, sino aún opuesta en su contenido a otra

igualmente jurídica. Cuantas veces encontramos una coordinación objetiva del obrar, cuantas veces se halle instituída entre dos sujetos una relación tal, en cuya virtud uno pueda pretender algo a lo otro que esté obligado nos encontramos frente a una proposición jurídica, pero esto no significa en modo alguno su conformidad con el "ideal" del Derecho. Tan erróneo sería negarse a reconocer y concebir dentro de su especie un dato jurídico cualquiera alegando que su contenido esta de acuerdo con el ideal, como desconocer este ideal y el valor que le es propio fundándose en que no se halla realizado en algún caso de la experiencia jurídica. El respeto verdadero del ideal no consiste en suponer que se verifique siempre en los hechos, en la realidad empírica, sino en considerarlo tal como es, como esencialmente supraordinado a esta realidad, es decir algo que tiene vigencia y es verdadero aún cuando se le opongan las eventualidades físicas. Por ejemplo, la institución de la esclavitud es jurídica porque tiene todos los caracteres formales del Derecho, en cuanto representa una especie de propiedad y es también natural, en el sentido de que allí donde se manifiesta aparece determinada por condiciones empíricas suficientes. Pero parangoneada con la idea del derecho intrínseco de todo ser humano, representa una violación de ella, o, mejor dicho una negación directa. Así podemos decir que dicha institución comprueba o confirma el "concepto" pero no la "idea" del Derecho; es jurídica pero no es justa; es de Derecho Positivo, pero es contra naturaleza en el sentido

que contradice una exigencia fundada, no en el fenómeno, sino en el ser del sujeto. Sólo un ciego dogmatismo podría impedir el reconocimiento de que existen injusticias en la Historia jurídica de la humanidad. Pero el Derecho Natural, sin embargo, subsiste inmutado en su esfera, y así brilla con un esplendor insólito, cuando es violado en los hechos o contra dicho por el Derecho Positivo. Por otra parte; aún el mismo Derecho, y como tal debe ser estudiado y comprendido en su especie lógica, ya que tiene el carácter formal de la juricidad; y debe ser analizado en sus causas, ya que como Derecho Positivo pertenece a la serie de los hechos naturales.

CAPITULO VI

LA LEGALIDAD Y LA JUSTICIA

El ser humano es libertad, libertad "para ser". El ser humano es el autor y el actor de su propio drama. La esencia de la libertad es la angustia. En la angustia se nos muestra la libertad, nuestro propio ser, es el instante supremo de la decisión, de la responsabilidad. La conducta es la aparición de la libertad es el mundo fenoménico. La decisión (libertad metafísica), es anterior a la conducta (libertad fenoménica), que es su proyección. La decisión se pone en marcha en la conducta y tiene que luchar contra las resistencias, sucumbe ante ellas, pacta o las vence. Libertad comporta responsabilidad. Yo soy responsable de mis decisiones. Mi vida puede adecuarse a un tipo de conducta que se dibuja entre las otras, que sea mediocre, que se desdibuje, que se pierda en lo colectivo. O puedo afirmar mi libertad, mi personalidad, imponer mi decisión valiosa, mi peculiar manera de ser, personal, auténtica.

El ser humano que ha olvidado que la esencia de la libertad es lucha contra las resistencias se somete a ellas, se sumerge en la rutina, en lo diario, en lo vulgar, sin abrazar una meta, sin trazar un proyecto personal y auténtico. Su proyecto se confunde, por

propia decisión con el de la masa,¹⁴ con el de los demás. Entrega el decidir sobre su ser a los "otros", a la autoridad, perdiendo de vista su centro espiritual; "abandona a la autoridad, su propio ser". En lo diario se encuentra "uno perdido" y a la vez cobijado en la irresponsabilidad de lo natural y común. Se ha abandonado la suprema responsabilidad de ser "uno mismo" para ser "uno entre otros". La irresponsabilidad convierte al "uno" en hombre satisfecho, pues al entregar su libertad por libre decisión, ya no es responsable y, al no ser responsable, ha perdido la potencia de su dignidad de ser humano, de su libertad en la angustia. El ser humano que intuye la libertad como lucha por ser lo que decide ser es un ser humano angustiado, insatisfecho. La patencia de la libertad como responsabilidad es la angustia: el tener que decidir permanentemente sin claudicar, sin evadir su propia responsabilidad, sin delegarla en los "otros". Cuando más se angustia el ser humano tienen mayor conciencia de su propia dignidad, es más raro, más grande.

Libertad Para que?. Para las grandes empresas, para preferir a los más altos fines, los más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia. De valores que justifican esta guerra civil consigo mismo que es la existencia. Este podría ser el sentido del Derecho en la vida humana.

¹⁴ Fernández Sessarego. Carlos, El Derecho como Libertad. Pág. 103

1. La Legalidad.-

Ontológicamente el Derecho es libertad que se exterioriza, conducta humana, vida viviente, La conducta es dato de la libertad, conducta humana, que se ha expresado, que entra en relación con otras conductas realizando valores jurídicos o dejando de realizarlos. Mas aquella conducta necesita ser conocida, ser interpretada. Requiere una representación intelectual, una mención conceptual. Esa conducta requiere ser pensada, objetivada, a fin de que sea conocida, comunicada, y sancionada cuando es desvaliosa. Y la comunicación, la transmisibilidad, sólo es posible a través del pensamiento. Por esto existe códigos, en los cuales se ha detenido el transcurrir vital de la conducta, se le ha prefigurado. Mediante esos pensamientos, esas normas, se puede conocer cuando la conducta adquiere la categoría formal de jurídica. La norma, como objeto ideal intemporal e inespacial, menciona una conducta que es jurídica. Las normas constituyen la representación intelectual del objeto conducta que se encuentra en la experiencia.

La norma es un juicio, un juicio que no es enunciativo. Es un juicio que no tiene esa categoría si no que es imputativo, normativo, un deber ser "lógico". Kelsen nos dice que la norma es pensamiento de conducta humana, pensamiento de esa realidad que es libertad. Los juicios con que pensamos esta realidad humana en su libertad fenomenalizada no pueden tener la misma

estructura de aquellos otros que enuncian , que predicán del ser. Los juicios enunciativos o entitativos tienen como cópula el verbo ser y predicán algo de una cosa. A través de ellos pensamos algo está "ahí", terminado, estático. esta realidad de libertad que es la conducta no puede ser pensada con los juicios del ser sino que requiere de una cópula especial: el "deber ser", juicios que representan un "deber ser" existencial.

El Derecho como conducta requiere de una estructura de pensamiento adecuada. El pensamiento debe adecuarse al objeto pensado. A la conducta corresponde la norma como juicio de "deber ser". Al deber ser existencial corresponde el deber ser lógico. La lógica del ser ha sido reemplazada, gracias al formidable descubrimiento del maestro Kelsen, por la lógica del "deber ser". La norma es pues juicio de "deber ser". Su cópula es "deber ser", desde que ésta es la única forma posible de pensar al objeto del Derecho que es conducta, que es libertad que se exterioriza y se relaciona con otras libertades fenomenalizadas. La presencia de la libertad en el mundo fenoménico es la conducta. Para Kelsen la norma es un juicio hipotético que expresa el enlace específico de una situación de hecho condicionante con una consecuencia condicionada. Mas, este enlace no tiene el carácter de causal, como ocurre en el mundo de la naturaleza, sino que es un enlace imputativo. La consecuencia jurídica es imputada a su condición jurídica. Y esta imputación se realiza en el deber ser. Su fórmula sería:

Sí es **A**, deber ser **B**

El contenido de la norma es la conducta, de la cual, la norma es su representación intelectual y su esquema de interpretación. La mención de esta conducta se realiza a través de una norma primaria y de una norma secundaria. Con la norma secundaria se representa la conducta que debe ser.

Ejemplo: "La vida humana debe ser respetada". El contenido de esta norma secundaria es la conducta debida. En la norma primaria aparece la sanción imputada a una determinada conducta que realiza un desvalor. Así, "El que mata debe ser encarcelado". En la norma primaria se representa la conducta que tiene como consecuencia la sanción. El fin del ordenamiento jurídico es, para Hans Kelsen, motivar a los seres humanos, por la representación del mal que les amenaza para el caso de una determinada conducta, a la conducta contraria. Es decir, mostrar por la norma primaria la sanción correspondiente a cierta manera de comportarse que no está de conformidad con la conducta representada en la norma secundaria. La norma es pues un pensamiento, una significación que se refiere, que menciona, un objeto que es la conducta. La norma es un juicio imputativo cuya cópula es el "deber ser" desde que es pensamiento de un especial objeto cual es la conducta humana; conducta humana que es la libertad metafísica que aparece en el mundo fenoménico y cuya estructura es estimativa. A un

deber ser existencial le corresponde un pensamiento que es deber ser lógico; el pensamiento se adecua al objeto pensado. Y este juicio imputativo de deber ser disyuntivo, señala dos posibilidades a cumplir por la conducta, una de las cuales comporta una sanción. La ley es pues, el pronunciamiento solemne del Derecho, la expresión racional del mismo. Sólo en esta forma alcanza la más alta perfección la elaboración técnica del Derecho.

Todo orden jurídico contiene reglas que pretenden que aquellos a quienes dirigen se comporten de acuerdo con ellas. Es característico de una norma su pretensión de validez, es decir, el sentido a ella correspondiente de ser una exigencia vinculante de comportamiento o de ser una pauta vinculante de enjuiciamiento, en segundo lugar su pretensión de tener validez no sólo precisamente para un caso determinado, sino para todos los casos de "tal clase" dentro de su ámbito espacial y temporal de validez, su carácter general. Por ejemplo: La Norma: "El arrendador ha de conservar la cosa arrendada, durante el tiempo de arrendamiento". Esta norma no afirma que los arrendadores se comportaron siempre del modo indicado o que en el futuro se habrán de comportar así. Más bien prescribe a todos aquellos que han de considerarse "arrendador" en el sentido de esta disposición un determinado comportamiento en relación con la cosa arrendada. Tampoco se puede preguntar, por lo tanto, si esta norma es verdadera o falsa, ya que, sólo es válida,

si es parte integrante del orden jurídico vigente. La norma jurídica enlaza, como toda proposición, una cosa con otra. Ella asocia el hecho circunscrito de modo general, el "supuesto de hecho", una consecuencia jurídica, circunscrita asimismo de modo general. El sentido de esta asociación es que, siempre que se de el hecho señalado en el supuesto de hecho, tiene entrada la consecuencia jurídica, es decir, "vale" para el caso concreto. En nuestro ejemplo, el supuesto de hecho se señala únicamente mediante la palabra "el arrendador". Como resulta del contexto de la disposición, se alude con ello a aquel que arrienda una cosa a otro, es decir, que se ha obligado a garantizar el uso temporal de la cosa a cambio de una compensación; la renta. El supuesto de hecho exige, según esto, un contrato de arrendamiento que cumpla los requisitos del orden jurídico para tal clase de contratos, es decir, que sea válido. La consecuencia jurídica enlazada por la norma a este supuesto de hecho, es la obligación del arrendador, señalada más concretamente en el texto legal, de conservar la cosa arrendada. La expresión "Ha de conservar", es equivalente a "debe conservar" o "está obligado a conservar". Las palabras "debe ser" y "estar obligado a" son palabras claves del lenguaje de lo normativo. La consecuencia jurídica reside siempre en la región de lo normativo. El sentido del enlace del supuesto de hecho con la consecuencia jurídica no es, como en la proposición enunciativa una afirmación, sino una orden de validez. El dador de la misma norma no dice: así es de

hecho; sino que dice: así debe ser por Derecho. Las normas jurídicas no están simplemente unas al lado de otras, sino que están relacionadas entre si de diferente modo en su recíproca limitación y en su armonía producen una regulación. El orden jurídico no consta de una suma de normas jurídicas, sino de regulaciones. En la regulación de una determinada materia, el legislador no alinea únicamente unas normas jurídicas al lado de otras, sino que más bien constituye los supuestos de hecho y asocia a ellos consecuencias jurídicas bajo ciertos puntos de vista directivos. Estos puntos de vista proporcionan sólo la comprensión de las normas jurídicas particulares según el significado que en cada caso les corresponde y en su armonía. Elaborar la referencia de sentido que de ello resulta, es una de las principales tareas de la jurisprudencia. La norma jurídica singular, incluso una norma jurídica completa, es considerada siempre por ella como parte de una regulación más amplia. El alcance de las normas jurídicas particulares sólo puede ser entendido en su conexión con la regulación total a que pertenecen, y además de ello, frecuentemente también con otras regulaciones y con la relación en que se encuentran estas regulaciones entre si, se manifiesta especialmente cuando varias normas jurídicas o regulaciones concurren entre si.

El esquema lógico de una norma jurídica completa sería el siguiente:

Siempre que el supuesto de hecho **S** esté realizado en un hecho concreto **H**, vale para **H** la consecuencia jurídica **C**. El supuesto de hecho **S**, generalmente comprendido, está realizado en un hecho determinado, si **H**, visto lógicamente, es un "caso" de **S**. Para conocer que consecuencia jurídica vale para un hecho, cuya procedencia me es siempre dada, tengo por ello, que examinar si este hecho es subordinable como un "caso" a un determinado supuesto de hecho legal. Si esto ocurre, la consecuencia jurídica resulta de un silogismo que tiene la siguiente figura:

Si **S** está realizado en un hecho cualquiera, la consecuencia jurídica **C** vale para este hecho (premisa mayor).

Este hecho **H** determinado realiza **S**, es decir es un caso de **S** (premisa menor).

Para **H** vale **C** (conclusión).

Se puede expresar este silogismo más brevemente, así:

S----->C

H-----S

H----->C

La premisa mayor constituye una norma jurídica

completa y la premisa menor la subordinación de un hecho concreto como un "caso" bajo el supuesto de hecho de la norma jurídica. La conclusión afirma que, para este hecho, vale la consecuencia jurídica mencionada en la norma jurídica.

La problemática del procedimiento silogístico expuesto estriba principalmente en la recta formación de las premisas, en especial de la premisa menor. Por lo que atañe a la premisa mayor, no se debe, ciertamente, admitir que pueda ser simplemente tomada del texto de la ley. Mas bien toda ley necesita interpretación y no toda norma jurídica está, en modo alguno, contenida en la ley. La obtención de la premisa menor, es decir, del enunciado: **H** es un caso de **S**, se denomina comúnmente proceso de "subsunción", cuyo núcleo se considera también un silogismo. El esquema de este silogismo se representa de la siguiente manera:

S está plenamente caracterizado por las notas
distintivas

N , **N** , **N** .

H representa las notas distintivas **N**, **N**, **N** .

Luego **H** es un caso de **S**.²⁵

En lógica se entiende por silogismo de subsunción un silogismo que se lleva a cabo de modo que los conceptos

²⁵ Larenz. Karl. Metodología de la Ciencia del Derecho.
Pág. 67

de menor extensión se subordinen a los de mayor extensión, que se subsumen bajo ellos. Esto sólo puede ocurrir definiendo ambos conceptos y estableciendo luego que todas las notas distintivas del concepto superior se repitan en el concepto inferior; por ello, tiene una extensión menor, porque, además de eso, aún está caracterizado por los menos por una nota distintiva ulterior. Así por ejemplo, el concepto "caballo": puede ser subsumido bajo el concepto "mamífero", porque todas las notas distintas requeribles para la definición de "mamífero", se repiten también en el concepto plenamente definido de "caballo". Sin embargo, en el silogismo que sirve de base a la aplicación del Derecho no se subsumen conceptos más reducidos bajo conceptos más amplios, sino que se subsumen hechos, bajo el supuesto de hecho descrito en la ley. Exactamente no se subsumen los hechos, sino enunciados sobre un hecho como hecho acaecido. El hecho en cuanto enunciado, tal como aparece en la premisa menor del silogismo de subsunción, tiene que ser distinguido del hecho en cuanto fenómeno vital, al que tal enunciado se refiere. Para poder hacer tal enunciado, tiene que ser antes enjuiciado el hecho enunciado, es decir, el fenómeno vital, en lo que respecta a la presencia de las notas distintivas respectivas. En este proceso de enjuiciamiento estriba el peso de aplicación de la ley.

Las inferencias jurídicas mediante las cuales de una norma se deriva deductivamente otra norma, se realiza en

la práctica del derecho positivo. No se trata de esquemas artificiales, de formas creadas por el afán teórico de aplicar determinadas estructuras lógicas a un campo ajeno a la lógica, sino de procedimientos reales, efectuados cotidianamente por el juez, el jurista, el abogado y en general por todo aquel que de una manera u otra tiene que dedicarse al conocimiento de los textos legales, No se trata, pues, de una manera moderna de enfocar el conocimiento de las normas, sino que los procedimientos lógicos se han aplicado en forma ingenua y espontánea desde que la vida jurídica surgió como actividad organizada, es decir, desde los tiempos de los viejos juristas romanos. Los métodos que permiten explicitar la estructura de estos procedimientos deductivos si son modernos, puesto que antes de su aplicación tal tarea hubiera sido imposible de realizar. Pero el procedimiento deductivo, como sucede en la mayoría de los procesos lógicos se realizó siempre en forma intuitiva. Esto puede comprobarse si se analizan con criterio lógico los famosos argumentos clásicos empleados por los juristas romanos, que se hallan diseminados en el enorme monumento del "Corpus Juris Civiles", especialmente en el Digesto y en las Institutas. Los "argumenta" se emplearon en la práctica del derecho con la finalidad fundamental de facilitar la interpretación y la aplicación de ley. Surgieron en forma espontánea, como producto de la sabiduría jurídica de los romanos. Por esta razón sus variedades y sus aplicaciones son múltiples, y la mayoría constituye

preceptos prácticos aislados, basados en los principios jurídicos y en las doctrinas imperantes en la época. No tienen mucha relación unos con otros y no existen reglas fijas para su aplicación. Pero lo interesante es que entre ellos existen algunos que tienen un sentido fundamentalmente lógico, que son verdaderos principios deductivos, mediante los cuales se pueden realizar derivaciones normativas de tipo coligativo.

El argumento "a contrario sensu" es de todos el más conocido. Sus primeras aplicaciones se pierden en los orígenes de la jurisprudencia y en la cotidianidad misma de la vida jurídica se emplea constantemente. Quienes lo aplican no tienen por lo general clara conciencia de que se trata de un procedimiento lógico, y que lo están haciendo es, en realidad, deducir una norma de otra. Pero al aplicarlo consiguen sus fines, que es resolver, un problema jurídico, con una precisión y un rigor que sólo puede ser alcanzado cuando intervienen procedimientos lógicos.

En el "Corpus Juris Civilis" se encuentran muchos ejemplos de contrario sensu expuesto por los grandes maestros. Pero parecen ser Paulus y Ulpianus los que lo aplicaron de manera más sistemática. Del tenor de los ejemplos clásicos y del análisis de las aplicaciones se desprende que el contrario sensu consistió en pasar de una norma a otra, por medio de ciertas relaciones entre la afirmación y la negación de los contenidos. Si una

norma se refiere explícitamente a algo, contrario sensu se excluye aquello a lo que no se refiere; y viceversa, si una norma excluye explícitamente algo, se incluye aquello que no está excluido. Así, en el caso del Art. 65 de la Constitución dice: Son ciudadanos los peruanos mayores de 18 años. Contrario sensu se desprende que los menores de 18 años no son ciudadanos. Este es un caso en que, partiendo de una inclusión, se llega a una exclusión. El Art. 1976 del Código Civil nos dice: No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento. De donde, contrario sensu, se desprende que si el incapaz ha actuado con discernimiento es responsable del daño causado. De una exclusión se deriva una inclusión. Hay, pues, dos clases de argumento a contrario sensu, que podemos llamar, respectivamente, contrario sensu excluyente y contrario sensu incluyente, o también contrario sensu positivo y contrario sensu negativo.

El Art. 113 del Código Penal, reza: El que instiga a otro al suicidio o lo ayuda a cometerlo será reprimido, si el suicidio se ha consumado o intentado, con una pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

La proposición jurídica correspondiente a esta norma es a primera vista una proposición implicativa. El antecedente es la enunciación de la figura y el consecuente la enunciación de la pena, en caso de que el

suicidio se intente o se realice. Tanto el antecedente como el consecuente son proposiciones compuestas, pero para los fines del presente análisis basta simbolizarlas con "p" y "q", respectivamente. Ahora, si "p" es verdadera, es decir, si alguien ha instigado a otro al suicidio, entonces es también verdad que en caso de haberse intentado o consumado el suicidio el instigador será castigado, es decir que "q" también será verdadera. De manera que si "q" es verdadera, es decir, si se intenta o se consume el suicidio y se castiga al instigador, "p" también debe ser verdadera, es decir, que alguien haya instigado a otro al suicidio. Ahora podemos ver claramente la situación. Si "p" es verdadera "q" también lo será. Basta que "p" sea verdadera para que "q" también lo sea; "p" será, por lo tanto, condición suficiente de "q". Pero si "q" es verdadera "p" también debe serlo, porque de otra manera se estaría castigando a alguien que no haya instigado a otro al suicidio. En consecuencia, "p" es condición necesaria de "q". Si "p" es condición necesaria y suficiente de "q", es equivalente a "q".

Si los presupuestos extralógicos considerados son correctos es posible establecer una equivalencia entre el antecedente y el consecuente. Y esto es lo que constituye el fundamento lógico del argumento "A contrario sensu". Porque existe un principio lógico según el cual, en toda proposición de equivalencia, la negación del primer componente implica la negación del

segundo:

$$p = q : : \sim p = \sim q$$

Que se trata de un principio lógico, puede comprobarse fácilmente por medio de su esquema.²⁷

p	q		p = q	:	:	~p = ~q
v	v		v			v
v	f		f			f
f	v		f			f
f	f		v			v

Por el principio de implicación en el caso considerado, como es verdad que "p" es equivalente a "q", puede afirmarse que $\sim p$ es equivalente a $\sim q$. Es interpretando a "p" y "q", puede decirse que como es verdad que una persona haya instigado a otra al suicidio, en caso de que el suicidio se intente o se consuma, es castigado a pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, es también verdad que si la instigación no fue hecha la persona no es castigada. Y ya tenemos el fundamento lógico del contrario sensu. Se basa en una sencilla equivalencia material. La estructura lógica que acabamos de evidenciar corresponde al contrario sensu positivo, porque tanto el primer

²⁷ Miró Quesada Cantuarias. Francisco. Ensayos de Filosofía del Derecho. Pág. 133

componente como el segundo de la primera equivalencia son proposiciones afirmativas. Pero cuando el primer componente de la primera equivalencia es negativo, tenemos un contrario sensu negativo. El Art. 1976 del Código Civil es un ejemplo sencillo de contrario sensu negativo: "No hay responsabilidad por el daño causado por persona incapaz que haya actuado sin discernimiento".

La primera proposición "No hay responsabilidad por el daño causado" es negativa. Por lo tanto, se simbolizará por " $\sim p$ ". La segunda proposición también es negativa porque es equivalente a "persona incapaz que no actuó con discernimiento". Por lo tanto, se simbolizará por " $\sim q$ ".

Tendremos que la equivalencia será:

$$\sim p = \sim q$$

El principio lógico que habrá que aplicar es:

$$\sim p = \sim q. \quad .p = q$$

Puede comprobarse por medio de su esquema

p	q		$\sim p = \sim q.$.	p = q
v	v		v	v	v
v	f		f	v	f
f	v		f	v	f
f	f		v	v	v

2. La Justicia.-

Históricamente se pueden distinguir hasta cuatro tipos de definición de la justicia en sentido filosófico y jurídico: la empirista, la apriorista material, la historicista y la apriorista formal. Hay además, la posición escéptica, que no lleva a ninguna definición, puesto que sostiene que la justicia no puede definirse.

Las definiciones empiristas son de muchos tipos. Pero todas tiene un rasgo común: la justicia no tiene ningún fundamento racional, ninguna base a priori; es sólo un nombre para ciertos fenómenos sociales contingentes. Las principales especies de la concepción empirista de la justicia son la utilitarista y la positiva. Según la primera, la justicia es, como todos los conceptos morales y jurídicos, un instrumento útil para que los hombres puedan convivir tranquilamente y puedan obtener un máximo de satisfacciones. La concepción positiva consiste en considerar la justicia como lo que está de acuerdo con el derecho positivo. Justicia para los miembros de la colectividad tal como lo prescribe el sistema legal. Si se castiga un comportamiento determinado porque viola la norma, dicho castigo es justo.

Las Tesis aprioristas materiales han dominado la historia de la filosofía jurídica desde Platón y Aristóteles, pasando por los estoicos griegos y romanos, los filósofos medievales y los jusnaturalistas del siglo

XVII, hasta los filósofos del apriori material de tendencia fenomenológica. Lo fundamental es en todas ellas, que el ser humano tiene una facultad que le permite saber, con independencia de la experiencia qué comportamiento y que leyes son justos (sentimiento jurídico). El historicismo concibe la justicia, tanto en el plano ético, como en el jurídico, como una idea que varía conforme varían las circunstancias históricas. No es posible, por eso, llegar a un concepto universal de justicia. Para el apriorismo formal la justicia se funda en la razón, es decir, si se quiere fundar una ética con valor universal, debe fundarse racionalmente. Kant establece que si se quiere fundar una ética con valor universal, debe fundarse racionalmente, en el principio de no arbitrariedad (obra de tal manera, que tu obrar pueda considerarse principio universal). Kant dice que los principios deben ser autónomos, necesarios y universales. Fundamentar la ética de manera racional, es decir, filosóficamente, significa que la conducta humana puede justificarse por medio de principios o leyes cuya validez se funda únicamente en la estructura de la razón. Todo empirismo queda excluido, porque los datos de la experiencia son contingentes. Las normas morales históricas varían através del tiempo, no se presentan como necesarias ni universales. La felicidad, como fundamento de la ética, no pasa de ser un concepto vago y variable, que no puede servir de fundamento racional. La voz de la conciencia, las nobles emociones, todas las manifestaciones de este tipo son contingentes, varían de

una época a otra, de una región a otra, son interiorizaciones del sujeto bajo la presión de las circunstancias. Carecen de la necesidad, de la universalidad y de la autonomía que exige la razón. Toda heteronomía queda rigurosamente excluida, puesto que las normas si son impuestas por una voluntad externa, aunque sea la de Dios, carecen de la independencia absoluta que debe tener la determinación racional. Hasta aquí el pensamiento Kantiano es inobjetable. Partiendo del ideal de vida racional que constituye la meta de toda actividad filosófica. Kant plantea de manera precisa por primera vez en la historia (hay antecedentes en Platón, en los jusnaturalistas, y en Spinoza), el problema de la ética. Después de señalar los tres caracteres fundamentales de todo conocimiento racional: la necesidad, la universalidad y la autonomía, pasa a mostrar que una ética racionalmente fundada debe basarse en la razón práctica, es decir, en una justificación necesaria, universal y autónoma de la acción humana. Kant alcanza de esta manera la cima de una larga y grandiosa evolución del pensamiento racional y sienta las bases definitivas de lo que debe ser una ética filosóficamente fundada. Estas motivaciones sólo pueden ser éticas si impulsan al sujeto a actuar conforme a una ley moral que sea necesaria, universal y autónoma. Pero, como no le puede prescribir ningún contenido le prescribe solamente que, cualquiera que sea el contenido que el escoja, cumpla estas tres condiciones. El genio de Kant refulge en la elección de las máximas, pues, efectivamente a través de

ellas logra esta posibilidad. Propone tres que son equivalentes. La primera, es que el sujeto debe obrar siempre conforme a una máxima tal, que pueda desear que se proclame como ley universal; la segunda es que toda persona debe ser considerada como un fin en si y no como instrumento; la tercera es que el sujeto moral debe ser legislador y súbdito en el reino de las voluntades libres. Kant demuestra que la única condición que debe cumplir una acción para que sea racionalmente ética, es que no sea arbitraria. De aquí se sigue que el derecho justo, es decir el sistema legal que permita la formación de una sociedad ética es el que hace imposible la existencia de la arbitrariedad en la vida social, es decir, para que algo pueda ser considerado racional debe ser no arbitrario. La no arbitrariedad es el principio supremo de la ética, entonces para que una acción sea ética debe ser posible considerarla como norma universal, porque si es ética, es no arbitraria, es decir, ha sido realizada conforme a un acuerdo universal de voluntades: todos están de acuerdo en aceptarla como norma, y si todos están de acuerdo en aceptar como norma una norma, entonces todos los sujetos son a la vez legisladores y súbditos en el mundo de la ética.²⁷ Por último si unos hombres toman a otros como medios o instrumentos, procedemos de manera arbitraria. La única manera de no proceder arbitrariamente es, pues, considerar a todos los hombres como fines en si y no como medios. Toda

²⁷ Miró Quesada Cantuarias. Francisco. Ensayos de Filosofía del Derecho. Pág. 53

reificación, toda alienación, queda así excluida. Cada ser humano es considerado como una exigencia de realizar plenamente sus posibilidades, con la sola limitación de no impedir la realización de las posibilidades de los demás. Una vez fundada racionalmente la ética, se pasa directamente a la fundamentación racional del derecho. El derecho racional o justo es aquel que permite realizar el principio ético supremo. El derecho justo es el derecho no arbitrario. Una sociedad justa es una sociedad organizada mediante un sistema de leyes que haga imposible el imperio de la arbitrariedad; justicia, razón y no arbitrariedad son sinónimos en el mundo del derecho. Entonces el principio de la ética es el principio de la no arbitrariedad y que el derecho racional o justo es aquel que logra eliminar la arbitrariedad de la sociedad mediante la legislación positiva.

3. Síntesis de la Legalidad y la Justicia.-

Con todo esto, queda por considerar el caso extremo de un contraste insalvable entre el Derecho Natural y el Positivo. Surgen entonces graves problemas, tanto para el juez o magistrado que ha de aplicar normas que reputa absolutamente injustas, como para los ciudadanos particulares, de los que se exige la observancia de las mismas, Tanto para una como para la otra cuestión debemos ante todo establecer el principio de que no basta la opinión, aún bien fundada, de la injusticia de las leyes vigentes para legitimar la insurrección contra ellas o la negación contra ellas o la negación de

obediencia. Si cualquier impulso de la conciencia individual bastase para justificar la infracción y la subversión del orden jurídico establecido, la consecuencia sería no la instauración de una más alta justicia, sino la imposibilidad de cualquier instauración por la perpetua inseguridad de sus bases. Hay que tener presente que la oposición contra el orden jurídico establecido puede obedecer a los más diversos motivos, tanto a la aspiración purísima de una más perfecta justicia como el afán egoísta de sustraerse a los propios deberes. Una crítica y en especial, por tanto, a este propósito, muy a menudo, el "espíritu revolucionario" ha abusado del nombre sagrado de la justicia para cubrir pasiones impuras e intereses unilaterales. Sobre todo, y por lo que especialmente afecta al magistrado, no hay duda que éste debe, por razón de su cargo, interpretar y aplicar las normas vigentes. Al reconstruir el sistema jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente el intérprete, en cuanto tal, debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debían ser con arreglo a los puros principios. Un método diverso conduciría a infringir la unidad del sistema, confundiendo la función del juez con la del legislador, y quitando al Derecho positivo aquella certeza que no puede dejar de pertenecer por su misma esencia. La misma justicia impone que se reconozca y se salve, ante todo, aquella parte de justicia que debe ser incorporada al sistema vigente, cualesquiera que sean sus imperfecciones y que sin tirar por la borda estos gérmenes y núcleos

vitales, se trabaja sobre ellos, en los límites del sistema, para darles los máximos desenvolvimientos posibles. Quien sepa; y todo jurista lo sabe cuan amplios son los márgenes que las formulaciones jurídicas positivas dejan necesariamente al intérprete y como todo sistema, aún aparentemente "cerrado", tiene en realidad sus válvulas y sus medios naturales de renovación, de transformación y de enriquecimiento; no puede desconocerse esta elemental exigencia, de que aún respecto a los ordenamientos injustos se recurra en primer lugar a estos medios y no se destruya a la ligera o al arbitrio lo que con harta dificultad se ha construído. Pero donde se revelen insuficientes todos los medios posibles para conseguir al menos una cierta justicia en el ámbito y en las formas de la legalidad, la crisis de conciencia del juez podrá, en los casos mas graves, encontrar su verdadera solución sólo en la renuncia al cargo; que es lo que, en tal hipótesis deberá hacer cualquier otro funcionario público. El Derecho racional no niega absolutamente el derecho a la revolución o a la "resistencia activa" contra las leyes injustas, pero limitándolo a los casos en que estas leyes contrasten demasiado grave e irreparablemente con las exigencias jurídicas imprescriptibles de la naturaleza humana. Entonces, es legítimo luchar contra las leyes escritas en nombre de las "no escritas", reivindicar el Derecho Natural contra el positivo que de él reniega.

CONCLUSIONES

- 1.- La comprensión de la naturaleza se sustenta en el principio causal y el principio teleológico.
- 2.- El principio causal es la concepción mecánica de la naturaleza, el simple paso de un modo de ser (causa) a otro modo de ser (efecto).
- 3.- El principio teleológico explica la finalidad de la causa y efecto de un fenómeno; es decir, del tejido de los momentos causales emergen las relaciones y los valores finales.
- 4.- El criterio teleológico es el principio que se despliega en el mundo a través del orden ascendente de los tipos, la razón que vivifica la materia y la impulsa a organizarse e individualizarse, hasta llegar al ser humano.
- 5.- El escepticismo y el realismo empírico afirman que el derecho no tiene fundamento intrínseco, sino que es solo expresión de autoridad y fuerza.
- 6.- El historicismo niega la validez del criterio valorativo del derecho. Según éste, el derecho consiste tan solo en la correspondencia necesaria entre el derecho y los hechos que lo determinan.

- 7.- El teologismo afirma que el derecho tendría un carácter sagrado y se sustraería a toda discusión.
- 8.- El utilitarismo excluye que el derecho tenga un propio fundamento absoluto porque considera lo justo idéntico a lo útil, o sea reduce la justicia a la utilidad.
- 9.- La racionalidad de la persona humana hace que las acciones humanas no se expliquen simplemente como fenómenos de la naturaleza, sino que se valoren como expresiones de libertad, capacidad de elegir.
- 10.- La persona humana es el fundamento racional del derecho porque el ser humano en cuanto es parte mecánica de la naturaleza siempre obra conforme a leyes (físicas), sin que pueda distinguirse bajo este aspecto entre el bien y el mal; en cambio considerado como ser inteligible, el ser humano lleva en sí mismo la capacidad de determinarse.
- 11.- La ley fundamental del obrar, ética, tiene dos categorías: la Moral y el Derecho.
- 12.- La Moral emerge cuando el ser humano trascendiendo su existencia física afirmándose como ser racional, identifica en sí mismo el ser de otro sujeto y decide actuar con respecto a él, dándole a su conducta un valor de tipo.

- 13.- El Derecho surge en el momento en que el ser humano identifica en sí mismo el ser de otro sujeto y actúa con respecto a él con la pretensión de hacer valer su conducta.
- 14.- El Derecho Natural es un postulado de la razón como principio del deber y del derecho (justicia).
- 15.- El Derecho Positivo es el Derecho como hecho (legalidad), es decir, es el orden legal que tiene toda sociedad como fuerza social preponderante.

BIBLIOGRAFIA

1. ARISTOTELES.- LA POLITICA, Editorial Iberia, España, 1962.
2. ARISTOTELES.- GRAN ETICA, Editorial Bruquera, S.A., España, 1984.
3. AUBERT, Jean Marie.- FILOSOFIA DE LA NATURALEZA, Editorial Herder, Barcelona, 1984.
4. ATKINS, Peter W.- LA CREACION, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1986.
5. ASIMOV, Isaac.- EL UNIVERSO, Alianza Editorial, Madrid, 1989.
6. BASADRE, G., Jorge.- LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO, Ediciones Gráficas, Lima-Perú, 1970.
7. BLOCH, Ernst.- DERECHO NATURAL Y DIGNIDAD HUMANA, Editorial Hispanoamericana, México, 1958.
8. BOBBIO, Norber R.- DERECHO NATURAL Y DERECHO POSITIVO, Editorial Eudeba, Argentina, 1965.
9. BLUMENFELD, Walter.- CONTRIBUCIONES CRITICAS Y CONSTRUCTIVAS A LA PROBLEMATICA DE LA ETICA,

- Universidad Nacional Mayor
de San Marcos Lima-Perú,
1966.
10. COSSIO, Carlos.- TEORIA EGOLOGICA DEL
DERECHO, Editorial Lozada,
Argentina, 1944.
11. DEL VECCHIO, Giorgio.- FILOSOFIA DEL DERECHO,
Bosch, Casa Editorial,
Barcelona, 1980.
12. DARWIN, Charles.- EL ORIGEN DE LAS ESPECIES,
Ediciones Grijalbo, España,
1985.
13. ESPINOZA, Baruch.- ETICA DEMOSTRADA SEGUN EL
ORDEN GEOMETRICO, Ediciones
Orbis, Argentina, 1983.
14. FERNANDEZ SESSAREGO,
Carlos.- EL DERECHO COMO LIBERTAD,
Librería Studium, Lima-
Perú, 1987.
15. FERNANDEZ SESSAREGO,
Carlos.- LA PERSONA EN LA DOCTRINA
JURIDICA CONTEMPORANEA,
Universidad de Lima, Lima-
Perú, 1984.
16. FINGERMANN, Gregorio.- FILOSOFIA, Editorial El
Ateneo, Buenos Aires, 1984.
17. GRIMBERG, Carl.- HISTORIA UNIVERSAL,
Editorial Santiago, 1987.
18. GUIRAO, P.- EL ENIGMA DEL ORIGEN DEL

- HOMBRE, Editorial
Libroexpres, Barcelona,
1974.
19. HOBBS, Thomás LEVIATAN, Edición SARPE,
España, 1983.
20. HAURIOU, André.- DERECHO CONSTITUCIONAL E
INSTITUCIONES POLITICAS,
Ediciones Ariel S.A.,
España, 1971.
21. IBSCHER, Gred.- DEMOCRITO Y SUS SENTENCIAS
SOBRE ETICA Y EDUCACION,
Universidad Nacional Mayor
de San Marcos, Lima-Perú,
1983.
22. KANT, Enmanuel.- CRITICA DE LA RAZON PURA,
Ediciones Orbis, Argentina,
1984.
23. KELSEN, Hans.- TEORIA PURA DEL DERECHO,
Endeba, Argentina, 1982.
24. LEWIN, Roger.- EVOLUCION HUMANA,
Editorial, salvat,
Barcelona, 1986.
25. LARENZ, Karl.- METODOLOGIA DE LA CIENCIA
DEL DERECHO, Editorial
Ariel, Barcelona, 1980.
26. LOEWENSTEIN, Karl.- TEORIA DE LA CONSTITUCION,
Editorial Ariel, Barcelona,
1981.
27. MIRO QUESADA CANTUARIAS,

- Francisco,- ENSAYOS DE FILOSOFIA DEL DERECHO, Universidad de Lima, Lima-Perú, 1986.
28. OPARIN, A. I.- EL ORIGEN DE LA VIDA.- Editorial Lima, Lima-Perú, 1986.
29. ROUSSEAU, Jacob.- EL CONTRATO SOCIAL, Editora "Lima", Lima-Perú, 1965.
30. SILVA SANTISTEBAN, Fernando.- ANTROPOLOGIA, Universidad de Lima, Lima-Perú, 1977.
31. TRUYOL Y SERRA, Antonio HISTORIA DE LA FILOSOFIA DEL DERECHO Y DEL ESTADO, Editorial Bárbara de Braganza, España, 1961.
32. VERNEAUX, Roger.- HISTORIA DE LA FILOSOFIA MODERNA, Editorial Herder, Barcelona, 1984.
33. VOLTAIRE, Francois.- CARTAS FILOSOFICAS, Ediciones Sarpe, España, 1983.
34. WELZEL, Hans.- FILOSOFIA DEL DERECHO, Editorial Aguilar, España, 1971.
35. WYSS, Dieter.- ESTRUCTURAS DE LA MORAL, Editorial Gredos, España, 1975.

M. PLCH
BIBLIOTECA
2003

