

TERCERA PARTE

ESTIMATIVA Y JURISPRUDENCIA

<i>Capítulo Sexto: La justicia</i>	200
1. Concepciones históricas	200
a) Protágoras	200
b) Calicles	200
c) Trasímaco	200
ch) Arcecilao. Aristipo	201
d) Sófocles. Sócrates	201
e) Platón. Aristóteles	201
f) Estoicismo	202
g) Los juristas romanos	203
h) Agustín de Hypona. Tomás de Aquino	203
i) Epicuro. Hobbes. Locke	204
j) Grocio	204
k) Puffendorf. Thomasius	205
l) Leibniz	206
m) Stammler	206
n) Cohen	207
2. El prejuicio del iusnaturalismo	207

CAPÍTULO SEXTO

LA JUSTICIA

Antes de que el pensamiento jurídico fuese instrumentado mediante la hipótesis de la norma básica, resultaba una necesidad metódica inexcusable la postulación de un derecho natural, como último fundamento de validez del derecho positivo.

F.E.V.B.

1. CONCEPCIONES HISTÓRICAS

a) *Protágoras*. Protágoras enseña que Dios ha dado a todos los hombres por igual, el sentimiento de la justicia (*dikke, aidoo*), para que puedan concertar formas de convivencia. Siguiendo esta pauta de igualitarismo, Lycophrón reclama la abolición de la nobleza; Alcidas, la proscripción de la esclavitud; Faleas, las mismas oportunidades sociales y económicas para todos por la educación; y otros, la equiparación de derechos entre hombres y mujeres.¹

b) *Calicles*. Para Calicles el derecho natural se opone al derecho positivo, puesto que la justicia natural radica en la desigualdad, y la legal en la igualdad, y:

quienes escriben las leyes son los débiles y la gran masa... teniendo en cuenta sólo aquello que les puede interesar... Para amedrentar a los más fuertes... dicen que es feo e injusto aventajar en algo a los demás, y que trabajar por hacerse más poderosos es hacerse culpables de injusticia, porque siendo los más débiles se consideran felices de que todos sean iguales, ya que ellos son peores.²

Según el derecho humano, dice Calicles, es una afrenta hacer injusticia, pero según la ley natural es una afrenta padecerla, pues la igualdad no existe en la naturaleza, como puede verse entre los individuos y aun los animales, cuya norma de lo justo es que el fuerte se imponga al débil.

c) *Trasímaco*. Al igual que Calicles, Trasímaco postula que es justo todo lo que conviene al más fuerte, como lo demuestra el hecho de que

¹ Windelband, Wilhelm, *La filosofía de los griegos*, trad. Francisco Larroyo, pp. 114 y sig.

² Platón, *Gorgias o de la retórica*, trad. Luis Roig de Lluis, 10ª ed., 1952, p. 195.

los regímenes democráticos o Estados populares, promulgan leyes populares; los monárquicos, las promulgan en beneficio de la realeza; y los aristocráticos, en favor de la nobleza; declarando justa la observancia de tales disposiciones, con lo cual revelan que la justicia no es sino la ventaja del que posee autoridad y es, por ello, el más fuerte.³

ch) *Arcecilao. Aristipo*. Arcecilao de Mileto, discípulo de Anaxágoras y maestro de Sócrates, declara que lo bueno y lo malo, lo justo y lo injusto (*dikaion Aisjron*), son conceptos provenientes del capricho humano y, por tanto, que toda apreciación ética es convencional,⁴ con lo que no sólo sustrae al obrar de todo sentimiento personal, como Calicles y Trasímaco, sino que postula por vez primera un monismo jurídico positivista, al negar que lo justo y lo injusto lo sean por naturaleza. Aristipo, jefe y fundador de la Escuela Cirenaica, sostiene que lo justo y lo injusto no lo son por naturaleza sino por disposición de la ley.

d) *Sófocles. Sócrates*. Desde dos diversos puntos de vista, se ha sostenido la tesis de que el derecho natural vale *per se*, en cuanto tiene su fundamento en la voluntad divina. Sófocles en *Antígona*, la cual se defiende ante Kreón de la imputación confesada por ella de haber violado las leyes del Estado, expresa que “Zeus no ha hecho esas leyes, ni la Justicia que tiene su trono entre los dioses inmortales. Yo no creí que tus edictos valiesen más que las leyes *no escritas* e inmutables de los dioses, puesto que tú eres sólo un simple mortal. Inmutables son, no de hoy ni de ayer; y eternamente poderosas; y nadie sabe cuándo nacieron”. Esto es, que sobre el derecho positivo se encuentra el derecho divino, con lo que se sostiene una tesis claramente anarquista.

Sócrates afirma también la existencia y validez de leyes no escritas de origen divino, junto a las leyes humanas, admitiendo que ambas se pueden infringir, pero que si bien es posible librarse del castigo de las segundas, no lo es del que justamente imponen las primeras.⁵ Sin embargo, en el diálogo *Critón o El deber del ciudadano* de Platón, Sócrates expresa que en caso de conflicto entre ambas clases de leyes, deben obedecerse las humanas.

e) *Platón. Aristóteles*. Según Platón, los órdenes jurídicos positivos tienen la misión, el fin (*telos*) de realizar el orden natural, la Idea de la Justicia. En su juventud, Platón considera a la *idéai* o *eidée* como una mera equivalencia inmóvil entre el ser y el pensar, a la manera de los eléatas, por lo que el derecho positivo que no realizara plenamente la Idea de Justicia, no era verdadero derecho, ya que las Ideas eran entonces para él, arquetipos inmutables, modelos permanentes, paradigmas fijos. En Platón, la justicia consiste en la armonía de las tres virtudes capitales del individuo y de la sociedad: sabiduría, valor y templanza.⁶ La sabiduría es la ciencia

³ Platón, *La república o El estado*, trad. Patricio de Azcárate, 5ª ed., 1949, pp. 62 y sig.

⁴ Windelband, *Opus cit.*, pp. 116 y sig.

⁵ Jenofonte, *Memorias sobre Sócrates*, trad. Deleito y Piñuela, cap. IV, p. 144.

⁶ Platón, *La república o El estado*, traducción de Patricio de Azcárate, Espasa-Calpe, Argentina, S. A., 5ª ed., Bs. As., 1949, p. 173.

que tiene por objeto la conservación del hombre o de la sociedad.⁷ El valor, la idea que dan las leyes por medio de la educación respecto de las cosas que son de temer, y que se conserva en medio del dolor o del placer.⁸ Y la templanza, la armonía establecida por la naturaleza entre la parte superior y la inferior de una sociedad o de un individuo, para decidir cuál es la que debe mandar a la otra.⁹

Aristóteles, al igual que el Platón de juventud, distingue entre ley natural y ley positiva, entendiéndolo por aquélla el conjunto de principios universalmente válidos (*nomos koinós*), y por ésta, la que regula la vida de una comunidad determinada (*nomos idios*). El orden natural es para él inmutable, el positivo es, en cambio, variable. Éste tiene la misión de realizar aquél y es el medio por el que la ley natural se manifiesta en la historia. Distingue asimismo entre justicia natural y legal, dando a los principios de la primera validez universal e inmutable y a los de la segunda, una validez puramente histórica sujeta a la voluntad del legislador. Para Aristóteles la justicia legal no es ni puede ser nunca perfecta, por cuanto “la ley dispone de una manera general, y en los casos particulares hay algo excepcional”.¹⁰

Esta imperfección de la ley la explica el fundador del Liceo, recurriendo a la equidad y diciendo que “lo equitativo y lo justo son una misma cosa”, pero que “lo equitativo es mejor aún”, pues “siento justo, no es lo justo legal”, ya que la ley necesariamente es siempre general, y hay objetos sobre los que no se puede estatuir convenientemente por medio de disposiciones generales. “Lo propio de lo equitativo consiste precisamente en restablecer la ley en los puntos en que se ha engañado, a causa de la fórmula general de que se ha servido”. Lo justo legal es como una regla rígida. Lo equitativo es, en cambio, como una regla flexible que se amolda y acomoda a la forma del objeto que mide (regla de Lesbos).

f) *Estoicismo*. La Escuela estoica sostiene que existe una razón universal a la que llama *logos*, que se encuentra pulverizada en infinidad de gérmenes racionales (*logos spermatikoi*). El *logos* se encuentra difundido en el alma de los individuos, por lo que puede sostenerse la participación de la razón individual en la ley del universo, y por ello, la igualdad fundamental de todos los hombres y la existencia, en el espíritu humano, de conceptos innatos como el de la distinción entre el bien y el mal, el de la inmortalidad del alma y el de la eternidad y bondad divinas. Esta Escuela afirma que, en caso de conflicto entre las leyes terrenas de los fuertes y la ley moral, aquéllas resultan fruslerías. O sea, que debe prevalecer la ley natural sobre la ley positiva.¹¹

⁷ *Obra citada*, p. 156.

⁸ *Obra citada*, p. 157.

⁹ *Obra citada*, p. 160.

¹⁰ Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, V. 10. 1137 a. (citado por G. Máynez en su *Curso sobre la definición del derecho*, p. 50).

¹¹ G. Máynez, *La definición del derecho*, ed. mimeográfica, cap. IV, apartado C, inciso 5.

g) *Los juristas romanos*. Para los juristas romanos la justicia es la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo que es suyo. Posteriormente, como el concepto de voluntad que aquí se menciona sólo puede ser de carácter psicológico y, por ende, subjetivo, se despojó a esa popular fórmula de tal elemento y se acuñó la conocida expresión “dar a cada quien lo suyo”, como definición de la justicia.

h) *Agustín de Hypona. Tomás de Aquino*. Para Agustín existen tres diversas leyes: *aeterna*, como razón divina que rige el universo; *naturalis*, como la misma *lex aeterna* en cuanto se halla inscrita en el corazón y en la conciencia de los hombres; y *temporal*, como creación humana, innecesaria para los primeros hombres santos y justos, pero indispensable después del pecado. La primera es inmutable y cognoscible por cada individuo mediante la razón. La segunda, que es relativa a las circunstancias de tiempo y de lugar, por lo que debe tener contenido variable, se subordina a la primera por ser como su reflejo en el individuo. La tercera deriva materialmente de la segunda y tiene que ser justa para ser ley, pudiendo modificarse justamente según lo exijan las circunstancias.

En forma parecida, Tomás de Aquino entiende por ley “cierta ordenación de la razón al bien común”, distinguiendo cuatro diversas leyes: eterna, como “la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige toda acción, todo movimiento”; natural, como “participación de la ley eterna en la criatura racional”; humana, como ley positiva o “ley por hombres instituida” que “se deriva de la ley natural”; y divina, también como ley positiva “por la cual se prohíben todos los pecados”, “para que ningún mal quede sin prohibir e impune”.

La primera no es cognoscible en sí misma, sino a través de sus efectos, pero el hombre está sujeto a ella por cuanto conoce de algún modo esa ley, por cuanto lleva impresa en su misma naturaleza, una natural propensión hacia aquello que ordena. La primera norma del orden natural es para el de Aquino, la que dice “haz el bien y evita el mal”. La ley humana puede derivar de la natural, por deducción o por determinación de lo que en ella está especificado; las normas que derivan por deducción, toman algo de su vigor de la ley natural. Para regular perfectamente la vida humana, se sobreañade la ley divina a las leyes natural y humana, porque el hombre tiene un fin: la beatitud eterna, que excede el poder de sus propias facultades, pues sus apreciaciones pueden resultar equivocadas, a causa de la incertidumbre de su juicio, y él necesita saber, sin duda alguna, qué es lo que debe hacer y qué evitar; porque el hombre sólo puede establecer leyes sobre las cosas de que puede juzgar, y hay cosas desconocidas acerca de las cuales es necesaria una norma de la acción; y porque la ley humana no puede castigar y prohibir todo lo que se hace malamente, pues al intentar suprimir todas las cosas malas, se suprimirían también muchas buenas y se impediría la utilidad del bien común.¹² Para él, la justicia es el criterio para estable-

¹² Tomás de Aquino, *Suma Teológica (selección)*, 4ª ed., pp. 137-142.

cer los *deberes* del individuo para con los demás, atendiendo a los *derechos* que emanan de sus respectivas personas.

i) *Epicuro. Hobbes. Locke.* En Epicuro, que no es iusnaturalista, la justicia es el resultado de un pacto o convención entre los hombres, los que deben pensarse en un estado de naturaleza anterior al social, que se caracteriza como una lucha de todos contra todos y en el cual no existen derecho ni justicia, porque ésta nada es de por sí, sino el resultado de convenciones que se hacen para no dañar ni ser dañados. Los animales no pueden gozar justicia ni padecer injusticia, porque no pueden convenirse con pacto alguno. Lo justo es así lo útil: cuando una ley ya no reporta utilidad ya no es justa, aun cuando lo haya sido antes.

Ahora bien, inspirándose en esta tesis, Thomas Hobbes parte de la hipótesis de un estado de naturaleza, al que caracteriza como *bellum omnium contra omnes*, y en el cual no se conocen la justicia y la injusticia y hay derecho a todo en cada individuo. Así, como este derecho a todas las cosas está garantizado por la propia fuerza, el afán utilitario de seguridad y comodidad lleva al hombre a buscar la paz abandonando el estado de naturaleza, siendo entonces en la razón donde encuentra “las normas que pueden llevar a un estado de convivencia pacífica”, a saber: a) Cada hombre debe buscar la paz y, si no puede conseguirla, ha de usar de todos los recursos y ventajas de la guerra; b) Cada hombre debe estar dispuesto a despojarse de su derecho a todas las cosas, si los otros también lo están, en la medida que sea necesario para obtener la paz y su propia defensa; y c) Los acuerdos de voluntad son obligatorios (*pacta sunt servanda*).¹³

En cambio, para John Locke el estado de naturaleza y la lucha de los hombres entre sí, son cosas diferentes. Lo que propiamente puede llamarse estado de naturaleza, es el de los hombres que viven juntos de acuerdo con la razón, sin un superior común dotado de autoridad. El empleo de la fuerza, allí donde no hay un superior común a cuya ayuda pueda acudir, es lo que introduce el estado de guerra. En el estado de naturaleza hay cinco normas que derivan de la razón: igualdad de los hombres entre sí; independencia de unos frente a otros; libertad de hacer u omitir lo que la razón no ordena ni prohíbe; derecho al trabajo y al producto de la propia actividad; y propiedad como derecho a la propia persona, a la obra de nuestro esfuerzo, a la libertad, a la igualdad y a la independencia. Sin embargo, como en el estado de naturaleza no hay superior común capaz de dirimir las contiendas y garantizar el derecho de cada quien, se hace necesario que los hombres abandonen su poder natural y lo depositen en la comunidad.¹⁴

j) *Grocio.* Hugo Grocio, llamado por Puffendorf y Thomasius el padre del derecho natural, entiende a éste como “un dictado de la recta razón, que indica que alguna acción por su conformidad o disconformidad con la misma naturaleza racional, tiene fealdad o necesidad moral, y de consiguiente,

¹³ G. Máynez, *La definición del derecho*, cap. IV, apartado C, inciso 8, subinciso a).

¹⁴ *Ibidem*, subinciso b).

está prohibida o mandada por Dios, autor de la naturaleza”. Para este pensador, “el derecho natural es tan inmutable que ni Dios mismo lo puede cambiar”, porque así “como ni Dios siquiera puede hacer que dos y dos no sean cuatro, así tampoco que lo que es malo intrínsecamente no lo sea” (*De jure belli ac pacis*). Según Grocio, el fundamento del derecho natural se halla en la índole social del ser humano, en su *appetitus socialis*, y sus principios son cuatro: el deber de respetar lo ajeno, el de cumplir la palabra empeñada (*pacta sunt servanda*), el de reparar el daño ocasionado culpablemente, y el de imponer justo castigo al delincuente.¹⁵

k) *Puffendorf. Thomasius*. Samuel Puffendorf, quien con Christian Thomasius representa a la Escuela Clásica del Derecho Natural, considera que las normas de la conducta derivan de tres fuentes principales: las del derecho natural, de las luces de la razón; los preceptos civiles, de la voluntad del soberano; y los mandatos religiosos, de la revelación divina. Con excepción de estas últimas, cuyo fundamento encuentra en la divinidad, las demás normas las fundamenta en la sociabilidad humana, a través de la razón en lo tocante al derecho natural y de la voluntad del soberano en cuanto a las leyes civiles. Los deberes jurídicos, que el hombre tiene frente a los demás, son de dos clases para este autor: absolutos y condicionales. Los primeros pueden entenderse como impuestos por el derecho natural y es posible señalar cuatro principales: no dañar a nadie, reparar el daño causado injustamente, tratar como a iguales a los demás hombres, y contribuir a su bienestar.

Para Puffendorf, el estado de naturaleza atendiendo a la relación moral que la propia naturaleza ha establecido entre todos los hombres:

es aquel en que se concibe a los individuos en cuanto no tienen entre sí más relación moral, que la que se funda sobre esa unión simple y universal que resulta de la semejanza de su naturaleza, independientemente de toda convención y de todo acto humano susceptible de someter unos hombres al poder de otros hombres. (*Los deberes del hombre y del ciudadano*).

En dicho estado, los derechos fundamentales del hombre son dos: independencia de cada individuo, “frente a cualquiera que no sea Dios”, e igualdad natural. Y como este estado tiene grandes desventajas por la carencia de un poder común, guiados por su instinto de sociabilidad y por su propia conveniencia, los individuos lo abandonan concertando tres pactos o contratos: el de sociedad, por el que se comprometen a unirse en un todo social; el constitucional, por el que establecen las normas para la constitución del cuerpo civil; y el de sujeción, por el que entregan el poder al soberano y se obligan a prestar obediencia a los gobernantes.¹⁶

Según Thomasius, la sociedad es el fundamento de todo orden jurídico, pero aquella no es algo natural sino el resultado de un pacto celebrado

¹⁵ *Opus cit.*, inciso 9.

¹⁶ *Opus cit.*, inciso 10.

entre los individuos, para realizar sus fines específicos. Considera que en el estado natural prevalecen las tendencias hostiles sobre las pacíficas y que la sociedad civil es producto de consideraciones meramente utilitarias. Thomasius se revela como recalitrante eudemonista al sostener, como norma suprema del derecho natural, que: *Facienda esse, quae vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam et evitanda, quae vitam reddunt infelicem et mortem accelerant* (debe hacerse lo que en grado sumo prolonga la vida humana y la hace feliz; debe evitarse lo que la hace desgraciada y apresura la muerte) (*Fundamenta iuris naturae et gentium*). El pacto social tiene para él la función de crear un *orden jurídico coactivo*, por lo que los principios que rigen en el estado de naturaleza, son más bien consejos o preceptos morales que normas jurídicas, porque “la característica esencial del derecho es la coercitividad”. El derecho natural comprende tres órdenes de preceptos: de lo honesto o morales, de lo justo o jurídicos y del decoro o convencionales, cada uno de los cuales tiene una norma fundamental que, respectivamente, son: *quod vis ut alii tibi faciant, tu et facias* (haz contigo mismo lo que desees que otros hagan con ellos mismos); *quod tibi no vis fieri, alteri ne feceris* (no hagas a otros lo que no quieras para tí); y *quod vis alii tibi faciant, tu et ipsis facias* (lo que desees que los otros hagan contigo hazlo tú con ellos).¹⁷

l) *Leibniz*. La ley o *ius voluntarium* vale sólo en cuanto es el mandato de un superior —expresa Leibniz—, pero el derecho en sentido material vale porque es justo. Hablar de derecho justo, es un pleonasma, y de derecho injusto, una aberración. La justicia no depende de los juicios estimativos de los hombres y ni siquiera de la voluntad divina. El fuerte justo no es justo en cuanto es fuerte, sino en cuanto es justo. Lo justo no es justo porque Dios lo quiere, sino que Dios quiere lo justo porque es justo. La justicia no es algo arbitrario, puesto que tiene su razón de ser en las verdades necesarias y eternas de la naturaleza de las cosas, como los números y las relaciones, y existe en y por sí misma. Conviene anotar que Leibniz no intenta siquiera la definición de la justicia.¹⁸

m) *Stammler*. Según Stammler, la justicia o Idea del Derecho es la orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comunidad pura (*Gerechtigkeit ist das Richten eines besonderen rechtlichen Wollens im Sinne der Lauteren Gemeinschaft*),¹⁹ y esta idea puede encauzar empíricamente la vinculación de los fines humanos, siguiendo dos principios: el de respeto y el de solidaridad; el primero consiste en considerar siempre a los individuos vinculados como personas, es decir, como fines en sí mismos y no como medios, y el segundo, en no trazar los límites de la vinculación de modo subjetivo sino objetivo. Por comunidad entiende este pensador, el

¹⁷ *Opus cit.*, inciso 11.

¹⁸ *Opus cit.*, inciso 12.

¹⁹ Stammler, Rudolf, *Tratado de filosofía de derecho*, traductor Wenceslao Roces, de la 2ª edición alemana, editorial Reus, Madrid, 1930.

punto de mira ideal de la vinculación de fines en la convivencia humana. Por comunidad pura, una comunidad de hombres librevolentes, de hombres que orientan sus aspiraciones concretas en el sentido de la pureza o libertad del querer. Por pureza o libertad del querer, la depuración de toda materia concreta. Por querer, una forma pura, como la causalidad, de ordenación de todos los contenidos posibles de la conciencia, sólo que en relación de medio a fin y no de causa a efecto. Fin es para él un efecto que se aspira a alcanzar; medio, una causa que se puede elegir.²⁰

n) *Cohen*. Hermann Cohen sostiene la necesidad de postular la existencia de un derecho natural, como fundamento último de toda ciencia jurídica. Y así dice que “la concepción del Derecho Natural descansa sobre el antiguo pensamiento griego originario de la ley no escrita” (*agraphoi nomoi*).

Por muy remotamente que se hayan puesto por escrito las leyes fundamentales —agrega—, se ha sentido la necesidad de separar de lo escrito una forma primordial de la legalidad, para convertirla en el fundamento de esta misma legalidad.²¹

Esta necesidad la justifica el Maestro de Marburgo afirmando que, si el conjunto sistemático de la filosofía del derecho no debe ser limitado a la lógica y se encuentra a cada paso con los problemas y los conceptos de la ética, tal filosofía se erige y se mantiene, más o menos constante, sobre el fundamento de la ética, siendo ésta la antigua correlación del derecho positivo con el derecho natural, la cual se abre paso siempre de nuevo. Es decir:

si no se restringe la Jurisprudencia a la exégesis de las leyes en vigor, aun cuando se reconozca en ella a la ciencia de la legislación, nunca debe ser denegado el espíritu que ha encontrado una expresión en el antiguo término del Derecho Natural. Una Jurisprudencia que rechace la relación con la Ética es inconcebible como también lo son sus fundamentos últimos. *El derecho del Derecho es el Derecho Natural o la Ética del Derecho*.

O en otros términos, la postulación de un derecho natural es, en Cohen, una necesidad metódica inexcusable para entender el derecho positivo, que no lleva en sí mismo el fundamento último de su validez. (El maestro ignora en su tiempo la hipótesis heurística de la norma básica, que fundamenta lógicamente el deber ser jurídico).

2. EL PREJUCIO DEL IUSNATURALISMO

Todas las doctrinas anteriores y muchas más que no tiene objeto mencionar, son sólo una larga serie de tentativas dogmáticas que, pretendiendo fun-

²⁰ *Opus cit.*

²¹ Cohen, *Ethik des reinen Willens*, Introducción, inciso 68.

dar el concepto del derecho en posiciones ideológicas irreductibles, hacen imposible el conocimiento jurídico y desembocan en un anarquismo vergonzante.

En efecto, si sólo fuesen jurídicas las normas que realicen o tiendan a realizar un específico ideal político, como la igualdad (Protágoras); el predominio de los más fuertes (Trasímaco); el bien común (Tomás de Aquino); definible en la práctica por los detentadores del poder; la paz, la seguridad y la comodidad (Hobbes); la propiedad privada, la libertad y la independencia (Locke, Grocio, Puffendorf); la felicidad (Thomasius); la comunidad de hombres librevolentes (Stammler), etcétera; entonces todas las normas cuyo contenido no satisfaga la finalidad que emocionalmente prefiera el investigador, tendrán que ser eliminadas del campo de trabajo de la investigación jurídica, con la consiguiente mutilación del fenómeno histórico denominado derecho y, por ende, con el corolario de imposibilitar el conocimiento jurídico.

Y por otra parte, si todos los iusnaturalismos sostienen que las obligaciones supremas proceden del derecho natural y no del derecho en vigor, al postular que en caso de conflicto entre los mandatos de ambos deben acatarse los del primero; en este supuesto estamos frente a la más cruda tesis anarquista, ya que bastaría que un individuo crea que sus personales convicciones sobre la justicia se oponen a los mandatos del derecho vigente, para que pregone un “deber natural” de inobservancia de lo mandado por el orden jurídico. Y el anarquismo es impensable por cuanto expresa una contradicción esencial: la validez del derecho a que no haya derecho y la del deber de que no existan deberes.

En cuanto a la tesis platónica, por ejemplo, de que la justicia es la “armonía de las tres virtudes cardinales del alma humana: sabiduría, valor y templanza”, podemos afirmar que este concepto no es apto para definir al derecho natural como un derecho justo, por cuanto tal noción de justicia es, esencialmente, una noción jurídica. En Platón, la sabiduría es la ciencia que tiende a la conservación de la sociedad. Pero el de sociedad es un concepto jurídico, ya que si no lo fuere resultaría indistinguible de un mero agrupamiento animal, y así, sólo podemos saber lo que es la sabiduría —definida en función de la noción de sociedad—, luego de conocer al derecho. Lo mismo sucede con el valor, definido por el maestro de la Academia como “la idea que dan las leyes por medio de la educación...”, pues únicamente después de saber qué son las leyes, entendidas como una parte del derecho, estaremos en aptitud de concebir a la fortaleza en función de las mismas. Y en cuanto a la templanza ocurre lo propio, porque se la define como “armonía establecida por la naturaleza entre la parte superior y la inferior de una sociedad, para decidir cuál es la que debe mandar a la otra”, y objetivamente (sobre toda opinión) es imposible conocer cuál es la parte superior y cuál la inferior de una sociedad, ya que todas se complementan, fuera de la relación de gobernante y súbdito. En consecuencia, si para determinar

lo que es la justicia en Platón, es preciso conocer primero al derecho, aquélla no es utilizable para conceptualizar a éste como un orden justo.

Por lo que toca a la fórmula tomista de que “justicia es el criterio para establecer los *deberes* del individuo para con los demás, atendiendo a los *derechos* que emanan de sus respectivas personas”, como el de propiedad del individuo sobre sus facultades físicas y psíquicas, el producto de su esfuerzo particular, etcétera; conviene precisar que, objetivamente, no es posible afirmar que alguna cosa pertenezca absolutamente al individuo, pues este aserto sólo puede sostenerse sobre el supuesto de que la persona es un fin en sí misma, un autofin, y no un esclavo, lo cual es un mero juicio subjetivo de valor, característico de la ideología liberal individualista que, como cualquier otra ideología, tiene un derecho histórico para afirmarse a sí misma sin que, por ello, las demás carezcan de ese mismo derecho. Además, no existe ningún criterio universal que permita sostener lógicamente, que la institución de la esclavitud no es jurídica por ser injusta, ya que precisamente este criterio es el que se busca inútilmente. Por tanto, es irrelevante para la investigación científica, el juicio que afirma a la persona como un fin en sí misma. Y no se diga que la justicia es un sentimiento, porque entonces para nada servirá, ya que los sentimientos son eminentemente subjetivos, además de que, históricamente, no siempre se ha sentido a la esclavitud como injusta, como lo prueba la existencia de tal institución, hoy considerada como monstruosa en muchos países, en la mayoría de los pueblos primitivos, cuyos moralistas la contemplaron como un progreso moral frente a la práctica inveterada de sacrificar al enemigo vencido, al deudor insolvente o al reo de ciertos crímenes. Aún contemporáneamente, en la Arabia Feliz (Saudi-Arabia), el Yemen y otros países, como el Tíbet antes de la intervención china, se comercia con hombres. Se arguye que la referencia a los derechos “emanados” de las personas, que menciona la “definición” de justicia de Tomás de Aquino, debe entenderse tomando en cuenta simultáneamente la igualdad, la armonía y la proporción, entendiéndose por igualdad la paridad entre prestación y contraprestación; por armonía, el tratar por igual a los iguales y desigualmente a los desiguales; y por proporción, el determinar los derechos de cada uno según sus propios méritos, esto es, según su valor en la sociedad. Pero la existencia de una paridad entre prestaciones, de una desigualdad entre las personas y de lo socialmente valioso o meritorio, sólo puede establecerse objetivamente merced al derecho vigente y por los tribunales instituidos por el mismo, ya que de otra suerte cualquier opinión al respecto tendría el mismo valor que otra diversa y aun contraria, y no podría conocerse con certidumbre qué es lo igual, lo armónico y lo proporcional en el campo de las relaciones jurídicas. Por tanto, si para establecer lo que es la justicia tomista, al igual que ocurre con la platónica, es preciso saber antes qué es el derecho, las mismas no son aptas para definir a éste.

La Idea del Derecho de Stammler, como él llama a su noción de justicia (orientación de un determinado querer jurídico en el sentido de la comuni-

dad pura), tampoco puede funcionar como elemento unificador del concepto del derecho. En efecto, ya hemos visto que no se puede afirmar objetivamente que el individuo es un fin en sí mismo y no un esclavo. Stammer sostiene que los límites de la vinculación deben establecerse objetivamente; lo objetivo es lo que tiene necesidad racional y exigibilidad universal; pero no dice cómo se puede alcanzar esa objetividad de la regulación, pues el punto de partida que señala: la persona concebida como autofín, es dogmático.