



# PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia  
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

DICIEMBRE 1983

*La suscripción para el año 1983 (abril-agosto-diciembre) debe realizarse mediante el envío de cheque o giro postal —a la orden de Universidad Católica Argentina— y datos del interesado, a la sede de la revista: Moreno 371 (1091), Buenos Aires, República Argentina. El costo de la suscripción es de \$a 30 y el de cada número atrasado, \$a 10.*

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

*Decano:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

C O N S E J O D I R E C T I V O :

*Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:*

Mons. JUAN DAN y Dr. ALFREDO DI PIETRO

*Suplentes:*

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

*Por los profesores titulares:*

Dr. FRANCISCO ARIAS PELEERANO, Dr. BERNARDINO MONTEJANO  
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

*Suplentes:*

Dr. ALFREDO BATTAGLIA, Dr. OSVALDO COSTALES  
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

*Por los Profesores no titulares:*

Dr. ROBERTO PUNTE

*Suplente:*

Dr. ERNESTO POLOTTO

*Secretario Académico:*

Dr. JUAN MARCOS PUEYRREDÓN

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

*Director:*

Dr. SANTIAGO DE ESTRADA

*Subdirector:*

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

*Consejo de Dirección:*

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL, Dr. ALFREDO DI PIETRO,  
Dr. LINIERS DE ESTRADA

*Secretario de Redacción:*

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

*Junta Asesora:*

R. P. DOMINGO BASSO, O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA,  
Dr. JUAN BARGALLO CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN,  
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JORGE A. MAZZINGHI y  
Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

Con licencia eclesiástica

## UNA GRAVE PREOCUPACIÓN

Desde muy antiguo, al asumir ciertas magistraturas u otras funciones públicas de singular relevancia, los designados para tan importantes cargos formulan una solemne promesa de desempeñarlos con lealtad, patriotismo y fiel acatamiento de la Justicia y el orden jurídico. Y, habida cuenta de la fragilidad propia de las cosas y acciones humanas, para que tal promesa resulte verdaderamente empeñativa y revestida de cabal credibilidad, se invoca a Dios como testigo y garante del fiel cumplimiento de la palabra empeñada. Es decir: se presta juramento; vocablo por el cual, según definición de la Real Academia de la Lengua Española, se entiende el acto de afirmar o negar algo poniendo a Dios como testigo.

El juramento es así un acto típicamente espiritual y religioso. Como reza una clásica precisión canónica, iuramentum est Divini Nominis attestatio, o, subjetivamente expresada, invocatio Dei in testimonium de veritate rei quae asseritur. . . Por eso la ley I del título XI de la Tercera Partida, luego de afirmar que la "jura" es "averiguamiento que se faze, nombrando a Dios o a alguna otra cosa santa, sobre lo que alguno afirma que es así, o lo niega", explica: "e lo que diximos que deuen jurar por alguna cosa santa, non se entiende por cielo, nin por tierra, nin por otra criatura, magüer sea biua, o non; mas por Dios primeramente, e de sí por santa María su madre, o por alguno de los otros santos. E esto por razón de la santidad que recibieron de Dios; o por los Evangelios, en que se cuentan las palabras, e los fechos de Dios; o por la Cruz en que fue él puesto; o por el altar, porque es consagrado, e consagran en él al cuerpo de nuestro señor Jesu Christo. E otrosí por la yglesia, porque alaban y a Dios e lo adoran".

Por ser un acto substancialmente religioso, el juramento presupone en quien lo presta la más absoluta libertad y una profunda e íntima convicción y actamiento de la soberanía divina. Todo lo cual, cuando de cristianos se trate, ha de estar informado e iluminado por la Fe sobrenatural, no requerida para los no cristianos. De ahí que la forma de jurar haya de adecuarse a las diferentes posiciones religiosas, personales, como estaba dispuesto en las Partidas que, además del modo típico de los cristianos, establecía fórmulas especiales para moros y judíos. Y por idénticos motivos, también aquí y ahora, los que no son cristianos prescinden de los aditamentos y modalidades expresivos de nuestra Fe, aunque no, por cierto, de la invocación a Dios, sin la cual no habría juramento válido.

Aparte de estar legalmente exigido para ciertos y determinados casos, el juramento tiene hondas raíces en los usos y costumbres de la República. Dadas las características religiosas nacionales, generalmente se lo presta al modo cristiano, sobre los Santos Evangelios, pero no es demasiado infrecuente que se prescinda de esta expresión de Fe, y es tan amplio el criterio imperante al respecto que hasta suele tolerarse, en esta materia, la simulación real o subjetiva. Pero, como quiera que fuese, objetivamente considerado, el juramento

*tiene siempre una connotación religiosa e ideológica cuya repercusión pública e importancia dependen del ambiente en el cual se presta y del cargo o función a que se refiere. Entre los ministros del Poder Ejecutivo Nacional, por ejemplo, a pesar de la igualdad de rango, no es lo mismo el juramento del ministro de Obras Públicas o de Economía que el de Educación o de Relaciones Exteriores y Culto, pues se trata de ámbitos de muy diversa incidencia sobre lo cultural y lo religioso.*

*La Constitución Nacional vigente trata el tema del juramento en los artículos 59, 80 y 98. Por el primero dispone que los senadores y diputados deben prestarlo al incorporarse a sus respectivas cámaras; el 80 lo exige para el Presidente y el Vicepresidente de la Nación, y el 98 para los integrantes de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En consonancia con el requisito de pertenecer a la comunión católica, apostólica, romana, que han de satisfacer tanto el presidente como el vice, el 80 fija la modalidad netamente católica que debe revestir el juramento. Los otros dos artículos no establecen fórmula alguna; el 98 se limita a precisar que, al instalarse el tribunal, el acto se cumpliría ante el presidente de la Nación y que, en lo sucesivo, los miembros jurarán ante el presidente de la Corte.*

*La exigencia del juramento, limitada a los casos señalados, tiene una profunda significación dentro del contexto de la Constitución. Es el único acto religioso personal que impone a determinados funcionarios, y lo hace, tan luego, con respecto a quienes encabezan los tres poderes supremos del Estado. No se trata de una exigencia establecida sin mayor motivación o por mera condescendencia a unos y costumbres de la época sino de un requisito plenamente congruente con la invocación a Dios, como fuente de toda razón y justicia, contenida en el preámbulo. Nada más lógico pues que también deba ser invocado Dios cuando los llamados a poner en práctica esa razón y esa justicia asuman las responsabilidades consiguientes, tal como las regula la Constitución misma.*

*Ningún artículo de la Constitución ha tenido más fiel, constante y exacto cumplimiento que el 80. No sólo ha sido cumplimentado cada vez que un ciudadano, constitucionalmente elegido presidente, asumió la primera magistratura sino que la práctica se mantuvo invariable aun en los casos, bastante frecuentes, de gobernantes provenientes de golpes de estado, y en tiempos en que bien podría haberse repetido aquella respuesta del bombero al diputado que protestaba por la clausura de las sesiones extraordinarias del Congreso, dispuesta por el presidente Figueroa Alcorta: "¡la Constitución...! ¡No ha venido, Señor!". Lo cierto es que, desde 1854, en que comenzó a aplicarse el artículo, todos los jefes de estado argentinos han jurado con la fórmula ortodoxa tradicional, sobre los Santos Evangelios, cualesquiera hayan podido haber sido las reservas mentales que, en el fuero íntimo de la conciencia, podrían haber invalidado el gesto.*

*La aplicación del artículo 59, restringida lógicamente a los períodos en que ha funcionado el Congreso, ha sido más diversificada y, a menudo, de más dudosa validez objetiva. Entre las varias fórmulas empleadas no han faltado algunas que, por hacerse en ellas ostentación de ateísmo excluían el juramento mismo. En más de una oportunidad pudo quedar así abierto un interrogante sobre la validez de la incorporación de un legislador que no hubiese cumplido*

*con el requisito constitucional. Pero... dado el carácter y las modalidades políticas de las funciones parlamentarias se habría tratado, o se trataría, de una duda no susceptible de una mera solución jurídica.*

*Más delicada, quizá resulta la interpretación del artículo 98. No habiéndose establecido en él una forma determinada, parecería, prima facie, que nada podría oponerse a la exclusión de las modalidades católicas tradicionales. Pero es menester no perder de vista la especialísima función de la Corte Suprema en orden a la observancia leal de la Constitución y del espíritu que la informa, y no descuidar la particular relevancia que la Constitución misma, juntamente con la tradición nacional, reconoce a la Religión y a la Iglesia. Cabe pues afirmar que si la susodicha exclusión dejare de ser caso de excepción o, si aun sin generalizarse, fuese expresión de deliberado repudio o, peor todavía, de ruidosa apostasía, la exclusión adquiriría un sentido incongruente con nuestro ordenamiento institucional y con las más arraigadas y predominantes convicciones religiosas de la Nación, además de que podría ser indicio de un gravísimo peligro: que el más alto tribunal de la República, en sus fallos, pudiese llegar a prescindir de la ética cristiana o a contradecir los dogmas católicos.*

*Y es por ello que resulta por demás preocupante el hecho, evidentemente novedoso e inusitado en nuestro país de que, de los cinco ciudadanos designados para integrar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sólo dos hayan jurado con la fórmula católica tradicional y sobre los Santos Evangelios.*

S. E.

## LA INCIDENCIA INSTITUCIONAL EN LA HISTORIA DE TEXTOS JURÍDICOS \*

1. Partimos de la idea de que, si toda la historia tiene por objeto los textos, también así la historia del derecho versa sobre textos jurídicos. Por eso, en nuestra opinión, también la historia jurídica debe ser ante todo filológica, pues presupone una crítica y una hermenéutica de los textos.

Pero, ¿qué entendemos por instituciones?, y ¿de qué modo puede admitirse también que el objeto de la historia del derecho son las instituciones, como muchos, y con gran autoridad, defienden?

Esto equivale a plantear la cuestión de qué relación hay, en nuestra opinión, entre textos e instituciones a efectos de la historia jurídica. Pero dejaremos aparte, por simplificar nuestra breve exposición, la otra cuestión de cómo se puede hablar de historia del derecho si mantenemos un concepto estricto del derecho como “aquello que prueban los jueces”, siendo así que las instituciones que solemos considerar como propias de la historia del derecho son muy principalmente, casi diría exclusivamente en muchos sistemas de enseñanza, instituciones de la organización social y del todo ajenas al decisionismo judicial; así, pues, hablaremos, como suele hacerse, de la historia del derecho como la referida a las instituciones sociales del pasado, más que al derecho propiamente dicho.

2. ¿Qué significa “institución”? “Instituir”, en su primer sentido, es “enseñar”, y por eso aquellos libros, también y sobre todo los de la historia jurídica, que procuran una enseñanza elemental se titulan *Instituciones*. No hay así, desde el punto de vista del significado originario, una gran diferencia entre “instituir” e “instruir”, pero el uso ha llevado a hablar de “instrucciones” cuando la enseñanza tiene una finalidad práctica normativa, como cuando hablamos de la “instrucción militar” o de las “instrucciones para el manejo de una máquina”; en tanto la palabra “instituciones” ha tenido otra derivación.

En efecto, la enseñanza institucional tiende a ordenarse en forma sistemática, y por la misma constancia y perennidad de aquella forma didáctica, se ha venido a llamar “instituciones” a los distintos temas que se repiten en tal enseñanza. Sólo una derivación ulterior ha extendido este sentido de perennidad a determinados entes sociales a los que se refieren tales temas, pero no siempre, pues una última extensión semántica ha llevado a hablar de “insti-

---

\* Comunicación a la Sexta Semana Nacional de Historia del Derecho, celebrada en la Universidad de Educación a Distancia (Madrid, 1983), bajo la feliz dirección de Rafael Gibert, con asistencia también de algunos profesores hispanoamericanos.

tuciones” para designar sobre todo corporaciones públicas a las que no siempre se refieren los temas de una enseñanza sistemática habitual.

A consecuencia de esta progresiva extensión de la palabra “institución” hablamos, por ejemplo, del Parlamento, de los tribunales de justicia, del matrimonio o del arrendamiento como instituciones. A este tipo de instituciones públicas, pero a veces también privadas, suele referirse de hecho la enseñanza institucional de la historia del derecho.

3. Esta inevitable referencia institucional de nuestra enseñanza incide de una manera decisiva en el método propio del estudio histórico como estudio de textos.

En efecto, cuando se trata de una historia general, los textos objeto de nuestro estudio suelen ordenarse de una manera primariamente cronológica. Empezamos por considerar los textos de fecha más antigua, aunque luego ordenemos los datos que tales textos nos suministran por un orden cronológico propio de los hechos. Por ejemplo: empezamos por estudiar unas crónicas casi contemporáneas de los hechos que narran, pasamos luego a los libros de historiadores algo posteriores y finalmente a la historiografía de nuestro tiempo, para luego ordenar una secuencia de acontecimientos por el orden cronológico particular de los mismos.

Este método de la historia general es posible porque la historia general es esencialmente biográfica, y, de la misma manera que cuando tratamos de una biografía personal ponemos los datos suministrados por los textos en el mismo orden de la vida del personaje biografiado, así también, cuando hacemos historia de ciudades o de pueblos, o incluso una historia universal, venimos a seguir el mismo orden biográfico, empezando por el principio, para llegar al final del tiempo acotado, incluso hasta nuestros mismos días como final de nuestro estudio.

Este método es posible precisamente porque el orden fundamental de la historia general es biográfico, y es el mismo proceso vital el que determina un orden natural para la exposición de los datos que abstraemos de los textos, objeto éstos de la historia, pero medios imprescindibles para aquella descripción biográfica que nuestro espíritu parece reclamar de la información de los textos.

4. No así cuando se trata de historiar instituciones, pues las instituciones no son seres vivos, de los que sea posible trazar una biografía, sino entes abstractos que no presentan una continuidad biológica. Porque un hombre nace, vive y muere, pero eso que llamamos “instituciones” son abstracciones incorpóreas sin existencia ni desarrollo vital. La ley como fuente del derecho, por ejemplo, o el contrato de compraventa no son seres que nazcan, vivan y mueran, y sobre ellos no cabe una biografía. Lo único que podemos decir sobre ellos es lo que determinados textos, principalmente textos legales, pero también documentales o de todo tipo, nos dicen sobre tales instituciones.

Esto equivale a decir que la historia de instituciones se reduce a la comparación de lo que los textos nos enseñan sobre ellas, sea en forma propiamente didáctica, como cuando algún texto nos define qué concepto tenía su autor de lo que es la ley o la compraventa, sea de un modo práctico, por la forma en que se nos puede presentar algo que pretende ser una ley o un contrato de compraventa.

Desde este punto de vista, cuando ordenamos cronológicamente estos textos, no cabe decir que entre un momento anterior y otro posterior de los mismos exista la continuidad de un ser vivo biografiado. La ley, en abstracto, lo mismo que la compraventa, no existen como entes históricos, sino que todo nuestro conocimiento sobre tales instituciones de nuestra enseñanza se reduce a lo que cabe deducir de la comparación de los textos, sin que podamos tener gran seguridad sobre lo que intercede entre un momento y otro respecto de aquella institución referida. Por ejemplo, si sólo tuviéramos textos sobre la compraventa extraídos del Digesto y luego, sin más, del Código Civil, sería absurdo pretender una como "biografía" del contrato de compraventa. Lo mismo si sólo tuviéramos textos sobre las Cortes de Castilla en la Edad Media y luego los de la Constitución vigente. Pero es precisamente lo que ocurre en la historia de las instituciones que interesan al historiador del derecho. Sólo puede contar éste con textos sueltos, aunque las lagunas no sean tan grandes como las de los ejemplos que exageradamente hemos puesto.

En todo caso, aunque los textos se nos presenten con intervalos menores, e incluso podamos contar con muchos textos coetáneos, lo único que podemos hacer es comparar unos textos con otros y deducir de esa comparación posibles cambios de concepción y de práctica. No biografía, pues, de las instituciones, sino simplemente cotejo para ver semejanzas o diferencias textuales.

5. Siendo ésta una necesaria limitación de la historia jurídica, determinada por la inexistencia de entes naturales realmente existentes, sino sólo conceptuales que inducimos de la interpretación de los textos, es mi opinión que la historia propiamente jurídica debe seguir un orden cronológico que no es precisamente el biográfico, que corre al hilo del tiempo vital, sino precisamente el contrario, es decir, el orden que busca retrospectivamente los precedentes de los textos jurídicos posteriores. Porque los textos jurídicos objeto del estudio del historiador del derecho proceden unos de otros, y lo que precisamente interesa a tal historiador no es tanto la derivación ulterior que un texto, al servir de modelo, haya podido tener, sino, por el contrario, los modelos que un texto determinado ha seguido o de los que más o menos deliberadamente se ha desviado. En otras palabras, la historia del derecho debe ser una historia de precedentes y no de subsiguientes: una historia retrospectiva.

Si esto que decimos vale, en mi opinión, para los historiadores del derecho en general, mucho más necesario me parece todavía cuando se trate de servir a los estudiosos del derecho actual una historia de las instituciones, pues el jurista moderno toma siempre como punto de partida un texto de derecho vigente, y, si se interesa por la historia, es precisamente para interpretar mejor

tal texto vigente por sus precedentes, empezando por los más inmediatos. En este sentido hay una experiencia clamorosa de los civilistas españoles, que reconocen encontrar en las *Concordancias* de García Goyena sobre el Proyecto de 1851 y luego en el Código de Napoleón los instrumentos más eficaces para una recta interpretación del Código Civil que ellos deben manejar.

No hay que decir, por último, que si esto que aquí he dicho no vale para el estudio del derecho romano, ello se debe evidentemente a que el romanista no hace historia del derecho, sino que opera con los textos de un dado sistema jurídico. El método histórico-crítico, fundamentalmente filológico, como el de los historiadores del derecho, resulta necesario al romanista para establecer la base textual apropiada, pero, una vez establecida ésta, su papel es el de un jurista que busca soluciones para los posibles casos presentables. El derecho que el romanista estudia sólo es adjetivamente romano, pero substantivamente es privado: "Derecho Privado de Roma" y no "Instituciones privadas del Derecho romano".

ALVARO D'ORS

## EL DERECHO INDIANO \*

Es para mí un honor y una gran satisfacción inaugurar las sesiones del Séptimo Congreso de este Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano. Fundado en Buenos Aires, en 1966, al celebrarse la primera reunión, vuelve ahora al punto de partida después de haber demostrado su vitalidad en Santiago de Chile, en Madrid, en México, en Quito y en Valladolid, sembrando en todas partes la semilla de esta disciplina científica. Y por cierto que con éxito, pues esta semilla ha caído en terreno fértil, y son cada vez más numerosos los especialistas que se dedican a cultivarla.

Tenemos así una nueva oportunidad para encontrarnos y para reanudar una amistad fundada en la común simpatía que nos profesamos y en la coincidencia de nuestras inclinaciones científicas. Vamos también a conocer las aportaciones sin duda valiosas que cada uno ha de brindarnos a lo largo de estas sesiones que hoy comienzan. Bienvenidos pues a Buenos Aires todos los que llegan desde Europa y especialmente de España, los que han cruzado la cordillera de los Andes y los oriundos del Paraguay y de nuestras provincias. Les brindamos una cordial acogida, y esperamos que su estada en esta ciudad sea a la vez placentera e intelectualmente fructífera.

El derecho indiano fue un régimen jurídico común a todos los países hispanoamericanos, con una larga vivencia de siglos, que nos acerca también a España pues allí estuvo el punto de partida. Esta disciplina constituye entonces un vínculo científico de aproximación entre las naciones que tuvieron un mismo origen, y aunque viven ya bajo otros sistemas jurídicos, reconocen —en materia de derecho— esa ascendencia histórica que es patrimonio de todas, porque a todas les interesa conocer su pasado.

Pero, ¿qué era el derecho indiano? Trataremos de dar un concepto preciso y una descripción exacta, pues es necesario establecer con claridad sus características especiales que lo distinguen de otros sistemas jurídicos.

Si damos a esta expresión un sentido territorial, bastaría con decir que fue el vigente en el Nuevo Mundo hispánico. De la misma manera hablamos hoy de un derecho argentino, pues está formado por un amplio conjunto de normas sancionadas en este país, las cuales se aplican dentro de sus límites. Pero

---

\* Entre el 1º y el 6 de agosto de 1983 se celebró en Buenos Aires el VII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, cuyo Consejo Directivo está formado desde 1966 por Alamir de Ávila Martel (Chile), Alfonso García Gallo (España), Ricardo Zorraquín Becú (Argentina). El Congreso fue organizado por el Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene y por el Departamento de Historia de la Facultad de Filosofía y Letras de esta Universidad Católica Argentina.

En el acto inaugural el doctor Ricardo Zorraquín Becú pronunció el discurso que aquí transcribimos.

este criterio actual no sería coherente con la naturaleza especialísima del sistema que analizamos. En efecto, basta pensar un momento para advertir que si limitamos ese derecho al que tuvo vigencia en los territorios hispánicos, quedarían fuera de su contenido la institución de la monarquía y las normas que se dictaron para regular el funcionamiento de la Casa de Contratación, del Consejo de Indias y de otros organismos que se ocuparon en España de los problemas de ultramar, puesto que esas normas no tuvieron vigencia en Indias sino exclusivamente en la península.

Es necesario entonces buscar otro criterio distinto, que se aparte de esa base territorial. Es preciso recurrir al origen de ese sistema para comprender su naturaleza. Acostumbrados como lo estamos en nuestros días a contemplar derechos nacionales, no comprendemos que no siempre fue así. En los siglos de la Baja Edad Media, y aun después, el régimen jurídico fue en gran parte común a las naciones de Occidente, y en esa medida supranacional. Sin embargo, no fue éste el caso del derecho indiano, pero recuerdo el hecho para mostrar la diferencia que puede existir entre lo antiguo y lo moderno. El de Indias, en cambio, fue creado principalmente en Europa para regular la vida política, social, económica y religiosa de las regiones conquistadas por España en América y Filipinas, y comprendía por consiguiente instituciones que funcionaban en el lugar de origen, para ampliarlo, corregirlo y vigilar su cumplimiento.

Hay entonces dos características del derecho indiano que debemos destacar: era un sistema sancionado e impuesto desde fuera del Nuevo Mundo, y que además mantenía fuertes vínculos de dependencia respecto de España.

En cuanto a lo primero, es bien sabido que los organismos superiores estaban en Castilla. Mientras nuestros derechos nacionales surgen y se aplican dentro del territorio del Estado, sin que esto signifique negar la existencia de vínculos internacionales, el de Indias partía de España y tenía en ella sus instancias más elevadas, tanto en el orden judicial como en el administrativo. Los órganos productores del derecho, por consiguiente, y con las excepciones que luego vamos a considerar, eran extraños a los pueblos sobre los cuales iba a regir. Era un derecho dado, concedido, impuesto, no surgido de las sociedades que tenían la obligación de cumplirlo.

La segunda característica que señalamos consiste en que fue organizado para controlar, desde España, la conducta de las autoridades locales, el funcionamiento de las instituciones y hasta los conflictos que podían suscitarse. Ese control fue rígido y estricto, aunque mitigado por las distancias y la morosidad administrativa. Pero de todos modos era, si puede decirse así, un derecho subordinado, en el cual los grandes problemas, y aun los pequeños, podían llegar a España para su resolución definitiva. No fue, por consiguiente, un sistema totalmente autónomo, cuya aplicación fuera del resorte exclusivo de los gobernantes y magistrados locales, sino, al contrario, un régimen que tenía una evidente dependencia respecto de España.

Esto no significa, desde luego, formular un juicio de valor, ni negar la extraordinaria originalidad de esa creación jurídica. Los problemas tan novedosos que planteaban la conquista de un mundo nuevo, el establecimiento

de los españoles, la condición de los indígenas, la organización del gobierno, los viajes, las expediciones, el comercio y tantas otras cuestiones que se presentaban, obligaron a sancionar un sistema diferente del que era conocido en Europa. La conquista de un continente ignorado y la conversión de sus naturales eran experiencias que requerían soluciones no previstas en el sistema de Occidente. Y aunque esas soluciones partieron naturalmente de los principios del derecho común de la Baja Edad Media, muy pronto fue necesario idear otras normas que se adaptaran más eficazmente a las situaciones difíciles que se presentaban en América. Y así, cada vez más, el derecho indiano se fue distanciando de sus precedentes europeos, para alcanzar una formulación original y en muchos aspectos totalmente novedosa. Y esto es lo que le asigna su importancia, el interés que despierta su estudio y la grandiosidad de sus concepciones.

Podemos entonces decir que fue un sistema de leyes, principios y costumbres creado para organizar el gobierno espiritual y temporal de las Indias, establecer las condiciones de sus habitantes, regular la navegación y el comercio y, sobre todo, convertir a los indígenas a la fe católica. La enunciación de estos problemas, que los países de Occidente no conocían o los tenían ya resueltos de otras maneras, explica las razones que obligaron a sancionar este amplio conjunto de disposiciones nuevas con características muy especiales. Si no hubieran existido esos problemas, habría sido suficiente aplicar el sistema de la península, sin necesidad de establecer otro régimen diverso.

El concepto anteriormente expuesto no señala cuáles fueron los órganos de creación de este derecho. El asunto requiere un párrafo aparte. Es curioso advertir —como ya lo puse en evidencia en otra oportunidad— que los grandes lineamientos del sistema aparecen ya enunciados en las bulas alejandrinas de 1493, cuando nadie tenía un conocimiento exacto, ni siquiera aproximado, de lo que eran las islas descubiertas por Colón. Con una intuición que podríamos llamar providencial, la Santa Sede fijó las bases que iban a inspirar y dirigir la ulterior creación del derecho indiano. Las bulas, en efecto, establecieron para las Indias un gobierno monárquico con su correspondiente sistema de sucesión, fijaron su condición internacional como región exclusiva de Castilla, atribuyeron a los Reyes Católicos la facultad de elegir a los religiosos que debían evangelizar a los naturales, anticipando así la institución del Patronato eclesiástico, otorgaron a los mismos monarcas el monopolio de la navegación y del comercio, eliminando a las demás naciones y, por encima de todo ello, impusieron la obligación de convertir a los indígenas al cristianismo, delegando esa tarea en los reyes para su más fácil ejecución.

Estos principios fundamentales, que constituyen las bases del derecho indiano, fueron luego desarrollados a través de una legislación minuciosamente reglamentaria que dictaron los monarcas sucesivos. Fue un sistema elaborado por las autoridades que aconsejaban a los reyes, y por eso puede llamarse un conjunto homogéneo con el sistema peninsular, lo cual revela la unidad de jurisprudencia. Este derecho instituido por España para la organización de las Indias forma la parte principal del sistema que estudiamos.

Hubo también, complementando al anterior, un derecho local elaborado por los funcionarios de las provincias y por los cabildos. Esta legislación, a

veces importante, sólo se distingue de aquélla por el lugar en que fue sancionada, pero no por las ideas que la inspiran. En rigor, puede decirse que forma un conjunto homogéneo con el sistema peninsular, lo cual revela la unidad de concepción puesto que no existen entre ambos, ni podría haberlas, discrepancias ni contradicciones.

Esta legislación derivaba, o bien de poderes expresamente concedidos, o bien de las atribuciones propias de las autoridades locales. En ambos casos, había una delegación expresa o implícita de facultades, lógica y normal cuando no se tenían en España el conocimiento, la experiencia o la posibilidad de resolver de inmediato los problemas de cada región. Esta delegación de poderes legislativos es común a todos los gobiernos descentralizados, como lo era el de las Indias y, por lo tanto, no creemos que pueda establecerse una distinción esencial entre uno y otro. Más aún: muchos ordenamientos creados en América fueron ratificados en España o sirvieron de base para otras construcciones allí elaboradas.

El derecho indígena constituye un problema especial. Los españoles aceptaron los usos y costumbres de los indios y resolvieron cumplirlos siempre que no fueran contrarios a la religión o claramente injustos. De manera que al efectuarse esa recepción global del derecho autóctono éste se convirtió en una parte del sistema indiano.

Este último se completaba con las costumbres surgidas localmente para resolver cuestiones no legisladas, y aun con la doctrina de los autores, que tuvo mucha influencia en la aplicación judicial del derecho.

Hasta ahora sólo nos hemos referido al conjunto de normas que podríamos llamar real, pues el monarca era el supremo legislador y de él partían las principales disposiciones o delegaba su sanción en otras autoridades. Pero existe también un derecho canónico indiano, independiente del anterior, no incluido en la Recopilación de 1680 y que era ajeno a la competencia de los funcionarios reales.

Fuera del derecho eclesiástico y canónico universal, y aun derogándolo, los papas sucesivos sancionaron numerosas disposiciones destinadas especialmente a las Indias. Los privilegios concedidos a los monarcas españoles, las facultades de los diocesanos, la situación de las órdenes religiosas, la administración de los sacramentos y muchas otras cuestiones conexas dieron origen a un derecho especial, que procuraba ordenar los problemas indianos de acuerdo con las necesidades y las circunstancias que se presentaban en América. Si bien estas bulas breves y otros documentos pontificios requerían, a partir de 1538, el pase o *exequatur* del Consejo de Indias, esta circunstancia no les quitaba su naturaleza ni su origen eclesiástico.

A este derecho canónico indiano debe agregarse el local, surgido en América por obra de los Concilios Provinciales, los Sínodos Diocesanos, las decisiones de menor importancia de los obispos y las que tomaban las órdenes religiosas. En las Misiones, por ejemplo, los jesuitas instituyeron un sistema de gobierno, social y económico de singulares características. Todas estas instituciones indianas en su faz canónica merecen estudios más profundizados, que sólo en parte han sido emprendidos hasta ahora.

Mucho más podríamos decir del sistema jurídico que nos interesa, y aun referirnos a otras fuentes que no hemos mencionado, pero creo que con lo dicho basta para destacar sus rasgos esenciales y su contenido especial. Debo suspender estas consideraciones en homenaje a la brevedad, con el fin de no prolongar demasiado este acto inaugural.

No puedo terminar, sin embargo, sin agradecer muy sinceramente a la Secretaría de Estado de Cultura de la Nación y a la Universidad de Buenos Aires por la ayuda que han tenido la generosidad de brindarnos. A pesar de las dificultades financieras que son de todos conocidas, los órganos rectores de nuestra vida intelectual han sabido valorar la importancia de este Congreso y darle el apoyo necesario, sin el cual no hubiera podido realizarse. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto ha tenido, asimismo, la gentileza de contribuir a esta empresa científica, fomentando de este modo nuestra amistad con los países aquí representados. También debo expresar la mayor gratitud al Colegio de Escribanos de Buenos Aires, en cuya sede celebraremos la sesión de clausura, al Ministerio de Educación, a la Secretaría de Cultura de la Municipalidad de Buenos Aires y al Club Náutico San Isidro, que de una o de otra manera han contribuido a la organización de estas reuniones.

Pero mi agradecimiento, muy personal, va dirigido también a los demás miembros de la Comisión Organizadora, que han sido para mí más que colaboradores. Ellos han promovido este Congreso y logrado su efectiva realización. Y por último debo agregar mi especial reconocimiento a las doctoras Marcela Aspell y Raquel Bisio de Orlando por su extraordinaria dedicación, empeño y capacidad, puestos incondicionalmente al servicio del programa que nos íbamos trazando.

Vuelvo a dar la bienvenida a nuestros invitados. Han tenido la gentileza de acudir a esta convocatoria abandonando muchas veces sus quehaceres, para ofrecernos el fruto de sus investigaciones y de sus trabajos. A ellos también les agradezco su concurrencia, y deseo que encuentren entre nosotros la cálida acogida, el ambiente grato y la afinidad intelectual que han caracterizado siempre a estos encuentros. Espero que nuestras reuniones habrán de distinguirse por esos mismos rasgos esenciales, y auguro con la mayor seguridad el éxito del Congreso, porque en buena medida depende también de las aportaciones de quienes han venido a celebrarlo. De esta manera lograremos afianzar los vínculos científicos que forman la trama invisible de nuestra solidaridad intelectual.

RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ

## APOSTILLAS EN TORNO AL TEMA DE LA RESPONSABILIDAD

SUMARIO: I. SOBRE LO QUE DISPUTAN LOS JURISTAS. — II. ENCUADRE DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LOS OBJETOS DE LOS SABERES. — III. INTENTO DE EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LA CONFUSIÓN DE “RESPONSABILIDADES”: 1. *El derecho natural clásico*. 2. *El derecho romano*. 3. *Santo Tomás*. 4. *El voluntarismo del bajo medievo*. 5. *La evolución en lenguas francesa, inglesa y española*. — IV. LA ESCALADA MORAL: 1. *Los juristas del antiguo régimen*. 2. *La escolástica española*. 3. *La escuela moderna del derecho natural*. 4. *Recapitulación*. — V. INTENTO DE PRESENTACIÓN SINTÉTICA.

### I. SOBRE LO QUE DISPUTAN LOS JURISTAS

1. Una visión panorámica del tema de la responsabilidad, nos permite advertir que bajo este acápite se encuentran agrupados problemas de gran significación; temas que al recordarlos, también permitirán acotar el aquí encarado. Se encierra, en primer lugar, en este campo de los saberes el tema de la responsabilidad moral y el de la responsabilidad jurídica —o si se prefiere, el tema del pecado o de la deserción de sí mismo, según sea el punto de partida— y lo que se ha llamado en el campo de los juristas: la teoría del responder.<sup>1</sup> Y, forzoso es reconocerlo, las tesis jurídicas cargadas de consideraciones morales, tanto como las morales planteadas en términos de un juridicismo a ultranza, no han servido sino para complicar más las cosas.

Pero centrando sólo la cuestión del responder jurídico, se advierte que ello encierra sistemas tan peculiares como la responsabilidad criminal y la civil. Sin perjuicio de que dentro de ésta, se coloquen —no sin hesitación— tanto el tema de la reparación de los daños derivados del incumplimiento contractual, como los nacidos de los ilícitos de fuente varia. E incluso otras fuentes resarcitorias que no son hechos típicamente ilícitos.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, “Esencia y fundamento de la responsabilidad civil”, Separata de la *Revista del Derecho Comercial y de las obligaciones*, nº 64, Buenos Aires, Depalma, s/f: “La idea básica, expuesta en pocos renglones, es la siguiente: la teoría del responder no es en realidad la teoría del acto ilícito, sino la del acto dañoso, o —si se quiere— la teoría del daño civil. Hay un responder-sanción que funciona cuando el daño ha sido causado ilícitamente, pero esa materia es sólo un capítulo de otra más amplia, la del responder-distribución, que corresponde a todos los casos de daños civiles, hayan sido ellos ilícitos o no”.

<sup>2</sup> JOSÉ MARÍA LÓPEZ OLACIREGUI, “Notas sobre el sistema de responsabilidad en el Código Civil, balance de un siglo”, Separata de la *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1964-I-IV, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. En el nº 17 incluye dentro de este campo —en sentido amplio— casos como la responsabilidad en que incurriría un esposo dentro del régimen de separación (art. 67 de la ley 2393), o un hijo dentro del campo del art. 278 del Código Civil. También el miembro de una entidad por violar los estatutos incurre en sanciones disciplinarias, o el contratante incumplidor sujeto a penas convencionales o —finalmente— el subordinado que falta a sus deberes con relación al principal o a la disciplina de la empresa.

Se disputa también —y de qué manera!— sobre el fundamento de la responsabilidad aquiliana: cuestiones sobre el elemento subjetivo del ilícito, tesis del riesgo creado, responsabilidades objetivas de diversa fuente.<sup>3</sup>

2. Pero hay una polémica a la que no puedo permanecer ajeno. Una polémica que —desde hace ya muchos años— opuso el doctor Jorge Mosset Iturraspe a quien fuera mi maestro de derecho civil, el doctor Jorge Joaquín Llambías. Que nos edificó con su ejemplo a una generación de jueces, que nos precedió “con la señal de la Fe y hoy duerme el sueño de la paz”.<sup>4</sup> Sus principales mojonos son —brevemente— aquel viejo artículo de Llambías, fruto de su conferencia en Mar del Plata: “El derecho no es una física de las acciones humanas” y un trabajo del primero sobre “La responsabilidad por riesgo”,<sup>5</sup> sin olvidar el *Estudio de la reforma del Código Civil* publicado por Llambías con motivo de la modificación de 1968.<sup>6</sup> También los tratados que —uno y otro— han donado con provecho a la ciencia jurídica nacional.<sup>7</sup> Hasta las controversias

---

<sup>3</sup> LEONARDO A. COLOMBO, *Culpa aquiliana*, cfr. p. 14 y ss., n° 5 “la subjetividad en la culpa” donde sintetiza con claridad diversas posturas, inclinándose por lo que califica el principio tradicional de la subjetividad (punto b).

<sup>4</sup> JORGE J. LLAMBIÁS, “El derecho no es una física de las acciones humanas”, LL, 107-101.

<sup>5</sup> La *disputatio* a la que hacemos referencia, arrancó —a mi entender— con la reforma de 1968 y con la introducción del nuevo texto del art. 1113 del Código Civil —ya realizado el trabajo indicado en nota 4—. Al tema se refirió el doctor Llambías en una serie de artículos que publicó *Jurisprudencia Argentina*, luego presentados como *Estudio de la reforma del Código Civil*. El criterio del recordado maestro quedó sentado al referirse al daño causado “por el riesgo de la cosa” (JA, —Doctrina— 1969, p. 40 y ss.). Contra esta postura dice Llambías afirmaciones tan rotundas como que “...entraña una regulación inadecuada de la conducta humana y consiente el sacrificio de los valores morales en los que va implicado el propio sacrificio de la persona humana”, calificándola de «gravemente funesta», de «concepción regresiva de la responsabilidad civil que arrasa con toda valoración de la conducta del agente y arruina el cimiento moral del orden jurídico... Significa «una vuelta a la convivencia primitiva»... se «degrada el derecho»... «reduciéndolo a un modo autoritario de convivencia colectiva... carente de sustentación moral... lo que no deja de ser la amenaza que se cierne sobre la civilización contemporánea... A su juicio, la idea de riesgo es una idea informe, proteica, indócil, imposible de dominar o sujetar. Por lo que postula: “Nos parece indispensable y urgente para impedir el deterioro de nuestro derecho, desplazar la idea del riesgo creado de ese sitio prominente de principio general de la responsabilidad, que en los hechos ha venido a usurparle a la culpa, y retraerla a un lugar más modesto en el cual pueda funcionar aceptablemente” —tal, sería equiparar los casos de daño por riesgo de la cosa a la hipótesis prevista por el art. 907, 2ª parte del Código Civil—: la indemnización por razones de equidad. Sobre la razonabilidad de una tal reforma legislativa se explaya Llambías en las notas 225 y 226.

<sup>6</sup> Es precisamente a este texto al que hace referencia JORGE MOSSET ITURRASPE (“La responsabilidad por riesgo”, con motivo de la reforma del Código y del IV Congreso Nacional de Derecho Civil) en otro artículo, también publicado en *Jurisprudencia Argentina* (Doctrina, 1970, p. 719 y ss.). En él refuta las afirmaciones de Llambías, cuyo detalle dejamos esbozado antes y resulta indudable —dada su estructura— la naturaleza de réplica que el mismo posee.

<sup>7</sup> JORGE J. LLAMBIÁS, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*, 1973, t. III, n° 2147. La respuesta a la tesis de Mosset Iturraspe puede consultarse en el n° 2150 y s. (en especial 2154 a 2159). JORGE MOSSET ITURRASPE, *Responsabilidad por daños*, t. 1 —parte general—, 1979, cap. X y en especial capítulo III, sec. IV. Sin haber entrado en esta disputa, no puede omitirse el pensamiento del doctor GUILLERMO A. BORDA, (G. A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil Argentino. Obligaciones*, t. 110, n° 1341 y ss.) por su especial relevancia en la reforma de 1968. Señala este autor que “el sistema de la culpa, como fundamento exclusivo de la responsabilidad, es insuficiente e insatisfactorio”. La postura —otras veces criticada, por ejemplo, por Llambías— de coexistencia de dos sistemas superpuestos de responsabilidad

de las VII Jornadas de Derecho Civil, de 1979.<sup>8</sup> Discípulos, herederos intelectuales, epígonos y críticos más o menos violentos han ribeteado este diálogo<sup>9</sup> no siempre mantenido en el adecuado nivel de la pura consideración teórica.

Y quiero centrar de este modo la cuestión, ya que ni el tesoro de la *pietas* respecto de uno de los contradictores, ni el don de la *amicitia* relativa al otro, han de ser obstáculos para considerar el problema en una dimensión sapiencial; propio de la ciencia y necesario para quienes —de una manera y otra— hemos sido convocados por la filosofía y sus exigencias inexcusables de veracidad.<sup>10</sup> Porque propio de este oficio es ordenar, distinguir y aclarar con la luz del intelecto, los corrimientos y situaciones que nacen o del mero tratamiento técnico de los asuntos, o de la consideración a nivel científico, o de la aplicación en el plano de las decisiones prudenciales.

Y diría yo, que el eje de la cuestión —desde donde se proyectan una serie de consecuencias— reside en el manteniminto —o no— del principio en que

---

en nuestro código es explicada por el doctor Borda en los siguientes términos "...no se trata de *expulsar* el sistema de la culpa, sino de instalar al lado de él al del riesgo, para la realización de un equilibrio más perfecto entre los intereses y los derechos..." "Porque el hecho ilícito lleva implícito un juicio moral, porque la sociedad siente el deber de sancionar al que se conduce de tal modo, porque no es posible condenar moralmente al que no es culpable, es que la culpa como fundamento de la responsabilidad, sigue teniendo predicamento, con justicia, en el derecho actual. Pero cuando no tiene cabida una valoración moral... (la negligencia de un empleado, el estallido de una máquina)... resulta sin sentido seguir apegados al viejo criterio de la culpa. En esta materia es inevitable acudir a una fuente más realista y verídica: el riesgo creado".

<sup>8</sup> VII Jornadas de Derecho Civil, Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales —Instituto de Derecho Civil— Buenos Aires, 26 al 29 de septiembre de 1979. Ver en especial p. 149 y ss. y acta de la sesión plenaria del 28 de septiembre, p. 193 y ss.

<sup>9</sup> Mención aparte merecen los trabajos del doctor Atilio Anibal Alterini (*Responsabilidad Civil*, en especial nº 119 y *La responsabilidad de la reforma civil*, en especial nº 10 y ss). Es también de destacar en la tesisura "moralista" el tratamiento hecho sobre el tema por el prestigioso civilista y iusfilósofo español Juan Vallet de Goytisolo en su *Panorama del derecho civil*, Barcelona, Bosch, 1973, p. 221 y ss. Sin pretender agotar la bibliografía que se ha ocupado de esta cuestión merecen señalarse: Alberto Rueda, "De la responsabilidad clásica a la responsabilidad objetiva", en *Revista del Notariado*, nº 747. Trigo Represas, F. A., "La extensión del resarcimiento en la responsabilidad objetiva", LL, 5 de julio de 1979; Bustamante Alsina, J., "Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva", LL, 20 de agosto de 1979; Brebbia, R. H., "Acerca de la llamada responsabilidad objetiva y de su reparación", ED, 84-897; Fleitas Ortiz de Rosas, F., "El vicio de la cosa en la responsabilidad objetiva", en LL, del 7 de diciembre de 1979; Gosende, J. H., "Extensión de la reparación en la responsabilidad objetiva", LL, del mismo día; Bello, M. E. F. de, "Extensión de la responsabilidad objetiva", LL, del 8 de octubre de 1981; Ch. de Mezer, M., "Sistemas de responsabilidad civil", en *Revista del Notariado*, nº 747; Smith, J. C., "La responsabilidad por el hecho de los incapaces", ED, 99-787; Daray, H., "La responsabilidad por riesgo creado y los accidentes de tránsito", ED, del 25 de octubre de 1982; Cassagne, J. C., "En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado", ED 99-937 de 1982. Por lo demás, el tema ha vuelto recurrentemente en los trabajos de los propios doctores Llambías y Mosset Iturraspe: del primero, "El fundamento de la responsabilidad civil en el Código de Vélez y en la forma de 1968", ED, 25-827; "El límite de la reparación en la responsabilidad objetiva", LL del 29 de mayo de 1980; "La acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", LL, 19 de julio de 1979. Del segundo, "La recepción de la teoría del riesgo creado por el Código Civil a través del art. 1113", LL, 26 de septiembre de 1979. Algunos de estos trabajos apuntaron a las memoradas VII Jornadas... cit.

<sup>10</sup> CARLOS I. MASSINI, "La reparación civil desde las perspectivas clásica y moderna. Una consideración a partir de la escuela del derecho natural clásico", ED, 98-1021.

hemos sido educados: *no hay responsabilidad sin culpa*. De “principio señero del orden jurídico” lo califica Llambías.<sup>11</sup> Por el contrario, Mosset<sup>12</sup> señalaba en las recordadas VII Jornadas de Derecho Civil “...es la auténtica responsabilidad jurídica (la que se origina en el riesgo), porque la otra, la que está fundada en la culpa, está cargada de connotaciones morales. También está cargada de un acento individualista, al punto que recién se desarrolla en el panorama jurídico a partir del siglo XVII...”.

Sobre esto es necesario reflexionar. Hoy lo haremos sobre el fundamento de la responsabilidad, sin dejar de advertir la existencia de otras cuestiones conexas —tal la determinación justa de los obligados a responder— que no serán materia de tratamiento aquí.

## II. ENCUADRE DEL PROBLEMA A LA LUZ DE LOS OBJETOS DE LOS SABERES

1. Si bien es cierto que la tesis de la especificación de los saberes por el objeto se aplica de manera estricta en el campo de las ciencias especulativas,<sup>13</sup> no resulta descartable su incorporación —en la medida de lo posible— a otros ámbitos. A casos como el derecho, donde nos enfrentamos con un saber práctico, que —en términos aristotélicos— no reviste carácter de necesidad en sus conclusiones.<sup>14</sup> Aquí, en buena lógica,<sup>15</sup> la distinción radical se determina por el fin.

No obstante, si cabe una consideración especulativa del objeto práctico<sup>16</sup> —ya sea a nivel filosófico o en un plano de consideración “quasi-científica”—<sup>17</sup> no parece descartable tratar de poner orden en nuestras cuestiones con elementos que nos aporta la lógica científica. Entre otros, esta capital cuestión de la diversidad de enfoques a la luz de los criterios de especificación por el objeto.

2. Un saber es un “haber” —algo que tengo— y un haber sobre algo. De allí se sigue que ese algo que constituye mi *habitus* fundará los varios campos posibles en que pueda organizarse el plano general de los saberes. Ese campo de objetos que constituye aquello que el sabio sabe.<sup>18</sup>

En muchas circunstancias es suficiente para distinguir estos campos del saber simplemente reparar en lo que llamamos el objeto material. Objeto material que podríamos definir con el padre Ramírez como “todo aquello que,

<sup>11</sup> J. J. LLAMBÍAS, *Tratado*, cit., n° 2147.

<sup>12</sup> J. MOSSET ITURRASPE, VII Jornadas de Derecho Civil, cit., p. 201.

<sup>13</sup> JUAN DE SANTO TOMÁS, *Lógica II*, Quaestio XXVII, art. 1. —2ª col., n° 1 al 10.

<sup>14</sup> MICHEL VILLEY, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, p. 83.

<sup>15</sup> JUAN DE SANTO TOMÁS, *Lógica*, cit. II, XXVII, 1, 5.

<sup>16</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, 14, 16.

<sup>17</sup> ABELARDO ROSSI, “Conocimiento especulativo y conocimiento práctico”, en *Actas del I Congreso Nacional de Filosofía*, Mendoza, Universidad Nacional de Cuyo, 1949, p. 119.

<sup>18</sup> GUILLERMO R. BLANCO, *Curso de Antropología Filosófica*, Ed. privada, 1ª y 2ª clases.

de alguna manera cae bajo la consideración de la ciencia". De esta manera, no cabría confundir el campo del saber gramatical con el que cultiva el matemático. Pero esta primera aproximación no resulta suficiente, pues como señala Santo Tomás<sup>19</sup> esta unidad o diversidad no se toma estrictamente del objeto material, sino de lo que llamamos objeto formal. Objeto formal que, en la escolástica, suele distinguirse como objeto formal terminativo u objeto formal motivo —siguiendo la terminología de Ramírez—<sup>20</sup> si de lo que se trata es de nominar aquel punto de consideración específico que cada saber recorta del objeto material, o bien si se pone en mira la luz, o nivel de inteligibilidad, desde el cual se capta al objeto.

Estas precisiones escolares nos llevan a proponer algunos criterios sapienciales que estimamos, como se dijo, también aplicables al caso de la consideración del tema del derecho. Y precisamente ilustrativas para el tema que nos proponemos abordar. En efecto, si bien aceptamos como punto inicial de distinción científica el tema de los fines del saber —por tratarse de un conocimiento sobre objeto práctico—,<sup>21</sup> la circunstancia de hacer una captación especulativa de lo práctico<sup>22</sup> nos lleva a señalar en primer lugar que la temática que hoy nos convoca también es susceptible de distintas lecturas, de distintas captaciones, en la línea especificativa de la diversidad de saberes por la diversidad de objetos formales.

Dicho de otro modo, en el campo práctico, es posible que determinados fenómenos puedan ser considerados desde distintos ángulos legítimos que vienen a fundar diversos conocimientos que pertenecen a campos científicos distintos. Y que esta diversidad no está dada por la subjetividad de quien conoce, sino por la naturaleza objetiva del ángulo por el cual se aborda al objeto material.

De allí, entonces, que resulta útil recordar que el objeto formal, o ángulo que se ataca del objeto material, sea perfectamente definido<sup>23</sup> como "aquello que primero y fundamentalmente se considera del objeto material, y al través del cual se considera todo lo demás, si es que se considera". Pongamos un ejemplo que aclare este tan hermético lenguaje: el hombre puede ser objeto de muchos saberes (así por ejemplo de la psicología, de la ética, de la fisiología, etc.). Entonces podremos decir que el hombre es objeto material común

<sup>19</sup> S. Teol., I, 1, 3.

<sup>20</sup> SANTIAGO RAMÍREZ O. P. *Comentarios a la q. 1 de la Suma Teológica*, B.A.C., t. I, pp. 31-2 en torno a los arts. 3 al 7.

<sup>21</sup> S. Teol., I, 14, 16.

<sup>22</sup> JOSÉ MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Univ. de Navarra, pp. 28 y ss., 39 y ss., 55 y ss. y 73 y ss.

<sup>23</sup> G. P. BLANCO, *Curso*, cit. Esta definición está tomada de la enseñanza que reposa —a juicio de su autor— en elementos comunes en la escolástica, en especial en Juan de Santo Tomás, textos de la Q. XXVII (*Quare absolute negandum est subiectum aliquod principale alicuius scientiae posse continere immediate omnes veritate talis scientiae sufficienter ad demonstrandum illas, sed necessario intervenire debere definitones particulares diversarum quidditatum, quae in tali scientia tractantur. Unitas autem in subordinatione talium veritatum ad illud principale subiectum non potest sumi ex sola unitate subiecti in esse rei, sed ex formalitate et modo diversae cognoscibilitatis subiecti, quae tandem ad diversum modum immaterialitatis reducitur, ut iam dicemus*).

a esos saberes, lo cual no equivale a decir que la psicología, la ética y la fisiología *sean un mismo saber*. Y no lo son porque cada una de estas ciencias aborda a ese objeto material, desde ángulos diferentes; cada uno de ellos muere de ese objeto material un aspecto distinto. Es por ello que antes decíamos que los saberes se especifican por el objeto formal y definíamos qué era el mismo. Por supuesto dejamos de lado —por creerlo innecesario por el momento— el tema del objeto formal motivo, ya que para lo nuestro nos basta esta aproximación inicial.

Queda dicho, entonces, esta diversidad de los saberes anidados dentro de un mismo objeto material y quede dicho también que ella no nace de consideraciones subjetivas del científico, sino de la riqueza infinita que posee la realidad, que impulsa —desde las mismas cosas— a que se la aborde desde ángulos diversos y abarcadores sólo de alguna o algunas de sus facetas.

3. Y aparece así una primera aproximación a temas más conocidos; a riveras más transitadas por los hombres de derecho.

Ese punto crítico, de donde se seguirán una serie de consecuencias ulteriores, es precisamente la consistencia del derecho. Se abre aquí una disputa que sin poder ser calificada de álgida, sí resulta a mi entender decisiva.<sup>24</sup>

Por un lado están quienes afirman que el derecho en su forma de predicación estricta —en su analogado principal— es la conducta justa; tesis que es sustentada por buena parte de la Escolástica y en trabajos muy serios que se han publicado entre nosotros.<sup>25</sup> Por otro, están quienes preguntan a los primeros: ¿en base a qué criterio habéis definido previamente la consistencia de eso que se dice “justo”? Éstos, que no coinciden en definir el derecho como conducta justa —entre los que me encuentro—, explicamos que el derecho en el sentido primario es una buena proporción, una buena relación posible entre personas, cosas, grupos sociales, estados; una situación armónica de compatibilidad, un reparto armónico de cargas y beneficios en el marco social. Con norte en el bien común político.

Porque aquí reside —bajando ya al tema que nos convoca— el principal problema que hace casi insoluble la cuestión. Si yo afirmo, como consecuencia de esa línea escolástica que recordábamos, que lo propio del jurista es juzgar conductas, no se ve en qué se diferencia, esencialmente, la tarea del hombre de derecho y el *metier* propio del moralista o del director de conciencias. Y en punto a la responsabilidad, si el jurista es sólo un analista de las conductas hu-

---

<sup>24</sup> C. R. SANZ, *Sobre el derecho y el proceso*, LL, 1983-B-875.

<sup>25</sup> Cfr. GUIDO SOAJE RAMOS, *El concepto de derecho*, 2ª parte: examen de cada una de las tres acepciones principales de la palabra derecho; la conducta justa. Instituto de Filosofía Práctica —Cuadernos didácticos, nº 3, 1979—; GEORGES KALINOWSKI, *Concepto, fundamento y concreción del derecho* —estudio preliminar de Carlos Ignacio Massini—, Abeledo-Perrot, 1982; RODOLFO VICO (H.), *Las causas del derecho*, con prólogo de Georges Kalinowski, Abeledo-Perrot, 1983. Con algunas modificaciones es la postura que pareciera sustentar el P. Urdanoz en el comentario a la q. 57 de la II-IIa de *Suma Teológica*, B.A.C. (III, “La constitución esencial del derecho”).

manas, no puede llegarse a concluir cómo puede hablarse de una responsabilidad jurídica que no sea sino un mero capítulo de la responsabilidad moral.

Sé que se me objetará de esta manera: la responsabilidad jurídica abarca sólo conductas exteriores; pero yo me cuestiono dónde se pone el límite de la exterioridad. No alcanzo a distinguir con claridad cuáles son las conductas puramente exteriores, ya que en la propia definición de estos actos humanos específico su dimensión racional y su génesis a partir de una voluntad libre. Por lo demás, no pareciera que la mera exterioridad sirva para calificar lo jurídico y definirlo.

Lo que quiero decir, es que en esta polémica sobre el fundamento de la responsabilidad civil, no habrá jamás una solución razonable si el punto de partida del jurista es el mismo que el del moralista. Por cierto que si ello es así, jamás cabrá otra alternativa que partir del dolo o de la culpa —del pecado, en definitiva— para calificar las formas de reparación de los daños. Y en esa tarea, más nos valiera a los hombres de derecho penetrar los ámbitos de la fe y de la teología, donde existen los goznes de la caridad y la misericordia. En el moralismo laico, que criticamos, no hay cabida para estas virtudes que, en definitiva, son la clave de bóveda de un modo de relación amorosa de Dios con sus criaturas, superior —en grado sumo— a la mera visión del jurista.

4. Así las cosas, habré de ensayar otra explicación del tema, a partir —precisamente— de la idea de la diversidad de objetos formales a la que antes me referí. Decíamos que el objeto formal —en el nivel que nos resulta necesario destacar aquí— es aquel ángulo del objeto material que se considera y desde donde se considera todo el resto. De una manera más gráfica señalábamos que es el punto donde muerde el científico su ángulo propio y desde donde va a tratar todo el resto de la problemática que la realidad va poniendo en su camino.

Pero, forzoso es reconocer que esta distinción inicial tan parva en un comienzo puede llevar a conclusiones con diferencias abismales. De allí que resulte imprescindible distinguir bien de entrada.

¿Cuál es el ángulo de análisis desde donde obra el moralista?

Pues, pura y simplemente la búsqueda de aquello que sea el fin último de la vida humana —la felicidad, si se quiere ser más preciso— y la determinación de los medios que conducen a ese fin. Fin que en un planteo natural —como el de Aristóteles<sup>26</sup>— consistirá en ese estado contemplativo que implica adaptarse a una vida según el orden de la razón que ya —en sí misma— es presentada como atisbo de un modo no humano —divino— de vivir. O, si lo planteamos en el plano sobrenatural, felicidad que consistirá en la contemplación de Dios. Ese llegar a “contemplar la luz de su rostro” del que nos habla la liturgia católica.

Es en esa perspectiva, que se entiende cómo Santo Tomás luego de tratar sobre el fin dirá: “puesto que la bienaventuranza ha de ser alcanzada mediante

---

<sup>26</sup> Cfr. ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, X, VII.

ciertos actos, es necesario considerar los actos humanos para saber cuáles son los que pueden conducirnos a ella y cuáles nos apartan de la misma".<sup>27</sup>

Este es el punto de partida del moralista, del saber moral: conocer el camino para la beatitud, que está entramado de actos humanos —inteligentes y libres—, que se ve impulsado por las virtudes, amparado por la ley y robustecido por la gracia.<sup>28</sup> Es decir que la consideración moral partirá de este despliegue del hombre hacia el fin, tomando como punto de inicio del proceso el análisis de las conductas humanas, luego de la proposición del fin.

En cambio, el ámbito del jurista resulta mucho más limitado, humilde, subalterno. No está llamado él a discurrir sobre esa vida beata —interminable, simultánea presencia de Dios y, en Él, de todos los bienes de los que es causa, posesión perfecta y siempre actual, parafraseando a Boecio<sup>29</sup>— sino a una tarea que se desarrolla en el ágora, en el foro, en medio de las contiendas que son fruto del egoísmo de los hombres. Proponiendo arquitectónicamente formas de relación adecuadas al espacio y al tiempo, guardando las proporciones establecidas por el momento distributivo de la justicia, corrigiendo conmutaciones que alteran la entidad de los patrimonios. Lo propio de su oficio es la justa repartición de bienes, el justo equilibrio de bienes y servicios que pueden ser dispensados y requeridos a los miembros de la ciudad, o como lo dice el propio Santo Tomás<sup>30</sup> "un cierto *opus* —obra— adecuado a otro según algún modo de igualdad".<sup>31</sup>

5. Dicho lo anterior, estamos ya en condiciones de advertir que lo primero y principal que considera el moralista dentro del fenómeno humano es el fin y la ordenación de las conductas al fin, mientras que lo primero que considera el jurista es el buen reparto de bienes y cargas susceptibles de ser repartidos, dentro de la sociedad política. Esto implica advertir también una diversidad inicial de objetos formales terminativos, lo que —paradojalmente— no supone que nada tenga que ver uno con otro campo.

Lo que sí quiero remarcar es que el punto inicial —allí donde se empieza por "morder" la realidad— en un caso son conductas humanas; en el otro buenas —o malas— relaciones entre personas, cosas, grupos sociales, respecto del reparto de cargas y beneficios que son susceptibles de tal tratamiento. Si olvi-

---

<sup>27</sup> S. *Teol.*, I-II q. 6 Prólogo.

<sup>28</sup> S. *Teol.*, I-II q. 90 Prólogo.

<sup>29</sup> S. *Teol.* I-II q. 3 a. 8.

<sup>30</sup> S. *Teol.* II-II q. 57 a. 2.

<sup>31</sup> Sobre esta noción de *opus* suele decirse que es mostrativa de la convicción de Santo Tomás que el *tus* sea primariamente "conducta" o —en el plano de las categorías— ordenable bajo los accidentes *actio* y *passio*; tal ha sido la opinión que —a nuestro requerimiento— señalara personalmente Georges Kalinowski. Pienso que *opus* puede tomarse en un doble sentido, uno el antedicho, pero otro —que es el que estimo adecuado— expresivo de "lo" obrado; de "lo" hecho. Es en este último sentido que se usa en las obras de los compositores musicales. De este modo, la noción de *opus* de Santo Tomás, vendría a continuar las ideas aristotélicas de *ison*, *analogon* y *meson* (cfr. sobre esta última cuestión: MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, París, PUF, Questions, 1983). En esta perspectiva, pero no totalmente idéntica a lo que dejamos planteado, ver JAVIER HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural*, p. 41 y ss., Pamplona, EUNSA, 1981.

damos esto y por un imperceptible corrimiento pasamos de la consideración de las "relaciones" —de las que hablamos— a las conductas mediante las cuales esas relaciones generalmente son hechas u omitidas, ya imperceptiblemente nos encontramos cambiando el punto de partida; identificando la consideración moral con el tratamiento jurídico. Lo cual es tan errado como cuando —sin advertir el corrimiento— consideramos nuestra relación con Dios como mero *debitum ad alterum*. En el primer caso tendremos una consideración moral del fenómeno jurídico, como en el segundo una deformación jurídica de nuestra vida religiosa.

De allí, que para entender con claridad estas esferas, habrá de partirse de lo que "primero y principalmente" es captado por el jurista, sin olvidar que es *desde allí*, desde donde se considera todo lo demás. Y digo así, pues el moralista que así parte: actos humanos ordenados —o no— al fin, al ir estudiando las diversas conductas que se presentan en la experiencia del fenómeno humano, también va a tratar un tipo especial de conducta que será la conducta justa, como antes habrá estudiado la conducta prudente, la conducta fuerte, la conducta templada. Pero al considerar la conducta justa —y su *opus*— estará analizando el resto del fenómeno moral a partir de su propio punto de partida, u objeto formal *quod*.

Cuando el moralista obra así, no hay confusión alguna ya que está viendo la totalidad del obrar humano en orden al fin. Lo grave es que el jurista haga lo mismo; que se ponga a reflexionar toda su actividad desde la perspectiva de la conducta humana, ya que al hacerlo está poniendo su labor en manos de las legitimidades propias del saber moral. Lo que implica —a la postre— perder los límites de su propia tarea ya que si el campo de actividad del jurista se superpone al del moralista como la especie al género, el ámbito del derecho terminará siendo una forma de moral blindada, una parte de la moral especificada por la coacción. Campo en el cual el moralista definirá la totalidad de aspectos para que el hombre de derecho termine siendo sólo un especialista en represión, en coactividad o en el ejercicio de la violencia lícita. Así, ha sucedido con Lutero<sup>32</sup> que termina haciendo arquetipo del hombre de derecho al verdugo.

Por el contrario, adentrado el hombre de derecho en lo suyo, los propios límites de su saber le permiten distinguir los ámbitos de subalternación, no sólo a la moral, también a la política, a la metafísica, etc.

6. En definitiva, si sobre el tema de la responsabilidad no caben lecturas diversas —no contradictorias, pero sí con especificidad propia— la distinción entre responsabilidad moral y responsabilidad jurídica termina siendo insoluble. Corresponderá —de esta manera lo hizo el mundo moderno— cerrar el tema para los juristas y subsumir el capítulo dentro de la moral, conforme también con un tratamiento congruente. La ética estoica pondrá una adecuada explicación sobre la *apatheia* y distancia con la que habrá que acoger tanto a los bienes como a los males; una filantropía universal se propondrá como motor y punto

---

<sup>32</sup> MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchrestien, 1968, p. 279 y ss.

de inicio de una *gnosis* panteísta y —quizá— hasta iniciática. O, ya en el campo de la moral sobrenatural, deberá el jurista asumir el tratamiento del dolor y del perjuicio como camino de redención; deberá ordenar y administrar el ascetismo y el despojamiento de los bienes temporales, poniendo como norte de todas sus labores la salvación eterna. Un horizonte de eterna consolación para los pobres, los oprimidos, los perseguidos, los pacíficos, los que padecen hambre, los que lloran.<sup>33</sup>

Deberá el jurista decirle a quien concurra a su *buffet* para reivindicar la parte de su terreno que ha sido usurpado: “No os preocupéis, que los bienes temporales no son el norte de vuestra vida”, o —incluso— Evangelio en mano, que se goce de perder los bienes aquí —donde el orín y el herrumbre los carcomen— y trate de enriquecer su patrimonio de virtudes y buenas obras. Deberá el juez decidir en su sentencia conforme con la idea de que el sufrimiento es redentor, que si los daños se reparan se evitará que el dañado avance por el camino de su santidad.

7. Si, por el contrario, sin desconocer que tal es la economía de la salvación, el hombre de derecho emprende su tarea desde el ángulo de una consideración que ve lo injusto y lo justo de las relaciones que se dan en el marco de la ciudad, es probable que podamos encontrar una respuesta al tema que nos ocupa. Tanto la moral como el derecho “calan” en el mismo suelo del comportamiento humano, pero en él capta uno el ordenamiento de la conducta al fin, mientras que el otro —más modesto y limitado— principia por observar, determinar y reparar sólo las relaciones exteriores entre personas, entre personas y cosas, entre éstas mismas, entre aquéllas y los grupos infra-políticos, entre éstos y los individuos para con el Estado, y también —tema de lo justo de gentes— de las naciones entre sí.

En el punto conflictivo de la conducta justa o injusta, el jurista comenzará por estudiar no la ordenación del hombre al fin, o el apartamiento de aquél del camino de la beatitud, sino la fractura o la ruptura del equilibrio de las cosas sociales; la existencia de relaciones armónicas o, por el contrario, la ruptura de esa armonía a consecuencia de lo cual se ha venido a producir un desequilibrio o *synalagma*.<sup>34</sup> Ha de principiar considerando el *ius* o lo opuesto, que es la *in-iuria* sin perjuicio de que *desde allí* pueda ir penetrando más y más en el fenómeno que se le presenta. Logrando —si le es posible— considerar las motivaciones, las intenciones, las circunstancias. Pero su punto de arranque no es la subjetividad de quien produce la *in-iuria*, de quien genera el desequilibrio, sino el elemento objetivo del resultado desequilibrado, injusto, desproporcionado. Así cabe plantear una consideración jurídica del tema de la responsabilidad, donde el punto de partida esté en el hecho objetivo del daño y, desde allí, se considere todo lo demás.

Ya ese punto de partida, que es la buena proporción de las cosas y relaciones exteriores, o —por el contrario— la ruptura de ese adecuado equilibrio,

<sup>33</sup> *Lc.*, VI, 20 y ss.

<sup>34</sup> CARLOS R. SANZ, “Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato”, LL, 1978-D-945 y ss.

puede darse tanto en las distribuciones como en los cambios<sup>35</sup> lo que genera la necesidad de responder —del Estado o de los particulares, individuales o comunidades— volviendo, en lo posible, las cosas al estado anterior.

No digo que no sea legítima la consideración moral del tema jurídico, y en especial del tema de la responsabilidad. Lo que afirmo es que el punto de inicio es diverso en cada caso, pues el dato inicial con que trabaja el jurista será también uno de los elementos —y quizá no el principal— que deba valorar el saber moral.

Dicho de otra manera, mientras que el jurista parte del equilibrio objetivo de bienes —en punto al tema que estudiamos— y no es descartable captar la mayor o menor malicia del agente, si es que puede captarlo mediante los elementos de prueba que están a su alcance, el moralista parte del deseo torcido del corazón.<sup>36</sup> Por cierto que el acto exterior añadirá más malicia al pecado, ya que es mayor falta fornicar con la mujer del prójimo que sólo deseársela, pero quien haya dirigido inadecuadamente su intención, ya ha cometido la falta. En un caso se parte de la proporción adecuada o de la ruptura de ella y *desde allí* se considera todo lo demás; en el otro, se parte del recto o torcido deseo del corazón y *desde allí* se considera todo lo demás.

De lo que llevamos dicho se siguen dos conclusiones.

Por una parte, la demostración de la tesis esbozada al comienzo de este punto: que el tema de la especificación de los saberes por el objeto formal terminativo podía arrojar alguna luz en la consideración del problema de la responsabilidad jurídica. Por la otra, una crítica, que es la siguiente: sólo en una perspectiva moral del tema jurídico se explica que nuestra legislación civil —y en general las tributarias de la codificación moderna— introduzca en el código una descripción general sobre el acto humano (arts. 944, 945, 1067 —*in fine*—, 1070 y también las normas contenidas en los arts. 511 y 512 del Código Civil).

### III. INTENTO DE EXPLICACIÓN HISTÓRICA DE LA CONFUSIÓN DE “RESPONSABILIDADES”

1. Hemos ya reseñado en anteriores oportunidades<sup>37</sup> de qué manera resulta irrelevante el elemento subjetivo en el campo de las conmutaciones y recientes estudios<sup>38</sup> confirman estos criterios. No obstante, es del caso recordar cómo tal extremo es claramente ubicado, en lo que se ha dado en llamar la *Escuela*

<sup>35</sup> CONSTANTIN DESPOTOPOULOS, “La notion de synallagma chez Aristote”, en *Archives de Philosophie du droit*, París, Sirey, 1968, t. XII, p. 115 y ss.

<sup>36</sup> Mt. 5, 27.

<sup>37</sup> CARLOS R. SANZ, “Reflexiones”, cit.

<sup>38</sup> EDUARDO SOTO KLOSS, “La contratación administrativa: un retorno a las fuentes clásicas del contrato”, t. II del *Anuario de derecho administrativo* (1977/78), Universidad de Chile. E. R. B. POLOTTO, “Sobre las condiciones generales de contratación como fuente del derecho comercial”, en *Derecho Empresario*, n° 53, A. A. ALTERINI, “Formas modernas de contratación”, en LL, octubre 10-1980. Sin compartir esta postura —incluso sin considerarla—, CONRADO ETCHEBARNE BULLRICH, “La fuerza del contrato”, LL, julio 21-1983.

del derecho natural clásico<sup>39</sup> y cómo se produce la confusión de los tiempos modernos.

Aristóteles<sup>40</sup> es muy claro, cuando distingue los planos de lo justo distributivo y de lo justo correctivo. “Es indiferente —dice— que sea un hombre bueno el que haya defraudado a un hombre malo, o el malo al bueno... La ley atiende únicamente a la diferencia del daño y trata como iguales a las partes, viendo sólo si uno cometió *a-dikema* (*in-iuria*) y otro la recibió; si uno causó un daño y otro lo recibió”. “...el juez procura igualar esta desigualdad de que resulta la injusticia... bien que en algunos (casos) no sea nombre apropiado el de provecho, aplicado al que ha herido, o el de pérdida en la víctima. Sin embargo, todas las veces que un daño pueda ser medido, a un extremo se lo llama pérdida y al otro provecho. Así, siendo lo igual un medio entre lo más y lo menos, el provecho y la pérdida son respectivamente más y menos de manera contraria: más de lo bueno y menos de lo malo son provecho, y lo contrario pérdida. Y como entre ambas cosas el medio es lo igual, y es lo que llamamos justo, síguese que lo justo correctivo será, por tanto, el medio entre la pérdida y el provecho”.<sup>41</sup> Y una vez sentado este principio sobre el equilibrio restaurado a partir del daño, no olvida Aristóteles ni la proporción debida en función del “*status* político” —al tratar de la ofensa hecha a un magistrado<sup>42</sup>—, lo que nos remite al carácter pedagógico de la pena, ni —tampoco— la diferencia surgida de la voluntariedad o involuntariedad del resultado dañoso.<sup>43</sup>

Recién entonces, cuando Aristóteles termina de definir las diversas formas de la *in-iuria* y de lo justo pasa a tratar la formalidad moral de su planteo: la virtud moral de la justicia<sup>44</sup> y los elementos subjetivos del obrar humano y la relación entre el acto justo e injusto para con el vicio o la virtud pertinente.<sup>45</sup> Pero adviértase, que aun para calificar moralmente a la persona hace referencia a las formas de daño que se dan en las relaciones humanas<sup>46</sup> y con esa base las analiza desde la perspectiva de la actitud subjetiva que ha sido su raíz y de su excusabilidad, o no, en punto a la formación del *ethos* personal.<sup>47</sup>

## 2. Otro tanto pasa en el *derecho romano*.<sup>48</sup>

Imposible será encontrar en los tratados no ideológicos de derecho romano un capítulo dedicado a la responsabilidad. Existe sí, porque así fue, un sistema de “acciones” cuya norte es reparar la *in-iuria*. Enseña el profesor D’Ors<sup>49</sup> que

<sup>39</sup> MICHEL VILLEY, “Abrégé du droit naturel classique”, en *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*, París, Dalloz, 1962, p. 109.

<sup>40</sup> ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, V, IV.

<sup>41</sup> BK 1132 a 1/5.

<sup>42</sup> BK 1132 b 25.

<sup>43</sup> BK 1935 a 15 y ss.

<sup>44</sup> BK 1133 b 30.

<sup>45</sup> BK 1134 a 1.

<sup>46</sup> BK 1135 b 10.

<sup>47</sup> BK 1136 a 15 y 1138 a 5.

<sup>48</sup> EDUARDO SOTO KLOSS, *La responsabilidad pública —un retorno a la idea clásica de restitución—*, Santiago de Chile, s/f.

<sup>49</sup> ÁLVARO D’ORS, *Derecho Privado Romano*, Pamplona, EUNSA, 1981, p. 423, párr. 360.

éste es el término más amplio que ha servido para designar de manera genérica todos los datos que se contraponen al *ius* —sin perjuicio del sentido restringido con que se lo usaba para nominar las lesiones inferidas a la integridad física y moral de las personas libres<sup>50</sup>— *in-iuria* en la que si algún elemento subjetivo se tenía en cuenta, era la voluntad de quien la sufría.<sup>51</sup> Concomitantemente, la clasificación sobre las fuentes obligacionales más adecuada a la realidad del sistema clásico sobre formas de obligarse y las acciones correspondientes, será la de delitos, préstamos, estipulaciones y contratos.<sup>52</sup> Lejos está la común tetrapartición justiniana que ha dado —supuestamente— blasones nobiliarios de la distinción de los actos según el tenor del elemento subjetivo (delitos-cuasidelitos).

En otro orden de cosas, Villey<sup>53</sup> nos muestra que en el lenguaje jurídico romano no existe el término “responsabilidad”. Existe sí una noción antecedente que será utilizada por los juristas medioevales cultos y por los anteriores al movimiento revolucionario. Este uso prerrevolucionario le exige enlazar esa noción —responsable— con el verbo latino *respondere* y a sus orígenes: *sponsorio* y *spondere*. Según este autor, *sponsor* es el deudor, el hombre que en el diálogo de la estipulación, acepta comprometerse a alguna prestación, como por ejemplo a desposarse en justas nupcias con tal mujer. Y si este es el papel del *sponsor*, el *responsor* es fundamentalmente quien obra como fiador; no el simple promitente.<sup>54</sup> Es bajo esta forma de garantía, que todavía resuena el término en algunos textos del siglo XVII.<sup>55</sup>

En un sentido muy amplio, *respondere* será responder a cualquier tipo de cuestión, en el curso de un diálogo. Los *responsa* de los jurisconsultos son las respuestas a las consultas, y responder en justicia consiste en ocurrir a hacerse cargo de la demanda; así el deudor viene a *respondere creditoribus*.

En vano, nos dice Villey, “se buscaría un término análogo a la palabra «responsable» (*responsabilis*) en los diccionarios latinos” y concluyendo, nos enseña que “en su origen, *respondere* o ser *responsable* no implicaba en modo alguno la idea de falta, incluso tampoco el hecho de la sujeción... no es menester algún acto culpable como presupuesto para que el deudor romano deba «responder» a sus «acreedores» o el poseedor de buena fe deba ciertos frutos que ha producido la cosa”.

En el Digesto —nos dice— tampoco se encuentran consideraciones generales sobre la palabra “responsabilidad”, pero sí una serie de instituciones tendientes a corregir el daño. En esta perspectiva —así el *furtum* no es el acto culpable de robar sino lo extraído del patrimonio de otro, la *res*— poco importa

<sup>50</sup> ÁLVARO D'ORS, ob. cit., p. 438, párr. 378.

<sup>51</sup> D. 39.3.9.1.: *Ides autem voluntas exigitur, ne dominus ignorans iniuriam accipiat; nullam enim potest videri iniuriam accipere, qui semel voluit*”.

<sup>52</sup> Dice D'ORS (ob. cit.), p. 419: “...esta clasificación no aparece enunciada en las obras escolásticas antiguas y modernas, pero corresponde a la realidad del sistema clásico de obligarse y sus acciones correspondientes”.

<sup>53</sup> MICHEL VILLEY, *En torno al contrato, la propiedad y la obligación*, p. 69 y ss.

<sup>54</sup> ÁLVARO D'ORS, *Derecho Privado Romano*, cit., nota 1, párr. 445, p. 508.

<sup>55</sup> MICHEL VILLEY, *En torno al contrato...*, cit. p. 72.

que el desorden que la justicia debe corregir esté precedido o no de una culpa; lo esencial está en que haya existido un cambio, cuyo resultado sea un daño. Sea que su fuente esté en un delito que soporta la víctima (*akoustion*) o de un contrato deliberado (*ekoustion*), hay en ambos casos un orden de igualdad que debe ser restablecido.

Lo subjetivo no es un elemento que esté fuera del ámbito jurídico. Ocupaba un lugar capital en los asuntos criminales desde la tragedia griega, para graduar la medida de la pena y era fundamental analizar el ánimo del deudor en el caso del cumplimiento de las obligaciones *bona fides*; esto es, donde la moral se halla comprometida ya sea —como en Edipo— porque el delito es pura inmoralidad que demanda expiación, ya sea porque el vínculo trabado se genera al margen del derecho civil. Por cierto que la noción de culpa es romana y ella interviene en el campo del derecho, lo que sucede —también aquí— es que no es causa de la obligación jurídica. Ésta reconoce su fuente “siempre (en) el desorden acaecido en una relación entre diversas personas y (en) la reacción de la justicia correctiva y reparadora...”. Eco de esta idea tan clásica, es en la codificación moderna, la idea de que no hay obligación sin causa, como es el caso de nuestro art. 499 del Código Civil. Pero aquí esta idea es residual, casi marginada y mal interpretada, pues está fuera de contexto.

Y en esta perspectiva, donde responder por un daño no se interfiere con la responsabilidad derivada de una conducta subjetivamente reprochable, se entienden instituciones como la *actio pauperia* —por la caída del techo— o las que todavía recogen los códigos modernos en materia de resarcimiento por los daños causados por los dependientes, por los animales, o por ruina del edificio. En definitiva, enseña Villey, responden —en sentido romano clásico— quienes pueden ser convocados ante un tribunal, porque pesa sobre ellos cierta obligación; proceda o no su deuda, de un acto que pueda ser subjetivamente penetrado y moralmente calificado —añadimos nosotros—.

### 3. En *Santo Tomás*, el tema no es sustancialmente diverso.

Por cierto que el elemento subjetivo es importante para el caso de la responsabilidad penal y ello no es una extrapolación indebida, ya que el delito criminal implica un juicio moral de desfavor comunitario y concretamente del juez que aplicará la pena.<sup>56</sup> Pero no cabe asimilar el sistema de responsabilidad moral, a la responsabilidad jurídica.

El castigo último, definitivo y sin resquicio alguno es cosa reservada a Dios. De allí que la pena humana mire, ante todo, a evitar delitos posteriores; en un segundo plano a retribuir el daño con un castigo. El fin primario parecería ser prevenir, educar, intimidar, ser medicina espiritual<sup>57</sup> tanto para el delincuente como para los que forman la sociedad. Por ende, no escapará que la responsabilidad jurídica penal mirará antes que a la disposición subjetiva, al

<sup>56</sup> MICHEL VILLEY, “Responsabilité Pénale (La responsabilité chez St Thomas)”, cap. XIV de *Seize essais de philosophie du droit*, París, Dalloz, 1969, pp. 249 y 257.

<sup>57</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 87, 7 y 8, como así también el importantísimo y extenso texto de I-II q. 105, 2.ad. 9; II-II, 64, 2; 66, 6 ad 2; 68, 1, etc.

bien social y así se explica que la dureza de las penas —incluso la incriminación de algunas *in iuriæ*— se fije más teniendo en cuenta la repercusión externa que el contenido del foro interno del sujeto. Es el caso de las consecuencias del crimen de lesa majestad<sup>58</sup> que —en tiempos romanos— generaba también la sanción penal de los hijos de los sediciosos. No hay aquí una responsabilidad penal por culpa, sino por ser el hijo “parte” del padre y ser necesario que el hijo sea apartado de seguir el camino errado de sus mayores. Tal, la justificación tomista de esta verdadera responsabilidad sin culpa y con función básicamente docente.

De lo que decimos no puede seguirse, sin más, la afirmación que Santo Tomás auspicie un sistema de represión penal sin que tenga incidencia alguna el ámbito subjetivo. Sí se sigue, que junto con la valoración moral que toda decisión penal implica, juegan otros elementos que no son retributivos, sino políticos y educativos. Y que todos ellos —consideren o no una inmoralidad subjetiva— sin duda que tienen como punto de partida una *in-iuria*; un desajuste en el buen reparto de las *res*. Incluso, esto es válido para el derecho penal hodierno, en que se define el delito a partir del *tagbestat*<sup>59</sup> que —en mi criterio— no es otra cosa que la *in-iuria* de los antiguos; pero no de cualquier tipo, sino aquella con una importancia tal para el orden social que razones políticas y educativas exigen incriminación. Así se explica la diversa resonancia jurídica del adulterio —según se trate del hombre o de la mujer— que en la esfera moral no pueden ser diversificados, pero que en el campo social tienen una repercusión diversa, con beneficio en calidad de importancia, para el papel femenino.<sup>60</sup>

Pero si tales son los grandes lineamientos de la responsabilidad jurídica penal en el pensamiento del Angélico, lo que hoy llamaríamos responsabilidad civil no transcurre por caminos diversos a lo que ya hemos explicado al tratar las ideas de la Ética aristotélica.

En virtud de un sistema análogo de corrimiento<sup>61</sup> —similar al que se registra con la propia palabra conmutación y con la palabra *iūs*<sup>62</sup> —todo tipo de reparación es llamado por el Aquinate *restitutionis*, la cual consiste en poner las cosas en el estado de igualación previo a la *in-iuria*<sup>63</sup> sea que ésta se derive de un acto voluntario, o no. Así, los ejemplos del préstamo o el depósito, como los de la rapiña o del hurto. Cualquiera sea el título por el cual se haya producido el deterioro patrimonial, quien ha originado tal desequilibrio debe restituir, como acto propio de la justicia conmutativa. La cual versa principalmente sobre cosas exteriores que permanecen idénticas, pero también se aplica a otras *in iuriæ* relativas al respeto, el honor o el provecho.

<sup>58</sup> *Suma Teol.*, I-II, 87, 8 ad 2 y ad. 3.

<sup>59</sup> SEBASTIÁN SOLER, *Derecho Penal Argentino*, t. II, p. 161.

<sup>60</sup> Art. 118 del Código Penal. Se reprime con prisión de 1 mes a un año: 1) a la mujer que cometiere adulterio y al codelincuente de la mujer; 2) al marido amancebado y a la barragana de éste. Si alguna duda quedara se advertirá la situación diversa de los coautores, en la misma situación que los esposos.

<sup>61</sup> *Suma Teológica*, II-II q. 62, 2 ad. 2.

<sup>62</sup> *Suma Teológica*, II-II q. 57, 1 ad. 1.

<sup>63</sup> *Suma Teológica*, II-II, q. 62, 1, c.

Por medio de esta reconmutación se ve restablecida la igualdad,<sup>64</sup> lo que será estrictamente posible, en el caso ya dicho de restitución del objeto material que se ha sacado sin título del patrimonio de otro. Mas, en caso de que tal resultado sea imposible —muerte o imposibilidad de entregar idéntico bien— enseña Santo Tomás<sup>65</sup> que se satisface la obligación compensando el daño *quod possibilis est* como enseña Aristóteles en el libro VIII de la *Ética* respecto de los honores debidos a Dios y a los padres<sup>66</sup>; mediante la entrega de dinero o de algún honor *secundum arbitrium probi viri*. Esto —dicho sea al margen de la exposición— pareciera un interesante punto de reflexión sobre el carácter resarcitorio que pudiera revestir el daño moral.<sup>67</sup>

Pero si la desigualdad objetiva se repara cosa a cosa lo que es materia de la restitución, Santo Tomás no olvida el aspecto moral de la cuestión —que es su tema— y sin confundir los planos recuerda que una cosa es aquella desigualdad y otra el acto moral de injusticia que puede o no coexistir con el desajuste objetivo. De allí que pueda haber sólo intención de hacer violencia sin llegar a concretarse —lo que es sancionable moralmente pero no es materia de restitución alguna— o sólo desajuste patrimonial que exige ante todo y se satisface con la reparación de la igualdad perdida. Lo que no quiere decir que esta recomposición sea la única cosa admisible. El juez —enseña— puede exigir también, aunque no de manera aritmética que se trata aquí sólo de equilibrar *quod erat in via habendi* (lo que se estaba en vías de alcanzar), lo que llamaríamos nosotros “consecuencias del daño”. La medida de este segundo ámbito debe ser sólo indemnizatoria de la expectativa, pues si la restitución se hiciera como si lo esperado fuera ya poseído en acto, se dará al dañado más de lo debido; lo que significa que al reparar el daño de uno se genera *in-iuria* en el otro.<sup>69</sup>

La distinción entre el plano moral y el desequilibrio objetivo está muy clara<sup>70</sup> y en punto al tema que nos ocupa dirá<sup>71</sup> que la restitución se ordena principalmente a resarcir al que tiene menos, no sacar al que tiene más —noción de *in-iuria* y de daño como punto de partida—; a remediar la situación del que ha sufrido el daño. Lo mismo puede inferirse si se advierte, que en el art. 7 de la q. 62, Santo Tomás vuelva a distinguir entre *ratione rei alienae quam accepit* y *ratione iniuriosae acceptionis*, reiterando la doctrina del artículo anterior, para determinar el título que genera la obligación de restituir,<sup>72</sup> con lo que nos

<sup>64</sup> *Suma Teológica*, II-II, q. 62, 1.

<sup>65</sup> *Suma Teológica*, II-II q. 62, 1 ad 1.

<sup>66</sup> ARISTÓTELES, BK 1163 b 15.

<sup>67</sup> Cfr. *Suma Teológica*, II-II, q. 62, 2 ad, 3. Sobre el tema de la naturaleza del daño moral: NÉSTOR CICHERO, “La reparación del daño moral y la reforma de 1968”. ED, 66-157; ALFREDO ORGAZ, “Daño moral, ¿pena o reparación?”, ED, 79-855. Recientemente GUILLERMO QUINTANA TERÁN, “La reparación del agravio moral”, *Prudentia Iuris*, nº VII, p. 25 y ss.

<sup>68</sup> II-II, 62, 3 c y ad 3.

<sup>69</sup> II-II, 62, 4 c y 5 c.

<sup>70</sup> II-II 62, 6.

<sup>71</sup> II-II, 62, 6, ad 1 y ad 3.

<sup>72</sup> II-II, 62, 7 ad 2.

da la pista que permite entender de qué modo, en el plano jurídico, la reconmutación ha de principiar por el daño y no por la falta.

#### 4. El *voluntarismo del bajo-medioevo* modificó estos parámetros.

En parte, como consecuencia del desarrollo de cierta lógica immanente en la temática religiosa; pero también en gran parte, como consecuencia de fenómenos culturales propios. Por un lado, el auge de la filosofía nominalista y, por otro, el lento aflorar de la ética estoica que habrá de hacer eclosión en el renacimiento. De allí surgirán importantes directivas en punto al tema presente; tanto en la propia escolástica, como en la Escuela del Derecho Natural Moderno, como en el pensamiento anglosajón.

Y digo que hay una cierta lógica interna dentro del propio espíritu medioeval, porque si bien se mira, el modo religioso de encarar la vida, lleva más a obrar rectamente conforme al plan de Dios, que mediante un análisis racional sobre la vida vivida conforme el orden de la razón. Aquella revelación, abierta a las masas fieles judías y luego cristianas, permitió un modo de vida virtuoso, al que —hasta entonces— sólo podían acceder unos pocos filósofos paganos y con serias dosis de error o de impureza. Baste recordar aquí la situación de la *pederastía* en el mundo antiguo<sup>73</sup> y contrastarla con el estilo de vida de esos hombres simples y virtuosos del antiguo testamento, cuyo arquetipo es Job.

Hay un episodio que juzgo de principal importancia y que me permitiré recordar como ilustración de lo que vengo diciendo: esto es sobre el avance del cumplimiento moral de los débitos jurídicos. El Evangelio de San Lucas<sup>74</sup> nos narra la predicación de Juan el Bautista y allí leemos que cuando las gentes iban a preguntarle qué hacer para prepararse ante el advenimiento del Mesías, él les decía: “El que tenga dos túnicas, que las reparta con el que no tiene; el que tiene para comer que haga lo mismo...”; a los publicanos enseña: “No exijáis más de lo que os está fijado” . . . a unos soldados que vinieron: “No hagáis extorsión a nadie, no hagáis denuncias falsas y contentaos con vuestra soldada”. Quienes escuchaban al Bautista y se bautizaban en las aguas del Jordán, se convertían y esta *metancia*, este cambio de sus vidas, no estaba signado por un proceso intelectual, al modo de los filósofos paganos sobre la consistencia de la vida virtuosa, sino pura y simplemente por un escuchar la palabra de Dios y por su puesta en obra. Este es el arquetipo del varón prudente que plantó su casa sobre la roca y no sobre las arenas, los tembladerales que ceden ante las tormentas,<sup>75</sup> conforme enseña nuestro Evangelio.

Si esto es así, no es raro imaginar que el cumplimiento de las obligaciones de justicia, en el transcurso de la vida del pueblo cristiano y luego de desaparecidos los vestigios del derecho romano clásico, fueran más una consecuencia de una aspiración de coherencia con la palabra de Dios, que la aplicación de criterios laicos de determinación de repartos y mantenimiento de las justas relaciones sociales. La misericordia y la caridad hacen cosa de poca monta a los

<sup>73</sup> H. I. MARROU, *Historia de la educación en la antigüedad*, 1ª parte, cap. III, Eudeba, Biblioteca “El hombre y su sombra”.

<sup>74</sup> *Lc.*, 3, 10 y ss.

<sup>75</sup> *Lc.* 6, 47. Adde *Mt* 7, 24 y *Lc.* 6, 43.

negocios humanos, y un modo de "justicia cristiana" —con ese contenido— tuvo su eco en los autores sacralistas de los siglos XI y XII.<sup>76</sup> Lógico será que el débito de lo justo sea considerado más como cumplimiento de un deber moral que como equilibrio exigido por la propia naturaleza de las cosas.

Este trasfondo, en el marco de las querellas antiaristotélicas del siglo XIII dieron amplio camino a una corriente voluntarista que —en sus versiones heterodoxas— terminaría por conmover la unidad de la Iglesia.<sup>77</sup> Si en pos de Duns Scotto<sup>78</sup> lo bueno y lo malo se dicen no por la entidad de los propios actos sino a consecuencia de la omnipotencia de Dios, será su Palabra y la conducta humana consecuente, la única vía de segura salvación y premio eternos.

Es la aceptación de la moral evangélica —o su rechazo— lo que traza los parámetros del bajo medioevo y que —tras las tesis pesimistas de Lutero en materia antropológica—<sup>79</sup> se precipitará en un fideísmo que poco o nada dejará como ámbito posible para el juego de un legítimo pensamiento laico.<sup>80</sup>

El aristotelismo acallado<sup>81</sup> o convertido en científicista por algunas variantes franciscanas<sup>82</sup> y el auge de las corrientes voluntaristas, más o menos escépticas sobre el avance y límites de la humana natura, encontraron en la moral estoica un punto medio admisible por tirios y troyanos; una posibilidad de convivencia a partir de una serie de principios prácticos evidentes en sí, que obrarían como punto de partida en un mundo regido —o no— por la omnipotencia de Dios. Y no es casual que sea Grocio —un arminiano— quien proponga como base del nuevo modo de pensar el derecho, los tres principios que recordaba Cicerón como basamento del pensamiento estoico;<sup>83</sup> principios también compartidos por la escolástica española<sup>84</sup> que habría de protagonizar, por entonces, uno de sus momentos estelares.<sup>85</sup>

Básicamente nos interesa recordar aquí, aquel que enseña que "*deben repararse los daños hechos con culpa*"— u otra rúbrica similar que gira sobre la falta—. En definitiva, un sistema de "deberes" que hace al hombre responsable ante Dios o ante los otros individuos, a partir de los grandes principios que intentará sistematizar la moral y que sería vigente aunque Dios no existiera. Dios

<sup>76</sup> MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, I. Définitions et fins du droit, p. 112 y ss. "El derecho, perspectiva griega, judía y cristiana", p. 37 y ss. y apéndice en p. 157 y ss.

<sup>77</sup> ETIENNE GILSON, *La filosofía en la Edad Media*, p. 538 y ss. ABDURRAHMAN BADAWI, *La transmisión de la philosophie grecque au monde arabe*, p. 83. E. L. FORTIN, *Dissidence et philosophie au moyen âge*. Montreal, Cahiers d'études médiévales, n° 6, Inst. d'études médiévales. Univ. de Montreal, 1981, p. 51.

<sup>78</sup> GEORGES DE LAGARDE, *La naissance de l'esprit laïque au déclin du moyen âge*, t. II, p. 214 y ss. (cap. IX); adde. caps. VII y XII. Ed. Nauwelaerts, Louvain-Paris, 1958.

<sup>79</sup> MICHEL VILLEY, *La formation...*, cit., p. 274 y ss.

<sup>80</sup> MICHEL VILLEY, *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Chersi, 1981, apéndice I.

<sup>81</sup> GEORGES DE LAGARDE, *La naissance...*, cit. t. II, cap. V, p. 106 y ss.

<sup>82</sup> GEORGES DE LAGARDE, *La naissance...*, cit. t. II, cap. VII, p. 142 y ss.

<sup>83</sup> CICERÓN, *Sobre los deberes*, I, VII, 20/24, pp. 502/3 de *Les Stoïciens*, París, Gallimard, Bib. de la Pléiade, 1962.

<sup>84</sup> MICHEL VILLEY, *Los fundadores de la Escuela moderna del derecho natural*, Buenos Aires, Chersi, 1978, p. 13 y ss.

<sup>85</sup> MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, PUF, cit., p. 125 y ss.

juzga actos, pesa intenciones y toda defección que genera responsabilidad. Otro tanto habrá de pasar en esta moral laica y teísta. Fundada en deberes, que se abre camino hasta Kant.<sup>86</sup> El mundo anglosajón no quedó totalmente al margen de estas corrientes<sup>87</sup> y así, por varios caminos, llegará el principio de la responsabilidad moral a invadir el campo del derecho.

5. Un estudio del señor Jacques Henriot<sup>88</sup> para la *lengua francesa*, permite concluir que si bien el término “responsable” puede considerarse con legitimidad lingüística desde el siglo XIV, el mismo hace referencia a las modalidades que antes hemos señalado como propias de la raíz romana. Es recién en el siglo XVII que puede registrarse un movimiento hacia el uso de “responsabilidad” que el profesor de Rouen detecta en la carta del 1º de septiembre de 1645, de Descartes a la Princesa Isabel: expresivo del modo moderno que parte de una concepción de dominio de sí mismo. Rousseau ofrece el testimonio de una evolución no acabada, ya que el *Emilio*, dedicado en su totalidad al problema de la formación de la responsabilidad del individuo, no conoce un término abstracto que designe el objeto de tal preocupación.

El término responsabilidad, recién aparece registrado —y como un neologismo— en el *Dictionnaire critique de la langue française*, publicado en 1787/88, en Marsella, por Jean François Féraud. Se lo adjudica a Necker, referido a la confianza sobre el papel moneda fundada en la *responsabilidad* del gobierno. Añade el Abbé Féraud que esta palabra puede ser útil en ciertas ocasiones. Pareciera que lo mismo sucede en *lengua inglesa* con el término *responsability* que aparece registrado en el *Diccionario de Oxford*, atribuyéndosele su paternidad, en 1787, a Alexander Hamilton —el autor de *El Federalista*. La secuencia temporal de estas palabras —responsabilidad, irresponsable— es llamativa pues durante siglos sólo existió el adjetivo “responsable” —como ya se ha visto— y en pocos años, desde 1783, precisamente, se desencadena esta serie de derivados. Esto lleva a Husson<sup>89</sup> a suponer que es en los años inmediatamente precedentes a la sanción del *Code*, que la noción abstracta de “responsabilidad” ha logrado, finalmente, su carta de ciudadanía jurídica. No será de extrañar que el art. 1382 del *Code* recoja la rúbrica estoica textualmente.<sup>90</sup>

<sup>86</sup> SIMONE GOYARD-FABRE, *Responsabilité morale et responsabilité juridique selon Kant* París, APD, Sirey, 1977, p. 113 y ss.

<sup>87</sup> HASSO, JAEGER, *Introduction aux rapports de la pensée juridique et de l'histoire des idées en Angleterre, depuis la Réforme jusqu'au XVIIIe siècle* en APD, 1979, p. 13 y ss.

<sup>88</sup> JACQUES HENRIOT, *Note sur la date et le sens du mot “responsabilité”*, p. 59, de APD, t. XXII.

<sup>89</sup> L. HUSSON, *Les transformations de la responsabilité. Etude sur la pensée juridique*, París, PUF, 1947, cit. por Henriot en nota nº 1, de p. 62.

<sup>90</sup> Dice el *Code*: “*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*” y es una de las fuentes del viejo artículo 1109 del Código Civil. Otra de las fuentes allí citadas —*Las Partidas*— no permiten, en mi criterio, afirmar que contengan un principio general, paralelo al del *Code*. En efecto, si bien la ley 6ª —del título XV, de la partida 7— se refiere “*Cómo aquél que ficiera daño a otro por su culpa, es tenuto de facer emienda dél*” no se sigue de allí la existencia de un principio general. Y ello por dos razones: la primera, por cuanto las 18 leyes del título XV versan sobre situaciones generadoras de daño y el comienzo del título previene que se tratará de los “daños (que) se facen á las vegadas los homes unos á otros en sí mismos ó en sus cosas que non son robos, nin furtos, nin fuerzas, mas acaescen á las vegadas por ocasión et á las veces por culpa de otri...”. Luego pasa a considerar —en la ley 1ª— qué es el daño, poniendo la culpa en un

Algo similar sucede en la *lengua española*<sup>90 bis</sup> donde estos términos ingresan recién desde el siglo XVIII, producido el conocido movimiento de "afrancesamiento" cultural.

plano segundo, dando acción (ley III) contra "...aquel que lo fizo al que lo recibió: et esto le puede seer demandado, quier lo hobiese fecho por sus manos, ó *aviniese por su culpa*, o fuese hecho por su mandato ó por su consejo...". La segunda, por cuanto en la misma ley sexta, se recurre a la presunción de culpa, en el caso del que corre con un caballo "en lugar por do suelen pasar muchas en que non lo usasen los otros facer..." o en el caso del que corta un árbol o practica alguna tarea cultural "... sobre la calle ó en la carrera por do usan los homes á pasar..." y no diere grandes voces para guarda de los que pasaren, o en la hipótesis del tiro con ballesta "por aquellos lugares do pasan los homes". Y si la culpa se presume es porque no resulta necesario que se ponga de manifiesto como condición de satisfacción del daño. La lectura del resto del título nos persuade sobre la inexistencia de un principio general de responsabilidad con culpa —sin perjuicio de que no se excluya la reparación si ésta existe—: responsabilidad de los cazadores, de los profesionales del arte de curar; del que enciende una fogata, del que horada una nave, del que inquieta a una bestia, etc. De todos modos, no se habla allí ni de responsabilidad, ni de responsable.

<sup>90 bis</sup> El trabajo de investigación lingüístico realizado por el profesor Henriot, nos ha llevado a intentar una labor paralela en el ámbito de la lengua española; y el resultado de la encuesta no deja de ser interesante. En 1611 don SEBASTIÁN DE COVARRUBIAS escribió su *Tesoro de la lengua castellana española*, que fue revisada y sujeta a adiciones por parte de Benito Remigio Noydens, en 1674 (de estas obras hemos consultado la edición preparada por Martín Riquer, Barcelona, 1943, S. A. Horta, I. E.) y es de destacar que no sólo no registra referencia alguna a las voces "responsabilidad" y "responsable", sino que al analizar la voz "responder" lo allí dicho ninguna vinculación tiene con la materia que nos ocupa. ("Dar satisfacción de palabra al que nos ha preguntado alguna cosa; vale también ser uno agradecido y responde con buenas obras al que se las ha hecho. No responder al valor de sus passados, es declinar de su nobleza de allí. Respuesta, lo que se responde; algunas vezes significa el tronido que da al alcabuz quando le disparan o otra pieza, y es porque responde en el aire si a sido fuerte su eco"). El trabajo de Covarrubias —luego de las críticas que se le hicieron en su tiempo— tiene singular importancia. Al respecto dice JOSEFA E. SABOR (*Manual de fuentes de información*, Buenos Aires, Marymar, 1979, pp. 92-3): "La obra es casi una enciclopedia...", "su valor ha ido acrecentándose con el tiempo, pues escrita en pleno Siglo de Oro, este diccionario es un registro de gran importancia para conocer el significado de las palabras españolas en esa época. El criterio del autor ha sido amplio pues incluye neologismos, barbarismos, arcaísmos y extranjerismos". "Covarrubias —sigue diciendo la autora mentada— fue además hombre muy erudito que manejó una bibliografía amplia y sería, y pudo reunir gran cantidad de informaciones que trasmite con la mayor naturalidad y sencillez, y que hacen su diccionario valioso no sólo para quienes estudian el idioma, sino también para todo el que se interese en el conocimiento de los más variados temas relacionados con el Siglo de Oro". Agregaremos nosotros que *pese a la amplitud del léxico recogido por Covarrubias no se encuentra allí —durante todo el siglo XVII— ni vestigio del uso jurídico de las nociones de responsabilidad, responder, responsable, etc.*

Juan Isidro Fajardo —en el Prólogo a la 1ª edición del *Diccionario de la Real Academia Española de Lengua*— reconoció la deuda que esta obra tenía con respecto a las labores de Covarrubias.

Es precisamente este antecedente —la obra de Covarrubias— lo que explica que las dos primeras ediciones del *Diccionario de la Real Academia* al incluir el término *responsable* hable de un neologismo (en el mismo sentido. COROMINAS, J., *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, Madrid, Gredos, 1954, t. III, p. 1099).

Y ya pasando a este diccionario de la lengua española hemos dicho que *responsable* es considerado un neologismo en las ediciones de 1737 y 1783, calificación que deja de aparecer en la tercera edición de 1791 (cfr. Impresión de Viuda de Joaquín Ibarra, Madrid) y así se mantiene hasta el presente. Y, por su parte, la palabra *responsabilidad* no aparece en las tres primeras ediciones; sólo lo hace en la 4ª, de 1803 (misma imprenta que la anterior, Madrid).

De lo que llevamos dicho —y dejando fuera un *Diccionario Académico de 1726*, citado por Martín Alonso (*Enciclopedia del idioma - Diccionario histórico y moderno de la len-*

6. De esta manera por varias líneas puede detectarse *la influencia de estas ideas sobre nuestro Codificador*. Por una parte, por vía de la escolástica española. Pero, además, a raíz de la influencia, sobre los juristas extranjeros y nacio-

*gua española —siglos XII al XX—. Etimológico, tecnológico, regional e hispanoamericano—*, t. III, Madrid, Aguilar, 1958) que no hemos encontrado en Buenos Aires, se puede ya advertir que la palabra *responsabilidad* carece de legitimidad lingüística hasta 1803 (4ª edición del *Diccionario de la Real Academia*) y que *responsable* es considerado un neologismo hasta 1791.

Si tal es la aproximación externa al tema, el análisis del contenido de los vocablos no será de menor interés.

*Responder*, que había tenido la significación antes recordada durante el siglo XVII (Covarrubias-Noydens) ingresa al diccionario de la Real Academia, desde su primera edición (1737). Allí —en una de las significaciones, y no de las principales— leemos que responder “significa también estar obligado a satisfacer por otro...”, con una cita del Fuero Real (4, 17, 3) que dice: “El morador de la casa sea tenido de mostrar quién lo mató sinó sea tenido de responder de la muerte”. Así se mantiene el texto en las tres primeras ediciones pues en la cuarta, de 1803 (ya citada) vemos, por una parte, que el uso jurídico del vocablo pasa al final de los casos enumerados y, por otra, que toma la siguiente significación: “ser, ó hacerse responsable de alguna cosa”. La 5ª edición (1817, Imprenta Real) no registra modificación, pero en la 6ª (1822, Imprenta Nacional) al texto anterior (ser ó hacerse responsable de alguna cosa) añade: *salir de fiador, abonar por otro*. En la edición siguiente (7ª, de 1823, Madrid, Imp. Nacional) hay un cambio de preposición —no intrascentente— pues el salir de fiador, va seguido de *abonar a otro*, con lo que responder no significa ya el momento de la actuación del *responsor*, sino también la situación del propio deudor. Esta redacción de 1823 se mantuvo en las ediciones posteriores (1830, 1843, 1852, 1869, 1884) hasta la 13ª edición de 1899 (Madrid, Imp. de los Señores Hernando y Compañía). Allí *responder* ocupa el penúltimo caso y significa —en esta hipótesis— “Estar uno obligado u obligarse á satisfacer la pena correspondiente al daño causado ó a la culpa cometida // Responder uno por otro. fr. Abonarle, salir fiador por él. La edición siguiente (14ª, Madrid, Imp. Sucesores de Hernando) sólo registra un desplazamiento al último término de la lista, pero la de 1925 (15ª - Madrid) incorpora el texto que llega hasta hoy (ediciones 16ª a 19ª de 1970). Dice el Diccionario en el 16º caso que registra de la voz “responder”: “Estar uno obligado u obligarse a la pena y resarcimiento correspondientes al daño causado ó a la culpa cometida” // y en el 17º caso “Responder por uno. fr. Abonarle, salir de fiador por él”. De aquí se sigue que *la significación de “responder” como débito con fundamento en la culpa, no tiene carta de ciudadanía en nuestra lengua hasta 1899*; y que el término —salvo algunos retoques— *quedó fijado en 1803*: “ser o hacerse responsable de alguna cosa”, con cita del Fuero Real.

*Responsable*, un neologismo en su origen —como se dijo— se definió, desde la primera edición del *Diccionario de la Real Academia* como “El que está obligado a responder o satisfacer por algún cargo”. Fuera de perder el carácter de neologismo en la edición de 1791, en las sucesivas ediciones se mantuvo esta significación de *carga objetiva aneja a un cargo*, hasta que la 10ª edición (Ed. Boyreau & Chevillet, París), de 1852 le agregó tres palabras que le modificaron sustancialmente el sentido: “comisión o contrato”. Desde entonces y hasta la edición de 1899 (13ª, Madrid, Imp. de los Señores Hernando y Compañía) se lee: “El que está obligado a responder, o satisfacer por algún cargo, comisión o contrato” de donde una carga funcional objetiva tórnase principio de débito de amplio margen. En la edición citada de 1899 la evolución continúa su campo de ampliación y *responsable* pasa a significar: “Obligado a responder de alguna cosa ó por alguna persona”. La edición de 1939 (16ª) añade —sin modificar— un segundo párrafo de significación tribunálica; dice: “For, El que, sin estar sometido a responsabilidad penal, es parte en una causa a los efectos de restituir, reparar o indemnizar de un modo directo o subsidiario por las consecuencias de un delito”. Texto que ha permanecido en las sucesivas ediciones, hasta el presente y que pareciera marcar un nuevo punto de partida en la consideración de la cuestión. ¿Quizá la responsabilidad sin culpa?

*Responsabilidad*, que en su expresión abstracta fue un ajeno a nuestra lengua hasta 1803, desde allí significó “La obligación de reparar y satisfacer por sí, o por otro cualquier pérdida o daño. *De reparando damno sponso*”. Esta versión permaneció inmutable en las ediciones de 1817, 1822, 1823 y 1837; recién en 1843 se agregó al texto anterior otra acepción —que no mudó significativamente el contenido previo—: “Persona de responsabilidad.

nales, de las ideas de la Escuela Moderna del derecho natural y, finalmente, a consecuencia del propio texto del *Code Napoléon*.

#### IV. LA ESCALADA MORAL

1. De entre los *juristas prerrevolucionarios*, aflora básicamente la figura de Jean Domat. Mucho se ha insistido en su íntima amistad con Blas Pascal, a quien acompaña en su lecho de muerte, como explicación de una supuesta influencia intelectual del jurista. Tal ha sido la tesis del señor Voeltzel.<sup>91</sup>

Tema abierto a la polémica, no puede escapar a quien considere la formación de Domat, la educación inicial que realizó bajo la dirección de su tío, el

---

Persona de posibles”, para anexas en la edición 10ª (de 1852) “...de crédito”. Así permaneció hasta 1884 (12ª edic. cit.) en que pasó a significar: “Obligación de reparar y satisfacer cualquier pérdida o daño // De responsabilidad, loc. dicese de la persona de posibles, de crédito”. En 1886 el *Novísimo Diccionario de la lengua castellana* (Paris, Garnier Hnos.) reiteraba el texto del anterior *Diccionario de la lengua castellana* (probablemente de 1868) que señalaba el significado del término en análisis como “la obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño” y en 1895, el *Diccionario Enciclopédico Hispano-Americano* hablaba del tema en tres niveles. Por una parte, en general, definía: Responsabilidad “(de responsable), Obligación de reparar y satisfacer cualquier pérdida o daño”, lo cual estaba ya enraizado en el uso común como se demuestra con textos de Jovellanos (¿...por qué no se pudiera obligar, para hacerla más sólida —la hipoteca—, la villa con sus propios y el vecindario con su responsabilidad?); de Larra (“...aquí no vendría mal advertir á usted de paso que en punto a responsabilidad es sólo responsable de toda cosa escrita quien la firma; etc.”) y de Monlau (“Claro es que sin libertad no habría responsabilidad, ni por consiguiente, moralidad en los actos”, etc.). En segundo lugar, señalaba una conceptualización que llamaba filosófica (“La responsabilidad es el juicio que forma la conciencia consecuente de los actos libres y, por lo tanto, imputables al sujeto, por la participación que éste como agente haya tomado en ellos. La responsabilidad es la forma que en lo moral toma la continuidad del efecto con su causa...”) en cuyo tratamiento remitía a voces como imputabilidad, libertad, conciencia, demérito, persona, etc. En tercer lugar, señalaba la significación del vocablo en materia de legislación diciendo: “La responsabilidad, o sea, la obligación de reparar cualquier daño o pérdida, sigue inmediatamente a éstos tan luego como se han causado. Puede esta responsabilidad ser civil o criminal y puede afectar a todo género de personas o a algunas determinadas por razón del cargo que desempeñan, durante cuyo ejercicio pueden haber causado el perjuicio o daño...”. Así, la 14ª edición del *Diccionario de la Real Academia* (Imp. Sucesores de Hernando) modifica la primera significación y la define como “Obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro, cualquier pérdida, daño o perjuicio//...” manteniendo en lo demás el texto anterior.

En 1911 el *Diccionario razonado*, de Joaquín Escriche (Ed. Bouret) definía la responsabilidad como “La obligación de reparar y satisfacer por sí o por otro cualquier pérdida o daño que se hubiera causado a un tercero”.

Las ligeras modificaciones de la 14ª edición del texto de la Real Academia (1914) debieron dejar paso al texto de 1925 —“Responsabilidad: Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal// 2. Cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado”, siguiendo el mismo hasta la última edición (1947, 1956 y 1970), con lo que la evolución iniciada desde la aparición del término en 1804 parece haber concluido. De todos modos, se advierte la significativa incidencia que han tenido las ideas francesas en la plasmación de una noción como la vista. El propio pensamiento de los juristas y las ideas de los “afrancesados” dieron carta de ciudadanía a una noción desconocida durante el siglo XVIII. (En el mismo sentido: MARTÍN ALONSO, *Enciclopedia...*, cit. t. III).

<sup>91</sup> R. VOELTZEL, *Jean Domat, tesis de derecho*, 1926, citado por A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, p. 309. La tesis contraria sería defendida por Brimo, *Pascal et le droit*, Sirey, 1942, citado en el mismo sitio.

Padre Sirmond, de la Compañía de Jesús. Es en este contexto escolástico y de ortodoxia tridentina, en lucha contra las tesis de Baius,<sup>92</sup> que se forma el joven Domat y donde —a mi juicio— se explica no sólo su esfuerzo por poner en orden el derecho romano,<sup>93</sup> sino la raíz de su extrapolación de la responsabilidad moral sobre el derecho. Por cierto que el fideísmo que beberá en el medio jansenista al que adhiere, lo impulsará a una mayor yuxtaposición de los planos religioso y jurídico. Lo que favorece a la corriente moralizante de la responsabilidad en los tiempos modernos, dada la esencial importancia que tiene Domat en la formación del pensamiento jurídico del Antiguo Régimen.

El mundo de lengua española vivió los ecos de esta luteranización, en la lucha que llevó a cabo la Compañía de Jesús contra el molinismo,<sup>94</sup> cuya resonancia jurídica durante los siglos XVII y XVIII ha de ser innegable por el papel destacado que la fundación de San Ignacio de Loyola tuvo en la vida intelectual de las élites metropolitanas y coloniales.

En definitiva, a ambos lados de los Pirineos, un clima protridentino y anti-luterano<sup>95</sup> auspició en los medios intelectuales y jesuíticos —y en el campo jurídico de sus epígonos— un fuerte avance del personalismo moral en materia de responsabilidad jurídica. Lo que implica —sin duda— también un desplazamiento del centro del esquema jurídico que nos ocupa. Ya no será la *in-iuria* el punto de partida, sino el acto humano libre que viola el débito legal o natural de no dañar a otro. La moral Evangélica —por ende, religiosa— abonará este esfuerzo.<sup>96</sup>

De allí que no sea carente de raíz la postura de Domat en el tema que nos convoca, ni dejen de tener real explicación sus tesis. He aquí algunas pruebas: “Cabe distinguir tres suertes de culpas de las que puede acaecer algún daño: las que se dirigen a un crimen o a un delito... las de las personas que faltan a los compromisos de las convenciones, como un vendedor que no entrega la cosa vendida, un inquilino que no realiza las reparaciones a las que está obligado”... y “aquellas que no tienen relación con las convenciones y que no se dirigen a un crimen ni a un delito, como si por ligereza se arroja algo por la ventana y se estropea un traje; si los animales mal guardados ocasionan un daño; si se causa un incendio por imprudencia; si un edificio que amenaza ruina, por

---

<sup>92</sup> Cfr. WILHEIM NEUSS, *Historia de la Iglesia*, t. IV, p. 309. ANDRÉ-JEAN ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code Civil Français*, París, L. G. D. J., p. 15, 1969. RICARDO GARCÍA VILLOSLADA, “El jansenismo” en *Historia de la Iglesia Católica*, t. IV de Llorca-García Villoslada-Montalbán, Madrid, B.A.C., 1963, p. 183 y ss.

<sup>93</sup> A. J. ARNAUD, *Les origines...*, cit. p. 70.

<sup>94</sup> MARCELINO MENÉNDEZ Y PELAYO, *Historia de los heterodoxos españoles*, Espasa Calpe, t. V, p. 23.

<sup>95</sup> ALFRED DUFUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne du XVIII<sup>e</sup> siècle. Les sources philosophiques de la Scolastique aux Lumières. La doctrine*, París, L. G. D. J., 1971, p. 49 y ss.

<sup>96</sup> Leemos en MAZEAUD-TUNC, *Responsabilidad civil*, I-I, p. 51 nota 3 bis: “En su interesante tesis de doctorado (“La responsabilité civile dans Domat”, París, 1943, mecanografiada), IVES RANJARD ha mostrado que, en la materia de la responsabilidad civil, las guías de DOMAT han sido los Evangelios y el derecho romano o, más bien, el derecho romano reformado por los principios del Evangelio”.

no ser reparado, se derrumba sobre otro y causa daños con él"... "De estas tres especies de culpas, tan sólo las de la última clase son materia de este título. Porque los crímenes y los delitos no deben ser mezclados con las materias civiles, y cuanto se refiere a las convenciones se ha explicado en el primer libro"... "Todas las pérdidas y todos los daños que pueden ocurrir por el hecho de alguna persona, sea imprudencia, ligereza, ignorancia de lo que debe hacerse u otras culpas semejantes, por leves que puedan ser, deben ser reparadas por aquél que ha dado lugar a ellas por imprudencia u otra culpa. Porque ha ocasionado menoscabo, aun cuando no hubiera tenido la intención de dañar...". Por el contrario, "si se produce algún daño por una consecuencia imprevista de un hecho inocente, sin que pueda imputársele culpa al autor de ese hecho, no estará obligado por tal consecuencia..."<sup>97</sup>

Es en esta línea en la que se advierte la influencia de Domat sobre los redactores del *Code*. Así Merlin —cuya importancia política, a raíz de su vinculación con Napoleón, es decisiva—<sup>98</sup> mantendrá en su momento: "para que un hombre pueda ser responsable del mal que causa, es preciso que exista una culpa en su acción"<sup>99</sup>. Otro tanto podría decirse de las tesis de Tarrible,<sup>100</sup> de Bertrand de Greuille,<sup>101</sup> de Threilhard<sup>102</sup> y de otros oradores que intervinieron en las sesiones y labores del 9 y 16 de pluvioso del año XII, o en la decisión del Consejo de Estado del 2 de frimario del mismo año.<sup>103</sup>

Surge así, en franca congruencia con el principio domaciano, la fórmula del art. 1382 del *Code*: "*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*".

2. Sin olvidar la posible influencia que la propia doctrina tomista de la responsabilidad penal pueda haber tenido entre los autores prerrevolucionarios,<sup>104</sup> es del caso recordar aquí, algunos rasgos de la *escolástica española*, especialmente de la Escuela de Salamanca, que llevará el prestigio español a todos los ámbitos de la Europa Moderna y marcará de manera significativa el pensamiento jurídico laico de este tiempo.

De entre los muchos rasgos que podríamos destacar de este Siglo de Oro del saber jurídico escogeremos tres, de especial importancia para lo que venimos diciendo. En primer lugar, su espíritu ecléctico<sup>105</sup> que se pone de manifiesto ya, desde la fundación de la Universidad de Alcalá por el Cardenal Cisneros. Introduce allí —entre 1499 y 1509— no sólo una cátedra teológica de escotismo —donde Scotty está en pie de igualdad con Santo Tomás— sino también una cátedra nominalista destinada a propagar más de una tesis de Guillermo

---

<sup>97</sup> MAZEAUD-TUNC, cit., t. I-I, p. 51. Otros textos en la misma obra, p. 52 y ss. y sus notas.

<sup>98</sup> A. J., ARNAUD, A. J., *Les origines...*; cit., p. 38.

<sup>99</sup> MAZEAUD-TUNC, *Responsabilidad civil*, cit., I, 1, p. 54, nota 5.

<sup>100</sup> Cit. MAZEAUD-TUNC, ob. cit., p. 61.

<sup>101</sup> C't. MAZEAUD-TUNC, ob. cit., p. 61.

<sup>102</sup> C't. MAZEAUD-TUNC, ob. cit., p. 63, A. J. ARNAUD, p. 34.

<sup>103</sup> MAZEAUD-TUNC, ob. cit., pp. 61 y 63.

<sup>104</sup> MICHEL VILLEY, "*Responsabilité pénale...*", cit. cap. XIV de *Setze essais...*, cit.

<sup>105</sup> A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit. p. 51.

de Occam. Y Salamanca, por no ir a la zaga, hará lo mismo con tres cátedras nominalistas: una de teología, otra de lógica y una tercera de filosofía.

La restauración tomista emprendida hacia 1530, como eco de lo que ocurría en París, no fue bastante como para modificar esta tónica que, ya en campo jesuita opone al intelectualismo estricto de un Gabriel Vázquez<sup>106</sup> los esfuerzos integradores de las más diversas tesis llevados a cabo por Francisco Suárez.<sup>107</sup>

Pero cualesquiera sean los resultados de esta apertura o de este intento de "ortodoxia", en todos los casos se advierte con claridad el punto de partida propio del moralista, en la consideración de los asuntos que hacen al mundo jurídico. Desde abordar la cuestión en la perspectiva del tratado de la ley, hasta la valoración de las leyes en virtud de la conducta moral de los sujetos, todo conduce a afirmar que la gran preocupación que reúne a todos cuantos han trabajado en estos tiempos, ha sido el análisis moral de los actos humanos. Desde las consultas de conciencia de los reyes de España sobre los justos títulos para la conquista de las Indias<sup>108</sup> —planteadas a Fray Francisco de Vitoria— hasta la comparación de las leyes humanas y la ley natural que unos y otros realizan con envidiable prolijidad.

En tercer lugar, y emparentado con este segundo rasgo, se advierte un creciente intento por escalonar la preceptiva moral que obrará como fundamento y motor de la estructura jurídica racionalista. La doctrina suareciana —dice Dufour—<sup>109</sup> marca —a un doble título— una etapa más hacia la eclosión de la Escuela del Derecho Natural Moderna: al poner de relieve el aspecto voluntarista del derecho y al extender el contenido del derecho natural a todo lo que emana de la recta razón. De este modo, los preceptos de la ley natural se ven multiplicados en todos los campos jurídicos y se preparan las condiciones materiales que harán posible el esfuerzo sistemático del pensamiento jurídico de la modernidad.

Aparecen así, el uso que ha llegado hasta nosotros, las deducciones de principios y la jerarquización de normas, bajo las cuales juzgar los actos morales de los hombres. Gabriel Vázquez<sup>110</sup> señalará tres órdenes de prescripciones

---

<sup>106</sup> A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit., p. 57.

<sup>107</sup> MICHEL VILLEY, "Remarque sûr la notion de droit chez Suárez", en *A. de Philosophie*, 42, 1979, 219 y ss. Adde, FRANCISCO F. SUÁREZ, *Tractatus de Legibus ac Dec Legislatore*, II, cap. IX.

<sup>108</sup> BERNARDINO MONTEJANO (H.), *Curso de derecho natural*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 143 y ss. 2ª ed. P. I., ANDRÉ-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978; FRANCISCO DE VITORIA, *Relecciones teológicas*, nº 198, B.A.C.; comentario al tratado de la ley —fragmentos seleccionados—. Consejo Superior de Investigaciones Científicas —Instituto Francisco de Vitoria—, Madrid, 1952. De la primera obra hay también versión castellana de fragmentos en Espasa Calpe, Col. Austral.

<sup>109</sup> A. DUFOUR, *Le mariage...*, cit., p. 67.

<sup>110</sup> A. DUFOUR, ob. cit., p. 74.

cuya jerarquía se presentará de manera piramidal. Ante todo, los primeros principios evidentes para todos los hombres: es necesario hacer el bien y evitar el mal; no hacer a otro lo que no queremos que nos hagan; pero —a continuación— los principios secundarios, más particulares que evidentes por sí mismos: es necesario hacer lo que es justo, honrar a Dios y vivir honestamente. Por fin, las conclusiones que resultan de estos principios; las unas más evidentes —como la prohibición del adulterio, el robo y el homicidio— las otras menos evidentes como la prohibición de la usura, de la mentira y de la lujuria. Tres campos (*prima principia generalia morum; principia magis determinata et particularia* y, por fin, *conclusiones quae per evidentem illationem ex principis naturalibus inferuntur*) con los que hoy también trabajan los escolásticos.

La consideración indisoluble de la verdad de los primeros principios con las conclusiones, llevará a Suárez a identificar el título inmutable de los preceptos que, en Santo Tomás, e incluso en Soto, se presentaban como categorías legales diferentes.<sup>111</sup> Situación en la que no sería indiferente —en uno como en otro autor— una introducción de los principios del derecho romano privado.<sup>112</sup>

Sin descuidar las influencias posteriores —hijas de las luces y de la Revolución— éste ha sido el clima —escolástico y racionalista —que sin duda frecuentaron los hombres de derecho de nuestro país. Anidado en el aula de jurisprudencia que la Universidad de Córdoba había abierto a fines del siglo XVIII; también en las que frecuentaron —en América y España— nuestros prohombres. Clima de rutinario y mediocre nivel<sup>113</sup> de los 152 letrados que se matricularon en 1785 para actuar ante la Audiencia de Buenos Aires, o espíritus menos afeerrados a las fórmulas procedimentales, de teólogos y canonistas que concurrieron a fundar nuestra cultura independiente.<sup>114</sup> No otro es el sustrato básico de la cultura de nuestro codificador,<sup>115</sup> robustecida por la frecuentación de los modernos, y especialmente modelada en la realidad de la vida profesional.

3. Tributaria de la Escolástica Española, elemento destacado en la formación de la generación de juristas que influyeron en la factura del *Code Napoléon*, la *Escuela Moderna del derecho natural* también ha arrimado sus propios leños al tema que nos ocupa.

Originada en medios protestantes liberales y racionalistas en materia teológica, significan estos autores —entre los que sobresalen sus iniciadores: Grocio y Pufendorf— un paso más en la fundación del derecho moderno: laico, mora-

---

<sup>111</sup> A. DUFOUR, ob. cit., p. 75.

<sup>112</sup> DUFOUR, ob. cit., p. 77.

<sup>113</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *Historia de las ideas jurídicas*, p. 20.

<sup>114</sup> VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad Social e Ideas jurídicas*, p. 50. Sobre la evolución de algunas instituciones ver: ABELARDO LEVAGGI, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y otros*. Buenos Aires, Perrot, 1982.

<sup>115</sup> V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación...*, cit., p. 253 y ss.

lista y con fundamento en la naturaleza individual del hombre.<sup>116</sup> En una época en que la ruptura de la cristiandad hacía imposible el ejercicio de la paternidad universal del Pontificado romano, Grocio propone un derecho natural sacado exclusivamente por la razón a partir de la individualidad. Surge así la base de un derecho —principalmente internacional— profano, racional, sistemático y subjetivista.<sup>117</sup> Allí se explicitan los mitos estoicos sobre el estado de naturaleza, abarcador de los derechos subjetivos de los individuos, fruto de un primer contrato anterior a la constitución del Estado. Es a partir de allí que se puede reconstruir un cuerpo jurídico lógicamente coherente, en el cual de manera consecuente se fijan todos los derechos subjetivos civiles.

La hipótesis de Grocio sobre la sociabilidad del hombre, también es asumida por Pufendorf, pero con el agregado del condimento hobbesiano del utilitarismo del pacto; el egoísmo y la debilidad son el añadido de éste al *appetitus societatis* del primero.

Es el propio Pufendorf quien nos señala las notas de esta corriente de pensamiento:<sup>118</sup> 1º) extensión del método racionalista al campo del derecho; 2º) separación del derecho natural de la teología y 3º) fundamentación de la ley natural sobre la naturaleza del hombre. Mas, añadamos que aquella separación de la teología se realiza sobre la base de arrancar a ésta toda la programática moral que —de allí en más— quedará unida a la consideración jurídica y sin fundamento teológico.

Es sobre esa base que se buscan, sobre el modelo de las ciencias exactas, nociones claras y evidentes, a partir de las cuales habrá de procederse mediante demostraciones sucesivas, pasando de lo conocido a lo desconocido.<sup>119</sup> Entre esos principios primeros, Grocio —en los Prolegómenos del *De Iure Belli ac Pacis*—<sup>120</sup> inscribe el ya recordado deber de responsabilidad por los daños causados con culpa.

Vemos aquí también una corriente coherente con las que señalábamos anteriormente. La cual influye sobre nuestras ideas jurídicas por tres vías. En primer lugar directamente, ya que las obras de Grocio, Pufendorf, Wolff, Locke y otros son habituales en las bibliotecas de magistrados y hombres públicos rioplatenses, aun antes de 1810.<sup>121</sup> En segundo lugar, por mediación de autores franceses prerrevolucionarios que reciben esa influencia como son Portalis, Malleville, Linget, Boutaric, Daguesseau, Bouhier y el propio Pothier.<sup>122</sup> En ter-

116 MICHEL VILLEY, *Le droit et les droits...*, cit., p. 131 y ss.

117 A. J. ARNAUD, *Les origines...*, cit. p. 11.

118 A. J. ARNAUD, *Les origines...*, cit., p. 12.

119 A. DUFUR, ob. cit., p. 100.

120 MICHEL VILLEY, "Morale et droit", cap. VIII de *Seize essais...*, cit., p. 107.

121 V. TAU ANZOÁTEGUI, *La codificación...*, cit. p. 58.

122 A. J. ARNAUD, *Les origines...*, cit. p. 163.

cer lugar, como consecuencia de la intermediación de los traductores y juristas de la Suiza de lengua francesa —en especial Burlamaqui<sup>123</sup> y Vattel— que aparecen anunciados entre los libros en venta por las librerías porteñas de alrededor de 1830.<sup>124</sup>

4. Es básicamente con este trasfondo que Vélez inserta el texto del viejo artículo 1109 y en el que se incardinan el sistema de responsabilidad con fundamento en la culpa que constituyó el eje de nuestro derecho hasta la reforma de 1968.

No he de introducir aquí la narración de lo acontecido desde entonces. Otros lo han hecho con versación y claridad<sup>125</sup> tanto en el contexto general de las ideas, como en el campo de nuestro saber jurídico.

Sólo agregaré que, aun en el plano de la teoría general del derecho, un observador lúcido ha tenido elementos de juicio como para advertir que el tema de la responsabilidad ha de girar sobre la idea básica del daño y que el mismo no está dado por una acción o una conducta, sino por el resultado de éstas.<sup>126</sup> Lo que —al menos en parte— implica volver a las viejas ideas realistas de nuestra tradición clásica. Esto demuestra —a la postre— que la explicación tomada de *las propias cosas* no es un problema de escuela o de coherencia ideológica, sino de docilidad para describir, en su propio nivel, el fenómeno de la reparación del daño.

En el fondo, las querellas a que antes nos referíamos, tienen su fuente o en la atadura a esquemas mentales a los que se pretende ligar la realidad, o en la fidelidad a la realidad, pero con carencias filosóficas que impiden trasladar a un plano adecuado las cuestiones observadas.

Valga ello para cuestionar también ciertas tesis, como la del riesgo, que en el fondo no consiste en otra cosa que desnudar a la postura subjetivista, que hemos historiado, de su original connotación, pero dejando en evidencia su cuño de raíz moralista que no siempre explica el enderezamiento de la *in-turia*.

## V. INTENTO DE PRESENTACIÓN SINTÉTICA

Estamos, finalmente, al término de un largo viaje y se torna imprescindible una recapitulación que, al tiempo que ordene los diversos escalones recorridos, presente una visión unitiva de la cuestión propuesta.

<sup>123</sup> A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école romande du droit naturel du XVI siècle*, Genève, Georg., 1976, p. 26.

<sup>124</sup> V. TAU ANZOÁTEGUI, *La Codificación...*, cit. p. 151 y nota 94.

<sup>125</sup> GENEVIÈVE VINEY, *De la responsabilité personnelle à la répartition des risques*, APD 1977, p. 5, J. J. LLAMBÍAS, *Tratado...*, cit. t. IV-A, p. 494 y ss.

<sup>126</sup> J. M. LÓPEZ OLACIREGUI, *Esencia y fundamento...*, cit. n° 3 y 17.

El análisis filosófico nos ha dado algunas pistas y el recorrido histórico otras. Otras pistas han sido seguidas en el campo lingüístico. Será imprescindible, con toda la provisoriedad del caso, ensayar una mirada de conjunto sobre lo visto. En el fondo, lo que tiene que aportar un juez que reflexiona sobre su oficio, en punto al tema que nos convoca.

1. Los diversos aspectos que constituyen ámbitos diversos de los saberes prácticos se especifican por el fin, de manera propia y estricta. Pero no es recusable el propósito de utilizar el principio de distinción de los saberes por el objeto formal, en la medida en que el tratamiento científico del objeto práctico participa del modo especulativo de conocer.

2. La consideración del derecho como sistema de conductas, lleva necesariamente a abordar el tema jurídico desde una perspectiva moral. Lo cual no es ilegítimo, pero resulta ser una captación no jurídica del tema jurídico; como cuando se analiza la moralidad de la guerra, o de la técnica, o del fenómeno deportivo, o del hecho educativo.

3. El peligro de caer en un tecnicismo juricista en el tratamiento del tema de la responsabilidad, perdiendo de vista otros planos de la realidad —como es el que nos provee la moral— queda aventado si se advierte que el saber jurídico está subalternado a otros saberes que proveen sus principios y juzgan de sus conclusiones. Así, la antropología y la cosmología —en la primera hipótesis— o la moral y la política —que le marcan el orden de los fines— sin descuidar el papel sapiencial desempeñado por la metafísica.

4. Frente al fenómeno complejo de la vida humana como totalidad y al obrar humano en particular, será el fin lo que nos permita distinguir cada campo de consideración de la responsabilidad.

a) Si lo que está en juego resulta ser la edificación del *ethos* personal —la ordenación del hombre a su fin último—, la visión será radicalmente moral.

b) Si, por el contrario, la consideración apunta sólo al orden de las relaciones sociales que constituyen el entramado de “lo justo”, si apunta sólo al mantenimiento de la buena proporción establecida en el momento arquitectónico o distributivo —político, en definitiva— de la organización de lo social, la consideración será radicalmente jurídica.

5. Ese fin —objeto formal terminativo— es lo primero y principal que capta el jurista o el moralista, pero desde donde capta todo el resto del campo de objetos que él considera. En cada caso, el atalaya utilizado para captar la realidad de la que se trata es diverso.

a) El moralista, desde su ángulo, analizará conductas humanas ordenadas o desviadas del fin último de la vida humana.

b) El jurista, desde el suyo, tenderá a observar los buenos o malos repartos, de bienes y cargas, que se realizan en la ciudad y el modo de mantener sustancialmente ese equilibrio, en el momento en que se verifican las conmutaciones, los cambios, entre quienes comercian e intercambian.

6. El ángulo de visión del primero, será el pecado —o de la deserción de sí mismo, si se toma el tema en la pura perspectiva natural— y de la ordenación a la beatitud. El ángulo del segundo será el del *ius* y de la *in-iuria* o daño. Y desde allí, pasará a considerar todo el resto; de donde se ve que no es irregular que uno y otro aborden objetos materiales comunes, ya que el ángulo *sub qua* es diverso. Resulta legítima la consideración del *iustum* y el *in-iustum* por el moralista, pero *ratio peccati*. Igualmente, el jurista considerará, si es que puede, aspectos que hacen a la interioridad moral, en cuanto se exteriorizan, pero desde su perspectiva específica, que no es el “foro interno de la conciencia”, sino el obtener una mejor composición del entuerto y la aplicación más ajustada de penas medicinales, o tendientes a educar a los hombres en la línea del bien de la ciudad.

7. Así planteamos la distinción entre el ámbito de la responsabilidad moral y el de la responsabilidad jurídica. Pero, como en la realidad nada existe con recortes nítidos o esquemáticos, no descalificamos la posibilidad ni de que el jurista juzgue intenciones exteriorizadas, ni que valore conductas rectas o torcidas —desde su ángulo— como tampoco que el moralista valore lo justo y lo injusto, desde el suyo. Pero subrayando: desde el suyo.

8. Determinada la diversidad de consideraciones por el fin, se advierte que cualquier tratamiento relativo a la responsabilidad jurídica, ha de principiar por la captación de un daño. Es el *primum cognitum* del jurista, tanto en el tema del responder civil, como en el sistema del responder penal. A este respecto, es que entendemos que el *tagbestat* no es otra cosa que un *in-iustum*, al cual el legislador le da especial relevancia para que tanto el delincuente como la sociedad se alejen de futuros y posibles resultados similares. Nace así la noción de pena como *plus* del daño resarcible, con finalidad principalmente política y pedagógica; del delincuente y de la sociedad.

9. A reparar el daño se ordena el responder civil, a educar —para que no se repitan o proliferen algunos tipos especiales de daño— se ordena el responder penal.

10. Si bien es cierto que muchas confusiones de planos se han originado en el llamado “sacralismo medioeval” —o agustinismo jurídico— una línea de pensamiento occidental que tiene a Santo Tomás como cabeza, propone la legítima autonomía de los ámbitos y saberes temporales y naturales. Tesis que ha recogido el Concilio Vaticano II, en el nº 30 de la Constitución *Gaudium et Spes*, captando una tradicional proposición católico-romana sobre las posibilidades de la razón y la entidad de las cosas naturales.

11. El mito del progreso —que extrapola el hecho del progreso técnico y forja la ideología que todo lo pasado fue peor— ha presentado como valioso el proceso de involución moderno. Proceso que ha confundido lo moral con lo jurídico; que ha profanizado la moral y minado su basamento teológico; que ha hecho del derecho un sistema de normas morales regulador de conductas exigidas por la ley. Tal decadencia, preparada por los teólogos nominalistas, se plasma en las proposiciones de las escuelas renacentistas y postrenacentistas: la escolástica española, la Escuela Moderna del Derecho Natural y de Gentes y el humanismo anglosajón.

Es ese marco “moralista” de consideración del derecho como único ángulo legítimo, el que —en materia de responsabilidad— posibilita la aparición de la concepción de responsabilidad, expresiva de una conducta humana reprochable. Tal eclosión del “moralismo” jurídico es contemporáneo a la Revolución Francesa, lo que puede constatarse por la aparición de las palabras *responsabilité*, *responsability* y “responsabilidad” en los textos jurídicos franceses, ingleses y españoles.

12. Es a la luz de esta filosofía que nuestro legislador concibió el antiguo texto del artículo 1109 del Código, en la línea del Código Napoleón.

13. No es el riesgo ni la culpa el punto de arranque de la responsabilidad jurídica, sino el daño, la *in-iuria*. Desde allí, podrá el jurista considerar la totalidad del fenómeno que —modernos nosotros también— llamamos responsabilidad.

La noción de riesgo creado, nos parece una noción hija de la misma concepción, vaciada de contenido subjetivo.

En la propuesta que explicamos el jurista se encuentra liberado tanto del entramado de presunciones que funda, en apariencia, la culpa, como del bizantinismo esterilizante que nace de la necesaria discusión sobre la potencialidad de riesgo de cada cosa.

\* \* \*

Hasta aquí mis reflexiones. Don al amigo y recuerdo al maestro.

CARLOS RAÚL SANZ

## EL VALOR DE LA JUSTICIA EN LAS CORRIENTES SOCIO-POLÍTICAS MODERNAS

### INTRODUCCIÓN

Es supuesto fundamental de las reflexiones siguientes, la afirmación según la cual las tendencias ideológicas dominantes en nuestra época están orientadas por una idea de justicia que ha sufrido una desarticulación de las "partes" que se le reconocían en el pensamiento tradicional; desarticulación que debe ser atribuida a la posición idealista de la filosofía. Tal supuesto resulta confirmado inicialmente recurriendo al testimonio de los autores, tanto al de aquellos que denuncian lo anterior adoptando una postura crítica, como al de quienes, inconscientes de la corrupción del principio, adhieren a alguna de las tendencias que lo alegan.

Aunque la presente exposición se ubica en la primera de ambas líneas interpretativas, debe aclararse una diferencia respecto de posiciones similares. No es novedoso, en efecto, interpretar de trasfondo axiológico de las ideologías *liberal* y *marxista* como respondiendo, respectivamente, a las exigencias parciales de lo que en la filosofía tradicional se conoció como la "justicia conmutativa" y la "justicia distributiva". Estas analogías han sido certeramente destacadas por autores adscriptos a la tradición aristotélico-tomista.\* Con ello se ha puesto en evidencia, por lo menos, el inapreciable valor heurístico de la noción de justicia formulada en la tradición filosófico-jurídica. Tomando dicha noción como pauta interpretativa, se aclara gran parte de los componentes éticos de las modernas corrientes socio-políticas. Pero a lo que en este caso hemos de atender, es no sólo a la constatación del *hecho* de la desarticulación nocional aludida, sino a la cuestión de la *legitimidad* con la que, en tal supuesto, se mantiene, en las tendencias ideológicas consideradas, el valor y "alegato" de la justicia. Se trata, para nosotros, de juzgar sobre si la justicia *como tal*, la justicia en su íntimo núcleo axiológico, se ha mantenido incólume luego de la referida escisión. Nuestra crítica se reconoce, pues, explícitamente axiológica, y no sólo histórico-doctrinal o técnico-jurídica.

---

\* Se encontrará una exposición explícita del punto de vista interpretativo adoptado, entre los autores de tradición aristotélico-tomista aquí consultados, en V. LAMSDORFF-GALAGANE (*El Concepto de Justicia en el Marxismo Soviético actual*, Parto y Cía. Santiago de Compostela, 1969). P. D. DOGNIN, O. P. ("Exchange et justice, commutative selon Marx" *Arch. de Philosophie du Droit*, 12, 1937). A. QUINTÁS ("Influsso delle Idee Politiche sul Concetto di Giustizia", *Riv. Internaz. di Filosofia del Diritto*, XLI, III (1964). En postura afín al marxismo, toma en cuenta la semejanza con el concepto tradicional de la justicia distributiva, G. DELLA VOLPE (*Rousseaux e Marx*, Roma, Riuniti, 1962).

Pero no ha de bastar, tampoco, con destacar la pérdida de la integralidad del concepto de justicia y, con ello, su empobrecimiento doctrinario y práctico. Sea como fuere que se lo conceptualice en instancia doctrinaria, el valor de justicia sigue actuante en las estructuras ideológicas y en el *ethos* que anima a los movimientos políticos contemporáneos. Sea, aun, que explícitamente se la niegue —por incompatibilidad con otras instancias filosóficas del sistema— la justicia, como exigencia esencial de la *realidad* ético-social, reingresa y es “alegada” implícitamente en todo intento de fundamentación teórico-práctica. Se trata, pues, para nosotros, de analizar y juzgar este modo de influjo inconsciente. El modo como la realidad moral —representada por la justicia— se impone a pesar de las negaciones y falsificaciones doctrinarias, pero el modo, también, como la misma puede surgir envilecida de este maridaje. Y así —expresado como consecuencia práctica— el modo como legítimamente puede rescatarse el núcleo de verdad contenido en el error, como así también el modo de precaerse frente a los parentescos equívocos.

### 1. *El valor de la justicia en el ámbito del idealismo moderno*

El principio fundamental que orienta nuestra investigación está constituido por el siguiente presupuesto: la inversión gnoseológica que caracteriza al pensamiento moderno en general, esto es, el *idealismo*, incide en forma decisiva sobre la idea de justicia modificando su esencia axiológica.

Un análisis que, como el nuestro, se detiene en la consideración de la influencia recíproca de la idea de justicia y las corrientes ideológicas modernas, no puede ignorar este presupuesto fundamental. Él hace que, aun admitiendo la recurrencia de ciertas tendencias fundamentales en la historia del pensamiento jurídico, no pueda establecerse una perfecta equivalencia entre las fórmulas tradicionales y las modernas.

Queremos aclarar, sin embargo, que la dilucidación de este presupuesto fundamental nos conduciría, mucho más lejos del objetivo actualmente propuesto, a una reflexión del tipo metafísico. Siendo, en última instancia, *fundante* de la presente tesis, dicho nivel de investigación debe quedar, por ahora, solamente esbozado. Del mismo modo, el desentrañamiento de esta cuestión nos hubiera detenido indefinidamente en la imprescindible confirmación bibliográfica y textual, lo que nos hubiera introducido, explícitamente, en la temática histórica. Limitándonos, pues, a un ámbito prudente de investigación y consulta, hemos destacado, sin embargo, la influencia del pensamiento de los grandes innovadores modernos sobre el desarrollo ideológico ulterior.

La cuestión a la que ahora aludimos, es decir, la del impacto del pensamiento idealista sobre la idea moderna de la justicia, tiene una primera forma de expresarse en la *concepción antropológica y ética de la modernidad*. Este es, en efecto, el nivel en el que germina el contenido axiológico esencial encerrado en el término “justicia”, y que ha de impregnar toda estructura socio-política ulterior. Quien dice “justicia” —ahora y siempre— alude a un valor *central* en la concepción del hombre y de la perfección humana. Si en algún punto se “tocan” las concepciones antropológicas y éticas es, precisamente, en el ámbito de la justicia. Ello es así porque la justicia es, no solamente un valor específico,

con su objeto propio como virtud y con su impostación axiológica peculiar, sino además un valor general, equiparable con la idea misma de la moralidad.<sup>1</sup> Es así que, en las más diversas concepciones, la "justicia" aparece identificada con la "bondad" moral, el hombre "justo", con el hombre pura y simplemente "bueno".

La equivalencia terminológica aludida reposa sobre dos aspectos fundamentales de este valor: por un lado, la *necesaria rectitud moral* que conlleva la posesión de la justicia como hábito; por otro, la *objetividad y la exigibilidad del acto exterior* del mismo. Lo "justo", pues, y la "justicia", se equiparan con una exigencia de *certidumbre* en el plano moral. Si la virtud en general es aquel hábito "del que no puede hacerse un mal uso"<sup>2</sup> ello se aplicará fundamentalmente a la justicia.<sup>3</sup>

Por lo que venimos diciendo, ya se puede suponer la magnitud en que puede haber afectado al valor de la justicia una concepción gnoseológica como el idealismo moderno. Necesariamente, la nueva actitud del espíritu frente a lo real hubo de modificar esencialmente la concepción de un valor en el que están implicados de un modo especialísimo los aspectos de *objetividad* y de *certeza* del mundo moral. Si, pues, una nueva concepción ético-antropológica se hace luz en la edad moderna, dicha concepción se verá reflejada paradigmáticamente en el nuevo concepto de la justicia.

### 1.1. *El papel de la justicia en la óptica del realismo filosófico.*

Si aludimos a la desviación que se opera en la idea de justicia por la influencia del pensamiento moderno, debemos hacer una referencia, al menos somera, a la idea tradicional de la justicia. Si mencionamos su puesto central en el conjunto de las virtudes, nos corresponde mostrar cómo la actitud realista justificaba dicha centralidad, ubicando a la justicia como "gozne" del organismo ético.

---

<sup>1</sup> Debe reconocerse que, en este punto, nos encontramos con un problema que exigiría, por sí mismo, un tratamiento especial. Nos hemos valido, como de un criterio metodológico, del concepto tradicional de la justicia *general*: a ella le atribuimos el carácter de valor "general". Pero para Santo Tomás por ejemplo, la "generalidad" de la justicia general no es generalidad de "predicación" sino de "causalidad" (Cfr. *Summa Th.*, II-II, 58, 6). Resultaría así discutible el uso que de tal concepto hacemos. No obstante, bien podría ser que la distinción de Santo Tomás esté referida a la posibilidad de atribuir la justicia general del gobernante, como virtud *específica*, pero que ello no descarte su significación *predicativa* en otro ámbito: el de la "teoría" moral.

<sup>2</sup> "*Bona qualitas mentis qua recte vivitur et qua nullus male utitur*", *Summa Th.*, I-II, 55,4.

<sup>3</sup> A no dudarlo, nuestra interpretación puede chocar acá con objeciones procedentes del pensamiento tradicional, ya que estamos concediendo, en cierto sentido, a la justicia, un privilegio que habitualmente se atribuye a la prudencia. Recuérdese, sin embargo, que el mismo Santo Tomás, comentando a Aristóteles en un pasaje fundamental, reconoce la relativa superioridad de la justicia legal sobre la prudencia, al admitir para esta última la posibilidad de una desviación en ausencia de la primera: "*Homini autem secundum suam naturam convenit prudentia et virtus quae de se sunt ordinata ad bonum: sed quando homo est malus utitur eis quasi quibusdam armis ad male faciendum: sicut per astutiam cogitat diversas fraudes, et per abstinentiam potens fit ad tolerandum famem et sitim... Sed homo reducitur ad iustitiam per ordinem civilem...*". In *I. Pol.*, lect. 1,41.

En primer lugar, la virtud de justicia ocupa, para el pensamiento tradicional, un puesto insustituible en el orden de la relación *sujeto moral-objeto*. Para el pensamiento escolástico, en efecto, la justicia es rectificadora de las *acciones exteriores*.<sup>4</sup> Ello no significa atenuar su importancia como perfectiva del *ethos* subjetivo, sino poner de relieve la rigurosa objetividad del *criterio* de la justicia. A diferencia de las restantes virtudes, cuyo "medio" es "racional", y establecido por referencia a las internas disposiciones del sujeto, el "medio" de la justicia es un medio "de la cosa", establecido por referencia a un débito objetivo.<sup>5</sup> Esto hace de la justicia un elemento fundamental en la articulación moral entre el sujeto y la realidad. No es que "no importe" la interna disposición de quien realiza el acto de la justicia, sólo se destaca que tal disposición debe medirse por una exigencia objetiva; mejor aún: que el hábito de la justicia equivale a una interna disposición de aceptación y obediencia *de una exigencia moral objetiva* (lo que se muestra en la inalterable decisión de dar cumplimiento a la "palabra dada", o al "contrato", más allá de toda circunstancia que pudiera relativizar la obligación).

En segundo lugar, condicionado por la anterior función de nexo entre el agente moral y la realidad, surge el papel de la justicia como *integradora* de las disposiciones humanas cognoscitivo-rationales y afectivas. La justicia fue interpretada en este contexto como virtud específica de la *voluntad*, es decir, del *apetito racional*. Es bien sabido que la denominación de una facultad apunta, en la psicología escolástica, a su *naturalaleza*, y que no arguye, por ende, calificación moral. Esta última es, por su parte, atribuida al hábito, que ordena prácticamente la voluntad a su objeto. Así la justicia, hábito perfectivo de la voluntad, confirma prácticamente la ordenación natural del apetito humano hacia sus propios fines racionales. La justicia es, pues, "rectificadora" de la voluntad, corroboradora de su innata tendencia que puede, por supuesto, y dada la libertad del hombre, ser desviada de sus fines propios. Esto es lo que hace que la justicia pueda ser considerada, desde cierto punto de vista, la virtud ética fundamental, por ser la específica de la facultad *realizadora* del hombre, que es la voluntad. La relatividad de las restantes virtudes (fundada en la diversidad de "disposiciones" humanas respecto del bien sensible) tiene, pues, en la voluntad, un "contrapeso" que la somete a las exigencias de una pauta absoluta (y, como Kant, puede decirse en este sentido que "nada es bueno absolutamente sino la buena voluntad"). Pero, bien entendido, si tal privilegio le cabe a la justicia en el ámbito de las virtudes, ello no es sino porque significa la inalterable disposición de someter la conducta *a las exigencias de la razón*.

Así la justicia es el nexo que, desde el lado práctico del espíritu, ata la afectividad humana inferior o sensible a los dictados de la prudencia. Vicaria de la razón en la afectividad, a ella se debe la adecuación, siempre perfectible, del hombre al ideal racional; la paulatina liberación del hombre res-

---

<sup>4</sup> "*Virtutes enim et vitia... sunt circa passiones; quia scilicet in eis principaliter consideratur qualiter homo 'interius' afficiatur... Sed circa iustitiam e iniustitiam praecipue attenditur quid homo 'exterius' operatur...*" in *V. Ethic*, 886.

<sup>5</sup> *Summ. Th.*, II-II, 58,10.

pecto de las solicitaciones desordenadas de la sensibilidad, *que le impiden ser él mismo*. Mucho más cabría decir de este concepto ideal de la perfección humana vigente en la óptica tradicional, y del modo como en él se engarza la noción general de la justicia. Baste para esta introducción recordar que tal ideal está centrado en la primacía del *bien racional* y que en su adecuación al mismo —que lo es a la verdad moral o “autenticidad” humana— el hombre debe atravesar un camino de disciplina y encauzamiento de su apetito inferior. La ascesis o corrección del apetito es, así, la necesaria condición para hacer efectivo el verdadero *querer* humano —el *volere*—, siempre amenazado por la sollicitación del bien sensible inmediato. Por ello el fin de tal ejercicio ascético es la *libertad*, entendida como ausencia de impedimentos psicológico-sensuales para el ejercicio de la actividad racional. La condición, pues, para el ejercicio del querer libre-espiritual es la *sumisión* a un orden racional expresado en la *ley*, la cual es, por su parte, expresión de la *realidad* conocida. Hasta aquí la posición del *realismo* cognoscitivo y la doctrina ética que le corresponde. La *heteronomía* moral es el correlato de la natural aceptación de la preeminencia del *ser* sobre la *conciencia cognoscente*. No debe extrañar que por justicia se entienda fundamentalmente, en este ámbito, la adecuación del querer humano a un orden normativo exterior. Y con ello, que la *justicia en su sentido general*, aparezca identificada con la justicia *legal*.

### 1.2. *La inversión provocada por el idealismo*

No pretendemos dilucidar aquí la cuestión que alude a la preeminencia del orden teórico sobre el orden práctico, o viceversa. Bástenos destacar la concomitancia que necesariamente se da entre el desarrollo de las ideas y las modificaciones que sufre el esquema de valores motivantes de la conducta. Lo que no puede ser ignorado es que a la actitud teórica del *idealismo* moderno corresponde un enfoque enteramente nuevo de la estructura *axiológica* del hombre. Ello se refleja en la nueva concepción de la justicia que impregna, por igual, a las más distintas ideologías que a ella —a la actitud idealista— han recurrido.

La importancia de la nueva actitud idealista en la modificación del concepto de justicia se hace patente si recordamos el carácter de nexo que le atribuimos, entre el orden objetivo y las disposiciones del agente moral. Al cortarse, en el idealismo, la relación inmediata entre cognoscente y realidad, el concepto mismo de la justicia resulta alterado. Propiamente, la justicia —de la cual se sigue hablando, así como del “conocimiento”— queda *sin objeto*. Ello se muestra en la modificación fundamental del concepto de *derecho* que, de aludir a un débito objetivo, pasa a designar una “capacidad de reclamar”, prácticamente indefinida, que se atribuye a la naturaleza humana. Es el desplazamiento al polo de la subjetividad de la noción del “derecho natural”.

Mondolfo ha destacado con toda sutileza la diferencia que se hace luz a partir del Renacimiento, en relación con el concepto del derecho natural.<sup>6</sup> Este

<sup>6</sup> Sin embargo, el propio Mondolfo es víctima del equívoco provocado por la variación semántica del término “derecho”. Al decir que “el concepto del derecho natural es... esencialmente moderno”, no parece dudar que el término “derecho” pueda expresar otro signi-

pasará ahora a ser deducido —como quiere Grocio— “a partir de los principios internos del hombre” —*ex principiis hominis internis*—,<sup>7</sup> y no a partir de una naturaleza objetiva, indicadora de un orden, igualmente objetivo. Esta inversión que se produce en el ámbito de la filosofía jurídica es exactamente paralela con la revolución filosófico-especulativa inaugurada por Descartes. En la perspectiva clásica tradicional, no sólo en el orden teórico, sino “también en el práctico —dice Del Vecchio— la mente humana es regulada por su objeto, no reguladora a su respecto”; ahora bien, “esta sujeción *pasiva* y *heteronómica* del espíritu es exactamente la inversión del ángulo visual necesario para concebir la personalidad humana como principio absoluto, tanto en el orden especulativo como en el ético-jurídico”; y así, “a partir de la Edad Moderna del mismo modo que la naturaleza humana había devenido el gozne de los nuevos sistemas especulativos, así debía devenir también el fundamento de las nuevas construcciones jurídicas”.<sup>8</sup>

La evolución idealista culmina, de algún modo, en la filosofía jurídica kantiana y, particularmente, con su tajante separación entre el orden ético y el jurídico-positivo. Es el camino seguido por la faz *racionalista* de la justicia, caracterizada por las exigencias de “objetividad” “seguridad” y “previsibilidad” que normalmente se atribuyen a la vigencia del derecho en las relaciones humanas. Sin embargo, la objetividad a la que ahora se alude no es la de un orden real exterior al sujeto, sino la del *constructivismo* de la razón, que en este caso adquiere el nombre de “contractualismo” y “convención”: el orden jurídico objetivo (el nuevo “estado de derecho”) resulta divorciado de la estructura real, socio-política del hombre. La natural intencionalidad objetiva de la justicia queda, con el racionalismo, sometida a un orden que la razón crea, *more geometrico*, y de este modo resultará despojada de su función *vicaria de la razón sobre las potencias inferiores*.

No ha de extrañar entonces, que en el racionalismo jurídico vigente en las nuevas doctrinas del derecho natural y en el ámbito ideológico del “estado de derecho” se disimule una tendencia contraria, de índole irracionalista y reivindicadora del sentimiento. Esto, que aparece ya en Rousseau anticipando el romanticismo, no es sino el resultado de la incapacidad del pensamiento idealista para acoger en una unidad armónica a las diversidades formales que

ficado que no sea el de un derecho “subjetivo”. Porque no pueden haber dudas de que el concepto de “derecho natural” estaba presente en las reflexiones de los antiguos —*ius naturale, τό φυσικόν δίκαιον*—. Es sólo eliminando su carácter de objetividad como puede reconocerse la innovación del pensamiento moderno a su respecto. Y así, sólo si se entiende por “derecho” al derecho subjetivo, puede afirmarse que el concepto de “derecho natural” es exclusivamente moderno. Los antiguos hubieran juzgado falso el concepto de una “capacidad de reclamar” natural que no tuviera su principio en la conveniencia de la cosa al sujeto. El propio Mondolfo reconoce implícitamente la restricción con que usa el término, al decir que la definición platónica de “lo justo” “no significa reconocimiento de un derecho, sino lo que está en el orden de las cosas”. El uso del término por Mondolfo implica pues, ya, la modificación doctrinaria aludida: “lo que está en el orden de las cosas” no puede ser considerado “derecho”. Ver R. MONDOLFO, *Rousseau y la conciencia moderna*, Buenos Aires, Eudeba, 1962, p. 58.

<sup>7</sup> *De iure belli et pacis*, Proleg. 12.

<sup>8</sup> G. DEL VECCHIO, “Diritto e personalità umana nella storia del pensiero. Proluzione al corso di filosofia del diritto”. *Riv. di Filosofia e scienze affini*, N. Sanicelli, Bologna, 1917.

presenta la realidad. Al *racionalismo* de la justicia debía oponerse, desde él, un *sentimentalismo* de la justicia. A diferencia del primero, en que las nociones jurídicas tienden a perder todo contenido ético motivante, aquí asistimos a un desborde de la "eticidad" emotiva, sin el control del orden racional.

La mencionada escisión entre ambos planos del valor, está en relación con la ruptura entre los estratos respectivamente racionales y pasionales de la personalidad humana y ello se reduce, en última instancia, a la ruptura de la relación cognoscitiva entre el sujeto y la realidad. En efecto, uno de los aspectos del *autonomismo* moderno es el ya mencionado: la liberación de la razón con relación a lo real; el otro lo constituye la autonomía *del sentimiento respecto de la razón*. Todo parece indicar que cuando la razón ha dejado de estar medida por las cosas y por el orden dado en las mismas, no ha podido, por su parte, constituirse en medida de aquello a lo que legítimamente está llamada a medir. La sumisión de las potencias afectivas a la razón se justifica cuando esta última aparece como develadora de un orden dado. Desaparece dicha justificación ante una supremacía racional que no conoce la instancia decisiva de *lo que es* respecto del *deber ser* (tal es, por el contrario, el postulado de la ética kantiana del "imperativo categórico"). El sentimentalismo moral resulta así un fenómeno estrictamente simétrico con el racionalismo.

Quien todavía en plena edad de "las luces" reivindica la supremacía del sentimiento en la ética es J. J. Rousseau. Dicha reivindicación no se limita a dar su lugar a la subjetividad en el orden moral, sino que apela a la exclusión de la razón como pauta de verdad moral. Si, como dice Mondolfo<sup>9</sup> para Rousseau "donde están en cuestión problemas éticos, no rige ya el criterio de lo *real* sino de lo *verdadero*" es porque la noción misma de lo verdadero ha perdido, desde el punto de vista moral, toda relación con la facultad cognoscitiva. Junto con la exclusión de la razón como criterio de verdad moral, surge el más absoluto subjetivismo del sentimiento. Esta consecuencia afecta profundamente a todo el *ethos* de nuestra época y, muy particularmente, a lo que en ella se entiende por justicia.

Ahora bien, la apelación de Rousseau a la verdad moral "interior" o subjetiva no es absolutamente novedosa, si no es por el rigor con que se oponen los términos en cuestión. La verdad moral es algo que, para el ginebrino, se capta sólo por el sentimiento, *contra* el conocimiento intelectual y racional. Tal oposición no se explica sino como reacción antirracionalista, ante la insatisfacción de una ética *more geometrico demonstrata*. Pero ya en la filosofía tradicional se reconocía la diferencia entre el orden de la verdad práctico-moral y el de la verdad teórica. Y ello precisamente en cuanto que —a semejanza de lo expresado por Rousseau— no es indiferente en la primera *la referencia a la interna disposición del sujeto*. La *verdad moral* es —también para la filosofía tradicional— cosa distinta a un puro *reflejo de lo real*. No es la *adaequatio intellectus et rem* lo que la define, sino la *adaequatio intellectus et appetitum rectum*. Por supuesto que dicha fórmula no excluía la "objetividad" en el conocimiento y la verdad moral; si en ella se hacía referencia a una intencio-

---

<sup>9</sup> Ob. cit, p. 70.

nalidad apetitiva era en la medida en que el *objeto operable* es un *objeto* imbuido de intencionalidad práctica. Pero es cierto que —como dice Rousseau en el *Emilio*—<sup>10</sup> el “deber ser” es más importante que el “ser” en el ámbito de la verdad práctica; sólo que, para la filosofía tradicional, el “deber ser” es un “deber ser” implicado en la realidad de las cosas, y previamente *conocido* por una razón afín a la afectividad. Pero, ciertamente, el pensamiento tradicional reconocía *el papel de la subjetividad en la estructura del conocimiento moral*.<sup>11</sup>

Pero en lo anterior es donde se vuelve a encontrar el lugar de privilegio de la justicia. Para los antiguos, la subjetividad a la que se reconocía como “pauta” de verdad moral era *la del afecto disciplinado por su sometimiento a la razón*. El “apetito recto” al que se refiere la fórmula mencionada es, precisamente, *el apetito rectificado por la virtud de la justicia*; y esta última no es otra cosa, en su significación más radical que la disposición del afecto a seguir los dictados de la razón y de la ley. Virtud, pues, de la voluntad; virtud “mediadora” entre la razón y la sensibilidad.

En la óptica rousseauiana, por el contrario, se asiste a una “liberación” de la sensibilidad respecto de toda medida racional; más todavía, a una verdadera condena de toda reflexión racional sobre la conducta. Dicha reflexión aparece reputada como radical “inautenticidad”: “el hombre que medita —dice Rousseau—<sup>12</sup> es un animal depravado”. Como muestra Maritain,<sup>13</sup> está ausente en la moral rousseauiana todo concepto de la voluntad como facultad racional, y la valoración de toda posible *rectificación* del apetito. Debía así quedar excluida toda idea de la justicia, análoga a la concepción tradicional.

Sin embargo, sería falso concluir de lo anterior que la idea de una justicia “general” hubiera desaparecido a tenor del referido irracionalismo. De algún modo, tal idea es inevitable en toda reflexión moral. También para Rousseau y para la concepción moral que de él parte, existe un concepto general de la bondad que podría ser denominada “justicia”. Ella significará ahora, sin embargo, rigurosamente *lo contrario* de lo que significara para la conciencia moral tradicional. Si para ésta la garantía de bondad moral pura y simple consistía en la *permanente disposición a adecuarse al mandato de la razón*, para Rousseau, por el contrario, dicha garantía está constituida por el *constante abandono a los impulsos espontáneos del sentimiento*. Tal es el significado de la “conciencia” moral en Rousseau, a la que considera “juez infalible del bien y del mal”.<sup>14</sup> Y si ello es así, es porque se interpreta que todo esfuerzo moral presidido por una reflexión sobre la conducta, es enmascarador de la

<sup>10</sup> *Emilio* I. V., “La verdad moral no consiste en *lo que es*, sino en *lo que es bueno*”.

<sup>11</sup> Lo que se expresa además en la conocida fórmula escolástica “*Talis unusquisque est, talis finis videtur ei*”.

<sup>12</sup> *Discurso sobre la desigualdad*, parte primera.

<sup>13</sup> J. MARITAIN, *Tres Reformadores: Lutero-Descartes-Rousseau*, Buenos Aires, Lib. Ed. Sta. Catalina, 1945, p. 115 y ss.

<sup>14</sup> “*Conscience! conscience! instinct divin, immortelle et celeste voix; guide assuré d'un être ignorant et borné mais intelligent et libre; juge infalible du bien et du mal...*”, *Emilio* I.IV.

*natural bondad* del hombre. Por lo tanto, el principio de la sumisión racional a normas debe ser reputado radicalmente *injusto*. Se está así, como decimos, frente a una verdadera *inversión* de la idea de justicia como virtud "general". La *ley*, que como expresión de la razón diera lugar, para los antiguos, a la virtud de la justicia legal, es hecha por Rousseau responsable de la depravación humana; por ello lo justo se identifica, en última instancia, *con la supresión de toda normatividad racional*. Encontramos, así, la otra forma del "autonomismo" moral moderno: ya no de la "razón práctica" respecto de cualquier normatividad fundada en las cosas, sino de la "sensibilidad" sobre la "razón".

Lo anterior debe ser destacado *para comprender el principio axiológico fundamental de Rousseau y su influencia en el ámbito de las modernas ideologías*. Su rechazo radical de todo orden legal, explica los caracteres peculiares de su "contractualismo" frente al de autores como Grocio, Hobbes o Locke; por otra parte, la mantención en su pensamiento de las exigencias deontológicas de una justicia y un "derecho" naturales, lo convierten en legítimo antecesor de los movimientos revolucionarios modernos y explica por su intermedio la permanente tendencia revolucionaria latente en los sistemas democrático-burgueses.<sup>15</sup>

En el mismo ámbito del "sentimentalismo" de la idea general de la justicia debe inscribirse el proceso de destrucción o de socavamiento de los fundamentos éticos del *Estado*. La *justificación* del Estado tenía, en la filosofía política tradicional, un claro sentido intelectualista. Para Aristóteles es la ley lo que habitúa al hombre a conducirse según el dictamen de la razón. La ley —globalmente considerada, y no sólo la que es "justa" por su contenido— es el principio de una *paideia* que genera en el ciudadano la virtud de la justicia legal, sin la cual el hombre se hace esclavo de sus instintos más bajos, deviniendo "peor que animal".<sup>16</sup> Tal es el fundamento ético-antropológico del Estado: la condición ética del hombre, su perfección como ser racional sólo puede desarrollarse en el seno de la comunidad *legal*.

Exigido por la naturaleza moral del hombre, el Estado no se engendra, sin embargo, sin que medie la razón y la voluntad humana que lo "establecen". Por eso las formas estatales admiten, en los hechos, toda la variedad que implica el desarrollo perfecto, histórico, del hombre. Pero si el hombre es "naturalmente" político —*zoón politikón*— no lo es porque con él el Estado y la ley se den *ab initio* o por una suerte de instinto necesitante, sino porque dicha condición aparece exigida por su *finalidad* perfecta.

<sup>15</sup> La importancia de la influencia de Rousseau sobre los movimientos revolucionarios contemporáneos es reconocida por admiradores y detractores de su espíritu. Recuerda así Mondolfo que "... el principio de libertad... no alcanza (con Locke) ni la *eficacia revolucionaria* ni la fecundidad de desarrollo... que sólo con Rousseau obtiene, y que lo erige en principio renovador de la vida social moderna. Interpretando, en cambio, el pensamiento de Rousseau como una "corrupción del cristianismo", dice Maritain que "el evangelio convertido en cosa puramente natural... se vuelve un fermento de revolución de extraordinaria virulencia". Cfr., para Mondolfo, ob. cit., pp. 68-69, para Maritain, ob. cit., p. 167.

<sup>16</sup> "Porque si el hombre es el mejor de los animales cuando llega a su perfección, así es el peor cuando se aleja de la ley y la justicia". ARISTÓTELES, *Pol.* I, 1.

Bien se ve, pues, cómo el postulado rousseauiano de la bondad *original* —para Rousseau “natural” equivale a “original”— conlleva inmediatamente la negación de la naturaleza *política* del hombre. El hombre rousseauiano será, en el mejor de los casos, un animal social en virtud de ciertas *necesidades* de índole biológica o económica (cfr. el reconocimiento de sólo la familia como comunidad natural), pero nunca *político*, ya que, en el fondo, no hay disposiciones que perfeccionar, ni sentimientos o pasiones que deban ser ordenados por la inteligencia (como se ve, pues, la impugnación a Rousseau en perspectiva natural o filosófica no obliga a la contrapostulación de una “maldad” o “pecado” original sino, solamente, la de la no necesidad, —o no espontaneidad de la virtud).

Consideramos de la mayor importancia el desentrañamiento y análisis de estos presupuestos antropológicos modernos que, desde Rousseau, condicionan las actuales doctrinas socio-políticas. A no dudarlo, la radicalización del enfoque debería llevar a la manifestación de la problemática metafísica y teológica implicada. Pero aun en el nivel de la antropología, debería resaltarse el contraste entre la concepción del hombre tradicional, heteronómica y religiosa, con la concepción del hombre moderno, signadas por las ideas de “autonomía” y de “desalienación”. En lo que hace a nuestro tema, hemos destacado la importancia de la desvirtuación del concepto de la justicia legal como núcleo de la moralidad y la consecuente negación del fundamento ético del Estado de la que participan las tendencias ideológicas típicamente modernas.

## 2. *La justicia como motivación ideológica*

### 2.1. *En el régimen jurídico liberal*

Dice Aristóteles en la *Política*<sup>17</sup> que los distintos regímenes de gobierno apelan a “cierto aspecto de la justicia” pero que, al hacerlo, no reparan en la “justicia completa y en su integralidad”. Esto, que en el Estagirita aparece referido a la distinción entre “oligarquía” y “democracia” es aplicable con algunos distingos al análisis de las ideologías modernas que se disputan la hegemonía de la justicia. Hemos adoptado este mismo punto de vista, no sólo para caracterizar teoréticamente, sino también para juzgar, axiológicamente, los respectivos *ethos* jurídico-políticos de los sistemas democrático-liberales y socialistas. En lo que al aspecto crítico de este análisis se refiere, destaquemos que el valor de justicia exige, para su preservación, aquella “integralidad” reclamada por Aristóteles, y que toda parcialización del mismo es no solamente una mutilación de su unidad, sino que *tiende a viciar su propia esencia*.

Este proceso de desarticulación del valor-justicia debe ser analizado, en primer lugar, en el *ethos* jurídico del liberalismo. En él comienza un proceso de divorcio que conlleva la pérdida del sentido axiológico de la justicia como tal, y que culmina en la reacción socialista de signo opuesto.

<sup>17</sup> “Porque todos apelan a alguna forma de la justicia, pero... no expresan el principio de la justicia en absoluto y en su integralidad”, *Pol.*, III,5.

Haciendo uso del concepto integral de la justicia acuñado por la tradición filosófico-moral, puede interpretarse el contenido ético de las doctrinas del "estado de derecho" como una aplicación del criterio de la justicia *conmutativa*. La apelación restrictiva a esta parte subjetiva de la justicia deriva en una primera "desafección" moral de la idea de justicia *tout court*.

En efecto: el criterio de la justicia conmutativa está presente al prescribirse, en el mencionado régimen jurídico, la *reciprocidad* en los cambios y la *igualdad de todos ante la ley*. La pertenencia de estas pautas de conducta al ámbito de las acciones exteriores y públicas, y la restricción sólo a ese ámbito de la idea de justicia, configura el dato de un empobrecimiento de su sentido ético. Se verifica la división, como en dos campos incommunicables, de la *moral* y el *derecho*, dualidad caracterizadora del régimen republicano en general y, muy en especial, de las modernas democracias burguesas.<sup>18</sup>

Si bien la mencionada división se considera un logro de las modernas doctrinas del "estado de derecho", del "positivismo" y del "formalismo" jurídicos, admite ser interpretada perfectamente a la luz de la doctrina tradicional sobre la justicia. En tal sentido, debe ser considerada resultado *del impacto de las exigencias permanentes de la justicia conmutativa sobre el substrato ideológico del racionalismo y el individualismo*.

La modificación provocada sobre el criterio de la justicia conmutativa por el fundamento gnoseológico en que ahora se nutre, debe ser muy tenida en cuenta (se trata de un ejemplo de la "no equivalencia" entre fórmulas análogas en los diferentes contextos del realismo tradicional y del idealismo moderno, a la que hacíamos referencia. Cfr. p. 2). Desde siempre, en efecto, la justicia "conmutativa" aludió al aspecto estrictamente *objetivo* de la virtud de justicia. Esta forma de la justicia es aquella para la cual vale la exigencia de no considerar la calidad de las personas vinculadas, ni la disposición de ánimo con que se ejecutan sus prescripciones. El "acto de la justicia" puede verificarse, en su caso, sin que medie la *virtud* de la justicia en el sujeto, porque de lo que se trata es de *hacer efectiva* una prestación obligada por el deudor.<sup>19</sup> En forma típica se verifica aquí la idea de la igualdad formal de las partes. En nada modifica el carácter objetivo de la prestación, la condición personal del deudor ni la del acreedor; ambos son "iguales ante la ley".

Hasta aquí, la doctrina tradicional y común sobre la justicia parece ser acogida en la moderna ideología del "estado de derecho". Pero no más en cuanto se ahonda el análisis. Lo que en la perspectiva tradicional nunca hubiera sido admitido, es que la referida forma de la justicia pudiera bastar para la determinación del *contenido* del derecho, ni que la misma pudiera verificarse independientemente de la justicia distributiva. Tal es, al contrario, precisamente

---

<sup>18</sup> La *distinción* entre un orden de virtud "humana" y uno de virtud "ciudadana" fue considerada ya por Aristóteles como perteneciente a la problemática típica de la filosofía política (Cfr. *Pol.*, III,2). Pero el Estagirita reconoce la profunda vinculación existencial de ambos órdenes. Su *separación* puede ser asignada al espíritu del racionalismo moderno y referida a la mencionada oposición entre la moral y el derecho.

<sup>19</sup> Ver J. PIEPER, *Justicia y Fortaleza*, Rialp, 1968, p. 59.

lo que ocurre en las doctrinas modernas del derecho natural. El contractualismo es, justamente, la teoría que erige al contrato (tipo "puro" de la conmutativa) en determinante global de toda relación jurídica. Esta versión contractualista del derecho *natural* se inscribe lógicamente en la concepción racionalista vigente en el plano de las concepciones filosóficas a partir de Descartes. Efectivamente, la hipótesis del contrato "originario" representa un punto de partida "claro y distinto" desde el cual se elaborará un sistema jurídico científico y atemporal. Esta dirección del pensamiento habría de seguir una evolución lógica que, a través del Kant de los *Principios metafísicos de la doctrina del Derecho*, desembocaría, paradójicamente, en el positivismo y en el formalismo jurídicos. No debe olvidarse, sin embargo, su origen "iusnaturalista" axiológico.

Pese a sus pretensiones de objetividad y científicidad, esta línea de pensamiento involucra un elemento ideológico que sólo habría de explicitarse en el ámbito de la crítica *social* del régimen jurídico. Dicha crítica, en efecto, no hace sino reivindicar el elemento axiológico implícito en el racionalismo jurídico, apareciendo así como su heredero. Se trata del presupuesto ético-anropológico inscripto en la hipótesis contractualista: la *autonomía* del sujeto de la relación jurídica. Porque este es, sin duda, el presupuesto jurídico-axiológico del contractualismo; lo cual se manifiesta en el análisis de la relación jurídico-conmutativa. En efecto, el presupuesto del contrato privado es la *igualdad* de los contratantes, y su *autonomía* para fijar los límites y el contenido del derecho objetivo. Al *convencionalismo* objetivo del derecho contractual corresponde, del lado del sujeto, el supuesto de la igualdad y de la libertad naturales.

Lo anterior tenía, para los antiguos, un significado preciso, y un ámbito restringido de aplicación: el orden de lo justo *político*; el presupuesto legal constituido por la *condición de ciudadano*. Presuponía, pues, *un orden legal*; y de ningún modo, podía ser el contrato considerado *constitutivo* de ese mismo orden. El contractualismo moderno, por el contrario, hace del contrato la relación jurídica original, fuente de la misma legalidad. Con lo cual aquellas cualidades de "igualdad" y de "libertad" que para los antiguos aparecían *resultantes* de la legalidad, son para el contractualismo moderno cualidades innatas o naturales *presupuestas*. La ley resultante del contrato debería limitarse a sancionar una cualidad o excelencia humana original.

Rousseau es quien mejor ha representado el trasfondo axiológico del espíritu contractualista, y por eso debe ser considerado el nexo entre el pensamiento revolucionario "burgués" y el "socialista".<sup>20</sup> La fórmula rousseauiana del

---

<sup>20</sup> La hipótesis del contrato tiene, para Rousseau, un significado más "metodológico" que real y, así, debe ser distinguido del contrato "privado". Precisamente, "en cuanto... se concibe el contrato como fundamento del orden jurídico... no puede ser entendido del mismo modo que el contrato que se concluye por expresa voluntad de las partes" (DEL VECCHIO, "Sui caratteri fondamentali della filosofia politica del Rousseau", *Riv. Ligure di Scienze, lettere ed arti*, set-oct, 1912). Y, en el mismo sentido, se ha dicho que "con Rousseau la hipótesis del estado de naturaleza y la hipótesis del contrato social pierden todo carácter empírico, de supuestos hechos reales, y cobran plenamente... la dimensión de meras ideas normativas" (L. RECASÉNS SICHES, "Algunas aclaraciones sobre el Contrato Social de Rousseau",

contrato por la cual, luego de la "alienación total de los derechos y poderes del individuo" éste debería quedar "tan libre como antes" ("Encontrar una forma de asociación... por la cual cada uno, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes", *Contrato Social*, I,6); el supuesto de la identificación entre el derecho positivo (la "voluntad general") y el derecho natural (la "libertad individual"), identificación que resulta de la "alienación total", y su negación a admitir un estado de sujeción derivado del contrato (contra Grocio y Hobbes, ver Mondolfo, *Rousseau y la conciencia moderna*, cap. VI) muestran su radical fidelidad a los principios del liberalismo y del autonomismo modernos. O, en otros términos, su carácter de representante de todos los gérmenes de revolución latentes en las modernas democracias liberales.<sup>21</sup> Pero si ello es así es porque —lo repetimos— en Rousseau se ha manifestado el elemento axiológico del "contractualismo". Y este elemento axiológico es el que responde a una nueva concepción del "derecho natural": todo aquello que coarte la libre espontaneidad del hombre debe ser reputado "injusto" (aun la autolimitación resultante de cualquier contrato convencional), y la admisión de un orden legal constrictivo se hace provisoria, a la espera de que ese mismo orden genere su propia autoeliminación.

El concepto de justicia —todo lo modificado que se quiera en su contenido— muestra así, con Rousseau, su enorme potencia práctica e ideológica: él apunta a la *corrección* del proceso histórico, hasta hacerlo coincidir con un estado que se reputa "ideal". Ese ideal, tanto para Rousseau como, posteriormente, para Marx, es la situación de supresión de todo vínculo legal y, por ende, del Estado.

Lo que hemos querido destacar, en esta parte del trabajo, es que la línea de consecuencia ideológica que surge del contractualismo se apoya en las exigencias de una justicia conmutativa *divorciada de su entronque integrador de la justicia distributiva y la justicia legal*. Como no podía ser de otro modo éste, su aislamiento del contexto total, debía llevar a una concepción puramente *formalista* del derecho, incapaz, por ello, de acoger las *diferencias* que la realidad social aloja en su seno. La acusación llevada contra ese esquema por el marxismo, a saber, que la libertad reconocida en el constitucionalismo burgués es puramente "abstracta", resintiéndose en los hechos de una *desigualdad* —la económica— obstaculizadora de su ejercicio<sup>22</sup> es válida según los presupuestos admitidos por ambos sistemas, y sólo puede ser legitimamente impugnada

---

*Dianoia*, 1957, año III, pp. 30-56). Pero el hecho de que no sea concebido como hecho real no invalida, sino que, al contrario, confirma el uso heurístico del "criterio" contractual. La innovación consiste, precisamente, en la conversión del contrato en fuente de juridicidad.

<sup>21</sup> En efecto, lo que, desde el punto de vista político impide la estabilización del régimen liberal en un orden, es la convicción de que toda sujeción legal contraviene, en definitiva, los derechos naturales del hombre. Lo que se expresa también en la condición psicológico-moral que Kelsen, muy gráficamente, denomina "tormento de la heteronomía" (Cfr. H. Kelsen, *La Democratie, sa nature, sa valeur*, Paris, Lib. du Recueil, Sirey, 1932).

<sup>22</sup> "Di conseguenza, un'eguaglianza come quella descritta può essere tutt'al più un'eguaglianza estrinseca, 'formale', astratta e 'giuridica'... ma non può essere l'eguaglianza intrinseca, 'sostanziale', reale, che é l'eguaglianza 'sociale'... quella eguaglianza reale che sola comporta una libertà reale...". G. DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx*, Roma, Riuniti, 1962.

desde una postura que reivindique el valor y la *justificación* de ciertas desigualdades humanas, basadas en jerarquías y "roles" socio-políticos; y que afirme, por otra parte, la justificación de la ley y del Estado como necesarios a la perfección del hombre,

Ello y no otra cosa es lo que hace posible la fundamentación filosófica de la justicia en su integridad. Las dos condiciones que hemos mencionado (reconocimiento de las desigualdades, justificación de la ley) es a lo que apuntan estas dos partes de la justicia largamente olvidadas en la filosofía moderna del derecho: la justicia distributiva y la justicia legal. La primera de ellas es la que, en el marxismo, ha encontrado una formulación que pasamos a criticar.

## 2.2. En los regímenes revolucionario-sociales

### 2.2.1. La problemática económica y las exigencias de la justicia distributiva

Fieles a nuestro principio metodológico, hemos analizado el desarrollo ideológico que va de la democracia liberal a los regímenes de reforma social, a través de la derivación del valor de justicia hacia el extremo representado en la noción de la justicia distributiva. No hay duda, sin embargo, de que la mencionada evolución estuvo lejos, en la realidad, de representar un pacífico desarrollo "conceptual". Se trató, al contrario, de un proceso de creciente exacerbación clasista en el seno de la sociedad, motivado por la liberación de los factores del proceso económico respecto de las pautas de regulación que normalmente lo regían. No puede, pues, considerarse la mencionada evolución sin aludir a la realidad económica que fue su substrato. Pero es falso el punto de vista marxista que limita el análisis al solo condicionante económico. El propio *ethos* del marxismo y su potencia revolucionaria habla a las claras de un motivo reivindicador que no puede ser deducido al mero apetito *biológico* insatisfecho de las masas proletarizadas. Sin el motivo determinante de la justicia no hubiera tenido lugar el movimiento revolucionario, que indica la intención de *modificar una realidad indebida*.<sup>23</sup>

El concepto que ha primado en la crítica social contemporánea, frente al hecho de la estratificación económica liberal, ha sido el de la "justicia distributiva". El mundo social contemporáneo ha visto crecer, junto con la magnitud de las diferencias económicas, las exigencias cada vez más acuciantes de una

---

<sup>23</sup> Esta exigencia típica de la justicia (Cfr. la expresión "justicia correctiva") adquiere una impostación muy peculiar en el ámbito del idealismo moderno que comparte, en realidad, el marxismo. Supuesta la ausencia de pautas objetivas del derecho, resulta una extensión al infinito del ámbito de lo "reclamable" por el hombre. Toda restricción a dicha capacidad no puede ser, pues, más que una instancia temporaria o convencional, sin "justificación" en la naturaleza de las cosas. Así, la accesibilidad de "todos por igual a todos los bienes" puede ser considerada el signo distintivo del *ethos* jurídico de la modernidad, consecuencia del subjetivismo idealista. Toda traba jurídica al acceso igualitario de "todos a todo" debería ser reputada radicalmente injusta, motivando así un apetito en los excluidos de hecho, tanto más urgente cuanto que se siente amparado en motivos de "justicia".

distribución equitativa de bienes. Bajo su impronta nocional de la justicia distributiva es como se entiende, hoy, la idea de una "justicia social".<sup>24</sup>

Del mismo modo que no es admisible negar el papel de las motivaciones éticas en las críticas que el materialismo marxista dirige al régimen liberal, no es posible ignorar la importancia de los motivos éticos en la misma génesis de la realidad económica vilipendiada. El desarrollo de las condiciones económicas de la sociedad liberal estuvo idénticamente presidido por una determinada concepción sobre "lo justo". Y es al revés, precisamente, de lo que el marxismo enrostra al liberalismo como efecto de su insensibilidad social. La promoción de la desigualdad es un efecto de la propia estructura jurídico-social del liberalismo. No debe interpretarse tal desigualdad como resultado necesario de ciertas fuerzas materiales, ni tampoco como efecto del mero "egoísmo" humano. Como lo hemos mostrado, un concepto de la justicia (todo lo limitado y parcial que se quiera) cohonestó el estado de cosas resultante: el sistema liberal-capitalista apareció "justificado" en posiciones doctrinarias bien definidas: precisamente, en la estructura jurídica del "estado de derecho". Y si su aplicación condujo a una situación que bajo una perspectiva total puede ser calificada de "injusta", no puede negarse, sin embargo, su fidelidad a un aspecto inseparable de la noción de justicia. El sistema jurídico liberal fue algo más que un recurso pragmático para generar la "buena conciencia" de la clase dominante burguesa. El principio liberal de la igualdad política es el reducto de un aspecto inseparable de la justicia. La ley trata a las partes "como iguales": no podría ser de otro modo si es que la justicia ha de seguir llamándose tal.

No obstante, esta apelación unilateral a la igualdad *formal* trajo aparejada, en los hechos, una exacerbación de la desigualdad económica. Esto no es un secreto para nadie, y el marxismo se complace en destacarlo, inscribiéndolo en la dialéctica "libertad-igualdad". Para el marxismo, en efecto<sup>25</sup> la ecuación "igualdad-función de la libertad", que caracteriza al régimen liberal (todos son "igualmente libres") ha de verse invertido en la sociedad comunista donde, a la inversa, la libertad pasará a ser función de la igualdad. A los ojos de la crítica marxista, esta corrección lleva implícita la *efectivización* de los valores aludidos ya que, para ella, la realidad se identifica con el substrato económico, verificándose entonces que no podría ser efectiva libertad aquella que se encontrara limitada por la escasez de recursos de unos frente a la opulencia de los otros. Interesa destacar, así, la secreta intención de *hacer efectiva o real la igualdad*. Dicha intención se inscribe naturalmente en el ámbito de las motivaciones éticas presididas por la idea de la justicia, en general, y de la justicia distributiva en particular.

---

<sup>24</sup> Y no ha de extrañar que esta recurrencia al principio de la justicia "en la distribución" aparezca contrapuesta como motivo político, al de la justicia "en el intercambio". Sus respectivos criterios: la igualdad *aritmética* y la *proporcional* constituyen el fundamento del alegato a la soberanía de los regímenes respectivamente democráticos y oligárquicos, como lo muestra Aristóteles en la *Política*. Sólo que en nuestro caso, las cosas resultan a la inversa: el "igualitarismo" aparece proclamado por un régimen favorecedor de la "riqueza", mientras que la proporcionalidad lo es por el régimen reivindicador del proletariado.

<sup>25</sup> "Cioè: l'eguaglianza-diseguaglianza che risulta dal concepire l'eguaglianza in funzione della libertà ma 'non anche viceversa'", G. DELLA VOLPE, ob. cit., p. 21.

Ahora bien, si aludimos a la presencia de ciertas exigencias de la justicia distributiva en la doctrina marxista, no queremos decir con ello que se respeten en la misma sus caracteres esenciales. Al respecto, no puede ser reputada auténtica justicia distributiva, aquella que ignore las exigencias de la justicia conmutativa. Del mismo modo que la exclusión de la primera en el régimen jurídico liberal condujo a una pérdida o corrupción de su sentido axiológico, así ocurre con esta preferencia exclusiva por la llamada justicia "social". Lo grave no es el divorcio, o la consideración exclusivista de una de las "partes" de la justicia, sino la pérdida de sentido axiológico en la propia parte reivindicada en exclusividad. Esto hace al fondo de nuestra tesis: los aspectos caracterizadores de lo "justo" (igualdad aritmética o proporcionalidad, legalidad) han de darse armónica y jerarquizadamente, bajo pena de una pérdida del sentido puro y simple de lo justo.<sup>26</sup> Por aquí nos hemos visto llevados a considerar las críticas de Marx y Lenin al "derecho burgués"<sup>27</sup> y su proyecto, dialécticamente concebido frente a aquél, de establecer una "justicia distributiva" hegemónica.

Se ha de reparar, en primer lugar, que la mencionada crítica del marxismo al régimen jurídico de la burguesía, se inspira en un motivo "ideal" *similar al que presidiera los orígenes del último*: el advenimiento de una sociedad "igualitaria". Lo que enrostra en este punto el marxismo a los sistemas burgueses, es el no haber hecho otra cosa que declamar el principio del igualitarismo político el cual, sin embargo, se habría visto desmentido en los hechos por los condicionamientos económicos. Para el marxismo se trata, en este aspecto, de *realizar la igualdad*.

La igualdad proclamada como fundamento del "estado de derecho" sería sólo la igualdad "abstracta" o "formal", causante, en definitiva, de nuevas desigualdades reales (económicas) y, por lo tanto, haría imposible y sólo ilusoria, la libertad política. Se llega por allí a la afirmación del Marx del "Programa de Gotha", según la cual el "derecho *igual... es, un derecho a la desigualdad, como todo derecho*".<sup>28</sup> Lo cual parece obvio en la perspectiva economista de Marx: si se considera a todos los individuos legalmente iguales, no siéndolo materialmente, unos terminarán teniendo "más" que otros.<sup>29</sup> Porque unos serán más fuertes, o más hábiles, tendrán más o menos necesidades, etc. La consecuencia que de allí se extrae ha quedado como una de las expresiones caracte-

---

<sup>26</sup> Aquí se aparta nuestra interpretación de la de V. Lamsdorff-Galagane en *El Concepto de Justicia en el Marxismo soviético actual* (Porto y Cía., Santiago de Compostela, 1969). Donde el autor afirma que "el objetivo perseguido por Marx y Engels era la justicia distributiva" (p. 62), nosotros hemos destacado sólo una "motivación" distributiva, contrapuesta al ethos jurídico de la burguesía, pero que no conserva de la verdadera justicia más que la apariencia.

<sup>27</sup> Marx en la *Crítica del Programa del Partido obrero alemán* (Programa de Gotha), y Lenin, en *El Estado y la Revolución*, donde interpreta dicha crítica en orden al concepto de "extinción del Estado".

<sup>28</sup> *Crítica del Programa del Partido obrero alemán*, París, Gallimard, 1965, p. 1420.

<sup>29</sup> "A rendimiento igual, y así, a participación igual en el fondo social de consumo, uno recibe efectivamente más que el otro" (ibíd). La crítica, si bien dirigida contra el Programa de los lasallanos, engloba, por supuesto, al criterio "burgués" de la igualdad "formal". En el caso aludido por Marx (la fórmula de los lasallanos), la igualdad formal consiste en la consideración "abstracta" del hombre "como trabajador".

risticas de la doctrina: "para evitar todos esos inconvenientes, el derecho no debería ser igual, sino desigual". Ahora bien, los "inconvenientes" a los que aquí alude Marx no pueden consistir sino en la inconveniencia "ética" de la *desigualdad*. Con lo cual, y pese a las opiniones de algunos autores marxistas<sup>30</sup>, Marx se muestra heredero del igualitarismo liberal. Y esto ha de ser lo que se evidencia en el análisis de la supuesta "justicia distributiva" con que pretende algo muy distinto de la función asignada tradicionalmente a esta parte de la justicia. De lo que se trata para Marx es —repitámoslo— de hacer *real* la igualdad— el tipo de igualdad a la que aspira el igualitarismo liberal.

Es bien sabido el contenido que tiene, en la doctrina marxista, la expresión "realidad": con ella se alude a la materia, representada en este caso por la "infraestructura económica". Y así, aun trascendiendo la perspectiva materialista al hacer valer —*volens nolens*— un motivo ético como el de la justicia, Marx se atiene al materialismo básico en cuanto al *tipo de bienes* cuya igualdad o desigualdad determinarían, respectivamente, una situación de justicia o de injusticia. Ciertamente que podría oponerse a esta interpretación (tanto en instancia crítica como favorable al materialismo) que se prescinde del significado ético-espiritualista de la justicia cuando se la identifica con un mero cálculo o ecuación de valores materiales.<sup>31</sup> Pero es que aquí, precisamente, se choca con la equivocidad del principio marxista de la "superestructura": la contradicción entre la *teoría* marxista de base determinista, y la *praxis* revolucionaria de contenido axiológico (y aun, "hiperaxiológico"). En efecto, no puede ignorarse el criterio ético con el que el marxismo impugna la desigualdad económica capitalista, como tampoco la "eticidad" de su proyecto de sociedad "igualitaria". Esto, aun cuando **afirme** la "necesidad" material del desarrollo histórico del capitalismo, y aun cuando proponga una base puramente económica como condición para el establecimiento de la sociedad "justa" ("...cuando ...las fuerzas productivas se hayan aumentado y todas las fuentes de la riqueza comparativa surjan en abundancia..." *ibíd.*, p. 1420). Es decir, que es necesario ver esto como una contradicción radical de la doctrina, no cayendo en los extremos igualmente empobrecedores de aceptar, sin más, el criterio "justiciero" del marxismo, o negar rotundamente su existencia. *La contradicción se da en el seno mismo del concepto marxista de la justicia en la propia raíz axiológica de la ideología.*<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Según J. Barreiro (*La sociedad justa según Marx*, Caracas, Monte Ávila Editores, 1968, p. 179), "Engels ha pronunciado... sus palabras condenatorias de la igualdad (que) permite suponer que se está refiriendo al punto 3 del "Programa de Gotha". Que la fórmula del "Programa" sean "palabras condenatorias de la igualdad", es erróneo; porque es precisamente en razón del principio axiológico de la Igualdad, que Marx sostiene la necesidad de un "derecho desigual": para *realizar* la igualdad que, de lo contrario, quedaría meramente "formal".

<sup>31</sup> Sin embargo, la misma justicia es un valor *ético*, y esto aun cuando su contenido fuera reputado sólo "económico". Cfr. la *Política*, de Aristóteles, donde la justicia general no es sólo el ordenamiento de bienes y dignidades, sino que ella misma integra el llamado "beneficio común": "pero el bien político es la justicia"; ("*tó politikón agatón tó dikaion*". Pol., III,7).

<sup>32</sup> La habitual "solución" marxista a esta contradicción no puede ser tomada en consideración. Ella implica, en última instancia, el recurso a una asunción de las contradicciones en una síntesis superior, y constituye una ventaja que beneficia solamente a los cultores del pensamiento "dialéctico". En este caso se alude a la identificación superior entre "teoría" y *praxis*. La "teoría" marxista es materialista, por lo tanto, determinista; pero la *praxis* exige un "ideal" revolucionario... así pues, la teoría se hace verdadera sólo si es mediada

Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el texto clásico del "Programa de Gotha" es un proyecto de *distribución*, que se pretende *justa*. La expresión-lema de la justicia marxista: "a cada cual según sus necesidades, de cada cual según sus capacidades", es una invocación a la "justicia" si se la considera dialécticamente, en oposición a la desigualdad cuyos "inconvenientes" pretende superar. No puede evitarse, en consecuencia, un *juicio crítico* a su respecto, y tal juicio ha de fundarse en una reflexión consciente sobre las exigencias de la *justicia distributiva*<sup>33</sup>

Para entender el *ethos* igualitario de la mencionada frase, debe enfocársele, pues, en contraste con la situación que, implícitamente, pretende revertir.

### 2.2.2. *La crítica marxista del derecho*

Es necesario, pues, mantenerse por un instante en el análisis de lo que Marx considera el "estadio intermedio", antes de juzgar el criterio que prima en el ideal definitivo. Ahora bien, en el estadio transitorio que Marx reconoce vigente en el programa de los lasallanos, o "primera fase de la sociedad comunista", la retribución al productor ha de realizarse en base al trabajo aportado. Por lo tanto, para Marx, es esta una forma de distribución en la que aún prima el criterio "burgués" del derecho "igual". Porque se toma una medida común —el "trabajo", en este caso— como principio. Interesa considerar la conclusión que de ello se extrae: *porque* se toma una medida común, se desemboca en una

---

por la voluntad revolucionaria. Pero, a la inversa, la voluntad revolucionaria se mueve a instancias de una causalidad material, determinista... la contradicción es demasiado patente. ¿Qué le importa esto al revolucionario marxista? No parece que la solución se encuentre sino en el argumento decisivo de la "metralleta". Petruzellis ha mostrado que, en última instancia, el argumento neo-marxista, que reputa "ingenuo" al determinismo tradicional, aduciendo la "acción recíproca" de la superestructura sobre la infraestructura (*Wechselwirkung*) es un añadido que no modifica el criterio básico de la doctrina, materialista y determinista. Consecuencia: el recurso del marxista a la "justicia" es una incoherencia radical: "Ogni volta che il marxismo si presenta, nei suoi tentativi apologetici, come affermazione di un'idea e insiste sulla dedizioni dei suoi esponenti alla grande idea della giustizia sociale, si confuta e si rinnega da sé come materialismo storico". N. PETRUZZELLIS, "Il Materialismo storico é l'etica filosofica", en *Atti del Congresso Internazionale di Filosofia*, Roma, 1946, v. I (Il Materialismo storico), Castellani, Milano, 1947, p. 234. Sin embargo, esta constatación de la incoherencia radical entre la doctrina y los principios prácticos no exime del análisis de estos últimos. Todo lo infundada que se quiera, la idea de justicia está vigente en el *ethos* del marxismo, y allí debe ser criticada.

<sup>33</sup> Asombra que una crítica de esta naturaleza haya sido ignorada en el trabajo de Lamsdorff-Galagane —valioso en muchos aspectos—, dando como válida la apelación a una justicia distributiva en el lema marxista. Hace "contrapeso" con esta laguna, la inefable parcialidad del autor marxista Della Volpe al impugnar el criterio tradicional de la justicia distributiva, oponiéndole su análogo marxista. Para este autor, la crítica al liberalismo (por su ignorancia de la justicia distributiva y legal) llevada a cabo por Rommen (*Die ewige Wiederkehr des Naturrechts*) sería "ingenua e inconcluyente", por provenir "no sólo... de un moderno iusnaturalista, en nombre del orden metafísico y moral del ser... sino también de un católico, de un neotomista" (!). Cfr., ob. cit., p. 35. Sin duda, que más hubiera valido que Della Volpe se detuviera en una reflexión sincera sobre los propios supuestos axiológicos del marxismo, no incurriendo en el cabal error de considerar el lema marxista de la "Crítica del Programa de Gotha", como "respetuoso del mérito de cada individuo humano" (Cfr. *Introduzione*). Como veremos, se trata allí de todo lo contrario al reconocimiento de un "mérito".

distribución *desigual*. Los individuos no podrían ser medidos por una medida igual “mas que si se los considera de un mismo punto de vista... bajo un aspecto único y *determinado*; por ejemplo... únicamente como trabajadores, haciendo abstracción de todo el resto...”. Y, sin embargo, “tal obrero es casado, tal otro no; éste tiene más hijos que aquél. A rendimiento igual, y así, a participación igual en el fondo social de consumo, uno recibe efectivamente más que otro...”.<sup>34</sup>

La expresión “a cada cual según su trabajo”, del “Programa de Gotha” supone, indudablemente, el reconocimiento de una *igualdad objetiva*. Pero, precisamente por ello, responde a idéntico criterio que el sustentado en el régimen jurídico de la burguesía. Sólo se ha modificado a su respecto, el lugar concedido al todo social en la relación jurídica y se ha sustituido la motivación individualista del lucro por la de la “solidaridad” social. Pero el criterio jurídico implícito sigue siendo el de la reciprocidad, y así —podríamos añadir—, el de la justicia conmutativa. Lo que importa en la definición de esta última, no es tanto el hecho de que los términos de la relación sean individuos privados (lo que ha sido anulado en este caso por la intermediación del centro administrador) cuanto que el criterio de igualdad sea *aritmético*, es decir, rigurosamente *objetivo*.<sup>35</sup> Ahora bien, aunque el sujeto obligado de la relación jurídica sea en tal caso la sociedad o su órgano administrador, el carácter aritmético de la igualdad aparece garantizado por el criterio *cuantitativo* de valoración. “El que no trabaja no come... a cantidad igual de trabajo, cantidad igual de producto”.

El mencionado criterio “conmutativo” de la distribución aparece registrado por la crítica de Marx: “reina aquí —dice— el mismo principio que el que regla el intercambio de mercaderías, en tanto que es intercambio de equivalentes. El fondo y la forma han cambiado, porque nadie podrá proveer otra cosa que su trabajo y, por otra parte, nada puede devenir propiedad de los individuos, excepto los medios de consumo personales. Pero en lo que respecta a la distribución de los mismos entre los productores tomados individualmente, *reina el mismo principio que para el intercambio de mercaderías equivalentes*: una misma cantidad de trabajo, bajo una forma, se cambia contra una misma cantidad de trabajo bajo otra forma”.<sup>36</sup>

Bien entendido, Marx hace responsable de esta situación, que considera aún imperfecta, al substrato económico-productivo del capitalismo, que aún se conserva —como vestigio— en la “primera fase” de la sociedad comunista. Porque —y aquí rinde tributo al materialismo radical— “el derecho no puede ser más elevado que la estructura económica de la sociedad”.<sup>37</sup> El órgano de la administración social es el distribuidor, porque es quien detenta los bienes de producción, pero la infraestructura económica —y, habría que agregar, los “hábi-

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> “*Tout ce que signifie l'épithète 'commutative', c'est que la justice impose au débiteur de mesurer arithmétiquement, à un point près, son versement ou sa prestation à une quantité déterminée, certaine, fixe, qui représente le dû, c'est à dire le droit d'autrui*”, J. TONNEAU, O. P., “La vertu cardinale de la justice”, en *Revue des Sciences Philosophiques et Théologiques*, XXVIII, 1939, p. 71 y ss.

<sup>36</sup> MARX, *id.*, p. 1419.

<sup>37</sup> *Id.*, p. 1420.

tos" humanos remanentes— exigen una retribución por los "frutos del trabajo". El socialismo "ingenuo" pretende que, con ello, se ha superado la "injusticia" derivada de la posesión individual de los bienes de producción y la consecuente apropiación, por parte del capitalista, de la "plusvalía". Para dicho socialismo la distribución sería ahora "justa", porque se habría restituido al trabajador lo que *ya era de su pertenencia*, y que el propietario de los bienes de producción retenía indebidamente. Al criticar esta concepción de la distribución, Marx está atacando, en definitiva, la noción misma de justicia, entendida como obligación de *restituir*, y fundada en un derecho previo individual, objetivamente mensurable. Es decir que, bajo esta consideración, la crítica se inscribe en el "ámbito" de una reivindicación de los "criterios" de la justicia distributiva frente a los de la justicia conmutativa. Y decimos "en el ámbito", porque si bien están presentes ciertos requerimientos de la misma resulta, en definitiva, despojada de todo componente propiamente "jurídico" por su oposición dialéctica respecto de los criterios de la conmutativa.

Cabría ahora preguntarse: supuesto que la posición de Marx es, efectivamente, distinta de la del socialismo por él criticado, ¿cuáles son las razones de fondo de su impugnación? Porque, ¿puede ser acaso reputada contraria al propio *ethos* del marxismo, que ha reivindicado la restitución de la plusvalía? La suposición de que dicha restitución responde a un "derecho" inalienable, y no a una necesidad de solidaridad "patriótica" o de caridad "religiosa", ¿no es, acaso, caracterizadora de la actitud socialista profunda? Como veremos, la razón última de esta crítica al socialismo ingenuo debe ser ubicada en el nivel de los fundamentos de su propio *utopismo materialista*.

En efecto, lo que rige en dicha crítica es, por paradójico que pudiere resultar, la combinación entre las exigencias teóricas de un materialismo radical, con las de la motivación ética determinada por la idea de justicia. Esto es, que la justicia "ideal" sólo se ha de encontrar en un estado de la sociedad en que la distribución de los bienes materiales *compense* la desigualdad *material* de los individuos. Responde, pues, a una intención de realizar la igualdad en una perspectiva teórica que identifica la realidad a la realidad *material*. Porque de "realizar la igualdad" se trata, es por lo que Marx se ha visto en la necesidad de reconocer las desigualdades materiales, que hacen a unos hombres más fuertes que otros, a unos más necesitados, etc. Para su mentalidad obsesivamente materialista, sólo a través de una "nivelación de lo desigual" es posible realizar la igualdad.<sup>38</sup> En tal sentido, puede afirmarse que el proyecto marxista implica, a través de la "distribución" una *reforma* de la naturaleza material: por eso puede ser *inscripto*, pese a su materialismo, en un eticismo de ribetes escatológicos (y, aun podría verse en ello una no pequeña muestra de maniqueísmo:

---

<sup>38</sup> A este reconocimiento de la desigualdad material alude Lenin al decir que "Marx no sólo tiene en cuenta del modo más preciso la inevitable desigualdad de los hombres, sino que tiene también en cuenta que el solo paso de los medios de producción a propiedad común de toda la sociedad... no *suprime* los defectos de la distribución y la desigualdad del derecho burgués, el cual *sigue imperando* mientras los productos son distribuidos según el trabajo", LENIN, *El Estado y la Revolución*, Buenos Aires, Lautaro, 1946. Repárase cómo Lenin sigue atendiendo al principio dominante de la igualdad, cuando ataca al "derecho burgués".

la justicia ideal supone una purificación de la materia “desigual” y “desigualadora”).

Lo que ha visto, pues, Marx es algo *aparentemente* próximo a lo expresado en la vieja noción de la justicia distributiva, la cual *no se rige por el criterio de la igualdad aritmética y objetiva, sino por el de la igualdad proporcional entre personas y cosas.*

Además, Marx ha destacado en su crítica al programa de los lasallanos, que la **restitución en base al fruto integral** del trabajo es imposible ya que, de todos modos, antes de ser distribuido entre los individuos, al “fondo social” deberá restarse un fondo destinado al reemplazo de los bienes de producción, al aumento de la producción, etc.<sup>39</sup> Es decir que, de todos modos, lo que los individuos reciban no será nunca el equivalente al trabajo aportado. Y bien, bajo la apariencia de una objeción secundaria, está implicada una impugnación que afecta, no sólo al programa criticado, sino al mismo proyecto que se propone Marx en su reemplazo. En la continuación de dicha crítica está la destrucción del propio criterio material-cuantitativo que el marxismo adopta. En efecto, el rechazo del concepto “fruto integral del trabajo” puede hacerse extensivo, como veremos, a su propio criterio de distribución “según las necesidades”. Porque contra lo que él supone —considerando la idea de necesidad como de fácil verificación— toda *distribución* implica una capacidad de *apreciación cualitativa* que remite a una virtud esencialmente humano-espiritual. Ello ha sido destacado, desde una perspectiva distinta de la nuestra, por Kelsen, al mostrar la necesaria *intermediación del juicio de la autoridad* en la determinación del contenido y magnitud de bienes y capacidades individuales.<sup>40</sup>

Por nuestra parte, hemos destacado que en la fórmula lasallana criticada por Marx, se reconoce todavía: a) el principio de la igualdad formal o aritmética; y b) la realidad de un centro social “distribuidor” a quien le compete apreciar el monto de lo reservado y de lo distribuido. Contra estos dos vestigios de concepciones “burguesas” se dirige la crítica de Marx.

### 2.2.3. El Proyecto marxista de distribución igualitaria

A diferencia del lema contenido en el “Programa de Gotha” “a cada cual el fruto de su trabajo”, Marx propone el conocido “de cada cual según sus capacidades, a cada cual según sus necesidades”. Lo que en primer término resulta así compensado, es la situación de *desigualdad* que resultaría de la aplicación de una medida común a individuos diferentes. Si se siguiera el criterio lasallano de justicia “objetiva”, ciego para las características individuales, de hecho algunos individuos recibirían “más” que otros.

<sup>39</sup> Id., p. 1417.

<sup>40</sup> “Este problema (de la “distribución”) debe ser resuelto por la autoridad social de acuerdo con principios generales. Así, pues, el principio comunista de justicia *presupone... la respuesta del orden social positivo a la pregunta que fundamenta su aplicación...* Si se toman en cuenta estos hechos, el principio comunista de la justicia... termina en la norma: de cada uno según sus capacidades reconocidas en el orden social comunista, a cada uno según las necesidades determinadas por este orden social”. H. KELSEN, *¿Que es la Justicia?*, Univ. Nac. de Córdoba, 1962, pp. 54-55.

Cabe preguntarse aquí, como lo hemos hecho, a qué “inconvenientes” puede aludir la alternativa de Marx (“...para evitar todos esos inconvenientes...”) como no sea a la “inconveniencia” ético-jurídica de la desigualdad. Así, el pensamiento de Marx se mostraría aceptando un valor que su propia doctrina explícitamente descarta. Queda, no obstante, que los términos “igualdad” y “desigualdad” a los que se alude, poco tienen que ver con el concepto común de la justicia, si por tal se entiende la idea de una igualdad “de tratamiento” de exigencias humanas contrapuestas —“igualdad ante la ley”—, o al reconocimiento de la igualdad entre un título jurídico y una prestación. Por el contrario, el proyecto igualador, en el lema expuesto, prescinde conscientemente de ambas ideas: la de igualdad “formal” y la de adecuación entre “título” y “restitución”. Es, bajo ambos aspectos, la negación más absoluta de las exigencias de una justicia *commutativa*. ¿Preserva, pues, como contrapartida, la noción de una justicia *distributiva* o proporcional, tal como lo sugieren, desde perspectivas ideológicas contrarias, G. Della Volpe y V. Lamsdorff-Galagane? Creo que dicha concomitancia es meramente nominal.

La noción de “igualdad” a la que, como objetivo de la “distribución”, hace referencia la frase, es una igualdad estrictamente *material*. Por tal entendemos la que resulta de una adecuación *entre bienes de subsistencia y necesidades materiales*.<sup>41</sup> En razón de dicho materialismo fundamental, queda absolutamente excluida la noción de *mérito* que, naturalmente, se adscribe a la idea de la justicia distributiva. La distribución “según las necesidades” resulta ajena a la idea de *derecho* como indicadora, ya no solamente de una exigencia subjetiva sino, más aún, de un *débito objetivo*. Como para la noción de “creación” de la teología tradicional, para ésta de la sociedad comunista futura, no existe “título” ni “derecho” por el cual quien recibe el bien distribuido, pueda reclamarlo como propio. Y la “igualación” de marras no es adecuación *entre derecho y prestación*, sino *corrección de un defecto de la naturaleza*: la desigualdad natural-material. En tal sentido no podría ser adscripta a la idea de justicia, ya que ésta implica de necesidad la razón de *débito*. Mucho más se acerca, por el contrario, a una actitud —tan vilipendiada en la órbita del socialismo— “paternalista” o, bien, sugiere un mero “tecnicismo” distribuidor. Por ello debe reputarse falsa la interpretación de Della Volpe, cuando afirma que “el reparto *proporcional* a cada individuo («diferente») del producto del trabajo en la sociedad comunista, teorizada por Marx en la *Crítica del Programa de Gotha* y por Lenin en *El Estado y la Revolución*, está destinado sólo a representar el *cumplimiento* histórico de la instancia rousseauiana del mérito personal...”.<sup>42</sup> Pero más equivocada aún parece la conclusión que el referido autor saca de lo ante-

---

<sup>41</sup> Más allá de estas últimas, la frase de Marx no tiene vigencia, a pesar de la supuesta intención espiritualista que sugiere la imagen de la sociedad ideal, donde se supone que el hombre pueda dedicarse “hoy a esto y mañana a aquello, que pueda por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar al ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar...”. Esta última mención sibilina a la “filosofía” no parece ser más que un *lapsus* si se atiende a las características de índole puramente material de los “bienes” cuya abundancia harían posible dicho estado: “...cuando... las fuerzas productivas se hayan acrecentado, y todas las fuentes de la riqueza cooperativa fluyan con abundancia, entonces solamente...”. La primera cita es de Marx-Engels, *La Ideología alemana*, Montevideo, Pueblos Unidos, 1971, p. 34.

<sup>42</sup> Ob. cit., “Introduzione” p. 15.

rior, y por lo cual enlaza con la concepción marxista el núcleo de las enseñanzas de Rousseau, consistente en “el concepto de una sociedad igualitaria no niveladora”. Es este un equívoco, lleno, por oposición, de sugerencias reveladoras. Porque si algo representa la concepción marxista enunciada es precisamente —sin hacer ahora cuestión sobre si en ello consiste la “herencia” de Rousseau— *la nivelación más extrema de los individuos*, propuesta como un *ideal materialista de justicia*. Y es que el valor de justicia no puede tener otra versión que esa en instancia materialista, ya que la única igualdad que se entiende en tal contexto es la igualdad *cuantitativa*, es decir, niveladora. Y si hemos dicho que tal equívoco aparece lleno de sugerencias es porque a sus instancias contrasta la *visión espiritualista tradicional*, para la cual en efecto —como veremos— la “igualación de lo desigual” *no conduce a una anulación de las diferencias y jerarquías de individuos y roles sociales* (lo que aparece ilustrado en la concepción platónica de la justicia, como un orden de clases diversas).

La fórmula marxista analizada conduce, pues, a una igualdad material y, *todavía, aritmética*. Porque es estrictamente cuantitativa: si a cantidades desiguales (necesidades) se añaden cantidades proporcionalmente desiguales (de bienes), las diferencias originales se “igualan”. Es esta una burda réplica de la idea de *proporcionalidad* vigente en la filosofía jurídica de Aristóteles en la que, por el contrario, se toman en consideración bienes y méritos evaluables sólo *cualitativamente* —lo que supone una noción no materialista del valor, incluso del valor “económico”—.

Por otra parte, la situación planteada por Marx hipotéticamente puede ser considerada de reglamentación “automática”. Todo lo utópico que se quiera, el supuesto marxista implica, de un lado, la abundancia de bienes, y del otro, la reforma del espíritu humano. En lo que respecta a lo primero, no habrá necesidad de *distribución*, en el significado propio del término que alude al “reparto” de un todo *limitado*; respecto de lo segundo, no se requeriría la existencia de una autoridad social que prescribiera la contribución de cada uno, porque cada individuo dará, con total desprendimiento, el máximo de sus capacidades —lo que hace decir a Lenin que “los hombres liberados de la esclavitud capitalista, de los innumerables horrores... se *habituaron* poco a poco a la observancia de las reglas elementales de convivencia... sin violencia, sin coacción”, etc.<sup>43</sup> La objeción de Kelsen cuando dice que “el principio comunista de justicia termina en la norma: de cada uno según las capacidades *reconocidas por el orden social comunista*, a cada cual según sus necesidades *determinadas por este orden social*”,<sup>44</sup> como crítica sólo es válida desde los presupuestos ético-políticos *comunes a Kelsen y al marxismo*, que consisten en el ideal de supresión de toda heteronomía jurídica y, por ende, del Estado. Pero desde nuestra propia postura tradicional ella no valdría como crítica sino en tanto pone de relieve la intrínseca contradicción del igualitarismo (así marxista como liberal) que se ve obligado a apelar —del modo más aberrante que se quiera— al principio de autoridad, sin el cual —y sin la específica *virtud* del gobernante— no es posible la instauración de un orden distributivo justo.

---

<sup>43</sup> Ob. cit.

<sup>44</sup> Cfr. nota 40.

Queda pues, destacado, de este análisis sobre el principio marxista de la justicia: a) que la “distribución” aludida prescinde de toda idea de igualdad “formal” (igualdad “ante la ley”) y de igualdad entre prestación y título (adecuación al derecho), para reemplazar tales nociones por la de una igualdad real-material; b) que, ausente toda consideración cualitativa de los términos empleados (capacidades, necesidades) resulta una igualdad niveladora de los individuos; c), que en el supuesto hipotéticamente planteado, como ideal, desaparecería la necesidad de una autoridad social distribuidora, en razón de la abundancia de bienes y de la reforma de la naturaleza humana.

#### 2.2.4. *La noción tradicional de la justicia distributiva frente a la concepción marxista*

Lo menos que puede decirse de la fórmula marxista de la justicia en el estado comunista definitivo, es que ella guarda de la línea tradicional de la justicia sólo una apariencia engañosa. Y si decimos engañosa es porque de hecho ha inducido a algunos autores a tal equívoco, y porque desorienta el natural anhelo de justicia provocado por las falencias del régimen jurídico de la burguesía.

La idea de que la justicia no pueda ser resultado de un tecnicismo jurídico meramente formal y legalista, sino que deba atender a las condiciones personales de los individuos y a su concreta ubicación en el todo social, está adscrita al sentimiento común de la justicia de todas las épocas. Pero sea como fuere que se sistematice racionalmente tal sentimiento, el espíritu humano reconoce que, aun con el reconocimiento de las desigualdades humanas individuales, *debe respetarse la objetividad del derecho*. Si identificamos la primera exigencia como característica de la justicia *distributiva*, y la segunda como configuradora de la justicia *conmutativa*, queremos decir con lo anterior que ambas formas *no pueden darse aisladamente*. Que, si por el contrario, dicho aislamiento se produce, ello conduce a una pérdida del sentido *axiológico* de ambas. Como afirma Dognin, “no hay justicia digna de ese nombre sino por la unión orgánica de las dos especies de la justicia”.<sup>45</sup>

Sin embargo, creemos que una recta interpretación de la unidad de ambas formas de la justicia no se alcanza sin hacer valer la noción de la justicia *legal* o general.<sup>45 bis</sup> Esta última aparece, en la concepción tradicional, ligada a la misma noción de comunidad política y asignada al “príncipe” como su sujeto prioritario (que la posee “arquitectónicamente”, a diferencia de los súbditos, en que se da “administrativamente”). Échase de ver, pues, dónde encuentra su causa (para una interpretación basada en los principios de la filosofía tradicional) la actual disyunción de las formas “particulares” de la justicia. Sin jus-

---

<sup>45</sup> P. D. DOGNIN, O. P., “La Justice distributive” en *Revue des Sc. Phil. et Theol.*, XXXIX, 1, 1955, p. 37.

<sup>45 bis</sup> Sea esto dicho para quienes comparten nuestra postura tradicional. La integración *legítima* de ambas partes de la justicia no puede hacerse sin el reconocimiento de éste su núcleo orgánico que es la justicia general o *legal*. Porque cabría, en efecto, el intento de unir ambas partes desde la plataforma antilegal y antiestatal, que es el presupuesto común al liberalismo y al marxismo. Esto daría, no ya la restitución al orden debido sino —creemos— un sincretismo que sintetizaría las dos formas de corrupción parciales que analizamos.

ticia *legal*, que es decir, justificación doctrinaria del Estado, se disuelve la noción de justicia pura y simple. En la común repulsa al Estado y a las cualidades humanas que genera, debe verse el común denominador de la doctrina liberal y la marxista sobre la justicia. Nuestro análisis queda, pues, inconcluso, mientras no se extraigan todas las implicancias de la postura indicada, en que las desviaciones jurídicas modernas encuentran su razón "última".

Limitándonos, no obstante, a un nivel más superficial, destacamos el divorcio de las formas particulares de la justicia, y su concomitante pérdida de sentido axiológico.

Cuando Marx propugna la separación del "derecho burgués" todavía vigente en el "Programa", está movido, como dijéramos, por la intención de "hacer real" la igualdad preconizada por las mismas revoluciones burguesas. Ahora bien, un motivo semejante es el que determina, en la concepción tradicional, la entrada en juego del acto de la justicia distributiva. La aplicación de un "rasero común" a individuos diferentes *culminaría en una "desigualdad", contraria a la inspiración central de la virtud de justicia*. De algún modo, para que se cumpla la intención de la justicia, que es la igualdad, debe atenderse a la desigualdad real. Porque tanto se transgrede la justicia dando desigual a los "iguales", como dando igual a personas "desiguales". Sin embargo, esta semejanza entre la noción marxista y la tradicional (el reconocimiento de la desigualdad personal) desaparece *por entero* cuando se repara en que, lo que para la primera debe ser concebida como desigualdad de naturaleza material, es para la segunda la desigualdad *de mérito*. En razón de tal diferencia de principio, ambas versiones de la justicia distributiva deben ser reputadas como estrictamente *opuestas*. La primera preconiza una "igualación de los desiguales", la segunda aspira a un "reconocimiento justo de la desigualdad": al que más "posee" *como mérito*, más ha de reconocérsele en la distribución de los bienes comunes. En esto consiste la igualdad de la justicia distributiva: que iguala "cosas" en relación a "personas". Pero porque toma en consideración las "personas", el reconocimiento de la desigualdad lo es de las excelencias que resultan del uso de la libertad y de la condición racional. Tales excelencias configuran una diversidad humana *que no puede ser medida cuantitativamente*.

Es indudable que el régimen jurídico y económico de la burguesía había conducido, ya, a una pérdida del sentido cualitativo y ético de la justicia. Al prescribirse la libertad del proceso económico-social, se había dejado en manos de un automatismo material (regido por el espíritu de lucro) la determinación del "mérito". Este último fue identificado a la capacidad de producción de bienes que, por su parte, sólo eran calificados tales —"bienes"— por virtud de una demanda ("necesidad") de la que se excluía toda connotación cualitativa. Las condiciones estaban dadas para hacer del "trabajo", *sin calificación teleológica*, el único criterio del "mérito". Toda la teoría económica del valor, como "trabajo acumulado" —compartida por el liberalismo y el marxismo— testimonia idéntica ceguera para los valores cualitativos. En ese contexto ideológico fue reputada "justa" una situación en la que el beneficio económico estuviera en estricta proporción con el "mérito" productivo.

Ahora bien, en la doctrina tradicional resultaría contradictorio concebir al "mérito" en función de la cantidad. Aquí radica toda la sutileza de un concepto de "distribución" que supone la *apreciación* del valor de la contribución de los individuos, y del de los bienes que constituyen el patrimonio común. Al ejercer el acto de la justicia distributiva, su agente no sólo distribuye cantidades fácilmente computables, sino que *atribuye* a cada sujeto el grado y cualidad de su participación en el beneficio común. Marx ha visto bien en la *Crítica* que la retribución a los individuos no es exactamente equivalente a su contribución al fondo social. Pero cegado por su materialismo no ha visto en la acción de la "autoridad" distribuidora otra cosa que un cálculo numérico de las posibilidades de reparto y del necesario ahorro para mantener la producción. Kelsen, por su parte, ha considerado una "falla" del esquema hipotético marxista, el hecho de que el juicio de la autoridad tuviera que intervenir, de todos modos, para determinar el *quantum* de esfuerzos exigibles y el *quantum* de necesidades atendibles (Kelsen pide, como buen positivista, una noción "clara y distinta" de lo "justo", no entendiendo que ello pueda exigir el juicio matizado de la prudencia).

Ahora bien, lo cierto es que el acto de apreciación del mérito o del valor es ineludible en el ejercicio de la justicia distributiva, y ello remite a la necesidad de una *virtud* humana específica, *radicada en la autoridad política*. Ningún "proceso necesario" puede suplir por este juicio humano de "lo justo" que pone en movimiento sutiles resortes intelectuales y volitivos. Precisamente, es en la justicia distributiva donde la virtud de la justicia aparece exigida como coadyuvante del *juicio recto*. Se trata, en efecto, del juicio por el que se reconocen méritos y valores humanos diferentes, sin por ello transgredir la imparcialidad ("igualdad") de la justicia, es decir, evitando el vicio opuesto de "apreciación de personas". El reconocimiento de los distintos tipos de bienes a los que se hacen acreedoras las diferentes dignidades humanas gestadas en la vida social, es la forma como se cumple, para la justicia distributiva, el precepto común de la justicia de "dar a cada uno lo suyo".

Por eso la referida forma de la justicia *conserva la igualdad en el acto mismo por el que reconoce la desigualdad*. A la conmutativa le corresponde "ejecutar" lo que la distributiva "dispone".<sup>46</sup> Por ello ha de reconocerse que la justicia distributiva es, en cierto modo, " creadora del derecho —la conmutativa "conservadora"—, ya que la naturaleza provee solamente *los principios* del derecho, quedando librado al juicio y la decisión humanas la *determinación* de lo justo. Dicha determinación no excluye, sino, al contrario, exige la variación según las condiciones histórico-sociales de la naturaleza humana. Exige, pues, así, la existencia de la virtud de justicia en el "origen" del derecho, y no sólo como resultado y adecuación al mismo.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> Cfr. P. D. DOGNIN, ob. cit.

<sup>47</sup> "Et ideo iudicium importat, secundum primam nominis impositionem, definitionem vel determinationem iusti del iuris... Et ideo iudicium... proprie pertinet ad iustitiam, propter quod Philosophus in V. Ethicorum dicit quod homines ad iudicem configunt sicut ad quamdam iustitiam animatam", Sum. Th., II-II, 60,1.

Pero si la distributiva conserva, como hemos dicho, la igualdad en el reconocimiento de la desigualdad; es decir, si reconoce las desigualdades justas, equiparándolas a los bienes correspondientes, es porque en su juicio interviene la *apreciación* de valores humano-sociales y la de los bienes a que tales valores se hacen acreedores. Esta apreciación es esencialmente *cualitativa*, ya que supone una escala de valores específicos, y no puede ser reducida a un cálculo cuantitativo. Esto equivale a decir que la justicia distributiva iguala *proporcionalmente* personas y cosas. La terminología matemática utilizada por Aristóteles no debe mover a engaño: la igualdad "geométrica" no es una proporción de resultado cuantitativo, o "razón" exacta. No se trata de una mera compensación de desigualdades físicas o energéticas, sino una apreciación cualitativa de dignidades y bienes. Esta forma de la justicia es, por eso mismo, verdadera justicia, reconocimiento de un *derecho*, y no prestación gratuita o "paternalista".

Pero todas las consecuencias que se derivan de esta concepción se descubren al reparar en la íntima conexión de la distributiva con la conmutativa. Esta última permanece, en absoluto, subordinada a la primera y, así, el "criterio" cuantitativo, al social-cualitativo. La convención privada puede conferir un valor cuantitativo, fácilmente mensurable y equiparable, a los bienes. Pero tales bienes, aun los económicos objeto de la contratación, permanecen siendo bienes *humanos*: ordenados a valores cualitativos superiores que la sociedad civil es encargada de promover. Su "igualación" económica es una abstracción. Su valor *real* está dado, en cambio, por su inclusión en un orden social a cuyo beneficio común contribuyen diversamente. Así, en la misma fijación del valor de dichos bienes, está presupuesta, también, una "estimación" superior, informada por la justicia distributiva.

Se ve así que la corrupción de la noción de justicia ya estaba insinuada en el régimen liberal, en la medida en que éste dejaba librada la determinación del valor a la convención y al criterio subjetivo de los contratantes, estableciéndose sobre esa base una equivalencia aritmética que es integrada luego en el marco de su régimen jurídico. La autonomía de las relaciones económicas respecto de las políticas tiene ese fundamento desde el punto de vista de la justicia. El resultado político de ello fue el establecimiento de un régimen plutocrático bajo la fachada jurídica del igualitarismo democrático (la "oligarquía" moderna tiene esto de característico frente a la oligarquía clásica: que esta última justificaba la soberanía de "los ricos" en virtud de una cualificación socio-política de la riqueza, considerada como un bien constitutivo del Estado; la oligarquía individualista moderna, en cambio, afecta no reconocer el privilegio político de "los ricos" por su negativa a atender al principio de la desigualdad). En tal aspecto, los regímenes socialistas modernos no hacen más que reivindicar la efectivización del igualitarismo proclamado en la plataforma constitucional de la burguesía. Frente a la negación *axiomática* de una justicia distribuidora de dignidades y beneficios *de fundamento político*, y su reemplazo por una legalidad "física" de distribución económica, el socialismo moderno no hace sino aplicar el único criterio jurídico emergente de ello: la retribución en base al trabajo, en su formulación provisoria del "Programa de Gotha", y la definitiva igualación material de los individuos, en el ideal utópico ulterior. En todos los casos se está recurriendo a un ideal de "justicia", sustancialmente

modificado. Porque no hay duda de que debe reputarse justo el principio según el cual "todo ciudadano es igual frente a la ley"; del mismo modo lo es aquel según el cual "quien más ha contribuido al beneficio común, en mayor medida debe ser retribuido". Del mismo modo es verdadero que en el establecimiento de la justicia debe mirarse "a la condición de las personas", como sugiere el proyecto marxista. Pero ni en la primera y ni en la segunda fórmula puede estar ausente el criterio humano-social de valoración de los bienes y las personas, ni en la última puede prescindirse del "mérito", que es lo que hace de la distribución de los bienes un acto de la justicia.

Podemos concluir esta exposición afirmando que, si bien el ideal de justicia permanece, como aspiración, en los "reclamos" respectivos, él mismo ha perdido todo su fundamento. La desarticulación de las "partes" de la justicia es síntoma de ello. Pero esta desarticulación no es algo totalmente extraño a una situación ya prevista por Aristóteles. Cuando las "clases" del Estado reclaman su derecho a la soberanía como partes, *sin atender al todo* (ausencia de la justicia legal), el relativo derecho que podría caberles se desvanece y beneficia a la clase contraria ("seguramente aun contra quienes reclaman la soberanía en razón de la virtud e igualmente contra quienes la reclaman en razón de la riqueza, las multitudes podrían oponer un justo alegato; porque es posible que la multitud sea colectivamente mejor y más rica que los pocos..."), *Política*, III, 7. Cfr. mi propia interpretación en "Axiología política de Aristóteles", *Sapientia*, marzo 1976). Esta "parcialización" de la justicia, con exclusión de un centro de poder jurídico, tiene en el contexto ideológico moderno —a diferencia del ejemplificado por Aristóteles— un modo *radical* de plantearse: es el que resulta de la negación ideológica —en instancia "idealista"— del Estado. En virtud de ello, las partes de la justicia, que son la imagen ideológica de distintos estamentos políticos, tienden a absolutizarse, ocupando el lugar central de la justicia legal. En última instancia, como hemos dicho, tanto el régimen burgués como el marxista suponen que la justicia puede resultar de un proceso automático o mecánico, donde se ha excluido toda instancia superior, determinadora de "lo justo". Para el régimen burgués será el automatismo de la justicia "conmutativa" contractual; para el marxista, el de la distribución "espontánea" de cargas y beneficios en la situación de opulencia material prevista. En ambos casos la virtud *humana* del "príncipe" o "gobernante" resulta radicalmente excluida. Pero ello es, precisamente, expresión de un *autonomismo* antropológico radical. Para la mentalidad moderna, la justicia sólo puede lograrse con la exclusión de *toda heteronomía*. La pertenencia del hombre individual a un ámbito de recíprocas *obligaciones* queda, en última instancia, injustificada en la ideología liberal y escatológicamente abolida en la utopía marxista.

FEDERICO MIHURA SEEBER

## NOTAS INTRODUCTORIAS AL ESTUDIO DEL PENSAMIENTO POLÍTICO Y JURÍDICO DE SAN AGUSTÍN

### INTRODUCCIÓN

El itinerario recorrido por San Agustín configura, según certera expresión, “la búsqueda con toda el alma de una Sabiduría Beatificante”,<sup>1</sup> que se resuelve en la visión de Dios. De allí la exclamación del Santo: “Oh eterna Verdad, y verdadera caridad, y amada eternidad. Vos sois, Dios mío, por quien de día y de noche suspiro. Desde el primer momento en que os conocí, me elevasteis a que conociese vuestra luz, que había infinito que ver, y que yo todavía no era capaz de verlo”.<sup>2</sup> Un pensamiento tal tiene a Dios por centro de toda especulación, es eminentemente teocéntrico. Esta perspectiva no es abandonada jamás, y si no explícita, por lo menos virtualmente aparece en cada una de sus reflexiones, las que no pierden por ello su validez natural.<sup>3</sup> En la obra del Santo encontramos entonces, una síntesis especulativa, cuya unidad se realiza merced a la idea de Dios, que es la Verdad sin mengua. A esta reflexión, se integra con carácter relevante el conocimiento del alma.

Por tal motivo, si bien en el pensamiento agustiniano hay gran abundancia especulativa, también encontramos una referencia a los fines prácticos y, más precisamente, al nombre como a su punto de aplicación.<sup>4</sup> En esto, el Santo coincide con el pensamiento estoico, pues el filosofar lleva consigo una íntima utilidad para el hombre.<sup>5</sup> Por eso, la especulación no resulta ajena al destino humano; es más, si hay una nota que caracteriza a la verdadera filosofía, es la de mostrar no sólo el fin, sino también las fuerzas y medios para alcanzarlo; por eso dice Gilson que, en tal sentido, sólo el Cristianismo es verdadera filosofía.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> GUIDO SOAJE RAMOS, *La moral agustiniana*, Universidad Río Grande Do Sul, 1960, p. 5.

<sup>2</sup> *Confesiones*, VII.12, en forma similar III.6.

<sup>3</sup> FULBERT CAYRE, explica que el pensamiento de Agustín evoluciona ordinariamente sobre el plano de la fe, pero, como no se contenta con creer y profundizar las verdades reveladas, su doctrina es esencialmente teológica. *Initiation à la philosophie de Saint Augustin*, París, Desclée de Brouwer, 1947.

<sup>4</sup> ETIENNE GILSON, *Introduction à l'étude de Saint Augustin*, París, 1949, 3ª ed.

<sup>5</sup> SALVADOR CUESTA (S. I.) señala, en su tesis, que Agustín a pesar de esa semejanza con los estoicos, se diferencia de éstos por el hecho de que, siendo Dios esencial a la felicidad del hombre, lo es también a la filosofía. *El equilibrio pasional en la doctrina estoica y en la de San Agustín*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto Luis Vives, 1945, pp. 15 y 16.

<sup>6</sup> *Introduction*. . . p. 319. También afirma el filósofo francés que la verdadera religión es una con la verdadera filosofía, conformando lo que el santo llama “filosofía cristiana”, pp. 46 y 47. De un parecer semejante es F. Van Steenberghen en su introducción a *Oeuvres de Saint Augustin*, París, 1949, t. I, pp. 28 y ss.

En este marco, brevemente expuesto, debemos discurrir sobre el tema del Estado, considerando que San Agustín no tiene un pensamiento político y jurídico que haya volcado a su obra con carácter autónomo.<sup>7</sup> Puede entonces preguntarse alguno, si vale la pena un análisis de la comunidad política que tenga como punto de referencia una apreciación de las características antes señaladas. Más precisamente, si posee hoy este pensamiento validez sobre el asunto a tratar. La respuesta a mi entender parece obvia, pues en la medida en que la realidad humana resulta aprehendida en su doble constitución de espíritu y materia, que es la manera más concreta de considerarla, la reflexión agustiniana goza de perennidad. ¿Acaso no es Agustín uno de los pensadores que ha discurrido con mayor profundidad en la realidad del hombre y de la historia, advirtiendo que en ésta como en aquél existe una ley suprema que es la de la encarnación?<sup>8</sup> Una visión así merece la calificación de realista, pues considera la naturaleza humana en su totalidad, sin omitir la íntima tensión que guarda, y el hecho de su falta de integridad. Por eso, San Agustín, sin elaborar una teoría política, nos brinda el conocimiento de algunos principios de innegable validez y eficacia para la reflexión acerca del Estado y la vida política. Ello justifica, entonces, que nos acerquemos a la obra del Santo, para señalar en ella ciertos elementos que expondremos con carácter introductorio, y como guía para una más honda consideración de la concepción católica de la política, el derecho y el Estado. Por tal motivo, y a riesgo de abusar de ello, nos valdremos de numerosas notas, donde el lector encontrará una adecuada mención de fuentes y bibliografía sobre el tema.

#### CICERÓN: FUENTE DE LA REFLEXIÓN AGUSTINIANA

No son pocos los estudiosos que juzgan mediocre el pensamiento filosófico de Cicerón o, por lo menos, carente de originalidad, ecléctico y vulgarmente fundado en el sentido común. Seguramente los términos de su magnífica exposición iusnaturalista, no son ajenos a la motivación de una crítica tan ácida. No es éste el lugar para analizar la obra del orador romano, pero baste recordar aquellos juicios de Menéndez y Pelayo donde lo describe como un talento poco común, que ha influido en la cultura humana al haber tornado sensible y agradable lo abstracto. En definitiva, sus ideas sin ser profundas ni nuevas han quedado expresadas en fórmulas que tienen "perpetuidad marmórea".<sup>9</sup>

Muestra de lo dicho es la influencia que su pensamiento ejerce en las generaciones posteriores y, en especial, lo que es objeto de nuestro interés, en el ideario político y jurídico de San Agustín. Quizás el primer encuentro del

---

<sup>7</sup> Por ello, JUAN MIGUEL BARGALLÓ CIRIO dice que: "San Agustín no mira en lo político sólo lo político. Por eso los temas en los que no vea directamente jugar las conexiones que atan el mundo de lo político a las realidades trascendentes, no parecen haber distraído su atención". *Pensamiento político y jurídico de San Agustín*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1960, p. 77.

<sup>8</sup> Sobre este tema tan decisivo para la comprensión de las realidades humanas, puede consultarse la conferencia de FÉLIX ADOLFO LAMAS, "Soberanía y reconquista del espíritu", *Moenia*, 1982, n.º XII.

<sup>9</sup> *Historia de las ideas estéticas*, I. Conforme lo señala JOSÉ CORTS GRAU, *Historia de la filosofía del derecho*, Madrid, Ed. Nacional, 1968, t. I, 2ª ed., p. 182.

Santo con la obra de Cicerón sea su lectura del *Hortensius*, donde la elevada prosa filosófica del romano, marca el alma desorientada del joven Agustín.<sup>10</sup> Pero sobre todo, Cicerón es la fuerza más eminente del Africano en el orden político. Combes lo muestra claramente cuando analiza los antecedentes del pensamiento agustino sobre la materia, señalando que las afirmaciones de Cicerón sirven para que nuestro autor inicie su discurrir o simplemente las adopte por lo certero del juicio.<sup>11</sup> De allí, que difícilmente puede hablarse del pensamiento político de San Agustín sin una mención de quien es su punto de partida; es más, podría afirmarse que el ideario agustiniano en este orden, es la superación trascendente de la concepción política de Cicerón, y con un sentido más universal, la de todo el pensamiento pagano. En definitiva, de lo que se trata es de marcar que con la obra de San Agustín, el Cristianismo señala por primera vez los principios para un orden político que, fundándose en la natural validez de los juicios de los pensadores precristianos, los supera en la misma medida en que la visión trascendente del Cristianismo libera al hombre y al desarrollo de su vida del inmanentismo.

Justificado así nuestro interés por Cicerón, cabe ahora mostrar los fundamentos más importantes de su concepción política que son, por lo general, comunes a la visión de los mejores expositores del mundo antiguo. El Romano encuentra que la concordia entre los hombres es la causa y fundamento de la Ciudad, tal como había sido señalado por Aristóteles, de allí que le dedique numerosas páginas al tema. Sin embargo, la perfección de la vida política no se alcanza más que por la virtud y austeridad de las costumbres, pues por ellas se accede a la grandeza del Estado. Entre todas las virtudes la justicia es la que mayor importancia tiene para el mantenimiento de la concordia y la armonía de la vida social, por eso las expresiones de Cicerón no quedan detrás de las de Platón, Aristóteles o Dante. Por último, es manifiesto que el horizonte perfectivo del mundo antiguo tiene como límite la vida política. "La ciudad era la creación perfecta que podía intentar el hombre y dentro de la cual exclusivamente podía realizarse el ideal humano... El pagano circunscribía —al menos privativamente por desconocer otros horizontes— la finalidad del hombre a la realización de que era capaz en su vida; y de ésta, a su vida en convivencia".<sup>12</sup> Por eso, el patriotismo es el fruto más bello de la vida política y la muerte por la patria el signo más alto del amor humano. Estos conceptos son, pues, los pilares sobre los que se sustenta la ciudad.

Esta concepción ciceroniana de la vida política concluye en su formulación lógica con la definición de república, de la cual nos dice que es la cosa del pueblo. Por cosa entiende los bienes de todo orden que forman el patrimonio constitutivo de la comunidad, y por pueblo no cualquier agrupación de hombres, sino aquella unida por el vínculo del derecho y la común utilidad. *Est res publica res populi; populus autem nom omnis hominum coetus, quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communiōne socialitus* (*De Republica*, I, 25).

<sup>10</sup> *Confessiones*, III. 4.

<sup>11</sup> GUSTAV COMBES, *La doctrine politique de Saint Augustin*, París, 1927, pp. 43 a 48.

<sup>12</sup> JUAN R. SEPICHI, "Los padres de Occidente", *Sapientia*, 1947, nº 3.

Así, concordia y justicia son elementos esenciales del Estado, y, sin ellos, la vida política se disuelve en la anarquía. Interesa remarcar que para Cicerón, la concordia es el vínculo unitivo que da nacimiento a la sociedad política, y la conserva en paz y armonía, integrando los intereses particulares y sectoriales mediante su ordenación al bien común. Por ello, la política romana está orientada a obtener una vida buena en los ciudadanos, que concretamente se realiza en la armonización de los fines sectoriales entre sí y respecto del fin último de la sociedad. Muestra de ello es la formación senatorial de los diferentes períodos históricos de la política romana. En su constitución, se prueba que la prudencia política de este pueblo consiste en mantener ese acuerdo mínimo de los sectores sociales en cuanto a un interés que les es común.

Por eso, en el diálogo *De Legibus* (II. 5), Cicerón presenta al Estado que a través de las leyes logra la tranquilidad, la seguridad y felicidad de los ciudadanos, como un símbolo de la finalidad política. En *De Officiis* (II. 21) se ve en la custodia de las utilidades y bienes de los ciudadanos una de las razones concretas de unidad y vínculo estrecho. En la misma obra prescribe que la verdadera justicia del magistrado se realiza asegurando a cada cual lo suyo, sin que el fisco crezca merced a la disminución de los bienes particulares. La justa distribución de derechos entre el pueblo asegura, según Cicerón, la armonía necesaria de la ciudad (*De Legibus*, III, 12). Por eso, la justicia manda el respeto por los derechos particulares, nos prescribe consultar el interés del género humano, dar a cada uno su derecho, no tocar las cosas sagradas, públicas o ajenas (*De Republica*, III. 9). En definitiva, dice el romano: "La concordia es fácil y posible cuando todos los ciudadanos persiguen un fin único; las disensiones nacen de la diferencia y de la rivalidad de intereses" (ídem, I. 32).

La justicia aparece entonces entre todas las virtudes como la más apropiada para el logro de la concordia. Pues si es necesario para el bien de la ciudad que el pueblo sea austero en las costumbres y sus dirigentes moderados en el poder,<sup>13</sup> ¿qué puede haber más hermoso y preclaro que la virtud gobernando la república?" Y ello, en la visión ciceroniana, no se logra más que con la justicia, pues "no sólo es falso que un gobierno no puede ser guiado sin injusticia, sino que un Estado no puede ser gobernado sin la más estricta justicia".<sup>14</sup> El armonioso equilibrio de los órdenes que integran la comunidad se consigue, pues, por la justa distribución de derechos,<sup>15</sup> teniendo como regla el interés común.

Esa es la razón por la cual Cicerón enseña que "... así como los sonidos despertados en la lira y en la flauta, combinados con el canto y la voz, producen un conjunto armónico que alaba el oído inteligente, o disonancias que molestan; un Estado, prudentemente compuesto por la mezcla y el equilibrio de todos los órdenes, se acuerda con la reunión de los distintos elementos. Y lo que en el canto es llamado por músicos armonía, en el Estado es concordia, paz, unión, vínculo sin el cual la República no permanece incólume, de la misma manera que ningún pacto puede existir sin justicia".<sup>16</sup>

<sup>13</sup> *De Legibus*, III. 3 y 12. *De Republica*, I. 34.

<sup>14</sup> *De Republica*, II. 21.

<sup>15</sup> *De Republica*, II. 41. *De Legibus*, III. 12.

<sup>16</sup> *De Republica*, II. 40.

Por la ley, que es un mandato de la razón humana, fundado en aquella ley inmersa en la naturaleza y que está en boga desde antes de que existiese norma alguna o se hubiese formado un solo Estado,<sup>17</sup> se realiza el orden en la sociedad y se accede a la paz.

La sociedad política, entonces, es el ámbito amado donde se nace y en cuyo seno, siguiendo el mandato de la naturaleza racional y el imperio de la ley, se alcanza la vida virtuosa y se satisfacen nuestras necesidades. Allí, se encuentra la tradición heredada de los antepasados con la cual construimos nuestra existencia. Por eso, Cicerón pone en boca de Marco y Ático el estremecimiento que siente el varón virtuoso al hablar de su patria. No en vano recuerda a Ulises quien volviendo de la guerra de Troya, y detenido por el destino en la isla de Ogigia, sacrifica el ofrecimiento de la inmortalidad y la juventud perpetua, a cambio de ver nuevamente a Ítaca, su amada tierra.<sup>18</sup>

Así, se entiende que el romano alabe al varón de entereza "...que suele considerar más miserable ser consumido por la edad y los achaques que dar en un momento determinado valerosamente a la patria lo que tarde o temprano habrá de devolver a la naturaleza".<sup>19</sup> Porque resulta claro para él que "...la patria no nos engendró ni educó sin esperanza de recompensa por nuestra parte; ni lo hizo para nuestra comodidad ni para procurar pacífico retiro a nuestra incuria y lugar tranquilo a nuestro ocio, sino para aprovechar en su propia utilidad las más generosas y mejores facultades de nuestra alma y nuestro ingenio, dejando para nuestro uso privado solamente lo que a ella le sobre".<sup>20</sup>

Sin embargo, Cicerón conoce la fragilidad de la concordia y la virtud entre los hombres, su propia vida se ve atada a los resultados de las luchas fratricidas, la venganza, la injusticia y el desprecio por el interés común. En boca de Marco señala que es tanta la corrupción denigrada de las malas costumbres, que apaga lo que podría llamarse destello luminoso de la naturaleza humana.<sup>21</sup> Los intereses sectoriales en pugna, los partidos disputando la primacía en el poder, las guerras civiles no escapan al horizonte ciceroniano y, seguramente, de haberlas conocido, habría hecho suyas las imágenes que Agustín pinta en *De Civitate Dei*, acerca de la ruptura de la concordia. La muerte de los Graco, pero especialmente las luchas entre Mario y Sila mueven al Africano a preguntarse: "¿qué sadismo de pueblos extranjeros, qué sevicia de los bárbaros puede compararse a esta victoria de ciudadanos sobre ciudadanos? ¿Ha visto Roma cosa más funesta, más tétrica y más amarga? ¿Por ventura la antigua invasión de los galos, y poco habla de los godos, puede medirse con la fuerza de Mario y de Sila y de otros renombrados varones de su partido, que eran como sus lumbreras?" (III. 29).

El mismo Cicerón, recordando la volubilidad y la crueldad de los atenienses con algunos de sus varones preclaros, no puede más que dolerse de los ejemplos de su propia patria. Sin embargo, aun entre los hombres de su tierra, la

---

<sup>17</sup> *De Legibus*, I. 6.

<sup>18</sup> Ob. cit., II. 1.

<sup>19</sup> *De Republica*, I. 3.

<sup>20</sup> Ídem, I. 4.

<sup>21</sup> *De Legibus*, I. 11.

piEDAD patrióTica defeciona en determinadas circunstancias, de lo que es ejemplo Marco Furio Camilo, que se apodera de los fondos públicos luego de tomar Veyes, o Lucio Opimio que, enviado contra Yugurta, se corrompe con el oro de este príncipe.<sup>22</sup> La guerra, de la cual el Estado sólo debe valerse para asegurar su salud o reparar una injuria, por la malicia de los hombres y la ambición de poder, se transforma en pillaje e injusta conquista.

Por eso, si Salustio reconoce que entre los romanos hubo una época en que la justicia y la bondad, más que de las leyes, tomaban fuerza de su natural, no olvida llorar que la injusticia transformó la República Romana "poco a poco de hermosísima y óptima" en "pésima y disoluta",<sup>23</sup> por lo que las costumbres de los mayores iban despeñándose de un modo tormentoso.

De allí, que los elementos de la vida política pagana, con ser naturalmente valiosos, padecen una profunda insuficiencia y consecuente inestabilidad. La inexistencia de un fundamento que se encuentre más allá del cerrado horizonte imanentista en que su reflexión está anclada, agudiza el proceso de corrupción y disolución, privando al desarrollo de la vida política de un sentido y explicación unitaria y universal. El círculo de las edades, la secuencia de los tiempos, son de por sí insuficientes para justificar la situación existencial del hombre y su vida política. Por ello Agustín, que se encuentra en la encrucijada crítica de dos mundos, otorga a través de la perspectiva trascendente del catolicismo, un sentido supratemporal a la vida humana y con ello a la vida política. Sin desconocer la mutabilidad y corrupción que la experiencia señala en las cosas temporales, y la contingencia y defeción en que la libertad humana ejecuta sus obras; la consideración de los hechos a la luz de la ley eterna de un Dios personal, creador amoroso de todo lo existente, explica y unifica todo el desarrollo humano.<sup>24</sup> Por eso, la realidad política es vista desde una nueva atalaya que permite valorarla con un sentido concreto; toda ella aparece vivificada por una luz que es primicia del Cristianismo. Se pone de manifiesto así, una nueva legalidad, con la cual se miden y comprenden las realizaciones humanas.

San Agustín brinda en esa perspectiva, la imagen de la frágil naturaleza humana afectada por el pecado, a la vez que proclama la ley nueva de la caridad y de la gracia que viene a restaurarla.

#### EL PECADO Y EL ORIGEN DEL ESTADO. ALGUNAS CONSIDERACIONES

El tema de la existencia del mal sobresale, respecto de muchos otros, dentro del pensamiento y la vida de San Agustín. Ello se prueba sin dificultad por la impronta con que signa la obra del Santo y aun por el arduo itinerario de su conversión. Quizás hasta el mismo acercamiento a la secta Maniquea puede explicarse en gran medida por la respuesta que, a la postre, Agustín descubre falsa, que dan al problema del mal sus maestros. Así, la consideración de los

<sup>22</sup> *De Republica*, I, 3.

<sup>23</sup> *De Civitate Dei*, II, 18, 2.

<sup>24</sup> Puede consultarse al respecto, "La ciudad de Dios en el cruce de dos edades" de SATURNINO ÁLVAREZ TURLENZO en *La Ciudad de Dios*, Madrid, Monasterio de San Lorenzo de El Escorial, 1954, vol. 167, t. I.

efectos del pecado original en el hombre adquieren una especial influencia en las reflexiones de orden jurídico y político que hace Agustín, aspecto, éste, que cobra mayor significación con oportunidad de la disputa con los pelagianos.

El pecado de Adán quiebra la estabilidad del tiempo y la integridad de su ser, que nuestro autor describe con trazos de singular belleza cuando se interroga: "...¿qué podían temer o de qué se podían doler aquellos hombres que nadaban en tanta afluencia de bienes, en un estado en que no temían la muerte ni enfermedad corporal alguna, en un lugar que no faltaba nada a su buena voluntad y en que no había cosa que ofendiera la carne o el ánimo del hombre que vivía en felicidad? Reinaba allí un amor imperturbable a Dios, y los cónyuges entre sí vivían en una familiaridad fiel y sincera, y de este amor fluía un grande gozo, sin faltar un objeto de amor digno de disfrute".<sup>25</sup> Esa falta originaria trae consigo "una serie de desventuras, que desde un principio viciado, como corrompido de raíz el género humano, arrastraría a todos en concatenación de miserias hasta el abismo de la muerte segunda, que no tiene fin si la gracia de Dios no librara a algunos".<sup>26</sup> Por eso, la descendencia de Adán "...yacía sumida en toda suerte de males, o por mejor decir, anegada, y se precipitaba de mal en mal...".<sup>27</sup> En definitiva, el hombre queda con una naturaleza "depravada por el pecado y no según la rectitud en que había sido al principio creada".<sup>28</sup> La ignorancia y la concupiscencia son por ello, y tal como lo entiende Portalié, reato de este pecado primero.<sup>29</sup>

Esta imagen de la caída del hombre que traza Agustín, nos brinda la visión de una naturaleza humana corrompida, huérfana de la integridad originaria, que se verifica en la voluntad que abandona el *ordo amoris* debido. La consecuencia del pecado original se traduce, según opinión de algunos autores, en una radical insuficiencia de la naturaleza humana. Por ello, Gilson describe en frase feliz esa consideración agustiniana, al decir que frente a dos soluciones posibles el Santo opta siempre por la que concede más a Dios que a la naturaleza.<sup>30</sup>

La voluntad humana que se aleja del amor ordenado a Dios constituye entonces el núcleo del problema del pecado. Por eso confiesa Agustín: "Busqué también qué cosa era la maldad, y no hallé que fuese substancia alguna, sino un desorden de la voluntad que se aparta de la substancia suma que sois vos, Dios mío, y se ladea y une a las criaturas inferiores."<sup>31</sup> Por ello, el objeto del amor da lugar a dos uniones místicas entre los hombres, formando así dos ciudades de igual tenor. "Dos amores fundaron dos ciudades: la terrena, el amor propio hasta llegar al desprecio de Dios, y la celestial, el amor de Dios hasta llegar al desprecio de sí mismo".<sup>32</sup> En *De Civitate Dei*, Agustín relata a partir

---

<sup>25</sup> *De Civitate Dei*, XIV. 10.

<sup>26</sup> *Idem*, XIII. 14.

<sup>27</sup> *Enchiridion*, XXVII.

<sup>28</sup> *De Trinitate*, XIII. 12. 16.

<sup>29</sup> E. PORTALIÉ, *Saint Augustin. Dictionnaire de Théologie Catholique*, Vacant Mangenot, París, 1923, t. I, vol. 2.

<sup>30</sup> SOAJE RAMOS, ob. cit., p. 9.

<sup>31</sup> *Confessiones* VII, 16. 12.

<sup>32</sup> *De Civitate Dei*, XIV. 18 y XII. 27.

del Libro IX el origen, progreso y fines de ambas ciudades, apareciendo la ciudad terrena como una nueva Babilonia cuyo rey es el diablo; mientras la Ciudad de Dios es Jerusalem, que reconoce al Señor como el Bien Común último en vistas de cuyo gozo se constituye. Los trazos con que es descripta la ciudad terrena demuestran el dominio de las pasiones en su interior, el ansia de poder, la soberbia, la codicia y el amor a los bienes temporales, que le preparan su desaparición con el fin del mundo, ya que el ulterior destino de sus ciudadanos es el suplicio eterno.

Las reflexiones agustinianas acerca de la naturaleza humana caída, pero en especial el suponer que el Santo al referirse a la Ciudad terrena discurre sobre el Estado, llevó a prestigiosos estudiosos a interpretar que el pecado es la causa del nacimiento de éste.<sup>33</sup> Esa visión, calificada como pesimista, del ideario político y jurídico de San Agustín, considera que el Estado es una "organización del pecado", consecuencia de la caída originaria y obra de un espíritu maligno, pues le asigna los duros juicios con que Agustín condena a la ciudad terrena.<sup>34</sup> Por eso, estos intérpretes niegan que en los escritos del Hiponense se mencione una tendencia natural en el hombre a la vida social y política. Esta interpretación, que en gran medida es apuntalada por la utilización de que se vale el pensamiento protestante de algunas tesis agustinianas, perduró hasta que una nueva corriente de pensadores, sobre la base de un estudio integral de la obra del Santo, la revisa y modifica.<sup>35</sup> Se devuelve así la justa medida que desde la perspectiva teológica alcanzan las expresiones de Agustín en los temas político-jurídicos y, sobre todo, permite que ellas se tornen operantes en la visión católica de la sociedad política.

Por ello, si bien el dato de la naturaleza caída del hombre no es ajeno a las consideraciones de lo político en San Agustín, como en realidad no lo es en ningún pensamiento cristiano, y aun, por sus consecuencias de falta de rectitud e integridad, en cualquier visión política realista, lo cierto es que no resulta el pecado la causa originaria del Estado, sino la natural inclinación humana a la sociabilidad, que hace de la concordia el fundamento de la comunidad política. La expresión de Matías Baumgartner confirma lo aseverado: "El Estado ni procede del pecado, ni es el producto de un contrato, sino que tiene sus orígenes y condiciones más profundos en los impulsos y en las leyes de la naturaleza

---

<sup>33</sup> Surge con evidencia de la lectura de *De Civitate Dei*, que Agustín en ocasiones denomina al Estado, Ciudad Terrena, con lo cual puede llevar a confusión al lector y en consecuencia a una inteligencia de su pensamiento político diferente de la que se expone en el presente trabajo. Sin embargo, en su ideario, el Estado no se identifica con la Ciudad Terrena, ni la Iglesia con la Ciudad de Dios, tal como lo demuestran por ejemplo E. GILSON, en la obra ya citada (p. 233) con fundamento en *De Civitate Dei*, XIV. 28 y PIERRE BATIFFOL, *Le catholicisme de Saint Augustin*, París, 1920, p. 337.

<sup>34</sup> Puede consultarse *El Derecho y el Estado en San Agustín*, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1924, pp. 113 a 119, donde su autor, ANTONIO TRUYOL Y SERRA, explica las posturas del llamado "pensamiento pesimista" de la interpretación del ideario político del Hiponense y donde, además, transcribe opiniones de estudiosos representantes de dicha corriente. OTTO VON GUERKE, por otra parte, en *Teorías Políticas de la Edad Media*, Buenos Aires, Huemul, 1963, se adscribe a esa tesis interpretativa pesimista, que ve en el Estado un fruto del pecado (p. 210, nota 6).

<sup>35</sup> TRUYOL Y SERRA, ob. cit., p. 119.

humana".<sup>36</sup> Dios ha puesto en ella una tendencia a la vida social, por lo que la discordia aparece como un vicio.<sup>37</sup>

La vida política en el pensamiento de Agustín nace pues, a nuestro entender, de un desarrollo natural de los vínculos sociales primarios, que se inician con la familia y culminan dentro del orden temporal, con el orbe. Por ello, dice que "la casa debe ser el principio y el fundamento de la Ciudad", relacionando la primera con la segunda como la parte con el todo: "Todo principio dice relación a su fin, y toda parte a su todo. Por eso es claro y lógico que la paz doméstica debe redundar en provecho de la paz cívica...".<sup>38</sup>

En el hombre agustiniano hay una tendencia natural a la vida social y a la vida política, que resulta del ser íntimo con que fue constituido por Dios desde el primer momento. Por eso dice Gilson que San Agustín "*considère toujours la vie morale comme impliquée dans une vie sociale. L'individu ne se sépare jamais à ses yeux de la cité*".<sup>39</sup> El primer vínculo nos lo dan el hombre y la mujer enmaridados<sup>40</sup> y la familia sobre él fundada, que resulta como el semillero de la Ciudad, cuya existencia es exigida por la misma naturaleza del hombre. De allí que exclame: "¡Cuánto más es arrastrado el hombre por las leyes de su naturaleza a formar sociedad con todos los hombres y a lograr la paz en cuanto esté de su parte".<sup>41</sup>

Agustín ve en el origen mismo del hombre la tendencia a la vida política, cuando en carta a Macedonio escribe que tanto la fortaleza para superar los males de esta vida, como su premio, debemos desearlos así "para nosotros como para el Estado cuyos ciudadanos somos; *porque es uno mismo el origen del Estado y el del hombre*, ya que el Estado no es otra cosa que una multitud concorde de hombres" (155. III. 9).<sup>42</sup>

La persona aparece a sus ojos como la semilla y el elemento de que se compone la comunidad política, pero como "...es imposible constituer con un solo sujeto una ciudad...".<sup>43</sup> ésta nace del desenvolvimiento de relaciones humanas en vista de algún fin común ordenador. Por ello, el Estado no se forma por la mera suma de individuos, sino por el ordenamiento de las comunidades inferiores que hacen las veces de lazos sociales que unen a los hombres entre sí,<sup>44</sup> constituyendo órdenes interpuestos, altos, bajos y medios, que asemejan la consonancia de los sonidos diferentes.<sup>45</sup> De allí, entonces, que siguiendo a Cicerón, concluye afirmando que la concordia garantizada por el amor al Bien Común es el fundamento del Estado (Ep., 137. 17).<sup>46</sup>

<sup>36</sup> MATÍAS BAUMGARTNER, *San Agustín*, Madrid, Revista de Occidente, 1925, vol. 3.

<sup>37</sup> *De Civitate Dei*, XII. 27.

<sup>38</sup> Ídem, XIX. 16.

<sup>39</sup> GILSON, ob. cit.,

<sup>40</sup> *De Bono Coniugali*, I. Acerca del matrimonio puede consultarse "Matrimonio y ética conyugal en el pensamiento de San Agustín", *Mikael*, nº 32, del autor, Paraná, 1983.

<sup>41</sup> *De Civitate Dei*, XIX. 12. 3.

<sup>42</sup> De igual forma en *Enarraciones in Psalmus*, IX. 8.

<sup>43</sup> *De Civitate Dei*, XIV. 12.

<sup>44</sup> Ídem, XV.8. 2.

<sup>45</sup> Ídem, II. 21. 1.

<sup>46</sup> Al igual que Santo Tomás (*In. I. Politicorum*, lect. I a), Agustín ve en la concordia un asentimiento que concreta el impulso natural a la vida social que posee el hombre.

## CONCORDIA Y CARIDAD EN LA VIDA POLÍTICA

El amor para San Agustín posee un valor esencial en el orden moral, por la determinación que ejerce en la voluntad humana. Por ello no puede estar ausente en una consideración de la vida política, pues por él actúa el hombre. El amor aparece así como la fuerza motriz de la voluntad y por ello, Agustín dice: "El peso es cierto impulso o conato entrañado en cada ser, con que se esfuerza por ocupar su propio lugar...";<sup>47</sup> "...los pesos y movimientos son como los amores de los cuerpos... pues así como al cuerpo lo lleva su peso, así el ánimo es llevado por el amor a dondequiera".<sup>48</sup> Por eso "mi amor es mi peso, dondequiera que soy llevado él me lleva".<sup>49</sup> Esta visión del amor posee un orden emergente del valor de la cosa amada. De allí que Gilson explique que en Agustín tal como es el valor del amor, tal es el del acto.<sup>50</sup> Las cosas deben ser queridas en la medida en que su rango ontológico lo exige, y esa jerarquía se pondera de acuerdo con la participación que tenga en el Ser y Bien Supremo que es Dios.

San Agustín reconoce en la concordia un acuerdo de voluntades acerca de un objetivo. Por eso se convierte en fundamento de la vida política, pues persigue un interés amado en común. El vínculo firme del Estado está entonces en la voluntad concorde de los hombres, a punto tal que puede decirse que el Estado es una muchedumbre unida por el vínculo de la concordia.<sup>51</sup> Esta amistad política refleja la natural tendencia humana a la vida social, la que se afirma en la identidad de la naturaleza entre los hombres, y la relación de parentesco por la participada descendencia adánica. Sin embargo, la vida social está marcada por las miserias humanas que convierten en inestable la concordia. Agustín se interroga: "¿No es verdad que los hombres sentimos por doquier injurias, sospechas, enemistades y guerras?"; más aún, recuerda la frase de la escritura, "los enemigos del hombre serán los habitantes de su propia casa". Por eso señala, "si la casa, refugio común en estos males que acechan a los hombres, no está segura, ¿qué será de la ciudad? ¿Qué será de la ciudad, tanto más llena de pleitos, civiles y criminales, cuanto mayor es, aunque escape a las turbulentas sediciones, con frecuencia sangrientas, y a las guerras civiles, sucesos de los que a veces se ven libres las ciudades, pero de los peligros nunca?".<sup>52</sup>

Por eso la concordia, que se encuentra atada a la inestable armonía de los intereses sociales, con ser esencial al nacimiento y conservación del Estado, es imperfecta. Necesita, pues, la vida política para afianzar los lazos y vínculos sociales, para estrechar la mutua fidelidad, y para ordenar los intereses de las partes más perfectamente al interés general, un amor más pleno. Un querer que sin excluir en absoluto la defección, otorgue la posibilidad de una sólida permanencia; en definitiva, que fecunde el ámbito político permitiendo el florecimiento de la virtud.

<sup>47</sup> *Enarraciones In Psalmus*, XXIX. 10.

<sup>48</sup> *De Civitate Dei*, XI. 38.

<sup>49</sup> *Confesiones*, XIII. 9.

<sup>50</sup> Gilson, ob. cit., pp. 175-176.

<sup>51</sup> *De Civitate Dei*, II. 21. 1.

<sup>52</sup> *Idem*, XIX. 5.

Aquí Agustín no puede reconocer antecedentes en el pensamiento pagano y, por ello, sus consideraciones superan el marco ya descripto. Esa luz de la vida humana social y política, es la caridad. En el *ordo amoris* agustiniano Dios es el objeto amable por excelencia y, por su carácter absoluto, todas las demás cosas se aman en relación con Él. La caridad es una participación en el ser divino, pues *Deus Caritas est*, de manera que implica un vínculo de insuperable intimidad entre creador y creatura.

Por ello, sólo a través de la caridad se hace cumplidamente lo que se hace, y esto ocurre cuando lo que se obra se refiere al amor de Dios. De allí que la caridad es como la raíz a la que pueden reducirse todas las demás virtudes, pues aparece como la forma de nuestros actos. Así, puede entenderse que cuando Agustín dice que la Ciudad no se constituye ni mantiene más que por el fundamento y el lazo de la concordia estable, es decir, por el amor al Bien Común, este último sólo recibe su perfección por la disposición al Bien Común, Soberano y Verdadero, que es Dios.

La vida virtuosa, y el amor a la Patria, que son pilares de la existencia política, cobran desde esta perspectiva un valor nuevo, que opaca realizaciones ajenas a la caridad, sin que por ello pierdan su natural relevancia. Es, pues, injusto reprochar a San Agustín que desprecie las virtudes cívicas romanas, porque les quita valor trascendente.<sup>53</sup> Si bien sostiene el Africano que no puede darse virtud verdadera donde no hay amor al Dios verdadero, no otra cosa quiere significar que las virtudes, cuando son referidas a sí mismas y puestas como fin propio, son hinchadas y soberbias y, por tanto, más se asemejan a vicios que a virtudes,<sup>54</sup> pues el orgullo es madre del pecado. Sin embargo, Agustín las priva de toda operatividad, ya que esas virtudes sin caridad no dejan por ello de producir frutos en esta vida, aunque son estériles para conseguir méritos para la vida eterna. Los paganos —dice el Hiponense— no tendrían sin duda hacia el verdadero Dios la piedad que hubiera podido conducirlos por un culto saludable a la Ciudad Eterna. Pero guardaban cierto género de honestidad que podía bastar en ciertos casos para construir, mantener y engrandecer la Ciudad Terrena —aquí debería hablar de Estado—. Dios mostraba así lo que podían las virtudes civiles, aun sin la verdadera religión, en el Imperio Romano, tan grande, floreciente e ilustre; y hacía comprender que añadiendo la verdadera religión, los ciudadanos se convertirían en habitantes de otra ciudad que “tiene por reina la Verdad, por ley la Caridad y por medida la Eternidad”.<sup>55</sup>

Las virtudes paganas son entonces vestigio de un orden primigenio destruido, las ruinas que Dios ha conservado para realizar su restauración, pero no son virtudes cristianas, es decir, no tienen la bienaventuranza como recompensa. Su galardón está pues en este mundo. “Por ende, por aquel imperio tan dilatado y tan duradero, afamado y glorioso por las virtudes de varones tan eximios, se dio a su intención el galardón que buscaba, y a nosotros nos propusieron ejemplos de admonición necesaria. Esto, con el fin de que si no tuviéramos por la gloriosa Ciudad de Dios las virtudes de las que son semejanza,

<sup>53</sup> PORTALIÉ, ob. cit.

<sup>54</sup> *De Civitate Dei*, XIX. 26 y V. 19.

<sup>55</sup> *Idem*, 1.3.17.

aunque borrosa, las que éstos tuvieron por la Gloria de la Ciudad Terrena, nos pellizque el pudor y, si las tuviéramos, no nos engría la soberbia”.<sup>56</sup>

San Agustín, al igual que Cicerón, otorga al patriotismo una singular relevancia, pues en el orden de los amores sólo es aventajado por el amor a Dios. Muestra de ello es que habla de la Patria como de una madre,<sup>57</sup> y su misma vida prueba el estrecho vínculo que lo unía a su tierra.<sup>58</sup> Sin embargo, la piedad patriótica sólo es meritoria cuando está iluminada por la caridad. Por eso amonesta en su sermón: “Que tu Patria esté para ti por encima de tus mismos padres, y en todo lo que tus padres te manden contra ella no los escuches. Y en todo lo que la Patria te ordenare contra Dios no la escuches” (LXII, 5. 8.). En carta a Nectario explica la relación que existe entre la piedad a la Patria y la piedad a Dios. Así, después de congratularse por el hecho de que el receptor de su misiva muestre con su vida y su virtud, que para el hombre de bien no hay medida en el amor a la Patria, le dice: “La Patria de tu generación carnal será una porción de esa Patria en la cual nacemos no con el cuerpo, sino con la fe” (91. I. 6.).

Por eso, para el Obispo de Hipona, Dios es caridad; es un Dios vivo y operante que fecunda el corazón del hombre. El Estado que guarda el recto amor a Dios vivifica toda su existencia ordenando las relaciones entre las partes que lo componen, armonizando los intereses de los sectores respecto del bien común, moviendo a la vida virtuosa y fundamentando la piedad patriótica. Combés refleja ello con preciosas expresiones al decir que “el Dios de Agustín es un Dios viviente. Si se lo inserta en el corazón de la Ciudad, Él vivificará todos los órganos de la Nación, que se ordenarán ellos mismos según las leyes divinas de su naturaleza; el cuerpo estará dirigido por el alma, la materia por el espíritu, el instinto por la razón, las pasiones por la virtud, la virtud por la religión. Este orden, que se establece ante todo en la conciencia, se extiende automáticamente a la familia, de la familia pasa a las instituciones y de las instituciones a la Patria toda entera”.<sup>59</sup>

Con Agustín aparece por primera vez la doctrina del Estado Cristiano, planteada con principios de valor universal, hasta nuestros días. En carta a Marcelino, el Hiponense señala que los funcionarios públicos, jueces y soldados que siguen a Cristo son causa de la grandeza del Estado,<sup>60</sup> lo que reitera cuando, reprochando a Ceciliano no haber superado la etapa catecúmena, le dice: “¡Como si no pudiesen los fieles administrar la República mejor y con más fidelidad cuanto son mejores y más fieles! <sup>61</sup> Por eso quien dirige los destinos de una Nación Cristiana si sólo tiene por fin e intención que sean fecundas las ovejas y gruesas las vacas y que los hombres no sufran molestia alguna según la carne, suponiendo que con ese sosiego cumple su deber, olvida lo esencial del gobierno cristiano. Pues no trata de que sirvan los ciudadanos al Dios verdadero. Y así escribe a Macedonio: “Has recibido las virtudes. Si sientes de

<sup>56</sup> Idem, V. 18. 3.

<sup>57</sup> *De Libero Arbitrio*, I, XV. 32. 110.

<sup>58</sup> SAN POSIDIO, *Vita Sancti Augustini*, C. 28.

<sup>59</sup> COMBES, ob. cit., p. 463.

<sup>60</sup> 138. 15. (Epístola).

<sup>61</sup> 152. 2. (Epístola).

quién las recibiste, y te muestras agradecido, y las empleas en servirle aun en tus honores seculares, y levantas y llevas a los hombres sometidos a tu jurisdicción para que le sirvan, ya con el miedo, ya con la ayuda, ya con el ejemplo de tu vida religiosa, ya con el mismo afán de atenderles, y no pretendes otra cosa en esa seguridad de vida que les proporcionas, sino que aquí merezcan a aquel en quien han de obtener la bienaventuranza, tus virtudes serán verdaderas".<sup>62</sup>

Así pues, el príncipe cristiano es feliz sólo si impera con justicia, sin dejarse ganar por la soberbia, ya que recuerda siempre su condición humana. Coloca su potestad a los pies de la Majestad Divina para extender su culto, temiendo, amando y adorando a Dios. Toma venganza por necesidad del gobierno y defensa de la República, y no por odio a sus enemigos. Concede el perdón no para dejar impune el delito, sino para obtener la corrección y la enmienda. Señorea antes sus apetitos que a las otras naciones, y todo lo hace no por vanagloria sino por la dilección de la felicidad eterna (*De Civitate Dei*, V. 24).<sup>63</sup>

#### EL ORDEN POLÍTICO Y JURÍDICO

Cuando Cicerón inicia el análisis del desarrollo histórico de Roma trae a la memoria de sus oyentes las máximas y discursos del viejo Catón, a quien amaba y admiraba singularmente. Sobre todo, repara en la explicación que el anciano maestro ofrecía acerca del progreso de la *civitas*, pues acostumbraba decir que la superioridad política de Roma tenía por causa la feliz circunstancia de que sus legisladores fueran una sucesión de ciudadanos ilustres que durante generaciones ordenaron rectamente la vida de la comunidad, a diferencia de

<sup>62</sup> 155. 11. 12 (Epístola). Ver también *De Civitate Dei*, V. 24.

<sup>63</sup> En este texto, como en otros semejantes, algunos estudiosos han visto muestras de que, en el pensamiento político agustiniano, están presentes las tesis teocráticas del siglo XII, y lo que se dará en llamar "agustinismo político". Estas teorías de la teocracia pontificia, que E. GILSON (*La filosofía en la Edad Media*, Madrid, Gredos, 1976, 2ª ed. pp. 308 y ss.) explica, encuentran como fuente más segura la teocracia judía del Antiguo Testamento, presentan, como en los casos de Juan de Salisbury y San Bernardo, la distinción de los órdenes temporal y espiritual, como "interior a la Iglesia". Por eso en el *Polycraticus*, Juan de Salisbury, sostiene que el rey debe someterse a los sacerdotes, acuñando una frase que es resumen de su pensamiento: *Princeps minister est sacerdotum et minor eis*. Es decir, que el príncipe es el menor de los sacerdotes, pues como sucede en la imagen de las "dos espadas" de San Bernardo, el príncipe recibe del Papa la espada temporal, pero sólo por delegación, pues ambas espadas corresponden a la Iglesia. De manera pues que, el uso de la autoridad temporal está ordenado a los fines de la Iglesia. GUSTAVE BARDY (*Saint Augustin*, París, Desclée de Brouwer, 1948), afirma que Agustín jamás pensó en el agustinismo político (p. 362), descartando que en su obra el poder temporal esté integrado a la autoridad de la Iglesia. También GILSON (*Introduction...*), es de la opinión que en Agustín no existe confusión de potestades (p. 241). Mas parece aceptar la tesis de J. N. FICUS, (*The Political Aspects of S. Augustine's City of God*), cuando éste explica que Agustín prepara el camino para el agustinismo.

FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA (*Las Doctrinas Políticas en la Baja Edad Media Inglesa*), Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1946, pp. 24 y ss.), por el contrario, es terminante en afirmar que "en San Agustín, Iglesia y Estado, esto es, la universalidad religioso-política y la especialidad político-social, son dos cuerpos diferentes", siguiendo en esto a ARQUILLIÈRE (*L'augustinisme politique. Essai sur la formation des theories politiques du moyen-âge*, París, 1934). Por ello, Combes (ob. cit.) no duda en explicar que en el ideario de Agustín ni la Iglesia tiene derecho de injerencia en las cosas del Estado, ni éste en las de la Iglesia, de manera que la supremacía de lo espiritual sobre lo temporal es de orden moral, no político, pp. 307 y 460.

Creta o Lacedemonia, que sólo gozaron de la esporádica legislación de algún gran hombre.<sup>64</sup>

Por ello, para Cicerón, la concordia y el bien de la ciudad se aseguran por el recto orden de la vida política, logrado a través de una sabia legislación. En ese sentido la ley, según lo explica en sus *Filípicas*, en la undécima dirigida a Marco Antonio,<sup>65</sup> no puede ser algo distinto de la recta razón, que manda lo bueno y prohíbe lo contrario. De esta forma, la ley es la “razón soberana insita en la naturaleza, que nos ordena lo que debemos hacer y nos prohíbe lo contrario”.<sup>66</sup> Por ese fundamento se hace objetivamente justa, convirtiéndose así en regla de la conducta humana, pues “si el derecho se fundara en la voluntad de los pueblos, en los decretos de los príncipes o en las sentencias de los jueces, sería entonces derecho el latrocinio, derecho el adulterio, derecho la confección de testamentos falsos, con tal que estos actos recibieran los sufragios o la aprobación de la masa... En cuanto a nosotros, nos es imposible distinguir la ley buena de la mala de otro modo que no sea con la naturaleza como norma...”<sup>67</sup>

Es así que, para definir el derecho, debe partirse de aquella ley suprema que se mantiene a través de los siglos y que ya estaba en boga antes de que existiese ley alguna, o se hubiese formado un solo Estado.<sup>68</sup> “De esta ley no puede eximirnos ni el senado ni el pueblo, ni hay que buscar (fuera de nosotros) otro expositor o intérprete de ella. Ni será esta ley una en Roma, otra en Atenas, o una hoy y otra mañana, sino que no habrá más que una ley, eterna, inmutable, que abraza a todos los pueblos y en todos los tiempos. De esta ley es Dios el autor, árbitro y promulgador, y como si dijéramos, el único maestro común y gobernante del universo. El que desobedeciere a esta ley, desertará de sí mismo, y al despreciar la naturaleza humana, por esto mismo sufrirá las mayores penas, aun en el caso de que escape a los que comúnmente se tiene por castigos”.<sup>69</sup> De allí que el justo vínculo del derecho que configura la República, encuentre su causa en el respeto del orden natural, escrito con caracteres eternos e inmutables por la sabiduría divina en la intimidad de los seres y, especialmente, en la naturaleza humana, que por la razón accede a un consorcio con los dioses, de signo familiar.<sup>70</sup>

Sin duda, San Agustín retoma esta doctrina jurídico-política, que da cuenta del justo orden de la *Civitas*, y que tiene como fundamento radical la cosmovisión estoica de un *logos* universal que dispone convenientemente todo lo existente. Por eso no hay nada justo o legítimo en la ley humana que no tenga por referencia esa ley eterna. Sin embargo, el *logos* de la antigua *Stoa* es al mismo tiempo, “previsión divina que todo lo dirige, ley natural que gobierna a la naturaleza, y la ley moral y jurídica que rige la conducta de los hombres”.<sup>71</sup> Dios aparece como principio inmanente a la naturaleza, “es como una corriente uni-

<sup>64</sup> *De Republica*, II. I.

<sup>65</sup> *De Legibus*, XI. 28.

<sup>66</sup> *De Legibus*, I. 18.

<sup>67</sup> *Idem*, I. 43 y 55.

<sup>68</sup> *Idem*, I. 6.

<sup>69</sup> *De Republica*, III. 33.

<sup>70</sup> *De Legibus*, I. 7.

<sup>71</sup> ALFRED VERDROSS, *La Filosofía del Derecho del Mundo Occidental*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1962, pp. 77 y 78.

versal de vida que circula a través de todos los seres particulares...”,<sup>72</sup> de manera que, tal como lo expone Verdross, la divinidad es idéntica al *logos* universal.<sup>73</sup> Este naturalismo panteísta de los estoicos está presente en la exposición de Cicerón, razón por la cual debe considerarse que para él, “Dios y naturaleza se identifican, la *lex aeterna* se confunde también con la *lex naturalis*”.<sup>74</sup>

Por el contrario, la visión agustiniana rompe este esquema inmanentista y, a pesar de la semejanza en los términos con el concepto ciceroniano de ley eterna, su exposición difiere claramente de la estoica por el fundamento trascendente que posee. En primer lugar, la creación *ab illo* y no *de illo*, es decir de la nada y no de la substancia divina, marca un abismo entre el pensamiento agustiniano y el panteísmo estoico. La creación por Dios de todo lo existente imprime un orden universal y, especialmente, resulta causa de la existencia de un orden moral racional,<sup>75</sup> cognoscible por el hombre. En segundo término, Agustín considera en la elaboración de su teoría de la ley natural, el pensamiento de San Pablo, expuesto en la *Epístola a los Romanos*, donde el Apóstol de los Gentiles afirma la existencia de una ley escrita en el corazón de todos los hombres. Ello hace decir a Combés que en el pensamiento del Hiponense si bien la razón es la intérprete de la ley natural, el corazón del hombre es su santuario.<sup>76</sup> Finalmente, la influencia neoplatónica a través de la teoría de la participación,<sup>77</sup> y el ejemplarismo que transita todos sus razonamientos, liberan eficazmente a su doctrina de la ley eterna y de la natural de la confusión estoica ya apuntada. En consecuencia, el orden jurídico-político de la *Civitas* agustiniana tiene un último fundamento teológico y metafísico, gracias al cual, como veremos, resulta opuesto a las vertientes de pensamiento voluntaristas o racionalistas.

En el *Contra Faustum*, Agustín define a la ley eterna como “la razón y voluntad divina en cuanto prescribe conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo” —*lex vero aeterna est, ratio divina vel voluntas Dei ordinem naturalem conservari iubens et perturbari vetans*— (xxii.27). Francisco Suárez afirma que la conjunción *vel* tiene función copulativa<sup>78</sup> en este concepto, de manera que no puede hablarse de voluntarismo o intelectualismo en el pensamiento agustiniano, pues en Dios no se diferencian razón y voluntad realmente. Sin embargo, Gómez Robledo advierte que el Hiponense plantea en la definición vista, un tema que deja en cierta forma sin resolver, cual es el “constitutivo formal de la ley en general”,<sup>79</sup> aspecto que, al decir de Hans Welzel,<sup>80</sup> tiene atención privilegiada durante toda la Edad Media a raíz de ello.

<sup>72</sup> GUILLERMO FRAILE, O. P., *Historia de la Filosofía*, Madrid, B.A.C., 1976, t. I, p. 614.

<sup>73</sup> VERDROSS, ob. cit., p. 78.

<sup>74</sup> VERDROSS, ob. cit., p. 81.

<sup>75</sup> ROLAND GOSELLIN, *Oeuvres de Saint Augustin*, t. I, Introduction “De Natura Boni”, París, 1949.

<sup>76</sup> COMBES, ob. cit., p. 135.

<sup>77</sup> CAYRE, ob. cit. Sostiene el autor que la causalidad ejemplar responde de manera obvia al pensamiento de San Agustín (p. 257).

<sup>78</sup> FRANCISCO SUÁREZ, *De Legibus*, II, 2. 6. 9.

<sup>79</sup> ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO (*Meditación sobre la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 87-93) nos ha servido de guía para el análisis del pensamiento iusnaturalista ciceroniano.

<sup>80</sup> HANS WELZEL, *Derecho Natural y Justicia Material*, Madrid, Aguilar, 1957.

La ley eterna agustiniana es la razón suprema de todo, y goza de los mismos caracteres de Dios, puesto que por ser Él eterno recibe su ley tal denominación. Por ella todo está ordenadísimo —*omnia esse ordinatissima*—, ya que nada se sustrae a las leyes del Supremo Ordenador, desde la más bella criatura a la más vil (*De Civitate Dei*, XIX. 12). Con mayor razón no son ajenos a sus dictados “los reinos de los hombres, sus señoríos y servidumbres” (*De Civitate Dei*, V. 12. 1). Así esta ley de Dios es descripta por Agustín como eterna, pues es el mismo Dios legislando; es inmutable, ya que en Dios no hay mudanza; es única y universal, pues todo le está sometido, aun el mal, y por la fidelidad a ella alcanzan la bienaventuranza los hombres, y motivo de condenación quienes viven a despecho de ella.<sup>81</sup> Por eso, la Ley Eterna es la primera medida del orden de todo lo existente.

Esta ley inmutable ilumina la conciencia del hombre como la luz divina la razón especulativa. De allí que Gilson afirma que así como por la iluminación el hombre accede a los primeros principios de la especulación, por la Ley Eterna conoce en su interior los principios que dirigen la razón práctica.<sup>82</sup> Esta participación del hombre en la Ley Eterna, constituye la Ley Natural. Ella está impresa en nosotros por el solo hecho de ser hombres, por eso Agustín la hace común a gentiles e israelitas: “¿Acaso no tenía esta ley natural el pueblo de Israel? Ciertamente que la tenía, porque también eran hombres. No la hubieran tenido si hubieran podido, en contra del orden de la naturaleza, dejar de ser hombres”.<sup>83</sup>

Sus dictados están en el alma que por la iluminación conoce los principios del obrar. “El alma, mediante la mente racional, se da a sí misma el consejo procedente de la luz divina, por la que concibió el dictamen estable en la eternidad de su Creador”.<sup>84</sup> La ley natural aparece impresa en nosotros y, por ella, conocemos la ley moral y el orden con que Dios informó todo lo creado. Por eso se interroga Agustín, “¿dónde están, pues, estas reglas escritas? ¿Dónde ve la necesidad de alcanzar lo que él no posee? ¿Dónde han de estar escritas, sino en el libro de aquella luz que se llama Verdad? En él es donde toda ley justa se encuentra escrita y *como impresa en el corazón del hombre* obrador de justicia, y no como si emigrase, sino por una especie de “intro-impresión, como del anillo pasa a la cera la imagen sin abandonar la sortija”.<sup>85</sup>

La teoría de la iluminación es pilar fundamental de la metafísica agustiniana, y sin ella no se explica el encuentro del hombre con su ley íntima. Ella es como el haz que penetra toda la psicología del Hiponense y otorga las bases para la cognoscibilidad de lo bueno y lo malo —así como en el orden especulativo lo es de lo verdadero—, pues hace las veces de la *sindéresis* tomista. Dice Cayre que la percepción intelectual de verdades fundamentales en nuestra alma es la manifestación más clara de la acción superior de una verdad pura y

---

<sup>81</sup> *De Libero Arbitrio*, I. 6. 15. También lo señala en *De Vera Religione*, XXXI. 58.

<sup>82</sup> GILSON, ob. cit., p. 168.

<sup>83</sup> *Enarraciones In Psalmus*, CXVIII. 25. 5.

<sup>84</sup> *Idem*, CXLV. 5.

<sup>85</sup> *De Trinitate*, XIV. 15. 21.

trascendente<sup>86</sup> que, desde la interpretación de Gilson cumplen una función regulatriz y formal, en definitiva una tarea judicial.<sup>87</sup> Cuando Villey afirma que si bien en la obra agustiniana existen bases metafísicas de una doctrina del derecho natural, pero se carece de bases psicológicas para su cognoscibilidad, parece a mí entender olvidar la relevancia de la teoría de la iluminación.<sup>88</sup> Esta presencia de ideas regulatrices en nosotros, es lo que permite al hombre acercarse a la ley natural, y aun al mismo derecho natural, pues por ella descubrimos el *ordo*, *modus* y *especie* ínsitos en la naturaleza de las cosas. Sobre todo, accedemos a la contemplación de una disposición de lo creado con fundamento en el ser de las creaturas, y que obedece a un fin último ordenador.

El principio óntico del orden encuentra su justificación en la diversa jerarquía de los seres y está en la mayor o menor participación en el Ser Divino. Así, el orden establecido por la Ley Eterna y la Ley Natural, conocido por el hombre a través de la iluminación, es punto de referencia obligado para el orden que la vida política exige. Por eso Verdross explica que San Agustín ve en la ley eterna un "orden ordenador" en tanto que la ley natural es, a su respecto, un "orden ordenado", constituyendo sí un *ordo ordinans* (orden ordenador) respecto de la ley humana.<sup>89</sup>

Esta ley es llamada por Agustín ley temporal, por oposición a la ley eterna, ya que varía según las circunstancias históricas y la propia mutabilidad de la naturaleza humana, pues "¿quién puede dudar de que el hombre es evidentemente mudable y está sujeto al tiempo?". Así, si se diera por ejemplo un pueblo "tan morigerado y grave, y custodio tan fiel del bien común, que cada ciudadano tuviera en más la utilidad pública que la privada...". ¿No sería justa una ley que le permitiera elegir los magistrados que gobiernan? Sin embargo, si ese mismo pueblo llegara a depravarse de manera que "preferiese el bien privado al público, y vendiera su voto al mejor postor y, sobornado por los que ambicionan el poder, entregara el gobierno de sí mismo a hombres viciosos y criminales, ¿no obraría igualmente bien el varón que, conservándose incontaminado en medio de la corrupción y gozando a la vez de gran poder, privase a este pueblo de la facultad de conferir honores, para depositarla en manos de unos pocos buenos, incluso de uno solo?"<sup>90</sup> Leyes tan contrarias entre sí, pero igualmente justas de acuerdo con las diversas circunstancias en que son aplicadas, demuestran claramente la mudanza que puede haber en las leyes humanas, sin mengua de su justicia.

Por otra parte, la justicia de la ley temporal no viene de otra cosa que no sea su conformidad con la Ley Eterna, pues "...nada hay justo y legítimo que no lo hayan deducido los hombres de esta ley eterna..." y siendo ésta única, de ella "se originan, diversificándose, todas aquellas temporales para el gobierno de los hombres...". De allí que Combés afirma que la ley positiva

<sup>86</sup> FULBERT CAYRE, ob. cit., pp. 224 y 239 y ss. CHARLES BOYER (*L'idée de vérité dans la philosophie de Saint Augustin*, París, 1941) sostiene que la presencia de esas ideas en nosotros manifiesta una ligazón y unión privilegiadas de nuestro espíritu con Dios (p. 291).

<sup>87</sup> GILSON, ob. cit., p. 124.

<sup>88</sup> MICHEL VILLEY, *La formación de la pensée juridique moderne*, París, 1968. El *Derecho, perspectiva griega, judía y cristiana* (Buenos Aires, Gherzi, 1978, trad. Carlos Raúl Sanz), contiene la opinión de Villey en el apéndice I, p. 139.

<sup>89</sup> VERDROSS, ob. cit., p. 105.

<sup>90</sup> *De Libero Arbitrio*, I. 6. 14. 48 / 15. 49 / 14. 25 y 14. 46.

es manifestación explícita de la ley natural; en lo que encuentra la razón de su justicia y la causa de su obligatoriedad, pues señala Agustín que, a su parecer, "no es ley la que no es justa".<sup>91</sup>

Con ayuda de la ley temporal los hombres se vinculan y ordenan en vistas de algún fin, convirtiéndose en un pueblo. La tarea del gobernante es disponer convenientemente los diferentes órdenes de la comunidad política con el fin de que a través de la "ordenada concordia" alcancen el bien común temporal, en cuyo disfrute se adquiere la paz en este mundo, bien que ningún pueblo puede dejar de apetecer.<sup>92</sup> La politicidad del derecho es prácticamente manifiesta en el pensamiento agustiniano, pues la ordenación de la ley humana al Bien Común Político es su nota definitoria; y la necesaria adecuación a éste, motivo de su mudanza y rectificación, tal como fuera antes expuesto. Esta finalidad de la ley temporal es la que justifica que mande aquello que es exigido por la vida buena en la comunidad política y castigue aquello que perturba la paz entre los hombres. Deja, sin embargo, impune ciertos males o vicios reprobados por la Providencia, pues "...la ley humana se propone castigar no más que en la medida de lo preciso para mantener la paz entre los hombres sin experiencia, y sólo en aquellas cosas que están al alcance del legislador..." ya que pretende mantener la "...convivencia humana y la paz en el grado que admiten las cosas temporales...".<sup>93</sup>

De ahí, que esta ley se valga del castigo para que aquellos que, haciendo mal uso de los bienes de este mundo, ponen en peligro la concordia y el bien común, sometan por el miedo su ánimo al orden que exige la vida política. Por eso, en cuanto la ley humana dirige por el castigo y el temor, se hace innecesaria a quienes por el amor a las cosas eternas viven felices en la adecuación de su conducta a la ley eterna, pues su comportamiento voluntariamente se somete al recto orden. Sin embargo, aquellos que viven según la ley temporal, es decir, que por el solo temor a la pena reprimen sus ataques al Bien Común, están sujetos también a la ley eterna, ante la cual deberán responder por aquello que la ley humana no condena, pero es injuria a los ojos de Dios.<sup>94</sup>

Es manifiesto entonces, que la ley humana es justa en la medida en que, fundada en la ley natural, realiza y conserva el fin por el cual los hombres conviven políticamente. Así, la ley es causa del orden, es decir, en esa definición inmortal de Agustín: "...la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde",<sup>95</sup> ya que por él acceden al objeto de la vida política. Con razón señala Truyol y Serra, que en la visión agustiniana el orden "...implica la idea de una función específica de los objetos singulares en la economía de un todo, lo cual presupone un fin general al que todas tienden, cada una a su manera y en su sitio".<sup>96</sup> Esta idea del orden está llamada a tener una importancia fundamental en la contemplación del universo y en especial de la vida social y política durante la Edad Media. La articulación

<sup>91</sup> Ídem, I. 6. 15. 50 y 51.

<sup>92</sup> Ídem, I. 7. 16. 52. Cfr. también *De Civitate Dei*, XIX. 17 y IV. 3.

<sup>93</sup> Ídem, I. 6. 13. 40.

<sup>94</sup> Ídem, I. 15. 32 y 33, 111 a 113, y I, 15, 31, 106 a 107.

<sup>95</sup> *De Civitate Dei*, XIX, 13.

<sup>96</sup> TRUYOL Y SERRA, ob. cit., p. 59.

orgánica que Agustín descubre en la constitución del Estado, es consecuencia del orden, y éste, fruto del gobierno a través de las leyes. Esta armonía de la parte con el todo se desenvuelve a través de las diferentes comunidades y corporaciones de la vida social y política,<sup>97</sup> alcanzando el Bien Común. También en esto Santo Tomás es tributario del pensamiento de Agustín cuando dice que: “El que busca el Bien Común de la multitud, también busca de modo consiguiente el bien particular suyo, por dos razones. La primera, porque el bien particular no puede subsistir sin el bien común de la familia, de la ciudad o de la patria. De ahí que Máximo Valerio dijera de los primeros romanos que “preferían ser pobres en un imperio rico, a ser ricos en un imperio pobre”. La segunda, porque, siendo el hombre parte de una casa y de una ciudad, debe buscar lo que es bueno para él por el prudente cuidado en torno al bien de la multitud, ya que la recta disposición de las partes depende de su relación con el todo, y, como nota San Agustín: “es diforme la parte que no está en armonía con el todo” (*S. Th.*, 2-2, q. 47, a. 10).

Así, la ley humana tiene por fin el gobierno de los pueblos y realizar la justicia en la *civitas*, sin la cual no es posible la vida política. La justicia que Aristóteles llama “general”, pues manda los actos de las virtudes; y la que el filósofo define como particular, tanto la “distributiva”, pues “distribuye a cada uno lo que le pertenece” como la “sinalagmática”, ya que rige “aquellas cosas de las cuales somos dueños legítimos y de cuya venta o donación parece tenernos facultad”, cuanto “castiga el desorden causado al quitárselos —los bienes temporales— injustamente a los otros”.<sup>98</sup> Mediante el orden imperado por la ley, la comunidad política alcanza entonces la felicidad y la paz que tiene por finalidad. Como lo señala Félix Lamas, el fin del hombre y del Estado son proporcionales; si la felicidad “es el fin de hombre, consiguientemente también deberá serlo de las ciudades y de los estados”, ya que para Agustín “... cada hombre es tan constitutivo de una ciudad y de un reino, por más dilatado y extenso que sea, como lo es una letra de un discurso”.<sup>99</sup>

## EL FIN DEL ESTADO

En el Libro II de la *Política*, Aristóteles nos dice que el fin de la ciudad es la vida perfecta y autosuficiente, es decir, “en nuestro concepto... una vida bella y feliz”, en eso, pues, consiste la felicidad del hombre, en la práctica de las buenas acciones que, en consecuencia, es el fin de la vida política. Todo lo demás se ordena a ese objeto como medio. La visión ciceroniana y, por cierto, del hombre romano, sin negar la cosmovisión política de la *polis*, pone el acento en la común utilidad y el derecho. Por eso Cicerón señala la comunidad de ciertos beneficios como objeto de la concordia política que da lugar a la República. La seguridad y el bienestar de los ciudadanos han de ser garantizados por el Estado, que encuentra en la vida ordenada y austera causa de prosperidad.

Agustín no abandona la visión griega del fin del Estado, pues para él la autoridad debe ordenar la vida política a la felicidad del hombre, y ésta sólo es

<sup>97</sup> Cfr. *De Civitate Dei*, XIX. 12. 16 y 17 y XII. 21.

<sup>98</sup> *De Libero Arbitrio*, I. 15. 32, 111 y 112.

<sup>99</sup> FÉLIX ADOLFO LAMAS, *La Concordia Política*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1975, p. 119.

verdadera cuando, fundada en la virtud, tiene como meta el gozo de Dios. Claro está, el Hiponense conoce las infidelidades de la conducta humana y sabe que son pocos los hombres virtuosos, por ello señala la función que el castigo tiene en la ley temporal para ordenar rectamente la existencia política. Es más, la finalidad primordial del Estado no es realizar la virtud perfecta, sino brindar las condiciones necesarias para que los hombres usen de los bienes temporales manteniendo la concordia y la paz entre ellos, y alcancen así un cierto género de vida honesto. Los mejor dispuestos se sirven igualmente de esos bienes terrenos, apetecen y guardan la concordia y la paz política, pero ponen su corazón en los bienes eternos.<sup>100</sup>

La tarea política, entonces, debe atender primeramente a conservar aquellos elementos con los que el creador dotó al hombre para la paz temporal, es decir, según la capacidad de la vida mortal, para su conservación, incolumidad y sociabilidad.<sup>101</sup> Por eso, Bargalló Cirio explica que el gobierno temporal se ordena especialmente a regular en forma adecuada “aquellas acciones y relaciones humanas que se proyectan con mayor relevancia en el ámbito de lo social. Aseguradas las condiciones básicas indispensables, son los hombres mismos quienes deben disponerse al logro de sus fines, el temporal y el eterno”.<sup>102</sup>

Ciertamente, el buen gobierno no es ajeno mediante la ley a lograr esa disposición, pues ello es parte de las condiciones básicas para alcanzar y gozar del Bien Común. Por tal motivo, Agustín señala como fin de la ley el Bien Común. No encontramos en su obra una explicación de la manera en que la ley realiza en concreto el fin de la *Civitas*, sin embargo, podemos deducir algunos de esos elementos constitutivos del fin al que ordena la vida política. Así, expresa que en primer lugar están “el cuerpo y los que se llaman bienes del cuerpo, como es una salud perfecta, la agudeza de los sentidos, la fuerza, la hermosura y otras cualidades, de las que unas son necesarias para las artes liberales y, por tanto, más apreciables y otras que tienen un fin menos noble. En segundo término, la libertad, si bien no hay más libertad verdadera que la de los bienaventurados y la de los que siguen la ley eterna”, pero aquí Agustín se refiere a la libertad de los que no son esclavos. En tercer lugar habla de las relaciones familiares, es decir, de “los padres, los hermanos, los hijos, los deudos, los afines, los familiares y todos los que están unidos a nosotros por algún parentesco”. Después, la patria, a la que solemos considerar “como una verdadera madre”, también los honores y alabanzas que constituyen la gloria humana. Finalmente, menciona las riquezas y las transacciones entre los hombres.

Esta paz y felicidad que se obtiene con los bienes temporales es por la propia naturaleza de dichos bienes, imperfecta, pues está sujeta a la mudanza de lo material y corruptible y sobre todo a las rebeldes pasiones humanas.

Así como la concordia mantiene unido el cuerpo social a través de la comunión en un objetivo común, el aseguramiento y disfrute de ese bien trae aparejada la paz. En ese sentido Agustín nos habla en oportunidades de la paz como el fin del Estado y de la ley pues es un bien tan noble que “aún entre las

---

<sup>100</sup> *De Civitate Dei*, XIX. 17.

<sup>101</sup> *Idem*, XIX. 13. 2.

<sup>102</sup> BARGALLÓ CIRIO, *ob. cit.*, p. 41.

cosas mortales y terrenas no hay nada más grato al oído, ni más dulce al deseo ni superior en excelencia". Por ello, "...no hay nadie que no quiera tener paz. Sin embargo, la paz de este mundo, como dijimos, es imperfecta, será verdadera y buena en la misma medida en que los bienes alcanzados sean verdaderos, pero nunca gozará de plenitud. De ahí que Agustín expresa que "aquí abajo, la paz, tanto la común como la privativa nuestra, es más solaz de nuestra miseria que gozo de nuestra dicha", pues "...mientras se impera a las pasiones no hay paz perfecta".<sup>103</sup>

Por eso Agustín, si bien pone como fin del Estado la paz, sabe que ésta es frágil e imperfecta, aun aquella que ordenada a la "paz final... donde Dios imperará al hombre y el alma al cuerpo... tal cual corresponde a una felicidad triunfante y gloriosa,<sup>104</sup> obtiene la mayor firmeza temporal. Esa es la razón por la que la tarea política es una vigilia constante que busca armonizar los intereses particulares, crear las condiciones necesarias para la vida honesta, y reprimir los vicios que atentan contra la concordia. Por ello también, el Bien Común temporal sólo recibe su perfección en cuanto se ordena al Bien Común eterno, de la misma manera que la paz temporal se hace verdadera y estable en la medida en que tiene por fin la paz indefectible de la bienaventuranza. Así, cabe concluir con el Hiponense que la paz de todas las cosas es *tranquillitas ordinis*. "La paz del cuerpo es la ordenada complexión de sus partes; y la del alma irracional, la ordenada calma de sus apetencias. La paz del alma racional es la ordenada armonía entre el conocimiento y la acción, y la paz del cuerpo y del alma, la vida bien ordenada y la salud del animal. La paz entre el hombre mortal y Dios, es la obediencia ordenada por la fe bajo la ley eterna. Y la paz de los hombres entre sí, su ordenada concordia. La paz de la casa es la ordenada concordia entre los que mandan y los que obedecen en ella, y la paz de la ciudad es la ordenada concordia entre los ciudadanos que gobiernan y los gobernados. La paz de la ciudad celestial es la unión ordenadísima y concordísima para gozar de Dios y a la vez en Dios. Y la paz de todas las cosas, la tranquilidad del orden".<sup>105</sup>

#### EL CONCEPTO DE ESTADO DE SAN AGUSTÍN

Cuando Cicerón pone como elemento constitutivo del pueblo la unión por el vínculo del derecho, no hace más que remarcar que "...es imposible gobernar la república sin justicia suma". Por ello, pone en boca de Lelio que "...no existe enemigo peor para la ciudad que la injusticia...". Ese es el motivo por el cual si el rey es injusto, o lo son los aristócratas o, en definitiva, si lo es el propio pueblo, ya no se dice que es viciosa la república, sino que, teniendo en cuenta el carácter esencial de la justicia para la definición de Estado, éste, en ausencia de tal virtud, será nulo o inexistente. Pues no sería el pueblo una multitud asociada por el consentimiento del derecho, según lo definiera Cicerón.<sup>106</sup>

<sup>103</sup> *De Civitate Dei*, XIX. 11. 1 y XIX. 12. 1. y 27.

<sup>104</sup> *Ídem*, XIX. 27.

<sup>105</sup> *Ídem*, XIX. 13. 1.

<sup>106</sup> *Ídem*, II, 21. 3.

San Agustín retoma la definición del orador romano y muestra que, de ser ella cierta, "...no ha existido nunca la república romana", pues si ésta es la cosa del pueblo, y pueblo la "...sociedad fundada sobre derechos reconocidos y la comunidad de intereses...", donde no hay "...verdadera justicia no puede darse verdadero derecho" y, en consecuencia, tampoco pueblo y república. Ya que manifiesto es para Agustín que "...lo que se hace con derecho se hace justamente" y "...es imposible que se haga con derecho lo que se hace injustamente" por eso no "deben llamarse derecho las constituciones injustas de los hombres...".

Ahora bien, si la justicia, dice el Hiponense, "...es la virtud que da a cada uno lo suyo, ¿qué justicia es ésta que aparta al hombre del Dios verdadero y lo somete a los inmundos demonios? ¿Es esto acaso dar a cada uno lo suyo? ¿O es que quien quita la heredad al que la compró y la da a quien no tiene derecho a ella, es injusto; y quien se quita a sí mismo al Dios dominador y creador suyo y sirve a los espíritus malignos, es justo?" ¿Qué justicia verdadera puede haber en aquel hombre que al no someter su alma al Dios verdadero no puede imperar dignamente sobre su cuerpo y sus pasiones?; es decir, ¿qué justicia puede encontrarse en el romano que, según Salustio, dejó despeñar torrentosamente las virtudes de sus mayores? Y si no encontramos en el hombre la justicia verdadera, ¿cómo habremos de encontrarla en la república cuando es un "conjunto de esa ralea?"<sup>107</sup>

La conclusión a la que arriba Agustín es terminante: donde no existe esa justicia, es decir, la verdadera, la que vive de la fe y lleva al hombre a amar a Dios por la caridad y al prójimo como a sí mismo, tampoco existe "congregación de hombres fundada sobre derechos reconocidos y comunidad de intereses". Y así, de ser cierta la definición de Cicerón, no existe en este caso verdadero pueblo y, sin él, tampoco verdadera república. Por lo cual ni los griegos ni los romanos, los asirios o los egipcios, fueron pueblos, ni república sus comunidades; como no lo es ningún pueblo pagano, pues carece de la caridad que nace de la fe, por la cual el alma y la razón están sometidas a Dios, dándose entonces la verdadera justicia.

Por ello, Agustín prefiere rechazar la definición de república de Cicerón, y construye una nueva en la cual no esté presente la "justicia verdadera", esa que nace solamente de la fe en Dios Nuestro Señor y que, por lo tanto, no existe en los pueblos paganos. Así, nos dice que si bien la república es cosa del pueblo, este es un "conjunto de seres racionales asociados por la concorde comunidad de objetos amados".<sup>108</sup> Cada pueblo, en consecuencia, es lo que ama. Y así pueden decirse realmente repúblicas las de los atenienses y romanos, asirios o egipcios.

Una primera consideración del razonamiento del Obispo de Hipona, puede llevarnos a suponer que la interpretación pesimista de su pensamiento político tiene razón cuando señala, entre otras cosas, que el Estado es fruto del pecado y cierta encarnación de la Ciudad Terrena, donde dominan el mal y la injusticia. Es más, puede pensarse que el Imperio Romano tuvo un carácter

---

<sup>107</sup> Idem, XIX. 21.

<sup>108</sup> Idem, XIX. 24.

diabólico o, por lo menos, que estuvo privado de toda justicia. Sin embargo, hay una reflexión previa que hacer al respecto, la que, por otra parte, surge con bastante claridad del contexto de las frases. Basta leer el Libro XIX, en sus capítulos 25 a 27, de la *Ciudad de Dios*, para advertir que tal como antes lo apuntáramos, Agustín llama virtudes “verdaderas” sólo a aquellas que están alumbradas por la caridad, es decir, las que se ordenan al amor de Dios.

De manera que, como lo precisa Antonio Truyol y Serra, cuando Agustín se refiere en los párrafos anteriores a “justicia verdadera”, aplica el “concepto teológico de la misma, recibido de la Sagrada Escritura y manejado en general por los padres de la Iglesia, principalmente por Lactancio y San Ambrosio. Según esta acepción, la justicia equivale al cumplimiento de todos los deberes para con Dios y el prójimo, identificándose en último término, con la práctica de la religión cristiana”.<sup>109</sup> Así, cabe concluir que el Hiponense niega que esa perfecta justicia, fruto de la caridad, la tengan los paganos y, por lo tanto, no acepta que se incluya sin más en la definición que Cicerón da del pueblo.

Queda, sin embargo, una duda de importancia: ¿El Estado, cualquiera sea, pero especialmente el no cristiano, carece entonces de justicia? En definitiva, ¿no es ésta esencial para el mantenimiento de la concordia y la ordenación al bien común? El propio Agustín, según tuvimos oportunidad de demostrar, no concibe la vida política sin justicia, es más, nos dice que la ley injusta no es ley. Por ello, es necesario afirmar que si bien el Estado puede carecer de la “justicia perfecta o verdadera” no puede estar nunca huérfano de “justicia”. Por eso dice Agustín: “Desterrada la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios? Y los mismos latrocinios, ¿qué son sino pequeños reinos?”<sup>110</sup> Vemos claramente que para el Doctor de la gracia el Estado se diferencia de una banda de malhechores o piratas por la justicia; sin ella, en definitiva, no hay república.

Encontramos, por tanto, en la obra de Agustín, un significado de justicia que él llama perfecta o verdadera, que consiste en el “amor que sólo sirve a Dios que, por lo mismo, tiene bajo su dominio todas las demás cosas sujetas al hombre”. Y otro, que corresponde a ese concepto propiamente y consiste en “dar a cada uno lo suyo”, en las relaciones entre los hombres, es decir, que tiene por objeto el derecho, pues éste dimana de la justicia<sup>111</sup>

Por eso el Santo Doctor explica que hay un derecho y una justicia divina y otros propiamente humanos, “. . . que el derecho divino se encuentra en las Escrituras y el derecho humano en las leyes de los reyes. . . por humano derecho dice el hombre: esta finca es mía, esta casa es mía, este esclavo es mío. Por derecho humano, que es lo mismo que decir por el derecho de los emperadores. . . Porque distribuye Dios al género humano estos derechos por medio de los emperadores y reyes del mundo”.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Cfr. TRUYOL Y SERRA; JOSÉ CORTS GRAU (*Historia de la Filosofía del Derecho*, Madrid, Ed. Nacional, 1968, t. I, p. 159) define esta perfecta justicia agustiniana diciendo que “. . . requiere un amor al bien que no depende tanto de la estricta libertad natural como de la caridad divina derramada en el corazón del hombre. . .” (p. 243, 2ª ed.).

<sup>110</sup> *De Civitate Dei*, IV, 5.

<sup>111</sup> *De Moribus Ecclesiam*, 15. *De Civitate Dei*, XIX, 21, 2: *Quod enim iure fit profecto iuste fit: quod autem fit iniuste, nec iure fibri potest. . . Iustitia porro ea virtus est quae sua cuique distribuit*”.

<sup>112</sup> *In Ioannis Evangelium Tractatus*, VI, 25.

En definitiva, sólo hay Estado cuando hay justicia, pues sólo así ese conjunto de seres racionales asociados por la concorde comunidad de objetos amados, puede ser llamado pueblo, y constituir una República. Ahora bien, si buscamos además de esa justicia humana por la cual se hace posible la vida temporal, aquella justicia verdadera que sólo brota del alma iluminada por la caridad, ésa habremos de hallarla solamente en el Estado Cristiano, donde la vida política proporciona las condiciones para que los hombres "...merezcan a aquel en quien han de obtener la bienaventuranza".

#### BREVE CONCLUSIÓN

Llegados al final de esta introducción al estudio de un tema tan importante en San Agustín, cabe hacer una última reflexión a modo de conclusión. El Obispo de Hipona no rechaza ni olvida los principios propios de la política. Muestra de ello son sus juicios laudatorios a las virtudes cívicas romanas y la consideración del fin del Estado, circunscripto a que los quereres de los hombres estén de algún modo concordes en lo concerniente a la vida mortal, sus bienes y comodidades; en definitiva, en lo que respecta a la paz terrena.

Sin embargo, su visión nos permite dilucidar y demostrar el vínculo de los elementos de la vida política con la vida eterna, y en esa luz discursiva, desenvuelve sus razonamientos más agudos. De manera que, Agustín, más que una exposición de los principios de la política, nos brinda, supuestos éstos, los fundamentos de una concepción católica de la misma. Por eso, se justifica que sin eliminar de la naturaleza del hombre la bondad que le es propia por tener su principio en el Bien Supremo, remarque su insuficiencia para alcanzar los bienes eternos, dada su fragilidad en este tiempo, la cual exige de la gracia para su curación y elevación.

Pero, sobre todo, San Agustín no olvida que la vida política está inserta en un ámbito más universal, metapolítico si se quiere, como lo define Cayre, y que consiste en su teología de la historia. El carácter agonal que manifiesta el desenvolvimiento de las dos ciudades místicas, no es omitido por el Santo en sus consideraciones acerca del Estado. Por ello, la República Cristiana es una imagen recurrente en su obra, aunque no siempre explícita.

Es así, que el Bien Común Trascendente está presente como una necesaria referencia de toda obra humana y, por ello, en la que se desarrolla social y políticamente. Ese fin último del aquende ilumina, de manera definitiva, la reflexión católica de la política, ora imperando su ordenación, ora como esperanza de corona para la dura vigilia que esa tarea demanda; pues "¡cuánta será la dicha de esa vida, en la que habrá desaparecido todo mal, porque entonces ya no habrá necesidad, sino una felicidad perfecta, cierta, segura y eternal!"<sup>113</sup>

GUILLERMO JORGE YACOBUCCI

<sup>113</sup> *De Civitate Dei*, XXII, 30. 1 y 2.

## Escolios

### NOTA SOBRE MONTESQUIEU: SUS PUNTOS DE PARTIDA Y EL REPUBLICANISMO

El análisis político abordado por Charles Secondat, barón de la Brede y de Montesquieu en el *Espíritu de las leyes* (1748) introduce una novísima metodología, cuyos puntos de partida son la consideración del "estado de naturaleza" y la re-definición del concepto de ley. Aunque el autor no adhiere explícitamente a la teoría convencionalista de la génesis social, tampoco puede afirmarse que haya un rechazo absoluto de su parte hacia esa hipótesis. Sostiene, moderando un poco el frenesí hobbesiano, la existencia de cuatro leyes en la naturaleza humana que llevan a la conformación de las sociedades. La primera de ellas es que el hombre, en su estado pre-social, el cual es preciso entender como históricamente inexistente, es un ser completamente temeroso e indigente.

"Un hombre en tal estado (pre-social), apreciaría lo primero su debilidad y sería de una extremada timidez; si hiciera falta la experiencia para persuadirse de esto, ahí están los salvajes encontrados en las selvas, que tiemblan por cualquier cosa y todo les hace huir".<sup>1</sup>

De donde se deriva que "...la paz es la primera de las leyes naturales".<sup>2</sup> Esta afirmación constituye una alusión explícita al *Léviatán* de Hobbes, en el sentido de que ese supuesto primer deseo de todo hombre antes de entrar en sociedad, es para éste el de subyugación y dominio, cuando en realidad estos apetitos se suscitarían más bien dentro del orden social y no con anterioridad a él.

La segunda de las leyes naturales que incitan al hombre a unirse en sociedades, es el sentimiento de las necesidades primarias, el cual impulsa a la búsqueda del sustento. Si a ello se une la atracción sexual, nos hallamos frente a la tercera ley. La cuarta y última, es el deseo de vivir juntos y aprovechar mancomunadamente los beneficios de los primeros conocimientos adquiridos.

Ahora bien, Montesquieu deduce estas cuatro leyes partiendo de un estadio humano previo a la vida social, pero ¿cómo han podido ser inferidas sino desde la sociedad en que el hombre ha vivido siempre? De otra manera, ¿cómo es posible hablar de leyes propias de la naturaleza humana anteriores a la vida comunitaria si no hay un solo caso donde ellas puedan constatarse? Esta extrapolación implica una violencia manifiesta contra el método de las ciencias experimentales que el autor admiraba, y de paso una confusión perjudicial de los objetos formales de la ciencia política, la historia y la física.

<sup>1</sup> *Espíritu de las leyes* (en adelante *EL*), I,1.

<sup>2</sup> *Ibid.*

“Antes que todas las leyes están las naturales, así llamadas porque se derivan únicamente de la constitución de nuestro ser. Para conocerlas bien, ha de considerarse al hombre antes de existir las sociedades. Las leyes que en tal estado rigieran para el hombre, ésas son las leyes de la naturaleza”.<sup>3</sup>

En cierto sentido, Hobbes fue mucho más honesto; en su *Leviatán* advertía acerca de la dificultad de hallar un hombre en estado de naturaleza, e intentaba disuadir al lector de intentar semejante empresa,<sup>4</sup> mientras que el barón no documenta fehacientemente sus aseveraciones. El problema entonces es grave porque está en el fundamento de su análisis y gira en torno a si es lícito efectuar la anatomía de la sociedad arrancando del hombre solitario. Es más, conviene recorrer el camino inverso para advertir que algunas de las supuestas leyes naturales, al menos la primera, son posteriores al estadio social. Dicho de otro modo, resulta absurdo suponer, por ejemplo, que un salvaje esté regido por un sentimiento de paz, no porque necesariamente tal individuo sea un guerrero innato como quiere Hobbes, sino porque ese deseo irónico es de una complejidad tal cuyo origen sólo podría rastrearse en la vida social. El mismo Montesquieu parece decirlo cuando afirma:

“Tan luego como los hombres empiezan a vivir en sociedad, pierden el sentimiento de su flaqueza; pero entonces concluye entre ellos la igualdad y empieza el estado de guerra”.<sup>5</sup>

Los innumerables inconvenientes propios de la convivencia, semejantes a los que Hobbes atribuye al estado presocial, requieren la sanción de leyes capaces de morigerar sus nefastas consecuencias. Las leyes que regulan las relaciones de los pueblos entre sí conforman el “derecho de gentes”, que en mente de Montesquieu no debía seguir el criterio utilitario exigido por Locke al Poder Federativo (*Second Treatise of Government*), encargado de las relaciones exteriores. Montesquieu anteponía la paz a cualquier otra exigencia, y el objeto último de la guerra no era para él la conquista sino la conservación: “el objeto de la guerra es la victoria; el de la victoria la conquista; el de la conquista la conservación. De estos principios deben derivarse todas las leyes que forman el derecho de gentes”,<sup>6</sup> propósito algo ingenuo para un pensador que se jactaba de haber estudiado a fondo *les moeurs anglaises*.

Las leyes que establecen las relaciones entre gobernantes y gobernados constituyen el “derecho político” y aquellas referidas a las relaciones de los ciudadanos entre sí forman el “derecho civil”.

A pesar de todo, no hay razón para suponer que la primera ley natural no pueda ser compartida por hombres, aves y peces. Se dirá que los primeros poseen una razón que los diferencia de los últimos, pero tal cosa no se encuentra en el *Espíritu*...

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> THOMAS HOBBS, *Leviathan*, Part. I, c. XIII: “It may peradventure be thoughts, there was never such a time, nor condition of warre as this; and I believe it was never generally so, over all the world...”.

<sup>5</sup> *EL*, I,3 (la aspiración a la paz es un anhelo propio de la vida en comunidad, dada la índole de la sociedad descripta por Montesquieu).

<sup>6</sup> *Ibid.*

“El hombre, en el estado natural, no tendría conocimientos, pero sí la facultad de conocer”.<sup>7</sup>

Esa “facultad de conocer” no es la razón, sino, tal como Montesquieu la aplica en la deducción de las leyes naturales es, sin lugar a dudas, una suerte de “estimativa” o “cogitativa” social. En efecto, ¿qué conoce el hombre en estado natural? De nuevo responde Montesquieu:

“Es claro que sus primeras ideas no serían especulativas; antes pensaría en la conservación de su ser que en investigar el origen de su ser”.<sup>8</sup>

Las leyes naturales son para el autor deseos, sentimientos y apetitos irracionales. Sólo en último lugar coloca Montesquieu la adquisición de ciertos conocimientos rudimentarios que llevarían al hombre, no nos dice por qué, a desear la vida comunitaria. Las sociedades surgen entonces por ciertas conveniencias animalescas y son en el fondo más peligrosas que el estado natural, habida cuenta de que recién en ellas nace el estado de guerra.

“Cada sociedad particular llega a comprender su fuerza; esto produce un estado de guerra de nación a nación. Los particulares dentro de cada sociedad también empiezan a sentir su fuerza y procuran aprovechar cada uno para sí las ventajas de la sociedad; esto engendra el estado de lucha entre los particulares”.<sup>9</sup>

La belicosidad propia de la vida en comunidad se aplaca con el imperio de la ley:

“Ambos estados de guerra han hecho que se establezcan las leyes entre los hombres”.<sup>10</sup>

Pero si esto es así, no se vislumbra entonces la ventaja que el estadio social tiene sobre la vida solitaria, por lo que no queda otro camino que considerar a esta última como una hipótesis lógica necesaria para la construcción del edificio silogístico.

El hombre aislado y cuatro leyes pretendidamente naturales, valederas paradójicamente en ese estado preternatural, son los elementos que emplea Montesquieu en su categorización epistemológica de la política y constituyen a la vez la piedra basal de su análisis jurídico.

Las leyes, dice, “...en su significación más extensa no son más que las relaciones naturales derivadas de la naturaleza de las cosas...”.<sup>11</sup>

Ya el género próximo de la definición (“...no son más que las relaciones...”) nos ubica en pleno contexto moderno. Es coherente suponer que si la ley ya no se concibe como perteneciente directamente a la naturaleza de las cosas, en un sentido substancial, sino como una derivación de esas relaciones, estamos en una de las diez categorías aristotélicas que por cierto no define a la cosa. Lo cual viene a probar que el orden social es para Montesquieu acciden-

<sup>7</sup> *Ibid.*, 2.

<sup>8</sup> *Ibid.*

<sup>9</sup> *Ibid.*, 3.

<sup>10</sup> *Ibid.*

<sup>11</sup> *Ibid.*, 1.

tal a la naturaleza humana. En tal acepción, la ley ya no persigue un fin acorde en plenitud con el fin de la vida humana, sino que ha de servir como instrumento para suavizar el funcionamiento de una sociedad surgida accidentalmente y con una finalidad incierta. Esto no implica que deba admitirse un naturalismo ubicuo para la ley positiva, según el cual "toda ley es la expresión verbal de la ineluctable necesidad que encierra al universo y al hombre en las férreas cadenas de un nexo causal ciego y cerrado".<sup>12</sup>

Hasta aquí parece haber en la cabeza de Montesquieu una lamentable confusión entre ley física y ley jurídica o positiva, y en nombre de esa mezcolanza, aunque bienintencionadamente, pretende volcar al ámbito del derecho la rigidez de las leyes naturales, las que tendrían para él un valor paradigmático:

"El hombre, como ser físico, es, como los demás cuerpos, gobernado por leyes invariables; como ser inteligente, viola sin cesar las leyes que Dios ha establecido y cambia las que él mismo estableció".<sup>13</sup>

Resulta por tanto absurdo pedir a la ley positiva que guarde los mismos caracteres de la ley de dilatación de los metales, por ejemplo. Una y otra pertenecen a distintos ámbitos y su bondad o maldad no puede medirse transponiendo sus órdenes propios, y ello suponiendo que pueda ejercerse una adjudicación valorativa de la ley física. Por otra parte, no queda resuelto el establecimiento de una buena legislación positiva a partir de ese maniqueísmo a la inversa, presente en su afirmación "el hombre como ser físico."

La ley positiva, que suponemos es para Montesquieu aquella que el hombre cambia sin cesar, es un ordenamiento de la razón práctica, promulgado por el príncipe, dirigido hacia un fin determinado por la misma razón, el cual ordenamiento posee un dinamismo propio comprometido con las cambiantes condiciones históricas, sociales, económicas y hasta topográficas. Si ese dinamismo jurídico acepta sin embargo que toda variación es accidental respecto de la esencia misma de la ley, es posible que, contrariamente a lo supuesto por Montesquieu, la sociedad se desenvuelva ordenada y pacíficamente. Graneris expresa al respecto:

"...el derecho se desarrolla en la vida humana, y ciertamente el hombre se sustrae al férreo determinismo (verdadero o presunto) imperante en la naturaleza inferior; antes bien, dentro de límites no definibles con exactitud, encuentra el modo de plegar las cosas a su querer inteligente... Por lo tanto, ni elección caprichosa del legislador, ni simple previsión de lo ineluctable; ni absoluto dominio sobre la realidad, ni aquiescencia pasiva al curso fatal de las cosas; sino ajuste plástico de una materia que tiene sus originarias exigencias, dentro de cuyos límites está dispuesta a dejarse plasmar por la libertad humana".<sup>14</sup>

En el *Espíritu*... (I.3) parece estar presente Rousseau cuando se lee:

"La fuerza general resultante de la unión de los particulares, puede ponerse en manos de uno solo o en las de varios".

---

<sup>12</sup> GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Buenos Aires, EUDEBA, 1977, p. 33.

<sup>13</sup> *EL*, I, 1.

<sup>14</sup> GIUSEPPE GRANERIS, ob. cit., p. 34.

Toda la formación del aparato jurídico se asienta entonces en esa voluntad general establecida con el objeto de poner fin a la atmósfera de guerra propia de la vida social. En el mismo lugar (I,3), sostiene Montesquieu que la ley en general es la razón humana en cuanto se aplica al gobierno de todos los pueblos de la tierra, siendo las leyes políticas y civiles de cada nación casos particulares en que esa misma razón humana se aplica. Esto se aproxima bastante a la definición clásica (Cicerón, Tomás de Aquino y aun Locke), pero lamentablemente representa una inconsecuencia en el discurso del autor. En efecto, si la ley es la razón humana y ésta es convertible con la definición de hombre, no puede sostenerse que la aparición de un *corpus nómico* regulador de la interacción social sea posterior al estado de naturaleza. Ni tampoco anterior, puesto que es justamente ese estado de naturaleza lo discutible, tal como lo concibe el autor. Para que su definición de ley fuese válida dentro del contexto del *Espíritu...*, debería admitir que la condición natural del hombre es la sociabilidad.

Sin duda, la secularización de la vida exigía la abrupta interrupción del sentido teleológico de la sociedad. Este profundo movimiento, oficialmente inaugurado en el Renacimiento, dio al hombre la posesión de magníficos instrumentos cognoscitivos y tecnológicos, y lo puso en óptimas condiciones de edificar su patria mundana. La ley alteró por consecuencia su significado. Emile Boutroux expresa en *L'ideal scientifique des mathématiciens*:

“Concebir una correspondencia entre dos variables matemáticas, es admitir que entre dos términos, que varían simultáneamente, existe siempre una relación idéntica a sí misma; esto es postular que bajo el cambio aparente del antecedente y del consecuente, hay algo constante. Ahora bien, a este postulado lo conocemos. Es el que preside de lo alto a lo bajo de la escala, todas las ciencias físicas y naturales: es el concepto general de ley”.

Su definición es perfectamente aplicable en este caso, y Montesquieu está convencido de la aplicabilidad de esta categoría newtoniana de ley a materias políticas e históricas. Para él, los seres inteligentes pueden tener leyes de su propia factura, pero también tienen otras que no han hecho o, mejor, no han explicitado, pero que los rigen invariablemente según una relación de uniformidad. La presencia de Dios dando un sentido escatológico a la ordenación jurídica se desvanece en las marañas relacionantes de la nueva cosmovisión. Y, por cierto, no es posible concebir la juridicidad substancial si no es refiriéndola a una originaria heteronomía.

Montesquieu cree que las relaciones existentes en el universo rigen también a las sociedades humanas. Pero, acorde con la “cientificación” de la política, esta ley positiva no será ya considerada como subordinada a una racionalidad superior, sino como una expresión de relaciones inmanentes a los fenómenos, en este caso, políticos; de modo que cuando la ley sea descubierta, no será más que una hipótesis, y sólo se convertirá en principio cuando sea verificada en los distintos órdenes sociales. Por ello en el análisis social, lo razonable es entonces el examen histórico, buscando la ley y, posteriormente, su enunciado y aplicación. Sin embargo, nuestro autor ha efectuado el camino inverso en el *Espíritu...* Por razones de ordenamiento metodológico, ha acometido un método en parte similar, en parte distinto del de las ciencias experimentales. Advirtió, y

con razón, que no puede examinarse sin más la historia de la ley, sino que es necesario "hacerla surgir" de los factores condicionantes. Un ente inteligente capaz de violar constantemente las leyes que Dios ha establecido y que cambia sin cesar las sancionadas por él mismo, no asusta a los propósitos epistemológicos de Montesquieu y, ni lerdo ni perezoso, extrae de esta inconstancia otra ley de la naturaleza humana: la de su volubilidad. Ahí están para demostrarlo los capítulos referidos a la vinculación que las leyes tienen con el clima, el suelo, la moneda, el comercio y hasta con la mayor o menor fidelidad conyugal de las mujeres según sea su ascendencia nórdica o meridional.

El autor del *Espíritu* no se propone realizar una simple enunciación matemática de la ley positiva; ello hubiera constituido un desatino impropio de la obra. Busca por el contrario su reducción a una variable aplicable a la comprensión del desenvolvimiento de las sociedades y, sobre todo, de sus gobiernos.

Montesquieu no es un filósofo, lo que se constata en la serie de equívocos y malentendidos en que cae cuando trata de diferenciar los distintos ámbitos de la ley. Leyes religiosas y civiles, aunque diferentes en cuanto a sus esferas de dominio, participan en lo esencial de idénticas características. No le interesa la substancial razonabilidad de todo ordenamiento legal, sino la proporción que debe guardar con su objeto. La ley divina por ejemplo, no es para él nada vinculado con la voluntad de Dios, sino simplemente una serie de disposiciones destinadas a la regulación del culto y que pueden estar en abierta contradicción con las leyes civiles. Baste citar los títulos de diversos capítulos del libro xxvi: "No se debe decidir según los preceptos de la religión cuando se trata de los de la ley natural" (cap. 7); "Las costas que deben ser reguladas por los principios del derecho civil, rara vez podrán serlo por las leyes religiosas" (cap. 9); "En qué caso debe seguirse la ley civil que permite y no la ley religiosa que prohíbe" (cap. 10); "No se deben regir los tribunales humanos por las máximas de los que miran a la vida eterna" (cap. 11); etc.

Sin embargo, y a pesar de sus errores, se revela como un observador sagaz. La lectura del *Espíritu*... es agradable y muchas de sus páginas están dictadas por su gusto moderado. Aunque en algunos capítulos pueden leerse cosas verdaderamente humorísticas y poco refinadas. En el libro xiv, 2, por ejemplo, habla de las distintas diversiones de los pueblos según su clima. En los países cálidos habría una deportiva propensión hacia los placeres de la carne. En las zonas frías se preferirían en cambio actividades más violentas como cazar, viajar, guerrear y emborracharse:

"En tierras meridionales, una máquina delicada, físicamente débil, pero muy sensible, se entrega a un amor que se excita y se calma sin cesar; bien en un serrallo, bien permitiendo a las mujeres más independencia... En las tierras del Norte, una máquina fuerte, sana y bien constituida, pero pesada, encuentra sus placeres en todo lo que sacude los espíritus, como la caza, los viajes, la guerra, el vino. Hay en los climas del Norte pueblo de pocos vicios, bastantes virtudes y mucha sinceridad y franqueza. Aproximados a los países del Sur, y creeréis que cada paso os aleja de la moralidad; las pasiones más vivas multiplicarán la delincuencia. Ya en la zona templada son los pueblos inconstantes en sus usos, en sus vicios, hasta en sus virtudes, porque el clima tampoco tiene fijeza".

## Naturaleza y principio de los gobiernos

El libro II del *Espíritu de las leyes* enuncia directamente las tres clases de gobierno básicas: republicano, monárquico y despótico. No significa esto que deban existir en forma pura; hay repúblicas democráticas y aristocráticas, lo mismo que monarquías electivas o hereditarias. Pero en general las formas posibles de gobierno pueden reducirse a esas tres, para cuya inteligencia basta con la idea común que de ellas se tiene: "...en el gobierno republicano el pueblo, o una parte del pueblo, tiene el poder soberano; el gobierno monárquico es aquel en que uno sólo gobierna, pero con sujeción a leyes fijas y preestablecidas; y, por último, en el gobierno despótico el poder está en manos de uno sólo, pero sin ley ni regla, pues gobierna el soberano según su voluntad y caprichos".<sup>15</sup>

A estos modos de poder Montesquieu los denomina "naturaleza del gobierno" y la define como aquello que le hace ser. En otros términos, la naturaleza es aquello que responde a la pregunta: "¿quién ejerce el poder?". Así, el gobierno republicano pide que el pueblo o una parte de él tenga el poder soberano; el monárquico, uno sólo conforme a leyes y el despótico también uno sólo pero sin tales leyes. El modo de gobierno atañe así a una naturaleza jurídico-formal.

Es preciso distinguir, junto con la naturaleza, el principio de gobierno. Éste se define como aquello que hace obrar al poder, pero en realidad su noción se entrelaza directamente con las palpitaciones vitales de la nación. El principio es una disposición de los hombres hacia una forma determinada de gobierno, inclinación que ha de ser sostenida además por un concreto modo de obrar y reaccionar estrechamente vinculado con la tradición e idiosincrasia nacionales. Es, en síntesis, una "pasión específica" que soporta a la forma jurídica del poder, la cual a su vez no ha de ser extraña a su raíz vernácula. Cada naturaleza gubernamental exige su pasión, tanto como a cada idiosincrasia conviene más una forma que otra. Así, resultaría absurdo el ejercicio de un despotismo en la Inglaterra de Jacobo I, o de una democracia entre los súbditos del mongol Temudjin.

Este deslinde entre la naturaleza de un gobierno y su principio puede hacer sospechoso a Montesquieu del cargo de formalismo, pero la acusación no tiene sentido si tenemos en cuenta que la organización de los estados modernos requiere una exhaustiva, cuando no minuciosa, constitución jurídica. La vieja noción de autoridad en que se asentaban las repúblicas antiguas y medievales cedió terreno a la instauración de los estados *de iure*, sostenida en parte por la nueva valorización del concepto de ley. Por ello, si Secondat no hubiese dicho de entrada que la ley, en general, es la razón humana, resultaría mucho más aberrante su pretensión de ajustar el derecho a las psicologías nacionales, aunque queda la duda acerca del *parti pris* sobre la legitimidad del gobierno despótico. ¿El déspota legitima el principio que le hace obrar? En tal caso, ¿los modos brutales de un pueblo se atemperan con la imposición de una monarquía absoluta? Nos parece escuchar a Montesquieu: ¡los pueblos tienen los gobiernos que se merecen!

De todos modos, resulta procedente la separación entre naturaleza y principio; no es Montesquieu el responsable de que los estados modernos tengan una

<sup>15</sup> EL, II, 1.

organización desdoblada en sendos coprincipios. Al respecto, el marxista Louis Althusser escribe: "Se ha acusado a Montesquieu de formalismo, por su manera de definir un gobierno por su naturaleza, lo que entra efectivamente en el terreno del puro derecho constitucional. Pero no hay que olvidar que la naturaleza de un gobierno es formal, para el mismo Montesquieu, desde el momento en que está separada de su principio. Hay que decir: en un gobierno es inconcebible una naturaleza sin principio, y no existe. Sólo es concebible, en tanto que real, la totalidad naturaleza-principio. Y esta totalidad ya no es formal, pues no designa una forma jurídica pura, sino una forma política que lleva su propia vida, con sus propias condiciones de existencia y duración".<sup>16</sup>

La distinción entre naturaleza y principio sirve también a Montesquieu para dar razón de la inmensa cantidad de leyes, como de su diversidad en todas las naciones. La oscilación dialéctica de ambos coprincipios explica la necesidad de que la misma cuestión sucesoria, por ejemplo, sea tan discutida según se la examine en las normas chinas o en las romanas. También permite verificar la integridad orgánica del estado moderno, atendiendo a que todos los detalles institucionales resultan de la necesaria expresión de sus costumbres. Con otras palabras, mediante el estudio constitucional-jurídico puede extraerse un diagnóstico social y viceversa, la consideración de la *praxis* cotidiana justificará la instauración de un determinado tipo de gobierno. Sin embargo, no es ni lo uno ni lo otro el objeto del *Espíritu de las leyes*, sino el examen de las leyes emergentes de la totalidad naturaleza-principio, es decir, del gobierno obrando íntegramente. En el Prefacio leemos: "Primeramente he examinado a los hombres y he creído que, en esta infinita diversidad de leyes y costumbres, eran movidos por algo más que por sus fantasías. He planteado los principios y he visto los casos particulares plegarse a ellos por sí mismos, y las historias de todas las naciones no eran más que sus consecuencias, y cada ley particular estaba ligada a otra ley, o dependía de una más general".

Así, la complementación jurídico-psicológica de la nación es el instrumento capaz de proporcionar una explicación causal de las distintas leyes. En esto precisamente consiste el descubrimiento de Charles Secondat; propone una nueva categoría teórica que le proporciona la clave de un sinnúmero de enigmas. Antes de él, nos informa Louis Althusser (ob. cit.), los teóricos políticos habían intentado explicar la multiplicidad y diversidad de las leyes de un gobierno dado, pero no habían hecho más que esbozar una lógica de la naturaleza de los gobiernos, si es que no se habían satisfecho con una descripción de elementos sin subordinación orgánica. Ciertamente, esto no implica que Montesquieu haya sido el primero en pensar al estado como una totalidad, pero sí lo fue en el sentido de justificar un estado real, de asentar una hipótesis científica destinada a dar razón del *hic et nunc* y no de un orden de cosas ideal.

La interacción armónica de los coprincipios redundará a su vez en la perfección de los estados; en un estado puro, la unidad de ambos será adecuada, y si no lo es, será contradictoria. Conviene recordarlo por cuanto Montesquieu alude a realidades históricas y no a utópicas repúblicas verdaderamente republicanas, monarquías auténticamente monárquicas ni despotismos genuinamen-

---

<sup>16</sup> LOUIS ALTHUSSER, *Montesquieu, la politique et l'histoire*, Paris, PUF, 1959.

te despóticos. Por ello: "es provechosa la unidad naturaleza-principio, lo cual no significa que en una república se sea virtuoso... y que en una monarquía se tenga honor... y en un estado despótico se tenga temor, sino que habría que tenerlos, sin lo cual el gobierno sería imperfecto".<sup>17</sup> En esta cita hallamos ya enunciadas las pasiones que sostienen a las tres naturalezas de gobierno: la virtud corresponde a la república; el honor, a la monarquía y el temor, al despotismo.

### *El gobierno republicano*

Esta clase de organización estatal puede adoptar a su vez dos formas: cuando el poder soberano reside en manos del pueblo entero, es una democracia; cuando está en manos de una parte de él, se trata de una aristocracia.

Resulta llamativo que Montesquieu piense en una democracia como una forma de gobierno tan válida como cualquier otra, aunque, es justo decirlo, más adelante formulará sus reservas. Aristóteles en su *Política* advierte ya contra los exámenes apresurados de la democracia:

"No debe considerarse la democracia de un modo absoluto, como algunos suelen hacerlo actualmente, como el régimen en el cual el elemento soberano es la multitud, pues también en las oligarquías y en todas partes ejerce la soberanía el elemento más numeroso; ni tampoco la oligarquía como el régimen en el cual ejercen la soberanía unos pocos. Pues si el número total de ciudadanos fuera de mil trescientos y de éstos mil fueran ricos y no diesen participación en el gobierno a los trescientos pobres pero libres e iguales a ellos en todos los demás respectos, nadie dirá que su gobierno era democrático...".<sup>18</sup>

Montesquieu no simpatiza con el régimen democrático, aunque no hay en el *Espíritu de las leyes* una condena formal hacia ese sistema, sino más bien una tácita desconfianza, común con el pensamiento aristotélico. Para el Estagirita, es sabido, la democracia es una corrupción de la república, y en ello radica la mayor diferencia con el *Espíritu*... Mientras que para el autor de la *Política* la democracia es una degeneración de una forma justa, para Montesquieu es un régimen válido:

"Epei d'en té próte méthodo perí tón politeíon dieilómetha tréis mén tás orthás politéias, basiléian aristokratían politeían, tréis dé tás toúton parekbáseis, tyrannída mén basiléias, oligarchían dé aristokratías, demokratían dé politéias..." (En la primera investigación acerca de los regímenes políticos hemos distinguido tres regímenes rectos, la monarquía, la aristocracia y la república, y tres perversiones de los mismos: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y la democracia de la república...".<sup>19</sup>

Un contemporáneo de Montesquieu descalifica sin más a la democracia como forma válida de gobierno; los primeros renglones de uno de sus admirables ensayos, dirigido contra *El contrato social* de Rousseau, pone en tela de juicio la existencia real de tal régimen:

<sup>17</sup> *EL*, III, 2.

<sup>18</sup> ARISTÓTELES, *Política*, VI, 1290a 30-37.

<sup>19</sup> *Ibid.*, VI, 1289a 26-30.

“El pueblo es soberano, dicen. ¿Y de quién? De sí mismo, aparentemente. El pueblo es, pues, súbdito. Aquí hay seguramente algún equívoco, si es que no hay un error, ya que el pueblo que manda no es el pueblo que obedece. Basta pues enunciar la proposición general «el pueblo es soberano» para sentir que necesita un comentario”.<sup>20</sup>

Joseph De Maistre, apoyado en una rara combinación de erudición y sentido común, analiza en algunos capítulos de su ensayo las inconsistencias lógicas dimanadas de admitir la democracia como una forma real de gobierno. En efecto, hasta el mismo Rousseau afirma en *El Contrato*...

“Tomando la palabra en su rigurosa acepción, no ha existido ni existirá jamás verdadera democracia. Es contra el orden natural que el mayor número gobierne y los menos sean gobernados. No es concebible que el pueblo permanezca incesantemente reunido para ocuparse de los negocios públicos, siendo fácil comprender que no podría delegar tal función sin que la forma de administración cambiara”.<sup>21</sup>

Se puede decir que la democracia tomada en sentido absoluto, no es más que un ente de razón al igual que el despotismo perfecto, sostiene De Maistre. En aquel sistema es imposible la instauración de un poder soberano, puesto que si se admite la igualdad política es preciso anular la causa formal de toda sociedad, esto es, la autoridad. Cosas iguales no pueden ser ordenadas más que artificial o convencionalmente según una relación de superior a inferior. Desde este punto de vista la sujeción a la normativa jurídica debe descansar sobre una convención, la cual, aunque pueda ser estatuida en vistas al bien común, pierde su heteronomía natural, con las graves consecuencias subsiguientes. Un autor de nuestros días, G. Eloy Ponferrada, afirma con razón:

“La actividad humana se inserta en el grandioso orden dinámico del universo, que refleja la perfección divina. El hombre, como ser libre, puede apartarse de ese orden, pero debe ajustarse a él. Si la conciencia es la norma subjetiva de su actuar, ésta debe regularse por exigencias objetivas, inscriptas en su misma naturaleza como virtualidades a realizar”.<sup>22</sup>

La ley humana es una sanción de la razón práctica del legislador o del soberano, pero la conciencia de éste ha de inscribirse en la armonía de la ley natural. De otro modo, la voluntad soberana no merece respeto. Santo Tomás escribe:

“...para que la voluntad, acerca de las cosas que se mandan, tenga naturaleza de ley, es necesario que sea regulada por alguna razón, y de esta manera se entiende que la voluntad del príncipe tenga fuerza de ley; de otro modo la voluntad del príncipe sería más bien iniquidad que ley”.<sup>23</sup>

En la democracia absoluta, por tanto, la razón última de obediencia a la ley humana se sostiene en el tembladeral contractualista, sujeto en definitiva

<sup>20</sup> JOSEPH DE MAISTRE, “Etude sur la souveraineté”. Separata de las *Oeuvres Complètes*, Buenos Aires, Dictio, 1978, p. 9.

<sup>21</sup> JEAN-JACQUES ROUSSEAU, *Du contrat social*, L. III, cap. 4.

<sup>22</sup> GUSTAVO E. PONFERRADA, *Introducción al tomismo*. Buenos Aires, EUDEBA, 1978, p. 155.

<sup>23</sup> *Summa Theol.* I-II q. 90, a. 1 ad 3m (conviene consultar las qq. 90-108 para una inteligencia cabal del asunto).

a la voluntad popular soberana. Perdida de vista la perspectiva metafísica del derecho, se pierde también la intelección de su intrínseca razonabilidad, quedando suspendido aquél en una formalidad aparente y derivando sin ton ni son en las olas del capricho democrático. Por ello dice De Maistre:

“En este sentido estricto, creo que puedo definir la democracia como una asociación de hombres sin soberanía”.<sup>24</sup>

La única alternativa válida para imponer la ley en una sociedad absolutamente igualitaria sería por medio de la fuerza, pero esto ya la convertiría en otro régimen distinto. Si la voluntad popular ha de imponerse coercitivamente, ya no se trata de una democracia (ver nota 18); si la sanción de la voluntad popular no necesita de lo coercitivo, no se comprende entonces para qué hay leyes en una sociedad. Eso que Rousseau llama ley es para De Maistre lo exactamente contrario:

“Lo que Rousseau denomina ley por excelencia es, precisamente, lo que deja de poder llamarse así”.<sup>25</sup>

Montesquieu cree que tanto en la democracia como en la aristocracia, la voluntad mayoritaria es soberana, por lo que las leyes que establecen el derecho de sufragio son fundamentales para el buen funcionamiento del gobierno. No es partidario de la irrestricta participación popular en los asuntos del poder, si bien reconoce que todos los representantes han de ser elegidos por el pueblo. “Los ministros no son del pueblo si él mismo no los nombra”, afirma. De todos modos nuestro *ius suffragii* le hubiese parecido totalmente inadecuado. No se cansa de repetir respecto del pueblo que éste tenía tanta o más necesidad que los monarcas de ser conducido por un consejo o senado (ver sus célebres *Lettres Persannes*), sentencia que también hará suya el mismo Rousseau. En el fondo, Montesquieu desconfiaba del discernimiento popular en cuanto a las conveniencias políticas; a lo sumo, no descartaba cierto sentido común para elegir autoridades, fundado esencialmente en la observación de la conducta de los posibles gobernantes. El pueblo,

“...es admirable para escoger los hombres a quien debe confiar una parte de su autoridad... ¿pero sabría dirigir una gestión, conocer las cuestiones de gobierno, las negociaciones, las oportunidades para aprovechar las ocasiones? No, no sabría”.<sup>26</sup>

Tampoco resulta conveniente que los extranjeros participen ni de las asambleas ni de elecciones, por cuanto ello sería una violencia contra la soberanía. Por otra parte, no es aconsejable la intervención directa del pueblo en los asuntos de estado por su natural disposición a obrar pasionalmente. En este sentido, sostiene como más razonable la promulgación de un derecho de sufragio de tipo censitario, el cual tienda más a alejar al pueblo del foro que a convocarlo. Admirador del derecho romano, le parece adecuada la tendencia aristocrática de Servio Tulio, quien al dividir al pueblo romano en ciento noventa y tres centurias y distribuir a los poderosos en cada una de ellas y a los indigentes en una sola, dio a cada una un voto, con lo que se salvaba la

---

<sup>24</sup> J. DE MAISTRE, ob. cit., c. IV, p. 134.

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> *EL*, II, 2.

forma democrática y se limitaba a la vez la intromisión popular. Solón, a su vez, dividió a los atenienses en cuatro clases según su censo, otorgando a todos el derecho de elegir pero no el de ser elegido. La duración y prosperidad de las democracias se han mantenido, dice Montesquieu, gracias a la calificación de los votos.

“...el pueblo es siempre, o demasiado activo o demasiado lento; unas veces con sus cien mil brazos lo derriba todo; otras veces con cien mil pies anda como los insectos”.<sup>27</sup>

El sistema de sorteos para designar funcionarios, con tener la ventaja de no ofender a nadie, ofrece sin embargo la dificultad de que personas no aptas puedan ser elegidas. Esto llevó en la democracia ateniense a ciertas modificaciones que permitiesen examinar la gestión del magistrado una vez finalizada. De este modo, era imposible que los incapaces y corruptos tuviesen una nueva oportunidad de acceder a los cargos.

El modo de votar en una democracia es otro de los temas que preocupan a Montesquieu. En este sentido, se muestra partidario del voto público:

“Es indudable que cuando el pueblo da sus votos, éstos deben ser públicos”.<sup>28</sup>

alude a un escrito de Cicerón en el que responsabiliza al voto secreto como una de las principales causas de la caída de la república romana. Lo que se busca es evitar la corrupción del voto y para ello conviene que el pueblo vea cómo votan los personajes ilustrados y se inspire en su ejemplo; cuando el populacho no tiene a quien seguir, se acaba todo. El pueblo es fácilmente corruptible por sus tendencias apasionadas; el dinero es el medio corruptor por excelencia que lleva a las mayorías a un egoísmo calculador, totalmente desinteresado de la cosa pública y guardián mezquino de su salario. El demagogo no ignora la debilidad popular por el oro y la utiliza en su provecho. Estos juicios se fundan en la pobre opinión de Montesquieu sobre las clases inferiores, aunque respecto de los nobles, su punto de vista no es mucho mejor. Maxime Leroy ha resumido en un par de líneas la misantropía del barón:

“Sa vue de l'homme est froidement pessimiste, comme d'ailleurs est pessimiste une bonne part de la pensée de Rousseau et celle de Voltaire. Voilà les quelques remarques pour lesquelles il semble convenable de commencer toute étude de Montesquieu”.<sup>29</sup>

El criterio censitario como condición del sufragio en la república ya había sido sostenido por Locke en el *Second Treatise of Civil Government*. Los ciudadanos obtienen su derecho al ejercicio de la función pública en tanto tengan algún interés en la nación que los liga a ella. Locke, Montesquieu y, en general, los fisiócratas, definen al ciudadano con parámetros discriminatorios referentes a los bienes poseídos. La opinión unánime en la Constituyente francesa era la de fijar condiciones censitarias que regulasen el derecho electoral, echando rápidamente al olvido las objeciones de Robespierre, Rabaut

<sup>27</sup> *Ibid.*

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> MAXIME LEROY, *Histoire des idées sociales en France*. París, Gallimard, 1947.

Saint-Etienne, Adrien Duport, quienes sostenían que limitar por un censo tales derechos significa desconocer la igualdad cívica proclamada en la *Declaración de los derechos del hombre*. De todos modos, la elegibilidad fue establecida mediante el pago de un impuesto equivalente a un marco de plata (u\$s 120 aproximadamente). El mismo Rousseau escribía en un artículo de la *Enciclopedia* sobre economía política: "*Le fondement du pacte social est la propriété*"; Diderot, por su parte, afirmaba: "*C'est la propriété qui fait le citoyen*".

Es comprensible que en un estado organizado preponderantemente en torno a la actividad económica, su administración quede en manos de quienes están ligados a él por alguna riqueza. Sin embargo, así como Locke no acierta a definir los límites de la apropiación capitalista, del mismo modo el estado corre el riesgo de quedar a merced de intereses contrapuestos al bien general que debe regir la acción de gobierno, y precipitar así su decadencia. Precisamente, la insuficiencia del principio constituyente, de corte economicista, invalida también los reclamos revolucionarios, circunscribiéndolos a un re-vanchismo reivindicatorio que en nada altera la médula burguesa del Estado.

Por este breve cuadro de situación, vemos que el republicanismo democrático no es el gobierno ideal para Montesquieu; el pueblo no está en condiciones de autogobernarse por carecer del sentido de autoridad y obediencia. Y ello sin considerar, con De Maistre, la contrariedad de la proposición "el pueblo es soberano".

"*J'appelle peuple tout ce qui pense bassement et communément*", habíale dicho a Secondat su amiga Mme. de Lambert, aun haciendo extensivo este denuesto a la misma corte.

El censitarismo defendido por el autor de *El Espíritu...* habla más de sus preferencias por una república aristocrática, donde el poder esté en manos de ciertos ciudadanos. El pueblo era en cierto modo temido por la "ciudadanía" y se prefería mantenerlo sojuzgado mediante severos tribunales y adecuada represión policial. Cuando paulatinamente, al final del s. XVIII se produce la integración activa de trabajadores, artesanos, etc., al circuito productivo económico, ese pueblo deja de tener una significación peligrosa y es reconocido como la parte más numerosa y necesaria de la nación, pero modificando su condición paupérrima y, por ende, compartiendo las mismas expectativas políticas de la burguesía.

### *El principio de la república*

El principio de una determinada forma o naturaleza de gobierno es, como se dijo más arriba, una conducta nacional que posibilita y sostiene a sus instituciones. En el régimen republicano, sea democrático o aristocrático, es necesaria la posesión de la virtud política. Respecto de ella, Montesquieu aclara el sentido en que debe entenderse; a continuación del prefacio del *Espíritu...*, puede leerse una "Advertencia":

"Para mejor inteligencia de los cuatro primeros libros de esta obra, hay que tener en cuenta: 1º) Que lo que llamo virtud en la república es el amor a la patria, es decir, el amor a la igualdad. No es virtud

moral ni cristiana, es la virtud política... En fin, el hombre de bien, de que trata el Libro III, cap. V, no es el hombre de bien cristiano, sino el hombre de bien político, que posee la virtud política de que he hablado...".

Se trata entonces de una cierta conciencia ciudadana de solidaridad que se traduce en el amor a la patria y la igualdad, pero como quien puede amar a su patria es el ciudadano y éste a su vez está definido en gran parte por su censo, resulta así que la virtud política republicana está estrechamente ligada a los intereses económicos. Pero si el principio de la república, o sea la virtud, es también un amor a la igualdad, ¿no resulta éste un sistema de gobierno débil y peligroso? Montesquieu responde que es justamente en los estados populares donde más deben ejercerse la conciencia y responsabilidad cívicas; por ello,

"Cuando la virtud desaparece, la ambición entra en los corazones que pueden recibirla y la avaricia en todos los corazones. Los deseos cambian de objeto: se deja de amar lo que se amó, no se apetece lo que se apetecía; se había sido libre con las leyes y se quiere serlo contra ellas... La república es un despojo, y su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos y la licencia de todos".<sup>30</sup>

Se puede agregar entonces que esa virtud como conciencia política alude indirectamente a la comprensión ciudadana de la necesidad de conservar las instituciones de la nación, so pena de arriesgar los patrimonios personales. Esto, que pudiera semejar una exageración, no lo es si recordamos qué clase de leyes supone Montesquieu han llevado a los hombres a unirse en sociedades; o, mejor, bajo qué condiciones accede el hombre a formar una comunidad y cuáles son sus motivaciones primarias.

La virtud política necesaria para el buen funcionamiento del régimen republicano, especialmente democrático, es bastante diferente de la virtud cristiana. Tal como Montesquieu entiende a la primera, podría decirse que es una transposición pasional de la caridad; y en este sentido es paradójico que el cimiento jurídico de una nación deba derivarse, no ya de un *ethos*, sino de la institucionalización de un temperamento nacional. Hay que señalar, sin embargo, que Montesquieu no aclara este punto; se limita a definir negativamente la virtud política: "la virtud de que hablo no es tal cosa ni tal otra", dejando en penumbras la verdadera definición: "la virtud política es un amor a la patria y a la igualdad".

Puede criticarse a Montesquieu su imprecisión acerca del contenido de la virtud política. En efecto, el engranaje vital del republicanismo democrático no puede quedarse en una petición de principios sin género ni diferencia específica; es preciso fundamentarlo adecuadamente, tal como hace Aristóteles en la *Política* cuando examina esa misma virtud:

"Debemos considerar a continuación si ser hombre bueno y ciudadano cabal consiste en la misma excelencia o no".<sup>31</sup>

<sup>30</sup> *EL*, III, 3.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES, ob. cit., III 1276b 16-18.

En un rápido vistazo es válido decir que tanto para el Estagirita como para Montesquieu, no son idénticas la virtud política y la del hombre bueno; son distintas clases de virtudes. Sin embargo su distinción se fundamenta en las diferentes funciones (*erga*) a cumplir por cada uno de los integrantes de la sociedad, en cada una de las cuales sus miembros deben poseer una virtud proporcionada a tal función:

“...la ciudad consta de elementos distintos: así como el viviente consta de alma y cuerpo, y el alma de razón y apetito, y la casa de marido y mujer, y la propiedad de amo y esclavo, de igual modo también la ciudad se compone de todos estos elementos y además de otros específicamente distintos; y por tanto es imposible que sea una misma la virtud de todos los ciudadanos, como no puede serlo en un coro la del corifeo y la del que está a su lado. Resulta, por tanto, claro que no se trata absolutamente de la misma”.<sup>32</sup>

Si bien no es absolutamente (*haplós*) la misma virtud, sí debe serlo en sentido análogo de proporcionalidad, puesto que el fin de la política no puede diferir del orden teleológico individual. No hay entonces una distinción entre ambas virtudes —políticas e individuales—, sino más bien una íntima compenetración que se conserva aún en la diversificación requerida por sus distintas esferas de acción. La virtud política debe presuponer, para ser perfecta, a la individual, y es como su acabamiento enteléquico:

“...de modo que la política constituirá el bien del hombre; pues aunque el bien del individuo y el de la ciudad sean el mismo, es evidente que será mucho más grande y más perfecto alcanzar y preservar el de la ciudad; porque, ciertamente, ya es apetecible procurarlo para uno sólo, pero es más hermoso y divino para un pueblo y ciudades”.<sup>33</sup>

Aristóteles es más claro que Montesquieu cuando define a la virtud política. El ciudadano debe saber obedecer a sus magistrados, pero también debe saber mandar por si alguna vez le corresponde cumplir con esa función, en cuyo caso, además de saber mandar, deberá tener otra virtud propia del gobernante: la prudencia. El libro III, c. 4 de la *Política* ofrece excelentes ejemplos de los sentidos en que debe hablarse de la virtud política y las virtudes éticas o dianoéticas. Queda claro que el fin de la comunidad y el del individuo, a pesar de distinguirse, en su realización práctica son complementarios. Por consiguiente, los caminos hacia esos fines, o sea, las virtudes, se diferencian según sus objetos, pero en lo esencial son lo mismo.

“...y si la templanza y la justicia tienen forma distinta en el que manda y en el que obedece pero es libre, es evidente que la virtud del hombre bueno, por ejemplo su justicia, no puede ser una, sino que tendrá formas distintas según las cuales gobernará o será gobernado, así como son distintas la templanza y la fortaleza del hombre y de la mujer (el hombre parecería cobarde si fuera valiente como es valiente la mujer...); pues también es distinta la administración del hombre y la de la mujer (la función del primero es adquirir, la de ésta guardar)”.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> *Ibid.* II, 1277a 5-13.

<sup>33</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 12, 1094b 4-10.

<sup>34</sup> ARISTÓTELES, *Política*, III, 1277b 17-25.

y más adelante:

"Falta por decir si debe afirmarse que la felicidad de cada uno de los hombres es la misma que la de la ciudad o que no es la misma. También esto es claro: todos estarán de acuerdo en que es la misma".<sup>35</sup>

Resumiendo la cuestión, digamos que el concepto de "virtud", vistas sus distinciones y semejanzas, es análogo, cosa no advertida por Montesquieu, para quien las virtudes políticas son de un género totalmente diverso del ámbito de la ética.

Otro autor, algo anterior a Charles Secondat y defensor del absolutismo monárquico, sostiene que el amor a la patria es esencial a la buena marcha de la nación. Jacques-Bénigne Bossuet dice en su *Politique tirée des sacres Ecritures* que todo buen ciudadano tiene la obligación de amar a su patria y sacrificar por ella, si llega la ocasión, hasta la propia vida. Y por cierto que sería una temeridad llamar democrático a Bossuet, lo cual viene a significar que en una monarquía también es imprescindible el sentimiento patriótico, a pesar de contar ese sistema con una mayor concentración de poder que el republicano.<sup>36</sup>

¿Por qué Montesquieu no puede tomar a la virtud republicana no ya en sentido unívoco, sino al menos análogo respecto de la virtud individual? Porque de haberlo hecho tendría que haber renunciado a la hipótesis del estado de naturaleza. Por el contrario, si el punto de partida es un hombre con una tendencia a lo social tan natural como cualquiera de sus apetitos, no existiría esa diferencia cuasi óptica entre la utopía del individuo químicamente puro y el *polites* aristotélico. En este segundo caso, la virtud ciudadana no es exclusiva de un determinado régimen político, sino que es común y necesarísima a todas las naturalezas de gobierno justas, pero no es causa ni principio de ninguna de ellas.

El principio de gobierno, por lo menos en el caso del republicanismo, es entonces insuficiente para dar razón de ese régimen; la juridicidad constitutiva del estado no puede asentarse en una apreciación psicológico-histórica de las idiosincrasias correspondientes a cada comunidad, y aunque la pretensión de Montesquieu fuese lo suficientemente modesta como para establecer una posible correspondencia entre las distintas formas de gobierno y los temperamentos nacionales, ello no lo exime del error de querer justificar etiológicamente los distintos regímenes por esa correspondencia. O sea, decir que la república ha de ser por necesidad virtuosa —hecha la salvedad en cuanto a qué virtud se refiere—, la monarquía honorable y el despotismo temible, es bastante pintoresco y hasta en parte verdadero, pero de ahí a afirmar la existencia de un nexo causal entre tales "principios" y sus correspondientes "naturalezas" es, lo dijimos, un postulado.

Si se profundiza un poco más el asunto, se ve que la virtud ciudadana es una norma de conducta necesaria para el buen andar de la sociedad burguesa.

<sup>35</sup> *Ibid.*, VII, 132a 1-8.

<sup>36</sup> Cfr. JACQUES-BÉNIGNE BOSSUET, *Política sacada de las Sagradas Escrituras*, art. VI *passim*.

Montesquieu era un ferviente admirador de la Revolución Gloriosa de 1688, que puso el poder político al alcance de las incipientes burguesías.

Ese género social requiere para su crecimiento dos cosas: 1) una organización gubernamental permisiva; 2) reglas de juego debidamente codificadas o al menos establecidas convencionalmente. Por consiguiente, no resulta extraño que ese segundo punto nada tenga que ver con la virtud cristiana ni con la virtud moral, como dice el mismo Montesquieu en la "Advertencia", sino que esté directamente ligado con la actividad propia de los burgueses. Esto el evangelismo victoriano de Wesley y Whitefield lo explicitará mejor bajo el nombre de "respetabilidad". Un ejemplo es lo siguiente: un contrato comercial podía pactarse eludiendo elementales normas éticas, pero una vez suscripto debía cumplirse obligatoriamente. *Ergo*, si logra instaurarse esa "virtud" de la respetabilidad, el gobierno ya no tendrá por qué ser autoritario, o sea, ni monárquico ni despótico. De ahí que las burguesías necesiten formas políticas contemporizadoras y se opongan a todo intento de absolutización. Así, el elogio por la naturaleza democrática, obedece al impulso de la ética burguesa. De igual manera, la religión más conveniente en una república es el protestantismo:

"La religión católica es más propia de una monarquía; la protestante se acomoda mejor a una república".<sup>37</sup>

Es aconsejable que una democracia sea cristiana, pero eso sí, protestante. La existencia de una cabeza visible en la religión atenta contra el espíritu de independencia propio de las repúblicas.

En el gobierno popular la ley está tan por encima del gobernante, dice Montesquieu, que su incumplimiento señala sin más la corrupción institucional y con ello el fin del Estado. La venalidad gubernamental tiene la misma raíz del principio económico sobre el que se asienta la república moderna; en otras palabras, la corruptela está siempre referida, en la democracia o aristocracia, a una génesis económica:

"...en otros tiempos, las riquezas de los particulares formaban el tesoro público; ahora es el tesoro público patrimonio de los particulares. La república es un despojo, y su fuerza no es ya más que el poder de algunos ciudadanos y la inmoralidad de todos".<sup>38</sup>

Montesquieu fundamenta sus aseveraciones en un sentido apriorístico; él no dice que en una república el principio sea de hecho la virtud, sino que al menos "debiera serlo". El espíritu de las leyes es para él la existencia de un cierto orden cuyo mecanismo dice haber descubierto, de modo que alude siempre a un deber ser que no debe confundirse con el ser concreto:

"Tales son los principios de los tres gobiernos; lo que no significa que en una república se sea virtuoso, sino que se debería serlo...".

Por eso, la virtud del sistema republicano es actualmente utópica, pero esa misma discrepancia entre naturaleza y principio es lo que lleva a la crisis actual del republicanismo. La interacción contradictoria de ambos coprin-

<sup>37</sup> *EL*, XXIV, 5.

<sup>38</sup> *Ibíd*, III, 3.

cipios atenta seriamente contra la integridad estatal. En este sentido, transcribimos la opinión de Althusser:

“...Montesquieu no cree en la República, y por una razón bien sencilla: el tiempo de las Repúblicas ha pasado. Las Repúblicas sólo se sostienen en estados pequeños. Estamos en la era de los Imperios, medianos o grandes. La República sólo se mantiene en la virtud y la frugalidad, la mediocridad general, tomada en su sentido original, que es contentarse con poco para ser feliz. Nosotros estamos en un tiempo de lujo y comercio. La virtud se ha hecho tan pesada que habría que desesperar de sus efectos si éstos no pueden alcanzarse por reglas más ligeras. Por todas estas razones, la República retrocede a la lejanía de la historia: Grecia, Roma. Sin duda por eso es tan bella”.<sup>39</sup>

El tiempo de la república ha pasado, agregamos, porque la virtud de los estados modernos no es ya más la antigua *areté*, sino otra cosa completamente distinta.

Para Montesquieu, una república democrática ha de establecer leyes que favorezcan la formación de hombres mediocres y satisfechos con su suerte. Ello se logra mediante la regulación legal de las riquezas personales, como lo hicieron Solón y Rómulo. Sin embargo, conviene a la salud democrática cierto espíritu de moderación que impida una promulgación rigurosa de la igualdad. Cuando la democracia se funda en el comercio, afirma, el exceso de riqueza puede ser perjudicial para el sistema. Este inconveniente se remedia a través de la sanción de leyes antimonopólicas y de participación general en la actividad comercial; los excedentes provenientes de las transacciones han de contribuir a dar trabajo a los más necesitados, de manera que todo el pueblo tenga alguna suerte de relación productiva con la grandeza material de la nación. Si se respetan estas salvedades, el gobierno democrático tiene bastantes posibilidades de subsistir, por cuanto el espíritu nacional

“lleva consigo la sobriedad, la economía, el orden y la regla, por lo cual, mientras subsista ese espíritu, las riquezas no producen ningún mal efecto”.<sup>40</sup>

Es claro que ese amor por la frugalidad propio del comercio es factible sólo si las leyes lo inducen; de otro modo resultaría ingenuo suponer que tal actividad contenga en su seno tales caracteres, puesto que el fin de ella es la producción de riqueza.

En el caso de la república aristocrática la virtud ya no es el amor a la igualdad, puesto que ésta ha sido suprimida por la constitución del estado, sino el espíritu de moderación. Éste debe tender a reducir las excesivas desigualdades con el fin de evitar celos entre gobernantes y gobernados. Las cuestiones fiscales han de llevarse con suma precaución, cuidando de alejar a los nobles de la actividad comercial y de los dineros públicos. Es de suponer que tales personas gozarían de todo tipo de créditos y monopolios desfavorables para la armonía nacional:

“Se acostumbraría muy pronto (la nobleza) a considerar los provechos obtenidos como patrimonio propio, y la codicia les haría extender-

<sup>39</sup> L. ALTHUSSER, ob. cit., p. 77.

<sup>40</sup> EL, V, 6.

los; acabarían con las rentas públicas. He aquí por qué algunos estados, sin haber pasado por ningún desastre que se sepa, caen en la inopia con gran sorpresa de propios y extraños".<sup>41</sup>

Tanto en la república democrática como en la aristocrática, las leyes deben fomentar la conducta virtuosa más conveniente a cada sistema; una sociedad individualista y apasionada no podría desarrollarse en una democracia, tanto como una política culta no soportaría el despotismo.

### *Otros aspectos de la virtud republicana*

El régimen republicano exige por su naturaleza la participación de todos en los asuntos de gobierno, pero la injerencia popular no ha de ser irrestricta. El pueblo no puede, sin más, tomar las riendas políticas sin una adecuada preparación. Montesquieu es enemigo de la intervención masiva en cuestiones gubernamentales; la masa obedece más a su pasión que al razonamiento, y sostiene que una democracia sin representantes es un despotismo popular inminente. En su *Voyages* escribía:

El pueblo, por tanto, debe ser privado de todo poder directo, pero ha de elegir sus representantes entre aquellos que por su virtud y conocimiento sean los más indicados para gobernar. La opinión general, dice Montesquieu, difícilmente se equivoque cuando se trata de evaluar los méritos y la honestidad de sus posibles conductores. De todos modos, agrega,

"en el gobierno, incluso en el popular, el poder no debe caer jamás en las manos del bajo pueblo".<sup>42</sup>

Si bien la masa no debe acceder al ejecutivo ni al legislativo, es importante en el sistema republicano, dada su índole igualitaria, que cada ciudadano sea consciente de sus deberes cívicos. Esta conciencia política se logra por medio de la educación; de ahí que el republicanismo —especialmente el democrático— deba asegurar su permanencia con una información educativa y desviar todo intento de instrucción privada o descentralizada. En efecto, si la virtud política es cosa distinta de la virtud moral o de la cristiana, parece evidente que no pertenece sino al estado la obligación de enseñarla. La pedagogía familiar debe orientarse en definitiva hacia la formación de un hombre público y coincidir con los objetivos de la enseñanza estatal.

La constitución republicana exige el establecimiento de tribunales idóneos para juzgar el comportamiento público de sus gobernantes. Esta censura no es tan necesaria en la monarquía y menos en el despotismo, pero en una república, donde aparentemente se es más libre, la nación puede corromperse más fácilmente. No sólo el crimen y lo ilegal son semente de corrupción, sino también todo aquello que, sin ir contra las leyes, las eluda o debilita su vigencia. De esto puede inferirse que en la república, la autoridad está condicionada; quien detenta el poder lo hace por mandato popular y la soberanía es poseída sólo en uso, de manera que Montesquieu, sin mencionar el fideicomiso (*trusteeship*) lockiano, lo admite tácitamente para el republicanismo. Hay aquí un evidente parentesco con Rousseau.

<sup>41</sup> *Ibíd.*, 8.

<sup>42</sup> *EL*, XV, 18.

Quien tiene el poder en la república es responsable ante sus gobernados de la buena administración del mismo. No ocurre así con la monarquía; allí los censores no son necesarios porque el honor, principio de ese sistema, exige una conducta intachable de los poderosos. Estos están permanentemente sometidos al juicio de sus pares y súbditos, asegurando la eficacia gubernamental con una sanción mucho más rigurosa que el mero orden jurídico. Esta clase de gobierno no admite los subterfugios legales tan comunes en la república.

La falta de castigo para los actos que la ley no contempla, hace pensar que el republicanismo ofrece mayor libertad que otros sistemas. Sin embargo, la libertad civil y la política consisten, no en obrar cada cual según su parecer, sino en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe querer, afirma Montesquieu. En realidad, la doctrina que atribuye al régimen democrático la mayor libertad, ha sido sustento de numerosas revoluciones y no puede adjudicarse su autoría al autor del *Espíritu...*, sino más bien al del *Contrato social*. Rousseau hizo estallar la soberanía y repartió sus fragmentos entre los ciudadanos, convirtiendo al conjunto en amo y señor de toda sedición e inaugurando el mito que en política se llama "democratismo", que no es más que un totalitarismo disfrazado. Hoy es difícil encarar cualquier conversación seria sin partir del supuesto tácito de que la democracia no es una forma más de gobierno, sino la mejor, aquella que constituye el Norte de todo político. Las naciones disputan acerca de cuál es más democrática; se dicen democráticos los países comunistas y los capitalistas; ser "democrático" en la vida personal ha constituido una nueva virtud cardinal y el que no la posea será "reaccionario". Pero ante tanto dislate, alguien tendrá que explicar cómo y por qué el sistema democrático comienza a convertirse en un mito intocable a partir del ascenso de la burguesía al poder político. Por ahora digamos que ese sistema es uno de los tantos posibles, ni el mejor ni quizás el peor. Escribe Carlos Sacheri:

"La democracia es una forma de gobierno, esto es, un sistema o régimen de poder en la sociedad política. Es una de tantas, con sus ventajas y sus limitaciones, sus modalidades y adaptaciones más o menos adecuadas a las necesidades y tradiciones de los pueblos. Por ello, concebirla como una forma o estilo de vida implica una deformación grave de su naturaleza y alcances reales".<sup>43</sup>

Montesquieu agregaría que pensar en la democracia como un estilo de vida, es contrario a su método de análisis porque implicaría una confusión entre principio de gobierno y naturaleza del mismo.

Las rentas del estado, continúa Montesquieu, deben calcularlas los gobernantes con prudencia, teniendo en cuenta las necesidades del fisco y las de los ciudadanos. Es preciso no exigir a los contribuyentes el sacrificio de sus necesidades reales para satisfacer urgencias imaginarias de quienes gobiernan:

"Son necesidades imaginarias las que crean las pasiones y debilidades de los gobernantes, por afán de lucirse, por el encanto que tiene para ellos cualquier proyecto extraordinario, por su malsano deseo de vanagloria, por cierta impotencia de la voluntad contra la fantasía".<sup>44</sup>

<sup>43</sup> CARLOS SACHERI, *El orden natural*. Buenos Aires, EUDEBA, 1981, p. 177.

<sup>44</sup> *EL*, XIII, 1.

El sistema tributario ha de atender siempre a la creación de industrias productivas, pero ello estará lejos de lograrse si de la pobreza estatal se deduce la necesidad de aumentar la presión impositiva:

“Se ha deducido de la pobreza de algunos estados chicos, no su incapacidad tributaria por la falta de industria, sino la necesidad de crearla recargando los impuestos. Más acertado sería la deducción contraria... si se aumentan los tributos, lejos de fomentarse la industria, se la menoscaba; el trabajo estará muy mal retribuido y los trabajadores, cansados de trabajar sin provecho, cifrarán su dicha en no hacer nada”.<sup>45</sup>

Una medida de sagacidad política consiste en establecer impuestos a toda clase de transacción comercial, puesto que el pueblo los siente menos. Para ello no es conveniente que el vendedor sea quien pague el derecho, sino que recargue la mercancía con el monto del tributo. Obviamente, el derecho impuesto a la transacción ha de ser proporcionado con el valor de la misma para confundir así la mente del que paga. Cuando resulta demasiado evidente que el comprador es quien en definitiva paga, o cuando el impuesto es desproporcionadamente alto;

“...el príncipe les quita la ilusión a los contribuyentes haciéndoles ver que se les trata sin consideración, en lo cual comprenden hasta dónde llega su servidumbre”.<sup>46</sup>

De todos modos, es apropiado el aumento tributario a medida que aumenta la libertad, así como su moderación cuando ésta disminuye. Un estado despótico que cobre elevados impuestos tiene pocas posibilidades de vida. En el caso de la república, la misma cultura cívica crea condiciones favorables para el impuestos puesto que los ciudadanos creen pagarse a sí mismos. Además, el tributo se efectúa sobre las mercancías, lo cual es tolerable porque no atañe directamente a la persona.

La cantidad y calidad de las tierras nacionales es uno de los factores que influyen en la dialéctica principio-naturaleza de gobierno. Montesquieu piensa que es propio de una república no tener más que un pequeño territorio. En una república demasiado extensa existen grandes fortunas y, por tanto, escasa frugalidad. El rico entiende allí que puede ser feliz y glorioso sin su patria y acaba por creer que puede serlo sobre las ruinas de ésta. Cuando la república es pequeña, el bien común se participa más intensamente y no está sujeto a variados accidentes y excepciones. El gobierno despótico se adapta mejor a los grandes territorios. Si Montesquieu hubiese vivido para ver la revolución norteamericana, habría respondido que él concebía estados pacíficos. La obra de Alexis de Tocqueville, al menos, parece darle la razón. Ciertamente, no había puntos de comparación entre las repúblicas de Ginebra o Venecia, por ejemplo, y los Estados Unidos, en lo atinente a sus principios de gobierno. La paz se respeta más fácilmente en los estados pequeños que en los vastos imperios; además, en un gran territorio disminuye la virtud política y aumentan los riesgos de guerras.

---

<sup>45</sup> *EL*, XIII, 2.

<sup>46</sup> *EL*, XIII, 8.

Con las consideraciones precedentes a la vista, una república necesita entonces:

- a) acentuada virtud política o conciencia cívica.
- b) gobierno sujeto a censura.
- c) prioridades educativas.
- d) sistema tributario asentado en el comercio.
- e) religión protestante.
- f) territorio pequeño.

A esto podemos agregar la separación de los poderes gubernamentales, pero ello es más que una consecuencia del principio de gobierno republicano que una condición.

### *La corrupción de los principios*

Los regímenes políticos enfrentan numerosos accidentes que pueden precipitar su caída, pero generalmente es el decaimiento de la virtud general el indicio más claro del derrumbe. La pérdida de la comunidad no se manifiesta al comienzo en las instituciones sino en la disolución de su principio interno:

“La corrupción de cada régimen político empieza casi siempre por la de los principios”.<sup>47</sup>

En ese caso, todo el aparato jurídico y hasta el gobierno mismo resultará odioso para el pueblo corrupto, la violencia será cada vez mayor y el futuro imprevisible. Por el contrario, piensa Montesquieu, mientras se conserve la buena conducta general —o sea, la conducta virtuosa—, nada debe temer el estado; aunque existan deficiencias legales o institucionales, éstas pueden subsanarse sin dificultad por la buena voluntad y la virtud del pueblo.

La decadencia del principio magnifica las desgracias que pueden acaecer a una nación; una batalla sin importancia o un problema interno menor acelerarán el hundimiento. Montesquieu escribía:

“...si la casualidad de una batalla, es decir, la de una causa particular, ha destruido un estado, es que existiría una causa general que condujo a que este estado tuviera que hundirse por una sola batalla. En una palabra: el estado general es el que atrae a sí todos los destinos y sucesos particulares”.<sup>48</sup>

La república democrática degenera cuando se pierde el espíritu de igualdad y también cuando se lo extrema. En este segundo caso, el pueblo quiere ser igual a sus gobernantes y subvierte el principio de autoridad. La insolencia popular se transmite rápidamente a todas las instituciones de la nación, públicas y privadas; se pierde el respeto al Senado y por consiguiente a los ancianos, y cuando a éstos no se los respeta, tampoco los padres son obedecidos. Los maridos no merecen fidelidad ni los maestros sumisión:

<sup>47</sup> *EL*, VIII, 1.

<sup>48</sup> MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, cap. XVIII.

“...todos se aficionarán a este libertinaje: no respetarán a nadie, ni las mujeres, ni los niños, ni los esclavos. Perdida la moral, se acaban el amor al orden, la obediencia y la virtud”.<sup>49</sup>

Es quizás éste es el único pasaje del *Espíritu*... donde el autor traza un tímido paralelo entre virtud moral y virtud política. Existe generalmente, sostiene, un desorden económico en la base de la corrupción moral, azuzado por la demagogia gubernamental cuyo objetivo es el ocultamiento de la venalidad de los funcionarios. La democracia debe evitar por ello dos excesos: el de la desigualdad, que la transformaría en aristocracia o monarquía, y el de una igualdad exagerada, que conduce al despotismo.

Una república aristocrática se corrompe cuando el poder de los nobles se vuelve arbitrario. En este caso, ya no hay virtud posible ni entre los que mandan ni entre los gobernados. En tanto las familias poderosas se ajusten a la ley, el sistema aristocrático puede obtener excelentes resultados, pero en cuanto comienzan los subterfugios, esta clase de república degenerará en un estado despótico en manos de varios tiranos. La nación se convertirá en una oligarquía y todas sus fuerzas servirán al bolsillo de unos pocos. Esto precipita la caída institucional porque permite la simultaneidad de dos regímenes en la misma nación: el despotismo para los gobernados y la democracia entre los que gobiernan. En estas condiciones se hace muy difícil legislar por la naturaleza antagónica de ambos sistemas, además de tener así las leyes un valor relativo y a veces contradictorio:

“En este caso, la república no subsiste más que entre los nobles y para los nobles. Está la república en la clase que gobierna y el Estado despótico en las clases gobernadas; lo cual produce entre éstas y aquélla la división más profunda”.<sup>50</sup>

La vigencia del principio aristocrático quedará a salvo si los poderosos asumen la función de gobierno con auténtica vocación de servicio y sometidos al imperio de la ley, la cual debe hacerles sentir más los riesgos y fatigas de sus magistraturas que los goces del mando.

Obedece a la índole del sistema republicano, particularmente en la democracia, el permanente riesgo de corrupción. En efecto, su buen funcionamiento necesita de una virtud casi ausente en los gobiernos débiles.

Montesquieu no ha dado la solución teórica al problema de la igualdad política, bien que es consciente de los constantes inconvenientes que ella produce. Se ha quedado inmóvil en la trampa de la igualdad ante la ley, la cual ha generalizado hasta convertirla en un igualitarismo integral, a sabiendas de su error. Es claro que la igualdad ante la ley no implica la igualdad de los individuos entre sí; en este caso, el silogismo “A es igual a B - C es igual a B, ergo A es igual a C”, siendo B la igualdad ante la ley y A y C los individuos, es manifestamente falso porque el término medio está tomado en dos sentidos distintos. Es decir, no es igual la obligación del gobernante ante la ley que la de un simple artesano, o viceversa, no es lo mismo un individuo que otro. Cada cual es responsable ante la ley en distinta medida. A cada cual

<sup>49</sup> EL, VIII, 2.

<sup>50</sup> Ibíd, 4.

le competen, por la propia naturaleza del orden social, distintos papeles y es absurdo que su cumplimiento se juzgue con los mismos criterios.

Parece increíble que Montesquieu no haya comprendido la falacia del contractualismo y del estado de naturaleza, pero a partir de estos supuestos obtiene la postulación del republicanismo democrático. En su disculpa, digamos que él personalmente no simpatizaba con ese sistema, como bien lo nota Louis Althusser. En la aristocracia los peligros son menores porque los nobles tienen una formación superior a la del común del pueblo y pueden servir de ejemplo a las capas más bajas.

### Conclusión

El *Espíritu de las leyes* no ofrece una idea acabada acerca del *parti pris* de su autor en torno a las bondades o desventajas del sistema republicano. Su intención no era efectuar la apología de ningún régimen sino la de asentar una filosofía de la historia, aunque algunas de sus conclusiones le valieron ser invocado en la Revolución Francesa:

“Pour Montesquieu, l'amour de la démocratie se confond avec ce de l'égalité: c'est par là qu'il s'insère, en fin, dans le mouvement d'idées qui emportera la législation révolutionnaire”.<sup>51</sup>

Sin embargo, el espíritu pacífico y refinado del Barón de Brède no hubiese aceptado confundirse con las teorías de 1789. Si alguna posición ha de atribuírsele, ésa será su simpatía por el régimen aristocrático. La constitución inglesa se le presenta como un paradigma, pero es consciente de que su validez es sólo local. No pretende trasplantar el espíritu británico a Francia, sino que el valor ejemplar del sistema inglés está en la armoniosa complementación principio-naturaleza y no en el gobierno mismo o en el carácter de los ingleses. Si propusiese tal modelo político como el máximo objetivo a que deben aspirar todas las constituciones, la elaboración del *Espíritu*... habría sido una labor vana.

JORGE MARTÍNEZ BARRERA

<sup>51</sup> M. LEROT, ob. cit., p. 109.

## EL DERECHO ENTENDIDO COMO POTESTAD

(Acerca del dualismo "derecho objetivo-subjetivo")

*"El verdadero poder, el poder por el que tenemos que luchar día y noche, no es el poder sobre las cosas sino sobre los hombres".*

GEORGE ORWELL. (1984)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL "DERECHO OBJETIVO" Y EL "DERECHO SUBJETIVO", LA DOCTRINA DE LOS JURISTAS NACIONALES. — II. EL CONCEPTO DEL DERECHO: A) *El problema de la definición. La analogía.* B) *La definición del Derecho de Santo Tomás de Aquino.* C) *La determinación de lo justo. Recapitulación.* III. EL "DERECHO OBJETIVO". CRÍTICA. — IV. EL "DERECHO SUBJETIVO": A) *Nociones generales.* B) *Ius romano y "derecho subjetivo".* C) *Los orígenes del subjetivismo:* 1) La recepción de Aristóteles en la Edad Media. Voluntarismo y nominalismo. 2) La "querrela de la pobreza". Consecuencias. D) *El desarrollo del subjetivismo:* 1) La formación del pensamiento jurídico moderno: a) El subjetivismo en la escolástica jesuita. Francisco Suárez. b) Hugo Grocio. La Escuela Moderna del derecho natural. Las "declaraciones de derechos". c) Christian Wolff. Los nuevos "derechos del hombre". d) El "derecho subjetivo" en la teoría política de Hobbes. 2) Recapitulación. Crítica: a) Acerca de la definición de Francisco Suárez. b) La "libertad natural" y el "estado de naturaleza". c) Los "derechos humanos". E) *El "derecho subjetivo" en el siglo XIX y en la actualidad. Análisis crítico de la doctrina de los juristas nacionales:* 1) Cuestiones preliminares. 2) La voluntad y el interés. Las definiciones eclécticas del "derecho subjetivo". 3) Las teorías positivistas: a) Duguit y Kelsen. b) Los "derechos subjetivos" son "concesiones normativas". 4) Otras teorías antsubjettivistas: a) Hägerström y Lundstedt, "magia" y "tonterías". b) Alf Ross. La "referencia semántica". — V. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN: EL "DERECHO OBJETIVO" Y EL "DERECHO SUBJETIVO", LA DOCTRINA DE LOS JURISTAS NACIONALES

Afirma Casaubón que "si abrimos un tratado moderno de filosofía del derecho, de introducción al derecho o de derecho civil, parte general, en nueve veces sobre diez hallaremos —poco más o menos— los siguientes asertos: la palabra derecho tiene dos acepciones principales: 1º) un conjunto de normas que regulan coercitivamente la vida humana en sociedad, al que llaman derecho objetivo, y, 2º) los poderes o facultades de obrar o de no obrar que tales normas conceden a/o reconocen en los hombres u otros entes jurídicos y a esto lo llaman derecho subjetivo".<sup>1</sup>

<sup>1</sup> JUAN ALFREDO CASAUBÓN, "El conocimiento afectivo o por connaturalidad", La Ley, 1979-D-777.

No nos resulta difícil comprobar la certeza de tal afirmación, pues nuestros tratadistas no son ajenos a ese modo de explicar el derecho. En efecto, la generalidad de nuestros juristas aceptan y exponen el dualismo "derecho objetivo-subjetivo". A título ilustrativo, diremos que responden a esa temática —entre muchos otros— los dos tratados de derecho civil, parte general, más consultados actualmente —los de los doctores Jorge J. Llambías<sup>2</sup> y Guillermo a Borda<sup>3</sup>—, como así también diversos trabajos especiales publicados en revistas jurídicas, algunos de ellos de reciente data.<sup>4</sup> Además, nuestros autores están contestes en la existencia de una inmensa variedad de "derechos subjetivos", y ello no sólo por definición, pues en la mayoría de esas obras aparecen diversas clasificaciones de esos "derechos", e inclusive algunas aluden a distintas categorías y subespecies de los mismos. Como puede advertirse, la noción del "derecho subjetivo" tiende a propagarse infinitamente, lo cual es muy peligroso —al igual que la noción misma—, pues uno puede llegar a entusiasmarse, a construir una verdadera maraña de tales "derechos", y a perderse en ella, sin advertir sus consecuencias. No se crea que pasó por nuestra mente la más mínima intención de burlarnos de nuestros distinguidos juristas con tal afirmación; lo que ocurre es que nosotros estamos convencidos de que el derecho es algo más que unas cuantas normas y unas pretendidas facultades, dicotomía ésta que no encontramos ni en Aristóteles, ni en los grandes juristas romanos, ni en Santo Tomás de Aquino,<sup>5</sup> y que ha sido —a nuestro entender— correctamente calificada como "un verdadero cepo de la modernidad, puesto en las mentes de los hombres de derecho".<sup>6</sup> Por lo demás, como veremos, la noción del "derecho subjetivo" no existió siempre, y una vez concebida, como corriente del pensamiento llegó a proyecciones que desbordan ampliamente del enfoque que le brindan nuestros autores.

Por de pronto, ya que consideramos inadmisibles que el derecho pueda ser definido ora como norma, ora como facultad, en primer término, debemos referirnos, pues, al concepto del derecho que vamos a adoptar.

<sup>2</sup> JORGE JOAQUÍN LLAMBIÁS, (*Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. 1, pp. 20 y ss., Buenos Aires, Perrot, 1980) definió al derecho (objetivo) —adhiriéndose a la tesis de Georges Renard— como el orden o "el ordenamiento social justo", afirmando posteriormente que, en otro sentido, la voz "derecho" alude al "derecho subjetivo", al que conceptuó como "la prerrogativa reconocida a la persona por el ordenamiento jurídico para exigir un comportamiento ajeno tendiente a la satisfacción de intereses humanos".

<sup>3</sup> GUILLERMO A. BORDA (*Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. I, Buenos Aires, Perrot, 1980) entiende que el derecho (objetivo) es "el conjunto de normas de conducta humanas obligatorias y conformes con la justicia" (p. 11), agregando luego que, en su sentido subjetivo, el derecho tiene un significado diferente: es "el poder concedido por el ordenamiento jurídico, que sirve para la satisfacción de intereses humanos" (pp. 35 y ss.).

<sup>4</sup> Vgr., CARLOS H. VIDAL TAQUINI, "El derecho subjetivo familiar", *La Ley*, 1979, B-1001 y ss.

<sup>5</sup> J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 777.

<sup>6</sup> Opinión tomada de la nota de la editorial obrante en la contratapa del estudio de Michel Villey, *El pensamiento iusfilosófico de Aristóteles y de Santo Tomás*, Buenos Aires, Ghersi, 1981.

## II. EL CONCEPTO DEL DERECHO

### A) *El problema de la definición. La analogía*

Enseña Graneris que “definir el derecho es problema de la filosofía”, “problema lógico” que “se resuelve con la búsqueda del universal jurídico, o como también se dice, del concepto del derecho”.<sup>7</sup>

Ahora bien, nosotros estamos convencidos de que este problema ya ha sido resuelto —y ello hace siglos—, razón por la cual adoptaremos un método utilizado por Michel Villey: vamos a “consultar los libros de autores importantes que han consagrado su tiempo, y a menudo su genio, al estudio de la filosofía. Sería una locura intentar construir una filosofía personal cuando disponemos de semejante riqueza”.<sup>8</sup>

Como se sabe, la palabra “derecho” posee múltiples acepciones<sup>9</sup>; por lo tanto, corresponde averiguar cuál de todas esas significaciones es la primera y principal, cuál de ellas es el verdadero concepto del derecho. Y nadie mejor que Santo Tomás de Aquino para darnos la respuesta.

Pero, como para el Doctor Angélico el derecho es un término análogo,<sup>10</sup> entonces, antes de adentrarnos en su pensamiento acerca del derecho, debemos referirnos, pues, a la analogía.

Ante todo, debemos destacar que, tradicionalmente, en los términos universales se han distinguido tres formas o tipos principales: los unívocos, los equívocos y los análogos.<sup>11</sup> Término unívoco es el que designa a varios objetos según una misma significación (vgr., el concepto de “hombre” puede atribuirse de manera absolutamente idéntica a un negro y a un blanco; se aplica unívocamente a ambos); equívoco, el que se refiere a ellos según significaciones enteramente distintas (vgr., el término “can”, referido a la constelación celeste y al animal, es equívoco)<sup>12</sup>; y, por último, análogo es el término que puede predicarse de varias realidades distintas, pero que guardan entre sí una cierta unidad o relación, que legitima el que se las denomine de idéntico modo<sup>13</sup>; así, por ejemplo, “sano” es un término análogo, en cuanto se aplica a un alimento, al rostro y al cuerpo, dado que el alimento produce la salud, el rostro expresa la

<sup>7</sup> GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, EUDEBA S.E.M., 1977, pp. 5 y 8.

<sup>8</sup> M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, t. I, p. 47, Pamplona, Ed. Universitaria de Navarra, S. A., 1979.

<sup>9</sup> Cfr. LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1953, p. 168.

<sup>10</sup> Cfr. J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 777; CARLOS IGNACIO MASSINI, “Sobre la definición de Derecho de Francisco Suárez”, apéndice obrante en *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, del mismo autor, Buenos Aires, Abelardo-Perrot, 1980; CARLOS RAÚL SANZ, “Consideraciones en torno al abuso del Derecho”, *La Ley*, 1981-B-898.

<sup>11</sup> Cfr. C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., p. 83.

<sup>12</sup> Cfr. ANTONIO MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, S. A., 1978, p. 472; REGIS JOLIVET, *Curso de Filosofía. Tratado completo*, Buenos Aires, Club de Lectores, Biblioteca Argentina de Filosofía, 1978, p. 246.

<sup>13</sup> Cfr. CARLOS IGNACIO MASSINI, “Querella sobre la Ciencia del Derecho”, *La Ley*, 1982-A-832.

salud y el cuerpo la posee.<sup>14</sup> Ahora bien, dentro de la analogía, la filosofía clásica distingue diversas formas o especies, de las cuales nos interesa solamente una, aquella que Santo Tomás atribuye al término "derecho": se trata de la analogía de atribución,<sup>15</sup> que es la que atañe al término cuyo significado únicamente se cumple de una manera propia en uno de los objetos designados, no pudiendo aplicarse a los otros más que por medio de una relación a éste,<sup>16</sup> de manera tal que "el hombre que se dice múltiplemente de esta manera significa diversas proporciones a algo uno".<sup>17</sup> Así, por ejemplo, el ya aludido término "sano" no dice propia y principalmente sino el cuerpo (analogado principal), pero por analogía se aplica igualmente al alimento, que produce la salud en el cuerpo, y al rostro, que revela la salud corporal (analogados derivados).<sup>18</sup>

## B) La definición del Derecho de Santo Tomás de Aquino

De la sola lectura de sus textos, resulta sencillo advertir el carácter analógico que el Doctor Común le atribuye al término "derecho", como así también que el analogado principal es "la misma cosa justa".<sup>19</sup> Debemos referirnos, entonces, al significado de esta frase que —al decir de Graneris— resulta tan extraña para nuestros oídos del siglo xx.<sup>20</sup>

Para Santo Tomás no hay una sección o ángulo de la actividad humana que no gravite en torno a una virtud, y el derecho, que pertenece a las relaciones humanas, se encuentra en la órbita de la justicia, porque el derecho actúa y se desarrolla en las relaciones interpersonales, y éstas están todas bajo la guía de la justicia que, entre las cuatro virtudes cardinales, es la única que rige la acción *ad alterum*;<sup>21</sup> la justicia siempre se refiere a otro.<sup>22</sup> Y al ser posible disociar la justicia del acto de la justicia del agente —vgr., se puede cumplir determinada obligación (acto justo) con un ánimo recalcitrante<sup>23</sup>—, el derecho re-

<sup>14</sup> Cfr. R. JOLIVET, ob. cit., p. 832.

<sup>15</sup> Cfr. C. I. MASSINI, "Sobre la definición...", cit., p. 83.

<sup>16</sup> Cfr. A. MILLÁN PUELLES, ob. cit., p. 493.

<sup>17</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* 1 q. 13 a. 5, Madrid, Católica, S. A., B.A.C., 1956, vol. I.

<sup>18</sup> Véase nota nº 14.

<sup>19</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.* 2-2 q. 57 a. 1, vol. VIII: "Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas (...) este vocablo "derecho" originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien «comparece en derecho», finalmente es llamado también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo".

<sup>20</sup> G. GRANERIS, ob. cit., p. 19.

<sup>21</sup> Cfr. G. GRANERIS, ob. cit., pp. 19 y 20. Santo Tomás definió a la justicia en la *S. Teológ.* 2-2 q. 58 a. 1, vol. VIII, como "el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho".

<sup>22</sup> Cfr. SANTO TOMÁS, *S. Teológ.* 2.2 q. 58 a. 2, vol. VIII. Sobre la justicia puede verse: OCTAVIO NICOLÁS DERISI, "La significación de la virtud en general, y de justicia en especial, en la *Ética* de Santo Tomás de Aquino", *Rev. de la Universidad de Buenos Aires*, año II, nº 3, 1944, pp. 6 y ss.; también BERNARDINO MONTEJANO, *Los fines del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, pp. 17 a 47.

<sup>23</sup> Dice Carlos R. Sanz ("Consideraciones...", cit., p. 888, nota nº 9) que "no por repetido es menos necesario distinguir entre el acto justo y el acto del justo (...) Sobre el

sulta ser el objeto de la justicia (lo justo).<sup>24</sup> Es esa disociación —dice Graneris— “lo que permite a Santo Tomás identificar el derecho a veces con la *res* o con la *opus* o con la *actio*. En este campo usa los tres términos como tres sinónimos, porque también el *opus* y aun la *actio*, tomadas en su exterioridad, resultan *res*. Nuestros actos, separados del ánimo, caen al nivel de las cosas, y sólo son derecho en cuanto pueden ser equiparados a una cosa y tratados como cosa. Por eso se entiende la sinonimia tomista de los tres términos y la predilección de Santo Tomás por la *res* al definir el derecho: *ipsa res iusta*”.<sup>25</sup>

### C) La determinación de lo justo. Recapitulación

Dirá luego Santo Tomás que “según lo expuesto, el derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad” —es decir, que esa distribución, esa determinación de lo justo, no es arbitraria, sino que, por lo contrario, lo justo se determina objetivamente, atendiendo a los datos aportados por la naturaleza de las cosas, atendiendo a la realidad de personas y circunstancias<sup>26</sup>—. “Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendiendo a la naturaleza misma de las cosas (...) y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir (...) por un convenio privado (...) o por convención pública (...). Y esto es derecho positivo” —es decir, que aquello que es derecho se determina en razón de lo que el recto orden social, el natural acuerdo de las cosas y de las personas, exige en cada caso concreto<sup>27</sup>— debiendo tenerse presente que “si algo en sí mismo se opone al derecho natural, no puede hacerse justo por voluntad humana”.<sup>28</sup>

Haciendo una breve recapitulación, cabe destacar que el carácter analógico del derecho es una tesis capital de la teoría jurídica tomista, que el derecho es lo justo (analogado principal), que el Aquinatense no incluye entre los analogados derivados a las normas de conducta humanas (o sea, al moderno “derecho objetivo”), que la noción del “derecho subjetivo” es ajena a su realismo jurídico y que, finalmente, los derechos se determinan objetivamente y no en razón de los “intereses” que pudieran tener individualmente los hombres.

---

primero versa la preocupación del jurista, sobre el segundo ha de preocuparse el moralista”. Sobre las diferencias entre Derecho y Moral, puede verse: M. Villey, *Compendio...*, cit., pp. 86 y 87. Para esta cuestión y la indicada en la nota anterior, véase también: G. Graneris, ob. cit., cap. IV (“Derecho, Justicia, Moral”), pp. 43 y ss.

<sup>24</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.*, 2.2 q. 57 a. 1, vol. VII: “Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar (o regir) al hombre en las cosas relativas a otro. Implica, en efecto, cierta igualdad (...) Y la igualdad se establece con relación a otro (...) lo recto en el acto de justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye en atención a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro (...) En consecuencia, se da el nombre de justo a aquello que, realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente (...) De ahí que, de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, se determina por sí misma el objeto de la justicia y es llamado lo justo. Tal es el derecho. Luego es evidente que el derecho es el objeto de la justicia”.

<sup>25</sup> G. GRANERIS, ob. cit., pp. 22 y 23.

<sup>26</sup> Cfr. C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., pp. 86 y 87.

<sup>27</sup> Véase nota anterior.

<sup>28</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.*, 2.2 q. 57 a. 2, vol. VIII.

Entonces, nos encontramos ya en condiciones de averiguar cuál es la real significación de la dicotomía “derecho objetivo-subjetivo”.

### III. EL “DERECHO OBJETIVO”. CRÍTICA.

Nos recuerda Villey que “actualmente estamos acostumbrados —y esto es un efecto del triunfo del positivismo jurídico como así también del racionalismo— a entender con la palabra derecho, un conjunto de normas expresas (...). Lo pensamos como si fuera un código”.<sup>29</sup> Ésta es la forma en que es conceptualizado, explicado y entendido el “derecho objetivo”.

Ahora bien, ya hemos visto que en el léxico de Santo Tomás el término “derecho” no reviste tal sentido. Tampoco lo tuvo en el lenguaje de Aristóteles, e inclusive no lo consideraron de esa manera la mayor parte de los juristas hasta el siglo XVI, pues para todos ellos el término “derecho” revestía un sentido totalmente diverso que el que tiene para los positivistas modernos: significaba, simplemente, lo justo<sup>30</sup>, es decir, la solución justa, la buena solución jurídica que debía ser buscada para cada caso concreto; el derecho no es identificado con las normas abstractas y generales, surgidas del cerebro del legislador o de algún otro espíritu humano.<sup>31</sup>

Y en cuanto a la ley (norma escrita), si bien es un factor indispensable en la vida del derecho,<sup>32</sup> ella no es el derecho.

En el sistema de Aristóteles, las leyes que forman el armazón de la justicia general no son el derecho (el derecho era *to dikaion* —lo justo—, mientras que la ley se decía *nomos*),<sup>33</sup> y ello sin perjuicio de que el Estagirita sea un decidido partidario de la leyes positivas, ya que consideraba que, en una ciudad ordenada y civilizada, era necesario que a los postulados genéricos del derecho natural, se agregara como complemento la redacción de leyes precisas.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> MICHEL VILLEY, *Método, fuentes y lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Gherzi, 1978, p. 47.

<sup>30</sup> Cfr. M. VILLEY, *Método...*, cit., pp. 47 y 48; del mismo autor, *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Chile, Universidad Católica de Valparaíso, 1976, p. 159.

<sup>31</sup> Cfr. M. VILLEY, *Método...*, cit., p. 75.

<sup>32</sup> Cfr. G. GRANERIS, ob. cit., p. 31.

<sup>33</sup> Cfr. J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 777, nota nº 3; M. VILLEY, *Compendio...*, cit., t. I, p. 76.

<sup>34</sup> Cfr. M. VILLEY, “El pensamiento...”, cit., pp. 39 y 42. Puede advertirse la importancia que Aristóteles (*Ética nicomaquea-Política*, México, Porrúa, S. A., 1979) le otorga a las leyes a través de un rapidísimo recorrido a su *Política*, pues el Estagirita alude a aquellas en todos los Libros de esa obra: dice al respecto que la ley “es un cierto derecho” (L. 1<sup>o</sup>-I) y que ella “ha de estar necesariamente redactada en términos generales” (L. 2<sup>o</sup>-V); reconoce la necesidad de que “las leyes rectamente establecidas sean soberanas” (L. 3<sup>o</sup>-VII) y que ellas “deben establecerse en vistas de las constituciones” (L. 4<sup>o</sup>-I); también considera que “en los regímenes bien constituidos de nada hay que cuidar con tanto celo como de que no se contravenga en nada la ley” (L. 5<sup>o</sup>-VII), y, por otra parte, aconseja al legislador promulgar aquellas leyes “que comprendan lo más posible todos los medios conducentes a la conservación de la República” (L. 6<sup>o</sup>-III), como así también “esforzarse principalmente porque la legislación que promulga sobre la guerra y sobre todo lo demás tenga por fin el reposo y la paz” (L. 7<sup>o</sup>-XIII), y “poner el mayor empeño en la educación de los jóvenes” (L. 8<sup>o</sup>-I). Por lo demás, Aristóteles no esclaviza al hombre a la letra de la ley, pues predomina sobre ella la equidad (*Ética nicomaquea*, L. V, cap. X), la cual consiste en “el apar-

Por su parte, Santo Tomás nos enseña que la ley no es el derecho mismo, sino cierta razón del derecho,<sup>35</sup> es decir, cierta causa del derecho, cierto concepto, modelo o ejemplar, de lo que la conducta humana debe ser para ser derecho.<sup>36</sup> Por lo demás, el Aquinatense también nos brinda una definición de la ley,<sup>37</sup> que no se confunde con el concepto del derecho.

En razón de lo expuesto, podemos afirmar que las definiciones "objetivistas" del derecho son inadmisibles, pues ellas no definen al derecho. Tales definiciones no son otra cosa más que una de las tantas expresiones del normativismo, el que, como afirma Graneris, "puede revestir formas diversas y corruptoras, coloreándose de formalismo, de positivismo, de legalismo, y llegando por esta vía a sofocar la vida bajo el peso de la ley, de la fórmula, de la palabra".<sup>38</sup> Si no existieran autores que consideraran, por ejemplo, que "la ley más infame tiene que ser reconocida como obligatoria desde el momento en que se constituye de modo formalmente correcto",<sup>39</sup> y funcionarios que así lo hicieran, aplicándola, podría pensarse que las precedentes palabras de Graneris son algo exageradas. La realidad suele demostrar lo contrario. Denominar "derecho objetivo" a las normas, entonces, no tiene sentido ni reporta beneficio alguno al estudio del derecho.

En fin, puede utilizarse la expresión "derecho normativo" para denominar a las normas de conducta humanas, pero no puede definirse al derecho normativamente; y, por último, debe reservarse la expresión "derecho objetivo" exclusivamente para indicar a la propia cosa justa, al analogado principal, pues ése en su auténtico sentido,<sup>40</sup> es decir, indicar que el derecho es el objeto de la justicia.

---

tamiento de lo justo legal para salvar, en el caso concreto, lo justo natural ya que la aplicación de la ley —que rige lo general— llevaría a una solución injusta" (C. R. SANZ, "Consideraciones...", cit., p. 887, nota n° 7).

<sup>35</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.*, 2-2 q. 57 a. 1, vol. VIII: "Así como de las obras externas que se realizan por el arte preexiste en la mente del artista cierta idea, que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley, puesto que la ley —según San Isidoro— es "una constitución escrita"; y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho".

<sup>36</sup> Véase nota n° 5.

<sup>37</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.*, 1.2 q. 90 a. 4, vol. VI: "La ley no es más que una prescripción de la razón, en orden al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad". Sobre la ley jurídica en SANTO TOMÁS, puede verse: G. GRANERIS, ob. cit., cap. III, pp. 29 y ss.; sobre la ley —en general— en Santo Tomás, es útil consultar a GUILLERMO PATRICIO MARTÍN, *Introducción al Tratado de la Ley en Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1976.

<sup>38</sup> G. GRANERIS, ob. cit., p. 27.

<sup>39</sup> KARL BERBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, 1892, t. I, p. 144; cit. por ERIK WOLF, *El problema del Derecho Natural*, Barcelona, Ariel, 1960, p. 193, nota. n° 560.

<sup>40</sup> Cfr. J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 781. También G. GRANERIS, ob. cit., p. 54, destaca la diferente significación de la locución "derecho objetivo" en el sentido tomista y en el moderno; en el mismo sentido, G. P. MARTÍN, ob. cit., p. 46.

#### IV. EL "DERECHO SUBJETIVO"

##### A) Nociones generales

El término "derecho subjetivo", tal como lo entendemos hoy en día, es un espantoso producto de nuestra era: no data más que del siglo XIX. En efecto, tal noción fue ajena al pensamiento griego;<sup>41</sup> en el derecho romano, *ius* no significó de ningún modo "derecho subjetivo",<sup>42</sup> y, por último, ya hemos visto que el subjetivismo no nació ni podía nacer del cerebro de un Santo Tomás.<sup>43</sup> Sin embargo, la noción del derecho concebido como atributo de un sujeto y que no existe más que en ese sujeto se remonta al menos al siglo XIV;<sup>44</sup> luego trataremos sobre su origen.

Actualmente, es válido conceptualizar al "derecho subjetivo" como una facultad hecha efectiva por la fuerza real del Estado, un poder en el pleno sentido de la palabra,<sup>45</sup> una potestad que sirve a los intereses de un individuo, y, según lo entiende Legaz y Lacambra, "para la ciencia jurídica tradicional y para el común sentir de los hombres, no sólo es la facultad el paradigma del derecho subjetivo, sino que el derecho en general tiende a definirse por su sentido subjetivo. El derecho aparece ante todo como "mi" derecho".<sup>46</sup>

Si éste fuese un uso vulgar dado que a la gente le apasiona "tener derecho a" o "tener poder para", la importancia de la cuestión no sería mucha; bastaría con no utilizar tal significación en el ámbito académico y en el profesional. Pero, como se sabe, es el lenguaje jurídico técnico, el lenguaje jurídico culto, el que está impregnado de subjetivismo, y los resultados de ese subjetivismo —afirma Casaubón— son funestos, la historia así lo ha demostrado.<sup>47</sup> Es que si el derecho deja de ser "lo justo" para transformarse en un "poder", cualquier pasión, cualquier interés, aunque fueren abominables, pueden ser "convertidos" en "derechos", los que, en cuanto potestades, no tendrían límites, salvo, por supuesto, la fuerza, la violencia que, en este orden de ideas, bien podrían ser entendidas como el "ejercicio" del "derecho" por parte de quien ha sido agredido por el "derecho" de otro. No se equivoca Graneris, entonces, al afirmar que "el subjetivismo está siempre al borde del abismo excavado por la dirección antropocéntrica del pensamiento occidental de estos últimos siglos. Y cuando cae en tal abismo, consagra el imperio de la prepotencia (...) acaricia todas las insaciables voracidades individuales y colectivas, avala con el sugestivo nombre de derecho los más desenfundados deseos del hombre vanidoso y de las masas inconscientes, fomenta sueños, ilusiones, desilusiones, abre la puerta a la discordia y a la ruina".<sup>48</sup>

<sup>41</sup> Cfr. M. VILLEY, *Compendio...* cit., t. I, pp. 67, 87 y 162; del mismo autor, *Estudios...* cit., p. 64: "No hay nada más objetivo que el *dikaion* (lo justo-el derecho) de Aristóteles"; también, *El pensamiento*, cit., pp. 15 y ss.

<sup>42</sup> Cfr. WERNER GOLDSCHMIDT, *Introducción filosófica al Derecho*, Buenos Aires, Depalma, 1978, p. 308; CARLOS RAÚL SANZ, "Reflexiones iusfilosóficas en torno a la problemática actual del contrato", *La Ley*, 1978-D-950, nota nº 57; M. VILLEY, *Compendio...* cit., t. I, pp. 162 y 163; del mismo autor, *Estudios...* cit., caps. II a V, donde el tema en cuestión es ampliamente tratado.

<sup>43</sup> Cfr. J. A. CASAUBÓN, ob. cit., pp. 777, 779 y 780; G. GRANERIS, ob. cit., p. 23; G. P. MARTÍN, ob. cit., p. 46.

<sup>44</sup> Cfr. M. VILLEY, *Compendio...* cit., t. I, p. 162.

<sup>45</sup> *Ibid.*, t. I, p. 164.

<sup>46</sup> L. LEGAZ Y LACAMBRA, ob. cit., p. 579.

<sup>47</sup> J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 779.

<sup>48</sup> G. GRANERIS, ob. cit., p. 27.

## B) *Ius romano* y “derecho subjetivo”

Hemos dicho anteriormente que la palabra *ius* no significaba en la Roma clásica “derecho subjetivo”.

Ahora bien, debemos advertir que no hay unanimidad de criterios sobre este particular,<sup>49</sup> pues mientras algunos autores sustentan la opinión que compartimos,<sup>50</sup> otros opinan lo contrario.<sup>51</sup>

Nosotros creemos —con Villey— que los romanos no elaboraron la Ciencia del Derecho sobre la base del individuo y que, en verdad, ellos “no construían el derecho: lo observaban como una cosa y como un objeto del mundo naturalmente social”, y si fuese necesario adoptar una definición romana del derecho, “quizás la más esclarecedora sería la de Paulo en el Digesto”, según la cual “el derecho es el *id quod iustum est* (aquello que es justo), la *res* justa (...), una cosa; la ciencia sólo observa cosas”.<sup>52</sup> La ciencia jurídica romana no se presenta, pues, como la ciencia de los derechos de cada uno.<sup>53</sup>

Además, destaca Villey que las grandes obras didácticas del derecho romano —como las *Institutas* de Gayo— “buscan describir no derechos, sino estatutos. Estatutos de las cosas o estatutos de las personas”.<sup>54</sup> Una vez más Villey tiene razón. En efecto, en el más difundido manual jurídico de la antigüedad —que no es otro que sus *Institutas* o *Instituciones*—,<sup>55</sup> Gayo realiza una meticolosa descripción del escenario jurídico: señala que “todo el derecho que usamos se refiere o a las personas, o a las cosas, o a las acciones”,<sup>56</sup> y desarrolla su obra tratando a esos tres grandes temas en ese orden, explicándolos desde un ángulo netamente objetivo. Además, Gayo no trata a los derechos como potestades, sino como cosas: dice —en el Comentario Segundo de sus *Institutas*— que “unas cosas son corporales y otras incorpóreas. 13. Son corporales las cosas tangibles (...). 14. Son incorpóreas las no tangibles, como las que consisten en un derecho”.<sup>57</sup> El lenguaje subjetivo es, pues, totalmente ajeno al texto de Gayo.

De lo expuesto, resulta que la noción del “derecho subjetivo” no fue objeto de elaboración científica en Roma: el *ius* no es un “derecho subjetivo” ni nada

<sup>49</sup> Vgl., ÁNGEL E. LAPIEZA ELLI (*Historia del Derecho Romano*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975) considera que la voz latina *ius* es utilizada con “el significado aproximado de poder o facultad de un individuo o ente”, reconociendo que “es actualmente controvertido si *ius*, en esta acepción, cubre plenamente nuestro concepto de derecho subjetivo”.

<sup>50</sup> Véase nota nº 42.

<sup>51</sup> Vgl., LUIS RODOLFO ARGÜELLO (*Manual de Derecho Romano. Historia e instituciones*, Buenos Aires, Astrea, 1981, p. 6) entiende que la palabra *ius* presenta un “sentido subjetivo, como facultad o poder que el ordenamiento jurídico reconoce a un sujeto”.

<sup>52</sup> M. VILLEY, *Estudios...*, cit., p. 235.

<sup>53</sup> Cfr. M. VILLEY, *Estudios...* cit., p. 42. Nos comenta el profesor parisino que “hay en los glosadores (...) listas de los sentidos de la palabra *ius* (...) en ellas se menciona siempre que la palabra significa la parte justa (...) no el poder” (p. 164), y que “estos excelentes conocedores del texto romano no mencionaron que *ius* tenga el sentido de derecho subjetivo” (p. 34).

<sup>54</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>55</sup> Cfr. A. E. LAPIEZA ELLI, *ob. cit.*, p. 21.

<sup>56</sup> GAYO, *Instituciones*, I, 8, p. 4, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1943,

<sup>57</sup> *Ibid.*, II, 12 a 14, p. 48.

que se le parezca. En efecto, si bien los romanos conocían la idea de los “poderes” del individuo, no le otorgaron a esos “poderes” la calidad de jurídicos, ni menos aún, los llamaron *ius*.<sup>58</sup>

### C) Los orígenes del subjetivismo

#### 1) La recepción de Aristóteles en la Edad Media. Voluntarismo y nominalismo

La profunda renovación que la síntesis de Santo Tomás aportaba a la ciencia sagrada y a la filosofía cristiana no fue bien recibida en un siglo en el que había triunfado el neoplatonismo. Muchos creyeron ver en el nuevo aristotelismo un desquite del antiguo paganismo contra la verdad evangélica ya extendida por el mundo conocido de la época, y algunas tesis del aristotelismo tomista fueron consideradas incompatibles con la tradición teológica; más aún, algunas condenaciones antiaveroístas se refirieron también a ciertas tesis tomistas.<sup>59</sup>

La recepción de Aristóteles revolucionó, pues, al culto ámbito universitario del medioevo, que bien pronto reaccionó contra aquél, y, así, impactados por los peligros que un aristotelismo de corte averroísta podía traer al reconocimiento de la omnipotencia de Dios, fueron los maestros franciscanos —en especial Juan Duns Scotto (Escoto) y Guillermo de Occam (Ockham u Ockam)— quienes, al alzar el estandarte de la absoluta libertad de Dios respecto de su Creación, dieron fundamento teológico y metafísico al voluntarismo moderno. Y al voluntarismo moral de los monjes franciscanos se le sumará un nominalismo lógico —conforme al cual todos los temas sociales son abordados desde la perspectiva del individuo aislado—, de cuya unión resultará una rancia postura individualista.<sup>60</sup>

De esta manera, nos encontramos ante una nueva forma de verse al hombre, al cosmos y a Dios,<sup>61</sup> nos encontramos ante un mundo estructurado a partir de las absolutas potestades de ese Dios mandón del franciscanismo, cuya omnipotencia será —al decir de Sanz— la clave de bóveda del sistema, y ante un hombre dotado de un conjunto de potestades que le han sido otorgadas por Dios como anexo inescindible de su acto creador.<sup>62</sup> Y será precisamente Occam —cuyo voluntarismo es irrestricto—<sup>63</sup> quien emita la primera definición clara y

<sup>58</sup> Cfr. M. VILLEY, *Estudios...*, cit., pp. 99, 117 y 161.

<sup>59</sup> Cfr. F. CANALS VIDAL, *Historia de la Filosofía Medieval*, Barcelona, Herder, 1976, pp. 246 y ss.; BELISARIO ORTIZ Y BUSTOS, *Manual de Historia de la Filosofía*, República Argentina, Universidad de Córdoba, 1977, p. 97.

<sup>60</sup> Cfr. C. R. SANZ, “Reflexiones...”, cit., pp. 949 y 950.

<sup>61</sup> Cfr. GUIDO FASSO, *Historia de la Filosofía del Derecho*, t. 2 (La Edad Moderna), Madrid, Pirámide, S. A., 1979, pp. 15 y 16; C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 44.

<sup>62</sup> C. R. SANZ, “Consideraciones”, cit., p. 894.

<sup>63</sup> Cfr. BELISARIO ORTIZ Y BUSTOS, *Manual de Filosofía del Derecho*, República Argentina, Universidad de Córdoba, 1980, p. 225. Para Occam, Dios es omnipotente, voluntad sin trabas, ni siquiera las de la razón; por lo tanto, la justicia e injusticia de los actos dependen única y exclusivamente del querer de Dios, sin que la razón pueda establecer pautas objetivas y permanentes. En efecto, el derecho natural, al ser conocido por el hombre mediante la razón, era transformable por Dios a su arbitrio, pudiendo ser de otro modo, ya que la razón humana no es sino el medio con el cual Dios hace conocer al hombre su voluntad, la que —insistimos— no está en modo alguno vinculada a la razón, siendo en Dios

completa del “derecho subjetivo”, será él quien introduzca por primera vez en el mundo de los juristas la consideración del derecho entendido como potestad.<sup>64</sup>

## 2) La “querrela de la pobreza”. Consecuencias.<sup>65</sup>

Occam, muy poco jurista en un comienzo, se encontró lanzado en el pleno centro de las controversias jurídicas que afectaron la vida de su Orden, y fue en ocasión del enfrentamiento de esta última y el Papado —en la denominada “querrela de la pobreza”— cuando emitió su concepto del “derecho subjetivo”. Veamos, entonces, el marco histórico de tal cuestión.

San Francisco había dado por regla a los hermanos de su Orden la de ser pobres, a ejemplo de Jesucristo, pero no definió a la pobreza en términos jurídicos. Ocurrió que los franciscanos, como consecuencia de la extensión de la Orden y de su gran prestigio, se encontraron poseedores de numerosos bienes: iglesias, conventos, libros y provisiones. Hubo, pues, una evidente discordia entre los hechos y la regla. El Papado entendió solucionar tal cuestión estableciendo, en un compromiso, que los bienes de las Comunidades franciscanas, si bien permanecían a su disposición, eran oficialmente de la Santa Sede. Numerosas bulas se refirieron a esta cuestión.

Pero tal situación cambia radicalmente cuando al Papa Juan **xxii** se le ocurre denunciar el contrato, sosteniendo que pretender que los franciscanos sólo tienen el uso y no la propiedad es una aserción técnicamente inadmisibles, que pretender que los franciscanos no tienen derechos es una ficción y que, por lo tanto, se les debe restituir la propiedad. Además, Juan **xxii** pretende expresarse en un lenguaje jurídico correcto, de manera que, al intentar forzar a los franciscanos a tomar el título de propietarios, proyecta el sentido de la palabra *ius* al mismo centro de la discusión.

El general de los franciscanos, Miguel de Cesene, y luego Occam, polemizarán contra la postura del Papado. Occam tratará de demostrar que los franciscanos tiene el uso sin el derecho y, por carecer de una buena formación jurídica, va a transportar al derecho el lenguaje de los no técnicos, formulando una serie de definiciones personales sobre los términos que están en litigio, definiciones apropiadas a esa problemática y favorables a su posición, reservando el título de “derecho”, en el más estricto sentido de la palabra, a la potestad que se tiene sobre un bien (*ius forti*), potestad que nace, dice, en virtud de pacto, que procede de la convención y de la ley positiva humana y que lleva la sanción pública. Tales eran los casos del dominio, del usufructo, del derecho de usar, derechos que derivan de la ordenación humana y cuya esencia consiste en la facultad de recurrir a la sanción creada por el Estado, y son a

---

como en el hombre la voluntad superior al intelecto (Bibliografía utilizada: F. CANALS VIDAL, ob. cit., pp. 284 y ss.; G. FASSO, ob. cit., t. 2, p. 17; C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 35; E. WOLF, ob. cit., p. 108. En las pp. 229 y 230 de la obra de Ortiz y Bustos citada en esta nota puede consultarse una pequeña —pero muy útil— transcripción de textos de Occam).

<sup>64</sup> Véase nota nº 62.

<sup>65</sup> Este apartado ha sido desarrollado conforme con el tratamiento dado a la cuestión por M. VILLEY, (*Estudios...*, cit., pp. 169 a 190). Recomendamos su lectura.

estos derechos —que no son otros que los que hacen mención las bulas favorables a la Orden— a los que renuncian los franciscanos.

Consecuencia de la “querrela de la pobreza” será una nueva visión del mundo jurídico: el orden jurídico-social aparecerá ahora constituido sobre la base de un sistema de poderes subordinados los unos a los otros y de leyes nacidas de esos poderes. Nace así un nuevo orden social, en el cual el “derecho” individual será la célula elemental, y que se constituirá todo entero sobre la noción de *potestas*, elevada a la dignidad de derecho.

#### D) *El desarrollo del subjetivismo*

##### 1) La formación del pensamiento jurídico moderno

Esta “célula elemental”, en verdad, no hubiera bastado por sí sola para configurar un sistema coherente; a ella tuvo que agregarse la reaparición de viejos mitos estoicos relativos a un supuesto “estado de naturaleza presocial”, en el cual los hombres, solos y libres, vivían sin ataduras ni límites. Y esas “libertades” de tal “estado” serán consideradas como derechos. Luego, el “contrato social” resultará ser el remedio recompositivo del mundo social, el origen y el sustento de todo el sistema jurídico-político. Los “derechos presociales”, aunque se presentan como enajenables para construir el Estado, no se alienan en su totalidad; ciertas “potestades” se mantienen en el estado civil como expresiones de la esencia intransferible del hombre, que es su libertad. Y el Estado, constituido por la sumatoria de esas “libertades” enajenadas, luego de organizarlas y programarlas por medio de la ley, las restituye —aunque sistematizadas y limitadas— en la forma de “derechos subjetivos” civiles. Se advierte, entonces, que el factor cardinal es siempre la noción del derecho entendido como potestad, y el “pacto social” será el pivote entre esos “derechos” de uno y otro estadio: derechos subjetivos naturales transmitidos; derechos subjetivos naturales reservados y derechos subjetivos civiles. Y la noción del “derecho subjetivo” siguió su marcha. Comenzó a ocupar un puesto de honor en las obras de destacados pensadores, y llegó a convertirse en el concepto soberano del derecho moderno. La escolástica jesuita será uno de los carriles por donde transiten esas ideas: la Escuela Moderna del derecho natural las introducirá en el derecho continental; otros pensadores —como Richard Hooker y John Locke— las legitimarán en el campo del *common law*; <sup>66</sup> con posterioridad serán desarrolladas por juristas de todo el mundo, y aún hoy en día serán objeto de elaboración doctrinaria.

Veamos, pues, cómo se desarrolló este proceso, a través de las opiniones de algunos de los principales pensadores que se han referido a la cuestión que tratamos.

##### a) El subjetivismo en la escolástica jesuita. Francisco Suárez.

Para el más difundido representante de la Escuela Española del Siglo de Oro, igual que para Santo Tomás, el término “derecho” es un término análogo; en efecto, en las primeras páginas de su *Tratado de las Leyes y de Dios Le-*

---

<sup>66</sup> Cfr. C. R. SANZ, “Consideraciones...”, cit., pp. 894 a 896.

*gislador*, analiza el *Doctor eximius* el significado del término “derecho” y estudia las diversas formas analógicas con que éste se emplea, atribuyendo a cada una de ellas el carácter de “propia” y “más estricta”, en otras palabras, de analogado principal de una analogía de atribución. Como se advierte, el jesuita español es fiel en esto al método tomista.<sup>67</sup> Pero Suárez no fue insensible a las sugerencias de Scotto y Occam, siendo frecuentes las citas que realiza de Juan de Gerson, del belga Driedo y de otros occamistas.<sup>68</sup>

Parecería que la influencia de autores de esa línea fue la causa que motivó a Suárez a decir que “según el último y más estricto significado de *ius*, con toda propiedad suele llamarse *ius* al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe (...) luego la acción o facultad moral que cada uno tiene sobre su cosa o sobre la cosa que de algún modo le pertenece, se llama derecho, y ése parece ser propiamente el objeto de la justicia”.<sup>69</sup>

Como se advierte, la perspectiva desde la cual se conceptualiza el derecho en el sistema suareciano es muy distinta del objetivismo jurídico del Aquinate, pues el jesuita español traslada al analogado principal de la “cosa justa” a la “facultad moral”.<sup>70</sup> Es ese cambio de perspectiva la razón por la cual nosotros hemos citado al *Doctor eximius*, como así también porque su influencia sobre Grocio, padre del derecho natural moderno, es hoy cosa comprobada.<sup>71</sup>

b) Hugo Grocio. La Escuela Moderna del derecho natural. Las “declaraciones de derechos”

Grocio (Grotius) inició su *Tratado sobre la guerra y la paz* con una serie de definiciones preliminares, de las cuales nos interesa la siguiente: “el derecho es una cualidad moral que compete a la persona para tener o hacer algo justamente (...) La cualidad moral perfecta se llama facultad (...) Los jurisconsultos, para denominar la facultad, emplean precisamente esa palabra; en lo futuro, nosotros la llamaremos derecho en sentido propio y estricto; el cual implica: la potestad (...) sobre sí mismo (libertad); hacia otros (como la potestad del padre o del amo); el dominio pleno, el menos pleno, etc.”.<sup>72</sup>

Villey considera que esta es la definición misma del “derecho subjetivo”, señalando que, si bien Grocio no hizo del sentido subjetivo más que una de las acepciones de la palabra *ius*, y que él no concebía al “derecho subjetivo” de una

<sup>67</sup> Cfr. C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., pp. 82, 90 y 91.

<sup>68</sup> Cfr. G. FASSO, ob. cit., t. 2, p. 64; C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 103.

<sup>69</sup> Transcripción obrante en B. ORTIZ Y BUSTOS, *Manual de Filosofía...*, cit., p. 247, de textos de FRANCISCO SUÁREZ, *Tratado de las Leyes y del Dios Legislador*, Instituto de Estudios Políticos de Madrid, L. I, cap. 2º.

<sup>70</sup> Cfr. C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., pp. 92 y 93.

<sup>71</sup> Cfr. P. I. ANDRÉ-VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, pp. 14 (nota nº 3), 19, 27 y 28; GIORGIO DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, p. 50, nota nº 2, Barcelona, Bosch, 1974; C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 103. W. GOLDSCHMIDT (ob. cit., pp. 506 y 507) señala la influencia de los teólogos y juristas españoles en Grocio. B. Ortiz y Bustos (*Manual de Filosofía...*, cit., p. 264) destaca las citas de Grocio a Francisco de Vitoria, y E. Wolf (ob. cit., p. 143) reconoce que Grocio ha tomado elementos filosófico-teológicos de sus predecesores españoles.

<sup>72</sup> GROTIUS, *De iure Belli ac Pacis*, L. I, cap. 1, párrs. 4 y 5; cit. por M. VILLEY, *Estudios...*, cit., p. 25, nota nº 1.

manera perfectamente delineada, tal definición merece igualmente ser destacada, sobre todo por la celebridad de que ella ha gozado durante dos siglos, por el significado nuevo y pleno que sus lectores antiguos le han otorgado —todo lo cual nos autoriza para ver en ella el origen de un pensamiento de tipo individualista—, y porque toda la Escuela Moderna del derecho natural cita a este pasaje de Grocio o, al menos, se inspira en él.<sup>73</sup>

De esta manera, por medio del *Tratado sobre la guerra y la paz*, entran en el derecho moderno lo que hasta entonces eran meras digresiones escolares o disputas universitarias,<sup>74</sup> y este concepto del derecho entendido como potestad gravitará en las obras de los autores de la época. Así, por ejemplo, Samuel Puffendorf dirá que “en la palabra derecho se incluye la potestad tanto hacia las personas cuanto hacia las cosas”.<sup>75</sup> Y, al igual que los demás autores de la Escuela Moderna del derecho natural, Puffendorf será partidario de la teoría del “estado de naturaleza”<sup>76</sup> —si bien cada pensador lo presenta con matices propios, distintos en algunos aspectos de los demás—,<sup>77</sup> con sus pertinentes “hombres individuales” correteando con sus “derechos innatos” a cuestras hasta la formación —vía “pacto social” y afines—<sup>78</sup> del Estado, el que le otorgará a esos mismos hombres “derechos adquiridos” convirtiéndose el “individuo” en “ciudadano”, al tiempo que “soporta o sufre la pérdida de la libertad natural, y se sujeta a una autoridad”.<sup>79</sup>

Y es en estas teorías donde se encuentra la fuente y razón de las “declaraciones de derechos” del siglo XVIII. Dice Massini al respecto que “la «Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano», la «Declaración de Derechos de Virginia», cuyo contenido se debe a Puffendorf a través de John Wise, e inclusive la actual doctrina de los «Derechos Humanos», utilizada por los Estados Unidos para castigar a los países amigos, son todas tributarias de esta concepción del derecho como facultad personal, como reivindicación de

<sup>73</sup> M. VILLEY, *Estudios...*, cit., pp. 25 y 26. También ANDRÉ-VINCENT (ob. cit., p. 33) y FASSO (ob. cit., t. 1, pp. 71 y 79), señalan la influencia de Grocio en los autores de la modernidad. Wolf (ob. cit., p. 143) la destaca particularmente con respecto a Puffendorf.

<sup>74</sup> Cfr. MICHEL VILLEY, *Los fundadores de la Escuela Moderna del derecho natural*, Buenos Aires, 1978, pp. 13 y ss.; cit. por C. R. SANZ, “Reflexiones...”, cit., p. 951.

<sup>75</sup> PUFFENDORF, *Elementarum jurisprudentiae universalis libri duo* (1660), L. I, def. 8; cit. por M. VILLEY, *Estudios...*, cit., p. 26, nota nº 3.

<sup>76</sup> SAMUEL VON PUFFENDORF, *De la obligación del hombre y del ciudadano según la ley natural, en dos libros*, L. Segundo, cap. I, República Argentina, Universidad de Córdoba, pp. 177 y ss.

<sup>77</sup> Esas diferencias de tratamiento ya habían tenido lugar en los aludidos mitos estoicos; vgr., mientras Lucrecio lo consideraba como un estado de lucha y peligro constante, Séneca lo conceptuaba en condiciones de paz y felicidad (Cfr. G. FASSO, ob. cit., t. 2, p. 84). Puffendorf fue partidario de la versión “trágica” del “estado presocial”, pues consideró que el estado natural del hombre “parecería haber sido más infeliz que el de cualquier bestia” (*De la obligación...*, cit., L. Segundo, cap. I, 4, p. 178).

<sup>78</sup> S. VON PUFFENDORF, *De la obligación...*, cit., L. Segundo, cap. 6, pp. 207 y ss.: para este autor, “para que un Estado se una de forma regular, se necesitan dos pactos y un decreto”: por el primer pacto, los “individuos” acuerdan convertirse en “conciudadanos”, y por el segundo, el gobernante se compromete a velar por la seguridad común y los gobernados a obedecerle y a usar sus “poderes” en bien de la defensa común; interín, el “decreto” establece la forma de gobierno que ha de implantarse.

<sup>79</sup> *Ibid.*, L. Segundo, cap. 5, 4, p. 203.

las potestades, sin otro fundamento que una noción *a priori* de la naturaleza del hombre, ubicada en el inexistente «estado de naturaleza».<sup>80</sup> Por supuesto, “nada sería más contrario al método del derecho natural clásico —como lo destaca André-Vincent— que pretender deducir todas las leyes y todo el derecho a partir de una noción (por perfecta que ella sea) de la naturaleza humana”.<sup>81</sup> Y los autores modernos lo hicieron así, deduciéndolos de la naturaleza —no muy “perfecta”— de un extravagante “individuo aislado”, depositado en ficticio “estado presocial”.

c) Christian Wolff. Los nuevos “derechos del hombre”

Directamente de Grocio, tomarán el método de pensamiento y los postulados fundamentales los principales juristas de la Edad Moderna, entre ellos Christian Wolff, quien será el pensador de mayor influencia en el movimiento codificador que se inicia en las postrimerías del siglo XVIII.<sup>82</sup> Wolff sufrirá la influencia de Puffendorf, pero luego seguirá la doctrina de Leibniz,<sup>83</sup> escribiendo, entre otras obras, un vasto y complejo sistema de derecho natural, en ocho volúmenes,<sup>84</sup> en el cual sigue las doctrinas tradicionales de entonces, es decir, la sociabilidad del hombre, el “contrato social”, etc.; distingue entre los “derechos innatos” (del “estado de naturaleza”) y los “hipotéticos” o “adquiridos” (del estado social), correspondiendo los primeros a los deberes universales que el hombre tiene por su propia naturaleza.<sup>85</sup> Y en cuanto al subjetivismo en sí, es de notar que al mismo término “derecho de la naturaleza” Wolff le atribuye el significado no de ley, sino de “derecho subjetivo” puesto por la ley.<sup>86</sup>

Por lo demás, habiendo trabajado en base a la idea de “naturaleza del hombre” considerado individualmente, Wolff partía del axioma de que el individuo es llamado por la naturaleza a la “perfección” de su ser, por tanto, a la perfecta libertad, a la riqueza y a la felicidad. Era menester, pues, que la propia naturaleza le dotara de “derechos” que correspondan a esos deberes. De aquí surge la floración de nuevos “derechos del hombre”, “derechos” que encontramos en los textos de las Constituciones modernas y en las declaraciones internacionales.<sup>87</sup>

---

<sup>80</sup> C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., pp. 48 y 49. También E. Wolf (ob. cit., p. 150) destaca la utilización de las doctrinas de Puffendorf —vía Wise— en la declaración estadounidense de los “derechos del hombre”. B. Ortiz y Bustos (*Manual de Filosofía...*, cit., pp. 391 y 392), al referirse al tema, señala que “aun las declaraciones de derechos y garantías constitucionales se inspiran en su pensamiento”.

<sup>81</sup> P. I. ANDRÉ-VINCENT, ob. cit., p. 35. Este autor también reconoce la raíz individualista de la Declaración de 1879 (p. 54). Por otro lado, es útil destacar —como lo hace Goldschmidt (ob. cit., p. 447)— que “la distinción entre hombre y ciudadano radica en la creencia en el pacto social: el individuo se convierte a través del pacto social de hombre en ciudadano correspondiéndole derechos en cada una de ambas formas”.

<sup>82</sup> Cfr. C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., pp. 103 y 104.

<sup>83</sup> Cfr. G. FASSO, ob. cit., t. 2, pp. 175 y 176.

<sup>84</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, ob. cit., p. 75; Ortiz y Bustos, *Manual de Filosofía...*, cit. p. 303.

<sup>85</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, ob. cit., pp. 75 y 76.

<sup>86</sup> Cfr. G. FASSO, ob. cit., t. 2, p. 176; C. I. MASSINI, *La desintegración...*, cit., p. 45.

<sup>87</sup> Cfr. M. VILLEY, *Compendio...*, cit., t. 1, p. 169.

Y este pulular de “derechos del hombre” llega, lamentablemente, a límites insostenibles,<sup>88</sup> si bien era de esperarse que así sucediera, pues se trata de “derechos subjetivos”. Así, por ejemplo, en favor de la “liberación” y de la “realización” de la mujer, se ha sostenido su “derecho” a interrumpir libremente la gravidez. Al respecto, señala Bosch que “el caso del aborto se nos presenta, examinado dentro de los supuestos de los derechos humanos, de un modo positivamente paradójico, en el que fatalmente entra en colisión el “derecho humano de la pareja” —en nuestro ejemplo, particularmente el de la mujer— frente al del hijo concebido. El sacrificio final de este último es un buen ejemplo de lo inadecuado del mecanismo, así como de su hipocresía”.<sup>89</sup> Para que los hechos avalen estas afirmaciones, basta con recordar aquí que, durante la redacción del denominado “Nuevo Proyecto del Código Penal para España”, se propuso que el aborto no debía ser castigado en los tres primeros meses de la preñez, lo que no era otra cosa que proponer el “derecho” al “aborto libre” durante tal período. Cabe acotar que los primeros estudios del “Nuevo Código Penal” se llevaron a cabo a fines de 1977 y que, felizmente, esa proposición fue rechazada por la Comisión redactora.<sup>90</sup>

d) El “derecho subjetivo” en la teoría política de Hobbes.<sup>91</sup>

El punto de partida de la teoría hobbesiana es un caótico “estado de naturaleza” en el cual, a duras penas, coexisten individuos egoístas, naturalmente libres, a quienes les era lícito hacer cualquier cosa y contra quien quisieran, en pos de su propia conservación, usando de sus poderes para defenderse de sus lobunos congéneres por todos los medios posibles, sin que exista entre ellos ninguna ley común. La condición natural del hombre era, pues, “una guerra tal que es la de todos contra todos”,<sup>92</sup> en la cual nada podía ser injusto.<sup>93</sup> Ahora bien, para escapar de “esa miserable condición de guerra que (...) es consecuencia necesaria de las pasiones naturales”,<sup>94</sup> los hombres recurrirán al “pacto social” forjando, por encima de ellos mismos, a una superpotencia, la que establecerá el orden social que faltaba en el “estado de naturaleza”, de manera tal que todo el derecho será creación voluntaria del legislador. Al asociarse, los futuros ciudadanos renuncian, en provecho del nuevo soberano, a su ilimitada libertad natural, a su primitivo derecho sobre todas las cosas, pero reciben a cambio nuevos derechos, derechos civiles que serán también “dere-

---

<sup>88</sup> Queremos recordar aquí las siguientes palabras de Antoine de Saint-Exupéry (*Ciudadela*, VIII): “—Y si dejas multiplicar a los Camanduleros (...) entonces nacerán los derechos de los camanduleros (...) Y nacerán cantres para celebrártelos. Y te cantarán cuán grande es la patética de los camanduleros amenazados de desaparecer”.

<sup>89</sup> FRANCISCO M. BOSCH, “En torno a los derechos humanos”, *La Ley*, 1979-D-805, nota n° 2.

<sup>90</sup> Datos tomados de ÁNGEL R. MERCADO, “El proyecto del Nuevo Código Penal Español”, *La Ley*, 1982-A-872 y 873. No ignoramos que el aborto ha sido legalizado en diversas legislaciones, pero preferimos este ejemplo por considerar que es el que nos toca más de cerca, por tratarse de hechos acontecidos en nuestra Madre Patria.

<sup>91</sup> Seguimos aquí la interpretación dada al sistema hobbesiano por M. VILLEY, *Estudios...*, cit., pp. 54, 55, 193 y ss., y *Compendio...*, cit., t. 1, pp. 159 y ss.

<sup>92</sup> THOMAS HOBBS, *Leviatán*, t. 13, México, Fondo de Cultura Económica, 1940, p. 102.

<sup>93</sup> *Ibid.*, I, 13, p. 104.

<sup>94</sup> *Ibid.*, II, 17, p. 137.

chos subjetivos” como lo eran los derechos naturales de los cuales obtienen su origen, derechos civiles que han recibido amplias modificaciones en relación con el “estado presocial”, pero que conservan la misma esencia.

De allí que pueda afirmarse que el fin del sistema de Hobbes está dirigido a la consolidación de los poderes del individuo, teniendo la ley estatal sólo una función instrumental: servir a los intereses de los contratantes. Por encima de esas leyes está, pues, el fin para el que ellas han sido hechas; el “derecho objetivo” no es más que un auxiliar, “el derecho subjetivo” es el fin y el término. El sistema jurídico de Hobbes es, pues, una ciencia de los “derechos subjetivos”.

Y de la obra de Hobbes, más que su programa político, fue su imagen del mundo social —en función de la cual los conceptos básicos de la Ciencia del Derecho revisten una nueva configuración— la que hubo de influir en los grandes autores políticos de la Europa Moderna y también en los teóricos de la Escuela Moderna del derecho natural.

## 2) Recapitulación. Crítica.

### a) Acerca de la definición de Francisco Suárez

Debemos reparar ahora sobre algunos aspectos del pensamiento de los autores que hemos citado. Comenzaremos con el de Francisco Suárez, el cual, como se advierte, difiere notablemente del de los demás pensadores a los que hemos hecho mención. Con respecto a la definición del derecho del jesuita español, considera Massini que la misma es “de peligrosas consecuencias en el terreno jurídico y político”, pues “el visualizar al derecho desde la perspectiva del bien propio y personal, puede conducir al olvido de la necesaria primacía del bien común sobre el bien individual, a una desvalorización de lo objetivamente debido y a una hipertrofia de las prerrogativas personales” (peligros todos estos que son comunes a toda definición subjetivista del derecho, acotamos nosotros), opinión ésta que “no importa, bajo ningún concepto, invalidar la totalidad de la obra de uno de los más grandes filósofos del derecho de su tiempo, sino sólo apuntar una concepción errónea en que incurriera, probablemente por excesivo apego a las modas filosóficas de su época”.<sup>95</sup>

### b) La “libertad natural” y el “estado de naturaleza”

Sin perjuicio de las diversas críticas que han sido formuladas a las teorías de los autores modernos —cuya reseña excedería los límites de este trabajo—, nosotros creemos que su común y principal error es el concebir, como punto de partida de sus teorías, a un ora paradisíaco, ora beligerante, “estado de naturaleza”, con sus pintorescos habitantes, “individuos aislados” dotados de una amplia gama de “derechos subjetivos”, que un buen día —las más de las veces, cansados de pegarse “derechazos”— deciden “asociarse” y fundar un determinado sistema socio-político, con su pertinente organización jurídica. En efecto, sin tal “estado presocial” (que es una ficción), no puede hablarse de esos extravagantes hombres solitarios ni, por consiguiente, de sus fantásticas “facultades”.

<sup>95</sup> C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., pp. 99 y 100.

Y ese "estado presocial" nunca ha existido, la misma naturaleza del hombre es su mejor prueba, pues es en virtud de la misma que aquél siempre ha vivido en sociedad. Sostuvo Duguit al respecto que "esta idea del hombre natural, aislado, independiente, que tiene en su calidad de hombre derechos anteriores a la sociedad y que aporta esos derechos a la sociedad, es una idea extraña por completo a la realidad. El hombre aislado e independiente es una pura ficción; no ha existido jamás. El hombre es un ser social; no puede vivir más que en sociedad; ha vivido siempre en sociedad".<sup>96</sup> En esto Duguit tiene razón: el hombre aislado es una ficción, y parece evidente que no se puede hacer Filosofía sobre la base de ficciones.

En esta materia, "la doctrina aristotélico-tomista —dice Goldschmidt— considera al hombre como un "animal social", lo que significa que el hombre vive en sociedad, no en virtud de una resolución libre que un día toma y que otro día puede cancelar, sino que vive en sociedad por ser así su naturaleza".<sup>97</sup> En efecto, que "el hombre es por su naturaleza un animal político", que forma parte de la ciudad es una realidad afirmada por Aristóteles<sup>98</sup> y luego confirmada por Santo Tomás, quien enseñaba que "es propio del hombre el ser animal social y político" al cual "le es natural vivir en compañía de muchos", lo que es necesario "para que unos y otros se ayuden", porque el hombre "no se podrá proveer de las cosas necesarias para la vida si estuviese a solas",<sup>99</sup> siendo, por tanto, necesaria la comunidad de una ciudad;<sup>100</sup> necesaria, y no surgida de un pacto, pues —como afirma Graneris— "por el solo hecho de haber tenido existencia en el género humano, todos los hombres han nacido socios, miembros necesarios de una sociedad que trasciende a su libre arbitrio, en cuanto nacen en ella y nunca la podrán abandonar".<sup>101</sup> No hay, pues, "estados presociales" ni "hombres aislados".

Más aún. hablar de los "derechos subjetivos" del "hombre aislado" (que no existe) conlleva al absurdo de concebir derechos que se tienen frente a

---

<sup>96</sup> LEÓN DUGUIT, *Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Madrid, Librería española y extranjera de Francisco Beltrán, Madrid, 1912, pp. 22 y 23.

<sup>97</sup> W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 89. Que el individuo es anterior (en el sentido de un *pirus* lógico o histórico) a la sociedad —dice Erik Wolf (ob. cit., p. 171)— "no es demostrable (lógicamente) ni comprobable (empíricamente), ni revelado (metafísicamente) ni moralmente impuesto (éticamente)".

<sup>98</sup> ARISTÓTELES, *Política*, L. 1, I. Con respecto a la ciudad, consideró el Estagirita que ella también "es una de las cosas que existen por naturaleza", siendo, como totalidad —y también por naturaleza— "anterior a la familia y a cada uno de nosotros", dado que "el todo, en efecto, es necesariamente anterior a la parte", razón por la cual resulta manifiesto "que la ciudad es por naturaleza anterior al individuo, pues si el individuo no puede de por sí bastarse a sí mismo, deberá estar con el todo político en la misma relación que las otras partes están con el respectivo todo". Además, afirmó Aristóteles que "el que sea incapaz de entrar en esa partición común, o que a causa de su propia suficiencia no necesite de ella, no es más parte de la ciudad, sino que es una bestia o un dios", dicho de otro modo, no es un hombre.

<sup>99</sup> SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Del gobierno de los Príncipes*, L. Primero, cap. I, Buenos Aires, Losada, S. A., 1964, pp. 17 y ss.

<sup>100</sup> *Ibid.*, L. Cuarto, cap. II, p. 161.

<sup>101</sup> G. GRANERIS, ob. cit., pp. 155 y 156.

nadie, pues sin la nota esencial de alteridad no hay derecho posible.<sup>102</sup> Y esto es así porque —como lo enseña Santo Tomás— “es de la esencia de la justicia el referirse a otro (...) la justicia propiamente dicha requiere diversidad de sujetos. Y, por ende, no existe sino de un hombre a otro”,<sup>103</sup> y, como se sabe, el derecho se ordena a la justicia, y trata de que ella se realice en las relaciones humanas.

Y con respecto al “contrato social” —que es el único medio posible para pasar del “estado presocial” a la sociedad civil—, se advierte que éste no es más que una parte de la ficción de que tratamos: no habiendo “estados de naturaleza” ni “hombres aislados” no cabe hablar de pactos asociativos de ninguna índole.

Por último, debemos señalar que Del Vecchio ha considerado que por “estado de naturaleza” —además de ese pretendido período histórico anterior a aquel en el cual existe la sociedad, al cual el mismo profesor italiano calificó de “narración histórica insostenible”—<sup>104</sup> puede entenderse “una idea de aquello en lo que consistiría la condición del hombre sin el Estado”, acepción ésta que “puede ser aceptada como un expediente dialéctico, porque permite aclarar las razones que hacen necesario el ordenamiento social”,<sup>105</sup> agregando luego que la contraposición entre el “estado de naturaleza” y el estado social significa, para una parte de los autores que lo sostuvieron —entre ellos, Kant—, “un razonamiento abstracto e hipotético, por el cual, estudiando al hombre, quiere prescindirse de todo aquello que en él representa el efecto de la convivencia y de los vínculos sociales. Se trata, pues, de un experimento lógico y dialéctico, con el solo fin de aclarar mediante una argumentación *a contrario* la razón de ser y la necesidad de la sociedad”.<sup>106</sup>

Nosotros disentimos aquí con este ilustre pensador italiano, pues consideramos totalmente innecesario recurrir a cualquier tipo de “experimento lógico y dialéctico” para explicar una realidad tan evidente como es la sociedad; además, todos sabemos lo peligrosos que son los argumentos *a contrario*, a los que no cabe ni hace falta acudir si lo que se trata de afirmar es demostrable por una vía más sencilla, más segura y más directa. Además, para explicar a la sociedad *a contrario*, tendría que elaborarse, a tales efectos, “una idea de aquello en lo que consistiría el hombre sin el Estado”, con lo cual caeríamos otra vez en el terreno de las ficciones.

Por lo tanto, preferimos desechar toda tesis que haga referencia a alguna “especie” de “estado de naturaleza” y/o “pacto social”. Esto último vale para el “contrato primitivo” del que hablaba Kant, acto —y propiamente la simple idea del acto— por el cual el pueblo se constituye en ciudad, al desprenderse los hombres de su libertad natural, salvaje y sin freno, para volver a recobrarla al

---

<sup>102</sup> Cfr. C. I. MASSINI, “Sobre la definición...”, cit., p. 96. Sobre lo mismo, Duguit (ob. cit., p. 23) dirá que “Robinson en su isla no tiene derechos; no puede tenerlos en cuanto no esté en relación con otros hombres”.

<sup>103</sup> SANTO TOMÁS, *S. Teológ.*, 2-2 q. 58 a. 2, vol. VIII.

<sup>104</sup> G. DEL VECCHIO, ob. cit., p. 63.

<sup>105</sup> *Ibid.*, p. 63.

<sup>106</sup> *Ibid.*, pp. 417 y 418.

instante de nuevo, en la dependencia legal, como miembros de una república.<sup>107</sup> Este “contrato originario” es tan artificioso como cualquier otro.

c) Los “derechos humanos”

Puede afirmarse que las “declaraciones de derechos” del siglo XVIII, como así también las contenidas en las Constituciones modernas y en las cartas internacionales, son verdaderos catálogos de “derechos subjetivos”. En efecto, los “derechos del hombre” de 1789 —declaración, ésta, que descansa en una concepción puramente individualista del derecho— son precisamente los “derechos subjetivos naturales”, o sea, los poseídos por el hombre en base a su propia esencia.<sup>108</sup> Burke dirá que esa declaración es el “digesto de la anarquía”,<sup>109</sup> y reprochará a esos “derechos” el ser inadaptados a la realidad, es decir, a aquel ambiente en donde se mueve la vida judicial; de ser inaplicables y, en consecuencia, ilusorios, avalando tales afirmaciones con rotundos ejemplos: al mismo tiempo que la Constituyente proclamaba el derecho de cada hombre a no ser condenado sino mediante un proceso previo y sacralizaba el derecho de propiedad, la gente se paseaba ante las ventanas de la Asamblea con las cabezas de personas del Antiguo Régimen clavadas en picas, cortadas sin ningún tipo de proceso previo, y la misma Asamblea ponía en marcha la expoliación de los bienes de los emigrados, de la nobleza, del clero. En fin, los “universales” derechos del hombre no son nunca para todos. Es imposible conceder ningún “derecho subjetivo” a unos si no es en detrimento de otros.<sup>110</sup>

Estas últimas afirmaciones son válidas para las declaraciones más recientes: todos esos “derechos” son contradictorios; no es fácil conciliar esos “derechos” que nuestra época segrega por doquier: derecho al pudor y la libertad sexual, derechos a la vida y a la interrupción del embarazo (nos hemos referido anteriormente al caso del aborto), derechos a gusto del consumidor, de todas formas, tamaños y colores, que se enarbolan para alimentar multitud de “reivindicaciones” imposibles de realizar. Cuando la gente vuelve a la vida real, queda decepcionada y amargada.<sup>111</sup>

Ahora bien, por más que esos “derechos” resulten ilusorios, por más que ellos sean irrealizables, es conveniente manejarse en esta materia con suma prudencia, pues un amplio abanico de buenas intenciones se entrega al culto de los “derechos humanos”,<sup>112</sup> presumiblemente por su atractivo, y por el desconoci-

---

<sup>107</sup> KANT, *Principios metafísicos del Derecho*, Madrid, Librería de Victoriano Suárez, 1873, pp. 170 y 171. Es dable recordar que Kant consideró que el derecho también podía ser entendido como una “facultad (moral) de obligar a los otros, es decir, como título legítimo (*titulum*) contra ellos” (p. 53). Esto es, indudablemente, una definición más del “derecho subjetivo”, tan reprochable como cualquiera otra.

<sup>108</sup> Cfr. L. DUGUIT, ob. cit., p. 13; G. FASSO, ob. cit., t. 2, p. 263; M. VILLEY, *Compendio...*, cit., t. 1, p. 168; del mismo autor, *Estudios...*, cit., p. 242. Véase, también, la bibliografía citada en las notas 80 y 81.

<sup>109</sup> Cfr. G. DEL VECCHIO, ob. cit., p. 119.

<sup>110</sup> Cfr. M. VILLEY, *Compendio...* cit., t. 1, pp. 173 y ss.; del mismo autor, *Estudios...*, cit., p. 243.

<sup>111</sup> Cfr. M. VILLEY, *Compendio...*, cit., t. 1, p. 174.

<sup>112</sup> *Ibid.*, t. 1, p. 173.

miento del derecho natural clásico. Y si en el mundo positivista de hoy, ante la hipertrofia del Estado, los "derechos humanos" forman un arsenal de argumentos utilizables contra éste, es un imposible el pedir la abstención de invocarlos.<sup>113</sup> Es que criticar a esos "derechos" no implica en absoluto atentar contra la dignidad infinita de la persona humana, pero cuando se trata de deducir de allí unos derechos fantásticos de la persona humana, "todo lo que se ha llamado derechos subjetivos del hombre, entonces eso —dice Villey— me parece que es extrapolar y que se transporta al derecho un lenguaje que le es impropio. Cada uno de nosotros no tiene derecho —en estricto sentido— más que a partes de bienes estrictamente limitados".<sup>114</sup> En efecto, siendo el derecho la proporción que se descubre entre los ciudadanos, el conjunto de relaciones justas, en tal lenguaje, aplicada al individuo, la palabra derecho designaría la parte que le corresponde en esa buena repartición: atribuir a cada uno su derecho es el oficio del arte jurídico, y eso significa atribuir a cada uno la parte que merece.<sup>115</sup> Por lo demás, es evidente que los antiguos filósofos y teólogos a quienes se debe la doctrina del derecho natural clásico, tenían tanto como nosotros el sentido de la dignidad del hombre,<sup>116</sup> pero para justificar y defender tal dignidad no necesitaron recurrir a construcciones jurídicas de tinte subjetivista: La adhesión al derecho natural clásico —afirma Villey— "porque no asimila el derecho al Estado, porque conserva la ciencia del derecho por encima del Estado, es —en sí misma— una garantía más fuerte que nuestras "declaraciones" enfáticas y contradictorias".<sup>117</sup>

E) *El "derecho subjetivo" en el siglo XIX y en la actualidad. Análisis crítico de la doctrina de los juristas nacionales*

1) Cuestiones preliminares

Después de comentar el pensamiento de Wolff nos hemos referido a las modernas "declaraciones de derechos", ello por la ya señalada vinculación entre estas últimas y la filosofía del discípulo de Leibniz. Posteriormente, analizamos al sistema de Hobbes, y señalamos su influencia en los teóricos de la Escuela Moderna del derecho natural. Luego realizamos una recapitulación y, por una

---

<sup>113</sup> *Ibíd.*, t. 1, pp. 178 y 179; del mismo autor, *Estudios...*, cit., p. 248. Si un Estado cualquiera tiende a convertirse en algo similar al "Ingsoc", de George Orwell (1984, una irónica novela que merece ser leída), vale acudir a esa espantosa jerga, para esgrimirla en su contra, y aun inventar algún "derecho subjetivo" nuevo. Por supuesto, ello no sería necesario en un Estado en el cual se cumpla con la justicia distributiva, base de toda estructura política correcta.

<sup>114</sup> MICHEL VILLEY, "El humanismo y el Derecho", conferencia en la Universidad de Salzburgo, 1966, traducida al castellano por Carlos R. Sanz y publicada por editorial Gheri bajo el título *Los fundadores de la Escuela Moderna del derecho natural*; texto e indicación bibliográfica tomados de F. M. Bosch, *ob. cit.*, p. 806.

<sup>115</sup> *Cfr.* M. VILLEY, *Estudios...*, cit., pp. 159, 196 y 197.

<sup>116</sup> *Ibíd.*, p. 245.

<sup>117</sup> MICHEL VILLEY, "Consideraciones en pro del derecho natural clásico", pp. 123 y ss., República Argentina, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, pp. 123 y ss.; cit. por G. P. Martín, *ob. cit.*, pp. 46 y 47.

cuestión de método, tratamos allí acerca de las recientes "declaraciones de derechos". Ahora volveremos unos pasos atrás, para continuar con la evolución del concepto del "derecho subjetivo".

Advertimos entonces que, si bien al término "derecho subjetivo" se lo descubrirá en germen en la Escuela Moderna del derecho natural, aquél data, como ya señaláramos, del siglo XIX. En efecto, el vocablo "derecho subjetivo", opuesto al "derecho objetivo", está presente en la Pandectística alemana de ese siglo y, en todo caso, hace su aparición en la época y en la obra de Windscheid, y de allí en adelante, en las de Puchta y Savigny.<sup>118</sup>

Y nuestros tratadistas acostumbran citar a Windscheid o a Savigny, o bien a ambos. Asimismo, citan también a Ihering. Y luego, por lo común, critican a Duguit y a Kelsen. Estamos obligados, pues, a referirnos brevemente a esos autores, ello en razón del tratamiento que les dan nuestros juristas, el que, al igual que sus conceptos del "derecho subjetivo", no compartimos.

## 2) La voluntad y el interés. Las definiciones eclécticas del "derecho subjetivo"

Windscheid sostuvo que el "derecho subjetivo" podía ser definido como "un poder o señorío de la voluntad conferido por el orden jurídico", es decir, por el "derecho objetivo".<sup>119</sup>

Ihering, por su parte, entendía que "los derechos son intereses jurídicamente protegidos; el derecho es la seguridad del goce".<sup>120</sup>

Y nuestros tratadistas combinan el elemento de la voluntad (el poder) con el del interés, y nos brindan esas definiciones eclécticas del "derecho subjetivo" a las que ya hemos hecho alusión. La mayoría de los autores actuales consideran que la "esencia" del "derecho subjetivo" radica en esa combinación.<sup>121</sup>

Veamos qué ocurre con esos dos elementos por separado. Con respecto al primero, nuestros autores están contestes en que si la base del "derecho subjetivo" reside únicamente en el "poder", potestad atribuida a una voluntad, los derechos podrían ejercerse arbitrariamente. En cuanto al segundo, ellos entienden que la teoría de Ihering no caracteriza la esencia del concepto del "derecho subjetivo", sino su finalidad, no pudiendo agotarse aquel concepto en la noción de fin o de interés.<sup>122</sup>

<sup>118</sup> Cfr. M. VILLEY, *Estudios...* cit., p. 155.

<sup>119</sup> BERNARD WINDSCHEID, "La Teoría de la Voluntad", apéndice obrante en *La Dogmática Jurídica*, de Rudolf Von Ihering, Buenos Aires, Losada, S. A. 1946, pp. 221 y 222.

<sup>120</sup> RUDOLF VON IHERING, "La teoría del interés", apéndice obrante en su obra *La Dogmática...*, cit., p. 189.

<sup>121</sup> Cfr. JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, "Derechos Subjetivos", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. VII, Barcelona, Seix, 1955, cit. por W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 309; ALF ROSS, *Sobre el Derecho y la Justicia*, Buenos Aires, EUDEBA S.E.M., 1977, p. 182.

<sup>122</sup> Al respecto, puede verse a: G. A. BORDA, ob. cit., t. I, pp. 36 y 37; J. J. LLAMBIAS, ob. cit., t. I, pp. 24 y 25; C. H. VIDAL TAQUINI, ob. cit., p. 1003.

Es por tales motivos —entre otros— que al elemento “interés” le agregan el elemento “voluntad”, de cuya conjunción resulta que el “poder” se ejercita vista a un “interés” que vendría a ser la finalidad y el fundamento del derecho.<sup>123</sup>

Poco nos interesan las recién mencionadas críticas, ya que ellas han sido formuladas en miras a la obtención de un concepto “adecuado” del “derecho subjetivo”. Por lo demás, esas definiciones, a nuestro modo de ver, no solucionan nada.

Nosotros no aceptamos que el derecho pueda ser definido como un “poder”; ya hemos hablado de ello.<sup>124</sup> Concordantemente, tampoco podemos admitir, entonces, que sea conceptuado como “poder” y alguna otra cosa. Si el “poder”, por sí solo —como dicen nuestros autores— denota una cierta arbitrariedad, desde el momento en que se lo incluye en una definición, aunque esa definición contenga más de un elemento, parecería que la mentada arbitrariedad continuara de alguna forma en esa definición. En este orden de ideas, decir que el “derecho subjetivo” es poder e interés equivaldría a decir que aquél es una cierta arbitrariedad e interés. Vale decir, aunque se pretenda que el interés sea el fundamento y medida del “derecho subjetivo”, éste, en cuanto potestad, podría desvincularse de ese fundamento y exceder de los límites que se le asignen. Como se advierte, toda esta terminología es contradictoria: se dice que los derechos son poderes, y, acto seguido, se intenta limitarlos, tarea esta última que se torna imposible, cuando no inoperante. Por lo demás, bien señala Casaubón que no se puede decir que el límite del “derecho subjetivo” debe estar dado por las leyes, porque, si no se ha determinado cuál es “la misma cosa justa”, el contenido de las leyes puede ser cualquiera.<sup>125</sup>

Por último, es muy posible que esas definiciones eclécticas no respeten el sentido que la palabra “interés” pudo haber tenido en el lenguaje de Ihering. Según la opinión de Villey, Ihering tuvo la audacia de romper con la manera moderna de situar el derecho en el seno del sujeto, volviendo a encontrar la manera romana de situarlo al lado de las cosas, pues para el jurista alemán el derecho no es una libertad ni un poder del individuo, sino un bien, un goce o un interés. Piensa Villey que en este aspecto nadie ha seguido y comprendido a Ihering, de manera tal que las *Kombinationstheorien* —que no son otra cosa que las aludidas teorías eclécticas— que fingen realizar una síntesis entre Ihering y Savigny, en verdad sacrifican la intención del primero, pues ellas se traducen en hacer principalmente del derecho un atributo del sujeto.<sup>126</sup> Va de suyo que esta opinión vale para toda definición ecléctica que amalgame a las ideas de Ihering con las de von Thur, Windscheid, o cualquier otro autor de similar tendencia.

---

<sup>123</sup> Ver nota anterior. Resta señalar que algunos autores citan también a Jean Dabin, pero no utilizan elementos de su doctrina para la elaboración de sus definiciones “eclécticas”, o bien no los incluyen en estas últimas.

<sup>124</sup> Véase apartado IV-A.

<sup>125</sup> J. A. CASAUBÓN, ob. cit., p. 779. Sobre el “abuso del derecho” como medio para limitar a los “derechos subjetivos”, véase el estudio del doctor C. R. Sanz cit. en la nota nº 10.

<sup>126</sup> M. VILLEY, *Estudios...*, cit., pp. 229 y 230.

### 3) Las teorías positivistas

#### a) Duguit y Kelsen

Duguit consideró que se estaba produciendo una transformación general del derecho,<sup>127</sup> en cuya virtud el nuevo sistema jurídico que se estaba elaborando se apartaba de la concepción individualista del derecho —fundada sobre la idea del “derecho subjetivo”—, para basarse en una concepción socialista, fundada sobre la idea de una regla social que se impone al individuo.<sup>128</sup> Afirmó entonces que la noción del derecho subjetivo “no puede sostenerse en una época de realismo y positivismo como la nuestra”,<sup>129</sup> y que “el hombre no tiene derechos” sino “una función social que cumplir” y que “por consiguiente tiene el deber social de desempeñar”, función a la que consideró como “el fundamento de la regla de derecho”.<sup>130</sup>

Cuando Duguit afirma que el hombre no tiene derechos, se refiere —como es obvio— a los “derechos subjetivos”. Éste es el motivo de las críticas que le formulan nuestros tratadistas: ellos le reprochan, pues, atentar contra tales “derechos”.

Por nuestra parte —si bien consideramos correctas algunas de las críticas que Duguit formuló a la concepción individualista—, no aceptamos la totalidad de su sistema y ello, simplemente, porque se trata de un sistema positivista, y ya hemos señalado lo que opinamos del positivismo al tratar al “derecho objetivo” donde remitimos. Por lo demás, si el derecho es lo justo, y si aplicada al individuo la palabra derecho designa la parte que él merece —ya nos hemos referido a esto—, no puede afirmarse que el hombre carece de ellos; bien entendido que, en este lenguaje, no se trata en absoluto de “derechos subjetivos”.

Kelsen, por su parte, rechaza todo tipo de dualismo en el campo del derecho, incluyendo, por supuesto, al del “derecho objetivo-subjetivo”.<sup>131</sup> Y es por ello que nuestros autores —fieles a su dogma— repulsan a las teorías —realmente espantosas<sup>132</sup>— del jefe de la escuela de Viena. Y como las ideas de Kelsen

---

<sup>127</sup> L. DUGUIT, ob. cit., pp. 7 y ss.

<sup>128</sup> *Ibíd.*, pp. 13 y ss.

<sup>129</sup> *Ibíd.*, p. 18.

<sup>130</sup> *Ibíd.*, pp. 24 y ss.

<sup>131</sup> HANS KELSEN, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA S.E.M., 1977, pp. 112 y ss.

<sup>132</sup> Probablemente, uno de los mayores disparates de Kelsen (“La Teoría pura del derecho y la jurisprudencia analítica”, en *La idea del derecho natural y otros ensayos*, Buenos Aires, Losada, S. A., 1946, pp. 209 y 210), hayo sido afirmar que su immaculada teoría se autodeclara incompetente “para dar una respuesta sea al problema de si un derecho es justo o no, o a este otro más fundamental de qué es aquello que constituye la justicia”, pues que una teoría jurídica se autoconsidere incompetente en materia de justicia vendría a ser algo así como que una teoría médica se declare incompetente en cuestiones de salud: ninguna de ambas cumplirían con su finalidad básica, y la bruta aplicación práctica de ellas llevaría a resultados desastrosos, principalmente, para con sus víctimas, es decir, para con el justiciable y para con el paciente.

acerca del "derecho subjetivo" son harto conocidas<sup>133</sup> —siendo probable que haya en el mundo más comentarios a las mismas que ejemplares de la *Teoría pura*—, nosotros sólo diremos que, dado que este autor agota al derecho en las normas jurídicas, lo más sencillo es descartar a ésta, y al resto, ya que estamos, de sus opiniones. Es que, como venimos viendo, el derecho es bastante más que tales normas: una vez más remitimos a lo que hemos expuesto acerca del positivismo al tratar acerca del "derecho objetivo".

b) Los "derechos subjetivos" son "concesiones normativas"

Como hemos visto, a nuestros tratadistas no les agradan las teorías positivistas. A nosotros tampoco. A ellos, porque tales teorías niegan la existencia de los "derechos subjetivos". A nosotros, simplemente, porque son positivistas. Y aquí ocurre algo que nos llama poderosamente la atención. Se explica que "el derecho objetivo existe para el derecho subjetivo, y a su vez éste encuentra en aquél la fuente inmediata de su existencia",<sup>134</sup> es decir, que si bien "el derecho subjetivo será anterior al derecho objetivo y superior en el orden de los valores",<sup>135</sup> resulta que "no hay derecho subjetivo jurídico si no media reconocimiento u otorgamiento por el derecho objetivo";<sup>136</sup> en efecto, nuestros autores están contestes en que los "derechos subjetivos" —conforme a sus definiciones— son "poderes" otorgados por el "derecho objetivo". Ahora bien, nosotros hemos señalado que los conceptos del "derecho objetivo" son todos conceptos normativos; por lo tanto, parecería que el hombre sólo tiene "derechos" en la medida en que las normas se los conceden, y esto es positivismo.

En efecto, si se afirma que "el hombre tiene derechos que ningún legislador pueden desconocer",<sup>137</sup> no entendemos cómo puede ser que "el derecho subjetivo jurídico depende inevitablemente de la voluntad del legislador que reconocerá el derecho subjetivo moral o concederá otros derechos para que en ambos casos surja el derecho subjetivo jurídico".<sup>138</sup>

Concluyamos: que el "derecho subjetivo" sólo existe en la medida en que sea "reconocido", "concedido" u "otorgado" por el "derecho objetivo", no significa otra cosa que afirmar que los únicos "derechos" que hay son los que "reconoce", "concede" u "otorga" graciosamente la ley; y —volvemos a decirlo—,

---

<sup>133</sup> En la *Teoría pura*... , Kelsen consideró que el derecho es "solamente un sistema de normas" (p. 43) que se traduce en "una técnica de coacción social estrechamente ligada a un orden social que ella tiene por finalidad mantener" (p. 74), sistema normativo que impone deberes a los individuos, siendo el deber jurídico "la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Es la norma en su relación con el individuo al cual prescribe la conducta, vinculando una sanción a la conducta contraria" —la "sanción" es un "acto de coacción"—, y, "cuando entre las condiciones de la sanción figura una manifestación de voluntad, querrela o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito", habrá derecho subjetivo "en el sentido específico de la palabra", derecho éste que "no puede ser opuesto al derecho objetivo, dado que sólo existe en la medida en que ha sido creado por éste", de modo tal que "ambos derechos son de la misma naturaleza" (pp. 121 y 122).

<sup>134</sup> J. J. LLAMBIAS, ob. cit., t. I, p. 24.

<sup>135</sup> C. H. VIDAL TAQUINI, ob. cit., p. 1003.

<sup>136</sup> *Ibíd.*, p. 1008.

<sup>137</sup> G. A. BORDA, ob. cit., t. I, p. 40.

<sup>138</sup> C. H. VIDAL TAQUINI, ob. cit., p. 1005.

esto es positivismo, inadvertido tal vez, a fuerza de repetir maquinalmente un dogma (el de la "existencia" de la horrenda dicotomía que combatimos), pero positivismo al fin. Este es uno de los motivos por los cuales decíamos, al comienzo de este trabajo, que la noción del "derecho subjetivo" es harto peligrosa: todo el envoltorio de palabras que se teje a su alrededor es contradictorio, y puede llevar a legalismos como el recién expuesto.

Por lo demás, las normas jurídicas no "reconocen" ni "conceden" ni "otorgan" derechos de ninguna clase, "subjetivos" o como se los quiera llamar, pues la auténtica función de las citadas normas es —como correctamente lo destaca Villey— decir lo justo (la parte de cada uno) e indicarlo a la vez al juez y al justiciable.<sup>139</sup>

#### 4) Otras teorías antisubjetivistas

##### a) Hägerström y Lundstedt, "magia" y "tonterías"

Debemos destacar que han existido y existen numerosos autores —de quienes nuestros tratadistas no hacen referencia alguna— que, esgrimiendo diversos argumentos, se han pronunciado en contra de la noción —digamos "tradicional"— del "derecho subjetivo" de un modo distinto a los de Duguit o Kelsen.

Una postura realmente original sobre la materia de que tratamos es la sostenida por la Escuela de Upsala (Suecia), representada principalmente por Axel Hägerström y su discípulo Andrea V. Lundstedt, quienes consideraron al "derecho subjetivo" como una superstición de origen mágico: el "poder" que el "derecho subjetivo" da es un "poder" místico.<sup>140</sup> Lundstedt, particularmente —según nos informa Alf Ross—, llegó a la conclusión de que los "derechos subjetivos" no existen, afirmando que quienquiera que use esta expresión está diciendo tonterías acerca de algo que no existe.<sup>141</sup>

Con respecto a estas tesis, diremos que nos parece que nada se soluciona diciendo que los "derechos subjetivos" tuvieron un origen "mágico", pues, aun

<sup>139</sup> M. VILLEY, *Método...*, cit., p. 158.

<sup>140</sup> Cfr. W. GOLDSCHMIDT, ob. cit., p. 310. Es útil recordar aquí que Hägerström —en su libro *Der Römische Obligationsbegriff*—, citó ciertos argumentos en apoyo del origen mágico de las concepciones jurídicas romanas (Cfr. ALF ROSS, *Tú-Tú*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, p. 24, nota nº 5; del mismo autor, *Sobre el derecho...*, cit., p. 172, nota nº 3. A este respecto, puede verse a M. VILLEY, *Estudios...*, cit., p. 41, nota nº 40). Sobre Hägerström, puede consultarse a G. Del Vecchio, ob. cit., p. 255, y a B. Ortíz y Bustos, *Manual de Filosofía...*, cit., p. 398.

<sup>141</sup> A. Ross, *Tú-Tú*, p. 21, nota nº 4. Sostuvo Lundstedt que "la única realidad demostrable en las llamadas situaciones de derecho subjetivo consiste en la función de la maquinaria del derecho. Bajo condiciones dadas una persona puede, con arreglo al derecho vigente, instituir procedimientos y poner así en movimiento la maquinaria del derecho, con el resultado de que el poder público es ejercido en su beneficio. Puede obtenerse una sentencia y su ejecución por medios compulsivos creando para sí una posición ventajosa, una posibilidad de acción, un beneficio económico. Y esto es todo. Se puede concordar fácilmente con este autor hasta este punto. Pero luego, en vez de continuar preguntándose qué es lo característico de las situaciones designadas como derecho subjetivo, y de qué manera el concepto de derecho subjetivo puede ser analizado y utilizado como un instrumento para la descripción de tales situaciones, Lundstedt realiza un giro peculiar en su análisis crítico, diciendo que los derechos subjetivos no existen y quienquiera que use esta expresión está

suponiendo que así lo fuera, su desarrollo histórico no tuvo nada de sobrenatural, y no fue precisamente Houdini quien se dedicó a estudiar esta cuestión, sino que lo fueron filósofos y juristas de renombre. Y la aplicación práctica de las doctrinas individualistas y subjetivistas tampoco tuvieron nada de mágico: esas tonterías acerca de algo que no existe fueron en la sociedad moderna —y lo siguen siendo en la actual— el estandarte y la espada (o el garrote) de la prepotencia, de la avidez y del egoísmo. En lugar de “averiguar” si los “derechos subjetivos” son o no una superstición, más vale tratar de erradicar del lenguaje jurídico culto a esa ruinosa expresión, devolviendo al derecho a su auténtica dimensión, que no es otra que la que venimos señalando reiteradamente: *ipsa res iusta*.

b) Alf Ross. La “referencia semántica”

Alf Ross es otro jurista —heredero de la Escuela de Upsala— que elaboró una doctrina muy particular con respecto a los “derechos subjetivos”.

Afirmó Ross que “el estado de cosas al cual una frase se refiere se llama referencia semántica: puede ser definido con mayor precisión, como aquel estado de cosas que se relaciona de tal modo con la afirmación que si suponemos que el primero efectivamente existe entonces consideramos que la segunda es verdadera”,<sup>142</sup> aplicando luego estos conceptos al lenguaje jurídico.<sup>143</sup> Y de tal aplicación resultará que, para el filósofo danés, “ciertos términos de uso coti-

---

diciendo tonterías acerca de algo que no existe”. Como se verá luego, Ross tratará de superar a Lundstedt en estos aspectos, pues pretenderá averiguar qué es lo que caracteriza a esas “situaciones” y cuál es la función del concepto del “derecho subjetivo”. Sobre Lundstedt, puede consultarse la bibliografía citada en la nota anterior *in fine* y también a Legaz y Lacambra, ob. cit., pp. 143 y ss.

<sup>142</sup> A. Ross, *Tú-Tú*, p. 10. Sobre lo mismo, dice Eugenio Bulygin (*Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1961, p. 18, nota nº 3), que “se denomina referencia semántica o significado de una proposición o concepto al estado de cosas (situación objetiva), que esta proposición designa; de tal modo que cuando la situación objetiva existe, la proposición es verdadera. En virtud del principio empirista del significado, una proposición que en principio no es verificable, no tiene significado”.

<sup>143</sup> Dice Ross (*Tú-Tú*, pp. 22 y ss.) que “en el lenguaje jurídico encontramos, por ejemplo frases como éstas: (1) Si se acuerda un préstamo, se origina un crédito; (2) Si existe un crédito, su importe debe pagarse el día del vencimiento. Esto es sólo una manera indirecta de decir: (3) Si se acuerda un préstamo, su importe debe pagarse el día de su vencimiento. El crédito mencionado en (1) y (2), pero no en (3) (...) no es, obviamente, una cosa real: no es nada en absoluto, es simplemente una palabra, una palabra vacía, desprovista de toda referencia semántica (...) nos expresamos como si algo hubiera cobrado existencia entre el hecho condicionante (hecho jurídico) y la consecuencia jurídica condicionada. Ese algo es un crédito, un derecho subjetivo”. Asimismo, afirma Ross que “las normas jurídicas concernientes a la propiedad pueden (...) ser expresadas sin necesidad de usar esta palabra”, pero como, de proceder así, “habría que formular un gran número de normas, que ligan directamente las consecuencias jurídicas individuales con los hechos jurídicos individuales”, lo cual sería engorroso, teniendo presente que “corresponde al pensamiento jurídico conceptualizar las normas de tal manera que las mismas sean reducidas a un orden sistemático y, por este medio, dar una versión del derecho en vigor lo más clara y conveniente posible”, el filósofo danés acepta que la palabra “propiedad” represente la “conexión sistemática” entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas, para aclarar luego que la palabra “propiedad” insertada entre tales hechos y consecuencias es en realidad una palabra “sin referencia semántica, que sirven tan sólo como un instrumento de presentación”. Lo mismo ocurre con otras palabras, cuando son empleadas en el lenguaje jurídico.

diano —según lo explica claramente Carrió— no designan en realidad nada distinto de los hechos condicionantes y consecuencias condicionadas que las normas del orden positivo enlazan”, no obstante lo cual, “el uso de esos términos queda justificado por la utilidad que reportan, en cuanto herramientas adecuadas para facilitar la exposición del sistema”.<sup>144</sup> De esta manera, resulta que “entre el hecho jurídico y la consecuencia jurídica se insertan derechos subjetivos imaginarios”,<sup>145</sup> siendo el concepto del “derecho subjetivo” nada más que “un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente fines sistemáticos”.<sup>146</sup>

Ahora bien, como puede advertirse, la cuestión de la “referencia semántica” supera ampliamente al problema de los “derechos subjetivos”, convirtiéndose en el artifice de un verdadero genocidio de términos jurídicos: por resultado de la misma, las instituciones jurídicas no serían tales, pues siendo sólo herramientas de una técnica de presentación, no podría válidamente hablarse de sus conceptos, de sus características, de su naturaleza jurídica; en fin, ni siquiera de sus denominaciones. Todo esto sería inútil. Por otro lado, parecería que todos los que tenemos algo que ver con el mundo jurídico perteneceríamos a una fauna exótica que se comunica por medio de un dialecto mecánico, integrado por supuestas “palabras” que nada significan.

Y no exageramos, algún seguidor de Ross nos avala. Así, por ejemplo, Bulygin —en un estudio titulado “Naturaleza jurídica de la letra de cambio”—, tras desconocer que la paternidad del esquema de su análisis pertenece a Ross, lo desarrollará hasta lo imposible, y dirá que “la palabra «obligación» no tiene referencia semántica directa, y si tiene algún significado, es tan sólo por referencia a los hechos condicionantes o a la consecuencia jurídica”, y que “palabras como «propiedad», «posesión» o «matrimonio» tienen significado tan sólo dentro de un contexto determinado, y el mismo varía de uno a otro contexto. Preguntarse por algo así como la esencia de la propiedad o del matrimonio sencillamente no tiene sentido”.<sup>147</sup>

“En contra de Bulygin y de ese «vaciamiento» que se intenta efectuar en los contenidos jurídicos pensamos —dice Montejano— que el primer deber del jurista consiste en formularse esos interrogantes. Porque el problema seguirá existiendo y su atribución a otra disciplina (la política, o la moral, o la religión) perjudica a la ciencia y a la filosofía, porque impide o debilita la visión de las conexiones entre problemas planteados por un mismo objeto”.<sup>148</sup> Por lo demás, nosotros —que no estamos de acuerdo con la abolición de los diccionarios— creemos que las palabras son expresión de realidades, y que la única manera de conocer a una determinada figura jurídica es estudiando su esencia. Y las “cuestiones semánticas” las dejamos en manos de la Real Academia.

Retornando al problema de los “derechos subjetivos”, advertimos que Ross, en otro de sus textos —tras repetir los conceptos ya expuestos sobre esta mate-

<sup>144</sup> GENARO R. CARRÍO, en la presentación del estudio de E. Bulygin, cit., pp. 9 y 10.

<sup>145</sup> A. ROSS, *Tú-Tú*, p. 24.

<sup>146</sup> *Ibíd.*, p. 42.

<sup>147</sup> E. BULYGIN, *ob. cit.*, pp. 22 y ss.

<sup>148</sup> BERNARDINO MONTEJANO en el comentario preliminar a la obra de M. VILLEY, *Método...*, cit., p. 13.

ria<sup>149</sup>—, se propone “mostrar qué es lo que caracteriza aquellas situaciones jurídicas en cuya presencia se usa hablar de derechos subjetivos”, ya que “si el concepto ha de prestar alguna utilidad al estudio del derecho, es esencial definir en forma más precisa su esfera de aplicación”.<sup>150</sup> Y, realizado esto, su conclusión es la siguiente: “podemos decir que el concepto de derecho subjetivo se usa típicamente para indicar una situación en la que el orden jurídico desea asegurar a una persona libertad y potestad para comportarse como le plazca, a fin de que proteja sus propios intereses”.<sup>151</sup>

Entonces, si bien “es perfectamente posible exponer el derecho vigente sin usar el concepto de derecho subjetivo para nada”,<sup>152</sup> resulta que con esta expresión que “no tiene referencia semántica alguna”<sup>153</sup> se indican —como acabamos de ver— situaciones en las cuales el “orden jurídico” acuerda al individuo “potestad” para que proteja sus propios “intereses”. En fin, con o sin “referencia semántica”, los individuos continúan teniendo potestades aseguradas por el orden normativo. Y esas potestades no son otra cosa que “derechos subjetivos”.

## V. CONCLUSIONES

Dejando de lado todas las consideraciones históricas y las relativas a los “derechos humanos” (nuestras conclusiones sobre los mismos surgen por sí solas a lo largo del presente trabajo), y ateniéndonos exclusivamente al estado actual de la dicotomía de que tratamos, podemos concluir reafirmando que:

1º) No es correcto considerar que el derecho sea un sistema de normas (“derecho objetivo”). Las definiciones que se orientan en tal sentido no definen al derecho, pues sólo son una expresión del normativismo, siendo, por lo tanto, inadmisibles.

2º) Denominar “derecho objetivo” a las normas jurídicas no tiene sentido ni reporta beneficio alguno al estudio del derecho. Tal denominación debe reservarse para el analogado principal (*ipsa res iusta*).

3º) No cabe considerar al derecho como una “facultad” del individuo, pues el primero se convierte así en un poder ilimitado, escudando cualquier tipo de “interés”, por más disparatado o egoísta que fuere.

4º) Toda la terminología atinente a los “derechos subjetivos” es contradictoria y propensa a fomentar equívocos.

5º) Ya se vio que a través de la pretendida “concesión” de “derechos subjetivos” por el “derecho objetivo” se llega al positivismo. Estos son los motivos principales por los que, en definitiva, nos pronunciamos en favor de la eliminación de la espantosa dicotomía “derecho objetivo-subjetivo” en su sentido “tradicional” y en cualquier otro que se le pretenda dar. Nosotros consideramos que el derecho es lo justo, y nada más.

LUIS GUILLERMO BLANCO

<sup>149</sup> A. Ross, *Sobre el derecho...*, cit., pp. 164 y ss.

<sup>150</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>151</sup> *Ibid.*, p. 171.

<sup>152</sup> *Ibid.*, p. 169.

<sup>153</sup> *Ibid.*, p. 167.

## Documentos

### CON FELICE PENSIERO (*La concepción cristiana del derecho*)

1. Con feliz idea,<sup>1</sup> queridos hijos, a otras ciudades de Italia que habrían podido dignamente acogeros, habéis preferido Roma como sede del I Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, a la cual, en estos días, habéis dado forma definitiva y constitución interna, discutiendo y aprobando sus estatutos y eligiendo la presidencia que, según las normas fundamentales entre vosotros acordadas, deberá promover el desarrollo y guiar la actividad de la asociación. Mientras nos congratulamos con vosotros del trabajo ya realizado, no podemos menos de señalar cómo vuestro deseo y vuestra preocupación de verdaderos y genuinos juristas católicos es rodear el nacimiento de vuestra asociación con una doble aureola: una, la que irradia de la Roma eterna; otra, la que corresponde a la denominación con que os honráis.

#### I. *Doble gloria del jurista católico*

2. Vosotros sois, en primer lugar, juristas, cultivadores de aquella ciencia noble entre todas que estudia, regula y aplica las normas sobre las que se fundan el orden y la paz, la justicia y la seguridad en la convivencia civil de los individuos, de las sociedades y de las naciones; y Roma tiene la gloria de ser la gran madre del derecho. Si otros pueblos en la antigüedad fueron gloriosos por el esplendor de las artes, por la altura de las especulaciones filosóficas, por el refinamiento de la cultura, el pueblo romano fue el primero por el profundo sentido del derecho, por la creación de aquellas admirables instituciones jurídicas, con las que unificó el mundo entonces conocido, dejando tras de sí una tradición que ha resistido la dentellada devoradora del tiempo.

3. Pero vosotros, además de juristas, sois y os declaráis juristas católicos; y Roma es por disposición divina el faro siempre esplendente de la fe de Cristo, el centro de la unidad visible de la Iglesia, la sede del supremo magisterio de las almas, donde la catolicidad presenta particular fuerza y grandeza y se hace más tangible que en cualquier otro país del mundo, por el afluir de todos los pueblos al lugar de la cátedra y del sepulcro de Pedro. Deshecho el Imperio de los Césares bajo la arrolladora invasión de los pueblos que amenazaban sus confines, dos cosas sobrevivieron a la decadencia de la más grande y más augusta ciudad que la historia recuerda: la una es su *Corpus iuris*, que ha venido a ser el derecho de toda la Europa civilizada, vigente todavía en muchas de sus partes

---

<sup>1</sup> Pío XII, discurso al I Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos, 6 de noviembre de 1949: AAS 41 (1949) 597-604; E 9 (1949) 2.565-567. Texto original en italiano.

en las instituciones contemporáneas, objeto todavía de estudio apasionado como tronco vivo, cuya savia no se secó con el correr de los años, dotado todavía de aquella fuerza unificadora que desplegó en su lento proceso formativo; y la otra, la nueva fe, que Pedro y Pablo trajeron a Roma, el nuevo tronco de la verdad, que el primer jefe visible de la Iglesia, por Cristo directamente elegido e investido del poder de las llaves, afirmó en ella establemente eligiendo la Urbe como sede. Los siglos han pasado, inclinándose delante de su granítico bloque, sin arañarlo siquiera; las vicisitudes se han sucedido para sacudirlo y abrirlo, pero en vano; y vosotros lo veis todavía sólido y entero, elevado sobre los pueblos como signo visible de la perennidad de la obra de Cristo.

4. Fue también en Roma, y en el mundo ya fermentado por la civilización romana, donde las dos realidades más vitales —la una, fruto de la sabiduría jurídica de un pueblo, y por ello de origen humano; la otra, irradiación en el mundo de la revelación anunciada por el Hijo de Dios hecho hombre, y por ello de origen trascendente y divino—, se encontraron y se fundieron con vínculos íntimos; porque el derecho de Roma, penetrado de la nueva luz que emanaba del mensaje cristiano, gradualmente se transformó en el espíritu, se elevó en las concepciones, se perfeccionó en muchas de sus instituciones, se enriqueció en sus disposiciones, acogiendo progresivamente los principios, las ideas, las exigencias superiores de la nueva doctrina. La obra legislativa de los emperadores cristianos nació de esta fecunda unión de la sabiduría humana y de la sabiduría divina, de la cual quedan huellas indelebles, capaces de demostrar al mundo moderno cómo entre la verdadera ciencia jurídica y las enseñanzas de la fe cristiana no hay oposición, sino concordancia, porque la fe no puede menos de garantizar con su sello la verdad que la mente humana descubre, examina y ordena.

## II. Nobleza de la profesión jurídica

5. Por esto hemos dicho que una acertada determinación os ha llevado a escoger Roma como sede de vuestro primer Congreso. Pero al mismo tiempo esta elección os dice cuán noble y alta es vuestra profesión y qué exigencias en su ejercicio impone la profesión particular, de que os gloriáis, a cada uno de vosotros.

### *Objeto mediato: Dios*

6. La nobleza de vuestra profesión ha sido magníficamente descrita por Ulpiano, quien definía la jurisprudencia como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*.<sup>2</sup> ¡Qué noble objeto se asigna en esta definición a la ciencia jurídica, y a qué altura la eleva sobre otras ramas del saber humano! La mirada del jurista digno de este nombre se cierne sobre un horizonte amplísimo, cuya extensión y variedad están significadas por las mismas realidades a las que debe dirigir su atención y su estudio. Tiene que conocer, ante todo, las cosas divinas, *divinarum rerum notitia*, no sólo porque en la vida humana social la religión debe ocupar el primer puesto y dirigir la conducta práctica del creyente, a la que también el derecho deberá dictar sus normas;

---

<sup>2</sup> Lib. 10 D, 1,1.

no sólo porque algunas de las principales instituciones, como la del matrimonio, tienen un carácter sagrado, que el derecho no puede ignorar; sino, sobre todo, porque sin este superior conocimiento de las cosas divinas, el panorama humano, que es el segundo y más inmediato objeto, *humanarum rerum notitia*, sobre el cual debe posarse la mente del jurista, quedaría privado de aquel fundamento que supera todas las vicisitudes humanas en el tiempo y en el espacio y reposa en lo absoluto, en Dios.

*Objeto inmediato genérico: el hombre*

7. Sin duda alguna el jurista no está llamado por su profesión a dedicarse a la especulación teológica para conocer el objeto de su estudio; pero si no sabe levantarse a la visión de la realidad suma y trascendente, de cuya voluntad deriva el orden del universo visible y de aquella pequeña parte de éste que es el género humano con sus leyes inmanentes y moralmente necesarias, le será imposible ver en toda su admirable unidad y en sus más íntimas profundidades espirituales la trama de las relaciones sociales, a las que el derecho preside, y sus normas reguladoras. Si, como afirmaba el gran jurisconsulto y orador romano, *natura iuris... ab hominis repotenda [est] natura*,<sup>3</sup> la naturaleza o la esencia del derecho no puede derivarse sino de la naturaleza misma del hombre; y como, por otra parte, esta naturaleza no puede ser conocida, ni siquiera aproximadamente, en su perfección, dignidad y elevación y en los fines que gobiernan y subordinan a sí las acciones, sin la conexión ontológica, por la cual está ligada a su causa trascendente, es evidente que al jurista no le será posible adquirir un sano concepto del derecho, ni conseguir una ordenación sistemática de éste, si no es renunciando a ver al hombre y a las cosas humanas fuera de la luz que emana de la divinidad para iluminarle el camino fatigoso de sus investigaciones.

8. El error del racionalismo moderno ha consistido precisamente en la pretensión de querer construir el sistema de los derechos humanos y la teoría general del derecho considerando la naturaleza del hombre como un ente que existe por sí mismo, carente de toda referencia necesaria a un Ser superior, de cuya voluntad creadora y ordenadora depende en la esencia y en la acción. Vosotros conocéis en qué dédalo inextricable de dificultades se encuentra envuelto el pensamiento jurídico contemporáneo a causa de esta desviación inicial, y cómo el jurista, que se ha conformado al canon establecido por el llamado positivismo, ha visto fracasado su esfuerzo perdiendo, con el recto conocimiento de la naturaleza humana, la sana concepción del derecho, que ha visto mermada su fuerza coactiva sobre la conciencia del hombre, que es su primero y principal efecto. Las cosas divinas y humanas, que según la definición de Ulpiano, forman el objeto más general de la jurisprudencia, están tan íntimamente unidas, que no se puede ignorar las primeras sin perder al mismo tiempo la exacta valoración de las segundas.

*Objeto inmediato específico: la justicia y el derecho*

9. Esto es todavía más verdadero, porque el objeto más específico de la ciencia jurídica es lo justo y lo injusto, *iusti atque iniusti scientia*, o sea, es la

<sup>3</sup> CICERÓN, *De legibus*, 1,5,17.

justicia en su alta función equilibradora de las exigencias individuales y sociales en el seno de la familia humana. La justicia no es solamente un concepto abstracto, un ideal externo, al cual deben procurar adaptarse las instituciones dentro de lo posible en un momento histórico dado, sino que es también y sobre todo algo immanente al hombre, a la sociedad, a sus instituciones fundamentales, a causa de aquella suma de principios prácticos que la justicia dicta e impone, de aquellas normas de conducta más universales, que forman parte del orden objetivo humano y civil establecido por la mente altísima del primer Hacedor. La ciencia de lo justo y de lo injusto supone, por tanto, una más elevada sabiduría, que consiste en conocer el orden de lo creado y, consiguientemente, a su Ordenador. El derecho, como enseñaba el Aquinate, *est obiectum iustitiae*,<sup>4</sup> es la norma en que se concreta y se actúa la grande y fecunda idea de la justicia, y como tal, si conduce a Dios, eterna e inmutable justicia en su esencia, de Dios recibe luz y claridad, vigor y fuerza, sentido y contenido.

#### *Sujeto de la ciencia jurídica: la persona humana*

10. El jurista se mueve, por tanto, en el ejercicio de su profesión entre lo infinito y lo finito, entre lo divino y lo humano, y en este movimiento necesario consiste la nobleza de la ciencia que cultiva. Los demás títulos, en virtud de los cuales se ennoblece a los ojos del consorcio humano, se pueden considerar como consecuencia del que hemos señalado. Si el objeto de su investigación son las normas jurídicas, el sujeto, al que éstas están destinadas, es el hombre, la persona humana, la cual viene así a quedar dentro del campo de su competencia. Y, nótese, no es el hombre en su parte inferior y menos noble, que es estudiado por otras ciencias útiles también y dignas de admiración, sino el hombre en su parte superior, en su propiedad específica de agente racional que, para conformarse con las leyes de su racionalidad, debe obrar guiado por algunas normas de conducta, o directamente dictadas por su conciencia, reflejo y heraldo de una más alta ley, o prescritas por la autoridad humana reguladora de la vida social. Es verdad que bajo la mirada del jurista el hombre no se presenta siempre bajo los aspectos más elevados de su naturaleza racional, sino que frecuentemente ofrece a su estudio los lados menos loables, sus malas inclinaciones, su malvada perversidad, la culpa y el delito; sin embargo, incluso bajo el oscurecido resplandor de su racionalidad, el verdadero jurista debe ser siempre aquel fondo humano del cual la culpa y el delito no llegan nunca a destruir el sello impreso en él por la mano del Creador.

11. Si, pues, consideráis el sujeto del derecho con los ojos de la fe cristiana, ¡que aureola de luz descubriréis en torno a su cabeza, la corona de que le ha circundado la redención de Cristo, la sangre derramada por su rescate, la vida sobrenatural, a la cual le ha restituido y de la cual le ha hecho participe, y el fin último que le asignó como término de su camino terreno! En la nueva economía el sujeto del derecho no es el hombre en la naturaleza pura, sino el hombre elevado por la gracia del Salvador al orden sobrenatural, y por esto mismo puesto en contacto con la divinidad mediante una nueva vida, que es la vida misma de Dios, si bien participada. Su dignidad crece por tanto en proporciones infinitas, y por

---

<sup>4</sup> SANTO TOMÁS, *Suma teológica* 2-2 q.57a.1.

eso en igual proporción aumenta la nobleza del jurista, que hace de aquélla el objeto de su ciencia.

### III. *La aplicación de la ley injusta*

12. Las insolubles contradicciones entre el alto concepto del hombre y del derecho según los principios cristianos, que heinos tratado de exponer brevemente, y el positivismo jurídico pueden ser en la vida profesional fuentes de íntima amargura. Nos sabemos muy bien, queridos hijos, cómo no raras veces en el ánimo del jurista católico, que quiere guardar fidelidad a la concepción cristiana del derecho, surgen conflictos de conciencia, particularmente cuando se encuentra en la situación de tener que aplicar una ley que la conciencia misma condena como injusta. Gracias a Dios vuestro deber está aquí notablemente aligerado por el hecho de que en Italia el divorcio (causa de tantas interiores angustias también para el magistrado que debe ejecutar la ley) no tiene carta de ciudadanía. Pero, en realidad, desde el fin de siglo XVIII se han multiplicado —especialmente en regiones donde arreciaba la persecución contra la Iglesia— los casos en que los magistrados católicos han venido a encontrarse ante el angustioso problema de la aplicación de leyes injustas. Por esto aprovechamos la ocasión de esta reunión vuestra en torno a Nos para iluminar la conciencia de los juristas católicos mediante la enunciación de algunas normas fundamentales.

13. 1) Para toda sentencia vale el principio de que el juez no puede pura y simplemente apartar de sí la responsabilidad de su decisión para hacerla recaer toda sobre la ley y sus autores. Ciertamente son éstos los principales responsables de los efectos de la ley misma. Pero el juez, que con su sentencia la aplica a cada caso particular, es concausa y, por consiguiente, responsable solidario de sus efectos.

14. 2) El juez no puede nunca con su decisión obligar a nadie a un acto intrínsecamente inmoral, es decir, contrario por su naturaleza a la ley de Dios o de la Iglesia.

15. 3) El juez no puede en ningún caso reconocer y aprobar expresamente la ley injusta (la cual, por lo demás, no constituiría jamás el fundamento de un juicio válido en conciencia y ante Dios). Por esto no puede pronunciar una sentencia penal que equivalga a semejante aprobación. Su responsabilidad sería todavía más grave si su sentencia causara escándalo público.

16. 4) Sin embargo, no toda aplicación de una ley injusta equivale a su reconocimiento o a su aprobación. En este caso, el juez puede —a veces incluso debe— dejar seguir su curso a la ley injusta siempre que éste sea el único medio de impedir un mal mayor. Puede infligir una pena por la transgresión de una ley inicua si ésta es de tal naturaleza que aquel que resulte condenado está razonablemente dispuesto a sufrirla para evitar aquel daño o para asegurar un bien de mucha mayor importancia, y si el juez sabe o puede prudentemente suponer que tal sanción será por el transgresor, por motivos superiores, voluntariamente aceptada. En los tiempos de persecución, frecuentemente sacerdotes y seglares se han dejado condenar, sin oponer resistencia, incluso por magistrados católicos, a multas o a privación de la libertad personal por infracción de

leyes injustas, cuando de este modo era posible conservar para el pueblo una magistratura honesta y apartar de la Iglesia y de los fieles calamidades mucho más terribles.

17. Naturalmente, cuanto más cargada de consecuencias está la sentencia judicial, tanto más importante y general debe ser también el bien que ha de protegerse o el daño que ha de evitarse. Hay, sin embargo, casos en que la idea de la compensación, mediante la consecución de bienes superiores o el alejamiento de males mayores, no puede tener aplicación, como en la sentencia de muerte. En particular, el juez católico no podrá pronunciar, si no es por motivos de gran importancia, una sentencia de divorcio civil (donde éste rige) para un matrimonio válido ante Dios y ante la Iglesia. No debe olvidar que esta sentencia prácticamente no viene a anular sólo los efectos civiles, sino que en realidad conduce más bien a hacer considerar erróneamente el vínculo actual como roto y el nuevo como válido y obligatorio.

18. A vosotros, queridos hijos, os auguramos de todo corazón que la divina Providencia os conceda poder ejercer vuestra profesión siempre dentro del ámbito de una legislación justa y conforme a las legítimas exigencias sociales. Proponemos por todos los medios posibles realizar en vosotros el ideal perfecto del jurista, que por su competencia, por su prudencia, por su conciencia, por su rectitud merece y se concilia la estima y la confianza de todos.

Con este deseo, y como prenda de los más abundantes favores divinos, os impartimos con paterna benevolencia a vosotros, lo mismo que a vuestra nascente y ya tan prometedoras Asociación, nuestra bendición apostólica.

## Notas Bibliográficas

"LE DROIT ET LES DROITS DE L' HOMME", por Michel Villey, PUF —Questions—, 1983, 169 pp.

El profesor de París II —al término de su carrera docente— ha donado al saber jurídico un nuevo y valioso aporte. Primera obra de largo aliento luego del 2º volumen del *Précis*, editado en 1980 y de la reedición (3ª) del 1º en 1982, sintetiza con elegancia y fino espíritu lo esencial de sus reflexiones e investigaciones histórico-filosóficas y avanza en la presentación de otras consideraciones.

Libro valiente y signado por la reflexión dialéctica de un espíritu libre de las ataduras ideológicas y de las servidumbres a las convicciones de moda; el principal estímulo para la lectura se encuentra —precisamente— en la riqueza de las perspectivas abordadas o simplemente, bosquejadas.

Tras la proposición de la *quaestio* —y no es poco valor plantear en la Francia de hoy una visión crítica de *les droits de l'homme*—, con clara visión y pluma precisa pasa revista al "pasivo" del tema calificándolos como *irreales* e *inconsistentes*.

Una apertura de esta índole, que equivale a poner entre paréntesis los supuestos básicos de la cosmovisión moderna postrevolucionaria, exige —como efectivamente se realiza— una profunda y acabada explicación sobre las mutaciones filosóficas y lingüísticas que han conducido de la vieja noción de *ius* —*to dikaton* de los griegos— a la actual: poder, potestad, facultad, ley e —incluso— propiedad; bien incluido dentro de un patrimonio.

Inclinado por el método histórico, Villey principia por presentar el derecho en su versión clásica: la de la filosofía aristotélica, del derecho romano clásico y del pensamiento culto de las escuelas medioevales. Ideas ya conocidas del autor sobre esta concepción —que nutre la raíz de la cultura jurídica de Occidente— van espigadas junto a nuevas reflexiones y precisiones en un clima de agradable y apasionante

lectura. Es aquí donde vemos repetir a Villey su concepción de la justicia desfavorable a toda otra visión que exceda la particular. Pero no es en aquella actitud desconfiada respecto de la justicia del bien común donde reside lo más precioso de su aporte, sino en las magníficas páginas dedicadas a aquella justicia que se verifica en las distribuciones y en los cambios. Es también remarcable su aporte para la calificación del derecho como *ob-iectum*, *proportio* y *meson* en la más pura línea del realismo mediterráneo.

Nuevos desarrollos —ya preludiados en anteriores trabajos, algunos publicados en lengua española por la Universidad Católica de Valparaíso— ha añadido a su visión del *ius* romano para venir a ratificar su antigua afirmación sobre la inexistencia de la noción de "derechos del hombre" en la antigüedad, lo que continúa congruentemente sus investigaciones acerca de la modernidad de la noción del derecho subjetivo en general.

Una nueva presentación de estas cuestiones resulta necesario hacer cuando el autor se interroga acerca del origen de esta noción de los "derechos del hombre"; de allí que nos conduce como de la mano a través del sacralismo agustiniano, del moralismo y deísmo laicos de la Europa moderna y de las diversas tergiversaciones sufridas por la filosofía tomista en el marco de la escolástica española del siglo de oro. Es precisamente en este campo donde aparecen evidenciadas nuevas investigaciones del autor. En especial, cabe destacar un rico campo de futuros análisis sobre la pista dejada en torno a la noción de *dominium* y a las reflexiones que le despiertan las obras de Francisco Suárez y Domingo de Soto; también respecto de las tesis de Richard Fitz-Ralph y las respuestas dominicanas —entre las que sobresale la enseñanza de Las Casas—.

Con este trasfondo escolástico, Villey pasa a estudiar el nacimiento y proliferación de los derechos del hombre en el siglo XVII, sin olvidar el proceso de

desviación que ha sufrido la propia escolástica española, en manos de autores laicos, protestantes y simplemente deístas (el caso de Grocio, Pufendorff, Hobbes, etc.). Es todo un hábito diverso el que preludian los hispanos, pero es un mundo distinto del que abren la puerta: pragmático, utilitario, erudito e ideológico. De este modo, las condiciones están puestas para la formulación del subjetivismo jurídico en la obra de un Hobbes y fundamentalmente de Locke.

Señalaré aquí que, con referencia al último, las páginas que nos ofrece Villey, constituyen un paso más en sus investigaciones sobre la historia de las ideas jurídicas, por lo que a las demás virtudes de este libro se añaden estas nuevas consideraciones que —como en el caso antes mentado de la escolástica española— abren de manera estimulante futuras perspectivas de orientación para el estudio.

De este modo, el derecho entendido como equilibrio o *proportio* del todo social, se ha ido viendo sustituido por esta empobrecida noción moderna que sólo es aplicable a una parte —y a una parte fluctuante— de la sociedad política. Ideada en beneficio de la monarquía absoluta por Hobbes, sirvió en contra de ésta bajo la pluma de Locke, al tiempo que permitió estribar su ideología a la burguesía en ascenso y hoy al proletariado subalimentado. Así, tanto las monarquías despóticas del rey de Prusia y de Catalina II, al mismo tiempo que las democracias socialistas de constitución estalineana han venido a incluir en el frontispicio de sus sistemas jurídicos estas declaraciones de derechos que —a la postre— han demostrado su total ineficiencia para defender el bien humano.

Un epílogo un tanto paradójico cierra el texto del libro, al que acceden las declaraciones de 1789 y de 1948 —de las Naciones Unidas—.

Así se cierra —abierto al diálogo y sin moraleja— este libro. Precioso por el valor de quien ha osado romper con uno de los grandes mitos modernos y por la claridad que posee en la presentación de tan arduo y conflictivo tema. Preciso además para quienes hemos seguido la obra de Villey por el avance —breve si se quiere— que registra respecto de algunos autores (el caso de

Locke) y escuelas (el caso de la escolástica española).

Dos cuestiones críticas debemos, no obstante, señalar. En primer lugar, el indebido estrechamiento de la justicia a la que antes nos hemos referido. En segundo lugar la recusación de algunas consideraciones escolásticas que, a la postre, vendrían a dar respuesta a las inquietudes más hondas del autor.

En efecto, no creemos que pueda cercenarse la visión clásica de la justicia, haciendo de la general una especie secundaria, por cuanto la vida cívica se integra también por *iura* cuya materia está formada por un acto de las otras virtudes cardinales diversas de la justicia (S. Teol. II-II q. 58 a. 6). Por otra parte, la dedicatoria a S. S. Juan Pablo II hacía suponer una aproximación al tema de los “derechos fundamentales de la persona” a los que el Pontífice viene haciendo marcada referencia.

Quizá la clave de estas cuestiones se encuentre en la recusación frontal que ha realizado el autor de toda la Escolástica postomista, ya que sólo en la perspectiva de la noción del bien común puede encontrarse un adecuado marco al tema de la justicia general y sólo en el tema de la “equivocidad” se eslabona claramente el tema de los “derechos fundamentales” de Juan Pablo II —como ya lo había puesto de manifiesto, aunque sin este andamiaje técnico, el propio autor en la conferencia pronunciada en la Universidad de Madrid, en el mes de abril de 1972—. Estos prejuicios antiescolásticos y una marcada resistencia a considerar lo justo en el entramado de la vida política concreta de la ciudad natal (cfr. “Politique et droit”, cap. XII de su *Critique de la pensée juridique moderne*, Dalloz, 1976) explican, quizá, su resistencia a reflexionar profundamente sobre el pensamiento tomista relativo al bien común, que se encuentra en la línea de la I-II q. 20 a.2 y en “Comentario al libro V de la *Ética*”, lec. 2, de Santo Tomás y no en la tesis de la “seguridad nacional” de las autocrasias latino-americanas.

Michel Villey, el investigador de Estrasburgo y el propulsor del Centro de Filosofía del Derecho de París II, había aportado hasta el presente sus valiosísimos ensayos. Más tarde sus breves relecciones sobre el pensamiento

de autores esenciales en la formación del pensamiento jurídico moderno —algunos aún no publicados, como es el caso de la conferencia pronunciada en Aix-en-Provence sobre el utilitarismo jurídico—. Los dos tomos del *Précis* nos han introducido en un nuevo tiempo del autor: la presentación de su propio y decantado pensamiento. Es precisamente en esta línea que se inscribe el libro que comentamos; texto que per-

mite suponer la dedicación de este antiguo catedrático a reflexionar —con el bagaje de sus investigaciones— los grandes temas jurídicos de la actualidad. Si así fuera, este válido libro es acabada prueba de la fecundidad, que en el decaído mundo jurídico actual tiene la libertad de espíritu para enfrentar los mitos del progresismo moderno —liberal, marxista o social-demócrata—.

CARLOS RAÚL SANZ

---

Impreso en los Talleres Gráficos de  
UNIVERSITAS, S. R. L.  
Ancaste 3227 - Buenos Aires

---