



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO

EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y FILOSÓFICO OCCIDENTAL Y LOS
DERECHOS HUMANOS, SU RELACIÓN ESTRUCTURAL. HACIA UNA
TEORÍA EXPLICATIVA.

TESIS QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHO PRESENTA EL MTRO. EMILIO NICOLÁS ORTIZ BAHENA.

TUTOR

DR. CARLOS F. QUINTANA ROLDÁN
FACULTAD DE DERECHO (UNAM)

INTEGRANTES DEL COMITÉ TUTORIAL
DRA. CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ
FACULTAD DE DERECHO (UNAM)

DRA. GUADALUPE ANGÉLICA CARRERA DORANTES
FACULTAD DE DERECHO (UNAM)

CIUDAD UNIVERSITARIA, NOVIEMBRE 2016



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y FILOSÓFICO OCCIDENTAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, SU RELACIÓN ESTRUCTURAL. HACIA UNA TEORÍA EXPLICATIVA.....	1
INTRODUCCION.....	1
Capitulo I. La situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la antigüedad.....	5
1.1 La situación jurídica de las personas en Grecia en la época antigua.....	6
1.2 La situación jurídica de las personas en Roma en la época antigua.....	13
1.3 El pensamiento político y filosófico en la época de la Grecia antigua.	17
1.3.1 El pensamiento de Sócrates.	23
1.3.2 El pensamiento de Platón.	24
1.3.3 El pensamiento de Aristóteles.	29
1.3.4 El pensamiento de los estoicos.	35
1.3.5 El pensamiento de los epicúreos.	41
1.3.6 El pensamiento de los escépticos.....	43
1.4 El pensamiento político y Filosófico de la Roma antigua.	45
1.4.1 El pensamiento de Cicerón.	46
1.4.2 EL pensamiento de Séneca.	49
1.5 El pensamiento cristiano.	54
5.1 El pensamiento de San Pablo.....	62
1.6 El Pensamiento Político y Filosófico de los Juristas Romanos durante el Imperio.....	65
1.6.1 El pensamiento de Gayo.	65
1.6.2 El pensamiento de Paulo.	66
Capitulo II. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la Edad Media.....	68
2.1 La situación jurídica de las personas en la época medieval.	68
2.2 El pensamiento político y filosófico de la época medieval.....	70
2.2.1 El pensamiento de San Ambrosio.....	70

2.2.2 El pensamiento de San Agustín.	72
2.2.3 El pensamiento de San Gelasio I.	78
2.2.4 El pensamiento de Isidoro de Sevilla.	79
2.2.5 El pensamiento de Irnerio.....	81
2.2. 6 El pensamiento de Graciano.	82
2.2.7 El pensamiento de Juan de Salisbury.....	83
2.2.8 El pensamiento de San Buenaventura.	85
2.2.9 El pensamiento de Santo Tomás.	86
2.2.10 El pensamiento de Juan Escoto.	94
2.2.11 El pensamiento de Marsilio de Padua.....	95
2.2.12 El pensamiento Guillermo de Ockham.	97

Capitulo III. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la Edad Moderna..... 100

3.1 La situación jurídica de las personas en la época moderna.	100
3.2 El pensamiento político y filosófico en la época moderna.....	102
3.2.1 El pensamiento de Francisco de Vitoria.....	102
3.2.2 El pensamiento de Domingo de Soto.....	104
3.2.3 El pensamiento de Luis de Molina.....	106
3.2.4 El pensamiento de Fernando Vázquez de Menchaca.....	107
3.2.5 El pensamiento de Gabriel Vázquez.	111
3.2.6 El pensamiento de Francisco Suárez.....	112
3.2.7 El pensamiento de Hugo Grocio.	114
3.2.8 El pensamiento de Nicolás Maquiavelo.	119
3.2.9 El pensamiento de Juan Bodino.	122
3.2.10 El pensamiento de Thomas Hobbes.....	124
3.2.11 El pensamiento de Baruch Spinoza.....	128
3.2.12 El pensamiento de John Locke.	131

Capitulo IV. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político de la época contemporánea..... 134

4.1 La situación jurídica de las personas en la época contemporánea.	135
---	-----

4.2 El pensamiento político y filosófico encaminado hacia la constitución del derecho natural del siglo XVIII.....	136
4.2.1 El pensamiento de Samuel Von Pufendorf.....	136
4.2.2 El pensamiento de Christian Thomasius.	138
4.2.3 El pensamiento de Christian Wolf.	141
4.2.4 El pensamiento de Montesquieu.	146
4.2.5 El pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.	148
4.2.6 El pensamiento de Gottfried Whilhem Leibniz.....	151
4.2.7 El pensamiento de David Hume.	152
4.2.8 El pensamiento de Emanuel Kant.....	156
4.2.9 El pensamiento de Johann Gottlieb Fichte.....	161
4.2.10 El pensamiento de Jeremías Bentham.....	162
4.3 El pensamiento sobre el derecho natural del siglo XIX.	163
4.3.1 El pensamiento de Juan Doménico Romagnosi.....	164
4.3.2 El pensamiento de Antonio Rosmini-Serbati.....	168
4.3.3 George Wilhem Friederich Hegel.	170
4.3.4 El pensamiento de Carlos Marx.....	185
4.3.5 El pensamiento de Friederich Karl von Savigny.....	189
4.4 El pensamiento político y filosófico sobre el derecho natural en el siglo XX.....	192
4.4.1 El pensamiento de Giorgio del Vecchio.	193
4.4.2 El pensamiento de Jacques Leclercq.....	195
4.4.3 El pensamiento de Jacques Maritain.	199
4.4.4 El pensamiento de Herbert Lionel Adolphus Hart.	202
Capitulo V. Los derechos humanos y su prospectiva hacia el siglo XXI.....	205
5.1 El pensamiento influyente de Norberto Bobbio.....	205
5.2 El pensamiento influyente de Luigi Ferrajoli.....	210
5.3 El pensamiento influyente de Gregorio Peces-Barba.	216
5.4 El pensamiento influyente de Eusebio Fernández García.	218
5.5 La doctrina de los Derechos Humanos en México.	222

5.5.1 Fray Bartolomé de las Casas.	222
5.5.2 Miguel Hidalgo y Costilla.	223
5.5.3 Jorge Carpizo Mcgregor.	224
5.5.4 Carlos F. Quintana Roldán.	225
5.5.5 Eduardo Andrade Sánchez.	227
5.5.6 Sergio García Ramírez.	229
Capítulo VI. El neoconstitucionalismo: hacia una teoría explicativa de los derechos humanos en la actualidad.	231
6.1 El neoconstitucionalismo.	231
6.2 Las características del neoconstitucionalismo en Luigi Ferrajoli.	232
6.3 Las características del neoconstitucionalismo en Ricardo Guastini.	234
6.4 Las características del neoconstitucionalismo en Paolo Comanducci.	236
6.5 Las características del neoconstitucionalismo en Robert Alexy.	237
6.6 El neoconstitucionalismo y sus vertientes.	238
6.7 La matriz filosófica de los neoconstitucionalistas no positivistas y los neoconstitucionalistas <i>iusnaturalistas</i>	239
Conclusiones.	241
Bibliografía.	247

EL PENSAMIENTO POLÍTICO Y FILOSÓFICO OCCIDENTAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, SU RELACIÓN ESTRUCTURAL. HACIA UNA TEORÍA EXPLICATIVA.

INTRODUCCION.

Los derechos humanos han sido y son un logro del constante desarrollo de la historia y de la evolución natural de las sociedades. Desde sus orígenes se han considerado indispensables para la convivencia pacífica en una sociedad. Sin embargo, no ha hay una clara concepción de lo que son los derechos humanos. Es por ello, que el presente trabajo tiene como objetivo analizar la estructura del pensamiento político y filosófico en el mundo occidental y su relación estructural con los derechos humanos y demostrar que la necesidad de dar una teoría explicativa de los mismos, ya que la falta de comprensión de los derechos humanos y su esencia son la causa de su distorsión e incluso de la exageración.

En el primer capítulo se analiza, en primer término, cuál era la situación jurídica de las personas en la época antigua y cuál fue el pensamiento político y filosófico que se produjo sobre el particular en ese tiempo. Los modelos de sociedades que se toman, para esta visión, es el de Grecia y el de Roma antiguas.

Resulta interesante observar que en estas dos sociedades el modelo social y de producción fue el de esclavitud.

Posteriormente, se estudia el pensamiento político y filosófico que se construyó en ese tiempo en torno a la consideración de la persona en sí, y su influencia en la producción de una concepción más que de derechos humanos de derechos naturales. Grandes pensadores como Sócrates, Platón y Aristóteles; así, como los estoicos, los epicúreos, los escépticos y otros importantes pensadores romanos, como Cicerón y Séneca entre otros, incluso el movimiento cristiano, serán revisados en su pensamiento sobre el tema que nos ocupa.

En el segundo capítulo se estudia el *status* jurídico de las personas y el pensamiento político y filosófico que se produjo y que continuó con la evolución, quizá aún teórica, de la concepción de los derechos humanos. De la misma forma, se revisa el pensamiento de grandes personajes, entre otros, como San Ambrosio, San Agustín, San Gelasio I, Isidoro de Sevilla, Irnerio, Graciano, Juan de Salisbury, San Buenaventura, Santo Tomás, Juan Escoto, Marsilio de Padua y Guillermo de Ockham. De todos estos pensadores analizamos su concepción sobre la persona y los derechos humanos.

De igual forma en el tercer capítulo se analiza sobre la situación jurídica de las personas en la etapa del Estado moderno y del pensamiento que sobre los derechos humanos se produjo en ese

tiempo. Veremos cómo y de qué forma autores como Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina, Fernando Vázquez de Menchaca, Gabriel Vázquez, Francisco Suárez, Hugo Gocio, Nicolás Maquiavelo, Juan Bodino, Thomas Hobbes, Baruch Spinoza, John Locke, contribuyeron fuertemente a formar la concepción moderna de los derechos humanos y como se va estructurando este concepto en el pensamiento político y filosófico de esa época hasta generar el concepto que ha de quedar plasmado en el siglo XVIII en adelante.

En el cuarto capítulo, se plantea la influencia en este tema de otros grandes pensadores como Samuel Pufendorf, Christian Thomasius, Christian Wolf, Montesquieu, Juan Jacobo Rousseau, Leibniz, David Hume, Emmanuel Kant, Fichte, Bentham, entre otros. De esta manera se observa como se va configurando una nueva concepción y un nuevo estatus de la persona como gobernado y del poder político que le rige. Incluso aparece como han de codificarse los derechos humanos de las personas e inclusive asistiremos a la internacionalización de estos derechos.

En el quinto capítulo se hace una reflexión sobre la prospectiva de los derechos humanos hacia las décadas siguientes del siglo XXI. Estudiando el pensamiento que sobre el particular diversos autores han integrado, entre otros: Norberto Bobbio, Luigi Ferrajoli, Gregorio Peces-Barba, Eusebio Fernández García. Asimismo, se revisa el pensamiento de diversos autores mexicano que se han preocupado por el estudio de los derechos humanos. Finalmente, llegamos a una

reflexión personal sobre el futuro de los derechos humanos y lo que se espera de este esquema de derechos humanos en el siglo XXI.

En el sexto y último capítulo se da cuenta de una teoría explicativa de los derechos humanos con base en la dignidad humana y su entorno filosófico, así como las prerrogativas y los derechos fundamentales propios de su positivización.

Capítulo I. La situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la antigüedad.

En este capítulo analizaremos la situación jurídica de las personas en el mundo antiguo; es decir, veremos cuál era el *status* legal o la condición jurídica de las personas que vivieron en esa época, así como el pensamiento político que se produjo en ese tiempo. Hablar del mundo antiguo en general, sería muy amplio y muy extenso, por lo que para efectos de esta investigación y por cuestión metodológica, nos centraremos en lo que corresponde a Grecia a partir del siglo V antes de Cristo, y en lo que corresponde a Roma a partir de su creación en el año 753 antes de Cristo.

Lo anterior, lo hemos escogido así por dos razones: la primera, como ya se mencionó, por cuestión metodológica, ya que todo trabajo de investigación debe tener una delimitación precisa en el tiempo y a partir de ahí iniciar el estudio respectivo; y la segunda, atendiendo al factor histórico de que ambas sociedades: tanto la griega como la romana vienen a constituir el fundamento de nuestra cultura occidental, junto con la religión judeo-cristiana y, por lo tanto, vienen a constituir también en gran medida las bases de nuestra sociedad actual.

Por cuestión de orden cronológico, empezaremos con el análisis de la condición legal de las personas en el mundo griego de la antigüedad y después pasaremos a analizar lo mismo, pero en el

mundo romano.

1.1 La situación jurídica de las personas en Grecia en la época antigua.

En la época antigua, Grecia estaba dividida en distintas comunidades y éstas se organizaron en *polis*; es decir, ciudades – estado. Cada *polis* contaba con su propia organización política, económica y social, así como con sus tradiciones particulares. Es por esto que los griegos permanecieron separados entre sí y nunca llegaron a constituirse o integrarse en un solo estado.¹

Aunque hubieron muchísimas *polis* griegas, dos de ellas destacaron como modelos representativos y que por lo mismo nos referiremos a ellas: Esparta y Atenas.

Esparta fue la *polis* principal de la región de Lacedemonia, ubicada al sur de los Balcanes en la península del Peloponeso. Los pobladores más antiguos de Esparta fueron los Aqueos, que más tarde fueron sometidos por los Dorios. La sociedad estaba dividida en tres categorías: la primera y más privilegiada era la de los esparciatas, considerados descendientes de los conquistadores dóricos, poseían en común la tierra, dividida en lotes aproximadamente iguales, pero no la trabajaban por sí mismos; gozaban de todos los derechos políticos y

civiles y constituían aproximadamente un diez por ciento de la población y vivían en la propia Esparta; luego, venía el grupo de los periecos término que significaba gentes de alrededor, formado por la población sometida o procedente de otros lugares. Eran gentes libres, pero carentes de derechos políticos y se dedicaban preferentemente a los oficios; la tercera y más numerosa era la clase de los ilotas que eran descendientes de los aqueos sojuzgados, estaban adscritos (los ilotas) a la tierra, trabajaban las parcelas y pagaban tributos a los dueños de éstas (los esparciatas). Los ilotas, carecían de todo derecho y prácticamente de libertad personal.

En Esparta existía una organización pública bastante original: dos reyes gobernaban la comunidad de los iguales, mediatizados por la gerusia que era el consejo de ancianos, del cual formaban parte los representantes de las gens de mayor alcurnia con no menos de sesenta años. La gerusia llevaba todos los asuntos públicos y era, además, el órgano judicial supremo. Asimismo, existía una asamblea popular, pero ésta se reunía poco, si acaso para elegir los cargos o resolver los casos de estar en guerra o estar en paz. También tenemos que existía una interesante institución: la del eforado, compuesta de cinco miembros llamados, precisamente, éforos, que de hecho constituían el colegio máximo de fiscalización y ante el cual rendían cuentas incluso hasta los reyes mismos. Todo su quehacer, toda su vida cotidiana de los esparciatas se subordinaba a un solo

¹ Martínez Ascobereta. Rosa María. *Cultura y Civilización de la Grecia Antigua*. Museo Nacional de las Culturas. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 1995, página 8.

objetivo: la preparación militar. A los siete años los niños eran apartados de las madres y entregados a los gimnasios donde se les educaba en la valentía, la resistencia y la presencia de ánimo y donde se dedicaban principalmente a los ejercicios físicos.

Desde los veinte años comenzaba para cada esparciata una vida de campamento militar: mesa común, constantes ejercicios físicos y militares y pláticas con compañeros mayores en edad que ellos en las que se acostumbraba a los jóvenes a hablar con brevedad y precisión. Gracias a estas reglas y costumbres, los espartanos crearon un ejército formidable, considerado durante mucho tiempo como invencible. Esparta concertó una alianza militar con otras *polis* griegas, misma alianza que tuvo el nombre de la alianza del Peloponeso y en la cual se reconoció la supremacía y la jefatura de Esparta.²

La economía de Esparta estaba basada en la agricultura. “Esta región sirvió como asiento a los invasores Dorios, quienes sometieron a la población conquistada bajo dos formas: los periecos, comerciantes y artesanos, que aunque libres no participaban en la administración de la *polis*; y los ilotas, esclavos pertenecientes al Estado, no a un solo dueño, y sujetos a una terrible explotación en las faenas agrícolas”.³

² Manfred, A. Z. *Historia Universal*. Tomo I. Editorial Akar. Madrid, 1978, páginas 50 y 51.

³ Martínez Ascobereta, Rosa María, *op. cit.*, página 8.

En este último párrafo, se refleja la condición de algunas personas, quizá la mayoría, bajo el régimen espartano: la de los esclavos que no pertenecían a algún solo dueño, sino al estado, pero además eran sujetos a una terrible explotación en las tareas agrícolas; algo así como un tipo de esclavitud oficial.

Se le atribuye al legislador Licurgo haber sentado las bases sobre las que descansaba la vida del espartano, reglamentada desde su nacimiento por una férrea disciplina al servicio del estado.⁴

Por lo que respecta a Atenas, ésta se ubicó en la provincia del Ática que era habitada por los Jonios. El suelo de esta región era pobre para la agricultura; sin embargo, contaba con ricas canteras de mármol, minas de plata, pero sobre todo con una orientación natural al mar, situación ésta que la condujo a las actividades marítimas y comerciales.

Atenas era una república en un principio de acusado carácter aristocrático. En ella, una institución de tipo aristocrática que desempeñaba un gran papel denominada el areópago. Los magistrados supremos eran los llamados arcontes. El areópago nombraba cada año a nueve arcontes los cuales eran elegidos de entre las familias más nobles y ricas.

Según Manfred, la población del Ática se dividía en los

⁴ *Idem*, página 13.

siguientes grupos: los eupatridas o nobleza gentilicia, que era el sector privilegiado, provisto de todos los derechos políticos y civiles; el *demos*, que era el grueso de la población, es decir, el pueblo integrado por labriegos, artesanos, mercaderes, marineros, etc. La composición de los bienes de fortuna formados por el *demos* eran heterogéneos: desde el campesino pobre hasta el rico propietario de un taller o un acaudalado mercader. Aunque dotados de los derechos ciudadanos, los componentes del *demos* no tenían casi ningún derecho político. Otro grupo de la población libre eran los metecos, que eran extranjeros que se instalaban en Atenas y se dedicaban de ordinario al comercio o a cualquier otro oficio. Los metecos carecían de derechos políticos y civiles. Otro segmento de la población lo constituían los esclavos carentes de todo derecho y a quienes no se les consideraba personas, sino más bien como ganado.⁵

Los estados helenos estuvieron sometidos por algún tiempo a los persas. Jerjes, gran jefe persa, fue el gran sometedor de estos estados. Fue en la batalla de Salamina que los helenos vencieron a las tropas de Jerjes, teniendo esta victoria un gran alcance para toda Grecia.

La hegemonía de las comunidades griegas pasó a Atenas, pues era ella la que poseía la armada más numerosa. Así, en el transcurso de las hostilidades se fue construyendo una confederación marítima por parte de estas comunidades griegas, de las que entrarían a formar

⁵ Manfred, A. Z., *op. cit.*, página 51.

parte, según se iban liberando del sojuzgamiento persa, las ciudades – Estado del Egeo y del Asia Menor. Esta confederación fue aumentando y aumentando hasta llegar a unir a más de doscientas comunidades, que más tarde llegarían a constituir la famosa Liga Délica. La formación de esta Liga y la victoria sobre los persas contribuyeron al desarrollo de la esclavitud, del comercio y del sistema monetario de Atenas. El número de prisioneros multiplicó el número de esclavos y, así, el comercio de esclavos alcanzó amplias dimensiones. A veces se les vendía en subasta, los inspeccionaban como si fueran animales, les revisaban la dentadura, incluso les obligaban a desnudarse si el comprador así lo quería. Como en todos los demás estados esclavistas, la situación de los esclavos era extremadamente penosa: el esclavo carecía de todo derecho.⁶

Así, encontramos que en general en las pequeñas comunidades griegas, la población estaba dividida en tres clases: los nobles, los trabajadores libres y los esclavos. Sólo los nobles eran ciudadanos con plenitud de derechos políticos y eran también los grandes propietarios de la tierra y, por lo mismo, los más ricos. Los trabajadores libres eran extranjeros que se habían asentado en otra ciudad y que disponían de medios para sostenerse. Por su parte, los esclavos eran de dos tipos: los natos, es decir, los que nacían de esclavos y los que habían adquirido esta condición al ser vendidos en los mercados después de que se les capturaba como prisioneros de

⁶ *Idem*, páginas 56 y 57.

guerra.⁷

En el siglo VI a. C., se da la reforma social de Solón, gobernante griego. Reforma que consistió en la abolición completa de las deudas y en la prohibición de responder con la persona como garantía de una deuda. Se dice que Solón clasificó a los atenienses en cuatro grupos según su riqueza y, de acuerdo con esta clasificación, se fueron graduando los derechos y deberes para con el estado. Apareció, así, una cuarta clase: la de los “*Thetes*”, es decir, los más pobres. Éstos tenían derecho a intervenir en la asamblea, pero no podían optar por ningún cargo, por lo que se dice que las leyes de Solón suprimieron el privilegio del nacimiento, pero establecieron el privilegio de la fortuna. No obstante, se dice que lo anterior preparó el camino para la democracia.⁸

Efectivamente, a la postre en Atenas, se dio una de las formas políticas que permite la participación de todos los ciudadanos en el ejercicio del gobierno: la democracia. Claro, esto después de haber experimentado con otras formas de gobierno como son la monarquía, la tiranía, la aristocracia o la oligarquía, entre otras.

Aunque con algunas limitaciones, en la democracia, se permitía la participación de todos los ciudadanos para decidir sobre los asuntos de la comunidad, incluyendo la elección de sus gobernantes, pero la

⁷ Chávez Calderón, Pedro. *La República de Platón, Apuntes Didácticos para Estudiantes*. Fernández Editores. México, 1991, página 10.

⁸ *Idem*, página 14.

condición ciudadana correspondía sólo a los hombres libres, mayores de 20 años e hijos de padre y madre ateniense, por lo que los extranjeros, las mujeres, los menores de 20 años y los esclavos quedaban excluidos.⁹

“Era la democracia de una minoría privilegiada, una democracia típicamente esclavista en la que únicamente una parte de la población libre goza de todos los derechos y privilegios”.¹⁰

De lo anterior, desprendemos que aunque la sociedad griega estableció alguna igualdad, era una sociedad esclavista pues los privilegios eran de las personas libres. Y aunque quizá los esclavos no estaban sujetos a una terrible explotación como en Esparta, finalmente no dejaba de ser esclavitud: carentes de cualquier derecho. Incluso vemos como se les llegó a considerar como ganado.

1.2 La situación jurídica de las personas en Roma en la época antigua.

Por otro lado, analicemos lo que fue la Roma antigua: esa ciudad fundada en el año 753 antes de Cristo y que llegó a ser uno de los más grandes imperios de la antigüedad. En Roma encontramos que no todos los seres humanos eran personas, ya que de acuerdo al sistema jurídico de Roma solamente algunos pocos individuos tenían

⁹ Martínez Ascobereta, Rosa María., *op. cit.*, página 13.

una personalidad jurídica plena. En efecto, en el derecho romano sólo se reconocía completa capacidad de goce a una minoría de seres humanos, siempre que éstos reunieran tres requisitos, a saber:

1. Tener el *status libertatis*; es decir, no ser esclavos, sino personas libres.
2. Tener el *status civitatis*; es decir, ser auténticamente romanos y no extranjeros, y
3. Tener el *status familiar*; es decir, no estar sujeto a patria potestad.¹¹

Como se aprecia, el primer requisito de la personalidad completa era el de ser libre, por lo tanto aquellos individuos que tuvieran la calidad de esclavos no gozaban de esta personalidad plena. Es decir, no se les reconocía personalidad y por lo tanto no gozaban de ciertos derechos, sino que estos sujetos más bien eran asimilados a las cosas.

Una de las cuestiones que más llaman la atención en la vida de Roma es que la esclavitud era una institución plenamente regulada por el sistema jurídico-romano. Así, hay autores que hablan de las fuentes jurídicas de la esclavitud en Roma: “Según el derecho romano la esclavitud podía derivar del nacimiento, o de hechos y circunstancias,

¹⁰ Manfred, A. Z, *op. cit.*, página 61.

¹¹ Floris Margadant, Guillermo. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa. Quinta Edición. México, 1974, página 119.

determinados por la ley, posteriores al nacimiento”.¹²

Por citar un ejemplo de esclavitud por nacimiento, tenemos que los hijos de la mujer esclava, nacían esclavos, pues existía la regla jurídica de que los hijos nacidos fuera de matrimonio seguían la condición de la madre, sin tomar en consideración el *status* social del padre; y puesto que la mujer esclava no podía contraer nupcias los hijos nacían fuera y por lo tanto nacían esclavos.¹³

Por lo que respecta a la esclavitud por causas posteriores, el derecho de gentes regulaba como la fuente única de esclavitud el de la cautividad, en virtud de la cual se privaba de la libertad a los enemigos y se ejercía en dos hipótesis: contra los pueblos con los que los romanos estaban en guerra; y, segundo, contra aquellos pueblos con los que Roma no tenía tratados de amistad. Esta última, aún en periodo de paz.¹⁴

Por su parte, en el derecho civil las causas reguladas por él variaron, según la época. Por ejemplo, en el derecho antiguo se daban cuatro causas de esclavitud, a saber:

1. La persona que no se inscribía en el censo, es decir, el esclavo *incensus*. El patrimonio de este tipo de esclavo pasaba

¹² Lemus García, Raúl. *Derecho Romano (personas – bienes – sucesiones)*. Editorial Limsa. México, 1964, página 21.

¹³ *Idem*, página 22.

¹⁴ *Ibidem*.

al estado.

2. El deudor insolvente, cuando no pagaba la deuda en el plazo señalado por la ley o bien en el plazo convenido.

3. El individuo libre que era aprehendido al momento de cometer delito de robo, y

4. El soldado refractario, es decir, aquél que se sustraía al servicio militar.¹⁵

Asimismo, en el periodo clásico el *ius civile* regulaba las siguientes formas de reducción a esclavitud:

1. Cuando un individuo era condenado a trabajar en las minas, a ser echado a las bestias feroces o a ser internado en la escuela de gladiadores, porque no tenía más dueño que su castigo y su patrimonio pasaba al Estado.

2. Cuando un individuo libre se hacía vender como esclavo por un tercero, compartiendo con este el precio, para después reclamar su libertad. Esta causa tenía sus requisitos: siempre y cuando el vendido como esclavo tuviese la edad de cuando menos 20 años, que hubiese procedido de mala fe y que, en cambio, el comprador hubiese procedido de buena fe.

¹⁵ *Idem*, páginas 22 y 23.

3. Toda mujer libre que mantuviese relaciones con un esclavo ajeno y con expresa prohibición del dueño se volvía esclava de éste último.

4. El liberto que fuese ingrato con su patrono.¹⁶

En fin, en la época de los romanos la potestad del dueño sobre el esclavo era absoluta: lo mismo se ejerce sobre su persona que sobre sus bienes, “el dueño tiene poder de vida y de muerte sobre el esclavo”.¹⁷

Como vemos, en Roma la situación de los esclavos era peor que en Grecia pues como ha quedado asentado el poder del dueño de un esclavo llegó a ser absoluto: podía disponer hasta de la vida de dicho esclavo, sin tener este último ningún derecho.

1.3 El pensamiento político y filosófico en la época de la Grecia antigua.

El problema que ocupó a todos los filósofos presocráticos desde Thales de Mileto fue el de hallar el primer principio constitutivo de la realidad o del cosmos, el cual pudiera dar la explicación de la realidad circundante y de todos los fenómenos naturales, es decir, el tema de

¹⁶ *Idem*, página 23.

la filosofía presocrática es el de la naturaleza (Physis): descubrir el orden fundamental de la naturaleza, el principio que explicara todo el mudar y el devenir de los fenómenos del mundo exterior.

La problemática iusnaturalista surgió precisamente cuando ese mismo deseo de descifrar la naturaleza de la vida se proyectó sobre el mundo social, es decir, sobre la vida social.¹⁸

Por esto, se considera que es en esta etapa de los pensadores de la época presocrática donde se dan las primeras bases para el planteamiento y construcción de la teoría del derecho natural. Son Pitágoras y Heráclito quienes sientan las bases iniciales de esta teoría, ya que el tema cardinal de sus especulaciones lo constituye el tema de la naturaleza y esta interpretación de la naturaleza fue hecha en función de la sociedad, en función del conocimiento social; sin embargo, en ninguno de los dos aparece bien diferenciada ninguna concepción que pueda considerarse como antecedente específico de la teoría del derecho natural.¹⁹

Si bien es cierto que por un lado, para Pitágoras la esencia del cosmos está en los números, también es cierto que la justicia era la principal de las virtudes en el ámbito de la convivencia humana. Su significado matemático exigía para medir las relaciones entre las

¹⁷ Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Edinal, México, 1971, página 78.

¹⁸ Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *Ius Naturae, Una Introducción al Estudio del Derecho Natural*. Editorial Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1954, página 16.

¹⁹ *Idem*, páginas 14 y 17.

personas el establecimiento de un principio de igualdad.²⁰

Por su parte, la filosofía de Heráclito presenta dos momentos cardinales:

1. El logos universal y divino que rige como principio inmanente el entero acaecer natural, y

2. El fluir de todas las cosas, es decir, la concepción de la realidad como una armonía de las tensiones opuestas.

La filosofía de este gran pensador tiene importancia desde el punto de vista del derecho natural pues el cosmos se le revela a Heráclito como un orden racional y desde el momento en que el hombre está sujeto a ese orden racional, desde ese momento resulta la idea del derecho natural. De aquí que se considere que la idea del derecho natural, aunque no el nombre en sí mismo, ya está contenida en el pensamiento de Heráclito.²¹

Así, tenemos que entonces, el supuesto de un Derecho divino y natural distinto de las leyes de cada Estado fue formulado por Heráclito.²²

No obstante lo anteriormente dicho, la originalidad en el

²⁰ *Idem*, página 20.

²¹ *Ibidem*.

²² Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Cuarta Edición, México, 1964, página.128.

planteamiento del derecho natural corresponde a los sofistas.

Lo anterior, se explica fácilmente ya que como ha quedado anotado la época anterior a ellos es la de la especulación griega que tuvo como tema el problema cosmológico y no el social, siendo este último la base de la teoría del derecho natural.²³

Corresponde a los sofistas, propiamente, la originalidad en el planteamiento del problema que encierra la idea del derecho natural. Sin ellos, la teoría del derecho natural no hubiera llegado a definirse con la significación que para nosotros tiene.²⁴

Los sofistas eran extranjeros que procedían de los círculos exteriores de la cultura griega, es decir, de las colonias. Llegaron a Atenas después de las victoriosas guerras con los Persas y precisamente cuando la ciudad de Atenas había alcanzado la culminación de su esplendor capitalista, cuando la clase social dominante de entonces había creado una poderosa ideología que establecía una división tajante y definitiva entre ciudadano y no ciudadano, entre noble y no noble, entre libre y no libre, entre griego y no griego. Esta ideología culmina con la deificación de organización estatal y su derecho positivo, es decir, la *polis* y el *nomos*, consideradas ambas cosas como algo sagrado y, por lo tanto, indiscutible. Cuán sagrada estaba entre los atenienses esta

²³ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, página 13.

²⁴ *Idem*, página 31.

divinización de su estado y su derecho. La muerte de Sócrates, ocurrida bajo las leyes positivas de Atenas, es enormemente reveladora. Ningún iusnaturalista cristiano hubiese consentido inmolarsse de modo semejante. Así, fue como los sofistas iniciaron un movimiento contra tal positivismo jurídico, contra la ideología de la clase dominante en Atenas. Abriendo, así, ante el espíritu griego una amenazadora distinción entre el *nomos*: la ley impuesta por el ser humano y la *Physis*, es decir, la naturaleza; así como, su proclamación de la igualdad fundamental entre todos los hombres y su derecho a participar y disfrutar en el esplendor de la cultura y el capitalismo griego.²⁵

“A ellos corresponde el mérito de haber planteado, por primera vez, el problema que se encierra bajo la idea del derecho natural. Los sofistas fueron los primeros que, no como Heráclito dentro de una filosofía cosmológica, sino bajo el marco de una especulación orientada antropológicamente, suscitaron el problema de las relaciones entre lo justo en sí y lo justo por ley o convención, entre por lo que naturaleza es justo y lo que se considera como tal en virtud de las tradiciones históricas o de las decisiones del poder, entre la naturaleza de la vida social y la ley. Con la palabra naturaleza, la filosofía griega designaba el principio inmutable, sustancial y absoluto de las cosas. Los sofistas aplicaron intencionalmente este concepto a la ordenación de la vida social, queriendo descubrir para la misma principios permanentes, invariables, arquetipos, por contraposición a

²⁵ *Idem*, páginas 31 y 32.

las caprichosas diferencias de las leyes convenidas”.²⁶

Ningún griego del pensamiento presocrático cayó en la conciencia del planteamiento de un problema semejante. Los pensadores del periodo presocrático vivieron preocupados por el afán de descubrir el principio último, es decir, el primer principio de la realidad o del cosmos subyacente a todas las mutaciones o transformaciones de las cosas. En cambio, los sofistas llevaron esa preocupación a la vida social y se preguntaron por el principio último, esto es, el primer principio de la convivencia colectiva, por una ley inmutable y fija, superior a todas las mutaciones y cambios políticos independientes de las diferencias de tiempo y lugar, o sea por un derecho o por una justicia que valiesen por naturaleza, se preguntan por la naturaleza misma o por el primer principio que rige la vida moral. Para esta nueva forma de conciencia jurídica, el derecho establecido por las costumbres o por las leyes no aparece como natural, indiscutible, absoluto y objetivo, sino como algo artificial y discutible, como algo relativo y convencional. El pensamiento de la época anterior a los sofistas no hacía esta distinción, con los sofistas quedan desdoblados ambos puntos de vista e incluso quedan contrapuestos entre sí.²⁷

²⁶ *Idem*, páginas 33 y 34.

²⁷ *Idem*, páginas 34 y 35.

1.3.1 El pensamiento de Sócrates.

La antítesis entre naturaleza y ley, entre lo dado de manera natural a los hombres y lo establecido e impuesto por los hombres mismos en su construcción social perdura con el ulterior pensamiento filosófico griego, sirviendo de alimento a su filosofía jurídica. Sócrates, que emerge en medio del clima espiritual que había producido el movimiento sofístico, distingue entre leyes escritas: las leyes de ésta o de la otra ciudad, que varían con el país y con el tiempo; y las leyes no escritas, que valen para todo país y para todo tiempo. De acuerdo con Sócrates, mientras que los infractores de las leyes humanas pueden escapar a sus sanciones, los transgresores de estas otras leyes no pueden escapar a las penas que tienen señaladas.

Según este filósofo, el conocimiento de lo justo es un conocimiento particular del conocimiento de las ideas o esencias y la ciencia es innata a la razón humana en virtud del origen divino del alma. Sabiduría y virtud son una misma cosa y, por lo mismo, las varias especies de virtud no son sino distintas modalidades de la sabiduría. Ésta, en cuanto atañe a las relaciones con Dios, se llama piedad; en cuanto se refiere a las relaciones de las personas entre sí, se llama justicia; en cuanto trata de regular los actos de la propia voluntad, se llama fortaleza y en cuanto procura calmar el apetito sensible, se llama templanza. Así, pues, Ética es para Sócrates conocimiento del bien: las semillas del saber ético están soterradas en nuestro espíritu, de modo que el conocimiento estriba en hacerlas

florecer. El conocimiento no nos viene de fuera, sino que lo extraemos de las profundidades del alma, de ahí que su método, el socrático sea la mayéutica: una especie de obstetricia espiritual, una especie de alumbramiento de las ideas. En Sócrates, pues encontramos la idea de que la conciencia humana es el órgano de revelación o promulgación de las ideas morales. Esta conciencia es para Sócrates el órgano de comunicación o vinculación del alma con la divinidad. Como vemos está aquí ya idea de la ley natural, cuestión que posteriormente será la pieza principal de la filosofía ético – jurídica cristiana.²⁸

Para Sócrates los dirigentes de la comunidad debían de ser las personas más virtuosas. Éste era su ideal de modelo de hombre político: para ser político había que ser ético. La ética y la política iban de la mano.

1.3.2 El pensamiento de Platón.

Platón ya no está en la línea de los sofistas y de Sócrates. La idea del planteamiento del problema del derecho natural del pensamiento sofista no constituye una pieza propiamente dicha del pensamiento platónico, sólo podemos hablar en él de una teoría del derecho ideal. Platón no habla, pues, por cuenta propia, del derecho natural, pero sí distingue los hechos justos o actos particulares de la

²⁸ *Idem*, páginas 35 y 36.

justicia, respecto de la esencia o idea de lo justo. Para Platón las ideas son formas invariables, tipos eternos de las cosas, trascendentes a la realidad y que deben servir de modelo a ésta. El mundo de las ideas platónicas es un orden ejemplar lleno de armonía y, por lo tanto, se debe intentar su realización en la vida con el fin de ordenarla y armonizarla. El ser de las ideas significan para el hombre un deber. “Al modo como el carpintero debe construir su mesa teniendo presente en la mente la idea de la mesa o la mesa ideal, así el legislador debe establecer el derecho inspirándose en la idea del derecho o en el derecho ideal.”²⁹

Para Platón, la verdadera ética, lo mismo que la verdadera política no necesita de normas, sino que se debe inspirar de modo directo en las ideas, cuyo ser tiene para el hombre valor de deber ser. Para él, el acceso del alma a las ideas es posible a través de lo que se ha llamado la intuición reminiscente, ya que según Platón el alma es inmortal y de origen divino y ha tenido una existencia anterior a la terrena en la que no vivía ligada a cuerpo alguno y donde ha conocido el cielo de las ideas. Pero, al decaer el alma de esa existencia preterrena y encarnada en un cuerpo, puede despertar el recuerdo de esas ideas antes contempladas, para ello le sirve de excitante la presencia de las cosas sensibles: el alma en su condición carnal es estimulada por el mundo sensible y vuelve sus ojos hacia su interior donde lleva impresa la huella de las ideas: las recuerda. Para Platón

²⁹ *Idem*, página 38.

conocer es recordar.³⁰

Platón se nos presenta así como el primer gran sistemático de la teoría de las virtudes, pieza que posteriormente iba a alcanzar gran importancia en la filosofía moral cristiana.

Según Platón, como el alma es energía, hay en ella tres facultades o potencias:

1. Una parte superior que es la razón o el espíritu.
2. Una parte inferior, enraizada en el cuerpo: el apetito sensual.
3. Entre ambas se encuentra otra intermedia que es la voluntad o el sentimiento, sede de los afectos o impulsos elevados.

Cada una de estas facultades tiene su pauta o medida, o sea, su virtud, a saber:

- La virtud de la razón es la prudencia o sabiduría
- La virtud del apetito sensible es la templanza.
- La virtud del sentimiento o voluntad es la fortaleza.

³⁰ *Idem*, páginas 39 y 40.

Pero, hay una cuarta virtud que establece la armonía entre las facultades del alma anteriormente dichas y que es el equilibrio de las demás virtudes: la justicia.

De esta forma, tenemos las cuatro virtudes cardinales que constituyen el fundamento de la ética cristiana.

Según el pensamiento de Platón, ya no basta con conocer el bien para cumplirlo, como afirmaba su maestro Sócrates, sino que para lograr una conducta moral es, además, preciso adiestrar al hombre en su ejercicio: la virtud solo arraiga en el alma como resultado de un comportamiento reiterado.

En esta idea fragmentaria del pensamiento jurídico de Platón se destaca la idea de bien común y de la concordancia entre los gobernados como meta y criterio de la justificación de la acción política. Idea que más tarde ocupará un lugar preeminente en la teoría cristiana del derecho natural.³¹

Para Platón el modelo político, el estado ideal reflejado en su libro *La República*, era el gobierno de los mejores: entendiendo como las mejores personas en una comunidad política a aquellos que estén mejor preparados, sobre todo en el conocimiento de las virtudes, pero que además las practiquen. De ahí que su modelo político era el aristocrático.

³¹ *Idem*, páginas 40 y 41.

Aunque si bien es cierto, como ya dijimos en líneas anteriores, la idea del planteamiento del problema del derecho natural del pensamiento sofista no constituye una pieza propiamente dicha del pensamiento platónico y tan sólo podemos hablar en él de una teoría del derecho ideal, también es cierto que Platón creía en la existencia de una idea eterna de justicia.

Platón describía esta idea de justicia eterna como la armonía orgánica de una república en la que cada individuo y cada clase eran llamados a ocupar el lugar que les estaba destinado y a desempeñar una función apropiada.³²

Para Platón el estado justo era aquel en el que cada una de las clases sociales hacía lo que le correspondía hacer: a los filósofos sabios y prudentes les correspondía gobernar, a los guerreros la fortaleza y el valor para defender a la patria, a las demás clases la templanza, es decir, hacer lo que les correspondía hacer. La configuración de estas tres virtudes llevaban automáticamente a una cuarta: la justicia. De esta armonía orgánica de la república, Platón desprendía la idea de justicia eterna en la que cada clase social era llamada a ocupar su lugar y a desempeñar apropiadamente la función que le correspondía.

³² Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, página 129.

1.3.3 El pensamiento de Aristóteles.

Se ha considerado a Aristóteles como el “padre del derecho natural”; sin embargo, bajo un riguroso aspecto histórico y de acuerdo a lo que hemos venido analizando, él sólo recoge la tradición griega sobre este tema y la transmite a la posteridad.

Aristóteles, critica a Platón pues considera desafortunado separar las ideas en cuanto esencias de las cosas respecto de las cosas mismas del mundo real; las ideas no constituyen, para Aristóteles, un reino metafísico trascendente a la realidad, sino son el núcleo mismo de las cosas, las ideas no están fuera o por encima de las cosas, sino están ínsitas en ellas, por lo tanto, la experiencia sensible tiene una importancia fundamental para el conocimiento: es su primer paso. La razón no posee idea innata alguna, sino que solamente es potencia capaz de penetrar la esencia de las cosas.

El verdadero conocimiento es obra del espíritu poiético o creador, el cual, según Aristóteles, obra como una luz que hace transparentes las cosas percibidas por los sentidos, permitiendo el descubrimiento de su esencia interior para ser luego registrado en el intelecto. De esta forma, la idea forma parte, según Aristóteles, de las cosas mismas, está en éstas y no fuera de ellas. Así, las cosas son, para este filósofo, un compuesto de figura y forma: la materia es lo informe, es la posibilidad de ser; la forma es su determinación (la silla ya hecha, etc.). El descubrimiento de la forma es el objeto del

conocimiento para Aristóteles, pero la forma también tiene en él un sentido metafísico: la forma es a la vez causa eficiente, o sea, principio productor y causa final, es decir, principio que dirige y orienta el acontecer. Así, para cada cosa, la plenitud de su esencia significa su propio bien.³³

Transportadas estas concepciones aristotélicas al plano de la ética, significan que el bien del hombre está determinado por su propia esencia. Realizar lo que es, es cumplir su propia esencia o naturaleza, tal es el bien del hombre o bien ético, llamado así por tener su fuente en la costumbre, ya que para Aristóteles las virtudes éticas son el fruto de la costumbre: el resultado de un hábito perseverante en el actuar, ordenado según las conveniencias de nuestra propia esencia, de acuerdo con lo que exige nuestra propia naturaleza.

Aristóteles distingue entre virtudes intelectuales o dianoéticas y virtudes de la voluntad o del carácter, siendo éstas últimas las virtudes morales propiamente dichas. Él entiende las virtudes éticas como cualidades de la voluntad cuyo objeto es facilitar la conducta o el actuar según la razón y de acuerdo a nuestra naturaleza, mediante la observación del justo medio en relación con quien actúa: es la teoría del justo medio en la virtud. Así, según esta doctrina: el valor aparece como el justo medio entre la temeridad y la cobardía; la templanza, como el justo medio entre la lujuria y la insensibilidad; la liberalidad, como el justo medio entre la prodigalidad y la sordidez. El justo medio

³³ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, páginas 43 y 44.

es un equilibrio entre dos vicios extremos: el defecto o el exceso. La determinación del justo medio de la virtud no es nunca una medida fija, sino que depende siempre del operante y de las circunstancias en que se halla. De esta forma, se confirma la frase de que la suprema ley de vida del hombre o ley ética es la realización de su propia esencia o naturaleza: buenas son las acciones conforme a la naturaleza humana; malas, las que la contradicen.³⁴

Para Aristóteles, la más importante de estas virtudes es la justicia: la virtud que ordena las relaciones de convivencia entre las personas dentro de la ciudad. Es la virtud política por excelencia. El objeto a que tiende la justicia es lo justo, es decir, lo ético que concierne a la convivencia humana, puesto que para Aristóteles la naturaleza humana es el fundamento o principio de lo ético.

Según Aristóteles, se puede hablar de lo justo por naturaleza y de lo justo según la ley (según lo normado). Ambas formas atañen a la vida civil. Lo justo natural, que es lo que posteriormente se le llamaría en la historia de la filosofía derecho natural tiene en todos los países la misma fuerza y su validez no depende de las resoluciones que los hombres puedan tomar en un sentido o en otro. Lo justo según la ley o lo justo normado, es decir, lo que no es objetivamente justo, resulta indiferente, pero deja de serlo desde el momento en que la ley lo convierte en tema de sus mandatos o de sus prohibiciones. Asimismo, encontramos que para Aristóteles, el principio de lo justo es la

³⁴ *Idem*, páginas 44 y 45.

igualdad, pero distingue varias especies de igualdad, a saber:

- La primera, la justicia distributiva: se refiere al reparto de los bienes y los honores y ha de procurar que cada uno de los ciudadanos reciba una porción adecuada a su mérito. Si las personas no son iguales, tampoco deberán distribuírseles cosas iguales. Según Aristóteles, la igualdad sobre la que se basa la justicia distributiva es una relación proporcional.
- La segunda, la correctiva o sinalagmática: que procura la igualdad entre las cosas intercambiadas cuando se las considera en sí mismas sin referencia a las personas que intervienen en la relación. Procura la equivalencia de las prestaciones contrapuestas. Si esta justicia se realiza en la esfera contractual es entonces una justicia conmutativa y si se realiza o se cumple mediante la intervención de un juez en casos de litigios, entonces es una justicia judicial. La justicia punitiva debe ser siempre judicial ya que mediante ella se trata de reparar un daño cometido, sin tener en cuenta la voluntad del que lo ha causado.

Aristóteles pone a la equidad en íntima conexión con la idea de justicia. La equidad se refiere a la aplicación de derecho normado, pero significa una corrección del esquematismo de la ley. La equidad es una interpretación prudente y moderada de la ley, es el equilibrio entre las exigencias reales o en un plano natural y las exigencias establecidas por la ley. Como las leyes se dan de manera anticipada

para regular conductas humanas, resultan esquemáticas y abstractas, de modo que, para que su aplicación se ajuste a la realidad de la vida, se hace necesaria una adaptación al caso. Aristóteles consideraba que con la equidad se podía modificar las leyes en su tenor literal.³⁵

En su modelo político, Aristóteles concibió las formas de gobierno en tres formas puras y tres impuras. Su esquema consistía en según cuantos gobernarán y como gobernarán: si el gobierno era de uno solo, se trataba de una monarquía; si el gobierno era de varios, se trataba de una aristocracia y si el gobierno era de la mayoría se trataba de una democracia. Desde luego si los gobernantes gobernaban para el bien común, entonces nos encontrábamos ante una forma de gobierno pura en cualquiera de los tres esquemas señalados, pero si los gobernantes gobernaban no para el bien común, sino para el beneficio de gobernante o de los gobernantes estas formas puras de gobierno degeneraban en alguna forma impura. Así, la monarquía degeneraba en tiranía, la aristocracia en oligarquía y la democracia en demagogia.

Según Aristóteles, la mejor forma de gobierno era cualquiera de las tres formas puras bien llevadas, únicamente consideraba que según el tamaño del territorio y el número de población era lo que había de tomar en cuenta para ver el modelo a establecerse, ya fuera una monarquía, una aristocracia y una democracia.

³⁵ *Idem*, páginas 45 y 46.

Finalmente, Aristóteles suponía la existencia de una ley de la naturaleza. Hizo una distinción entre la justicia natural y la justicia convencional. Decía que la parte que es natural tiene la misma autoridad en todas partes y es independiente de la opinión y la que es convencional es meramente producto de una situación particular, un mero pronunciamiento positivo de un cuerpo legislativo que podía haber tomado cualquier dirección.³⁶

Con Aristóteles culmina toda la filosofía griega, después de su muerte, en el año 322, inicia una época de pensamiento filosófico débil y desfalleciente que se extiende desde el siglo III antes de Cristo hasta el siglo VI de nuestra era: la llamada época de la filosofía helenística – romana. Es una época de crisis espiritual en la cual se da un giro histórico y ahora la filosofía se hace una filosofía de la vida: más que un saber del mundo y de las cosas exteriores el hombre busca un saber acerca de la propia existencia humana. La filosofía deja de ser un sistema de conocimientos y se convierte en una actitud de vida. Así surgen dos de las corrientes filosóficas más importantes de esa época: el estoicismo y el epicureísmo, que por caminos distintos persiguen un mismo ideal de vida, la ataraxia: la calma de ánimo, la independencia y la serenidad interior.

³⁶ Bodenheimer, Edgar, *op.cit.*, página 129.

1.3.4 El pensamiento de los estoicos.

El estoicismo deriva de la llamada escuela cínica, cuyo principal representante fue Antístenes (445-370 a. C.). El más famoso discípulo de Antístenes fue Diógenes el Can, el famoso interlocutor de Alejandro Magno y su conocida anécdota producida del famoso pasaje que decía que Alejandro Magno al enterarse de la existencia de Diógenes que vivía en un tonel, fue a verlo para concederle el deseo que Diógenes quisiera y al preguntarle qué es lo que deseas que yo te lo he de conceder, Diógenes contestó: que te hagas a un lado porque me estás tapando el sol. Palabras célebres a las que Alejandro Magno contestó con otras no menos célebres: si yo no fuera Alejandro Magno quisiera ser Diógenes.

Según la doctrina cínica, el filósofo debe buscar la felicidad reduciendo las necesidades, desentendiéndose del imperio de las costumbres y de las leyes vigentes, viviendo naturalmente, es decir, conforme a la naturaleza, pero la idea de naturaleza para esta corriente de pensamiento era considerada en sus más elementales tendencias y casi en un sentido animal, de ahí su mala fama en la historia de la filosofía, pues las palabras cínico y cinismo vendrían, posteriormente, a significar todo cuanto se refiere a un modo de vida que prescinde de todo respeto a los principios morales y a las normas

de las costumbres.³⁷

El estoicismo fue fundado por Zenón de Citio (336-264 a. C.). Sus principales discípulos fueron Cleantes de Assos (330-232 a. C.) y Crisipo de Cilicia (280-208 a. C.). Zenón, Cleantes y Crisipo representan al llamado estoicismo antiguo y aunque hay otros brotes posteriores, tales como, el llamado estoicismo medio, el cual se proyecta sobre el mundo romano, cuyos representantes son: Panecio (185-110 a. C.) y Posidonio (135-50 a. C.); y más tarde, el estoicismo medio, que ya es una manifestación típica del espíritu romano y cuyos representantes son: Séneca (4 a. C. – 65 d. C.), Epícteto (60-140 d. C.) y Marco Aurelio (121-180 d. C.), el verdadero estoicismo es el antiguo.³⁸

Sin lugar a dudas, la escuela estoica tiene una gran importancia en la historia del derecho natural e incluso una opinión muy extendida entre los historiadores de la filosofía pues consideran a los estoicos como los fundadores del derecho natural.

Consideramos, que aunque esto es una gran verdad, la realidad es que la originalidad del planteamiento del problema sobre el derecho natural, como hemos visto, corresponde a los sofistas, aunque convenimos que son los estoicos los que dan las bases sobre las cuales se estructura el derecho natural.

³⁷ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, páginas 49 y 50.

³⁸ *Idem*, páginas 50 y 51.

Pero, veamos más a fondo en qué consiste esta corriente de pensamiento filosófico denominada estoicismo.

El estoicismo profesó una concepción panteísta del mundo. Los estoicos concebían al universo como una sola sustancia, para ellos Dios y la naturaleza eran una misma cosa.

De esta identificación de Dios y el mundo, que constituye la pieza capital del sistema de ideas de los estoicos, se desprende el resto de su filosofía y particularmente la ética y la teoría del derecho natural. Según su filosofía, existe un orden racional del universo que es expresión del espíritu divino: una ley eterna e inmanente del universo, representada por la razón divina. Esta ley racional produce el orden del universo y encierra el destino de todas las cosas: cada cosa tiene señalado en este orden su puesto, su papel y, por lo tanto, su destino. El hombre, según esta doctrina formulada por los estoicos, es la obra suprema de la naturaleza y, por lo mismo, hay que considerarlo como incluido en la misma y no ajeno a ella. La diferencia con los demás seres naturales, consiste en que éstos obedecen a la necesidad cósmica por virtud de una imposición irremisible, mientras que el hombre, en cuanto ser racional, se somete al orden del mundo por su propia determinación. Por eso, bajo tal aspecto el hombre debe obrar según la naturaleza. El destino del hombre consiste en unirse a la naturaleza, confundirse con ella. La ley ética, según los estoicos, estriba en vivir conforme a la naturaleza y este principio se convierte

para el hombre en vivir según la razón, puesto que el orden natural es un orden racional y el hombre es, por lo tanto, un animal racional.³⁹

Concebido el mundo como una sola cosa o una sola sustancia, llámese universo, naturaleza, razón o destino, puede pues afirmarse que la razón lo gobierna todo. Así, si el destino es racional es igualmente divino. De ahí que en oposición a los epicúreos, los estoicos sean esencialmente fatalistas.⁴⁰

Según los estoicos, obrar éticamente, es vivir conforme a la naturaleza de las cosas y como el hombre es un ser racional por naturaleza, por tanto, debe vivir de acuerdo con la razón, esto es, debe ajustar sus actos a la ley racional, divina y universal que preside la armonía cósmica.

“Con el estoicismo surge por primera ocasión en la cultura occidental una idea dignificadora del hombre, al entender que todo el género humano está hermanado por la razón; esto es, que los hombres como seres racionales somos hermanos, independientemente del origen, la raza o las creencias de cada grupo o sociedad. Con los Estoicos surge también la idea de la ley natural, al concebir que el orden de la naturaleza es eterno e inmutable, por ello el proceso de lo natural, en armonía con la razón, refleja el carácter divino del universo; ideas que trascenderían de manera significativa al

³⁹ *Idem*, páginas 52 y 53.

⁴⁰ Xirau, Ramón. *Introducción a la Historia de la Filosofía*. Editorial Textos Universitarios. UNAM. Sexta Edición, México 1976, página 90.

derecho romano y al pensamiento político medieval”.⁴¹

Ahondando un poco más sobre los estoicos, se dice que Zenón y sus discípulos colocaban al concepto de naturaleza en el centro de su sistema filosófico. Entendían por naturaleza el principio rector que penetraba todo el universo, principio que como ya se dijo en forma panteísta identificaban con Dios. Ese principio rector era de carácter esencialmente racional. Para Zenón todo el universo se componía de una sola sustancia y esa sustancia era la razón. Así, el derecho natural era para él idéntico a la ley de la razón. Y el ser humano en cuanto parte de la naturaleza cósmica, era una criatura esencialmente racional y al seguir los dictados de la razón el ser humano conducía su vida de acuerdo con las leyes de su propia naturaleza.

Los estoicos enseñaban que el ser humano debía liberarse de las emociones y de las pasiones, que debía hacerse independiente del mundo exterior. La razón como fuerza universal que penetra todo el cosmos era considerada por los estoicos como la base del derecho y la justicia. Decían que la razón divina mora en todas las personas, de cualquier parte del mundo, sin distinción de raza ni nacionalidad. Por lo mismo, hay un derecho natural común, basado en la razón, que es universalmente válido en todo el cosmos. Sus postulados son obligatorios para todas las personas en todas partes del mundo. El ideal último de los estoicos era un estado universal en el que todas las

⁴¹ Quintana Roldán, Carlos F. y Norma Sabido Peniche. *Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2006, página 5.

personas convivieran armónicamente guiados por la razón divina. Ellos creían que esta situación había existido en algún momento muy primitivo de la historia de la humanidad. En esa época que denominaron como una época de oro, se había realizado el ideal absoluto del derecho natural: todos eran libres e iguales no había división de clases ni nacionalidades, las instituciones de la propiedad privada y la familia eran desconocidas, no existía la esclavitud ni ninguna otra forma ni ninguna otra forma de dominio del hombre sobre el hombre, todos gozaban en común de todas sus posesiones y bienes y vivían como verdaderos hermanos bajo la guía de la razón. Esta comunidad libre y de personas iguales fue destruida por la aparición del egoísmo y la ambición, la pasión y el ansia de poder. Tras la destrucción de aquella comunidad ya no era posible realizar el derecho natural de la edad de oro. Así, la razón tuvo que inventar medios e instituciones prácticas para hacer frente a la nueva situación. De ahí que se crearan las instituciones de gobierno y de la propiedad privada, el matrimonio y la autoridad paterna adaptadas al estado moral real de la humanidad degenerada.⁴²

De aquí se desprenden las bases que vienen a dar toda una estructura el derecho natural, es decir, aquí se establece que los seres humanos tienen leyes naturales que los rigen y a las cuales deben ceñirse, independientemente de que puedan elaborarse leyes convencionales o por voluntad del hombre, antes que nada debe tomarse en cuenta las leyes que rigen de manera natural al cosmos, al

⁴² Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 130 y 131.

universo.

El concepto de derecho natural de los estoicos ejerció una muy fuerte influencia sobre el desarrollo posterior del derecho y de la filosofía jurídica, pero sobre todo ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos y filósofos romanos, tales como Cicerón y Séneca.

1.3.5 El pensamiento de los epicúreos.

El fundador de la escuela epicúrea fue Epicuro quien nació en Samos en el año 432 antes de Cristo. Allí fue oyente de Pánfilo, un platónico, y, después, en Teos, oyó las lecciones de Nausífanos, discípulo de Demócrito, quién ejerció considerable influencia sobre Epicuro. Las principales doctrinas de Epicuro eran aprendidas por sus discípulos de memoria. Su discípulo más famoso fue el poeta Tito Lucrecio Caro quien expresó la filosofía epicúrea en su poema *De Rerum Natura* (Sobre las Cosas de la Naturaleza) con el propósito de librar a las personas del temor a la muerte y a los dioses y, así, guiarles hasta la consecución de la paz del alma.⁴³

La escuela epicúrea se presenta como una derivación de la escuela cirenaica, del mismo modo, como lo hemos dicho anteriormente, que la escuela estoica procede de la cínica, y eran en

esta paridad escuelas con direcciones filosóficas contrapuestas. Para los epicúreos, la fuente verdadera del conocimiento son los sentidos, y la inteligencia depende de la sensación en cuanto a todos sus contenidos. El fundamento último de la realidad no son las ideas como lo quería Platón, sino son los átomos materiales cuyo movimiento o cuyo juego, producto del azar, es el orden del mundo.⁴⁴

La ética de Epicuro tiene sus presupuestos en esta concepción del mundo. Bien pudiera decirse, al tenor de un lenguaje moderno, que su teoría del conocimiento era puramente positivista y que en el fondo la escuela epicúrea encerraba la negación de la idea del derecho natural.

El fin de todo ser humano, según esta escuela, es alcanzar el mayor placer, entendido éste como un placer refinado y no un placer grosero. Así, el mayor placer es el de encontrar o llegar a la tranquilidad del alma: llegar a la ataraxia.

Para Epicuro, la sociedad no es un dato de la naturaleza. La sociedad es una mera creación humana, un artificio que las personas han inventado con el objeto de no perturbarse en la búsqueda y en el goce del placer que es la verdadera ley de la naturaleza. Antes de la organización social, las personas debieron encontrarse en una lucha permanente de unos contra otros, persiguiendo su propio placer, sin

⁴³ Copleston, Frederick. *Historia de la Filosofía . Libro I. Grecia y Roma*. Editorial Ariel. Barcelona, 2004, páginas 398 y 399.

⁴⁴ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, página 61.

ninguna coordinación y armonía. Como este estado de naturaleza se convertiría en una fuente de dolor y pesadumbre, los hombres deciden abolirlo. Así surgió el Estado, como un orden de la vida humana, logrado mediante el establecimiento de ciertas reglas, cuya inobservancia se preserva bajo la amenaza de penas y castigos; es decir, el estado, es el producto de un convenio o mejor dicho de una conveniencia. Así, el estado y el derecho son para Epicuro el resultado de un pacto de utilidad. Epicuro aseguraba que el estado y la justicia debían su fundamento exclusivamente al convenio humano. Por ello, la sociedad debe someterse siempre y sin miramientos al poder político establecido.⁴⁵

De aquí la idea de que los epicúreos sean considerados como los primeros positivistas ya que el ser humano debía, según ellos, someterse al poder político y al sistema jurídico establecido, dejando de lado nuestra conciencia moral.

1.3.6 El pensamiento de los escépticos.

La escuela escéptica de Pirrón de Elis entraña en su doctrina la negación del derecho natural.

Lo anterior, es así por la siguiente razón: la actitud del filósofo en esta escuela era la de permanecer indiferente ante cualquier

⁴⁵ *Idem*, páginas 64 y 65.

afirmación o negación, sin tomar partido ni a favor ni en contra, de donde se deducía que nada se podía afirmar como justo o injusto por sí mismo, sino según cierta institución, ley o costumbre. Esto debido a la discordancia de las mismas instituciones, leyes y costumbres. A manera de ejemplo: ...“si en algunas materias no llegamos a conocer las diferencias de criterio que existen entre los distintos pueblos, eso no quiere decir que no las haya, sino acaso que de ello no tenemos noticia, como, por ejemplo sucedería si afirmásemos que todos los hombres se abstienen de casarse con sus hermanas, ignorantes de que, entre los egipcios, estaba extendida la costumbre de matrimoniar hermanos con hermanas”.⁴⁶

Otro personaje perteneciente a esta escuela de pensamiento filosófico y que niega la idea del derecho natural es Archelao de Mileto, un discípulo de Anaxágoras, quien atribuía al hombre el mismo origen de todas las cosas. Según Archelao el hombre habría surgido, como todos los demás animales, de la tierra, y si bien con el tiempo habría ido separándose y diferenciándose cada vez más del resto del mundo zoológico y sobre todo cuando comenzó a vivir en grupos, empezó a organizar ciudades, estableciendo leyes y constituyendo formas incipientísimas de gobierno, fundando así las diferentes artes. De esta forma, el hombre fue elevándose poco a poco por encima de los animales, desde un estado brutal a una forma de vida civilizada o social. De acuerdo con esto, la sociedad no constituye un producto de la naturaleza, sino que es más bien el resultado de un arte, fruto de

⁴⁶ *Idem*, página 67.

una invención humana. Las cosas consideradas como justas o injustas no hallan el fundamento de tal calificativo en un dato de la naturaleza, sino que son el resultado de un acuerdo o convención: son la creación de una ley.⁴⁷

En lo anteriormente expuesto, encontramos el por qué se dice que la escuela escéptica es negadora de la existencia del derecho natural.

1.4 El pensamiento político y Filosófico de la Roma antigua.

Empezaremos diciendo que Roma en sí no tuvo una filosofía propia, de ahí que el pensamiento filosófico griego supliera con sus últimas creaciones este vacío espiritual; sin embargo, en Roma se dieron algunos pensadores los cuales fueron influenciados fuertemente por los filósofos griegos y posteriormente estos pensadores a su vez serían una fuerte influencia filosófica en el mundo romano.

Así, por ejemplo, tenemos que el epicureísmo inspira a Lucrecio Caro, romano que vivió del año 99 al 51 antes de Cristo y autor de la obra denominada *De Rerum Natura* en la cual en el libro V trata del origen de la vida social y de las leyes. Se le atribuye a este pensador la gracia de haber expresado, por primera vez en la historia, de forma

⁴⁷ *Idem*, páginas 67 y 68.

perfectamente acuñada, la concepción naturalista-materialista del mundo.⁴⁸

1.4.1 El pensamiento de Cicerón.

La figura de más relevancia, en el enfoque de este estudio es ese gran pensador y orador romano llamado Marco Tulio Cicerón cuya época en que vivió fue del año 106 al 43 antes de Cristo.

De este autor, dos obras son fundamentales para el entendimiento del derecho natural: *De Legibus* y *De República*. Desde luego que sus obras están nutridas de elementos platónicos, aristotélicos y estoicos. Ciertamente, ningún otro filósofo de la antigüedad trató de manera tan agotadora la cuestión fundamental de si lo justo descansa en la naturaleza o bien en los mandatos humanos.

Así, tenemos que en *De Legibus* lo que a Cicerón le inquieta es el problema de la fuente última del derecho.

Según Cicerón el verdadero saber acerca del derecho hay que buscarlo no en el edicto del pretor, sino en la entraña íntima de la filosofía. Si lo que interesa es la naturaleza misma del derecho es preciso entonces investigar esta naturaleza en la naturaleza misma y más precisamente en la naturaleza del hombre, puesto que la

⁴⁸ *Idem*, páginas 69 y 70.

verdadera ley es la razón cuyo fundamento se halla en la naturaleza, en cuanto prescribe lo que se debe hacer y prohíbe lo contrario: a cuantos la naturaleza ha dado razón les ha concedido también recta razón, y, por tanto, también ley, puesto que la ley es la recta razón en cuanto manda o prohíbe. La verdadera ley no es invención arbitraria del ingenio humano, ni mandato de los pueblos, sino un algo eterno que rige el mundo y con su sabiduría manda o prohíbe. La verdadera ley es un criterio para la distinción de lo justo y de lo injusto, acuñado por la naturaleza. El verdadero principio constitutivo del derecho radica en una ley fundamental, con validez para todos los tiempos, establecida antes de que ninguna otra ley escrita hubiese sido dictada. Esta es la ley fundamental en la que encuentran su principio todas las demás leyes, es la ley eterna: la razón y la voluntad divina en cuanto rige toda la naturaleza.⁴⁹

Así, pues, para Cicerón, el derecho se funda en la naturaleza y no en el arbitrio humano.

En el libro de La República establece que existe una ley verdadera que es la recta razón, conforme con la naturaleza, universal, inmutable y eterna, que llama con sus imperativos al cumplimiento del deber y desvía el mal con sus prohibiciones. Esta ley no puede ser anulada por otras leyes ni puede derogarse de ella ningún precepto ni menos aún es posible abrogarla por completo. Cicerón distingue tres conceptos que posteriormente tendrían una

⁴⁹ *Idem*, páginas 71 y 72.

gran importancia en el desarrollo del derecho natural: los conceptos de *ius civile*, *ius gentium* y *ius naturale*. Para él, el *ius civile* es el que rige en cada pueblo en particular; el *ius gentium* constituye del común acuerdo de los pueblos respecto del derecho y el *ius naturale* es el verdadero y auténtico derecho, es el derecho por esencia, fundado en la naturaleza misma del ser humano y que represente la fuente de los otros dos derechos. Según Cicerón todos los derechos particulares tienen un mismo modelo común: el *ius naturale*.⁵⁰

Desde luego el modelo de Cicerón para la comunidad política era el de la república: entendiendo ésta no como una propiedad del pueblo, sino entendiéndola como un conjunto numeroso de hombres asociados en virtud de la aceptación de un mismo derecho y de una comunidad de intereses.⁵¹

Cicerón, que al igual que los estoicos identificaba naturaleza y razón y suponía que la razón era el poder dominante del universo, dijo que el verdadero derecho es la recta razón y conforme a la naturaleza es de aplicación universal, inmutable y eterna, llama al hombre al bien con sus mandatos y le aleja del mal mediante sus prohibiciones. Asimismo, este derecho no es una cosa en Roma y otra en Atenas, sino que es obligatorio para todos los pueblos y naciones en todas las épocas. El derecho civil no es más que una aplicación del derecho natural eterno. Una disposición del derecho civil no es justa porque

⁵⁰ *Idem*, páginas 74 y 75.

⁵¹ Cicerón. *La República*. Ediciones Gémika, S.A. Tercera Edición, México, 2005, página 30.

haya sido promulgada por el Estado. Para ser justa una ley tiene que estar de acuerdo con los postulados morales fundamentales del derecho natural.⁵²

Las doctrinas de Cicerón, son sobresalientes y ejercieron una influencia extraordinaria sobre los escritores cristianos.

1.4.2 EL pensamiento de Séneca.

Pero, también tenemos por otro lado que dentro de los romanos estoicos se encuentra un gran pensador: Séneca, quien fue un filósofo, político y orador romano que vivió del años 4 a. C. al 65 d. C., fue uno de los senadores romanos más admirados de la era imperial romana. Se conoce como el máximo representante del estoicismo y moralismo romano tras la decadencia de la república romana.

Séneca inicia su contemplación en un plano, el físico, que es común a todos los seres vivientes y específicamente al ser humano, es decir, se refiere al orden físico de la naturaleza, utilizando para ello el término *ius naturae* en el sentido de leyes naturales o leyes de la naturaleza; refiriéndose al trato humano y racional que el hombre debe dar a los animales y a los hombres, contemplando en ello que el esclavo queda incluido de ese trato humano y racional, aún y como

⁵² Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, página 134.

sea que contra el esclavo todo estuviera permitido en esa época.⁵³

Para Séneca, el trato cruel provoca instintivamente reacciones nocivas en quienes reciben ese trato, tanto si son hombres como animales. Así pues, la ley que rige la conducta del que gobierna o dirige a hombres y a animales es la clemencia, la moderación y la suavidad. En suma, es la racionalidad porque consiste en tratarlos de acuerdo a su naturaleza: tratar a hombre y a animales de acuerdo con su naturaleza, de acuerdo con su natural respuesta a unos estímulos determinados para obtener de ellos la conducta requerida. Lo que dice Séneca es un hecho fáctico: la similar reacción que suelen tener hombres y animales ante la crueldad y la desconsideración, es decir, temor, rebeldía, etc, etc., y ante la moderación y el buen trato, es decir, obediencia, adhesión, amistad. Esta ley puede traducirse en estos términos: hay que tratar a hombres y a animales de acuerdo con su ser y su natural manera de comportarse. No es de los derechos de los animales y de los hombres de lo que se trata como regla del comportamiento del que gobierna o dirige, son de la forma correcta y racional de comportarse de éste para conseguir ser un buen gobernante.⁵⁴

En el plano de los hombres, Séneca usa tres expresiones distintas: el *ius Humanum*, el *uis commune generis humani* y el *ius gentium*. Según este autor, el *ius Humanum* no es derecho

⁵³ Hervada, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., segunda edición, Pamplona, 1991, páginas 70 y 71.

⁵⁴ *Idem*, páginas 71 y 72.

propiamente dicho, sino la ley de la condición humana que en el caso concreto del esclavo lleva a éste a tener la voluntad de hacer el bien a su amo. Así, quien niega que el esclavo nunca haga beneficio al señor su amo ignora el derecho humano, es decir, la ley de la condición humana. Lo procedente del alma procede del hombre libre, de su condición humana no de su condición de esclavo. Respecto del *ius commune generis humani*, es decir, el derecho común del género humano, que tampoco es derecho en sentido propio. Aquí Séneca parece hablar de una especie de genérica comunidad universal de bienes, que derivaría de la sociedad o amor universal que debe existir entre todos los hombres, pues quienes se aman, siendo cada uno propietario de sus bienes, tienen en cierto modo como comunes las cosas propias, por razón de la amistad que les lleva a ser partícipes de los propios bienes a los amigos. La amistad crea entre nosotros una cierta comunidad de bienes, comunidad de bienes que entre todo el género humano establece una unión de amor que debe existir entre todos los hombres. El hombre no ha de mirar sólo para sí mismo, debe vivir para los demás.⁵⁵

Es algo así como el amor universal entre todos los hombres que fue muy pregonado por los estoicos.

Es con el *ius gentium* en donde Séneca, se refiere a una regla de derecho natural, pero según el autor Javier Hervada las alusiones de Séneca a este respecto del derecho natural son tan incidentales

⁵⁵ *Idem*, páginas 72 y 73.

que apenas permiten señalarlas como testimonio de la continuidad y extensión de una idea, tal como la de decir vender lo que compraste es derecho de gentes.

Por otro lado, la representación hecha por Séneca del gobierno como remedio más o menos artificial de los males humanos, era indicativo de un enorme cambio operado en la opinión moral, que no solo se apartaba de la valoración de las instituciones políticas hechas por los filósofos griegos, sino aun de la defendida por Cicerón. La creencia aristotélica de que la ciudad-estado era la condición necesaria de una vida civilizada y el único medio de llevar las facultades humanas a su forma más alta de desarrollo es cambiada por Séneca en el sentido de que el gobierno surge como resultado de la maldad de los hombres lo que unido a la concepción de Cicerón respecto de la igualdad humana vienen a minar por completo la antigua valoración de la política. En lugar del supremo valor de la ciudadanía, hay una igualdad común, compartida por los hombres denota suerte y condición, y en lugar del estado como órgano positivo de la perfección humana, hay un poder coactivo que lucha sin éxito por hacer tolerable la vida eterna. Aunque este cambio revolucionario de la escala de valores no apareció por ahora sino como una sugestión, sus consecuencias estaban destinadas a ser explotadas y a incorporarse cada vez con mayor firmeza a la filosofía política de los padres de la Iglesia.⁵⁶

⁵⁶ Sabine. H., George. *Historia de la Teoría Política*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión, México, 1992, páginas 140 y 141.

Es clara la influencia del estoicismo en los dos autores anteriormente analizados y por lo mismo podemos decir que en general los jurisconsultos romanos estuvieron muy influenciados por dicha doctrina filosófica, por lo siguiente:

Los jurisconsultos romanos distinguían entre *jus civile*, *jus naturale* y *jus gentium*. El *jus civile* era un derecho aplicable únicamente a los ciudadanos romanos; el *jus gentium* era un cuerpo de normas, costumbres y principios que se aplicaban en las controversias entre parte que no eran ciudadanos romanos, sino extranjeros y el *jus naturale* representaba para los romanos lo que es conforme a la razón y era superior a todo otro derecho porque pertenecía a la humanidad y era expresión del propósito de la divinidad o de la más elevada razón del hombre, por eso del *jus gentium* y el *jus naturale* se identifican plenamente pues de uno al otro no hay más que un paso. Incluso el jurista Gayo que vivió a mediados del siglo II después de Cristo caracterizó al *jus gentium* como lo que la razón natural estableció entre todos los hombres y se observa por todos los pueblos, por ser el derecho que todas las gentes emplean; es decir, consideraba a este derecho como sinónimo de la razón natural.⁵⁷

Asimismo, como los jurisconsultos Papiniano y Paulo estuvieron influenciados por el estoicismo, no puede subestimarse la conexión causal entre la filosofía y el desarrollo de las ideas humanitarias e

⁵⁷ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 135 y 136.

igualitarias en el imperio romano. Se hicieron varios intentos de adaptar su derecho positivo (si se nos permite esa expresión) a los postulados del derecho natural estoico, aunque el alcance de tales tentativas se limitó a ciertas medidas específicas y no afectó al cuerpo principal y más importante del derecho romano. Las instituciones más influidas por la propagación de la nueva doctrina fueron sobre todo las de la familia y la esclavitud. Por lo que hace a la esclavitud, la idea estoica de la igualdad humana en la definición que de ella se encuentra en el *corpus iuris* pues se llegó a definir como la institución del *jus gentium* por la cual, contra la naturaleza, un hombre es sometido al dominio de otro. El supuesto subyacente de esta definición es el de que existe un derecho natural, con arreglo al cual todos los hombres son iguales, pues el aserto de que la institución de la esclavitud es contraria a la naturaleza lo dice todo.⁵⁸

Desde luego, que el estoicismo fue una importante doctrina que abrió la puerta al cristianismo.

1.5 El pensamiento cristiano.

La superficialidad de los cultos cívicos vino a significar una carencia espiritual que la sociedad romana trató de salvar mediante la adopción de ritos y prácticas de un contenido aparentemente más profundo. Esto explica la infiltración de las religiones orientales que

⁵⁸ *Idem*, páginas 136 y 137.

proliferaron en el imperio. El cristianismo, también procedente del oriente, llegó a ser una espiritualidad que habría de transformar la vida y el pensamiento del mundo antiguo.

El cristianismo rompió con el exclusivismo hebreo, asumiendo así una postura ecuménica; es decir, universal. La Iglesia se proclama como la sucesora del pueblo elegido. Era ante todo una sociedad sobrenatural que elevó el concepto de la ciudadanía al plano espiritual: los cristianos eran verdaderos peregrinos, cuya auténtica ciudadanía se ubicaba en el Reino de Dios y cuya relación social más importante radicaba en ser miembros de la Iglesia y no de la ciudad o del Imperio. Por el bautismo los hombres se integraban al cuerpo místico de Cristo, quien se encarnó, padeció, murió y resucitó por todos, sin distinción de clase, ni de posición social o económica, ni de lengua o raza. Con ello se daba por terminada la exclusividad inherente a cada ciudad o región, inaugurando así un orden ecuménico en el que todos los hombres son iguales en cuanto miembros de ese cuerpo místico de Cristo. La Iglesia no era, pues, un estado dentro del estado, sino una sociedad que desde sus inicios, se revelaría como autónoma, dotada de una jerarquía y de un sistema jurídico, pero que sus fines diferían de los que eran propios del poder público, el cual acataba en tanto que su autoridad no atentase contra la dignidad personal de la que es titular todo ser humano con independencia de raza, posición social o situación económica.⁵⁹

⁵⁹ Echegaray, José Ignacio. *Compendio de Historia General del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2002, páginas 66 y 67.

Así es como la Iglesia pregonó la igualdad de todos sin importar raza, posición social o económica. Así como los estoicos pregonaron la igualdad de todos a través de la razón, la Iglesia pregonó la igualdad de todos, pero a través del amor de Jesucristo, quien dio su vida para salvar a la humanidad del mundo pecaminoso y del castigo que de ello derivaba. Esta influencia se dejará sentir durante toda la época medieval.

A Jesús se le ha considerado un religioso de una gran profundidad y más exactamente se le ha considerado el Hijo de Dios; sin embargo, Jesús fue un revolucionario pacífico ya que con sus ideas vino a cambiar todo un mundo y un punto de vista respecto de las relaciones sociales entre los seres humanos que hasta el día de hoy son de una actualidad impresionante.

Realmente el cristianismo marca la división más profunda en la historia del pensamiento. El cristianismo aportó tres cuestiones fundamentales:

Primero, el concepto de persona el cual era inexistente en la filosofía anterior, siendo éste un punto clave para comprender el derecho natural;

Segundo, una noción mucho más exacta de Dios, de sus relaciones con el hombre y con el universo creado, así como los

órdenes universal y moral, y

Tercero, trajo un profundo sentido de la dignidad del hombre, lo cual posteriormente sería una muy buena base del derecho natural.⁶⁰

El núcleo fundamental de la doctrina cristiana se encuentra en la sagrada escritura, la cual está dividida en dos grandes libros: el antiguo testamento y el nuevo testamento. Hay algunas verdades fundamentales en el antiguo testamento que han sido y son las ideas básicas para elaborar la teoría del derecho natural, las cuales pasaremos a abordar:

1. La existencia de Dios como ser personal y, por tanto, distinto del mundo: para que el derecho natural sea verdaderamente natural es necesario que tenga su fundamento próximo en la naturaleza humana, y por lo mismo, que el ser del hombre sea verdaderamente ser, sin confundirse con otro ser ni con Dios ni con la naturaleza. De lo contrario, lo que llamamos derecho natural no sería un orden propio de la naturaleza humana, sino la acción de las leyes cósmicas dentro del cosmos. De hecho, aparece una clara distinción entre Dios y el mundo cuando se entiende que Dios es persona y que el mundo es creado. Así, el orden natural es propio de la naturaleza humana, aunque es sin duda reflejo de lo divino no deja de ser distinto a

⁶⁰ Hervada, Javier, *op. cit.*, página 82.

éste.⁶¹

2. El hombre es un ser personal: en el antiguo testamento ha sido creado a imagen y semejanza de Dios, ha sido dotado de razón, entendimiento e inventiva, de libertad, ha sido constituido sujeto de moralidad, es decir, capaz de discernir entre el bien y el mal. He aquí los tres supuestos necesarios para que pueda haber existencia del derecho natural: Razón, libertad y discernimiento entre el bien y el mal, lo justo y lo injusto. La característica de la persona es poseer el dominio de su propio ser y con ello la capacidad para dominar las cosas dentro de su entorno, por tanto, tiene la capacidad de ser sujeto de derecho. Pero, el hombre no es dominado por una ley cósmica que lo sujete totalmente como una parte más del cosmos; el hombre, como tal tiene su propia ley. Ciertamente el hombre está sujeto a las leyes naturales, pero a la vez puede dominarlas.⁶²

3. La naturaleza humana es buena: solamente que para que pueda hablarse de derecho natural es preciso que la naturaleza humana pueda ser criterio del bien y de justicia. Esto no sería posible si la naturaleza no fuese buena, pues no se podría decir que al hombre se le debe respeto si el respeto no fuese bueno. La bondad de todo lo creado es una de las

⁶¹ *Idem*, páginas 83 y 84.

⁶² *Idem*, páginas 85 y 86.

afirmaciones clave del génesis en el antiguo testamento: cuando se narra la creación, seis veces se dice que Dios vio que lo hecho era bueno. Y aunque pudiera haber inclinaciones no tan buenas en el hombre pues éste bien puede discernir entre el bien y el mal.⁶³ En el antiguo testamento aparece con claridad que el mal y el desorden en el ser humano no son originarios de la naturaleza del hombre, no se encuentran en la naturaleza humana en sí misma, el mal es una consecuencia del pecado original, aparece posterior a dicho pecado, pero después de que conoce el mal le queda el discernimiento entre el bien y el mal.⁶⁴

4. Dios es el fundamento último del derecho natural: más allá de que Dios aparece como el supremo legislador del pueblo de Israel al que le da la ley por medio de Moisés la cual abrevia muchos principios del derecho natural, hay que pensar en la presencia y no en una ausencia del derecho natural, pues aunque el antiguo testamento no habla de un derecho natural, sí habla, muy claramente, de un obrar dado al hombre por la creación misma, que es anterior a la ley mosaica, gravado en el ser del hombre y universal, es decir, válido para todos los hombres. Dios le ha dado al hombre, por creación, el discernimiento entre el bien y el mal, lo que en términos jurídicos equivale al discernimiento de lo justo y de lo injusto.⁶⁵

⁶³ *Idem*, páginas 86 y 87.

⁶⁴ *Idem*, página 88.

⁶⁵ *Idem*, página 89.

Por lo que respecta al nuevo testamento, la pieza clave para comprender la doctrina cristiana es la predicación de Jesús esparcida por el mundo a través de los apóstoles y de la enseñanza que sobre ello hace la iglesia. Las ideas centrales del nuevo testamento son las siguientes:

1. Cabe señalar que todo lo que se ha comentado en relación con el antiguo testamento es válido con respecto al nuevo testamento, incluso perfecciona éste último a aquél.⁶⁶

2. La idea del hombre quedó notablemente enriquecida: el hombre aparece como un ser racional que trasciende del género humano o de la *civitas* romana. Cada hombre de manera particular es objeto del amor de Dios y de la salvación de Jesucristo que lo viene a dotar de una peculiar dignidad, por eso se dice que el concepto de persona humana fue un hallazgo propio del pensamiento cristiano: quedó subrayada la dignidad ontológica del hombre.⁶⁷

3. Jesús declaró que no venía a abolir la ley mosaica, sino a darle cumplimiento. Enseñó expresamente que los diez mandamientos son el núcleo básico de la ley de Dios, mismos mandamientos que se reducen a dos preceptos básicos: el amor a Dios y el amor al prójimo, el que los observa se salva. De este

⁶⁶ *Idem*, página 94.

⁶⁷ *Idem*, página 95.

modo, la ley natural que resume el decálogo permanece como la base de la moral, pero no sólo eso, sino que la ley natural no es sólo ley de la naturaleza, sino también es la ley de Dios.⁶⁸

Si el judaísmo tenía como centro la ley, el cristianismo, sin desprecio de la ley, sino sujetándose a ésta, tenía como centro el amor.

De la misma forma, puede decirse que así como el estoicismo igualó a los hombres por la razón, el cristianismo los igualó por el amor.

Sin embargo, Jesús abre una bifurcación entre la obediencia a Dios y la obediencia al emperador, cuando en aquella conocida y famosa frase Jesús contesta a los fariseos sobre su cuestionamiento de si estaba bien pagar al César impuestos o no. A lo que Jesús, ante tal dilema, respondió: prestadme una moneda; e inmediatamente pregunto al pueblo ¿de quién es la cara que ven en la moneda? Respondiendo éste: del César. Contestado Jesús: entonces dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios.

Esta frase que siglos después generó una concepción de una sociedad sometida a dos autoridades, por un lado a la iglesia y por otro lado al imperio, jerarquías iguales, pero con diferente jurisdicción cada una de ellas: a la iglesia le correspondería lo espiritual y al

⁶⁸ *Idem*, página 96.

impero lo terrenal, dará lugar a una disputa que iniciará con la llamada teoría de las dos espadas sostenida por Gelasio I allá a finales del siglo V y que se replanteará en el siglo XII, como lo veremos más adelante en el siguiente capítulo.

5.1 El pensamiento de San Pablo.

La pieza clave para comprender la doctrina cristiana es la predicación de Jesús, esparcida por el mundo a través de la predicación de los apóstoles y, desde luego, la enseñanza de la Iglesia.

La ley, en el lenguaje judeocristiano, no es más que el orden establecido por Dios para las relaciones de los hombres con Él y de los hombres entre sí como derivación de las primeras. La ley de Dios para el pueblo judío era la ley mosaica: en ella se contenía todo lo que el judío debía hacer para ser justo ante su Dios. La distinción entre preceptos naturales y divino-positivos carecía de cualquier interés práctico para el judío, pues unos y otros se encontraban previstos en la ley mosaica. El cristiano se regía por la ley evangélica, es decir, por el evangelio, que también contenía todo lo que el cristiano debía hacer para ser santo ante la presencia de Dios. San Pablo, en la epístola a los romanos señaló que así como los judíos tenían la ley mosaica y los cristianos la ley evangélica, los gentiles tenían también una ley de Dios para ellos: la ley escrita en los corazones que se manifiesta por los dictámenes de la conciencia. “En verdad, cuando los gentiles, que no

tienen ley (mosaica), hacen naturalmente lo que manda la ley (mosaica), no teniendo ley, son para sí mismo ley. Y con esto muestran que los preceptos de la ley (mosaica) están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia, y las sentencias con que entre sí se acusan o se excusan.⁶⁹

En realidad, el texto de la epístola a los romanos dada por San Pablo, es del tenor siguiente:

“En verdad, cuando los gentiles, guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia y las sentencias con que entre sí unos y otros se acusan o se excusan”.⁷⁰

Del texto anterior, se puede entender lo siguiente:

Que los gentiles aunque no tenía ley divina, o sea, revelada directamente por Dios, como los cristianos; no obstante, hay en ellos una esencia humana que actúa como ley y la siguen; por lo tanto, la naturaleza humana es la ley natural para los paganos, pues los preceptos de esta ley están escritos en sus corazones, es decir, en el

⁶⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 97 y 98.

⁷⁰ *Sagrada Biblia* por Eloiño Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1986, página, 1232.

interior de su alma y por eso la conocen.⁷¹

O sea, la ley natural es universal. Vale para todos, sin excepción de personas. Vale para judíos y para gentiles, para esclavos y para libres, para bárbaros y para no bárbaros, para varones y para mujeres, etc, etc.

En realidad, San Pablo en su Segunda Epístola a los Romanos nos da la “Carta Magna” del iusnaturalismo cristiano.⁷²

Pero, en realidad, San Pablo en su Epístola a los romanos, había escrito el pronunciamiento político más influyente del nuevo testamento, cuando dijo: que toda alma se someta a las potestades superiores, porque no hay potestad sino de Dios y las que son, de Dios son ordenadas.⁷³

Este fragmento de la Epístola se San Pablo a los romanos va a dar lugar a una serie de disputas sobre la supremacía del poder en la edad media: si la iglesia debía someterse al imperio o el imperio debía someterse a la iglesia. Disputa, incluso en la que Dante Alighieri tomó partido, a favor de una monarquía universal, como veremos más adelante.

⁷¹ López Hernández, José. *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, página 166.

⁷² Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2001, página 84.

⁷³ Sabine. H. George, *op. cit.*, página 142.

1.6 El Pensamiento Político y Filosófico de los Juristas Romanos durante el Imperio.

Hasta aquí hemos visto el desarrollo del pensamiento político y la teoría del derecho natural en los filósofos de la antigüedad y de algunos pensadores y juristas romanos en los inicios del imperio romano; incluso, hemos analizado el pensamiento cristiano. Ahora, pasaremos a analizar la posición sobre el derecho natural de algunos destacados juristas romanos, que vivieron en los siglos inmediatos posteriores de haberse constituido el impero romano, siendo principalmente tres juristas: Gayo, Paulo y Ulpiano.

1.6.1 El pensamiento de Gayo.

En sus instituciones Gayo distingue dos clases de derechos: el *ius civile* o derecho civil y el *ius gentium* o derecho de gentes. Para este gran jurista romano el *ius civile* es aquel que cada pueblo estableció para sí y es propio de la *civitas*, es decir, de la ciudad. En cambio el *ius gentium* es aquel que la razón natural ha establecido entre todos los hombres y es observado por todos los pueblos.⁷⁴

De alguna manera el pensamiento de este gran jurista denota un derecho emanado de la razón y universalmente válido para todos los pueblos.

⁷⁴ Hervada, Javier, op. cit., páginas 78 y 79.

1.6.2 El pensamiento de Paulo.

Por lo que respecta a Paulo la palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; en otro sentido, se dice que derecho es lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como lo es el derecho civil. Para este jurista el derecho natural, por fundarse en la naturaleza de las cosas, es siempre bueno y justo. En cambio, el derecho civil se basa en la utilidad y por lo mismo es variable.⁷⁵

Los dos autores anteriormente citados plantean la distinción del derecho en dos términos, en cambio para Ulpiano habría tres clases de derechos: el derecho natural, el derecho civil y el derecho de gentes. Según este destacado jurista, el derecho natural es aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio y único del género humano, sino común a todos los animales de la tierra y del mar, incluso común a las aves. De ahí deriva la unión del macho y de la hembra que nosotros llamamos matrimonio, de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Incluso, dice este jurista que los animales salvajes parecen tener conocimiento de este derecho. Respecto del derecho de gentes dice que es aquel que usan todos los pueblos humanos, el cual se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes es común únicamente a todos los hombres entre sí. En cambio, el derecho civil

es aquel que ni se aparta en todo de derecho natural o del derecho de gentes ni se conforma totalmente a él. Así pues cuando añadimos o sustraemos algo al derecho común, lo hacemos derecho propio, es decir, lo hacemos derecho civil. Y este derecho civil es en parte escrito y en parte no escrito.⁷⁶

Coincidimos con Javier Hervada cuando concluye que no hubo en los juristas romanos, como no la hubo en Aristóteles la idea introducida por la escuela racionalista del derecho natural, en el sentido de la construcción de dos ordenamientos jurídicos, el natural y el positivo, separados y paralelos, en una especie de tensión entre lo ideal y lo real. Para los romanos no hay más que un derecho que es la solución justa de los casos reales, dentro del cual juegan factores naturales y factores positivos, como en Aristóteles del derecho vigente en una ciudad es en parte natural y en parte positivo.

Como podemos ver, en este periodo de la historia se inicia la reflexión que da lugar a una concepción de los derechos naturales, que todavía no humanos, pues es a partir de Heráclito quien concibe como punto de partida a un orden cósmico natural del cual el ser humano forma parte. Los sofistas inician una reflexión más formal sobre el derecho humano al igual que los estoicos y todos los pensadores que le siguieron.

⁷⁵ *Idem*, página 79.

⁷⁶ *Idem*, páginas 79 y 80.

Capítulo II. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la Edad Media.

2.1 La situación jurídica de las personas en la época medieval.

La edad media inicia, precisamente, en el siglo V de nuestra era, en el año 476, con la caída del imperio romano de occidente y culmina con la caída del imperio romano de oriente en el año 1453, es decir, en el siglo XV de nuestra era.

Tres cosas caracterizan a la edad media: la dispersión del poder político en la parte occidente del imperio romano, ya que el poder central del emperador había caído; el regionalismo que por lo mismo de haberse dispersado el poder político surgen varios y diversos centros de poder que controlaban distintas regiones y, por último, el sistema de producción basado en la servidumbre teniendo como antecedente al colonato.

El régimen esclavista había empezado a decaer desde el siglo III de nuestra era, fecha en la que la esclavitud empieza a ceder su lugar al colonato. El colono era la persona física que quedaba atada a perpetuidad a la tierra de otro para cultivarla a cambio de un pago. De ahí que se sostenga que el colono era un individuo de condición mixta, entre la esclavitud y la libertad.

El colonato fue el antecedente de la servidumbre que se dio en la edad media.

El campesino siervo no era propiedad personal de su señor, pero estaba en una situación de dependencia hacia éste. La participación que aquel le tenía que dar a ésta llegó a ser muy alta. Asimismo, al señor se le pagaba por el uso del molino, del lagar (prensa para exprimir el jugo de la uva) y de los puentes. Además, aparte de la entrega en especie, el campesino estaba obligado a prestar determinados servicios personales, al grado de que como resultado de tantas obligaciones, el campesino vivía en condiciones de pobreza, cuando no de extrema miseria.⁷⁷

Ahora bien, durante la edad media todos los cristianos tuvieron un mismo concepto del universo: el expuesto en el nuevo testamento y en las enseñanzas de los padres de la iglesia. La filosofía jurídica como todas las demás ramas de la ciencia y el pensamiento estuvieron dominadas por la iglesia y su doctrina, sin perderse la herencia de la antigüedad, pues la concepción acerca de la naturaleza del derecho que tuvo la iglesia tuvo una fuerte influencia de los pensadores griegos, especialmente de Aristóteles y los estoicos, además de los jurisconsultos romanos ya anteriormente mencionados. Pero, el concepto de derecho natural fue adaptado a la doctrina de la Iglesia cristiana.⁷⁸

⁷⁷ Brom, Juan. *Esbozo de Historia Universal*. Editorial Grijalbo, México, 2003, página 91.

⁷⁸ Bodemheimer, Edgar, *op. cit.*, página 142.

2.2 El pensamiento político y filosófico de la época medieval.

2.2.1 El pensamiento de San Ambrosio.

Dentro de los primeros padres de la iglesia, en la segunda mitad del siglo IV de nuestra era, está San Ambrosio de Milán, uno de los más destacados pensadores.

San Ambrosio es, sin lugar a dudas, la figura más destacada de la patrística occidental en el periodo anterior a San Agustín. Su mente está profundamente impregnada y penetrada por la literatura filosófica romana, en especial por las obras de Cicerón y de Séneca. La influencia estoica es clara en San Ambrosio, muestra de ello es su concepción de una sociedad universal del género humano. Según San Ambrosio una ley natural es una manifestación de nuestra misma esencia. La propia naturaleza humana nos da las normas según las cuales debemos regir y gobernar nuestra conducta. Por naturaleza humana entiende San Ambrosio sobre todo la voz de la razón. Según este gran pensador el sabio no ha de conocer otra regla de vida más que la que implica atemperarse en todo a las exigencias de la naturaleza. De esta forma, las exigencias de la ley natural son consideradas también por San Ambrosio como exigencias de la ley divina. Para él, aun cuando la ley natural es patrimonio de todos los hombres, se hizo necesaria la ley escrita en tablas de piedra porque

los hombres no mantienen incólume su recuerdo. De esta forma, el hombre está sujeto a una doble ley: la ley natural grabada en nuestros corazones y la ley mosaica escrita en las tablas. La ley natural no se escribe porque es innata ni se aprende por el estudio, puesto que fluye en el corazón de los hombres como si manase de una fuente natural y es recogida por la inteligencia humana. Para San Ambrosio, el derecho positivo no puede contradecir la ley natural, pues ésta constituye siempre una norma de superior valor en cuanto que es, en definitiva una ley divina. Incluso, San Ambrosio, no admite el principio absolutista del derecho público romano pues aun cuando el príncipe no esté vinculado a las leyes positivas, éste queda sujeto a su conciencia, esto es, a la ley natural.⁷⁹

Su concepción del derecho natural se mueve desde luego en los cauces tradicionales de la patrística aunque es de inspiración estoica, según la cual el derecho proviene de un orden de la naturaleza dotado de un principio divino. San Ambrosio subraya el fundamento natural de la sociedad civil.⁸⁰

Es especialmente notable, San Ambrosio, por su vigorosa defensa de la autonomía de la iglesia en materias espirituales. Así, por ejemplo, afirmó con claridad que en materias espirituales la iglesia tenía jurisdicción sobre todos los cristianos, incluyendo al emperador, ya que éste, como cualquier otro cristiano, es hijo de la iglesia y está

⁷⁹ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, página 104.

⁸⁰ Truyol y Serra, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Tomo I. De los Orígenes a la Baja Edad Media*. Editorial Alianza Universidad Textos, Madrid, 1982, página 254.

dentro de la iglesia no por encima de ella.⁸¹

En realidad quien inicia el iusnaturalismo cristiano es San Pablo, tal y como se dijo anteriormente, cuando en su epístola a los romanos afirma que la ley de Dios está inscrita en la naturaleza, refiriéndose a una ley moral natural.

2.2.2 El pensamiento de San Agustín.

La filosofía de la edad media se ha dividido en dos grandes secciones: la filosofía patrística y la filosofía escolástica. La primera que inicia en el siglo V de nuestra era y la segunda que da inicio en el siglo IX de nuestra era.

San Agustín fue el pensador cristiano más importante de la primera época que inicia en el siglo V; esto es, de la patrística.

Su gran libro “La Ciudad de Dios” fue escrito para defender al cristianismo de la acusación pagana de que aquel era responsable de la decadencia de Roma, pero sus ideas implicaron algo de mucho más trascendencia: la reexposición, desde el punto de vista cristiano, de la idea antigua de que el hombre es ciudadano de dos ciudades, la de su nacimiento y la de Dios. Idea ésta ya sugerida por Séneca y Marco Aurelio, en el sentido de que la naturaleza humana es doble: el

⁸¹ Sabine. H., George, *op. cit.*, páginas 146 y 147.

hombre es espíritu y cuerpo, por lo tanto, es ciudadano de este mundo a la vez que ciudadano de la ciudad celestial; es decir, la ciudad de Dios.⁸²

En San Agustín la filosofía se ha hecho introspectiva, es decir, se centra sobre el hombre o la persona humana, se puede decir que es humanista, el yo se destaca en primer plano adquiriendo, en medio de la escena filosófica, un rango, una movilidad y una significación que no había tenido nunca en el pensamiento de la antigüedad, pues la filosofía griega, sobre todo la de la época presocrática busca el punto de partida de su reflexión en el mundo exterior y no en el ser mismo.⁸³

La teoría del derecho natural de San Agustín es también un humanismo, pero de tipo ético con un trasfondo geocéntrico, pues nuestra conciencia ética se alimenta de un orden objetivo de principios de valor eterno cuyo último fundamento es Dios. Todo en el universo se ofrece al pensamiento de San Agustín como un orden. El mundo se nos presenta como un todo ordenado y se reconoce a un Dios personal como autor y ordenador de este mundo. Dios ordenó todas las cosas con cierta jerarquía que va de la tierra al cielo, de lo visible a lo invisible, de lo mortal a lo inmortal. Esta conexión maravillosa que une a todo lo creado, yendo de lo más insignificante a lo más sublime y retornando de lo sublime a lo insignificante, jamás interrumpida y armonizada por sus mismas disparidades, es al mismo tiempo un

⁸² *Idem*, página 147.

⁸³ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, páginas 109 y 110.

himno de alabanza a Dios. Este orden cósmico se cifra en la ley eterna.⁸⁴

La ley eterna significa el plan mundial de Dios o la voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo, lo que para San Agustín constituye el fundamento de la moralidad.⁸⁵

Esta ley eterna se manifiesta en la naturaleza inanimada bajo la forma de una necesidad, pero al afectar a la naturaleza del hombre, ser racional y libre, reviste la forma de deber moral.

La ley eterna está impresa en el alma de los hombres y recibe el nombre de ley natural. Está escrita en el corazón del hombre, en su razón, sugiriéndonos sobre todo el no hacer a otros lo que nosotros mismos no querríamos padecer. De esta ley natural y, mediatamente, de la ley eterna deriva todo lo que de justo y legítimo existe en la ley humana. De ahí la afirmación de San Agustín de que las leyes que no tienen su fuente en la justicia y que sólo están apoyadas en el poder, no deben ser consideradas como derecho, pues atendiendo a la verdadera naturaleza del derecho sostiene que es derecho lo que proviene de su fuente auténtica: la justicia.⁸⁶

Así es como llega San Agustín a la ley humana.

⁸⁴ *Idem*, páginas 125 y 126.

⁸⁵ Hirschberger, Johannes. *Historia de la Filosofía I*, Editorial Biblioteca Herder, Barcelona, 1991, página 307.

⁸⁶ Galán y Gutiérrez, Eustaquio, *op. cit.*, páginas 129 y 130.

Para San Agustín, la ley humana sólo se propone castigar en la medida de lo preciso para mantener la paz entre los hombres, pero sólo en aquellas cosas que quedan al alcance del legislador.⁸⁷

Al fundar, San Agustín, la ley natural en la ley eterna, puso el orden moral en íntima y esencial conexión con el orden cósmico universal. Sin mengua de su carácter natural, le señaló fundamentos divinos. Posteriormente, al postular para todos los contenidos de la ley humana, ya sea como mandatos o como prohibiciones, su fundamento en la ley natural, enalteció la sujeción del hombre al derecho, sin lo cual la existencia de la sociedad no es posible y, por ende, tampoco la propia existencia humana. Pero, asimismo, señaló la verdadera garantía para que esa sujeción no se convierta en factor que degrade al hombre en su dignidad, rebajándole a la condición de un esclavo o de una bestia.⁸⁸

Es interesante anotar como en San Agustín, el contenido del orden social lo es conforme al derecho natural, transformación que opera por voluntad de Dios. Dondequiera que irrumpen la indisciplina, la desigualdad, la avaricia y la violencia, es allí donde el derecho natural no puede mostrarse ya más que la forma de organización jurídica coactiva, es decir, la ley humana, llamada así a coaccionar contra la corrupción.⁸⁹

⁸⁷ *Idem*, página 132.

⁸⁸ *Idem*, página 133.

⁸⁹ *Idem*, página 137.

Para San Agustín la ciudad de los hombres es el resultado del pecado original: cometido el primer pecado, el hombre perdió la gracia y se vio sujeto a las necesidades y consecuencias de tal situación, perdió la libertad y quedó sujeto a servidumbre: es indispensable que exista quien impida que el hombre se porte mal: quien por el temor obligue a los hombres a comportarse y a vivir bien; por eso existen príncipes y súbditos, esto es, hombres que están bajo el mando de otros hombres. La ciudad de los hombres atiende a intereses terrenos, necesidades inferiores de hombres sin la gracia que tienen que someterse unos a otros para poder sobrevivir y evitar sus maldades reciprocas. Y como el hombre es también espíritu, con la venida de Cristo al mundo, el hombre pudo recuperar la gracia perdida y vivir con la esperanza de la salvación espiritual. Gracias a la doctrina universal de Cristo, los hombres pueden agruparse en la ciudad de Dios, practicando la verdadera religión, cumpliendo con la ley de Dios, que es común a todos los hombres, con lo que pueden lograr la paz y la justicia.⁹⁰

De esta forma podemos ver como en la doctrina de San Agustín, desempeñan un papel importante los postulados del derecho natural absoluto. El gobierno, el derecho, la propiedad, en fin, toda la civilización es producto del pecado. Así, la iglesia como guardián de la ley eterna de Dios, puede intervenir cuando sea oportuno en esas instituciones hijas del pecado pues la iglesia tiene una soberanía

⁹⁰ López Portillo, José. *Génesis y Teoría del Estado Moderno*. Editorial Iepes-Pri, México, 1976, página 79.

incondicionada sobre el estado. La justificación de éste reside en la necesidad de mantener la paz en la tierra. El estado tiene que defender a la iglesia, ejecutar lo que ella le pida y mantener el orden entre las personas, aplicando para ello la ley terrena, temporal. El derecho positivo, si se nos permite el término, debe tratar de llenar las demandas de la ley eterna. Si contienen disposiciones claramente contrarias a la ley de Dios, esas normas no tienen vigencia y por lo mismo no deben ser obedecidas. Pero, a pesar de sus esfuerzos por realizar los postulados de la ley eterna, la ley terrena, que es una transacción con la realidad, no logrará nunca la perfección de aquella. En algún tiempo venidero, San Agustín esperaba que la *civitas* terrena, es decir, la comunidad mundana fuera reemplazada por la *civitas Dei*, es decir, por la ciudad de Dios. Así, en esta comunidad que es la de todos los fieles y creyentes, reinará eternamente la ley de Dios.⁹¹

Como se puede ver, San Agustín proporcionó las notas fundamentales de la concepción iusnaturalista cristiana: los conceptos ley eterna, ley natural y ley humana. Estos fueron los conceptos que dominarían toda la filosofía jurídica medieval: la teoría cristiana del derecho natural. Pero además, cabe precisar que San Agustín nos proporciona la teoría más completa de la ley natural que encontramos en la época antigua. Él construye la pieza fundamental de la relación entre Dios y el derecho natural.

⁹¹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 144 y 145.

Por lo que respecta al establecimiento de una comunidad política justa, es decir el establecimiento de un estado justo, para San Agustín el único estado que podría ser justo era el estado cristiano.

2.2.3 El pensamiento de San Gelasio I.

La posición característica desarrollada por los pensadores cristianos en la época patrística implicaba una organización y dirección duales de la sociedad humana. Los intereses espirituales y la salvación eterna están bajo la guarda de la iglesia y forman la provincia especial de la enseñanza dirigida por el clero; los intereses temporales o seculares y el mantenimiento de la paz, el orden y la justicia, corresponden a la guarda del gobierno civil y constituyen los fines que deben lograrse mediante los esfuerzos de los magistrados. Entre ambos órdenes, el del clero y el de los magistrados civiles, debe prevalecer un espíritu de mutua ayuda. Esta doctrina de la ayuda mutua apenas dejaba una línea que no pudiera atravesarse legítimamente en caso de emergencia que amenazase con la anarquía en lo temporal o con la corrupción en lo espiritual. Se denomina con frecuencia a esta concepción la doctrina de las dos espadas que recibió autorizada exposición a fines del siglo V de nuestra era en boca del Papa Gelasio I. Pasó a convertirse en tradición aceptada en la primera parte de la Edad Media y cuando la rivalidad entre el papa y el emperador convirtió a la relación entre lo espiritual y lo temporal en materia de controversia, constituyó el punto de partida de las posiciones de ambos bandos. San Gelasio I, siguió naturalmente la línea ya expuesta por San Ambrosio: en cuestiones de doctrina

espiritual el emperador debe subordinar su voluntad al clero y tiene que aprender más bien que presumir enseñar.⁹²

2.2.4 El pensamiento de Isidoro de Sevilla.

Para muchos San Isidoro de Sevilla es el primer español consciente de serlo. Nacido en el año 556 de nuestra era. A él le corresponde el mérito de haber cristianizado el derecho romano. Su concepción de la ley pasó íntegra a Santo Tomás de Aquino, y de él, a la tradición dominica que inspiró a los Reyes Católicos y al Consejo de Indias, que tanto llegó a significar desde los primeros tiempos de la conquista, en los que legislativamente se fincaron las bases de nuestro destino universal con una consciencia y una responsabilidad impresionantes. San Isidoro concibe a la sociedad humana como un hecho natural; el ápice de la sociedad es el rey, en virtud de un proceso selectivo permitido por Dios, pero el rey es, en esencia, igual a todos los hombres. Su misión es casi sacerdotal: lograr el bien común para todos los súbditos. El rey es el primer servidor del pueblo. También es el primer obligado por la ley. De aquí su famosa frase de rey eres, si obras rectamente y si no lo haces no eres rey. Desde luego es notable la continuidad de la línea de pensamiento estoico en cuanto a la afirmación de un derecho natural, común a todos los hombres e identificado con la razón. Esta identidad: naturaleza-razón es la que va a venir a construir al mundo occidental moderno.

⁹² Sabine H. George, *op. cit.*, página 151.

Finalmente, una de las ideas fundamentales para entender el medioevo y la evolución del derecho natural es aquella que señala que el derecho pertenecía al pueblo. Idea claramente isidoriana.⁹³

Para San Isidoro el derecho natural es un derecho procedente de Dios: es derecho divino. Para él las leyes se dividen en leyes divinas y leyes humanas; las primeras se manifiestan por la naturaleza y las segundas por las costumbres, las cuales, éstas últimas por ser convencionales se dan de diferente forma en cada pueblo. El derecho natural es entendido como aquél que procede de las inclinaciones naturales del hombre y que, por lo mismo, es común a todas las naciones. Tal derecho es naturalmente justo y nunca injusto. Por el contrario en el derecho de origen humano, al cual se le llamaba derecho de gentes, porque ordinariamente todos los pueblos usan de este derecho, hay cosas opuestas al derecho natural, por ejemplo: la esclavitud, lo cual nos indica que ese derecho de gentes no es derecho natural, sino derecho de origen humano.⁹⁴

Las opiniones de Isidoro de Sevilla fueron parcialmente incorporadas al *Decretum Gratiani*, que es la parte más antigua del *Corpus Iuris Canonici*, el cual dice: “Todas las leyes son divinas o humanas. Las divinas se fundan en la naturaleza, las humanas en las costumbres; y éstas difieren entre sí porque los distintos pueblos han preferido leyes distintas”.⁹⁵

⁹³ López Portillo, *op. cit.*, páginas 82 a 85.

⁹⁴ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 115 y 116.

⁹⁵ Bodemheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 142 y 144.

Indudablemente, la base ideológica del derecho natural en este pensador es de carácter divina y, por lo tanto, cristiana.

2.2.5 El pensamiento de Irnerio.

Irnerio, cuyo verdadero nombre se dice fue el de Guarnerio, fue un monje filólogo y gramático genial. Un erudito de su tiempo, que se dedicó a estudiar el digesto de Justiniano, mismo que fue una selección hecha por los compiladores bizantinos de las obras de los juristas romanos que permaneció ignorado durante mucho tiempo.⁹⁶

Este gran filólogo fue el fundador de la escuela de Bolonia en 1088, mejor conocida como la escuela de los glosadores. La denominación de esta escuela de los glosadores obedece al método de interpretación que utilizaron los juristas de esta escuela: el método exegético, que consistía en que mediante glosas, interlineales o marginales, formulaban las aclaraciones pertinentes.⁹⁷

Se dice que además fue un gran jurista del siglo XII, maestro de artes en Bolonia, Italia, que leyó los libros legales que fueron llevados a esa ciudad y que incluso luego se dedicó a enseñarlos con éxito. A él se le atribuye el comenzar a glosar los citados libros legales, que

⁹⁶ Radbruch, *Gustav. Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Primera Edición, México, 1951, página 100.

⁹⁷ De Pina Rafael y De Pina y Vara Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa. Décima Quinta Edición, México, 1988, página 258.

culminarían con la compilación justineana.

Este autor señala que el derecho es triple: el estatuido por las leyes, el estatuido por las costumbres y el establecido por la naturaleza. Este último es el derecho natural que es de origen divino y existe en todos y en todo tiempo, por ello es más culpable ignorar el derecho natural que el derecho civil.⁹⁸

Como se puede apreciar para este autor el derecho natural es de origen divino y de mucho mayor dimensión que el derecho civil, éste último establecido por las costumbres de una comunidad, es decir, establecido por los hombres.

2.2. 6 El pensamiento de Graciano.

Graciano, fue un monje jurista y profesor de teología de Bolonia, fue el autor de la mayor compilación canónica. Sus fechas de nacimiento y de su muerte son desconocidas, solo se sabe que su vida transcurrió a lo largo del siglo XII y del siglo XIII. Desde luego fue un maestro posterior a Irnerio. De hecho se considera a Irnerio el fundador de la ciencia del *ius civile* y a Graciano el fundador de la ciencia canónica.

Para Graciano el género humano se rige por dos derechos: el derecho natural y por las costumbres. El derecho natural es el

⁹⁸ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 120 y 121.

contenido en la ley de Moisés y en el Evangelio, por el cual se manda que cada cual haga a los otros lo que quiere que a él le hagan y se le prohíbe hacerles lo que no quiere que le hagan a él. Este mandamiento parece contener una definición del derecho natural. En realidad Graciano no hace más que recoger la noción de Isidoro del derecho natural que es aquel que proviene de una inclinación natural y es común a todos los pueblos. Afirma expresamente que el derecho natural comenzó con la aparición de la criatura racional, con el hombre, siendo, por tanto, anterior a la sagrada escritura. Pero, para Graciano el derecho natural se refiere siempre y únicamente al hombre en contraste con la noción del derecho natural que señala que es común a hombres y animales. El derecho natural es un derecho que no varía con el tiempo, por tener su origen con la aparición del hombre, y que tiene primacía sobre el derecho positivo en origen y en dignidad, pues es anterior al derecho positivo, y por ser voluntad de Dios prevalece sobre éste. Así, en caso que haya leyes positivas contrarias al derecho natural, tales leyes deben tenerse por no obligatorias. El carácter inmutable del derecho natural es puesto por Graciano en relación con un dato temporal: el nacimiento del derecho natural concomitante con la creación del hombre.⁹⁹

2.2.7 El pensamiento de Juan de Salisbury.

Fue un inglés del siglo XII, educado intelectualmente en París.

⁹⁹ *Idem*, páginas 121 y 122.

Su obra, *El Policraticus*, es un compendio de la tradición antigua que había llegado al siglo XII desde Cicerón y Séneca a través de los Padres de la Iglesia y de los jurisconsultos romanos. Su ideal es el de la comunidad política, la *res pública*, es decir, la república, concebida a la manera de Cicerón, esto es, unida por un común acuerdo respecto a la ley y a los derechos. La idea esencial del pensamiento político de Juan de Salisbury era la de un pueblo regido por una autoridad pública que actúa para el bien general y que está moralmente justificada por el hecho de ser legítima. En la concepción de Salibury la ley viene a constituir el vínculo omnipotente en todas las relaciones humanas, incluso la que existe entre el gobernante y el gobernado, por lo tanto, es obligatoria tanto para el rey como para el súbdito.¹⁰⁰

Para Salisbury, la República es un cuerpo animado por la gracia divina y orientado hacia la equidad suprema que consiste en la voluntad de Dios. El sacerdocio es su alma; el príncipe su cabeza, que responde por los demás miembros subordinados. El príncipe, instituido por Dios, está sometido a la ley divina y a los que en la tierra la representan, como la cabeza está sometida al alma. El menosprecio a la equidad y a la ley divina convierte la monarquía en tiranía en cuyo caso, y aquí está la novedad de su obra *El Policraticus*, trae como consecuencia el tiranicidio.¹⁰¹

Según George Sabine, la obra de Juan de Salisbury, *El*

¹⁰⁰ Sabine H. George, *op. cit.*, página 187.

¹⁰¹ Truyol y Serra, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Alianza Editorial, México, 1993, página 359.

Policraticus, tiene el dudoso honor de presentar la primera defensa explícita del tiranicidio que se encuentra en la literatura política medieval.

Si bien hay duda de haber sido la primera obra que presente la defensa del tiranicidio en plena época medieval, lo cierto es que en dicha obra sí se establece una limitante al poder del rey: respetar la equidad y la ley divina, es decir, para Juan de Salisbury el rey no debía de gozar de un poder absoluto e ilimitado sobre sus súbditos.

2.2.8 El pensamiento de San Buenaventura.

Su verdadero nombre es Juan de Fidanza, pero San Francisco de Asís lo llamó, desde muy niño, Buenaventura. Era original de Bagnorea, en los Estados Pontificios, nacido en 1221, siglo XIII. San Buenaventura antepone la voluntad al entendimiento como factor determinante de la actividad humana y divina. Afirma que Dios no puede mandar acto alguno contrario a aquella parte del Derecho natural que establece los deberes del hombre para con Dios, recogidos en la primera tabla del decálogo, pero sí puede mandar algo que se oponga a los preceptos de la segunda tabla, relativos a las relaciones de los hombres entre sí, pues la bondad de los mismos se funda meramente en el imperativo divino.¹⁰²

¹⁰² Idem, página 381

Si bien, San Buenaventura no trató el problema entre el poder espiritual y el poder temporal o al menos no lo hizo con alguna amplitud, si hizo alusión al derecho natural como lo acabamos de ver en el párrafo anterior.

2.2.9 El pensamiento de Santo Tomás.

Para Santo Tomás los derechos naturales tienen su fundamento principalmente en la dignidad humana la cual resulta de la misma naturaleza humana.

Santo Tomás considera que la noción de dignidad humana está vinculada a la noción misma de persona. La noción de persona implica de suyo una gran dignidad, inviolable e inalienable. La persona es, para él, lo más digno de toda la naturaleza.

Para este autor, la persona no sólo es una sustancia, sino es además, un ser de naturaleza espiritual: racional y volitivo; esto es, consciente y libre. Es por el espíritu que, en definitiva, le vendrá su dignidad, pues para Santo Tomás el ser espiritual es el de mayor dignidad. En esto sigue la tradición griega tanto platónica como aristotélica, incluso la tradición judeocristiana: mientras el ser está más apegado a la materia es menos digno y mientras más va ascendiendo a la espiritualidad mayor dignidad tiene. El hombre tiene la gran

dignidad que le da el espíritu.¹⁰³

Para Santo Tomás, las naturalezas intelectuales y racionales son más excelentes que las otras naturalezas u otras criaturas, por dos cosas: por la perfección de su naturaleza y por la dignidad de su fin. Y como la criatura intelectual sólo alcanza su fin, y, por lo tanto, su dignidad, conociendo y amando a Dios, mientras que las otras criaturas no alcanzan este último fin. De esta forma el hombre queda con una dignidad subordinada a la de Dios, pero coordinada a la de los demás hombres y supraordinada a la de las otras cosas carentes de espíritu. Sin embargo, la coordinación con respecto a los demás hombres no debe entenderse en un sentido individualista en el que sólo se buscaría el bien de los individuos, sino que debe entenderse que sobre todo se busca el bien común. Pero, no en todo se sujeta el individuo a la sociedad. Sus derechos individuales siempre quedan intactos y la sociedad tan sólo es un medio para que el hombre alcance su fin.¹⁰⁴

Como se puede apreciar, lo que importa a Santo Tomás es salvaguardar la prioridad del bien común, pero sin dejar de lado el bien de los individuos, aunque finalmente concede mayor relieve al bien común que al bien individual.

Según este autor, el hombre tiene una dignidad sustancial, en el

¹⁰³ Beuchot, Mauricio. *Filosofía y Derechos Humanos*. Editorial Siglo XXI, México, 1993, página 53.

¹⁰⁴ *Idem*, páginas 54 y 55.

sentido de que brota de su mismo ser espiritual de persona, pero este ser también tiene un lado accidental del que todavía requiere del desarrollo de las virtudes para realizarse plenamente: el hombre que ya de por sí tiene una dignidad imponderable, la acrecienta con la virtud y la rebaja con el vicio o el delito.¹⁰⁵

Así, para Santo Tomás, no hay esclavos por naturaleza; es decir, por una ley natural, sino que la esclavitud se generó por la hechura del hombre: el derecho de gentes y el derecho positivo.

“La libertad del hombre es la mayor manifestación de la persona, que es el individuo poseedor de naturaleza humana; esto es, poseedora de inteligencia y voluntad. Para Santo Tomás, en definitiva, el ser personal es conferido por el Creador, pertenece al orden de la creación; tal es el fundamento último de la dignidad humana a saber, Dios”.¹⁰⁶

Santo Tomás, elabora toda una teoría de la ley en la cual relaciona el concepto de ley con el de obligación moral, conceptualizando a la ley como aquello que vincula o ata a una persona a obrar de determinada manera por deber. Concibe a la ley con tres características fundamentales: racionalidad, bien común y procedimiento legítimo. O sea, que para este filósofo la ley es una cierta regla y medida de las acciones, según la cual la persona es

¹⁰⁵ *Ibidem*, página 55.

¹⁰⁶ *Idem*, página 57.

inducida o obrar o a abstenerse de obrar; por otro lado, establece que la regla y medida de las acciones humanas es la razón, ya que lo propio de la razón es ordenar los actos a un fin común y, finalmente, señala que la forma en que debe establecerse la ley es siempre por medio de su promulgación por parte de la persona u órgano legitimado para ello, o sea, por el soberano que rige a una comunidad. Con estos elementos formula su definición general de ley: “La ley es una ordenación de la razón dirigida al bien común, promulgada por aquél que tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”.¹⁰⁷

Después, clasifica a la ley en cuatro tipos de leyes, a saber:

La ley eterna, la ley natural, la ley humana y la ley divina, siendo la segunda parte de la primera y la tercera una derivación de la segunda. Pero, por encima de las tres primeras está la ley divina, que es aquélla que Dios ha transmitido al hombre expresamente por vía de revelación.¹⁰⁸

La ley eterna es el fundamento de toda ley pues Dios gobierna al mundo creado por Él. Para Santo Tomás, la razón divina contiene el modelo de las cosas en forma de ideas ejemplares, a partir de las cuales creó el universo y por las cuales dirige todas las cosas hacia su fin. Pero, cabe precisar, que no hay que confundir la ley eterna con la ley divina, pues ésta se da al hombre, como ya se dijo, por vía de

¹⁰⁷ López Hernández, José, *op. cit.*, páginas 188 y 189.

¹⁰⁸ *Ibidem*, páginas 189 y 190.

revelación y, aunque, la ley eterna no puede ser conocida por el hombre, sino sólo por los santos que contemplan directamente a Dios en espíritu. Los hombres como seres racionales pueden conocer sólo la irradiación de la ley eterna en las criaturas, ya sea en forma de ley física que rige los cuerpos o bien en forma de ley moral que rige nuestras acciones. En cuanto a la ley natural, el aquitense, señala que si la ley eterna regula y dirige todas las cosas creadas y a esto se llama divina providencia, dentro de las cosas creadas está el hombre el cual es dirigido por esta divina providencia de una manera especial y superior, pues posee la razón que le permite dirigirse a sí mismo y también a las demás cosas, precisamente por esto hay una participación de la ley eterna en la persona racional.¹⁰⁹

Por lo que respecta a la ley humana, es aquella que emite la comunidad política, aunque el concepto de ley en Santo Tomás es moral: es un precepto que obliga en conciencia siempre al destinatario, aunque además de la obligación moral lleva aparejada un castigo en caso de incumplimiento no debemos confundir la ley humana con la norma jurídica aunque ésta sea la principal manifestación de aquélla. El carácter moral como algo esencial a la ley hace que ésta deba ser necesariamente justa o sea moralmente buena. Por esto, las leyes de los hombres sólo son verdaderas si derivan de la ley natural, que finalmente ésta última deriva de la ley eterna. Es en este punto donde aparece clara la defensa de Santo Tomás de la tesis uisnaturalista: “toda ley humana en tanto es ley en

¹⁰⁹ *Idem*, página 190.

cuanto se deriva de la ley natural. Más si en algún caso una ley se contrapone a la ley natural, ya no es ley, sino corrupción de la ley”.¹¹⁰

En otras palabras, la ley eterna es la razón del gobierno del universo existente en el gobernante supremo: es la divina sabiduría que gobierna todos los movimientos y las acciones del universo. Todas las acciones sujetas a la divina providencia son reguladas y medidas por esta ley. En su integridad sólo Dios la conoce. Pero, aunque ningún ser humano puede conocer la ley eterna en toda su verdad, sí puede participar de ella por medio de la facultad de la razón de que Dios le ha dotado. Esta participación de la criatura humana en la ley eterna es precisamente la ley natural, es meramente un reflejo incompleto e imperfecto de los dictados de la razón divina que permite al ser humano conocer algunos de los principios de la ley eterna. La ley natural es la única concepción que tienen los seres humanos de las intenciones de Dios. Les da la posibilidad de distinguir entre el bien y el mal, y por esta razón debe ser la guía y medida inmutable e invariable de la ley humana, pues el precepto básico del derecho natural es que debe hacerse el bien y evitar el mal. En tercer lugar, el ser humano tiene una inclinación a conocer la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad, inclinación que le lleva a huir de la ignorancia y a no ofender al prójimo. El ser humano está obligado también a no hacer daño a nadie; por ende, el asesinato, el robo, la difamación son contrarios a los postulados elementales de la justicia natural. Pero, la ley natural consiste en principios bastante generales y abstractos que

¹¹⁰ *Idem*, página 193.

tienen que completarse con direcciones más particulares dadas por Dios acerca de cómo deben conducirse las personas. Esta función la realiza la ley divina que el la revelada por Dios por medio de las sagradas escrituras y que está recogida en el antiguo testamento y en el nuevo testamento. La cuarta y última clase de ley es la ley humana a la cual Santo Tomás la define como una ordenación de la razón para el bien común promulgada por quien tiene el cuidado de la comunidad. Así, la ley humana es un acto de voluntad del poder soberano del Estado, pero para ser ley tiene que ser conforme a la razón y de esta forma, si se contradice algún principio fundamental de justicia ya no será ley, sino una perversión de la ley. Para lograr el resultado, el gobernante temporal tiene que esforzarse en observar aquellos principios de la ley eterna que se reflejan en la ley natural.¹¹¹

Asimismo, Santo Tomás, define al derecho como el objeto de la acción justa, o sea, es aquello hacia lo cual tiende la acción justa. Independientemente de que el derecho actualmente acepta la definición de ser un conjunto de normas jurídicas que regula las conductas de las personas en sociedad, también es aceptable la connotación que le da Santo Tomás, pues también podríamos decir que derecho es la facultad de exigir lo que es de uno.

De esta forma, el Santo de Aquino, señala que el derecho puede ser de tres clases: derecho natural, derecho positivo y derecho de gentes.

¹¹¹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 145 a 146.

El derecho natural es lo justo natural, es decir, aquel derecho cuya justicia nace de la naturaleza misma de las cosas y, por tanto, no depende de acuerdos o convenciones entre los hombres. A contrario, el derecho positivo es lo justo por convención. La justicia de este derecho nace por acuerdo o contrato entre las partes. Este derecho positivo puede ser, a su vez, de dos clases: la primera, de derecho privado cuando se firma un acuerdo entre particulares; la segunda, de derecho público, cuando todo el pueblo expresa su acuerdo con las leyes.¹¹²

El derecho de gentes no es más que un derecho natural, pero en sentido relativo, es decir, no lo es por la naturaleza misma de las cosas, sino por las consecuencias que derivan de su naturaleza y de sus relaciones. Así, por ejemplo, si se analiza el concepto jurídico de propiedad: un campo no tiene por qué ser privado, pero si el hacerlo privado beneficia a los hombres porque éstos lo cultivan y obtienen de él su alimento, entonces es natural que se instituya la propiedad sobre dicho campo. Pero, estas consecuencias sólo puede deducirlas la razón humana. Por esto el derecho de gentes es el derecho natural propio de la comunidad de los seres racionales: los hombres.¹¹³

Como hemos visto, la síntesis sistemática de la ley y del derecho natural que hace Santo Tomás de Aquino es verdaderamente

¹¹² López Hernández, José, *op. cit.* página 199.

¹¹³ *Idem*, página 200.

monumental y de una gran importancia pues deja claro que el derecho es una ordenación de la vida del hombre en las relaciones con sus semejantes, con un orden universal divino como fundamento de esta ordenación.

2.2.10 El pensamiento de Juan Escoto.

Nacido en Escocia en el año 1274 y formado en Oxford y París. Fue un sutil impugnador de la doctrina tomista. Desarrolló sistemáticamente, la distinción entre las dos tablas del decálogo en orden a la disponibilidad de sus preceptos. Juan Escoto sostiene la supremacía de la voluntad sobre el entendimiento debido a la libertad que es inherente a la voluntad y en cuanto el entendimiento no es libre. La voluntad, por el contrario, se determina a sí misma y no quiere necesariamente el bien. Y a la inversa la perversión de la voluntad es más grave que la del entendimiento. Trasladado a la actividad divina este voluntarismo tiene como consecuencia el que el orden de la naturaleza no ha sido instaurado por Dios porque su intelecto se lo haya representado bueno en sí, sino que, por el contrario, es bueno porque Dios lo ha querido. La voluntad divina no es arbitraria, su elección está limitada por la propia bondad esencial de Dios y por las leyes de la lógica, pero dentro de estos límites y especialmente el de la no contradicción, es causa única de sus voliciones.

La importancia del pensamiento de Juan Escoto radica en que

con él se inicia la crisis de la concepción clásica del derecho natural, tal como lo había formulado Santo Tomás, y cuyo rasgo central era el intelectualismo. El establecimiento del orden moral y su fundamento, que son los valores, ya no depende de la inteligencia, sino de la voluntad divina. Por tanto, la ley natural no deriva del orden del ser, de la naturaleza de las cosas o de la naturaleza humana, sino de la libertad y omnipotencia divina. El único punto de unión que Escoto mantiene entre ambos órdenes es el del bien común, que según la inteligencia es a lo que todos los seres humanos aspiran necesariamente y, por consiguiente, la voluntad divina establece que todos los seres deben actuar de conformidad para alcanzar ese fin. Por esta razón, la ley natural en sentido estricto racional queda reducida a sólo dos grandes preceptos, que se resumen en uno: el amor a Dios. Y por otro lado, Escoto mantiene un cierto espacio para la ley natural en sentido amplio, donde lo determinante es la voluntad divina.¹¹⁴

2.2.11 El pensamiento de Marsilio de Padua.

Es el más destacado exponente de un nuevo pensamiento secularizador en el campo de lo jurídico y de lo político. Su obra, el *defensor pacis* concluida en 1324 que escandalizó y fue objeto de una condena pontificia.

¹¹⁴ *Idem*, página 213.

Marsilio tiene una concepción naturalista de la política. El fin de la comunidad política es la tranquilidad que asegura al hombre un buen vivir. El buen vivir del que habla este autor es el bienestar temporal. Con la tradición aristotélica Marsilio ve en la familia la célula social primaria, pero se trata de una sociedad privada, que sólo asegura la satisfacción de las necesidades cotidianas más elementales, aunque ya en la aldea aparece un poder represivo público. Por otro lado, la auténtica sociedad política es la *civitas* que sobre la base de la división del trabajo permite colmar el afán humano de una vida suficiente. Así, de la índole de las necesidades humanas deriva la estructura de la sociedad política. La satisfacción de las necesidades materiales da lugar da lugar a tres estados en sentido amplio: la de los agricultores, artesanos y comerciantes. Las funciones de tipo superior que son las de gobernar y administrar justicia, defender el orden contra los ataques de dentro y de fuera, y asegurar el culto y la predicación moral, originan los tres estados propiamente dichos: judicial, militar y sacerdotal. La filosofía jurídica de Marsilio de Padua culmina con su teoría de la ley: la ley divina es un mandato de directo de Dios relativo al destino ultraterreno del hombre; la ley humana es un mandato de todo el cuerpo de ciudadanos o de lo que Marsilio llama su *valentior pars*, es decir, su parte más valiosa, cuyo objeto es regular la conducta de los hombres en función de su mejor condición terrenal. Mientras que la ley divina implica un premio y un castigo en el más allá, la ley humana lleva consigo una sanción terrena, y por eso es prácticamente la única ley en este mundo en sentido propio y en todo caso la socialmente decisiva. De igual forma,

la teoría de este autor sobre el origen y la titularidad del poder es asimismo una acentuación en sentido voluntarista y secularizador: el poder procede inmediatamente del pueblo, el poder de dictar leyes corresponde al pueblo o a su *valenoir pars* y aunque este poder puede delegarse a una o varias personas el pueblo no pierde su calidad de legislador ordinario y consecuencia de todo esto es la deposición del gobierno tiránico por parte del pueblo o de su parte más valiosa.¹¹⁵

2.2.12 El pensamiento Guillermo de Ockham.

Para este pensador inglés del siglo XIV, el derecho tiene su origen exclusivamente en Dios: en su voluntad divina, por la cual se establece que es justo lo que él manda e injusto lo que él prohíbe.

Asimismo, el derecho acaba dividiéndose en tres clases:

1. El derecho divino positivo, que es conocido por hallarse expresamente establecido en las Sagradas escrituras.

2. El derecho divino natural, que es conocido por medio de un razonamiento, cuya premisa mayor está en la revelación y la premisa menor la pone la razón natural.

3. El derecho humano natural, que aunque proviene de la

¹¹⁵ Truyol y Serra, Antonio, *op. cit.*, páginas 410 a 412.

voluntad divina, como los otros, es conocido por medio de la razón natural y que es el derecho natural propiamente dicho.¹¹⁶

Aquí vemos que Ockham sustituye a la razón divina como fundamento del derecho natural por la voluntad divina, pero también reintroduce a la razón humana como medio para conocer y decidir lo que establece el derecho natural, lo que viene a significar el mayor cambio que ha de producirse en la concepción del derecho natural al final de la Edad Media.

Desde luego, que lo anterior no pudo haber sido de otra manera si tomamos en consideración que la configuración social de la Edad Media se dio en base a los principios del cristianismo.

Pero Ockham, también tomó partido en la disputa entre las dos potestades que inició desde la doctrina de las dos espadas. Para Ockham la soberanía papal es, desde el punto de vista del cristianismo, una herejía y desde el punto de vista político una desastrosa innovación que había llenado a toda Europa de discordias, había destruido la libertad cristiana y había conducido a una invasión de los derechos de los gobernantes seculares. Para Ockham, seguía siendo posibles el apoyo y la colaboración entre las dos potestades, con tal de que ambas actuaran dentro de los límites establecidos por la ley divina y la ley natural. Niega que el poder del emperador devine en ningún sentido del papa, que la ceremonia de la coronación añada

¹¹⁶ *Idem*, página 221.

algo a la legitimidad de su autoridad y que sea necesaria la confirmación pontificia de una elección imperial. En otros términos, el poder del emperador deriva de la elección y el colegio de electores que representa al pueblo y habla en su nombre. Y al contrario, Ockham atribuía al emperador poderes muy grandes para intervenir en la iglesia con objeto de reformarla, pero es evidente que tales poderes los consideraba excepcionales y que no creía que debían utilizarse sino en una situación verdaderamente extraordinaria.¹¹⁷

Como vemos, Guillermo de Ockham pone el acento en que el poder del emperador no proviene del papa, sino del pueblo, es decir de la elección de la gente. Quizá esto viene a constituir un antecedente de lo que posteriormente habrá de formularse con el término de soberanía popular, atribuida a Juan Jacobo Rousseau, pero que por lo que ha quedado establecido tiene su origen en Guillermo de Ockham.

Esto es importantísimo porque si tomamos en cuenta que bajo la concepción del gobierno constituido sobre la base de una soberanía popular, el gobierno precisamente viene a constituirse no sólo para respetar los derechos del pueblo, sino para salvaguardar tales derechos.

¹¹⁷ Sabine. H, George, *op. cit.*, páginas 229 a 231.

Capítulo III. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político y filosófico de la Edad Moderna.

3.1 La situación jurídica de las personas en la época moderna.

La conocida frase de Luis XVI “El Estado soy yo”, resume en pocas palabras la esencia del absolutismo monárquico de la época del estado moderno: un régimen político en el que una persona, el soberano, ejerce el poder con carácter absoluto, sin límites jurídicos ni de ninguna otra naturaleza.

Esta fue la forma de gobierno de muchos países, pero sobre todo de las monarquías absolutas de los siglos XVI, XVII y XVIII.

Como resultado de esta nueva estructura, resaltan dos componentes en cuanto a su régimen político, social y económico: de un lado el soberano rey y de otro los súbditos que le deben total y absoluta obediencia.

Efectivamente, el rey podía disponer a su antojo de la vida y de las propiedades de sus súbditos: el caso más patente es el del rey de Inglaterra, Enrique VIII, quien incluso manda a ejecutar a su gran amigo y consejero Tomás Moro, no sin antes despojarlo de sus propiedades. Y todo, por no consentir en el matrimonio del rey con Ana Bolena.

Sin embargo, es en esta época cuando empieza a desarrollarse el pensamiento empírico, incluso también en lo político. El estado moderno soberano nace de la lucha territorial de los príncipes para la consecución del poder absoluto dentro de su territorio, contra el emperador y la iglesia en lo exterior y con los poderes feudales organizados en estamentos en lo interior. Ciertamente, el pensamiento de la edad moderna continúa justificando el poder del príncipe que entonces se había fortalecido con argumentos ético-religiosos, pero que junto a ellos aparece una creciente fuerza, una teoría política completamente secular. De manera especial el derecho natural se emancipa de la teología y ya no se le considera a aquél como un mandato divino, sino como una necesidad interna de la razón. Ya en 1501 el alemán Gabriel Biel formula aquella atrevida afirmación de que habría un derecho natural, cognoscible por la razón humana y obligatorio por sí mismo, aun cuando Dios no existiera o la divinidad fuere injusta e irracional. De aquí en adelante, Nicolás Maquiavelo y todos los autores de la razón de estado que de él arrancan, llegan, incluso a eliminar toda clase de límites normativo-morales que pudieran trabar la autoridad del príncipe, y sólo lo someten a las normas técnicas del poder: a la razón de estado.¹¹⁸

¹¹⁸ Heller, Herman, *op. cit.*, páginas 31 y 32.

3.2 El pensamiento político y filosófico en la época moderna.

3.2.1 El pensamiento de Francisco de Vitoria.

\$

Francisco de Vitoria, quien es el fundador de la escuela del derecho natural de Salamanca, también conocida como la escuela española del derecho natural, nació en Burgos en 1492.

El *iusnaturalismo* de Vitoria se apoya en el mismo ser, en su dignidad como persona, además libre y dotada de inteligencia a imagen y semejanza de Dios. Para Vitoria el concepto del ser, con sus derechos enraizados en su misma naturaleza, trae como resultado un derecho natural: universal y aplicable a todos los pueblos de la tierra.

El derecho de gentes, concebido por los romanos como un derecho existente entre todos los hombres, por el que se regían las relaciones entre los ciudadanos romanos y los extranjeros, pasa a tener en Vitoria un nuevo matiz, sin quitarle ese sentido romano, el derecho de gentes es lo que la razón natural constituyó entre los hombres: configura el derecho de gentes como un derecho que rige no sólo entre los individuos sino también entre las naciones y estados, basado en la sociedad natural.¹¹⁹

Para un mejor entendimiento en lo anteriormente anotado, hay

¹¹⁹ Hervada, Javier, *op. cit.*, página 220.

que penetrar un poco más en el pensamiento de Francisco de Vitoria, el cual gira, en este sentido, alrededor de dos ejes fundamentales: su concepto de la comunidad política y su aportación referida al derecho internacional.

En primer lugar, siguiendo a Aristóteles y a Santo Tomás, Vitoria enseña que el ser humano, como ser racional, tiende por naturaleza a agruparse en la forma más perfecta que es el estado, entidad en la que reside la soberanía y el poder público. Por consiguiente, la potestad pública la detenta la propia comunidad la cual transfiere su ejercicio al gobernante. Así, el estado se rige por el derecho natural, tomando en cuenta que la fuente de todo poder está en Dios, pero de manera inmediata reside en el pueblo, quien lo transfiere al rey en una especie de pacto. De esta forma, el derecho natural rige la constitución del estado y el pacto social rige la institución de gobierno.¹²⁰

Por lo que toca a lo segundo, al derecho internacional, Vitoria apunta hacia la idea de una comunidad de todos los pueblos y hombres de la tierra, designándola como todo el orbe, cuya norma es el derecho de gentes basado en el derecho natural. Este derecho de gentes no es estrictamente el derecho internacional actual, en cuanto éste se refiere a las relaciones jurídicas entre estados, sino lo que propone este filósofo-teólogo es un ordenamiento jurídico común a todas las personas a la vez que regulador de las relaciones entre los

¹²⁰ López Hernández, José, *op. cit.*, página 231.

pueblos.¹²¹

Digamos, que la aportación de este autor es que existe un derecho de gentes basado en la existencia de un derecho natural, que rige las relaciones entre los Estados en los términos anteriormente apuntados.

Asimismo, para Vitoria la ley natural obliga en cuanto que nos presenta a algo como bueno o como malo, aunque no se conozca que se trata de un precepto formalmente divino. La ley natural es fundamentalmente ley divina y en Dios encuentra el fundamento de su obligatoriedad última, a la vez, la ley natural está en la naturaleza humana y en la razón natural. Hay pues, una obligatoriedad inmediata que radica en la naturaleza humana y en la razón natural y esta obligatoriedad inmediata es reflejo de la obligatoriedad última que radica en Dios. De ahí la hipótesis de que si Dios no existiese destruye la obligatoriedad de la ley natural, pero al mismo tiempo la ley natural obliga aunque las personas no conozcan la existencia de Dios.¹²²

3.2.2 El pensamiento de Domingo de Soto.

Domingo de Soto es un teólogo español nacido en Segovia en 149. Es discípulo de Francisco de Vitoria y por tanto continuador de la escuela de Salamanca.

¹²¹ *Ibidem.*

En este autor, el derecho o justo natural es lo igual en virtud de la naturaleza de las cosas. Para él el derecho se divide en derecho natural y derecho positivo y como el derecho es lo mismo que igual, esta igualdad solamente puede conseguirse de dos formas: primero, por la naturaleza misma de las cosas; y segundo, mediante convenio entre los hombres, siendo esto último el derecho positivo: el que crean los hombres. Solamente que para Domingo de Soto la ley eterna es la fuente de todas las leyes, por lo que la ley natural participa necesariamente de la ley eterna. La supremacía de la ley eterna por sobre todas las leyes la funda en la necesidad de una causa primero o primer motor inmóvil. Esta ley eterna es la raíz y el origen de todas las demás leyes. Como esta ley eterna es el primer motor inmóvil permanece inmutable, pero también es causa de que las leyes humanas cambien, cuando cambia su condición variable.¹²³

Se puede decir que de Soto, sigue la misma línea de pensamiento que Francisco de Vitoria, al poner de manifiesto el enlace necesario entre la ley natural y la ley eterna; es decir, entre la ley natural y Dios, al igual que la obligatoriedad de la ley natural en cuanto natural, pero apunta hacia una interpretación historicista, pues evita entender el derecho natural como un código inmutable ajeno a la historia, resaltando su adaptabilidad, por disposición y obra humana, a las múltiples y variadas circunstancias de hecho.

¹²² Hervada, Javier. Ob. Cot., páginas 225 y 226.

¹²³ *Idem*, páginas 223 y 224.

3.2.3 El pensamiento de Luis de Molina.

Otra de las grandes figuras de la Escuela Española del Derecho Natural, fue el jesuita Luis de Molina, nacido en la ciudad de Cuenca en 1535.

El aspecto más importante de su doctrina es el acento que, como Domingo de Soto, pone sobre la posibilidad de que el derecho natural varíe adaptándose al objeto el cual cambia según las circunstancias históricas. El derecho natural nace de la naturaleza misma del objeto y varía con la variación de éste, es decir, del objeto. Su variabilidad es distinta de la del derecho positivo, ya que no consiste en una mutabilidad de la ley, que en sí es inmutable, sino en la de la circunstancia en que se aplica. Por el contrario, el derecho positivo puede variar en cuanto sea variada la ley.¹²⁴

Para Molina, el derecho natural tiene una cierta variabilidad, pero sólo por razón de la variación del objeto, en virtud de las circunstancias. Por eso, las cosas que no están sujetas a variación por las circunstancias, que son absolutamente necesarias, originan un derecho natural inmutable, lo cual es obvio: a una cosa invariable corresponde un derecho invariable; pero, si se trata de cosas que pueden sufrir variación la regla variará en los términos que la cosa varíe. Pero, hay que observar bien que no se trata de que haya

¹²⁴ Fasso, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho: Libro 2 La Edad Moderna*. Tercera Edición. Editorial Pirámide, Madrid, 1968, página 60.

variación en la regla de derecho natural, que como tal no varía, sino que a distintas cosas o circunstancias corresponden distintas reglas.¹²⁵

En este autor, el derecho natural es aquello que es adecuado y proporcionado de acuerdo con la naturaleza de las cosas: la obligación del derecho o justo natural proviene de la misma naturaleza del objeto y de ahí pasa al precepto, o sea, al derecho positivo. De aquí se deduce la regla para distinguir lo que pertenece al derecho natural y lo que pertenece al derecho positivo: si la obligación nace de la naturaleza de la cosa que se ordena o se prohíbe por ser de suyo necesaria entonces pertenece al derecho natural. Si por el contrario, la obligación no nace de la naturaleza de la cosa que ordena o prohíbe, sino de la voluntad del legislador entonces pertenece al derecho positivo.¹²⁶

Desde luego que Molina señala que la ley natural nace de la naturaleza de la cosa, pero fundada en la obligatoriedad de Dios.

3.2.4 El pensamiento de Fernando Vázquez de Menchaca.

A diferencia de la mayoría de los maestros de la escuela de Salamanca Vázquez de Menchaca no era ni clérigo ni teólogo, sino jurista. Nacido en Valladolid el año de 1512. También se diferencia de aquéllos por haber mantenido una posición voluntarista radical.

¹²⁵ Hervada, Javier, *op. cit.*, página 231.

En este autor, la ley es la recta voluntad de aquél que rige los destinos del pueblo. Pero más aún, al hablar de la ley natural ésta se basa exclusivamente en la voluntad divina. Para él, el derecho natural es la recta razón impresa por Dios en el ser humano desde su nacimiento. Asimismo, el derecho natural y el derecho divino son una misma cosa. Para Fernando Vázquez, el derecho natural nace expresamente de la voluntad de Dios, Quien en un segundo momento, al crear al hombre, imprime en la razón de éste los preceptos del derecho natural que Él antes había establecido libremente. Pero tales preceptos no son obligatorios por su racionalidad intrínseca, sino porque Dios así lo ha querido. De esta forma, la voluntad divina es la fuente de la ley y de la obligación que nace de ella y la razón humana es sólo el vehículo o instrumento para conocer con certeza lo que ordena esa voluntad, combinando así el voluntarismo jurídico con un racionalismo instrumental.¹²⁷

Vázquez de Menchaca divide al derecho en cuatro clases:

I. El derecho natural genérico o en sentido amplio: que es común a todos los animales, tanto racionales como irracionales.

II. El derecho natural específico o en sentido estricto: que compete sólo a los hombres, pero no a los restantes animales. Este se llama también derecho de gentes primario: es la

¹²⁶ *Idem*, páginas 229 y 230.

¹²⁷ López Hernández, José, *op. cit.*, páginas 232 y 233.

naturaleza humana y la razón natural que inclinan a hacer lo honesto y apartan a hacer lo contrario. Los principios básicos de este derecho establecen que las personas son libres e iguales por naturaleza.

III. El derecho de gentes secundario: no ha sido dado a las personas por naturaleza al momento de su creación, sino que es histórico: es lo que las personas a lo largo de los siglos han ido admitiendo como derecho según las indicaciones de la razón y de la utilidad. Por tanto, este derecho es positivo: se deduce de los diversos derechos civiles y se basa, no es una razón innata, sino en la razón humana alumbrada por la experiencia: la propiedad, los contratos, los testamentos.

IV. El derecho civil o derecho positivo particular de cada pueblo: son las normas concretas establecidas y vigentes en cada lugar y tiempo determinado. Pero, las leyes positivas humanas de las que nace el derecho civil deben adecuarse al derecho natural o de lo contrario no obligan por no tener el valor de ley. En esto Vázquez de Menchaca sigue la línea *iusnaturalista* de sus antecesores teólogos y juristas medievales.¹²⁸

¹²⁸ *Idem*, página 234.

Vázquez de Menchaca es un precursor de las ideas modernas, a saber:

1. El hombre es bueno por naturaleza y aspira a vivir en paz con otros hombres.

2. El hombre posee derechos naturales: básicamente libertad e igualdad.

3. La autoridad del estado tiene como fin el bien común y está limitada a la realización del mismo.

4. La soberanía pertenece al pueblo y el gobernante detenta solamente su ejercicio.

5. El fin del gobierno es aplicar el derecho natural; el derecho positivo deriva de él.

De esta forma, vemos que la doctrina de los derechos subjetivos, la soberanía del pueblo y la idea del estado de derecho, es formulada anticipadamente por este jurista, con lo que el derecho natural comienza a mostrar rasgos definidos de individualismo ético-jurídico.¹²⁹

¹²⁹ *Idem*, páginas 234 y 235.

3.2.5 El pensamiento de Gabriel Vázquez.

Teólogo y jesuita, nacido en 1551, representa la posición del intelectualismo extremo dentro de la escuela de Salamanca o escuela española del derecho natural.

La razón descubre que el fundamento de la ley está en la propia naturaleza del hombre: el derecho natural es la recta razón innata en el género humano, haciendo de tal razón un mero instrumento de notificación al hombre de los decretos del absoluto arbitrio de Dios. Por consiguiente, la voluntad divina no es para Gabriel Vázquez la fuente del derecho natural, sino la razón. Aún más, la naturaleza humana en cuanto racional es la primera regla del bien y del mal, incluso llegando a afirmar que el bien y el mal son tales porque así lo enjuicia la razón humana. Con anterioridad a toda voluntad y mandato de Dios, ciertos comportamientos son en sí mismos buenos o malos.¹³⁰

Para Vázquez, la primera y fundamental regla del obrar reside en la misma naturaleza racional de la persona: el fundamento próximo y suficiente del orden moral es la naturaleza del hombre. La razón divina es la medida de toda rectitud, pero no la raíz y causa del mandato o la prohibición.¹³¹

¹³⁰ Fasso, Guido, *op. cit.*, página 63.

¹³¹ Hervada, Javier, *op. cit.*, página 232.

O sea que en este autor, el derecho natural no es sino los dictados de la razón que además se nos presentan como formalmente obligatorios.

En síntesis, Gabriel Vázquez con su intelectualismo extremo facilita el paso al racionalismo moderno, pues fundamenta la ley y el derecho natural en la naturaleza humana, esencialmente en la razón.

3.2.6 El pensamiento de Francisco Suárez.

Francisco Suárez es un jesuita nacido en Granada en 1548. Su pensamiento es ecléctico, es decir, adopta un punto intermedio entre el voluntarismo de Ockham y Fernando Vázquez de Menchaca y el racionalismo de Gabriel Vázquez. Él ve en la ley un acto de voluntad recta y justa, pero presupone que ese acto es un acto de razón que dirige y regula la voluntad.

Su doctrina acerca de la ley eterna, la ley natural y la ley humano-positiva intentan conciliar las posturas contradictorias entre voluntarismo e intelectualismo. Sobre cada uno de estos tres tipos de leyes, Suárez, expone su juicio personal:

La ley eterna, es un decreto libre de la voluntad de Dios que establece el orden que han de guardar todas las cosas en el universo en miras al bien común. Esta ley es la fuente de toda otra ley, de la justicia e incluso del derecho. Todas las leyes que lo sean de verdad

proceden de la ley eterna. La ley natural, sólo puede ser atribuida a los hombres, en cuanto seres racionales, ya que para que exista una ley es preciso que aquéllos a quienes va dirigida posean la facultad de la razón y de la voluntad. Define a la ley natural como aquella que está inserta en la mente humana para discernir lo honesto de lo que no lo es. Dios grabó esta ley en la naturaleza humana y desde entonces en una propiedad de dicha naturaleza. Contradice a Gabriel Vázquez quien afirma que la propia naturaleza humana es la ley natural. Suárez sostiene que la ley manda e ilumina, pero la naturaleza racional por sí misma no hace ni lo uno ni lo otro. La naturaleza racional es una esencia y, como tal, ni manda ni expresa nada, ni dirige ni ilumina, por lo tanto, la naturaleza humana no puede producir los efectos de una ley ni puede ser una ley.¹³² La ley humana o positiva es aquella que está para regular la conducta de los hombres con vistas al bien común a través de la recepción y determinación de los preceptos de la ley natural, adaptándolos a las circunstancias de tiempo y lugar. Para Suárez la ley humana contiene dos elementos, ya anteriormente mencionados: uno, indicativo de la razón y el otro imperativo de la voluntad. La ley debe ser una expresión de la razón y de la voluntad, si no se dan ambos no hay ley. La ley humana para que sea verdadera ley ha de estar conforme a la ley natural, pero además debe contener dicha ley los siguientes requisitos:

1. Que sea dada a una comunidad.

¹³² López Hernández, José, *op. cit.*, páginas 238 y 239.

2. Que tienda al bien común.
3. Que proceda del poder público.
4. Que sea justa y dada justamente.
5. Que sea estable o permanezca en tiempo.
6. Que esté suficientemente promulgada.

Y como conclusión, señala: la ley humana no crea el derecho, sino que da a conocer por conclusión lo que ordena la ley natural.

Finalmente, para Suárez el derecho de gentes no es derecho natural ni derecho civil, sino que se sitúa entre ambos. Por un lado, el derecho de gentes contiene conclusiones derivadas del derecho natural y, por el otro lado, es un derecho positivo establecido por los hombres.¹³³

3.2.7 El pensamiento de Hugo Grocio.

Nació en Delft, Holanda, en 1583 y murió en Rostock, Alemania en 1645. Estudió humanidades, derecho y teología. Grocio definió al derecho natural como “el mando de la recta razón que indica la

¹³³ *Idem*, páginas 241 y 242

fealdad moral o la necesidad moral inherente a una acción cualquiera, mediante el acuerdo o el desacuerdo de ella con la naturaleza racional misma”.¹³⁴

Este autor holandés, desarrolló una nueva noción de derecho natural, que se asienta sobre bases ideológicas nuevas respecto de la tradición anterior representada por la escuela española del derecho natural, también conocida como la segunda escolástica, de la que de los últimos de los autores que han sido citados en este trabajo fue Francisco Suárez.

El eje de la doctrina anterior, la doctrina escolástico-tomista de la ley natural era la teoría de la participación: la idea de la analogía del ser. Todo ser creado es participación creada del Ser Subsistente (Dios) de forma que de todo ser se predica el ser, pero de modo análogo a como se predica el ser del Ser Subsistente. Aplicado esto a la teoría de las leyes, la ley natural aparece como participación de la sabiduría divina, es decir, de la ley eterna. Con esto se establecía un enlace directo y necesario entre el derecho natural y Dios; el derecho natural procede de Dios como creador, pero también como legislador, pues la ley natural es participación de la ley primigenia: la ley eterna.¹³⁵

La teoría de la participación no tenía cabida en el pensamiento

¹³⁴ Abbagnano, Nicola. “Diccionario de Filosofía”. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1992. Segunda Edición en español, novena reimpresión, página 297.

¹³⁵ Hervada, Javier, *op cit.*, página 264.

protestante, pues uno de los rasgos distintivos del protestantismo respecto del catolicismo fue la negación de la analogía entre Dios y las criaturas. Y por lo que respecta al derecho natural, la teoría protestante tanto luterana como calvinista no reconoció a la ley natural como participación de la ley eterna. Así Grocio, habiendo recibido una educación protestante, desarrolló su pensamiento partiendo de estos supuestos: prescindió de la teoría de la participación y la *analogía entis*. El punto clave es que Grocio adoptó una posición objetivista e intelectualista, al afirmar que el derecho natural fluye de principios internos del hombre y es el dictamen de la recta razón el que indica la conveniencia o no conveniencia de los actos humanos respecto de la naturaleza racional del hombre. Si se prescinde de la teoría de la participación, entonces el derecho natural es concebido como algo que fluye inmediatamente del hombre, sin verdadera trascendencia divina: el derecho natural existiría con toda su fuerza aunque Dios no existiese, conclusión a la que llega Grocio¹³⁶

Dada así, la visión general que Grocio tenía del Derecho Natural, expone lo más famoso de su pensamiento y su punto clave, la relación del derecho natural con Dios: el derecho natural fluye de principios internos del hombre, de tal modo que aunque Dios no existiese o no se preocupase de las cosas humanas, lo cual no puede admitirse sin cometer una gran crimen, existiría el derecho natural. Pero como Dios existe, el derecho natural puede imputarse a Él, por cuanto libremente quiso que tales principios existiesen en nosotros y nuestra razón nos

¹³⁶ *Idem*, páginas 264 y 265.

dicta irrefutablemente que debemos obedecerle. De donde resulta que hay un doble origen del derecho que emana de la sociabilidad humana: la naturaleza del hombre y la libre voluntad de Dios. El origen primigenio del derecho natural es la propia naturaleza humana. Se trata de la idea protestante de que el derecho natural no enlaza con la esencia divina; el derecho natural, como entidad meramente terrena, se origina en el hombre no en Dios. En realidad lo que Groccio hizo fue sintetizar dos corrientes distintas, inconciliables en buena lógica: la naturaleza humana está concebida según el objetivismo extremado y por ello entiende que el derecho natural fluye de los principios internos al hombre, los cuales existirían aunque Dios no existiese; la acción de Dios, en cambio, está entendida conforme al voluntarismo de Ockham asumido por el protestantismo: Dios quiso libremente que los principios de derecho natural existiesen en nosotros.¹³⁷

Con los pensadores de la escuela española del derecho natural comenzó a resquebrajarse toda una estructura de principios supremos de pensamiento que rigió durante la edad media, principios que se tomaron directamente de la religión cristiana: la sociedad era cristiana y su conformación social era de acuerdo a los principios básicos del cristianismo. Pero, con los pensadores de la citada escuela, conocida también como la escuela de Salamanca y finalmente con Hugo Grocio se da el cambio del derecho natural cristiano y teológico al derecho natural racionalista. Esto va a evolucionar y a revolucionar las bases de la organización social del mundo moderno el cual se va a construir

¹³⁷ *Idem*, página 266 y 267.

sobre bases racionales.

En los últimos tiempos de la edad media se produce una progresiva secularización del pensamiento. La divulgación de los escritos originales de Aristóteles influyó grandemente en las discusiones políticas.¹³⁸

Los grandes éxitos logrados por la razón humana, a partir, del siglo XV, en las ciencias naturales y especialmente en la astronomía, estimulan la creencia en la posibilidad de descubrir un orden natural universal que abarque la naturaleza y la cultura. A un Deísmo cada vez más extendido acompaña una concepción inmanente del mundo en armonía con él, y que reconociendo a Dios como la causa primera del universo, considera que, una vez que las leyes racionales de la naturaleza y de la sociedad han cobrado realidad, se hacen independientes, incluso, de su Voluntad. Así, de la naturaleza racional del ser, originariamente igual y libre, se deduce un derecho natural inmanente que, según la célebre frase de Hugo Grocio, debe ser tan inmutable que no puede ser alterado ni por el mismo Dios. De esta forma, el derecho natural racional, que adquiere predominio a partir del siglo XVII, toma del derecho natural cristiano la firme creencia en la existencia de un sentido en el mundo y en la victoria final de lo bueno y racional, pero naturalmente seculariza tal creencia y espera esa victoria como resultado de la acción autónoma del hombre. La

¹³⁸ Heller, Hermann. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1983. Novena reimpresión. Página 31.

finalidad de la vida del hombre medieval era su unión con Dios. El destino de la vida del hombre de la edad moderna, a cuya realización todos tienen el mismo derecho, es la autotransformación de la personalidad en este mundo y, como supuesto de ello, la utilización, en sentido terreno, del mundo y del poder de decisión: el mundo de la libertad entendido como el desarrollo de las energías humanas para fines propios que el hombre se pone a sí mismo.¹³⁹

Puede decirse que con Grocio inicia el periodo del derecho natural clásico que va, precisamente desde Grocio hasta Kant y Fichte, extendiéndose así a lo largo de los siglos XVII y XVIII. Esta escuela sostuvo que se podía descubrir el derecho por medio de la razón y solamente por ella. Los defensores del derecho natural de la escuela clásica creían que había un cuerpo de Derecho eterno e inmutable que la razón humana podía descubrir y aplicar a la reconstrucción de la sociedad y que sólo por causas de las supersticiones teológicas de la edad media la humanidad había dejado de reconocer y aplicar esas leyes eternas en los siglos precedentes.¹⁴⁰

3.2.8 El pensamiento de Nicolás Maquiavelo.

La doctrina clásica del derecho natural encontró desde el principio un fuerte rival que sostenía otra doctrina totalmente contraria a la del derecho natural clásico, que en algunos aspectos fue producto

¹³⁹ *Idem*, páginas 134 y 135.

de las mismas fuerzas políticas, económicas y sociales que contribuyeron a su nacimiento: se trata de la doctrina de la razón de estado, cuya formulación más influyente se encontró en los escritos del filósofo y político italiano Nicolás Maquiavelo quien glorificó la omnipotencia del estado y subordinó enteramente los principios éticos y morales en la vida pública a las necesidades políticas del estado. Con ello se convirtió en el principal defensor de la política del poder.¹⁴¹

En su libro, intitulado *El Príncipe* y publicado en 1513, Maquiavelo plasmó su pensamiento político y filosófico que como ya se dijo plasmó la doctrina de la razón de estado. Su obra ha sido una pieza de lectura obligada en la teoría política.

Lo que le interesa a Maquiavelo es el estudio de los medios que posibilitaban la adquisición del poder, el aseguramiento de su ejercicio y el mantenimiento en él. La virtud maquiavélica, que nada tiene que ver con la virtud cristiana, es empeñosa, de fortaleza de ánimo y de acción calculada, incluso disimulada. El príncipe debe aprender a no ser bueno si así lo exige la necesidad, pues esa necesidad es razón de estado: todo es válido para la conservación del estado: el fin justifica los medios. La peligrosa carga del maquiavelismo, contenida hasta entonces por el derecho natural, se deja sentir a toda plenitud al introducir, Maquiavelo, el positivismo jurídico en la política. La inmoralidad como verdadera ley de la política. Un radical pesimismo,

¹⁴⁰ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, página 151.

¹⁴¹ *Idem*, página 152.

respecto a la naturaleza del hombre, le sirve de base para edificar su pseudo teoría del estado: el ser humano es un ser despreciable, soberbio en el éxito, pero servil y abyecto en la desgracia, son ingratos, volubles, dados al fingimiento, aficionados a esquivar los peligros, codiciosos de ganancias, son mediocres y hacen el bien por la fuerza y el mal por inclinación de su propia naturaleza. Las proyecciones del maquiavelismo son tremendas: desprenden completamente a la moral del derecho y la política, haciendo de la dominación y la grandeza de un estado a cualquier precio su principio y fin para la conservación del reino. De todas formas, al príncipe no le importa el bien público temporal, sino solamente el poder del príncipe.¹⁴²

Está claro que Maquiavelo contribuye, justifica y ayuda a solidificar la omnipotencia del estado soberano, es decir, del rey. Lo que menos le importa a Maquiavelo son los derechos humanos. De ahí que se le considere un ideólogo y defensor del estado absolutista, ya que para hacerse del poder y conservarlo todo era válido, incluso pasar por encima de los derechos de las personas, pues lo que menos le importa al estado es el bien público.

Es, precisamente, con Nicolás Maquiavelo que la ética se separa de la política: si no quieres perder tus virtudes privadas no te metas a la política. Que a diferencia de los griegos para los cuales para ser

¹⁴² Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa, México, 2001, páginas 156 y 157.

político se necesitaba ser ético. Ética y política eran en los griegos un binomio indisoluble.

3.2.9 El pensamiento de Juan Bodino.

A Bodino se le atribuye la paternidad del concepto soberanía: el poder absoluto y perpetuo de la república, a la cual le da un fundamento divino; es decir, al soberano hay que obedecerlo porque Dios así lo quiere y quien desobedece al soberano es como si desobedeciera a Dios.

Su obra denominada “Los Seis Libros de la República”, publicada en 1576, también, al igual que “El Príncipe” de Maquiavelo, es una lectura obligada para cualquier teórico del Estado y del Derecho.

Su idea del poder soberano obedece a una lógica muy simple: si la tierra tiene un sol, si las familias tienen un *pater familias*, si la humanidad sólo tiene un Dios, pues entonces la comunidad política sólo debe tener un dirigente soberano. Era algo así como de un desprendimiento de la misma naturaleza de las cosas. Por ello, quien desobedeciese al soberano es como si desobedeciera a Dios mismo.

Para Bodino la república no es más que el recto gobierno de varias familias sobre lo que les es común con potestad soberana.

Para él, la república, es un gobierno basado en las leyes de la naturaleza. Él sigue la doctrina cristiana medieval del orden justo que debe estar por encima de todo orden legal y de todo poder. Pero, considera que el soberano no puede estar subordinado a la constitución o a cualquier tipo de ley fundamental, pues haría nugatorio el significado primordial de la soberanía, por lo que el soberano tampoco podía ser responsable ante el pueblo; sin embargo, sí podía ser responsable ante Dios y sólo ante Él y la naturaleza por la trasgresión a la ley divina o a la ley natural. El soberano puede derogar toda ley civil, en cuanto pueda cambiarse sin que nadie resulte por ello perjudicado. Bodino se ubica en una línea de positivismo jurídico, pero separa el derecho humano del derecho natural: el primero, establecido por los hombres y, el segundo, válido desde siempre, que es esencialmente justo y equitativo. Con Bodino se aprecia el inicio de la escisión del derecho natural y el derecho positivo. Esta escisión culminará, siglos más tarde, por ejemplo en el estado napoleónico y en el régimen nazi.¹⁴³

La teoría de la soberanía minuciosamente elaborada por Juan Bodino, ofreció un arma contra las pretensiones del sacro imperio romano y contra los demás estados, si tomamos en cuenta que precisamente en ese momento estaban en proceso de ascensión en el plano político los estados nacionales. Y a la vez la doctrina de la razón de estado elaborada por Nicolás Maquiavelo les ofrecía un arma contra sus propios nacionales. De aquí en adelante, todos los

¹⁴³ *Idem*, páginas 159 y 160.

pensadores políticos europeos tuvieron que conciliar, en alguna forma, las pretensiones de la doctrina del derecho natural que defendía los derechos del individuo, con los postulados de la razón de estado que sólo trataba de proteger los derechos del estado e incluso puede decirse que en la Europa occidental así como en los Estados Unidos de América, prevaleció la doctrina del derecho natural en tanto que en la Europa Central predominó la doctrina de la razón de estado. Aquí el punto central de los teóricos del estado y del derecho de los siglos XVII y XVIII va a ser el esfuerzo que tales teóricos harán para combinar y conciliar la teoría del derecho natural con la doctrina de la razón de estado.¹⁴⁴

3.2.10 El pensamiento de Thomas Hobbes.

Hobbes parte de una visión pesimista del ser humano: en el estado primitivo de naturaleza las personas se comportan, bajo el imperio de los instintos naturales, igual que los animales. Lo que existe en el ser humano es una capacidad innata, una tendencia agresiva que le conduce a una posición de guerra contra todos: el hombre es el lobo del hombre. Antes del pacto social, la naturaleza le ha dado a cada uno el derecho a todo; es decir, se puede proceder como se quiera y contra quien se quiera: esa es la igualdad natural. Ante la imposibilidad de vivir en tal estado de naturaleza, las personas ceden sus derechos personales naturales y crean mediante un contrato

¹⁴⁴ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, página 153.

social un orden jurídico, una moralidad y unas costumbres. Los derechos naturales cedidos al estado nunca pueden ser recuperados y este estado leviatán será el encargado de someter al ser humano al orden y a la rectitud.¹⁴⁵

A Hobbes no le preocupa crear un orden jurídico ideal de la convivencia. Está convencido de que al derecho le compete establecer un orden real de convivencia: las leyes positivas han de cumplirse siempre por ser positivas, es decir porque el estado las ha dado. Más que los valores de justicia y bien común, lo que importa es asegurar la existencia misma la cual estaba en peligro en el estado de naturaleza en el que se encontraba el ser humano. Lo que importa a Hobbes es la seguridad jurídica. Según, este autor, en la humanidad entera hay una afán de poder que cesa solamente con la muerte; de ahí la necesidad de seguridad que siente toda persona que vive en sociedad. Quizá ni siquiera debía hablarse de un derecho natural en Hobbes, pues como se puede apreciar para él las leyes son simples actos de autoridad.¹⁴⁶

El problema central del libro denominado *Leviatán* de Thomas Hobbes, publicado en el año de 1651, era el cómo lograr la rectitud del comportamiento humano y el orden social. Para él el único Estado que podría garantizar la paz y el orden social era el estado absolutista.

Asimismo, encontramos en Hobbes ya no una base divina o

¹⁴⁵ Basave Fernández del Valle, Agustín, *op. cit.*, páginas 164 y 165.

¹⁴⁶ *Idem*, páginas 167 y 168.

teológica del estado y del poder soberano del estado, sino una base contractual: el príncipe es soberano, pero no porque Dios lo quiera, sino porque el pueblo al convenir con dicho soberano le ha cedido todos los derechos y el pueblo no se ha quedado con ninguno, por lo tanto, la soberanía en Hobbes es absoluta, pero no divina como lo es en Bodino.

La idea que da al poder del estado y del soberano una fundamentación, esencialmente, independiente de la ético-religiosa se inicia con Hobbes. Aunque de tendencia absolutista Hobbes renuncia, por completo, a la idea de que el soberano sea una institución divina. Lo primario y decisivo en este autor es su fundamentación absolutamente inmanente que parte del fin del estado, que para él es la ley suprema de su ser y de su deber ser. Hobbes entiende por tal fin la función sociológica del Estado, el aseguramiento de la paz entre los hombres que lo integran. Así, la función social inmanente del estado le sirve también a Hobbes para dar fundamento a casi todos los preceptos del derecho natural con los que al hacerlos derivar del fin del estado, les atribuye un origen político-sociológico y no lógico formal. Lo importante es que con la doctrina contractual de Hobbes, el estado recibe, por primera vez, una fundamentación inmanente, es decir, referida a la función de la organización estatal en el seno de la totalidad social.¹⁴⁷

Ya no domina en el pensamiento de la edad moderna la

¹⁴⁷ Heller, Hermann, *op. cit.*, página 33.

oposición entre el derecho divino y el humano que había caracterizado al derecho natural medieval, sino la oposición entre la coacción del derecho, de carácter político, y la crítica racional, temporal y humana. Esta secularización del sentimiento total de la vida que tiene lugar en la época del renacimiento está en estrecha conexión con las grandes revoluciones sociales de aquella época. Cicerón y Séneca actúan directamente al ser leídos en sus textos originales, difundiendo así las doctrinas del estoicismo romano sin matiz cristiano alguno.¹⁴⁸

Hobbes, llamó derecho natural al cuerpo de principios que la razón humana imaginó para hacer la vida pacífica y segura, ya que según él el derecho natural era el dictado de la recta razón que hay en nosotros acerca de aquellas cosas que has de hacerse u omitirse para la conservación constante de la vida y los miembros. Su primera ley fundamental exige que se busque la paz y de esta primera ley Hobbes deriva una serie de preceptos específicos: no puede aplicarse con seguridad el derecho natural mientras continúe el estado de guerra de todos contra todos y todo mundo conserve su derecho a todas las cosas. Para asegurar la paz y hacer que se aplique el derecho natural sería necesario que las personas hiciesen in contrato mutuo por virtud del cual cada una de ellas aceptase transferir todo su poder y derechos a una sola persona o a una asamblea de personas, con la condición de que todos los demás hiciesen lo mismo. Así, el poder constituido debía ser omnipotente para poder realizar su tarea de mantener la paz y el orden y proteger a las personas de los ataques

¹⁴⁸ *Idem*, página 134.

de otras personas. Además tal poder no debía estar obligado a cumplir las leyes civiles promulgadas por él, no debía ser responsable ante los ciudadanos y éstos no tenían derecho a resistir los mandatos del poder soberano.¹⁴⁹

Como vemos la doctrina de Hobbes, aun cuando él llega a definir al derecho natural, apunta hacia un estado soberano, fuerte e omnipotente para hacer posible que el derecho natural se aplique y así asegurar la paz entre las personas de una misma comunidad política.

3.2.11 El pensamiento de Baruch Spinoza.

Baruch Spinoza fue un filósofo neerlandés que nació en Amsterdam, específicamente en los países bajos en el año de 1632.

Para este pensador, no es la razón la que determina el derecho natural de cada persona, sino la medida de su poder y la fuerza de sus apetitos y necesidades. De manera que todo el que vive de acuerdo a la naturaleza tiene el derecho de realizar lo que considera útil, ya sea impulsado por la sana razón o por la violencia de sus pasiones. Por lo tanto, tiene el derecho natural de apropiarse, ya sea por la fuerza, ya sea por la súplica, ya sea por la astucia o por cualquier otro medio más fácil, de todo lo necesario para la satisfacción de sus deseos y considerar como enemigo al que le estorbe en la satisfacción de

¹⁴⁹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 158 y 159.

dichos deseos. El derecho de naturaleza no les impide a las personas sino lo que no desean o escapa o escapa a sus medios para conseguirlo; no les prohíbe la cólera, la violencia, la astucia ni nada que su apetito natural les aconseje. Además de que esto conserva su vigencia aún después de constituido el estado, pues éste no es sino la fuerza de todas las personas unidas derivado de que éstas, es decir, las personas, para vivir en la seguridad y lo mejor posible han debido aspirar a unirse a un cuerpo, y el derecho que cada uno tenía a todas las cosas fue conferido a la colectividad. Pero no hubieran conseguido esto sino hubieran convenido en guiarse por los mandatos de la razón. Y la razón nos ordena ejecutar todo lo que el soberano ordena, por absurdos que sean sus mandatos. Aunque es muy raro que tales mandatos sean absurdos, pues por convención y para cuidar el poder al soberano le importa velar por el bien común y dirigir todo según la razón. Sin embargo, hay que hacer notar que en la sociedad civil el poder del Estado se contrapone al poder de los particulares, lo que trae como consecuencia que el estado siendo mayor su poder derecho que el que cada uno de las personas tiene consideradas individualmente. De ahí que es el mismo estado el que determine dentro de su jurisdicción lo que sea bueno y lo que sea malo. En cambio, antes de la fundación del estado, era el individuo el que consideraba como bueno o como malo lo que le era provechoso o dañoso, sin que estuviera obligado a obedecer sino a él mismo.¹⁵⁰

A menudo se han comparado la teoría jurídica y política de

¹⁵⁰ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso. *Filosofía del Derecho*. Editorial Harla, México, 1995, páginas 106 y 107.

Thomas Hobbes con las del gran filósofo Baruch Spinoza. Ciertamente hay en sus teorías señales de semejanza, pero también las hay de divergencia. Por ejemplo, Spinoza creía como Hobbes que el ser humano en estado de naturaleza está gobernado no tanto por la razón, cuanto por el deseo y la voluntad de poder. Según Spinoza el derecho de un individuo, en el estado de naturaleza, se extiende hasta donde llega su poder.¹⁵¹

Pero esta situación tiene que llevar a la lucha y al desorden porque las personas en su deseo de aumentar su poder individual y de satisfacer sus pasiones tienen necesariamente que chocar unos con otros. De esta forma, en el estado de naturaleza habrá siempre odio, envidia y guerra. Así, el poder de la razón inherente a los seres humanos les lleva a abandonar ese estado de naturaleza y a ordenar sus vidas de manera pacífica y racional. Hasta aquí la doctrina de Spinoza coincide en líneas muy generales con la de Hobbes. Pero sus opiniones se separan cuando expresan sus puntos de vista sobre los alcances de las funciones gubernamentales pues para Hobbes la función del gobierno se agota en el mantenimiento de la paz y la seguridad y la concesión a los ciudadanos de una libertad simple e inofensiva para el gobierno que no incluye el derecho de libertad de palabra ni siquiera la libertad de pensamiento. Por lo contrario, Spinoza considera la libertad como la más alta finalidad del gobierno. Incluso, para Spinoza los límites del poder soberano no los establece ninguna norma jurídica, sino el poder de la multitud o del propio interés

¹⁵¹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, página 161.

del gobierno.¹⁵²

Es interesante ver como Baruch Spinoza coincide con Thomas Hobbes de que es el estado el que tiene que normar, regular y detener los deseos y las pasiones que los seres humanos tenemos por naturaleza. Y más interesante es ver como Spinoza establece la idea de que esa regulación por parte del estado de todas formas tiene que guiarse hacia el bien común a través de los dictados de la razón a diferencia de Hobbes que concebía al estado como un estado, precisamente, Leviatán.

3.2.12 El pensamiento de John Locke.

John Locke, fue un filósofo y pedagogo que nació en Wrington, Inglaterra en el año de 1632 y a quien se ha considerado el padre del liberalismo político por sus ideas liberales y antimonárquicas, pues creía en la plena libertad e igualdad de las personas que no debían ser sometidas a un poder irracional y despótico.

El punto de partida de John Locke es que, por un lado, nadie debe dañar a otro en su vida, en su salud, en su libertad y en su propiedad, y por otro, el ejercicio del gobierno no queda sujeto a la voluntad arbitraria de un poder omnímodo. Locke apoya sus ideas sobre la base de dos teorías: la ley de la naturaleza y el contrato

¹⁵² Idem, páginas 162 y 163.

social. Por virtud de la primera, Locke señala que el derecho natural de un hombre está limitado por los derechos iguales de los demás hombres; en este estado de naturaleza existe la posibilidad de una convivencia ordenada y pacífica, pues el estado natural tiene una ley natural por la que se gobierna y que obliga a todos. La razón, que coincide con esa ley, enseña a cuantos seres humanos quieren consultarla, que, siendo iguales e independientes, nadie debe dañar a nadie en su vida, salud, libertad o posesiones, porque siendo los hombres todos obra de un Hacedor omnipotente e infinitamente sabio, siendo todos ellos servidores de un único Señor soberano, llegados a este mundo por orden suya y para servicio suyo, son propiedad de ese Hacedor que los hizo para que existan mientras le plazca a Él y no a otro. Y como todos estos seres humanos están dotados de idénticas facultades y todas ellas participan de una comunidad de Naturaleza, no puede suponerse que exista entre nosotros una subordinación tal que nos autorice a destruirnos mutuamente, como si los unos hubiésemos sido hechos para la utilidad de los otros.¹⁵³

De lo anterior, se resalta la igualdad esencial entre los seres humanos y la eminente dignidad de las personas.

Así, los trasgresores del derecho natural deben ser castigados proporcionalmente. Y de esta forma, la sociedad civil o política surge cuando los hombres renuncian a ser ejecutores de la ley de naturaleza, confiriendo este derecho a la comunidad. La incertidumbre

¹⁵³ Basabe Fernández del Valle, Agustín, *op. cit.*, páginas 187 y 188.

y la inestabilidad mueven a los hombres a establecer un estado de derecho, pero el pueblo conserva siempre el derecho de reformar o abrogar lo legislado. Así, cada persona tiene el derecho natural, originario e inalienable, de defenderse contra los mismos legisladores o gobernantes que pretendan conculcar sus derechos de libertad y propiedad. El hombre puede destruir al hombre que le hace la guerra por la misma razón que pueda matar a una fiera salvaje. De esta forma, el contrato social tiene como base un contrato de gobierno y un contrato de sociedad. A diferencia de Rousseau, Locke sostiene que el pueblo puede rechazar leyes y gobernantes cuando unas y otros no se ajusten al bien común. Incluso, para hacer imposible la tiranía ideó la división de poderes en legislativo, ejecutivo y federativo, misma que posteriormente Montesquieu dio a conocer (ya modificada en legislativo, ejecutivo y judicial). Defiende la propiedad privada como la prolongación del esfuerzo personal y reivindica la dignidad del trabajo que confiere valor a las cosas. Por sus sistemáticos ataques a los Estados absolutistas a John Locke se le tiene como el padre del liberalismo político¹⁵⁴

Para John Locke, es estado natural del ser humano es el de la perfecta libertad, dentro de los límites de la ley natural y de la igualdad, sin sujeción ni subordinación. Pero, para él, el estado de libertad no significa estado de licencia. El estado de naturaleza tiene una ley natural que le gobierna que es la razón y la cual enseña que nadie debe dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesiones. En

¹⁵⁴ *Idem*, página 188 y 189.

este estado, el cumplimiento de la ley de naturaleza prescribe que la paz y la conservación de la humanidad está en manos de cada ser humano. Y en virtud de dicha ley cada uno tiene derecho de castigar a los transgresores de la misma, pero sólo en la medida necesaria para evitar su violación. Y si cualquiera puede castigar al que ha cometido un mal, pues todos pueden también hacerlo. Y agrega, este autor que no hay que confundir el estado de naturaleza con el estado de guerra. El estado de naturaleza es propiamente la convivencia de las personas conforme a la razón, sin un superior común sobre la tierra para juzgar entre ellos. El estado de guerra es la fuerza sobre la persona de un individuo, ya sea que exista un superior común o no sobre la tierra a quien recurrir en demanda de socorro.¹⁵⁵

Precisamente, esta diferencia que establece John Locke entre el estado de naturaleza y el estado de guerra es lo que da el viraje ideológico y filosófico de la presencia del estado; es decir, el estado es un superior común al que se acude a su ayuda en caso de ser necesario.

Capítulo IV. Situación jurídica de las personas y el pensamiento político de la época contemporánea.

La época contemporánea se concibe, en cuanto al pensamiento político, a partir de los dos acontecimientos que vinieron a transformar

¹⁵⁵ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, página 107.

gran parte del mundo, sobre todo del mundo occidental: la independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y la Revolución Francesa de 1789, pues a partir de estos dos movimientos políticos se transformó la concepción del individuo y su forma de relacionarse con el estado y sus autoridades y viceversa.

El estado contemporáneo se caracteriza por ser un estado de derecho, es decir, de lo que se trata ahora es que se gobierne a través de las leyes y no al puro capricho del gobernante; así, tenemos que el nuevo esquema en que viven las personas es, por un lado, un sistema de derechos y libertades y, por otro, un estado limitado en el ejercicio del poder público, incluso dividido, incluso creado para proteger esos derechos y libertades de los gobernados.

Sin embargo, veremos que no todos los individuos alcanzan tanto esa protección de sus derechos como de sus libertades.

4.1 La situación jurídica de las personas en la época contemporánea.

Se supone que en esta época la organización política y social se caracteriza por ser una sociedad compuesta de personas libres e iguales ante la ley, pues fueron los dos valores más importantes que derivaron de las dos revoluciones anteriormente comentadas: la estadounidense y la francesa; sin embargo, estos nuevos valores y bienes jurídicos que ahora tutelaría el derecho en esta nueva sociedad

no llegaran a todos los seres humanos, sino al pasar del tiempo en que se sigue avanzando en la lucha por la constitución plena de esta nueva organización política y social.

Por ejemplo, en los Estados Unidos, no obstante de ser el primer país occidental en declarar su libertad en 1776, la esclavitud no dejó de existir sino hasta mediados del siguiente siglo, es decir, hasta 1865.

4.2 El pensamiento político y filosófico encaminado hacia la constitución del derecho natural del siglo XVIII.

A finales del siglo XVII y principios del siglo XVIII, se dio la configuración de la llamada escuela moderna del derecho natural o escuela clásica del derecho natural iniciada por Hugo Groccio. Tres fueron los autores que pueden considerarse las cabezas de esta escuela: Samuel von Pufendorf, Christian Thomasius y Christian Wolff.

4.2.1 El pensamiento de Samuel Von Pufendorf.

Samuel Von Pufendorf, nació en 1632 en Berlín, Alemania del Este, fue un jurista e historiador muy distinguido

Puffendorf fue quien postuló la autonomía del derecho natural frente a la teología, es decir, frente a la religión, pues en el régimen de

la cristiandad, los principios supremos de la conducta fueron los principios morales de la cristiandad. Pero, para Pufendorf, el derecho natural rige entre los hombres en cuanto hombres y no en cuanto cristianos y de esta forma el derecho natural, común a cristianos, paganos y turcos encuentra en la razón toda su posibilidad de conocimiento. De esta forma, Pufendorf se inclinó por una concepción voluntarista de la ley natural: la ley es un mandato de un Ser Superior, por lo tanto, la ley natural es fundamentalmente un mandato de Dios. Para él, Dios ha creado libremente la naturaleza humana, de modo que lo bueno o malo por ser conveniente o no conveniente a ella, lo es por la libre determinación de Dios. Ahora bien, una vez que Dios determinó crear la naturaleza humana del modo en lo que ha hecho, lo bueno y lo malo lo son inmutablemente. De esta manera Pufendorf rechaza el objetivismo extremo de Vázquez, pero también rechaza el voluntarismo extremo de Ockham, situándose en una posición ecléctica.¹⁵⁶

Este autor coincide con Hugo Groccio en el sentido en que el hombre es un ser social; pero, a pesar de que se ama a sí mismo aún en el estado de naturaleza, necesita de la compañía de los demás debido a su debilidad y desamparo. De modo que para Pufendorf la base del derecho natural es el principio de la sociabilidad que ordena a las personas buscar la realización de sus propios intereses, sin causar daño a la vida social. Y aunque esta autor delimita el campo de acción del derecho natural a la vida terrenal funda la obligatoriedad de dicho

¹⁵⁶ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 282 y 283.

derecho en la Divina Providencia. Así, la norma suprema es la que dice que cada ser humano debe, en cuanto dependa de él, mantener y cuidar las relaciones sociales. De modo que todas las personas deben hacer todo lo que tienda a fortalecer y estimular la vida social y evitar todo lo que pueda dañarla. De ahí que Pufendorf deduzca los siguientes principios:

- No dañar a los demás.
- Honrarlos y tratarlos como iguales y como personas humanas.
- Ayudar a los demás en todo lo que esté al alcance de cada uno.
- Cumplir con los compromisos contraídos.

Dos son los pacto fundamentales, según este autor, para mantener la sociedad y garantizar la aplicación del derecho natural y del civil: uno, por el que las personas abandonan el estado de libertad natural y entran a una comunidad establecida para garantizar su mutua seguridad; y el segundo, por el que el gobernante se obliga a cuidar de esta seguridad, y los ciudadanos a someter sus voluntades a la autoridad de dicho gobernante en lo que esta haga para mantener dicha seguridad.¹⁵⁷

4.2.2 El pensamiento de Christian Thomasius.

Christian Thomasius fue un filósofo, jurisconsulto y periodista

¹⁵⁷ Donrantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, páginas 105 y 106.

alemán que nació en Leipzig en el año de 1655.

Por lo que respecta a este gran jurista y filósofo tenemos que el punto clave de su pensamiento es la distinción y separación entre moral y derecho o más exactamente la distinción entre tres esferas de actuación del hombre: la moral, el derecho y los usos sociales. Para este autor se trata de tres esferas distintas y separadas que él denomina como lo honesto (la moral), lo justo (el derecho) y lo socialmente decoroso o conveniente (los usos sociales). A su vez, lo propio del derecho se determina, según Thomasius, por tres rasgos: la coacción, la exterioridad y la alteridad. El derecho se refiere siempre a dos o más sujetos (alteridad), se limitan los actos extremos y conlleva la coacción. En cambio, la moral se refiere a la interioridad del hombre, se ordena a su propia perfección y no es coactiva, pues pertenece al fuero interno y éste no puede ser objeto de coacción. Por su parte, lo decoroso o socialmente conveniente se refiere a las relaciones de alteridad, y éste es un rasgo que tiene en común con el derecho, pero se distingue en que no se refiere a obligaciones de justicia y, por lo tanto no es coactivo. Así el derecho se caracteriza por la coacción. Ahora bien, Thomasius distingue las leyes en sentido amplio y las leyes en sentido estricto. Las primeras abarcan todo tipo de normas, incluso aquellas que son consejos por carecer de imperio, es decir, por carecer de la coactividad; las leyes en sentido estricto son aquellas que precisamente tienen el rasgo de coactividad y, por tanto, son imperativas en sentido estricto. Sólo estas últimas son leyes jurídicas en estricto sentido. Hecha esta distinción, este autor sostiene que la

ley natural y divina carece de coacción por lo cual más que ley es consejo y con esto hace una reducción del derecho humano a puro derecho positivo. Si bien el derecho natural regula lo justo y en tal sentido cabe llamarlo derecho, le falta la coacción para ser totalmente derecho.¹⁵⁸

Para este autor, las relaciones jurídicas suponen un poder coactivo que las imponga y puesto que a la ley natural le falta precisamente eso, ésta constituye más bien un consejo que un mandato.

Según Thomasius, el derecho natural enseña que se debe vivir honesta, decorosa y justicieramente: con honestidad a fin de conservar la paz interior; en forma decorosa, para que las otras personas nos ayuden, y con justicia, para no provocar a los demás ni perturbar la paz externa. En sentido interno el derecho natural está integrado solamente por lo justo. A estas tres formas de obrar corresponden tres ciencias: la ética, la política y la jurisprudencia, que tienen como único fin la felicidad. El precepto fundamental de la ética es: hazte a ti mismo lo que quisieran que los demás se hicieran a sí mismos; el de la política es: haz a los demás lo que quisieras que los demás te hicieran a ti, y el de la jurisprudencia es: no hagas a los demás lo que no quisieran que te hicieran a ti.¹⁵⁹

¹⁵⁸ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 284 y 285.

¹⁵⁹ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, página 109.

Uno de los principales méritos de Christian Thomasius fue, como ya se dijo, el de haber establecido una distinción entre el derecho y la moral: el primero regula las relaciones del sujeto con los demás, la segunda se refiere exclusivamente a la conciencia del mismo sujeto. El primero tiende a procurar la paz externa; la segunda la paz interna. Al derecho sólo le concierne la exterioridad de las acciones tratando de impedir de los conflictos de la convivencia ya que los deberes jurídicos se pueden hacer vales por medio de la fuerza, son coercibles. En cambio, los deberes morales se refieren solamente a la intención de las personas y no pueden hacerse valer por medio de la fuerza, son incoercibles, porque nadie puede usar la violencia en contra de sí mismo. Consecuentemente, el estado, que es el órgano del derecho, no puede penetrar ni imponer creencia alguna. Para Thomasius, los deberes jurídicos son perfectos por ser coercibles en tanto que los deberes morales son imperfectos por ser incoercibles.¹⁶⁰

4.2.3 El pensamiento de Christian Wolf.

Christian Wolf, también conocido como Christian Freiherr Von Wolf, nació en Breslau, Silesia en el año de 1679.

Este filósofo alemán tuvo una gran influencia en los presupuestos racionalistas de Emanuel Kant y como ya se dijo fue el tercero de los principales maestros de la escuela moderna del derecho

¹⁶⁰ *Idem*, páginas 109 y 110.

natural racionalista.

Este autor, reacciona frente al voluntarismo de Thomasius. Su reacción es en sentido intelectualista, pues afirma la primacía de la razón sobre la voluntad y por lo mismo se inclina por la radical autonomía del derecho natural: la ley natural tiene su razón suficiente en la misma esencia del hombre y de las cosas de modo que existiría igualmente aunque Dios no existiese, pero como Dios existe, el autor de la ley natural es ciertamente Dios. El derecho natural no es para Wolff la ley natural en sentido propio, sino el derecho subjetivo natural, de donde resulta que el sistema de derecho natural es el sistema de los derechos naturales del hombre. Sin embargo, para Christian Wolff el factor fundamental en el que se asienta el derecho es la obligación, que es el verdadero pilar de su sistema de derecho natural: el derecho nace de la obligación de manera que si no hubiese obligación no habría derecho. Así, partiendo de esta concepción del derecho Wolff distingue varias categorías de derechos a la par con las diversas categorías de obligaciones, a saber:

1. Los derechos originarios o innatos, que provienen de las obligaciones naturales y cuyo origen reside en la misma esencia del hombre.
2. Los derechos derivados, nacidos éstos de las obligaciones que derivan de las obligaciones naturales.

Habiendo enlazado, así, los derechos a las obligaciones,

traslada a los primeros las características de las segundas. Los derechos naturales del hombre al igual que sus obligaciones naturales son: universales, absolutos, innatos, inmutables y coercibles. De esta forma, la meta racionalista de construir un sistema de derecho natural rigurosamente elaborado alcanzó su mayor auge.¹⁶¹

Para este autor el derecho es una simple ley permisiva y la moral es una ley preceptiva, el primero se compone de facultades en tanto que la segunda se compone de deberes. Wolf no admitió la existencia de auténticos deberes jurídicos sino sólo de obligaciones morales, pues el derecho no puede ordenar nada contrario a la moral. Wolf tomó como base de su sistema la naturaleza total del ser humano, tanto corporal como espiritual. Para él, esta naturaleza humana está determinada por el fin al que están dirigidas las acciones de los seres humanos: su perfeccionamiento. De donde se sigue que el principio supremo de la ley natural, es válido tanto para el derecho como para la moral y prescribe a las personas realizar lo que contribuya a su perfeccionamiento y evitar lo que sea susceptible de estorbarlo o de dañarlo. Pero para realizar este fin, las personas necesitan la unión de sus fuerzas y el intercambio de prestaciones. De esto se deduce que no sólo existen deberes de la persona para con Dios y para consigo misma, sino también para con sus semejantes; es decir, el ser humano no sólo está obligado a procurar su propio perfeccionamiento, sino también a contribuir al de los demás. Pero, el deber del propio

¹⁶¹ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 286 y 287.

perfeccionamiento prepondera sobre el perfeccionamiento de las otras personas las cuales tiene derecho a que se les preste ayuda, pero sólo en la medida en que es necesario y a cada persona corresponde decidir sobre esta medida en que puede proporcionar ayuda. Pero esa obligación de prestar ayuda es imperfecta, y el derecho de exigir su cumplimiento también lo es. En cambio, las obligaciones de no hacer son perfectas porque están determinadas en forma precisa y su cumplimiento no puede depender de la decisión del obligado. Los derechos correspondientes a estos deberes son también perfectos: sus titulares pueden oponerse a que se ejecute la acción prohibida. Sin embargo, un derecho imperfecto puede transformarse en perfecto siempre que en un contrato se determine la cuantía de la prestación.¹⁶²

Para Wolf la esencia de la naturaleza humana es universal e inmutable y, por tanto, la ley natural también es universal e inmutable. Mediante esta ley Dios nos ordena, ante todo, conformar nuestras acciones a ella, pero como la misma se limita a señalar el fin al que debemos dirigir nuestras acciones resulta que necesariamente nos concede un derecho a los medios atinentes para alcanzarlo, pues no es posible la consecución de in fin sin valerse de los medios adecuados para ello. Con base en esto Wolf sostiene que partiendo del principio fundamental que ordena promover y fomentar el propio perfeccionamiento y el de las otras personas es posible deducir, uniendo las distintas conclusiones, todas las normas del derecho natural. De la igualdad natural de los seres humanos Wolf desprende

¹⁶² Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, página 110.

los derechos innatos de éstos: la libertad natural, el derecho a la seguridad y el de legítima defensa; sin embargo, admite la posibilidad de establecer ciertas desigualdades por contrato, sin que se pudiera llegar a la supresión del deber de solidaridad hacia las demás personas. El deber natural de evitar actos injustos deduce que la paz es una situación conforme a la naturaleza, la guerra en consecuencia la contradice. Por tanto, sólo el lícito el uso de la fuerza para conservar el derecho o para defenderse de un injusticia, y sólo es causa justa de la guerra la injusticia consumada o bien la que esté por consumarse.¹⁶³

Al igual que sus antecesores, Christian Wolf fundó el estado sobre un contrato en virtud del cual las personas se obligan, de acuerdo con lo pactado y en la medida de sus posibilidades, a fomentar el bien a la comunidad y a no hacer nada que se oponga al bienestar de ella. Pero, en Wolf la ley natural es obligatoria no sólo para los súbditos, sino también para el que hace la ley: el legislador. De modo que cuando el gobernante ordena algo contrario a la ley natural nadie está obligado a obedecerlo e incluso es admisible un derecho a la resistencia activa.¹⁶⁴

Otros dos grandes pensadores de este siglo que también hablaron sobre el derecho natural fueron Montesquieu y Juan Jacobo Rousseau.

¹⁶³ Idem, páginas 110 y 111.

¹⁶⁴ Idem, página 111.

4.2.4 El pensamiento de Montesquieu.

Charles Louis de Secondat, conde de la Brede y de Montesquieu, gran pensador francés que nace en el año de 1689 y muere en 1755. Casi en la mitad del siglo XVIII se publica en Ginebra su obra “Del Espíritu de las Leyes”. La obra es una suma de filosofía jurídica y política que se sostiene en la razón y en el método experimental.

Para Montesquieu la ley, en su significación más extensa no es más que la relación necesaria derivada de la naturaleza de las cosas “y en este sentido, todos los seres tienen sus leyes: la divinidad tiene sus leyes, el mundo material tiene sus leyes, las inteligencias superiores al hombre tienen sus leyes, los animales tienen sus leyes, el hombre tiene sus leyes.”¹⁶⁵

Pareciese que Montesquieu se encaminara por un sendero del iusnaturalismo, pero no; más bien se enmarca en un positivismo pues al analizar la ley lo hace desde el punto de vista de lo que es y no de lo que debe ser, y al afirmar que la ley es la relación necesaria que deriva de la naturaleza de las cosas deja en claro que lo que a él le importa es el hecho real y no el ideal.

Para este filósofo del derecho el espíritu de la ley está en el

¹⁶⁵ Montesquieu, Charles. *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Porrúa, Decimoquinta Edición, México, 2003, página 3.

sustrato histórico, constituido por una multiplicidad de factores, que determinan la organización político-social, y por ello jurídica, de los diferentes pueblos, en las distintas situaciones históricas. El espíritu de la ley responde a influencias complejas: geográficas, climáticas, sociológicas, económicas y religiosas, que son los elementos que dan lugar a esa relación natural entre las cosas por su misma naturaleza, y el legislador lo que tiene que hacer es guiarse por la razón para que a través de ella llegue hasta esa relación natural entre las cosas. Así la ley en general es la razón humana en cuanto gobierna a todos los pueblos de la tierra, y las leyes políticas y civiles, de todas las naciones no deben ser sino casos particulares en los que se aplica esta razón humana, lo que viene a significar que la ley positiva debe estar dictada conforme a la razón.¹⁶⁶

No obstante que se puede considerar a Montesquieu como positivista, no hay que perder de vista que fue el perfeccionador y divulgador de la denominada teoría de la separación de poderes, que más bien es una teoría de los frenos y contrapesos, por virtud de la cual se establecía que el Estado no podía ejercer su poder arbitrariamente y para lograr esto, es decir, para que no se pueda abusar del poder es necesario que, por la disposición de las cosas mismas, el poder frene al poder.¹⁶⁷

Por lo que se puede decir que con Montesquieu se da una

¹⁶⁶ Fasso, Guido. Op. Cit., páginas 199 y 200.

¹⁶⁷ Idem, página 201.

especie de *iuspositivismo* racionalista, aunque con una base natural, pues dice que las leyes son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas.

Tampoco hay que olvidar que después de la guerra de independencia de los Estados Unidos de América de 1776 y de la Revolución Francesa de 1789 esta teoría de los frenos y contrapesos fue adoptada por muchas naciones que obtuvieron sus independencias, sobre todo en el continente americano.

4.2.5 El pensamiento de Juan Jacobo Rousseau.

Juan Jacobo Rousseau, filósofo francés nacido en Ginebra en el año de 1712. Muere en 1778. Sus obras, entre las que se destaca “El Contrato Social”, publicada en 1762 es de una gran influencia tanto en su época como en la época actual. Su tesis fundamental es la concepción de la naturaleza humana opuesta a la cultura objetiva. La cultura histórica ha ahogado la verdadera naturaleza humana la cual es fundamento de la auténtica moral y hay que buscarla no en la razón, sino en el sentimiento.

Rousseau parte de la tesis de que el ser humano es bueno por naturaleza y cuando en sociedad este ser humano se corrompe, para sacarlo de esa corrupción es necesario introducirlo a una sociedad civil organizada por las leyes.

La teoría de la ley de Juan Jacobo Rousseau está basada en un voluntarismo popular, es decir, en la voluntad del pueblo.

Pero, para este autor, a diferencia de Montesquieu, las leyes no son un asunto de razonabilidad y de justicia, sino que son condiciones mismas de la asociación civil: es el mismo pueblo sometido a las leyes quien debe ser el propio autor de las mismas, pues no corresponde regular las condiciones de la sociedad sino a los que se asocian.¹⁶⁸

Para Rousseau, no hay un derecho natural pues el derecho nace solamente de la convención entre las personas. El único derecho en sentido estricto es el derecho positivo, es decir, el creado por el pueblo a través del estado.

Para él, el derecho natural son los caracteres primigenios del alma humana, sus rasgos psicológicos básicos, y las dos leyes fundamentales de este derecho son aquellos rasgos que tienen su sede en la sensibilidad: el amor a sí mismo y el sentimiento de compasión o de piedad.¹⁶⁹

Es en su obra “El Contrato Social” donde sostiene una concepción positivista del derecho pues atribuye a la voluntad de las personas, plasmada en el contrato social del que surge el estado, que es origen absoluto de toda ley y de todo derecho, fuente a su vez de

¹⁶⁸ Basave Fernández del Valle, Agustín, *op. cit.*, página 172.

¹⁶⁹ López Hernández, José, *op. cit.*, página 363.

toda justicia. Se dice que su visión es *iuspositivista* porque además no exige que el derecho positivo deba basarse o inspirarse en ningún tipo de derecho natural.¹⁷⁰

Lo que es natural es el ser humano no las leyes; sin embargo, éstas, las leyes, se nutren de los elementos naturales del ser humano, de ahí la posible contradicción de la que pudiera ser acusado. Lo cierto es que desde el inicio de su “Contrato Social” expresa una concepción positivista del derecho junto con ciertas referencias a un fondo natural que subyace en las personas y que constituye un criterio para la valoración de la normatividad jurídica.¹⁷¹

Rousseau se remonta a una primera convención o pacto social como fundamento fáctico del estado. Esto es un hecho para él, pues más bien los hombres ya no pueden vivir en un estado natural y se ven forzados a asociarse, por tanto, el gobierno y las leyes nacen siempre de la convención y no de la naturaleza.¹⁷²

Así, con este surgimiento del estado se pasa de lo natural a lo social, es decir, del estado de naturaleza al estado civil, cuestión que va a tener un alto impacto en la concepción de las formaciones políticas y sociales posteriores no solamente a Rousseau, sino a todos los pensadores que hemos analizado en este capítulo. Pero sobre todo con Rousseau se va a pasar a la concepción de las personas

¹⁷⁰ *Idem*, página 365.

¹⁷¹ *Idem*, página 366.

¹⁷² *Idem*, página 368.

libres e iguales ante la ley.

Rousseau viene a representar el punto final de las doctrinas del derecho natural. A decir de algunos autores Rousseau anula el derecho natural, reduciéndolo a rasgos psicológicos del alma humana, rompiendo así el puente que el pensamiento moderno había trazado entre la naturaleza humana y la sociedad política.

En este siglo XVIII, también se dieron varios discípulos y comentaristas de la escuela moderna del derecho natural, por ejemplo hubo muchos seguidores y comentaristas de Hugo Grocio, pero también hubo algunos pensadores independientes que igualmente trataron cuestiones sobre el derecho natural. Como no es el caso analizar a los discípulos y comentaristas de la escuela moderna del derecho natural nos avocaremos de manera breve a los autores independientes.

Iniciaremos con Leibniz quien fue un filósofo de primera línea de pensamiento original.

4.2.6 El pensamiento de Gottfried Whilhem Leibniz.

Leibniz fue un filósofo y jurista alemán que nació en Leipzig, Alemania en 1646 y muere en 1716.

Este autor, admite el derecho natural. Su pensamiento se acerca

un tanto a los planteamientos de los *iusnaturalistas* clásicos: el derecho natural de Leibniz es sobre todo moral: la justicia es la caridad del sabio y también la virtud de hacer lo bueno.¹⁷³

La moral es el punto central para este autor.

4.2.7 El pensamiento de David Hume.

David Hume, fue un filósofo e historiador escocés que nació en Edimburgo, Escocia en 1711 y muere en 1776.

Hume no critica el derecho natural, simplemente lo ignora, pero con ello mina sus fundamentos. El resultado es la negación de los tres pilares en los que se basaba la última formulación del derecho natural:

1) Toda justicia, aunque la llamemos natural por que nace de la propia naturaleza humana, tiene su origen en convenciones históricas de las cuales nacen las leyes que constituyen el derecho positivo, y éste a su vez es el único criterio de la justicia.

2) Todos los hombres viven siempre en algún tipo de sociedad, por lo tanto no existe ni ha existido nunca un estado de naturaleza, por lo tanto, el estado de naturaleza es una ficción inútil porque no sirve para explicar la realidad humana la cual existe sólo y únicamente en el

¹⁷³ *Idem.*, página 293.

marco de una sociedad.

3) Las sociedades políticas y los gobiernos se establecen a causas de intereses concretos desarrollados históricamente y no por causa de un acuerdo previo o contrato original.

Así, a partir de Hume se abre una disyuntiva de dos caminos para la filosofía jurídica:

1) Continuar elaborando, con un método apriorístico, los fundamentos ideales y las reglas morales que sirvan de criterio y guía para la creación y aplicación del derecho.

2) O bien, con una metodología lógica y empírica, crear una ciencia general del derecho positivo, cuyo objeto sea conocer la naturaleza, estructura y funciones de los sistemas jurídicos contemporáneos.

La primera vía, ya iniciada por Juan Jacobo Rousseau, es la seguida por el filósofo alemán Kant y sus epígonos. La segunda vía, cuyo primer fruto es el positivismo jurídico, es la que continúan de inmediato los discípulos de David Hume, como Jeremías Bentham.¹⁷⁴

Conforme a sus premisas gnoseológicas de Hume, éste no reconoce a la razón abstracta la capacidad para formular reglas de las

¹⁷⁴ López Hernández, José, *op. cit.*, página 389.

acciones y proporcionar el criterio del bien y del mal; incluso, cuando es la razón la que dirige la voluntad, lo que determina la tendencia o aversión hacia un objeto es la perspectiva de un placer o de una pena determinadas. De ahí, que la razón y el juicio no son nunca motivos esenciales de la virtud o del vicio y no pueden determinar cualidades morales. Por consiguiente, el criterio de los juicios morales no puede ser otro que el sentido moral resultante de los sentimientos agradables o dolorosos suscitados en el hombre por la virtud y por el vicio, respectivamente. Hume distingue dos tipos de virtudes: las naturales y las artificiales; las primeras, causadas por pasiones y sentimientos, las segundas originadas por convenciones establecidas por los hombres para poner remedio a las dificultades que se oponen a la consecución de mejores condiciones de vida. Entre estas últimas se encuentra la justicia, que es un artificio que deriva de la necesidad de superar inconvenientes provocados por la intervención del egoísmo y de la limitada generosidad del ser humano aunado a la escasez de bienes frente a las necesidades y deseos humanos. Por esto, las reglas de la equidad o la justicia dependen por completo del estado o condiciones particulares en las que se encuentran las personas, y deben su origen y existencia a la utilidad.¹⁷⁵

De esta forma, vemos que Hume adopta una concepción utilitarista de la justicia y del derecho coincidiendo aquí con Thomas Hobbes, sin embargo, Hume no acepta la teoría del originario estado de naturaleza sostenido por Hobbes. Para Hume, el estado de

¹⁷⁵ Fasso, Guido, *op. cit.*, página 216.

naturaleza es una ficción filosófica, pues las personas nacen necesariamente en una familia y son educados por sus progenitores en alguna regla de conducta. Así, cuando Hume habla de leyes de naturaleza no usa el término en el mismo sentido que posee en el *iusnaturalismo* racionalista de su época, en cuanto a normas o derechos subjetivos de validez absoluta dada su necesidad racional, atribuyéndole un carácter de necesidad universal, sino en la universalidad de su empírica utilidad social, ya que de su estricta observancia depende en todo la paz y la seguridad de la sociedad humana. Sin embargo, como las personas persiguen lo útil más próximo e inmediato en perjuicio de lo mayor pero más lejano y por ello tienden, en ocasiones, a no observar las normas de justicia, se hace necesario tomar la observancia de la justicia en interés directo de algunas personas y hacer que éstas tiendan no sólo a observar las reglas en ellos mismos, sino también obligar a los demás a un comportamiento semejante, y a imponer los dictados de la equidad en toda la sociedad. De esta forma, nace el Estado o como lo llamaba Hume: el gobierno. Incluso nace con su forma coactiva. Dejando en claro que no es por un empeño o por una promesa que surge el vínculo de obediencia de los ciudadanos al gobierno, sino de la necesidad de que las leyes naturales se hagan observar de manera efectiva para que la sociedad pueda subsistir. La tesis de que el estado se funda sobre un pacto voluntario no está justificada por la historia ni por la experiencia en ninguna época y en ningún país del mundo.¹⁷⁶

¹⁷⁶ *Idem*, páginas 216 y 217.

De los autores citados en líneas anteriores, es menester analizar el pensamiento de Emmanuel Kant, filósofo alemán brillante, nacido en Koenigsber en el año de 1724, y que aunque sus mayores aportaciones fueron a la filosofía y la teoría del conocimiento, también analizó el campo del derecho natural, por lo que nos avocaremos al estudio del pensamiento de este autor en dicho campo y luego pasaremos a contemplar las ideas de Hegel, también en el campo de la filosofía y del derecho natural, para después continuar con los autores del siguiente siglo.

4.2.8 El pensamiento de Emanuel Kant.

Emanuel Kant fue un filósofo que nació en Koenisberg, Prusia en el año de 1724. Es el primero y más importante representante del criticismo y precursor del idealismo alemán y está considerado como uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y de la filosofía universal.

Hasta antes de Kant el centro de la moral lo era el bien, de modo que una acción era considerada buena o mala según estuviera ordenada o no al bien. Esto suponía que el criterio de la acción estaba fuera del sujeto o, al menos, fuera de la conciencia de éste. Pero, según Kant de lo que se trataba era de encontrar un criterio dentro del propio sujeto y que además era *apriori*, es decir, independiente de toda experiencia. Este criterio era el deber. Por eso, la moral kantiana

no era una moral del bien, sino una moral del deber. Según Kant, no es posible fundar la moralidad de un acto sobre su objeto, sino en la intención que lo anima. Así, la forma *apriori* del obrar humano para Kant es el sentido de la obligación: el deber es lo propio y original de la razón práctica y de la conciencia, no tomado de la experiencia. En consecuencia la moralidad reside en el motivo de la acción: una acción humana será moral cuando se mueva sólo por la obligación o el deber. A este imperativo del deber lo llamó imperativo categórico. Para Kant el deber u obligación es una ley que proviene *apriori* de la razón, no proviene, por lo tanto de un legislador, ni siquiera de Dios, sino autónomamente de la razón y se impone por sí misma a todo ser racional. A esta regla subjetiva de la acción Kant la llama máxima. Así, estas máximas son las reglas que dicta la razón práctica a cada sujeto. Ahora bien, señala dicho autor, lo propio de la razón es lo universal, por lo tanto la primera ley del obrar moral será: obra siempre según una máxima que puedas erigir en ley universal. De esta fórmula Kant deduce otras tres:

1. Obra siempre como si la máxima de tu acción tuviera que ser erigida en ley universal de la naturaleza.
2. Obra siempre de tal manera que trates lo humane, en ti o en otro, como un fin y jamás como un medio.
3. Obra siempre como si tú fueras al mismo tiempo legislador y súbdito en la República de las voluntades libres y racionales.

En la primera regla, queda claro que para Kant la naturaleza la constituyen las leyes de la razón.

En la segunda regla, la fórmula significa que la persona debe someter su acción a la razón, ya que es la razón la que hace humana a la persona.

En la tercera regla, aparece con la mayor claridad el carácter autónomo de la moral kantiana: el deber no se impone por la fuerza de un legislador, sino que surge autónomamente de la razón, pues someterse a una ley heterónima sería incompatible con la dignidad humana, porque las personas son libres y la libertad consiste en no estar determinado por causas exteriores, sino determinando uno mismo la ley de su propia acción.¹⁷⁷

Es claro que para Kant aquella norma que convierte una acción en deber y que además hace de este deber el motivo del obrar es una norma moral. En cambio, una norma que consiente otro motivo de obrar distinto de la idea misma del deber es una norma jurídica. De esta forma, Kant define la legalidad y la diferencia con la ilegalidad de una acción como la mera coincidencia o no de la acción con la ley; en cambio, llama moralidad de la acción a la coincidencia o conformidad entre el móvil del obrar y la idea de deber impuesto por la ley. De aquí que el derecho sea norma heterónoma, es decir, norma exterior al

¹⁷⁷ Hervada, Javier, *op. cit.*, páginas 302 y 303.

sujeto, que impone deberes exteriores, deberes cuya razón de deber le viene al sujeto del exterior. Tales deberes versan necesariamente sobre acciones externas. Por el contrario, la moral aunque prescriba acciones externas, es siempre ley interna, norma autónoma del sujeto, por cuanto el motivo del obrar es necesariamente interno. De esta forma establece Kant la distinción entre moral y derecho: la moral es el reino de las leyes internas, que no son coactivas, y el derecho es el reino de las leyes externas, que sí son coactivas.¹⁷⁸

De esta forma, Kant llega a la distinción de las leyes externas las cuales las separa en dos tipos de leyes:

1. Aquellas cuya vinculación puede ser conocida *apriori* por la razón, incluso sin legislación externa, mismas que se llaman leyes naturales.
2. Aquellas que no vinculan sin una legislación externa real que se llaman leyes positivas.

Así, Kant llega a una división general de los derechos y establece que el derecho se divide en derecho natural mismo que descansa en principios a priori y derecho positivo o estatutario que procede de la voluntad del legislador.¹⁷⁹

¹⁷⁸ *Idem*, páginas 304 y 305.

¹⁷⁹ *Idem*, página 309.

La reflexión de Kant mediante la cual llega a la división del derecho en derecho natural y derecho positivo es interesantísima pues su concepción del derecho natural es distinta a la concepción de los filósofos griegos ya que para Kant las leyes naturales son conocidas *apriori*.

Kant reemplaza el derecho natural clásico y moderno por un derecho puramente racional. El derecho del hombre en el estado de naturaleza es provisional y, por tanto, inoperante, hasta que el derecho público no le confiera garantía. Y ambos juntos, derecho privado y derecho público, como exigencias de la razón, no serán efectivos hasta que no exista realmente un estado y un derecho positivo. Se puede decir que no es el derecho positivo (legalidad) el que se rige por el derecho natural (legitimidad), sino que es el derecho natural el que se constituye en derecho efectivo gracias al derecho positivo. No es la idea del derecho la que constituye el orden jurídico, sino el orden jurídico el que realiza la idea del derecho. Por tanto, podemos afirmar que el derecho sólo existe por la ley.¹⁸⁰

Pero en todo esto, para Kant, el punto decisivo será el concepto de libertad entendida ésta como la independencia del arbitrio compulsivo de otra persona siempre que se concilie con la libertad de los demás, según una ley general, es éste el único derecho originario el cual corresponde a todo ser humano por virtud de su propia

¹⁸⁰ López Hernández, José, *op. cit.*, página 422.

humanidad.¹⁸¹

Por ello, para Kant el derecho lo definía como la normatividad para la coexistencia de las libertades.

4.2.9 El pensamiento de Johann Gottlieb Fichte.

Fichte fue un filósofo alemán que nació en Rammenau en el año de 1762 y muere en 1814. Fue un pensador de gran importancia en la historia del pensamiento filosófico occidental considerado como uno de los padres del idealismo alemán.

Fichte al igual que Emanuel Kant consideraba al derecho como un medio para la coexistencia de la libertad de una pluralidad de personas. Para este filósofo sólo era posible la libertad si toda persona libre reconoce una libertad análoga de parte de otras personas. Nadie puede pretender una libertad sino está dispuesto a concedérsela a los demás en forma análoga. Dicho de otra forma, cada persona tiene que ejercitar su libertad dentro de ciertos límites determinados por la libertad igual de cada una de las demás personas. Y para Fichte es principio no tenía nada que ver con la moral, pues toda persona puede pedir a cada uno de los demás que conformen sus actos al derecho, pero no puede imponerles una conducta moral. En pocas palabras, una persona puede exigir la juridicidad de los actos de su prójimo,

¹⁸¹ Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Debate, Segunda Edición,

pero no la moralidad de los actos de las otras personas.¹⁸²

La segregación del derecho del campo de la moralidad realizada por Fichte, al igual que por Thomasius y Kant, era inherente al desarrollo de la escuela clásica del derecho natural y una necesidad concomitante del sistema individualista y liberal imperante en esa época. Un orden social basado en la libertad individual tiene que apoyarse en el Derecho como único medio de coacción social, pues éste, es decir, el Derecho, es una delimitación de esferas individuales de libertad garantizadas por el gobierno. La idea del estado liberal es que las limitaciones de la libertad humana establecidas por el derecho constituyan las únicas limitaciones obligatorias de aquélla. Sólo aquellas reglas morales que se han convertido en parte de las leyes son susceptibles de imposición estricta. De esta forma el derecho puede definirse como un mínimo ético que consiste en aquellas reglas morales cuya imposición es indispensable para el mantenimiento del orden público.¹⁸³

4.2.10 El pensamiento de Jeremías Bentham.

Jeremías Bentham, filósofo inglés nacido en el año de 1748 y considerado el padre del utilitarismo social consistente en buscar la mayor felicidad para el mayor número de personas. Muere en Londres

Madrid, 1984, página 235.

¹⁸² Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 188 y 189.

¹⁸³ Idem, página 189.

el 6 de junio de 1832.

Para este autor, la felicidad se encuentra en el placer y su opuesto es el dolor, por tanto la ética y el derecho deben moverse bajo este supuesto y, por tanto, los actos humanos deben ser enjuiciados bajo este parámetro: la utilidad que posea, dependiendo, por tanto de que tanta felicidad produzca.

Para Bentham hay que llevar la mayor felicidad al mayor número de gentes.

4.3 El pensamiento sobre el derecho natural del siglo XIX.

Al ir corriendo el siglo XIX, empezó a predominar la idea de que la ciencia jurídica debía de ser un conocimiento puramente positivo y las teorías del derecho natural fueron cayendo en una crisis cada vez más aguda hasta llegar a un momento de proscripción casi general, sin llegar a desaparecer por completo ya que hubo algunos filósofos que continuaron analizando el pensamiento iusnaturalista, por ejemplo en Italia Doménico Romagnosi y Antonio Rosmini-Serbati y en Alemania Hegel, Carlos Marx, Federico Engels. Estos tres últimos pensadores citados, posteriormente, darían lugar a nuevas estructuras de pensamiento social, dando asimismo lugar a nuevas doctrinas jurídicas como la de los llamados derechos naturales de segunda generación: los derechos económicos y sociales.

Por eso es importante que a continuación analicemos las teorías jurídicas y sociales tanto de Hegel como de Carlos Marx y Federico Engel, no sin antes analizar el pensamiento de Doménico Romagnosi y de Antonio Rosmini, ya que sus posturas sobre el derecho natural resultan ser muy interesantes.

4.3.1 El pensamiento de Juan Doménico Romagnosi.

Doménico Romagnosi, sociólogo y empirista italiano nacido en Salsomaggiore, Italia en 1761 y a principios del siglo XIX, en 1820, publicó una de sus obras denominada Primer Cometido de la ciencia del derecho natural.

Este autor concibe a la sociedad como un organismo regido por leyes naturales, que constituyen un orden de necesidad al que de alguna forma corresponde en el campo de la moral el orden ético-jurídico, que de este modo aparece en consonancia con el primero y subordinado al mismo. En realidad Romanogsi toma del pensamiento iluminista, sobre todo de la tesis de los fisiócratas, el que las reglas de la acción humana deben estar en conformidad con el orden de la naturaleza, sin embargo, para este autor no es que la naturaleza determine necesariamente las acciones humanas, sino que el legislador debe, al dictar las normas de conducta de las personas, conformarlas al orden físico para poder de este modo reportar la

mayor ventaja para la sociedad.¹⁸⁴

Pero, como vemos, el concepto de derecho o ley jurídica es para este autor el de una norma técnica que tiene como presupuesto una ley natural, pero que no se encuentra determinadamente necesitada de ésta. La ley jurídica es en definitiva la transformación en imperativo de una proposición descriptiva, como puede ser la ley sociológica, que enuncia las presuntas relaciones causales de los comportamientos humanos, de modo que conocida esta ley y elegido como fin uno de dichos comportamientos, el legislador debe, si quiere conseguir dicho fin, prescribir aquellos que según la ley sociológica lo producen. Sobre este fundamento, Romanogsi define como justa la acción que está conforme con el orden de hecho en el sentido en que se encamina, según el conocimiento que tenemos de dicho orden, a conseguir un fin útil. Para él el derecho es un arte, es decir, una técnica para lograr un fin.¹⁸⁵

Para este autor, el perfecto orden moral de la razón absoluta es el conjunto de todas las circunstancias naturalmente demandadas por la naturaleza del ser libre, y de todos los objetos componentes de la naturaleza, con los cuales entra en comercio, para lograr por medio de las acciones libres efectivas y ciertamente un fin determinado. Dentro de este concepto de orden de la naturaleza, como presupuesto cognoscitivo de las reglas prácticas de las acciones humanas sitúa el

¹⁸⁴ Fasso, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho 3 Siglos XIX y XX*. Ediciones Pirámide, S. A., Madrid, 1998, página 89.

¹⁸⁵ *Idem*, página 90.

derecho natural el cual es el conocimiento sistemático de las reglas moderadas de los actos humanos derivadas de las relaciones reales necesarias de la naturaleza para conseguir lo mejor y evitar lo peor, lo cual es de razón necesaria, pero no de posición necesaria, por lo que por lo mismo se trata de un imperativo no absoluto, sino de un imperativo técnico: es ese gran arte de vivir de las personas y de las sociedades; es decir, lo que debe observarse para conseguir ese fin determinado que es el que es útil y bueno para una sociedad en un determinado momento histórico. De este fin, útil y bueno, dicho imperativo enuncia la necesaria razón de existencia, aunque no se pone como necesario para su logro sino en relación a determinadas circunstancias. Como imperativo, el derecho natural es una ley consecuente respecto al derecho natural como proposición descriptiva, pero no porque lo sea determinantemente como efecto de la causa, sino porque de dicho juicio cognoscitivo, que opera como ley antecedente, el ser humano deduce lo que debe hacerse y omitirse.¹⁸⁶

Pero, Romanogsi no tiene una concepción metafísica o extrahistórica del derecho natural. Es uno de los poquísimos que en el siglo XIX usó la expresión derecho natural para indicar una norma de conducta históricamente variable. Evidentemente debido a que aquella naturaleza de cuyas relaciones reales y necesarias debe ser deducido el derecho, es la naturaleza de la sociedad y, por lo tanto, de la historia. Por lo mismo, el derecho natural es para Romanogsi tan extenso, flexible y multiforme, como extensas, flexibles y multiformes

¹⁸⁶ *Idem*, páginas 90 y 91.

son las circunstancias necesarias que efectivamente influyen en el destino de las personas. Pero en la naturaleza misma de la sociedad el ser humano encuentra no las causas de su acción, sino los fines de sus acciones. Así, las reglas de su acción constituyen precisamente el derecho¹⁸⁷

Por lo que se refiere al derecho natural en sentido subjetivo, Romanogsi los reconoce en función del orden natural objetivo. Para él el derecho natural como facultad es una potestad del ser humano tanto para poder obrar sin obstáculos por parte de la norma de la ley de la naturaleza, cuanto para conseguir de los demás lo que se le debe en virtud de la ley misma. Romagonsi reconoce que el derecho subjetivo es fuerza, pero fuerza que actúa de conformidad con el orden.¹⁸⁸

Para Romanogsi, tanto el derecho natural como el derecho Positivo están siempre dirigidos a un fin concreto: lo útil, el interés. Pero lo útil y el interés no sin, sin embargo, los egoístas del individuo pues la constitución esencial de la razón de la sociedad reclama que el interés personal se identifique con el interés social. Definitivamente, el fin del ser humano y, por ende, el fin del derecho, que constituye el instrumento para el logro de los fines de la persona, es la civilización, es el estado de sociedad civil.¹⁸⁹

¹⁸⁷ *Idem*, pagina 91.

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ *Idem*, página 92.

4.3.2 El pensamiento de Antonio Rosmini-Serbati.

Antonio Rosmini, sacerdote católico de una fe vivísima, nacido en Rovereto, Italia, en 1797. Entre otras obras escribió “El Tratado de la Conciencia Moral” en 1839 y el de “La Natural Constitución de la Sociedad Civil”.

Rosmini contempla al derecho en su aspecto subjetivo y lo define como una facultad de obrar en lo que place, protegida por la ley moral que nos manda respetar a los demás, ya que es la ley moral la que al mismo tiempo permite a una persona la libertad para obrar y prohíbe a los demás obstaculizar aquella operación. La referencia a la ley moral, es decir, a un principio ético, se clarifica con la afirmación de que el Derecho supone primeramente a una persona, un autor de sus propias acciones, y puesto que puede decirse que un ser es autor de sus acciones, es necesario que él sea quien las haga. Ese ser es una persona.¹⁹⁰

Este concepto de persona es fundamental para el pensamiento ético y jurídico de rosmíniano. La persona reviste un valor ético sin por esto dejar de ser individualidad. El valor moral de la persona implica que los demás sujetos tengan, al mismo tiempo, el deber moral de respetarla. Según Rosmini es aquí precisamente donde nace el derecho. Su esencia es el deber moral de respetar a los demás sujetos en tanto que son personas. El derecho que éstas poseen

existe en tanto que ls demás tienen el deber de respetarlas. Queda así trastocada la perspectiva del siglo XVIII, según la cual se pretendía derivar los deberes de los derechos, más bien que los derechos de los deberes, doctrina funesta de egoísmo inhumano. Así, el derecho se reconduce a la moral y la obligación jurídica es el mismo deber moral que obliga a una persona a dejar intacta y libre cualquier actividad propia de otra persona. Y no puede ser objeto del derecho más que lo que sea moralmente lícito y aunque reconoce que el derecho subjetivo no puede dejar de tener como fin un bien de carácter utilitario niega que sea derecho hacer cosas que sean moralmente malas, criticando fuertemente a Kant por haber separado a la moral del derecho.¹⁹¹

Para él el derecho natural es el derecho natural subjetivo. La razón de ser del derecho reside en el valor del titular del mismo en cuanto persona y en la actividad que como tal realiza y no en el bien al que esta actividad se dirige. Los derechos y correlativamente los deberes jurídicos están determinados por la propiedad, no entendiéndola a ésta en el sentido único de la facultad de disponer de una cosa, sino en el significado de todo lo que la persona tiene consigo conjuntamente como parte de sí misma o sea como suyo. Bajo esta premisa, la propiedad constituye una esfera en torno a la persona de la que la persona es el centro, en cuya esfera nadie puede entrar ni puede separar de esta persona lo que tiene unido, ya que esta separación ocasionaría dolor a la persona en cuestión; y todo

¹⁹⁰ *Idem*, página 95.

¹⁹¹ *Idem*, página 96.

dolor ocasionado a una persona, considerado en sí mismo, está prohibido por la ley moral como un mal. Para Rosmini, este principio de propiedad constituye el principio de derivación y determinación de los derechos, derecho que Rosmini define como racional más que como natural, puesto que deriva de la naturaleza considerada como razón y no de la naturaleza física y de esta forma él divide el derecho en derecho individual y en derecho social. El primero hace referencia a las personas que coexisten entre sí, pero en un estado de aislamiento en cuanto a sus intereses y a los medios de promoverlos; el segundo, se dirige a contemplar cómo se generan derechos nuevos a través de las sociedades en las que los individuos se integran y a examinar su naturaleza y conexión. Rosmini analiza sobre todo los derechos innatos a los que llama connaturales en el derecho individual. Uno de los derechos connaturales es el derecho de realizar todas las acciones lícitas y útiles que los demás no tengan razón para impedir las. Después, en el derecho social aparte de la regulación del derecho natural se da una regulación propia de cada sociedad, del que una parte es racional en el sentido de que puede deducirse del fin y de la naturaleza de la sociedad misma, y otra es convencional, es decir que nace del acuerdo de los socios.¹⁹²

4.3.3 George Wilhem Friederich Hegel.

Friederich Hegel, nació en Stuttgart en 1770, publicó

¹⁹² *Idem*, páginas 97 y 98.

fundamentalmente cuatro obras: “La Fenomenología del Espíritu”, “La Ciencia de la Lógica”, “La Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas” y “Los Principios de la Filosofía del Derecho”.

Ha sido considerado por la historia clásica de la filosofía como el representante cumbre del idealismo filosófico alemán del siglo XIX y como un revolucionario de la dialéctica y quien habría de tener un profundo impacto en el materialismo dialéctico y el materialismo histórico de Carlos Marx.

Hegel definió a la filosofía como la contemplación pensante de los objetos. Y sus objetos son: la verdad en su sentido más elevado, es decir, Dios, o también como la relación de lo finito con lo infinito, es decir, de la naturaleza y el hombre con Dios. En síntesis el objeto de la filosofía para Hegel es lo absoluto o la idea en su total universalidad. Hegel se preocupó sobre todo del tema de la religión, entendida ésta como la relación entre la vida finita del hombre y la vida infinita de Dios, relación que termina con la disolución y absorción de la primera en la segunda: de la finitud en la infinitud. Sobre esta base trata de construir un sistema unitario de todo el saber, superando así el dualismo kantiano de la razón teórica, limitada a la experiencia, y la razón práctica, ilimitada en su ámbito y presidida por la idea de libertad. Hegel unifica ambos territorios, concibiendo la razón como el conocimiento del hombre en sí mismo, como ser libre. Es decir, unifica ambas razones la teórica y la práctica, fundiendo en una unidad el conocimiento y la libertad. Así, Hegel pretende superar el empirismo

inglés que prescindía de las ideas metafísicas y el formalismo kantiano que vaciaba la filosofía de todo contenido empírico. Estas reflexiones culminan precisamente con la Fenomenología del Espíritu, obra en la que Hegel sienta las bases de su sistema filosófico. Hegel considera la fenomenología como la primera parte de su sistema. En este libro expone el recorrido de la conciencia a través de todas sus experiencias que la lleva a convertirse en autoconciencia, primero, y después en razón; la razón que es el nosotros o la conciencia colectiva de los hombres, se desarrolla en varios niveles: certeza, espíritu, religión y saber absoluto. De esta forma, tanto el sujeto que conoce como los objetos conocidos se van fundiendo en una unidad dialéctica que culmina en el concepto el cual es el elemento básico del pensamiento, pues es el pensamiento el atributo esencial y distintivo de las personas. En el concepto el sujeto pensante y el objeto pensado se identifican, por tanto el concepto es una realidad con vida propia. La evolución de los conceptos como realidades vivas constituye el objeto propio de la filosofía y es en este terreno donde se mueve toda la reflexión del sistema filosófico de Hegel.¹⁹³

Cuando el concepto empieza a evolucionar, es decir, a realizarse, entonces Hegel lo llama idea. Esto son, precisamente, las ideas: conceptos realizándose o pensamientos que se realizan. Ahora bien, lo real o lo que está realizándose está totalmente transido de racionalidad, pues como lo establece el principio de razón suficiente, nada sucede sin razón: todo lo que existe y ocurre es racional, tiene

¹⁹³ López Hernández, José, *op. cit.*, páginas 424 y 425.

una razón de ser, pues de lo contrario no existiría o no habría ocurrido. Por esto, Hegel afirma que lo que es racional es efectivamente real y lo que es efectivamente real es racional. Por ello, la tarea de la filosofía se limita a concebir lo que es, pues lo que es es la razón y aún más lo que es por ser racional y necesario es también lo que debe ser. Con esta lógica de pensamiento, Hegel unifica de nuevo los dos mundos que Kant había separado: el reino del ser y el del deber ser, el de la razón teórica y el de la razón práctica, el mundo físico y el mundo moral, todo ello basado en la identidad entre el ser y el pensar, entre lo real y lo racional.¹⁹⁴

Es desde esta unidad del sujeto y el objeto en el concepto y en la idea que no es más que el concepto realizándose donde Hegel contempla toda la realidad, es decir, lo absoluto. Hay que recordar que el sistema de Hegel se compone de tres grandes partes:

1. La lógica, que es la ciencia de la idea en sí y para sí.
2. La filosofía de la naturaleza, que es la ciencia de la idea en su ser - otro.
3. La filosofía del espíritu, que es la ciencia de la idea que regresa a sí desde su ser-otro.

En la lógica estudia la idea en sí misma, la idea pura o la idea en

¹⁹⁴ *Idem*, páginas 425 y 426.

el elemento abstracto del pensar, en este esquema aparece el ser, la esencia y el concepto.

En la filosofía de la naturaleza estudia la naturaleza, que es la idea en la forma del ser-otro, aparecen así la materia (mecánica), la individualidad natural (física) y la subjetividad (física orgánica).

En la filosofía del espíritu expone las tres manifestaciones de éste: el espíritu subjetivo, que se refiere a sí mismo; el espíritu objetivo, que es la realidad como producto espiritual; y el espíritu absoluto, que es la unidad de los dos anteriores. Los dos primero son finitos, el último es infinito y autopoietico, es decir, se está produciendo así mismo eternamente.¹⁹⁵

Es precisamente, en esta última parte, en la filosofía del espíritu en la que Hegel expone su filosofía del derecho. Hegel define el concepto de espíritu a partir de cuatro notas fundamentales:

1. El espíritu es la verdad de la naturaleza, pues la verdad es el producto de la razón que conoce lo ya dado y a su vez la naturaleza es el presupuesto del espíritu, es incluso anterior a éste y, por lo mismo, sólo puede ser conocida desde lo posterior, es decir, desde el espíritu.
2. El espíritu es la idea que ha alcanzado su ser para sí. Como tal

¹⁹⁵ *Idem*, páginas 426 y 427.

idea, el espíritu es el sujeto y el objeto de los conceptos, que son su materia con la que trabaja.

3. La esencia del espíritu es la libertad.
4. El espíritu es lo absoluto, siendo lo absoluto el concepto en su propio elemento, es la reflexión del pensamiento que recuerda y reelabora en su interior todo del mundo exterior que ha conocido a través de sus representaciones.

Para Hegel el espíritu se manifiesta en diversas realidades, que son:

1. En el plano subjetivo: el espíritu es concebido sucesivamente como alma (antropología), como conciencia (fenomenología) y como sujeto (psicología).
2. En el plano objetivo: donde el espíritu se transforma en derecho, moralidad y eticidad.
3. En el plano absoluto: aquí el espíritu se manifiesta como arte, religión y filosofía.

Por consiguiente, para Hegel, toda la filosofía del espíritu no es más que la exposición de lo que es el hombre, el ser racional finito, primero en su individualidad, segundo en su objetividad o relación con

los demás hombres y tercero en su creación de obras individuales o colectivas producidas por la humanidad a través de los individuos.¹⁹⁶

Ahora, para efectos de este trabajo es en el plano objetivo donde nos vamos a centrar pues éste abarca todo el ámbito de lo social o de las relaciones humanas que finalmente se plasman en instituciones o conjuntos normativos que regulan la conducta de las personas.

Este terreno, el del plano objetivo, es el más adecuado para el desarrollo de la concepción filosófica de Hegel, pues si la tarea de la filosofía es comprender la realidad, lo presente como racional, como se dijo en líneas anteriores, ello implica concebir las cosas y las sustancias como sujetos. Y es en el terreno social donde las sustancias son los individuos humanos que se encuentran en mutua relación y éstos son al mismo tiempo sujetos pensantes y actuantes. Precisamente, el ensayo de Hegel sobre el derecho natural representa el primer paso importante en esta dirección, pues aquí aparece por primera vez el concepto de eticidad el cual expresa de la manera más clara como una sustancia, un objeto puede ser al mismo tiempo un sujeto. Efectivamente, la eticidad, que representa la culminación del espíritu objetivo es la síntesis activa de todos los hechos y relaciones del mundo social. Por eso Hegel define la eticidad como la sustancia que se sabe libre y en la que el deber ser absoluto es igual a ser y concretando más, añade que su realidad efectiva es el espíritu de un pueblo. Por ello, Hegel siempre afirmaba que la absoluta totalidad

¹⁹⁶ *Idem*, páginas 427 y 428.

ética no es sino un pueblo que no es más que la unidad efectiva de los hombres en grupo, unidad que contiene tanto a esos hombres como las múltiples conexiones que se establecen entre ellos, desde la que tienen una base natural: geografía y clima; pasando por las determinaciones psicológicas de los individuos, hasta sus relaciones sociales, económicas, jurídicas, morales y políticas, junto con las normas e instituciones que las regulan. Esa totalidad ética que constituye cada uno de los pueblos que hay en la tierra es denominada eticidad absoluta. Así, cada pueblo constituye una individualidad y se relaciona con los otros pueblos de dos maneras: en forma de guerra o en forma de paz.¹⁹⁷

Desde este concepto de eticidad y de su concreción máxima en la forma de un pueblo abordará Hegel la superación de las doctrinas modernas del derecho natural.

El ensayo lo abre Hegel desde la consideración de que la ciencia del derecho natural es un saber filosófico y como tal forma parte de la filosofía. En realidad la denominación tradicional de derecho natural va a ser cambiada por una nueva denominación, vigente incluso hasta el día de hoy: Filosofía del Derecho. Sin embargo, Hegel piensa que muy a pesar de su carácter filosófico, la ciencia del derecho natural ha tomado un camino errado pues ha adoptado el método científico-positivo y abandonado el método filosófico. Así, su crítica a las últimas doctrinas del derecho natural constituye su punto de partida para la

¹⁹⁷ *Idem*, páginas 428 y 429.

restauración del derecho natural como auténtica filosofía del derecho.¹⁹⁸

Para Hegel, hay una clara distinción entre lo que es ciencia y lo que es filosofía. Para él, la tarea de las diversas ciencias es elaborar conceptos específicos de su propio ámbito de objetos; en cambio, la tarea de las diversas partes de la filosofía es elaborar la idea de su propia parcela de realidad. La ciencia produce verdades parciales obtenidas de la actividad del pensamiento sobre el material de la experiencia sensible. La filosofía hace suyas todas las verdades de la ciencia, pero le añade algo más: primero, el reconocimiento de que esas verdades son sólo una parte de la realidad efectiva; segundo, configura el sistema de la ciencia, construyendo y reformando continuamente el armazón total, descubriendo la conexión lógica entre las diversas verdades parciales, ordenándolas y conectándolas entre sí por medio de una necesidad lógica. Así esta distinción la aplica Hegel a la filosofía del derecho y a las ciencias jurídicas particulares. Por tanto, la filosofía del derecho ha de crear el sistema de la ciencia jurídica dotando de una unidad lógica y de una necesidad interna a los conceptos que ésta elabora. Siendo precisamente esto lo que para Hegel no han hecho las modernas doctrinas del derecho natural.¹⁹⁹

Hegel agrupa estas doctrinas en dos clases: las que utilizan el método empírico y las que utilizan el método formalista, pero ninguna

¹⁹⁸ *Idem*, página 430.

¹⁹⁹ *Idem*, páginas 430 y 431.

de ellas, señala Hegel, ha elaborado el concepto de derecho adecuado para dotar a los sistemas jurídicos positivos de la unidad lógica que éstos demandan. Así, la ciencia empírica del derecho natural, es decir, el empirismo en el cual se incluyen teorías de autores tales como Thomas Hobbes, John Locke, Juan Jacobo Rousseau, entre otros, se fija, obviamente, en las cosas y en los hechos jurídicos observables en la pura empiria o dicho de otro modo en la pura experiencia, y descubre ahí una multivariada enorme de tales hechos a los que les atribuye el carácter de principios jurídicos, leyes, fines, deberes, derechos, etc. Como el criterio para dotar de unidad científica a este material es sólo la propia experiencia, resulta que todos estos hechos tan variados tienen en sí mismos igual valor, y por tanto, unos no pueden prevalecer sobre los otros. Ninguno puede ser tomado como criterio universal que fundamente y unifique a los otros, con otra cosa, que además de esta variedad, los hechos están sometidos también a alguna movilidad y, así, unos sustituyen a otros y les suceden, según el cuadro que nos pinta la experiencia misma. Obviamente, la ciencia empírica el Derecho natural resuelve de manera arbitraria este problema de dotar de unidad a este material jurídico variado y cambiante. Efectivamente, como la observación empírica no puede distinguir entre lo accidental y lo necesario, lo que hace el empirismo es elegir un hecho al azar, el que en cada momento se le aparece como el más importante y lo eleva a principio para constituir sobre ese fundamento la unidad científica. En las teorías señaladas ese principio unificador ha sido la noción de estado de naturaleza, pero ni siquiera esta noción ha servido para unificar la

ciencia del derecho, pues cada autor ha concebido las determinaciones del estado de naturaleza de manera distinta. Así, para unos el ser humano es sociable, para otros no lo es en lo absoluto. Para algunos existe la justicia en dicho estado de naturaleza, para otros no hay en él ni justicia ni injusticia.²⁰⁰

La conclusión es que el propio principio racional que debería unificar la multivariada de fenómenos jurídicos varía constantemente. Como se puede ver, la noción del estado de naturaleza termina siendo un caos porque las diferentes descripciones que se hacen de él conducen a una total ausencia de necesidad interna. Hegel sostiene que a este método empirista, que actúa de manera irracional, pues toma arbitrariamente cualquier fenómeno empírico y lo convierte en principio racional y fundamento de todos los demás fenómenos, se la ha llamado no solamente teoría, sino incluso filosofía el derecho.²⁰¹

Para Hegel, la segunda manera de construir la ciencia del derecho natural ha sido el formalismo, en el cual se incluyen las teorías de Kant y de Fichte. Este método, según Hegel, incurre en el defecto contrario, aunque sus resultados vienen a ser los mismos: arbitrariedad e irracionalidad en la fijación de un concepto unitario del derecho. Si la ciencia empírica del derecho partía de las determinaciones finitas todas iguales y, para dar unidad a la realidad jurídica, tomaba al azar una determinación y la colocaba como

²⁰⁰ *Idem*, páginas 430 y 431.

²⁰¹ *Idem*, páginas 431 y 432.

fundamento racional de todo el sistema, ahora el formalismo parte de la infinitud pura, vacía de experiencia, y para dar unidad a ese vacío tiene que tomar al azar una determinación finita cualquiera, un dato empírico y ponerlo como fundamento de dicha vaciedad. Así, el papel unificador que la noción de estado de naturaleza jugaba en el empirismo, ahora la noción de coacción juega es mismo papel en el formalismo. De esta forma, la ciencia formalista del derecho natural no parte de una pluralidad de leyes, es decir, de cosas o de hechos jurídicos. La única ley que reconoce, que es además su punto de partida, es la voluntad pura, la cual no tiene determinaciones o materia ya que es pura forma. Pero como toda ley ha de tener por fuerza alguna materia, si no, no podría obligar a nada concreto, entonces cualquier material empírico vale para rellenar de contenido aquella ley universal. Hegel se refiere obviamente al imperativo categórico kantiano, que es la ley de la voluntad pura. Es así como se da en el formalismo una oposición entre la autoconciencia pura y la conciencia real del sujeto, entre la libertad universal de todos y la libertad singular de cada uno. Y esta oposición se resuelve sistemáticamente con el recurso a la coacción que es la que fija arbitrariamente en cada momento lo que es el derecho y lo que no lo es. En la teoría formalista kantiana el derecho es definido como la facultad de coaccionar porque derecho y facultad de coaccionar significan una y la misma cosa. Por tanto, el requisito esencial que se le exige a una norma para que ésta constituya derecho en estricto sentido es que dicha norma incluya el recurso de coacción con la garantía del propio Estado.²⁰²

²⁰² *Idem*, páginas 432 y 433.

De esta forma, el modo como tratan el derecho natural tanto los empiristas como los formalistas se llega a una misma conclusión, la cual se puede resumir en la siguiente fórmula: el derecho positivo finalmente ocupa el lugar que en principio estaba asignado al derecho natural. Es decir, que la ciencia filosófica del derecho, que debía construir la unidad de la ciencia jurídica sobre la idea del derecho o de su concepto real del derecho, finalmente acaba siendo substituida por las ciencias jurídicas positivas, las cuales simplemente se limitan a exponer en cada momento cual es el derecho positivo vigente y continuamente variable. En otras palabras, la razón jurídica, que es el objeto de la filosofía es substituida por la pura empiria de las leyes vigentes como en el caso de Thomas Hobbes o por la pura formalidad kantiana de la coacción que está presente en todas las normas jurídicas.²⁰³

Frente a estas dos doctrinas empiristas y formalistas, Hegel plantea su propia visión del derecho natural. De esta forma, teniendo esta ciencia jurídica por objeto el dar una unidad y necesidad a todas las determinaciones de lo jurídico, es decir, crear el sistema científico de la realidad jurídica, ese fin no se consigue poniendo una pura forma a priori desligada de las determinaciones empíricas, pero tampoco se consigue tomando al azar una determinación empírica cualquiera y poniéndola como principio unitario y necesario de todos los demás hechos jurídicos. Para Hegel, la realidad infinita del derecho es una fluidez múltiple, pero que se concreta en momentos necesarios y que

²⁰³ *Idem*, página 433.

el resultado de esta concreción son las figuras éticas. Así la eticidad es la fusión de lo finito y lo infinito, lo ideal y lo real, el concepto y su realización, todo ello regido por la necesidad lógica interna en la propia historia de los hechos. De esta forma, la eticidad se va plasmando en cada momento histórico en figuras concretas que son los pueblos: cada pueblo que existe es una figura de la eticidad. Cada pueblo se fija aquella múltiple fluidez de los hechos jurídicos; así, el concepto ético de pueblo dota a todos esos hechos de sentido, de necesidad lógica y de unidad jurídica. A partir de aquí Hegel precisa con más detalle en que consiste la realidad de un pueblo, tanto en sus relaciones externas con otros pueblos como en su vida interna o relación con otros individuos que lo componen. En esta vida interna Hegel destaca sobre todo la esfera de la moralidad que es subjetiva y cuyo contenido entre otras cosas son las virtudes, y destaca aquí también es esta vida interna la esfera del derecho natural, que es objetiva. Así, el derecho natural se compone de todas las normas que el individuo encuentra ya dadas y a las que debe someterse como miembro de un pueblo. Por eso se llama natural: porque sus normas se presentan al individuo como algo dado, como si fuesen hechos naturales, antes de que él mismo pueda intervenir en su elaboración. Ahora bien, la moralidad y el derecho natural se encuentran en una relación dialéctica. Por un lado, la moral individual se incorpora a la vida ética del pueblo, pero por otro lado, las normas del derecho natural se incorporan a la vida ética de los individuos todo ello a través del proceso de la educación. Como resultado de todo ello, tenemos el derecho real de un país: el derecho vigente, que representa la fusión

de la moralidad y el derecho natural efectivamente vividos y asimilados por todos y cada uno de los individuos. De aquí que para Hegel concluyentemente la expresión máxima de la eticidad es el sistema de legislación, que incluye todo el aparato del estado con sus poderes legislativo, ejecutivo y judicial, sobre todo en la medida en que las leyes de un país reflejan perfectamente la realidad ética del mismo, es decir, las costumbres éticas vivientes actuales de dicha sociedad. En último caso, la vida de un pueblo o de un estado se resuelve en su derecho positivo el cual ha incorporado las costumbres y la moralidad de los individuos a la colectividad.²⁰⁴

Del ensayo de Hegel sobre el derecho natural se desprende lo que habrá de ser el núcleo central y esencial de su doctrina sobre el derecho: la filosofía del derecho es una ciencia filosófica que estudia el derecho de un estado como el sistema de leyes vigentes en un momento dado, pero entendidas estas leyes como leyes vivientes, es decir, efectivamente asumidas y observadas, que expresan toda la cultura de un pueblo, tanto la moralidad subjetiva como la legalidad objetiva realizándose en cada individuo y, por ende, en la totalidad social. De esta forma, las costumbres plasmadas en leyes y realmente vividas son la fusión de la moralidad y el derecho natural.

La realidad es que para Hegel, el derecho natural ha dejado de ser un conjunto de preceptos ético-jurídicos independientes, para llegar a convertirse en una parte integrante del derecho positivo pues

²⁰⁴ *Idem*, páginas 434 y 435.

el derecho natural vale tanto para fundar una ontología jurídica *iusnaturalista* como una ontología positivista.²⁰⁵

4.3.4 El pensamiento de Carlos Marx.

La segunda mitad del siglo XIX fue el siglo de las reivindicaciones proletarias y de la conquista del derecho de asociación. Aparecen nuevas teorías sociales. Los movimientos obreros emprenden la defensa de los derechos humanos desde una perspectiva colectiva de manera amplia y organizada.

De esta forma, Carlos Marx se vuelve un referente imprescindible para entender la evolución de los derechos económicos y sociales.

Marx establece en su libro denominado “El Manifiesto del Partido Comunista”, escrito junto con Federico Engels y publicado en 1848, el materialismo histórico, doctrina en la cual sentaba las bases de su teoría social.

Él piensa que el sistema económico dominante de cada época histórica, a través del cual se satisfacen las necesidades vitales de las personas, determina la estructura social, política, cultural y jurídica de cada periodo

²⁰⁵ *Idem*, página 447.

En su prólogo a la contribución a la crítica de la economía política, Marx establece que en la producción social de su vida las personas contraen determinadas relaciones de producción, relaciones necesarias e independientes de su voluntad y que corresponden a una determinada fase de desarrollo de sus fuerzas productivas materiales. El conjunto de estas relaciones de producción forman la estructura económica de la sociedad que es la base real sobre la que se levanta la superestructura jurídica y política y a la que corresponden determinadas formas de conciencia social. Así, el modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general. No es la conciencia del hombre la que determina su ser, sino, por el contrario, el ser social es lo que determina su conciencia.

Dicho de otro modo, tenemos que para Marx:

1. La estructura económica de una sociedad se integra por las relaciones de producción, las cuales corresponden a una determinada etapa de las fuerzas productivas materiales.
2. La estructura económica, considerada de esta manera, es la base real de los fenómenos sociales, incluyendo el de la conciencia social.
3. Los fenómenos sociales distintos a lo económico, como

son el derecho, la política, la religión, la ideología, entre otros son superestructuras derivadas y condicionadas por la estructura económica.²⁰⁶

O sea que para Marx el derecho no es más que una expresión del sistema económico, es decir, está ligado a fenómeno económico, es más deriva de la estructura económica.

Para Marx, todo lo humano, llámese moral, derecho, religión arte o filosofía, es mera superestructura de la realidad económica. La historia de la humanidad en su más íntima contextura es una historia de la lucha de clases entre los que poseen los medios de producción y los que no: es un materialismo histórico.²⁰⁷

Así, desde la antigüedad se presentó primero la relación dueño-esclavo; posteriormente, la relación señor feudal-siervo, hasta llegar a la relación capitalista o dueño de una empresa-obrero.

En su análisis al materialismo histórico, señala que los capitalistas explotan a la clase de los asalariados porque poseen aquéllos los medios de producción y porque el obrero cede el valor de uso de su trabajo a cambio de un salario menor, apenas suficiente para vivir. Esta diferencia de valor a la que le llama plusvalía es la que ha enriquecido y sigue enriqueciendo a la clase explotadora que sigue

²⁰⁶ De la Madrid Hurtado, Miguel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Secretaría de Divulgación Ideológica del C.E.N. del PRI, México, 1982, páginas 3 y 4.

²⁰⁷ Basave Fernández del Valle, Agustín, *op. cit.*, página 213.

y sigue acumulando capital. Pero, en algún momento se detendrá esa acumulación creciente de bienes y los explotados llegarán a expropiar los bienes de los explotadores y entonces se iniciará una nueva era de la humanidad. Para él, la moderna burguesía es producto de un largo proceso histórico, ésta va aglutinando cada vez más los medios de producción, la propiedad y los habitantes del país. Aglomera la población, centraliza los medios de producción y concentra en manos de unos cuantos la propiedad. Este proceso conduce por fuerza lógica a un régimen de centralización política y el estado no es más que un instrumento de opresión de la clase dominante por sobre la que no posee nada más que su fuerza de trabajo²⁰⁸

Para Carlos Marx y su colega inseparable Federico Engels, el derecho no es más que una superestructura que se levanta sobre la estructura económica: el sistema de producción de bienes para satisfacer las necesidades vitales de la sociedad. Esta ideología de clase que es el derecho, se eleva por encima de la realidad material del control de los medios de producción, como toda típica superestructura. Por ello, estos autores exigían la destrucción del orden jurídico existente y esperaban que la dictadura del proletariado hiciera desaparecer la lucha de clases.

Aunque de lo anterior se desprende, que el marxismo es un enemigo declarado del derecho y, por ende, del derecho natural, es importante estudiar su teoría social ya que posteriormente dará, quizá

²⁰⁸ *Ibidem.*

de manera indirecta, estructura a los derechos económicos y sociales, conocidos como derechos naturales de segunda generación.

Aunque, también vale la pena señalar que hubo doctrinas de socialista no marxistas que tuvieron en algún momento de su pensamiento jurídico una visión iusnaturalista, como la del pensador francés Pedro José Proudhon que concibió a la justicia como el respeto espontáneo, experimentado y recíprocamente garantizado de la dignidad humana. Y de igual forma, concibió al derecho subjetivo como la facultad de exigir a los demás el respeto de la dignidad humana de la propia persona y la del deber que el la obligación por parte de todos de respetar esta dignidad de los demás. Su idea iusnaturalista del valor absoluto del individuo es clara.²⁰⁹

4.3.5 El pensamiento de Friederich Karl von Savigny.

Friederich Karl von Savigny, jurista alemán nacido en Frankfort en el año de 1779 y fundador de la escuela histórica del Derecho.

Los defensores del derecho natural consideraban que se podía formar un código de normas jurídicas por el solo medio de la razón. La denominada Escuela Histórica del Derecho niega esta posibilidad. Savigny considera que el derecho tiene su origen en las costumbres de un pueblo, en sus tradiciones, en la conciencia popular, en una

palabra: en el carácter del pueblo. La ley, que no puede ser expresada con precisión por el lenguaje ni puede prever todos los casos de la vida real con el tiempo se convierte en un obstáculo para el libre desenvolvimiento y la aplicación del derecho al que llama derecho primitivo el cual tiene su origen, precisamente, en la conciencia popular. Por ello, Savigny piensa que la única fuente del Derecho es la creencia universal del pueblo. Como vemos, la Escuela Histórica del Derecho combate el excesivo racionalismo de la Escuela *iusnaturalista*.²¹⁰

La famosa Escuela Histórica del Derecho surgida en el siglo XIX, consideraba al derecho como un producto del carácter nacional y el espíritu peculiar de un pueblo. A diferencia de los filósofos *iusnaturalistas* de los siglos XVII y XVIII que habían tratado de encontrar la forma ideal y más perfecta del derecho al que concebían como un producto de la razón y de la acción voluntaria humana y no como un producto de desarrollo lento y de evolución histórica. De hecho la era del racionalismo y derecho natural culminó en Europa con la revolución francesa de 1789. Es esa época se trató de edificar el nuevo orden basado en los principios de libertad e igualdad que los más destacados defensores del derecho natural habían proclamado como postulados eternos de la razón y la justicia. Pero, cuando dicha revolución fracasó en su intento de lograr esos objetivos que el mundo de los doctrinarios se había propuesto alcanzarlos, se produjo en

²⁰⁹ Fasso, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho 3, siglos XIX y XX*. Ediciones Pirámide, S. A., Madrid, 1998, página 108.

²¹⁰ Dorantes Tamayo, Luis Alfonso, *op. cit.*, página 114.

Europa una cierta acción contra sus premisas racionalistas, especialmente en Inglaterra y Alemania que fueron los dos países que resistieron y en cierta medida frustraron los intentos de extender en toda Europa las ideas de la revolución francesa, fue entonces cuando cobró vigor el movimiento contra el racionalismo ahistórico de los precursores de la revolución francesa. Por lo que este movimiento de la Escuela Histórica del Derecho subrayaron y propagaron las ideas conservadoras basadas en la historia y la tradición frente a los intentos especulativos de implantar un derecho natural.²¹¹

La concepción histórica del derecho de Savigny fue expuesta en su famoso folleto denominado “De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y la Jurisprudencia”, publicado en 1814, el que no era más que una respuesta hecha a un profesor de Heidelberg llamado Thibaut quien proponía una codificación que reuniera las leyes y costumbres de los diferentes estados germánicos en un todo coherente basado en el derecho romano y el código de Napoleón. Savigny atacó fuertemente esta pretensión pues a su juicio el derecho era algo que no podía ser creado arbitrariamente por el legislador puesto que el derecho no es más que un producto de las fuerzas internas que operan silenciosamente y que deben su origen a la creencia universal de un pueblo. Sus verdaderas fuentes son la fe popular y la costumbre, que en el curso de su desarrollo se refuerzan por la jurisprudencia científica y la acción de los profesionales del derecho. Así, como el lenguaje, la constitución y las costumbres del

²¹¹ Bodenheimer, Edgar, *op. cit.*, páginas 270 y 271.

pueblo, el derecho está determinado, para Savigny, ante todo, por el carácter popular de una nación: el espíritu del pueblo.²¹²

Así, los pensadores racionalistas creían que las normas jurídicas podían ser descubiertas y formuladas en un código, sin más que consultar a la razón humana. La Escuela Histórica del Derecho detestaba la legislación y subrayaba el concepto irracional y casi místico del espíritu del pueblo que tenía sus raíces en el pasado remoto. La Escuela del Derecho Natural enseñaba que el verdadero derecho era el mismo en todos los tiempos y en todos los países. La Escuela Histórica del Derecho creía en el carácter exclusivamente nacional de las instituciones jurídicas. La Escuela del Derecho Natural como doctrina revolucionaria miraba hacia el futuro. La Escuela Histórica del Derecho, como reacción contra aquélla, miraba hacia el pasado.²¹³

4.4 El pensamiento político y filosófico sobre el derecho natural en el siglo XX.

A continuación analizaremos el pensamiento de algunos de los autores más influyentes del siglo XX y que son de gran importancia para la construcción de todo un esquema de derechos naturales.

²¹² *Idem*, página 272.

²¹³ *Idem*, páginas 274 y 275.

4.4.1 El pensamiento de Giorgio del Vecchio.

Giorgio del Vecchio, fue un filósofo y profesor italiano, experto en filosofía del derecho que nació en el año de 1878. Profesor de la universidad de Roma y rector de dicha universidad de 1925 a 1927. Criticó fuertemente el positivismo filosófico, pues consideraba que el concepto de derecho no podía ser derivado de la observación de los fenómenos jurídicos.

Este autor pertenece al idealismo crítico de orientación kantiana. Por tanto, su pensamiento aparece condicionado por factores emanados del pensamiento de Emanuel Kant. Así, presenta su concepto de estado como una entidad creada sobre los valores éticos puestos al servicio de los valores morales y trascendentes como son la justicia, el derecho, la libertad y la paz²¹⁴

Su tesis central sobre el derecho natural consiste en ubicar al derecho positivo como coexistente con el derecho natural y no hay exclusión de cualquiera de ellos dentro del campo del derecho. Para del Vecchio el fundamento último del derecho se encuentra en la naturaleza humana y le da poca importancia a la tesis del realismo histórico que considera que el fundamento del derecho se encuentra en los hechos externos de la conducta humana, tampoco acepta la tesis utilitarista como fundamento del derecho ni la teoría de la

²¹⁴ Cisneros Fariás, Germán. *Teoría del Derecho*. Editorial Trillas, Segunda Edición, México, 2000, página 153.

divinidad como causa fundante del Derecho. Pero, para él el derecho natural está explícitamente acogido e incorporado al sistema jurídico positivo y a la vez funciona como fuente subsidiaria o complementaria para integrar o colmar las lagunas inevitables del dinamismo de la vida social y por lo mismo sostiene la tesis de la coexistencia de ambos derechos el natural y el positivo. Los principios básicos de las doctrinas del derecho natural inmersos en el derecho positivo, según del Vecchio, son los siguientes:

1. Que el criterio de lo justo se debe aplicar en cualquier caso de relación entre varias personas. De aquí que el juzgador no pueda rehusar resolver el caso tomando como pretexto la insuficiencia u oscuridad de la ley positiva.
2. Que todo ser humano en virtud de su mera naturaleza, independientemente del estado al que pertenezca, es sujeto de derecho, por lo cual se da en la ley positiva una cierta libertad e igualdad jurídica entre las personas.
3. Que la cualidad de sujeto de derecho, es decir, de persona, y el derecho fundamental de libertad son inalienables.
4. Que la libertad de cada persona debe encontrar su límite en la idea de compatibilidad de ésta con la libertad de los demás.
5. Que es lícito oponerse a la fuerza y que contra la agresión

cualquiera tiene la facultad de defenderse.

6. Que a la obligación de estar sometido a las leyes debe corresponder la facultad de concurrir con la formación de dichas leyes.
7. Que el poder público podrá limitar ciertos derechos individuales, pero sólo mediante una ley, quedando, además, a salvo otros derechos fundamentales.
8. Que nadie puede transmitir a otro más que el derecho que él mismo tiene.
9. Que en toda cosa las ventajas deben pertenecer a aquél a quien pertenecen las desventajas y que nadie puede enriquecerse en perjuicio de otro y que a falta de una disposición legal expresa o de disposiciones aplicables por analogía, el juzgador deberá decidir conforme a los principios generales del derecho.²¹⁵

4.4.2 El pensamiento de Jacques Leclercq.

Moralista y filósofo nacido en Bélgica en el año de 1891 y que muere en Beayfays en 1971. Se graduó en derecho en la Universidad Libre de Bruselas y en filosofía en la Universidad Católica de Lovaina.

²¹⁵ *Idem*, páginas 153 a 155.

Ha publicado diversas y variadas obras entre las que destacan “Del Derecho Natural a la Sociología” escrita en 1961 y que en castellano apareció con el título de “Introducción a las Ciencias Sociales” y “Derechos y Deberes del Hombre: según el Derecho Natural” escrita en 1965.

Leclercq define al derecho objetivo como el conjunto de reglas de acción destinadas a poner orden en las relaciones entre los hombres. La noción de derecho subjetivo, opuesta a la de poder físico, es un poder moral de efectuar un acto, que supone un deber correlativo. El derecho y la moral son dos disciplinas diferentes a pesar de que ambas se compenetran. Así, para Leclercq el objeto de la moral es determinar las reglas mediante las cuales el hombre alcanzará su perfecto desarrollo o bien su fin, por lo que el objeto del derecho consiste en regular las actividades de los hombres en la vida social de modo que les ayude a alcanzar el fin asignado por la moral. Y aunque la moral social y el derecho natural casi se confunden en sus objetivos, mantienen sus puntos de vista diferentes, ya que el derecho natural es la ciencia jurídica de los principios naturales que sirven de fundamento a lo que se denomina usualmente derecho y que, por oposición al derecho natural, debe llamarse derecho positivo, mientras que la moral social es la parte de la moral que investiga los deberes del hombre en cuanto miembro de la sociedad. Para este autor el problema de la naturaleza humana admite una solución indiscutible: el animal racional presenta características particulares suficientemente discernibles para reconocer en todos los casos qué seres se incluyen en la especie humana. De esta forma, el hombre o

las personas se distinguen del animal por su capacidad de reprimir, orientar y transformar, hasta un cierto punto, sus instintos. Pues bien, esta capacidad, dice Leclercq, procede del espíritu. La acción humana ofrece en todas partes caracteres comunes porque hay en todas las personas principios de acción comunes. Así, vemos que el derecho natural corresponde a las exigencias de la naturaleza social del ser humano. La palabra naturaleza puede designar el conjunto de la creación en estado espontáneo o las características esenciales de los seres. El derecho natural está constituido por un conjunto de principios que rigen las condiciones de toda sociedad porque corresponden a la naturaleza idéntica en toda persona. Para este autor la Sociología es, por antonomasia, la ciencia auxiliar del derecho natural. La ley natural en ocasiones conduce a conclusiones dudosas porque es, en sí misma, susceptible de aplicaciones diversas y en algunos otros casos las personas la encuentran dudosa o la aplican de diversos modos por depravación de la razón. Leclercq limita la función del derecho positivo a la aplicación de los principios *iusnaturalistas*.²¹⁶

Para Jacques Leclercq, en el derecho natural confluyen lo moral y lo social, lo jurídico y lo político. Estamos imbuidos por la ley natural desde que tenemos uso de razón y nada puede derogarla o abrogarla. Para este autor el derecho no sanciona la moral, sino en la medida en que se estima que el bien público está interesado en ello. La moral en cambio juzga al derecho desde el punto de vista ético. El primer bien de la comunidad, afirma el catedrático de la Universidad de Lovaina,

²¹⁶ Basave Fernández Del Valle, Agustín, *op. cit.*, páginas 369 y 370.

es el bien de sus miembros y el primer interés común es que todos los miembros de la comunidad tengan conciencia de que los poderes dirigentes no tienen otro objetivo que su bien. El derecho positivo se limita a establecer las reglas fijadas o reconocidas por el estado. El orden público y las buenas costumbres, el decir el derecho están indicando un nivel distinto al derecho positivo, sin llegar a ser derecho natural. Cuando el que detenta el poder hace lo que a él le place estamos ante el fenómeno de la arbitrariedad, de ahí la importancia que los juristas conceden a la promulgación del derecho, del derecho explícito como le llama Leclercq. Mientras los moralistas quieren saber lo que se debe hacer para proceder conforme a la dignidad de la persona humana, los juristas se proponen ordenar la sociedad y hacer que los individuos observen las reglas de la vida social. El derecho a diferencia de la moral se preocupa del orden público y sólo de éste.²¹⁷

Contra la tradición, casi unánime, que sostiene que el derecho natural no es más que una parte de la ley natural por lo que no es propiamente derecho, Jacques Leclercq reacciona y sostiene que un problema de organización social es un problema jurídico y no un problema moral. Si existe naturaleza humana, deben existir condiciones naturales de organización social, que den los principios naturales del derecho, de igual manera que dan los principios naturales de moral unas condiciones naturales de moral. Las condiciones naturales del derecho indican las reglas de derecho que deben encontrarse por doquier. El punto de vista de este derecho

²¹⁷ *Idem*, páginas 379 y 380.

natural será el punto de vista jurídico, el punto de vista del orden público. En algunos casos, el derecho natural, igual que el derecho positivo, sancionará reglas morales; en otros casos no; pero aun cuando sanciona una regla moral, lo hace porque esta regla moral es ventajosa para el orden público y no por otra razón. Por esto, pregunta Leclercq ¿cuáles son las leyes naturales que se deben colocar en la base del derecho positivo? He aquí el problema del derecho natural y que ciertamente es jurídico. Se trata de derecho y de naturaleza. Y de igual forma que cabe comprobar la existencia de una naturaleza social en el ser humano también es legítimo reconocer la existencia del derecho natural, pues estudiando la naturaleza social del ser humanos podemos advertir los principios permanentes de organización social que de él se desprenden. Así, el derecho natural llega hasta donde llega la naturaleza social del ser humano.²¹⁸

4.4.3 El pensamiento de Jacques Maritain.

Jacques Maritain es un filósofo francés, nacido el 18 de noviembre de 1882 en París y muere en Toulouse en 1973. Fue uno de los más destacado defensores del neotomismo.

Para Jacques Maritain existe una naturaleza humana y es la misma en todas las personas. Así las personas dotadas de inteligencia determinan sus fines en consonancia con la naturaleza. Esto significa

²¹⁸ *Idem*, página 381.

que en virtud de la propia naturaleza hay un orden o una disposición que la razón humana puede descubrir y según la cual la voluntad humana está sujeta a obrar para estar en concordancia con los fines necesarios del ser humano. El derecho natural no es otra cosa que esto, señala dicho autor. Incluso, la ley natural no es escrita. Y aunque no es escrita es conocida por todas las personas, con mayor o menor dificultad y en grados diversos: todos sabemos que es preciso hacer el bien y evitar el mal. Asimismo, las acciones viles que se han tenido por virtuosas nada prueban contra el derecho natural pues así como una falta en una suma nada prueba contra la aritmética. Para este autor, el derecho natural ha crecido poco a poco con los progresos de la conciencia moral y aparecerá en su perfección cuando el evangelio haya penetrado hasta el fondo de la substancia humana.²¹⁹

Las personas por el hecho de serlo, son dueños de si y de sus actos y por eso tienen derechos. Derecho y obligación moral son nociones correlativas: estamos obligados moralmente a realizar nuestro destino porque tenemos el derecho de realizarlo y si tenemos el derecho de realizar nuestro destino tenemos el derecho a las cosas necesarias para ello. Aunque la noción de derecho es más profunda que la de obligación moral puesto que Dios tiene un derecho soberano sobre las criaturas, pero no tiene obligación moral alguna hacia ellas. Mientras el derecho natural concierne a los derechos y deberes que se siguen el primer principio: hacer el bien y evitar el mal, el derecho de gentes es el intermediario entre la ley natural y la ley positiva. La

²¹⁹ Basave Fernández del Valle, Agustín, *op. cit.*, página 359.

existencia del derecho positivo se explica, en última instancia, porque la misma ley natural exige que lo que ella deja indeterminado sea ulteriormente determinado. Del Derecho natural surge el derecho a la existencia, a la libertad personal y a la búsqueda de la perfección de la vida moral. En cambio, del derecho de gentes, ley común de la civilización, se origina el derecho a la propiedad privada de los bienes materiales. Estos bienes son realizados por el derecho positivo y por una organización económica y política de carácter mundial. Por ejemplo, la libertad para las naciones de vivir exentas del yugo de la miseria, del terror o del temor.²²⁰

Jacques Maritain clasifica los derechos del hombre en tres categorías:

1. Derechos de la persona humana como tal: derecho a la existencia, a la libertad personal, a la búsqueda de la perfección de la vida humana, a la búsqueda de la perfección de la vida eterna, al libre ejercicio de la actividad espiritual eclesiástica, a la vocación religiosa, al matrimonio, al respeto a la sociedad familiar, a la libertad oral y a la propiedad.
2. Derechos de la persona cívica: derecho a participar en la vida cívica, derecho de asociación política, derecho de libre expresión, libertad de profesión y a los empleos

²²⁰ *Idem*, páginas 359 y 360.

públicos, derecho a las garantías de un poder judicial independiente, derecho del pueblo a decidir sobre su forma de gobierno y a darse una constitución.

3. Derechos de la persona social y más especialmente de la persona obrera: derecho a escoger libremente el trabajo, a agruparse en sindicatos, de ser tratado como persona, derecho al salario justo, derecho a la asistencia de la comunidad en la miseria y en la desocupación, en la enfermedad y en la vejez, derecho de tener acceso gratuitamente, según las posibilidades de la comunidad, a los bienes elementales, materiales y espirituales de la civilización.

Para Jacques Maritain, todos estos derechos emanan de la eminente dignidad de la persona humana: libre, inteligente, volente y espiritual, en relación directa con Dios. Así, la sociedad de personas libres es siempre personalista, comunitaria, pluralista y teísta.²²¹

4.4.4 El pensamiento de Herbert Lionel Adolphus Hart.

H. L. A. Hart, como se le conoce comúnmente, fue uno de los filósofos más importantes del siglo XX. Nació en Harrogate, Inglaterra en el año de 1907 y murió en 1992. Estudió abogacía en la

²²¹ *Idem*, páginas 360 y 361.

Universidad de Oxford en la cual se graduó en 1932.

Para Hart, tener un derecho significa tener una justificación moral para limitar la libertad de otra persona y para determinar en qué forma ésta debe actuar. Si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todas las personas por igual a ser libres. Con esto Hart quiere significar que el derecho es igual para todos y que todo ser humano adulto es capaz de elegir:

1. Tiene derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra.
2. Tiene libertad para realizar cualquier acto que no sea coercitivo o restrictivo o que tenga por finalidad causar daño a otras personas.

Hart estima que el principio de que todas las personas tienen igual derecho a ser libres, por ínfimo que parezca, probablemente es todo lo que cuanto hubieran necesitado argumentar los filósofos políticos de la tradición liberal para respaldar cualquier programa de acción.

A juicio de Hart, hay dos razones para definir el derecho de todas las personas, por igual a ser libres, como un derecho natural. Y ambas, siempre fueron destacadas por los teóricos clásicos de los

derechos naturales:

1. Este derecho lo tienen todas las personas que son capaces de elegir. Lo tienen por ser personas y no por pertenecer a cierta sociedad o por tener alguna relación especial entre sí.
2. Este derecho a diferencia de otros derechos morales, no lo crea ni lo confiere un acto voluntario del ser humano.²²²

Como se ha explicado, a modo de ver de Hart, todas las personas tienen igual derecho a ser libres, pero nadie tiene un derecho absoluto o incondicional para hacer o no hacer cualquier cosa ni a que se le trate de un modo particular porque la coerción, así como la restricción o cualquier acto pueden justificarse en situaciones especiales concordantes con el principio general. Por lo tanto, el único derecho absoluto, irrevocable o imprescindible es el derecho de todos por igual a ser libres, ningún otro.

Para Hart hay muchos y diferentes tipos de relaciones entre el derecho y la moral, y nada hay que pueda estudiarse provechosamente, en forma separada, como la relación entre uno y otra. Así, no puede discutirse seriamente que el desarrollo del derecho, en todo lugar y tiempo, ha estado profundamente influido tanto por la moral convencional y los ideales de grupos sociales particulares, como por formas de crítica moral esclarecida, formulada

²²² Iusconstifil.blogspot.mx/2009/11/el-derecho-humano-la-libertad-en-h-i.html

por individuos cuyo horizonte moral ha trascendido las pautas corrientemente aceptadas. Aunque Hart aclara que no obstante que comúnmente se piensa que un sistema jurídico tiene que exhibir alguna concordancia específica con la moral o con la justicia o bien tiene que apoyarse en una convicción ampliamente difundida de que hay una obligación moral de obedecerlo, no se sigue de esto que los criterios de validez de normas particulares usados en un sistema jurídico tengan que incluir en forma tácita si no explícita, una referencia a la moral o a la justicia.²²³

Desde luego, Hart, aunque falleció en el año 1992, es decir a finales del siglo XX, no deja de ser una influencia muy fuerte para la prospectiva de los derechos humanos en el siglo XXI.

Capítulo V. Los derechos humanos y su prospectiva hacia el siglo XXI.

5.1 El pensamiento influyente de Norberto Bobbio.

Norberto Bobbio, nació en Turín, Italia, en el año de 1909 y murió en el año 2004. Es considerado uno de los grandes filósofos políticos de Europa del siglo XX. Fue un jurista, filósofo y politólogo. Se dedicó a la docencia en las universidades de Camerino, Siena,

²²³ Hart, H.L.A. *El Concepto de Derecho*. Editorial Abeledo-Perrot, traducido por Genaro R. Carrió, Argentina, 1998, página 229.

Padua y Turín.

Según, este autor, el presupuesto filosófico del Estado liberal es la doctrina de los derechos del hombre elaborada por la escuela del derecho natural: doctrina de acuerdo con la cual todos los hombres indistintamente tienen por naturaleza algunos derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad, a la felicidad, que el estado debe respetar no invadiéndolos, por un lado, y garantizándolos de cualquier intervención posible por parte de las demás persona, por otro lado.²²⁴

Bobbio define el *iusnaturalismo* o derecho natural como la doctrina de acuerdo con la cual existen leyes que no han sido puestas por la voluntad humana y en cuanto tales son anteriores a la formación de cualquier grupo social, reconocibles mediante la búsqueda racional, de las que derivan, como de toda ley moral o jurídica, derechos y deberes naturales. Así, se habla del iusnaturalismo como el presupuesto filosófico del liberalismo porque sirve para establecer los límites del poder del estado con base en una concepción general y hipotética de la naturaleza del hombre, que prescinde de toda verificación empírica y de toda prueba histórica.²²⁵

En efecto, afirma Bobbio, la doctrina de los derechos naturales es la base de las Declaraciones de Derechos de los Estados Unidos

²²⁴ Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Editorial Fondo de Cultura Económica. Segunda Reimpresión, México, 1992, página 11.

²²⁵ *Idem*, página 12.

de América de 1776 y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Francia revolucionaria de 1789, mediante las cuales se afirma el principio fundamental del estado liberal como estado limitado, pues en el artículo segundo de esta última declaración se estableció que:

“El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles el hombre.”²²⁶

Continúa este autor diciendo que la doctrina de los derechos del hombre puede ser considerada la racionalización póstuma del estado de cosas al que ha llevado, especialmente en Inglaterra muchos siglos antes, la lucha entre la monarquía y las demás fuerzas sociales, concluida con la concesión de la Carta Magna de Juan sin Tierra de 1215, donde las facultades y poderes que serán llamados en los siglos posteriores derechos del hombre son reconocidos con el nombre de libertad, es decir, de esferas individuales de acción y posesión de bienes protegidas ante el poder coactivo del rey. Y aunque esta carta y las sucesivas tengan la forma jurídica de concesiones soberanas, de hecho son el resultado de un verdadero y propio pacto entre partes contrapuestas referente a los derechos y deberes recíprocos en la relación política, es decir, en la relación entre deberes de protección, por parte del soberano, y deberes de obediencia, por parte del súbdito, que constituye la llamada obligación política o *pactum subiectionis*. Y

²²⁶ *Idem*, página 13.

aunque como ya se dijo: no obstante que dichas cartas adopten la forma jurídica de la concesión, que es un acto unilateral, de hecho son el resultado de un acuerdo bilateral. Es una forma típica de ficción jurídica que tiene el objetivo de salvaguardar el principio de la superioridad del rey, y por tanto de asegurar la permanencia de la forma de gobierno monárquica, a pesar de la llegada de los límites de los poderes tradicionales del detentador del poder supremo.²²⁷

Para Bobbio, el estado liberal es justificado racionalmente como el resultado de un acuerdo entre individuos en principio libres que convienen en establecer los vínculos estrictamente necesarios para una convivencia duradera y pacífica. De esta forma, la afirmación de los derechos naturales y la Teoría del contrato social o contractualismo están estrechamente ligadas.²²⁸

Lo que une la doctrina de los derechos del hombre y el contractualismo es la común concepción individualista de la sociedad, la concepción de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza, y luego la sociedad, y no al contrario como sostiene la tesis del organicismo en todas sus formas y según la cual la sociedad es primero que los individuos. A su vez, el acuerdo que da origen al estado es posible porque de conformidad con la teoría del derecho natural, existe por naturaleza una ley que atribuye a

²²⁷ *Idem*, páginas 13 y 14.

²²⁸ *Idem*, páginas 14 y 15.

todos los individuos algunos derechos fundamentales de los cuales el individuo sólo puede desprenderse voluntariamente dentro de los límites bajo los que esta renuncia acordada con la renuncia de todos los demás permite la composición de una convivencia libre y ordenada. Sin esta verdadera revolución copernicana con base en la cual el problema del estado ya no ha sido visto de la parte del poder soberano sino de la de los súbditos, no hubiera sido posible la doctrina del estado liberal que es la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal. Sin individualismo no hay liberalismo.²²⁹

Para Bobbio, el modelo *iusnaturalista* no es en realidad una moral, sino una teoría de la moral, que parte de la existencia de un derecho ideal al que debe ajustarse el derecho positivo siendo éste último arbitrario si no se ajusta al modelo de derecho natural.²³⁰

Bobbio resume su posición ideológica de la siguiente manera:

1. El derecho natural no es derecho en el mismo nivel que el derecho positivo pues a aquél le falta el atributo de la eficacia.
2. El derecho natural no alcanza la meta que se atribuye los sistemas jurídicos positivos pues aquel no garantiza ni la paz ni la seguridad.

²²⁹ *Idem*, páginas 15 y 16.

²³⁰ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, página 235.

3. El derecho positivo ha invadido poco a poco todos los dominios que se atribuían al Derecho Natural.
4. La noción de naturaleza es tan equívoca que se ha considerado como naturales a los derechos diametralmente opuestos. Incluso, si el acuerdo sobre lo que es natural hubiera sido unánime, no se habría derivado de él un acuerdo unánime de lo que es justo o es injusto.
5. Igualmente, si el acuerdo sobre lo que es justo por ser natural hubiera sido unánime, eso no implica la validez de éste acuerdo para el tiempo presente.²³¹

5.2 El pensamiento influyente de Luigi Ferrajoli.

Luigi Ferrajoli es un destacado jurista italiano que nació en Roma en el año de 1940. Es uno de los principales teóricos del garantismo jurídico, teoría que desarrolló inicialmente en el ámbito del derecho penal, pero que él mismo considera aplicable en general como una garantía a todos los derechos fundamentales. Ferrajoli se define a sí mismo como un positivista crítico.

Ferrajoli como buen positivista no habla del derecho desde una perspectiva netamente de derecho natural, sino que se refiere a

²³¹ *Idem*, página 236.

derechos fundamentales, proponiendo una definición puramente formal de éstos. Así, señala que son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de persona, de ciudadanos o bien de personas con capacidad de obrar, entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status, la condición de un sujeto prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y autor de los actos que son ejercicio de éstas.

Esta definición de los derechos fundamentales es puramente teórica en cuanto que aun estando estipulada con referencia a los derechos fundamentales positivamente sancionados por la ley, prescinde de la circunstancia de hecho de que tales derechos se encuentren formulados en cartas constitucionales o leyes fundamentales, ya que también puede ser que un determinado orden jurídico como puede ser el totalitario no contemple los derechos fundamentales. Así, la previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es condición de su existencia o validez en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto de derechos fundamentales.²³²

²³² Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Editorial Trotta, S A., Madrid, 1999, páginas 37 y 38.

Asimismo, esta definición formal prescinde de la naturaleza de los intereses y de las necesidades tuteladas mediante su reconocimiento como derechos fundamentales y se basa únicamente en su carácter universal de su imputación. De hecho son tutelados como universales, y por consiguiente fundamentales: la libertad personal, la libertad de pensamiento, los derechos políticos, los derechos sociales y similares. De aquí encontramos que las ventajas de una definición como ésta son evidentes en cuanto prescinde de circunstancias de hecho, válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en él, incluso los ordenamientos totalitarios, ya que es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales y por lo mismo es ideológicamente neutral. Así es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se profese: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal o antidemocrática. Sin embargo, ese carácter formal de nuestra definición no impide que sea suficiente para identificar en los derechos fundamentales la base de la igualdad jurídica. En efecto, gracias a esto, la universalidad expresada por la cuantificación universal de los sujetos que de tales derechos son titulares viene a configurarse como un rasgo estructural de éstos, que comportan asimismo el carácter inalienable e indisponible de los intereses sustanciales en que los mismos consisten. De hecho en la experiencia histórica del constitucionalismo, tales intereses coinciden con las libertades y con las demás necesidades de cuya garantía, conquistada al precio de luchas y revoluciones, dependen la vida, la supervivencia,

la igualdad y la dignidad de los seres humanos. Por otro lado, claro está que la universalidad no es absoluta sino relativa a los argumentos con fundamento en los cuales se predica..²³³

En la definición de derechos fundamentales de Ferrajoli esas clases de sujetos han sido identificados por el status e persona, ciudadano o capaz de obrar. Personalidad, ciudadanía y capacidad de obrar en cuanto condiciones de la igual titularidad de todos los diversos tipos de derechos fundamentales, son consecuentemente los parámetros tanto de la igualdad como de la desigualdad en el derecho. Prueba de ello es que tales derechos que han sido restringidísimos en el pasado se han ido ampliando progresivamente aunque sin llegar a alcanzar todavía, ni siquiera en la actualidad, al menos por lo que se refiere a la ciudadanía y a la capacidad de obrar, una extensión universal que comprenda a todos los seres humanos.²³⁴

La ciudadanía y la capacidad de obrar han quedado hoy como las únicas diferencias de status que aún delimitan la igualdad de las personas humanas y pueden ser asumidas como los dos parámetros sobre los que se puede fundar dos grandes divisiones dentro de los derechos fundamentales: la que se da entre los derechos de la personalidad y los derechos de la ciudadanía, que corresponden respectivamente, a todos o sólo a los ciudadanos y la existente entre derechos primarios o sustanciales y derechos secundarios o

²³³ *Idem*, páginas 38 y 39.

²³⁴ *Idem*, páginas 39 y 40.

instrumentales, que corresponden, respectivamente, a todos sólo a las personas con capacidad de obrar. Cruzando las dos distinciones obtenemos cuatro clases de derechos:

1. Los derechos humanos, que son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como por ejemplo: el derecho a la vida, a la integridad de la persona, a la libertad personal, a la libertad de conciencia, a la libertad de manifestación de pensamiento, el derecho a la salud, a la educación y a las garantías penales y procesales.
2. Los derechos públicos, que son los derechos primarios reconocidos sólo a los ciudadanos, como el derecho de residencia y circulación en el territorio nacional, los de reunión y asociación, el derecho al trabajo, el derecho a la subsistencia y a la asistencia de quien es inhábil para el trabajo.
3. Los derechos civiles, que son los derechos secundarios adscritos a todas las personas humanas capaces de obrar, como la potestad de hacer negocios, la libertad contractual, la libertad de elegir y cambiar de trabajo, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio, y en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía privada y sobre los que se

funda el mercado.

4. Los derechos políticos, que son los derechos secundarios reservados únicamente a los ciudadanos con capacidad de obrar, como son el derecho al voto, el de sufragio pasivo, el derecho de acceder a los cargos públicos y, en general, todos los derechos potestativos en los que se manifiesta la autonomía política y sobre los que se fundan la representación y la democracia política.

Para Ferrajoli, tanto la definición como la tipología de los derechos fundamentales construida a partir de ella tienen un valor teórico independiente de los sistemas jurídicos concretos e incluso de la experiencia constitucional moderna. En efecto, cualquiera que sea el ordenamiento jurídico que se tome en consideración, a partir de él, son derechos fundamentales, según los casos, humanos, públicos, civiles o políticos, todos y sólo aquéllos que resulten atribuidos universalmente a las clases de sujetos determinados por la identidad de personas, ciudadano o capaz de obrar. En este sentido, al menos en occidente, desde el derecho romano, siempre han existido derechos fundamentales, si bien la mayor parte limitados a clases bastantes restringidas de sujetos. Pero han sido siempre las tres clases de sujetos anteriormente mencionados las que han proporcionado los parámetros de la inclusión o exclusión de los

seres humanos entre los titulares de los derechos y, por consiguiente, de su igualdad y desigualdad.²³⁵

La tipología de los derechos fundamentales de Ferrajoli construida a partir de su definición de estos derechos y del cual califica como meramente teóricas pues son independientes de los sistemas jurídicos viene a ser una gran aportación al mundo práctico el derecho sobre todo en este nuevo siglo XXI.

5.3 El pensamiento influyente de Gregorio Peces-Barba.

Para Gregorio Peces-Barba el modelo *iusnaturalista*, examinado críticamente, debe ser enfocado desde las siguientes perspectivas:

1. El modelo *iusnaturalista* es un modelo que distingue dos órdenes jurídicos: el derecho natural y el derecho positivo, y establece la supremacía del primero sobre el segundo.
2. El derecho natural vale por su racionalidad, es decir, por el contenido racional de sus normas, que se deducen de una norma fundante básica material; sin embargo, el análisis histórico pone de relieve la pluralidad de respuestas respecto del contenido racional del derecho natural dependiendo básicamente de la norma fundante básica material elegida.

²³⁵ *Idem*, páginas 40 y 41.

3. El derecho natural pretende ser el fundamento de la validez del derecho positivo. Es una pretensión idealista que desconoce la relación real entre el poder y el derecho positivo.
4. El derecho natural vale por su racionalidad, pero en teoría es eficaz a través del derecho positivo.
5. El modelo *iusnaturalista*, sobre todo en su versión mecanicista, se fundamenta en el concepto de ley, no abarca la pluralidad de formas de producción normativa y desconoce, especialmente, el papel del juez en la producción y en la aplicación del derecho. Por eso, todo derecho natural es dualista, es decir, necesita al derecho positivo, mientras que el derecho positivo puede fácilmente ser monista puesto que no necesita al derecho natural para realizar sus funciones jurídicas.
6. El modelo de derecho natural, ni en su versión ontológica del pensamiento medieval ni en su versión mecanicista tiene en cuenta el camino histórico ni la evolución que el progreso técnico, científico, económico, cultural, social y político, ni, por consiguiente, adapta los valores o normas materiales de justicia a esos cambios.
7. El derecho natural cumple, desde el punto de vista ideológico, funciones normalmente conservadoras, así como, por otra parte, ha favorecido muchas veces una extraña división del trabajo

consistente en la defensa de valores de justicia en el mundo ideal y de aceptación práctica de sistemas de derecho positivo injustos.

8. El modelo *iusnaturalista* ha contribuido decisivamente con su elaboración sistemática, especialmente el *iusnaturalismo* mecanicista del racionalismo protestante, a la inclinación del derecho por elaboraciones abstractas, a la teoría del ordenamiento jurídico y al formalismo jurídico. El constitucionalismo y el movimiento codificador son, igualmente, deudores del *iusnaturalismo* racionalista.

9. El *iusnaturalismo* ha tenido el valor histórico de llamar la atención sobre la conexión entre el derecho y la moral, y sobre todo la necesidad de una reflexión sobre la justicia. Además, el *iusnaturalismo* racionalista será la cuna histórica de las primeras formulaciones de los derechos humanos como derechos naturales.²³⁶

5.4 El pensamiento influyente de Eusebio Fernández García.

Según este autor, español, tanto en la historia de los derechos humanos fundamentales como en la actualidad se han presentado varios tipos de justificaciones, las cuales de manera sintética son las

²³⁶ Peces-Barba, Gregorio, *op. cit.*, páginas 236 a 239.

siguientes:

1. La fundamentación *iusnaturalista* la cual considera a los derechos humanos como derechos naturales.
2. La fundamentación historicista la que considera a los derechos humanos como derechos históricos.
3. La fundamentación ética que viene a considerar a los derechos humanos como derechos morales.²³⁷

Para Eusebio Fernández, ésta última postura es la más correcta, pues ni la fundamentación *iusnaturalista* para la cual los derechos humanos estarían en el derecho natural, deducido de la naturaleza humana, supuestamente universal e inmutable, ni la fundamentación historicista en la cual los derechos humanos encuentran su fundamento en la historia: cambiante y variable, responden coherentemente a la pregunta sobre el fundamento de tales derechos. Lo que sí hace la fundamentación ética o axiológica de los derechos humanos, la cual parte de la tesis de que el origen y fundamento de estos derechos nunca puede ser jurídico sino previo a lo jurídico. El derecho positivo no crea los derechos humanos, sino que su labor está en reconocerlos, convertirlos a normas jurídicas y garantizarlos también jurídicamente, teniendo incluso tales derechos, con esto plena

²³⁷ Fernández, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Editorial Debate, Madrid, 1991, página 84.

eficacia.²³⁸

Eusebio Fernández afirma que si toda norma, tanto moral como jurídica presupone una serie de valores acerca de los fines de la vida individual, social y política, esto viene a ser más evidente cuando tratamos de justificar racionalmente los derechos humanos fundamentales. Por tanto, ese fundamento no puede ser más que un fundamento ético, axiológico o valorativo en torno a exigencias que se consideran imprescindibles como condiciones inexcusables de una vida digna; es decir, surgen de exigencias derivadas de una idea de la dignidad humana.

Y ésta es la razón de todos los precedentes históricos del concepto moderno de los derechos naturales, de las declaraciones de derechos del siglo XVIII y de las declaraciones, pactos internacionales y textos contemporáneos referentes a los derechos humanos, los cuales aparecen como derechos morales, es decir, como exigencias éticas y derechos que los seres humanos tienen por el hecho de ser personas y, por tanto, con un derecho igual a su reconocimiento, protección y garantía por parte del poder político y del derecho.²³⁹

Con el término derechos morales, Eusebio Fernández, pretende describir la síntesis entre los derechos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y los derechos humanos entendidos

²³⁸ *Idem*, página 106.

²³⁹ *Idem*, páginas 106 y 107.

paralelamente como derechos. El calificativo de morales representa tanto la idea de fundamentación ética como una limitación en el número y contenido de los derechos que podemos comprender dentro del concepto de derechos humanos.

Y de acuerdo a esto, solamente los derechos morales o lo que equivale a decir los derechos que tienen que ver más estrechamente con la idea de dignidad humana, pueden ser considerados como derechos humanos fundamentales.

En definitiva, para este autor, la fundamentación ética de los derechos humanos fundamentales se basa en la consideración de esos derechos como derechos morales, entendiendo por éstos el resultado de la doble vertiente ética y jurídica. Para él, esta fundamentación de los derechos humanos permite salir del círculo vicioso de la tradicional polémica entre el iusnaturalismo y el positivismo, ya que la fundamentación iusnaturalista no se queda en la simple existencia de los derechos humanos como derechos naturales, independientemente de su incorporación al derecho positivo, sino que al mismo tiempo que insiste en su especial importancia e inalienabilidad propugna por la exigencia de reconocimiento, protección y garantías jurídicas plenas.

Y en relación con el positivismo jurídico porque defiende la existencia de los derechos humanos aún en el caso en que éstos no se hallen incorporados al ordenamiento jurídico y aunque en este

supuesto su existencia es parcial e incompleta, también es cierto que, si no aceptamos esa existencia moral previa, no es posible ni criticar a cualquier ordenamiento jurídico porque no los reconoce ni garantiza, ni es posible defender la necesidad de su incorporación al derecho positivo.²⁴⁰

5.5 La doctrina de los Derechos Humanos en México.

En nuestro país también ha habido grandes pensadores que han reflexionado sobre los derechos humanos, desde la antigüedad como ha sido fray Bartolomé de las Casas y don Miguel Hidalgo y Costilla, que aunque no del todo mexicano el primero de ellos, sí han reflexionado desde México acerca de los derechos humanos sobre todo de los indios.

Tenemos también algunos pensadores de este siglo como son el recientemente fallecido doctor Jorge Carpizo Mcgregor, el doctor Carlos F. Quintana Roldán, el doctor Eduardo Andrade Sánchez y el doctor Sergio García Ramírez.

5.5.1 Fray Bartolomé de las Casas.

Bartolomé de las Casas fue un encomendero español y luego fraile dominico, filósofo, teólogo, jurista, obispo de Chiapas en el

²⁴⁰ *Idem*, páginas 108 y 109.

Virreinato de la Nueva España, protector universal de todos los indios de las Indias, pues fue un gran protector de los indios y precursor de los derechos humanos. Junto con Francisco de Vitoria, Bartolomé de las Casas es considerado uno de los fundadores del derecho internacional moderno, tanto él como Francisco de Vitoria se ocuparon del problema alrededor del cual emergió el derecho de gentes en la época moderna: la definición de las relaciones entre los imperios europeos y los pueblos del nuevo mundo. Esta tarea requería de la creación de un marco jurídico suficientemente amplio como para ser válido al mismo tiempo para europeos y aborígenes. La tradición legal que fue usada para tales fines fue precisamente la del derecho natural, la cual fue tomada del derecho medieval y la filosofía estoica.²⁴¹

5.5.2 Miguel Hidalgo y Costilla.

Don Miguel Hidalgo y Costilla, nacido en San Diego, Corralejo en Guanajuato en el año de 1753 y quien es considerado como el padre de la patria, pues fue el que inició el movimiento de independencia con el famoso grito en la Iglesia de Dolores en el estado de Guanajuato el 15 de septiembre de 1810.

Hidalgo debe ser considerado un precursor de los derechos humanos no solamente en nuestro país, sino en todo el continente, pues con el documento que emitió que conocemos como el bando de

²⁴¹ *es.wikipedia.org/wiki/Bartolomé_de_las_Casas*, visitada el día 24 de mayo de 2016.

Hidalgo del 6 de diciembre de 1810, deja abolida la esclavitud. Incluso se lee en dicho documento que los amos de los esclavos que no los liberaran en un término de 10 días a partir de la emisión de ese decreto tendrían como sanción la pena de muerte.²⁴²

Incluso vale la pena destacar que la esclavitud se abolió aquí en nuestro país antes que en los Estados Unidos de América. Allá fue en el año de 1865.

5.5.3 Jorge Carpizo Mcgregor.

Según el doctor Jorge Carpizo Mcgregor la persona es un ser que se mueve por sí, tal como lo hacen los animales, pero a diferencia de éstos la persona se mueve por la voluntad y la inteligencia. Estos dos elementos constituyen los medios a través de los cuales construye su destino y entonces de ser un ente biológico se convierte precisamente en persona. Para él la dignidad es el punto central en la persona, pues la dignidad de la persona radica en su destino y nadie puede impedir a otro la realización de su fin.

Para este autor, el destino de la persona es realizarse como tal; alcanzar su esencia de libertad y cumplir, en la medida de sus posibilidades particulares el trabajo que le ha tocado realizar en su

²⁴² Tena Ramírez, Felipe. *Leyes Fundamentales de México 1808-1991*. Editorial Porrúa, Decimosexta Edición, México, 1991, página 22.

lapso de vida, pero al mismo tiempo se da cuenta de que es imposible vivir si no se le aseguran ciertos derechos. Así, los derechos humanos se constituyen como límites exteriores de existencia y base de la actuación humana y al asegurársele a la persona el que no le serán vulnerados, ésta se moviliza con libertad para lograr su destino: realizarse como ser humano.²⁴³

Parece ser que para el doctor Carpizo los derechos humanos son límites al poder público pues considera que la libertad, la dignidad y la igualdad de las personas son principios superiores contra los cuales no puede ir ningún ordenamiento jurídico.

Los derechos humanos se plasman porque el ser humano sintiendo su esencia de ser libre luchó por ello y no queriendo vivir una existencia biológica ha querido vivir una humanamente con dignidad y para conseguir eso ha exigido vivir con un mínimo de derechos asegurados frente al estado incluso frente a la economía.²⁴⁴

5.5.4 Carlos F. Quintana Roldán.

Para el doctor Carlos Quintana Roldán de la mitad del siglo XX hasta nuestros días se ha retomado en forma distinta la idea de los derechos humanos, aunque continúa diciendo que conservan su

²⁴³ Carpizo McGregor, Jorge. *La Constitución Mexicana de 1917*. Editorial Porrúa, Décima Edición, México, 1997, página 124.

²⁴⁴ *Ídem*, página 128.

designación original; es decir a los derechos civiles, garantías individuales o prerrogativas del ciudadano.²⁴⁵

Para este autor los derechos humanos se pueden definir desde diversos puntos de vista, señala que por un lado, siguiendo las tendencias más actuales de la materia propone la siguiente definición de derechos humanos:

“Se entiende por derechos humanos al conjunto de atributos propios de todos los seres humanos que salvaguardan su existencia, su dignidad y sus potencialidades por el mero hecho de pertenecer a la especie humana, que deben ser integrados y garantizados por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para evitar que el poder público y la sociedad los vulneren o violenten por tener la calidad de derechos fundamentales.”

Por otro lado, advierte que el concepto de derechos humanos no debe restringirse, por lo que es conveniente su análisis desde el punto de vista filosófico valorativo. Esto se justifica, según el doctor Quintana Roldán, toda vez que a los seres humanos se les ve de forma distinta que a las cosas, pues su dignidad como persona humana asume un valor distinto; es por esto que sostiene que siguiendo una tendencia

²⁴⁵ Quintana Roldán, Carlos F. y Norma D. Sabido Peniche. *Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, Sexta Edición, México, 2013, página 20.

histórica, los derechos humanos se pueden definir de la siguiente manera:

“El conjunto de derechos y garantías que salvaguardan la vida y la dignidad de los seres humanos y que los criterios valorativos de la cultura y de la civilización moderna atribuyen a todos los integrantes de la especie humana sin distinción alguna”.²⁴⁶

Es no nada más interesante, sino importante lo que sostiene este autor sobre todo en cuanto a que no nada más el poder público puede vulnerar estos derechos humanos, sino también la sociedad; sin embargo, hay autores que no están de acuerdo con él y sostienen que la sociedad no puede, en sentido estricto, vulnerar derechos humanos, sino solamente el poder público como lo ha sostenido otro tratadista el maestro Eduardo Andrade Sánchez, como lo veremos en el siguiente punto y después daremos nuestro punto de vista sobre el particular.

5.5.5 Eduardo Andrade Sánchez.

El constitucionalista Eduardo Andrade Sánchez parte de la pregunta de cómo debemos interpretar los derechos humanos a la luz de este nuevo paradigma constitucional con la reforma a la

²⁴⁶ *Idem*, página 23.

constitución de 2011 e incluso qué impacto tiene en cuanto a problemas o conflictos en las relaciones entre particulares.

Este tratadista sostiene que el tema debe abordarse empezando con una reflexión filosófica mediante la cual se explique qué son los derechos humanos y que no podemos abordar los derechos humanos exclusivamente basados en *slogans* o en ciertas modas sobre la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos, sin que se nos explique con claridad hasta dónde llega esa prevalencia o cuál es el alcance de los conceptos un cuanto confusos, por ejemplo, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o el interés superior del menor no tienen una concepción precisa. Si buscamos la exacta comprensión de estos conceptos no la encontraremos por que no la hay. Simplemente son un conjunto de afirmaciones y vaguedades, pero no hay comprensión de lo que esto significa.²⁴⁷

Para él los derechos humanos en su esencia filosófica, histórica y jurídica son derechos que se esgrimen frente al Estado. Estos derechos son para limitar el abuso del Estado sobre el poder que nosotros mismos le hemos dado, para que el Estado no abuse de su poder.²⁴⁸

²⁴⁷ Andrade Sánchez, Eduardo. *La Protección de los Derechos Humanos en los Conflictos entre Particulares*. Conferencia impartida en la Barra Mexicana Colegio de Abogados el 19 de mayo de 2016, organizada por la Comisión de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Amparo. La sede de la conferencia fue en el centro University Club en la Ciudad de México.

²⁴⁸ *Ibidem*.

Para el doctor Eduardo Andrade los derechos humanos son precisamente derechos que se oponen al Estado y no contra particulares, pues los particulares desde siempre han tenido otros mecanismos para defender sus derechos.

Este autor, incluso manifiesta que este esquema confuso del entendimiento de los derechos humanos puede provocar inseguridad jurídica.

5.5.6 Sergio García Ramírez.

Para el doctor Sergio García Ramírez, la dignidad humana es el sustento de la idea jurídica de los derechos humanos. Para él la reposición del ser humano está en el centro, el corazón, el eje de nuestros respetos.²⁴⁹

Sostiene este autor que en un principio se pensó que la felicidad provendría de la simple proclamación de los derechos humanos, en su versión primordial. A ello se añadió una especie de fe cívica depositada en la división de poderes. Por su puesto que esto no bastó y comenzó entonces la construcción de instrumentos para garantizar al ser humano el disfrute de sus derechos y ya no sólo la titularidad nominal. Luego, a lo largo del tiempo prosperaron los catálogos de derecho interno, cada vez más detallados; fueron luego enriquecidos

²⁴⁹ García Ramírez, Sergio. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa-UNAM, Segunda Edición, México, 1993, página 1.

con los derechos sociales que aportaron la última mitad del siglo XIX y los primeros años del siglo XX, incluso se dio paso a la formación de tribunales especializados; sin embargo, nada de esto fue suficiente, se requiere mucho más que un ordenamiento externo de la conducta. Es necesario una cultura de los derechos humanos.²⁵⁰

Desde luego, el doctor Sergio García se pregunta ¿cuál es el contenido o cuál es la realidad de los derechos humanos? e indica que no es fácil definir el campo de los derechos humanos e incluso se llega a preguntar que si acaso no son humanos todos los derechos. Sostiene que es claro que una cosa son los derechos humanos pensados por los individuos de la declaración de Virginia y otra esos derechos como los piensan y estampan en las leyes, pactos o convenciones los individuos de hoy.²⁵¹

Tanto este autor como el anterior, destacan la necesidad de establecer con claridad qué debemos entender por derechos humanos al igual que cuál es el contenido y alcance de los mismos.

²⁵⁰ *Idem*, página 2.

²⁵¹ *Ibidem*, página 4.

Capítulo VI. El neoconstitucionalismo: hacia una teoría explicativa de los derechos humanos en la actualidad.

6.1 El neoconstitucionalismo.

Para entender la evolución de los derechos humanos y su entrelazamiento con el pensamiento político y filosófico debemos entender lo que es el neoconstitucionalismo, pues éste es el nuevo paradigma que establece y trata de garantizar los derechos humanos.

El neoconstitucionalismo es una corriente de pensamiento constitucional que surge en Italia a finales de los años ochenta del siglo pasado. Intenta explicar, respaldar, sustentar y justificar las nuevas constituciones que surgieron después de la segunda guerra mundial. Esta corriente surge, como ya se dijo, para explicar, respaldar, explicar y justificar las nuevas constituciones que surgieron en época de la segunda posguerra. Ante los horrores que la humanidad vio en esta guerra el positivismo jurídico cae en un descredito impresionante y el derecho natural o naturalismo jurídico resurge como nunca antes en la historia.

Ahora bien, se ha llamado neoconstitucionalismo a una serie de fenómenos y transformaciones que se han dado en las constituciones en los últimos años. El término fue acuñado por la profesora italiana Susanna Pozzolo a finales del siglo XX, aunque parte de las

argumentaciones teóricas pertenecen a un grupo de profesores italianos como Ricardo Guastini, Paolo Comnaducci y Luigi Ferrajoli.²⁵²

6.2 Las características del neoconstitucionalismo en Luigi Ferrajoli.

Ha sido Luigi Ferrajoli quien ha llevado a cabo un interesante estudio sobre el neoconstitucionalismo.

Este autor parte de la base de que el Estado ha pasado por tres modelos a saber: el Estado premoderno, el Estado de derecho legal y el Estado de derecho constitucional. Este último es el que Ferrajoli distingue del Estado de derecho legal.

El Estado de derecho premoderno es el que estaba establecido en Europa antes de la revolución francesa, es el Estado cuyas características eran: ser monárquico, es decir el gobierno de uno solo, ser absolutista, o sea, que no compartía el poder con nadie, ser territorial pues gobernaba sobre un territorio específico y ser nacional ya que gobernaba precisamente sobre toda una nación.

El Estado de derecho legal es el que surge con la revolución francesa y sus características, según Luigui Ferrajoli son las siguientes:

²⁵² Rojas Tudela, Farit. *En la Razón/columnistas*. www.la-razon.com/.../neoconstitucionalismo-0-

1. La sinonimia entre el derecho y la ley: el derecho es el que está contenido en la ley sea justo o no es el que está en la ley.
2. Esa ley la hace la voluntad general, es decir, el pueblo. Mismo que está representado en el poder legislativo.
3. El poder legislativo es el poder preponderante pues los otros dos poderes solo se dedican a aplicar la ley.
4. En este estado la constitución es una norma programática no operativa: había que esperar hasta que el legislador hiciera una ley para poner en operatividad algún artículo de la constitución.²⁵³

El estado de derecho constitucional surge después de la segunda guerra mundial y a diferencia del estado de derecho legal tiene entre otras estas características:

1. Se rompe la sinonimia entre derecho y ley. Todos los poderes están sujetos a la ley y al derecho.
2. Se reconoce a la constitución el carácter de fuente del

1882611761.html

²⁵³ Vigo, Rodolfo. *Neoconstitucionalismos hoy: variantes y coincidencias*. Conferencia dictada en el Instituto de la Judicatura Federal. 159.16.88.103. www.ijf.gob.mx

derecho.

3. La constitución se ha cargado de moral. Ya la moral no está fuera del derecho. La constitución se carga de moral bajo los rótulos de principios, valores, fines y derechos humanos. Y como la constitución se le reconoce como la principal fuente del derecho, la moral irradia a todo el sistema jurídico.
4. Toda la constitución se reconoce como operativa no necesita del legislador para entrar en operatividad. No se le reconoce con el simple contenido de normas programáticas.²⁵⁴

6.3 Las características del neoconstitucionalismo en Ricardo Guastini.

Para Guastini se puede hablar de neoconstitucionalismo, siempre que existan las siguientes 7 condiciones:

1. Que el Estado respectivo cuente con una constitución rígida, es decir, que el procedimiento para modificar la constitución no sea un procedimiento simple que lo pueda hacer el legislador ordinario, sino que sería un legislador compuesto: el constituyente permanente como en el caso de nuestro país.

²⁵⁴ Ídem.

2. Que haya garantía jurisdiccional de la constitución, o sea, que la constitución esté resguardada en última instancia por el poder judicial.
3. Que la constitución tenga una fuerza vinculante para el Estado. Esto es, que las normas constitucionales vinculan y obligan al Estado no solo a cumplirlas, sino a hacer que se cumplan.
4. La sobreinterpretación de la constitución: que exista una interpretación extensiva de la constitución.
5. La aplicación directa de las normas constitucionales, dejando de ser simples normas programáticas para pasar a ser normas operativos.
6. La interpretación conforme de las leyes. O sea, que todas las leyes deben ser interpretadas de conformidad con lo que establece la constitución.
7. La influencia de la constitución sobre las relaciones políticas. Esto es que las normas constitucionales van a influir incluso en las relaciones políticas del estado.

Para Ricardo Guastini todo ordenamiento jurídico que satisfaga

estas siete condiciones será considerado como “impregnado” por las normas constitucionales.²⁵⁵

6.4 Las características del neoconstitucionalismo en Paolo Comanducci.

Para empezar Comanducci concibe al constitucionalismo como una ideología que requiere la creación de una constitución a fin de limitar el poder y prevenir el despotismo. El constitucionalismo es la teoría dominante del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX que es sin duda positivista.²⁵⁶

El neoconstitucionalismo es un proceso de modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos caracterizado por:

1. Una constitución invasora, es decir, que invade a todo el sistema jurídico.
2. La positivización de un catálogo de derechos fundamentales.
3. Por la omnipresencia de principios y reglas en la constitución.

²⁵⁵ Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Editorial Fontamara, Cuarta Edición, México 2013, página 148.

4. Por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto de la interpretación y la aplicación de la ley.²⁵⁷

6.5 Las características del neoconstitucionalismo en Robert Alexy.

Robert Alexy es el que introduce el tema de la separación entre reglas y principios.

Los principios son equivalentes a los valores: los principios son contenidos de moral. El valor dice lo mejor, el principio dice lo debido de lo mejor.

Para Alexy las normas jurídicas se dividen en reglas y principios: las primeras son mandatos perfectamente definidos y definitivos, determinados; los segundos son mandatos de optimización y mandan lo mejor posible según las posibilidades fácticas y jurídicas.

Para este autor, los principios incorporan la moral al derecho. La moral limita al derecho. La moral no sólo está en el derecho bajo el rótulo de principios, valores, derechos, fines, sino que también limita al derecho.

²⁵⁶ Comanducci, Paolo. *Formas de (neo) Constitucionalismo: un análisis metateórico*. Revista de ISONOMÍA N. 16 de abril de 2002. Universidad de Génova. Traducido del italiano por Miguel Carbonell, México, 2002, página 91.

²⁵⁷ *Idem*, página 97.

Otra diferencia es que las reglas se aplican a través de un silogismo en cambio los principios se aplican a través de la técnica de la ponderación y de la proporcionalidad que a la vez tiene tres subreglas: regla de necesidad, regla de idoneidad y regla de proporcionalidad en sentido estricto.

Para Robert Alexy esta es la estructura de las normas de derecho fundamental y si la constitución se carga de moral a través de esta nueva concepción resulta que del mismo modo todo el orden jurídico de un país se carga de moral, pues la constitución es la principal fuente del derecho.

6.6 El neoconstitucionalismo y sus vertientes.

En el neoconstitucionalismo se reconocen básicamente dos vertientes: la de los neoconstitucionalistas no positivistas y la de los neoconstitucionalistas *iusnaturalistas*. Aunque también está la vertiente neoconstitucionalista positivista encabezada por Ferrajoli, pero claro no es positivista kelseniano ni bobbiano, es decir, ni adscrito al positivismo de Kelsen ni adscrito al positivismo de Norberto Bobbio, sino él se considera positivista crítico, positivista garantista.

6.7 La matriz filosófica de los neoconstitucionalistas no positivistas y los neoconstitucionalistas *iusnaturalistas*.

Toda vez que para los neopositivistas la moral se ha impregnado en la constitución y por ende en todo el ordenamiento jurídico, conviene precisar cuál es la fuente filosófica de cada una de las posturas neoconstitucionalistas, tanto de los no positivistas como de los *iusnaturalistas*.

La matriz filosófica de los neoconstitucionalistas no positivistas es kantiana, parte de la filosofía de Kant, el concepto de persona humana parte de una antropología de un concepto construido a partir de ciertas competencias comunicativas.

La matriz filosófica de los neoconstitucionalistas *iusnaturalistas* es aristotélica, pero además su antropología es esencialista: el titular de los derechos humanos es cualquier miembro de la especie humana.

Considero que ambas posiciones filosóficas sostienen nuestro actual sistema constitucional pues materialmente nuestra constitución establece que todas las personas por el simple hecho de serlo gozan de los derechos humanos derivados de su propia existencia. Pero la forma de interpretar y de ejercitar los derechos humanos se base en la teoría de Robert Alexi: se resuelve caso por caso bajo el sistema de

ponderación de principios, léase los derechos humanos que están en juego; sin embargo, pienso que hace falta una mejor teoría que explique claramente qué son los derechos humanos. Hasta aquí tenemos que ha habido un gran esfuerzo por parte de muchos pensadores tanto nacionales como extranjeros, pero sigue sin entenderse a precisión qué son los derechos humanos

Conclusiones.

PRIMERA. La idea del derecho Natural surge en Grecia, aproximadamente en el siglo V a. C. Y son los sofistas no los estoicos los fundadores de la problemática *iusnaturalista*. Pero, encontramos que la idea de la ley natural está en Heráclito quien concibe al cosmos como un orden racional, es decir, perfectamente ordenado.

SEGUNDA. Aristóteles no es el “Padre del derecho natural” como comúnmente se considera. Los estoicos son los que perfeccionan y le dan base filosófica y estructura al derecho natural. El concepto de derecho natural de los estoicos ejerció una fuerte influencia sobre el desarrollo posterior del derecho y de la filosofía jurídica, pero sobre todo ejerció una fuerte y perdurable influencia en los jurisconsultos romanos. El pensamiento de un derecho natural distinto del positivo fue elaborado ante todo por los estoicos, prescindiendo de ciertas iniciaciones que se hallan en los sofistas.

TERCERA. El cristianismo fue fundamental en el desarrollo de los derechos naturales; sin embargo, es con San Pablo con quien nace el *iusnaturalismo* cristiano. No obstante ello, es San Agustín quien proporcionó las fórmulas fundamentales de la concepción *iusnaturalista* cristiana: los conceptos ley eterna, ley natural y ley humana. Estos fueron los conceptos que dominarían toda la filosofía jurídica medieval: la teoría cristiana del derecho natural. Pero además, cabe precisar que San Agustín nos proporciona la teoría más completa

de la ley natural que encontramos en la época antigua. Él construye la pieza fundamental de la relación entre Dios y el derecho natural.

CUARTA. La síntesis sistemática de la ley y del derecho natural verdaderamente monumental corresponde a Santo Tomás, pues con su pensamiento y su filosofía deja claro que el derecho es una ordenación de la vida del hombre en las relaciones con sus semejantes, con un orden universal divino como fundamento de esta ordenación.

QUINTA. La importancia del pensamiento de Juan Escoto radica en que con él se inicia la crisis de la concepción clásica del derecho natural, tal como lo había formulado Santo Tomás, y cuyo rasgo central era el intelectualismo, pues con Juan Escoto el derecho natural pasa del intelectualismo al voluntarismo: el derecho natural no es más que la voluntad de Dios. Y con Guillermo de Ockham se apunta un cambio del iusnaturalismo voluntarista hacia el positivismo jurídico.

SEXTA. La escuela española del derecho natural es el tránsito del Derecho Natural Teológico al Derecho Natural Racionalista. En dicha escuela se inician las primeras tesis racionalistas, como las de Vázquez de Menchaca, Gabriel Vázquez y Francisco Suárez.

SÉPTIMA. Con Nicolás Maquiavelo el derecho natural clásico encuentra su doctrina opuesta: la razón de estado. Asimismo, se justifica el positivismo jurídico de la época moderna en el estado

absolutista.

OCTAVA. Con Juan Bodino, se inicia la separación del derecho natural y el derecho positivo.

NOVENA. Con Thomas Hobbes es patente señalar que las personas ceden todos sus derechos personales naturales al estado, sin tener capacidad de recuperarlos, por lo que consideramos que para este autor no hay derechos humanos de las personas.

DÉCIMA. John Locke es un total pensador *iusnaturalista*. De hecho se le considera el “padre del liberalismo político” y pensador muy influyente en la declaración de independencia de los Estados Unidos de América de 1776, movimiento que consideramos estableció la era de los sistemas políticos de corte *iusnaturalista*.

DÉCIMA PRIMERA. Montesquieu es un *iusnaturalista* racionalista y por su parte, Rousseau acusa un voluntarismo exacerbado y viene a representar el punto final de las doctrinas del derecho natural. Lo anula reduciéndolo a rasgos psicológicos del alma humana, rompiendo así el puente que el pensamiento moderno había trazado entre la naturaleza humana y la sociedad política.

DÉCIMA SEGUNDA. Con los autores de la denominada escuela del derecho natural moderno, vemos la separación del derecho natural de la religión asentando indirectamente los inicios de un derecho positivo.

DÉCIMA TERCERA. La segregación del derecho del campo de la moralidad realizada por Fichte, al igual que por Thomasius y Kant, era inherente al desarrollo de la escuela clásica del derecho natural y una necesidad concomitante del sistema individualista y liberal imperante en esa época. Con Kant, vemos una nueva forma de concepción del Derecho natural pues este derecho es de conocimiento *a priori*. Kant reemplaza el derecho natural clásico y moderno por un derecho puramente racional.

DÉCIMA CUARTA. Para Hart, tener un derecho significa tener una justificación moral para limitar la libertad de otra persona y para determinar en qué forma ésta debe actuar. Si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todas las personas por igual a ser libres.

DÉCIMA QUINTA. Estamos de acuerdo con Bobbio en el sentido de que la afirmación de los derechos naturales y la Teoría del contrato social o contractualismo están estrechamente ligadas. Lo que une la doctrina de los Derechos del hombre y el contractualismo es la común concepción individualista de la sociedad, la concepción de acuerdo con la cual primero está el individuo con sus intereses y necesidades, que toman la forma de derechos en virtud de una hipotética ley de naturaleza, y luego la sociedad. Finalmente, sin individualismo no hay liberalismo.

DÉCIMA SEXTA. El neoconstitucionalismo es el pensamiento jurídico que surge en Italia a finales de los años 80 del siglo pasado y estudia

las constituciones que se dan a partir de la segunda posguerra mundial. La preocupación más fuerte de estos juristas es proteger y garantizar los derechos fundamentales y su influencia ha sido muy fuerte ya que cada vez se van ampliando más y más los derechos fundamentales en las constituciones, como es el caso de la nuestra.

DÉCIMA SÉPTIMA. Finalmente, en el siglo XXI vemos que la moral se incrusta en la constitución a través de principios, valores, fines o derechos humanos. Y si la constitución se ha impregnado de moral luego entonces todo el sistema jurídico se ha impregnado de moral y al romperse la sinonimia entre el derecho y la ley, entonces hay que respetar el derecho y no la ley. De aquí que en el neoconstitucionalismo se desaplica una ley que vaya contra el derecho humano.

DÉCIMA OCTAVA. Consideramos que ambas posiciones filosóficas sostienen nuestro actual sistema constitucional pues materialmente nuestra constitución establece que todas las personas por el simple hecho de serlo gozan de los derechos humanos derivados de su propia existencia. Pero la forma de interpretar y de ejercitar los derechos humanos se base en la teoría de Robert Alexi: se resuelve caso por caso bajo el sistema de ponderación de principios, léase los derechos humanos que están en juego.

DÉCIMA NOVENA. Tanto el pensamiento filosófico como el pensamiento político han hecho sus respectivas aportaciones al

campo de los derechos humanos y a partir de ahí se ha tratado de establecer lo que abarcan y comprenden éstos; sin embargo, se advierte como se ha demostrado a lo largo de este trabajo que hace falta una teoría explicativa de los derechos humanos que dé una exacta explicación de los mismos en su origen y evolución e incluso conceptualización. El objetivo del presente trabajo es dejar sentada esa deficiencia y contribuir en un primer acercamiento a elaborar una teoría explicativa de los derechos humanos para una mejor comprensión y aplicación de los mismos, pues ya toda situación se quiere llevar al campo del derecho humano, siendo que no todas las situaciones son de derecho natural, por lo que en esta circunstancia se cae en un esquema de derecho positivo y no en un esquema de derecho natural. Así, si una situación que no es natural se legisla es porque ha sido por la voluntad del estado. Por lo que al malentender el derecho se le da a alguna legislación la apariencia de derecho natural cuando en sí es algo de derecho positivo.

Bibliografía.

Abbagnano, Nicola. *Diccionario de Filosofía*. Editorial Fondo de Cultura Económica, segunda edición en español, novena reimpresión, México, 1992.

Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Andrade Sánchez, Eduardo. *Teoría General del Estado*. Editorial Oxford, México, 2003.

Basave Fernández del Valle, Agustín. *Filosofía del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 2001.

Basave Fernández del Valle, Agustín. *Teoría del Estado, Fundamentos de Filosofía Política*. Editorial Jus, México, 1985.

Beer, Max. *Historia General del Socialismo y de las Luchas Sociales*. Ediciones Ercilla, Santiago de Chile, 1936.

Beuchot, Mauricio. *Filosofía y Derechos Humanos*. Editorial Siglo XXI. México, 1993.

Bobbio, Norberto. *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*. Editorial Fondo de Cultura Económica,

México, 1992.

Bobbio, Norberto. *Liberalismo y Democracia*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Segunda Reimpresión, México, 1992.

Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, S. A., Colombia, 1994.

Bodenheimer, Edgar. *Teoría del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Cuarta Edición, México, 1964.

Brom, Juan. *Esbozo de Historia Universal*. Editorial Grijalbo, Vigésima Edición, Quinta Reimpresión, México, 2003.

Burgoa Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Editorial Porrúa, Decimoctava Edición, México, 1984.

Carbonnel, Miguel. *Los Derechos Fundamentales en México*. Editorial Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, 2004.

Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa, México, 2006.

Cicerón. *La República*. Ediciones Gernika, S. A., Tercera Edición, México, 2005.

Cisneros Farías, Germán. *Teoría del Derecho*. Editorial Trillas, Segunda Edición, México, 2000.

Copleston, Friederick. *Historia de la Filosofía. Libro I. Grecia y Roma*. Editorial Ariel. Barcelona, 2004.

Chávez Calderón, Pedro. *La República de Platón, Apuntes Didácticos para estudiantes*. Fernández Editores, México, 1991.

Chevallier, Jean- Jacques. *Los Grandes Textos Políticos, desde Maquiavelo hasta nuestros días*. Aguilar Ediciones, México, 1989.

De la Cueva, Mario. *La Idea del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, UNAM, Cuarta Edición, México, 1994.

De la Madrid Hurtado, Miguel. *Estudios de Derecho Constitucional*. Secretaría de Divulgación Ideológica del C.E.N. del PRI. México, 1982

De Pina Rafael y De Pina y Vara Rafael. *Diccionario de Derecho*. Editorial Porrúa, Decimoquinta Edición, México, 1988.

Del Castillo del Valle, Alberto. *Garantías del Gobernado*. Ediciones Jurídicas Alma, México, 2003.

Díaz Müller, Luis. *América Latina. Relaciones Internacionales y*

Derechos Humanos. Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1991.

Díaz Müller, Luis. *Manual de Derechos Humanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, Segunda Edición, México, 1992.

Dorantes Tamayo, Luis Alfonso. *Filosofía del Derecho*. Editorial Harla. México, 1995.

Echegaray, José Ignacio. *Compendio de Historia General del Derecho*. Editorial Porrúa. México, 2002.

Fasso, Guido. *Historia de la Filosofía del Derecho: libro 2 la Edad Moderna*. Editorial Pirámide. Madrid, 1968.

Fernández, Eusebio. *Teoría de la Justicia y Derechos Humanos*. Editorial Debate. Madrid, 1991.

Fernández-Galiano, Antonio y Benito de Castro Cid. *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*. Editorial Universitas, S. A., Madrid, 1999.

Ferrajoli, Luigi. *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil*. Editorial Trotta. Madrid, 1999.

Fioravanti, Maurizio. *Constitución: de la antigüedad a nuestros días*.

Editorial Trotta, S. A., Madrid, 2001.

Floris Margadant, Guillermo. *Derecho Romano*. Editorial Porrúa, Quinta Edición, México, 1974.

Friedman, Milton y Rose Friedman. *Libertad de Elegir*. Editorial Grijalbo, México, 1980.

Galán y Gutiérrez, Eustaquio. *Introducción al Estudio del Derechos Natural*. Editorial Sucesores de Rivadeneyra. Madrid, 1954.

Gamas Torruco, José. *Derecho Constitucional Mexicano*. Editorial Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

Gettel, Raymond G. *Historia de las Ideas Políticas*. Editora Nacional, México, 1979.

González Uribe, Héctor. *Teoría Política*. Editorial Porrúa, Decimocuarta Edición, México, 2004.

Goslinga Ramírez, Lorena y otros. *Evolución del Marco Normativo del Ombudsman Nacional Mexicano 1990-2002*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002.

Guastini, Ricardo. *Estudios de Teoría Constitucional*. Editorial Fontamara, Cuarta Edición, México, 2013.

Hart, H. L. A. *El Concepto de Derecho*. Editorial Abeledo- Perrot. Buenos Aires, 1961.

Heller, Herman. *Teoría del Estado*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Primera Edición en español, Novena Reimpresión, México, 1983.

Hervada, Javier. *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. Ediciones Universidad de Navarra, S. A., Segunda Edición, Pamplona, 1991.

Hirschberger, Johannes. *Historia de la Filosofía I*. Editorial Biblioteca Herder, Decimocuarta Edición, Barcelona, 1991.

Lemus García, Raúl. *Derecho Romano* (personas-bienes-sucesiones). Editorial Limusa. México, 1964.

Locke, John. *Of Civil Government, Second Treatise*. A Gateway Edition, USA, 1966.

López Cámara, Francisco. *Origen y Evolución del Liberalismo Europeo*. Universidad Nacional Autónoma de México, 1989.

López Hernández, José. *Historia de la Filosofía del Derecho Clásica y Moderna*. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 1998.

López Portillo y Pacheco, José. *Génesis y Teoría General del Estado*

Moderno. Ediciones Botas, México, 1958.

Manfred, A. Z. *Historia Universal. Tomo I*, Editorial Akal, Madrid, 1978.

Margadant, Guillermo F. *Derecho Romano*. Editorial Esfinge, Quinta Edición, México, 1960.

Martínez Ascorberta. Rosa María. *Cultura y Civilización de la Grecia Antigua*. Museo Nacional de las Culturas. Editorial Miguel Ángel Porrúa. México, 1995.

Marx, Karl and Friederich Engels. *The Comunist Manifesto*, Washington Square Press, Inc., 4th printing, USA, 1966.

Mayer, J. P. *Trayectoria del Pensamiento Político*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1985.

Montenegro, Walter. *Introducción a las Doctrinas Económicas*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Tercera Edición, Tercera Reimpresión, México, 1986.

Montesquieu, Charles. *Del Espíritu de las Leyes*. Editorial Porrúa. México, 2003.

Nevins, Allan and others. *Pocket History of the United States*. Pocket Books, USA, 1992.

Orozco Henríquez, Jesús y Juan Carlos Silva Adaya. *Los Derechos Humanos de los Mexicanos*. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2005.

Paine, Thomas. *Derechos del Hombre*. Alianza Editorial, S. A., Madrid, 2008.

Peces-Barba, Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Debate, Segunda Edición, Madrid, 1984.

Petit, Eugene. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Edinal. México, 1971.

Porrúa Pérez, Francisco. *Teoría del Estado*. Editorial Porrúa, Trigésima octava Edición, México, 2004.

Quintana Roldán, Carlos y Norma Sabido Peniche. *Derechos Humanos*. Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 2006.

Radbruch, Gustav. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Editorial Fondo de Cultura Económica. México, 1951.

Rangel Couto, Hugo. *Guía para el Estudio de la Historia del Pensamiento Económico*. Editorial Porrúa, Cuarta Edición, México, 1986.

Sabine, Geroge. *Historia de la Teoría Política*. Editorial Fondo de Cultura Económica, Segunda Reimpresión, México, 1992.

Sagrada Biblia por Eloino Nacar Fuster y Alberto Colunga Cueto. Biblioteca de Autores Cristianos. Madrid, 1986.

Santiago Nino, Carlos. *Ética y Derechos Humanos. Un Ensayo de Fundamentación*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1989.

Serra Rojas, Andrés. *Liberalismo Social*. Editorial Porrúa, México, 1993.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*. Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 2001.

Truyol y Serra, Antonio. *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado. Tomo I. De los Orígenes a la Baja Edad Media*. Editorial Alianza Universidad Textos. Madrid, 1982.

Vallarta Plata, José Guillermo. *La Protección de los Derechos Humanos, Régimen Internacional*. Editorial Porrúa, México, 2006

Vigo, Rodolfo Luis. *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo, Coincidencias y Difeencias*. Editorial Porrúa, México, 2016.

Wilkinson, Philip. *World History*. A DK Publishing Book, USA, 1996.

Wootton, David. *Political Writings of John Locke*. A Mentor Book Editions, USA, 1993.

Xirau, Ramón. *Introducción a la Historia de la Filosofía*. Universidad Nacional Autónoma de México, Quinta Edición, México, 1976.

Zagrebelsky, Gustavo. *El Derecho Dúctil*. Editorial Trotta. Madrid, 2003.

Conferencias:

Andrade Sánchez, Eduardo. *La Protección de los Derechos Humanos en los Conflictos entre Particulares*. Conferencia impartida en la Barra Mexicana Colegio de Abogados el 19 de mayo de 2016, organizada por la Comisión de Derecho Constitucional, Derechos Humanos y Amparo. La sede de la conferencia fue en el centro University Club en la Ciudad de México.

Vigo, Rodolfo. *Neoconstitucionalismos hoy: variantes y coincidencias*. Conferencia dictada en el Instituto de la Judicatura Federal. 159.16.88.103. www.ijf.gob.mx

Páginas web:

es.wikipedia.org/wiki/Bartolomé_de_las_Casas, visitada el día 24 de mayo de 2016.

Rojas Tudela, Farit. *En la Razón/columnistas*. *www.la-razon.com/.../neoconstitucionalismo-0-1882611761.html*