

# Una sugerencia sobre el Derecho Natural

*A propose according to Natural Law*

**Dr. Manuel VILLEGAS RODRÍGUEZ**

San Lorenzo de El Escorial

mvillegasrodriguez@gmail.com

**Resumen:** La terminología usada en el tema de la existencia del Derecho Natural merece una atención crítica, porque existen diferencias conceptuales entre *Derecho* y *Ley*, y algunas frases jurídicas debieran corregirse según la clara terminología romana.

Algunas polémicas notables en el siglo XX entre los yusnaturalistas y los positivistas se resumen en este artículo, y que he elegido por su influencia en mi propia vida profesional.

Se transcribe una importante cita de san Agustín sobre la existencia de la Ley Natural, que desde finales del siglo IV persiste con una admirable sencillez socrática.

**Abstract:** The Spanish terminology about Natural Law warrants a modest, yet critical, reflection because it is evident that *derecho* is not the same as *ley*. The meaning of both Spanish words and another legal terms must be understood according to the terminology of Roman Law.

This article summarises the most important debates between jus naturalism and legal positivism in the 20<sup>th</sup> Century and I explain their influence on my own professional life.

It recalls Saint Augustin of Hippo's doctrine of Natural Law, since the 4<sup>th</sup> Century has shone forth with admirable Socratic simplicity

**Palabras clave:** Fundamento de Derecho. Yusnaturalismo. Positivismo jurídico. *De Libero Arbitrio* de san Agustín de Hipona.

**Keywords:** Natural Law. Jus Naturalism. Legal Positivism. The Work of Saint Augustine of Hippo *De Libero Arbitrio*.

## Sumario:

### I. Introducción.

**II. Terminología y concepto.**

2.1. *Derecho, Justicia y Equidad.*

2.2. *Derecho y Ley.*

2.3. *Derecho en el DEL.*

**III. Fundamento del derecho.**

3.1. *Yusnaturalismo.*

3.2. *Positivismo Jurídico.*

3.3. *Utilitarismo de Jonh Stuart Mill.*

**IV. Controversias del siglo XX.**

4.1. *Frederick Pollock versus Oliver W. Holmes.*

4.2. *Ronald Dworking versus Helbert Hart.*

4.3. *Hans Kelsen versus Carlos Cossio.*

**V. El pensamiento de San Agustín.****VI. Conclusiones.****VII. Bibliografía.**

**Recibido: noviembre 2013.**

**Aceptado: diciembre 2013.**

## I. INTRODUCCIÓN

“No entiendo que te obstines en negar la existencia de la Ley Natural, porque, entonces, debieras también rechazar el principio de la justicia natural que aceptas en tu *The Common Law*, en virtud del cual tú admites que es categóricamente verdadero el conjunto de las leyes positivas”. Esta frase, que contiene una fina ironía, fue escrita por el inglés Frederick Pollock (1845-1937) a su amigo Oliver Wendell Holmes (1841-1935), *Justice* y renombrado jurista americano, autor del libro titulado *The Common Law*. La controversia sobre la existencia del Derecho Natural entre ambos juristas, y que exponemos más adelante, representa un eslabón más de la cadena de enfrentamientos entre los seguidores de la teorías del yusnaturalismo y del positivismo jurídico.

El tema de la existencia del Derecho Natural pasó de ser una doctrina pacífica durante muchos siglos a un motivo de discusión y debate entre juristas, filósofos, moralistas y teólogos. La famosa frase de Grocio, en la que prescinde como hipótesis de la existencia de Dios para defender el Derecho Natural, se estima paradójicamente como el inicio de teorías contrapuestas, pues separar la existencia de Dios de la existencia de la Ley Natural no parece ser muy acertado.

Cuanto niegan la existencia del Derecho Natural propugnan que es ineficaz para promulgar las leyes humanas y para su aplicación, para el cambio de las mismas y el esmero en formularlas, para acometer normas novedosas y resolver las causas más difíciles, y, en fin, para convencer a los ciudadanos acerca de la obligatoriedad de las leyes que merman su libertad personal y patrimonial y para otros muchos aspectos que forman el sustrato de los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales. Para todo esto, dicen, no se necesita ningún fundamento extraño a la misma ley. Lo único que debe ser objeto de estudio por parte del jurista es el *derecho positivo*. Por eso, esta forma de pensar es denominada *positivismo jurídico* y una de sus tendencias intelectuales radica en los escritos de Bentham y John Stuart Mill.

Los *positivistas jurídicos* niegan que el Derecho Natural ilumine e infunda racionalidad, equidad y moralidad a la totalidad de la ciencia jurídica. No nos

podemos olvidar que el tema de la justificación de las leyes humanas está íntimamente relacionado con la necesaria justificación del poder civil, en cualquiera de las formas que se configure.

## II. TERMINOLOGÍA Y CONCEPTO

No pretendo imponer la opinión de algunos filólogos de atribuir a las palabras el significado estricto de su etimología, aunque ésta ciertamente indica cómo se originaron las diversas acepciones de un mismo vocablo. Por otra parte, la utilización incorrecta y reiterada de las palabras muestra en ocasiones una larvada intención de confundir a las personas menos preparadas<sup>1</sup>.

### 2.1. *Derecho, Justicia y Equidad*

Hagamos una breve reflexión sobre la terminología: los adjetivos derecho, justo y equitativo y sus correspondientes sustantivos, Derecho (Rectitud), Justicia y Equidad tienen un significado analógico, cuyos vocablos provienen respectivamente de los adjetivos latinos directus (rectus), justus y aequus, y de los sustantivos Rectitudo, Jus y Aequitas.

La **Rectitudo** se manifiesta a través del **Jus** y de la **Aequitas**, pero el **Jus** (la **Justitia**) se encarna especialmente en las **Leges**, que debieran reflejar lo recto, es decir, los legisladores deben redactar las normas de tal manera que en ellas se reconozca el *derecho* de todos y cada uno de los hombres. Si bien la **Aequitas** debe encarnarse *especialmente* en la rectitud de los jueces para que apliquen el **Jus** y traten a cada uno de los hombres como es debido, depurando la interpretación de la ley. Así se puede entender que el juez cuando *se hace violencia a sí mismo* para aplicar la ley es más bien *justus* que *aequus*; y cuando interpreta la ley prudentemente, llevado entre otros motivos por un sentimiento de piedad y rectitud, es más *aequus* que *justus*<sup>2</sup>.

La **Ley** –*Lex*– proviene del verbo *lego-legere* (leer) y significa que por haber sido promulgada *por escrito* todo hombre puede llegar a conocerla. La ley se establece por la autoridad competente, y es *regla* para arreglar (rectitud), es *forma* para formar, y *modelo* para modelar.

---

<sup>1</sup> Últimamente estamos soportando un malintencionado uso de vocablos, cuyo abuso lleva incluso a algún jurista a decir, por ejemplo, “el *derecho* a abortar”. De menos repercusión en el Derecho es, entre otras muchas, esa frase utilizada por los políticos “la *filosofía* de mi Partido es...”, que ciertamente hace estremecer a Cicerón dondequiera que esté.

<sup>2</sup> Cfr. IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Barcelona 1972, pp.205-206.

## 2.2. Derecho y Ley

Como el *Derecho-Natural* o *Ley-Natural* es, para los yusnaturalistas, el *Fundamento-del-Derecho*, surge la primera dificultad en razón del valor etimológico de las palabras, pues resulta que *Derecho* y *Ley* no son dos vocablos estrictamente unívocos, aun cuando se utilicen de la misma forma por una evolución de sus significados.

Es probable que en la lengua española, el vocablo **Ley**, a través de los años y de las vicisitudes lingüísticas, se haya disfrazado con la careta propia del vocablo **Derecho**. Estrictamente hablando, utilizar *Derecho* y *Ley* como sinónimos es un error.

El *Derecho* tiene estrecha relación con la *Justicia*. Los hombres exigen percibir la *Justicia* por medio de las leyes positivas, y no les complace que las leyes se inmiscuyan en su vida privada coartando su libertad, mientras esa libertad no esté en litigio con la libertad de los demás. El concepto de *Justicia*, por definición, es más amplio que el de las *leyes positivas*, y todas ellas deben acomodarse a las exigencias de aquella, pues cuando acaece un abuso legal, los hombres se rebelan contra lo legislado y su legislador.

Por otra parte, el contenido de la *Justicia* es menos amplio que el de *Moral*, pero ésta exige que aquella actúe dentro de sus límites. Ambas disciplinas no son ajenas entre sí, ni por su desarrollo didáctico, ni tan distintas que se deba aceptar la afirmación de que la *Ciencia-del-Derecho* no tiene semejanza con la *Moral*.

Respecto del cumplimiento de las leyes, el hombre desea que su actividad sea compensada o sancionada por ley, pero no que sea importunado por un veleidoso y abusivo juez. Son sentimientos universales que revelan una rectilínea asimilación de las exigencias de su ser. El Derecho se basa en esa rectitud íntima y universalmente sentida.

Existen confusiones que provienen de un defectuoso uso del lenguaje y ocasionan muchas inexactitudes conceptuales. La expresión *Ley Natural*, por ejemplo, no es la más acertada, sino que debiéramos decir *Derecho Natural*. Como el vocablo latino *Lex* significa una norma escrita, y, por tanto muy fácilmente conocida, con tal de leerla, se calificó el orden natural, no solamente como *Derecho* (rectitud) *natural*, sino que *quiso acentuar y añadir la facilidad para ser conocido* que conlleva el término *Ley Natural*, porque todo hombre puede leer su existencia en la naturaleza<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> La influencia del vocabulario bíblico en el Derecho es un tema importante, pero que no nos compete aquí dilucidar

Es interesante el significado que san Agustín de Hipona confiere a los términos *Ley* y *Derecho*, tema estudiado profundamente por el agustino Avelino Folgado Fernández<sup>4</sup>.

### 2.3. Derecho en el DLE

La importancia del vocablo **Derecho** exige espacio y tiempo para su clarificación y darle un sentido exacto. Es una tarea previa que exige consultar el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Ciertamente otras Enciclopedias y Diccionarios son más fiables para ofrecernos una doctrina y opinión sobre el tema, pero lo que se pretende ahora es encontrar *el significado de las palabras y las expresiones más fundamentales* que encierran conceptos indispensables, y que han sido aceptados *permanentemente* por la Real Academia de la Lengua Española y demás Academias hispanas.

Conforme las *Normas de Estructura del Diccionario*, el lema o entrada<sup>5</sup> con que encabeza el artículo es *derecho, cha*. Comienza con la información etimológica que procede de la palabra latina *directus*, y presenta 28 acepciones. A continuación, presenta el lema con formas complejas, es decir, el vocablo con aditamentos o complementos que justifica la interminable lista de conceptos que es claro testimonio de la importancia del término.

La *primera acepción* es un *adjetivo*, conforme el orden establecido por la costumbre en los diccionarios, con significado netamente material referido a cualquier objeto que mantiene una dirección recta o alineada. Una *segunda acepción* se refiere a un adjetivo cuyos sinónimos son, según se señala allí mismo, *justo* y *legítimo*. La *tercera acepción* es también un adjetivo que significa *fundado, cierto, razonable*, que se refiere evidentemente a una *cualidad* de los juicios del hombre cuando son acertados. Estas tres acepciones están íntimamente relacionadas entre sí: la primera, visible y tangible, ofrece una perceptibilidad física cuya comprobación es una *regla (instrumento de madera, metal u otra materia rígida que sirve principalmente para trazar líneas rectas)*; la segunda y la tercera acepción asumen simbólica o figuradamente esta realidad física

---

<sup>4</sup> Cfr. FOLGADO FERNANDEZ, A., “La Ley y el Derecho en San Agustín”, en *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, (San Lorenzo de El Escorial), 31(1998)9-46. El autor, agustino, fue un eminente profesor de inolvidable recuerdo que enseñó Derecho Civil durante muchos años en este Centro Escorialense Universitario de María Cristina, fallecido recientemente en Salamanca.

<sup>5</sup> Cfr. “Advertencias para el uso de este Diccionario, 5. Características de cada uno de los elementos de los que consta el artículo”, en *Real Academia de la lengua española, Diccionario de la Lengua Española*, ed. 22ª, Madrid 2001, pp. XXXIII-LII,

aplicándola a una *cualidad* del actuar humano, intachable en su conducta, y que se refiere a actos volitivos, y una *cualidad* del pensamiento humano, es decir, a la exactitud de actos cognoscitivos. Las dos últimas de las tres acepciones tienen una estrecha relación con la *acepción novena* que se presenta como sustantivo y significa *facultad del ser humano para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida*, y en su acepción 13ª, la palabra *derecho* es gramaticalmente un sustantivo que es una sinonimia con *justicia y razón*, y coincide plenamente con las acepciones segunda y tercera, es decir, con los adjetivos *justo, legítimo, fundado, cierto y razonable*. Por fin, son las acepciones 14ª y 15ª las que conviene a la palabra Derecho, vocablo que estamos considerando tal como se encuentra en la frase *Derecho Natural*. Gramaticalmente es un sustantivo en cuanto que su idea, según la acepción 14ª, es el *conjunto de principios y normas, expresivos de una idea de justicia y de orden, que regulan las relaciones humanas en toda sociedad y cuya observancia puede ser impuesta de manera coactiva*. La acepción 15ª dice que es la *Ciencia que estudia estos principios y preceptos*.

En la segunda parte de la entrada o lema están las formas complejas del vocablo *derecho*, es decir, *con aditamentos o especificaciones*. Encontramos en dicho Diccionario las siguientes frases: *derecho de gentes, derecho divino, derecho escrito, derecho natural, derecho político, derecho positivo, derecho público, derechos civiles, derechos fundamentales, derechos humanos*, etc. A continuación copiamos todos los términos definidos en DLE que afectan a nuestro intento:

*Derecho divino*: *El que procede directamente de Dios, o por ley natural o por medio de la revelación.*

*Derecho natural*: *Conjunto de primeros principios de lo justo y de lo injusto, inspirados en la naturaleza y que como ideal trata de realizar el derecho positivo.*

*Derecho positivo*: *El establecido por las leyes vigentes.*

*Derechos fundamentales*: *Los que, por ser inherentes a la dignidad humana y por resultar necesarios para el libre desarrollo de la personalidad, suelen ser recogidos por las constituciones modernas asignándoles un valor jurídico superior.*

Podemos resumir el total de estas frases, afirmaciones y definiciones como sigue: que por medio de la naturaleza o por medio de una revelación, Dios interviene para establecer una serie de normas; que la naturaleza inspira principios para saber qué es justo o injusto; que el derecho positivo ha de tener en cuenta estas normas al plasmar sus leyes; que la dignidad humana exige unas condiciones fundamentales para el desarrollo de su personalidad y que deben ser recogidas en un cuerpo legislativo (Constituciones) que tiene

un valor jurídico superior; que el **Derecho** es el conjunto de esos principios y normas que expresan justicia y orden, y que toda sociedad puede imponer (no dice que sean creadas por ella) de forma coactiva; y, finalmente, el derecho es un ciencia que estudia estos principios y preceptos.

Algunos lectores juzgarán este planteamiento como sorprendentemente ingenuo, al trasportar los asertos del DLE en favor de una polémica secular, pero no se puede negar que está ahí condensada la doctrina de todos los siglos de la cultura española a *través de la palabra, y de su auténtico significado*. Otros detalles a discutir, no hay duda, por muy o poco importantes que sean, no lo resuelve el Diccionario, pero su contenido conceptual está suficientemente claro. Estos conceptos expuestos en dicho Diccionario trascienden su forma estrictamente lingüística. Ciertamente el Diccionario no es dogmático, pero sin duda plasma el sentir sociológico y cognoscitivo de una historia secular nacional plasmada en sus páginas.

### III. FUNDAMENTO DEL DERECHO

Todas las ciencias necesitan un *fundamento* en el que asegurar su edificio, y, por tanto, las *ciencias jurídicas* han buscado insistentemente, al unísono de las *ciencias políticas*, un fundamento para justificar su existencia, puesto que ambas disciplinas acarrearán una restricción de la libertad personal y patrimonial de los hombres, y tienen que excusar la *violencia coactiva* que impone su soberanía.

La expresión *Fundamento-del-Derecho* no es tan evidentemente precisa como parece a primera vista. Por otra parte, es equivalente decir *Fuente*, *Fundamento*, *Base* u *Origen* del Derecho. Nosotros preferimos la terminología *Fundamento-del-Derecho*, cuyo contenido, tanto para el jurista como para el moralista, encierra un peculiar interés.

Si comparamos las expresiones *Fundamento-de-Derecho* y *Fundamentum-Iuris*, el vocablo español *Fundamento* es igual al vocablo latino *Fundamentum*, sin embargo el vocablo español *Derecho* no es igual al latino *Jus-ris*. El *Fundamentum-Iuris* latino se puede traducir al español de dos formas: *Fundamento-del-Derecho* y *Fundamento-de-Derecho*.

Es evidente la distinción entre *Fundamento(s)-de-Derecho* y *Fundamento-del-Derecho*. Ambas expresiones son utilizadas erróneamente en no pocas ocasiones. La primera frase pertenece al *Derecho procesal*, y se emplea, por ejemplo, por el abogado en un escrito de demanda para señalar cuáles son

los artículos de las leyes y demás normas aplicables que deben tenerse en cuenta a favor de su pretensión. La segunda locución significa en qué *cimientos, raíces o razones* se funda el legislador para promulgar las leyes. No pocas veces se encuentra este error terminológico cuando se traduce al español la frase latina *Fundamentum iuris*, cuyo sentido depende del contexto.

En ocasiones se lee que las *fuentes del Derecho* son: *la costumbre, los principios generales del Derecho, la doctrina, la Ley y la jurisprudencia*. Como referencia, su autor, que no identifiqué, cita el artículo 1º del Código Civil. Prescindimos de la defectuosa redacción de la frase, y nos centramos especialmente en su referencia al Código Civil, pues el artículo primero citado dice correctamente: *Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*. La frase utilizada en el Código Civil se refiere correctamente a exponer un orden de preferencia en las normas aprobadas en el *Ordenamiento jurídico español*, que no es lo mismo, repito, que el tema sobre el *Fundamento-del-Derecho*.

### 3.1. *Yusnaturalismo*

El fundamento explicativo y justificativo de las leyes positivas está, para el yusnaturalismo en el llamado **Derecho-Natural o Ley-Natural**

Puesto que la legislación humana coarta la libertad personal y patrimonial de cada hombre, algunos autores, indican que la razón de ser o justificación de esta coacción, para bien de la propia humanidad, ha de ser un principio eficiente y ejemplar: la Ley-Natural, que es superior a toda clase de leyes y de la que fluyen principios tales como *hay que hacer el bien y evitar el mal*, y de éste, otros que se van deduciendo hasta formar el ordenamiento jurídico restante que el hombre promulga para bien común.

De esta teoría existen muchas y variadas interpretaciones. Existen tres tendencias principales que se califican como *teoría racionalista tradicional*, *teoría idealista del Derecho Natural* y la *teoría materialista del Derecho Natural*. La Escuela Racionalista, conocida también con el nombre de Escuela Clásica del Derecho Natural, tiene su inicio en el siglo XVII, y proclama la excelsitud de la razón como fuente para resolver las dificultades de la historia humana y con el fin de conseguir una cierta seguridad legislativa para el bien común. Se basa en la naturaleza humana inmutable y común a todas las culturas del mundo, sin posibilidad de mutación en el tiempo y en el espacio, y de la que se deriva un *orden universal*, al que por su perfección han de imitar los ordenamientos jurídicos particulares. Exista o no exista Dios, el orden moral y

jurídico del mundo es evidentemente inmutable, según Hugo Grocio (1583-1645) al que se le tiene como fundador de esta teoría. La segunda interpretación, denominada Idealismo trascendental del Derecho, que opta por fundamentar la realidad del derecho en la idea o conjunto de ideas, y se originan, a su vez, matices tan variados, como el idealismo empírico, psicológico, epistemológico, trascendental, metafísico, lógico y voluntarista. La tercera tendencia la peculiaridad de restringir el orden del mundo al universo material, y la Ley Natural sólo indica lo que es natural para el recto orden de la sociedad. Se distinguen visiones distintas como el materialismo dialéctico, el evolucionismo materialista y el naturalismo psicológico<sup>6</sup>.

Ante tantas y diferentes versiones del yusnaturalismo es comprensible que algunos autores positivistas califiquen de confuso el concepto de Ley Natural, y afirmen que la Ley natural, en todo caso, es múltiple, en razón de su notable diversidad según otras culturas tan diferentes a la nuestra.

### 3.2. *Positivismo Jurídico*

El *empirismo* es la principal ideología del positivismo jurídico. El positivismo impugna que argumentos axiológicos y subjetivos puedan aplicarse a todos los ordenamientos jurídicos concretos. Los positivistas exageran la doctrina yusnaturalista en dos aspectos importantes: el primero es calificándola como férreamente dogmática, y el segundo como si realmente se desentendiera de la utilidad y la felicidad de los hombres. Tales afirmaciones pueden tener una cierta veracidad en el pasado remoto. También adulteran la teoría del yusnaturalismo como si defendiera que cuanto se deriva directamente del entendimiento humano, no puede ser nunca desmentido por la experiencia.

Algunos positivistas ensalzan la *historia* de cada nación como origen del ordenamiento jurídico, otros acentúan el *aspecto sociológico* del hombre, otros simplemente siguen las pautas de un *pragmatismo utilitarista*, o fundamentan las leyes en una *síntesis de ritmo sucesivo del error y del mal* como momentos necesarios de la verdad<sup>7</sup>.

Uno de los pilares positivistas se basa en que la legislación humana exige un discurso eficaz y finalista: la utilidad y la felicidad de los hombres. Por

---

<sup>6</sup> Cfr. MESSNER, J., *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Madrid 1967, pp.531-550. La última edición alemana es del año 1984.

<sup>7</sup> Representantes de las teorías indicadas son Augusto Comte (1798-1857), Friedrich Carl von Savigny (1779-1861), William James (1862-1910), Jerome Frank (1889-1957) y Karl Olivecrona (1897-1980). La última teoría tiene tres vertientes sobresalientes: Materialismo Histórico, Dialéctico y Revolucionario.

ejemplo, hacer el bien y evitar el mal es útil, cuyo principio se ha inducido de la experiencia, siempre parcial. Esta teoría es conocida con el nombre de positivismo utilitarista.

Como el utilitarismo se presenta con un atractivo tan aparente, queremos, en primer lugar, ponderar los argumentos que expone John Stuart Mill, y dedicar el apartado siguiente -el IV- para la exposición de las disputas más notables que han tenido lugar entre juristas del siglo XX.

### 3.3. *Utilitarismo de John Stuart Mill*

Hemos mencionado que una de las bases filosóficas del positivismo jurídico es el utilitarismo, y, por tanto, profundamente influenciado por la doctrina de Stuart Mill<sup>8</sup>.

Stuart Mill expresamente dedica el capítulo quinto de su obra *El Utilitarismo* a defender que el criterio del bien y del mal en la actividad humana está en la utilidad, y no se basa en la justicia.

El primer argumento comienza con la siguiente afirmación: “*En todas las edades de la especulación, uno de los más fuertes obstáculos a la admisión de la doctrina de la utilidad o felicidad como criterio del bien y del mal, se ha extraído de la idea de justicia*”. Stuart Mill desarrolla este aserto afirmando que la gente en todos los tiempos *coincide* en que conviene a todos el seguir los dictados de la justicia. Pasa entonces a preguntarse por el origen de ese sentimiento: “*¿proviene de una Ley Natural absoluta o tiene otro origen?*” A continuación presenta un ejemplo concreto: “*es injusto privar a cualquiera de su libertad personal o de la propiedad que le pertenece por ley*”, y objeta diciendo que esos derechos pueden perderse por un castigo, por una total privación o una temporal suspensión de esos derechos. Y como ambos hechos -dice- son *justos*, concluye por tanto, que la justicia es contradictoria y relativa. Este argumento es una evidente falacia en la que se confunden las dos vertientes de la realidad jurídica: la positiva-benéfica y la negativa-sancionadora, oponiéndolas entre sí *hic-et-nunc*. Argumento que merece ser rechazado, pues, dado el caso de que una *ley suspendiera, privara o castigara* la libertad personal o la propiedad de cualquiera, habría que suponerla también justa, según el axioma *distingue tempora et concordabis iura*. Pero con esto no hemos probado con suficiente rigor que el valor de la justicia permanece, pues, no nos engañemos, el contraargumento se ha derivado de una premisa relativa-en-sí-misma. Por lo tanto,

---

<sup>8</sup> Cfr. MESSNER, J., o.c., pp. 547-548.

podríamos también afirmar algo equivalente a favor de la utilidad, y parangonando el axioma anterior afirmar: *distingue tempus et concordabis utilitates*. En definitiva, el ejemplo propuesto por Stuart Mill no es válido para dilucidar su planteamiento de si prevalece la justicia o la utilidad como criterio del bien y del mal, porque plantea la justicia de dos leyes distintas en el tiempo y en el contenido.

En un segundo argumento supone lo siguiente: “*que existe la posibilidad que ese derecho de libertad personal y patrimonial no sea realmente un derecho*”. Es decir, que sea solamente un infundado derecho. La enunciación cae por su propio peso. Lo que realmente tendría fuerza dialéctica sería si hubiera planteado qué ley es injusta, cómo se debe actuar contra ella, y cuáles son las respuestas dadas en la Historia ante tal posibilidad. Por el contrario, Stuart Mill plantea la gran paradoja de que una “ley” pueda infringir *los derechos de cualquiera*. Nuevamente se percibe el defecto de que Stuart Mill sobredimensiona la vertiente negativo-coactiva a la vertiente positivo-concesiva, y por ello, al no conservar el equilibrio lógico adecuado, en el *supuesto planteado* el hecho carecería no solo de moralidad sino incluso de legalidad. No solo la terminología, acaso los mismos conceptos expresados por Stuart Mill, precilitan al establecer que del Derecho objetivo derivan *derechos legales y morales subjetivos que son contrarios entre sí*, tema este muy debatido, ya que para muchos autores los derechos fundamentales de la persona no son otorgados por una ley, sino que una ley confiere más seguridad a la persona en sus derechos<sup>9</sup>.

Refuerza Stuart Mill su teoría con la afirmación de que “*se considera muy injusto privar a cualquiera de su libertad personal, su propiedad u otra cosa que le pertenezca por derecho moral*”. Y concluye de esta manera: “*la justicia se contradice si se aplica al hombre como criterio del bien o del mal*”. Esta frase no es una consecuencia lógica, sino la reafirmación de la tesis que desea probar. Por el contrario, y para no repetir nuestros asertos anteriores, es de subrayar la idea de que, aun no estando asegurado el derecho de una persona por medio de la ley (escrita), no obstante perdura siempre el ser sujeto de un derecho *moral*.

En el tercer y cuarto argumento nos restringimos simplemente a su formulación, ya que es “*universalmente justo que cada persona reciba lo que merece (sea bueno o malo), e injusto que reciba un bien, o que se le haga sufrir un mal que no merece, y que se confiesa que es injusto faltar a la palabra dada; violar un compromiso explícito o implícito, o defraudar las esperanzas suscitadas por nuestra propia conducta, al menos, si hemos hecho concebir esas esperanzas consciente y voluntariamente*”. A no ser, por lógica impuesta por la misma

---

<sup>9</sup> Es obvio que no estamos considerando leyes meramente positivas “administrativas” u “organizativas”.

justicia que deba “*ser anulada por una obligación de justicia más fuerte y opuesta a ella; o por una conducta tal de la persona interesada que nos exima de nuestra obligación para con ella*”. El tercer argumento presenta en su formulación un derecho más universal y evidente de cada persona, pero que no conlleva una contradicción de la justicia ni de la misma utilidad, ni resuelve cual de ellas debiera elegirse como criterio. El cuarto, sin embargo, es más trivial en su contenido y condicionado a la ley del tiempo.

Por último, presenta un quinto argumento: *la parcialidad no es justa, pero no parece que la imparcialidad sea un deber en sí mismo*. Es cierto que el favor y la preferencia no siempre son censurables, cuando no hay una obligación previa con otras ciertas personas. Su argumento termina diciendo acertadamente que “*en resumen, se puede decir que la imparcialidad, en cuanto obligación de justicia, quiere decir dejarse influir exclusivamente por las consideraciones que se suponen deben influir sobre el caso particular de que se trata, y resistir la sollicitación de los motivos que inclinan a una conducta diferente de la que aquellas consideraciones dictarian*”. La reflexión de Stuart Mill acerca del concepto de igualdad pudiera ser compartida por cualquier yusnaturalista.

Sigue el autor defendiendo el principio de que “*toda persona sostiene que la igualdad es dictada por la justicia, excepto en los casos en que la utilidad requiere desigualdad*”. Pudiera aceptarse la frase, si no conlleva una larvada conclusión: la utilidad ha de ser el criterio de la ley. La primera parte de la frase citada (“*toda persona sostiene que la igualdad es dictada por la justicia*”) está condicionada por la segunda afirmación (*excepto en los casos en que la utilidad requiere desigualdad*) con lo cual se pudiera entender que una útil desigualdad está por encima de una justa igualdad, y que el fin es justo cuando es útil la desigualdad, destruyendo de esta forma principios sólidos, incluso de la Declaración de los Derechos Humanos.

Late en todos sus argumentos la idea de que la utilidad (o felicidad) es un criterio en el Derecho para que las leyes que se promulguen, consigan y mantengan el bien común, y eviten el dolor y el mal a la comunidad, lo cual, evidentemente, también lo desea el yusnaturalismo.

Señalamos, no obstante, que no parece que el utilitarismo de Stuart Mill tenga suficiente argumento contra la existencia del Derecho Natural. Stuart Mill atiende a una razonable búsqueda de la felicidad de los hombres, es decir, una *causa final* o *el para qué* de las leyes, mientras en el tema del Fundamento del Derecho se pretende encontrar solución a un tema radical, es decir, *por qué* el hombre puede promulgar leyes, y a qué se deben atener, es decir, a su causa

eficiente y su causa ejemplar. No es lo mismo el principio que el fin. Es decir, el utilitarismo jurídico no responde al tema del origen o razón última causal y ejemplar de la Ley, ni tiene fuerza lógica para rechazar la conciencia o sentimiento universal que exige el respeto de lo justo en todas las leyes humanas lo justo. Por otra parte, que las leyes humanas han de tener en cuenta la utilidad y felicidad de los hombres es un hecho que todos los hombres pretenden también, y su importancia nadie puede ocultar, con tal que se atenga a las exigencias de la Moral.

#### IV. CONTROVERSIAS DEL SIGLO XX

##### 4.1. *Frederick Pollock v. Oliver W. Holmes*

Hemos transcrito al empezar este artículo la frase que Pollock escribió en una de sus cartas dirigidas a Holmes.

Frederick Pollock (1845-1937) es autor de un importante libro, que lleva el título de *The History of English Law before the time of Edward I*, 2 vols., publicado con la cooperación de F.W. Maitland por la Universidad de Cambridge, en el año 1898. La importancia de su contenido se constata también por haberse reeditado en 1968, y, posteriormente, revisado y ampliado por S.F. Milsom, y publicado por la Universidad de Indianapolis, Liberty Fund 2010.

Frederick Pollock vivió en un entorno histórico inglés en que la idea del *Derecho Natural* estaba completamente postergada y denigrada. Por decirlo drásticamente, sepultada. Sin embargo su dedicación a la historia<sup>10</sup> le llevó a profundizar el concepto de *Ley* anterior a Eduardo I, rey de Inglaterra (1272-1307), que le afianzó en el estudio de la *Ley Natural* y su repercusión jurídica y política<sup>11</sup>. En 1901 su razonada reflexión sobre la naturaleza del hombre, como ser racional y social, le condujo a criticar el positivismo jurídico, buscar la justificación de la legislación positiva y fundamentarla en la *Ley Natural*. Su pensamiento principal se basa en la idea tradicional del yusnaturalismo que defiende con entereza, y afirma que la palabra *Derecho Natural* (Natural Law) contiene un principio jurídico que subsiste en la naturaleza racional y social del hombre del que se deduce la justificación de toda clase de leyes positivas<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. POLLOCK, F., «Hobbes and Locke: the social contract in english political philosophy», en *Journal of the Society of Comparative Legislation* (Londres), 9(1909)107-112

<sup>11</sup> Cfr. CARLYLE, R. W., -CARLYLE, A. J., *A History of Medieval political Theory in the West*, 6 vols., Londres 1903-1936.

<sup>12</sup> Cfr. POLLOCK, Fr., «The History of the Law of Nature: a preliminary Study», en *Journal of the Society of Comparative Legislation* (Londres), 2 (1901) 204-213.

Oliver Wendell Holmes (1841-1935) escribió *The Common Law* (1881), que es la obra a la que hace referencia la frase de Pollock, citada al inicio. Holmes visitó Londres, fue profesor en la Universidad de Harvard. Desde 1899 ejerció durante casi treinta años el oficio de *Justice* en la Corte Suprema de los Estados Unidos, y fue considerado como uno de los más importantes jueces de Norteamérica.

En su ya citada obra defiende que la reglamentación legal no se deduce de una razón lógica sino de un proceso activo de un *human-self government*. Afirma que la ley debe ser pragmática, y estar en función de la filosofía pragmática del juez. No obstante establece que la sociedad espera que el juez actúe como un hombre prudente y razonable. Afirma, además, que la ley positiva con su carga coercitiva no insta a los hombres a una moralidad individual.

Holmes al ejercer como *Justice* de la Corte Judicial Suprema cambió el concepto tradicional de la Constitución al afirmar que el juez no se debe comportar como su *intérprete deductivo*, pues ni los jueces ni abogados son matemáticos ni filósofos-lógicos. En relación directa con la Moral viene a afirmar que entre el *debe-ser* y el *ser* existe un abismo nihilista. Como escéptico que es, solamente le interesa la ley concreta, recalcando que su experiencia le lleva a confirmar que el delincuente atiende sólo las consecuencias de una sentencia sin importarle las vagas sanciones de la conciencia. Por eso afirma que los conceptos morales que se encuentran en las leyes causan una gran confusión. Para abreviar, Holmes sostiene que la historia de las leyes muestra el desarrollo moral de las razas. La doctrina de Holmes se puede resumir en una frase: La existencia de la ley no se debe a la lógica, sino a la experiencia.

La crítica que Pollock hace de la doctrina de Holmes se compendia en la frase inicial con que comienza este artículo, que es un certero torpedo lanzado en la línea de flotación de la doctrina de Holmes. Podemos terminar este enfrentamiento con las mismas palabras de Pollock: "*If you deny that any principles of conduct at all are common to and admitted by all men who try to behave reasonable well, I don't see how you can have any ethics or any ethical background of law*"<sup>13</sup>.

La discusión sobre el fundamento o cimiento de un edificio, no incluye que se haya de permanecer en desacuerdo en la planificación del mismo. Un cosa es tratar del *por qué*, y otra disentir o no en el *cómo y para qué*.

---

<sup>13</sup> HOWE, M. de Wolf, *The Pollock-Holmes letters, 1874-1937*, Londres 1942, vol.I, p. 274.

#### 4.2. *Ronald Dworking versus Helbert Hart*

Otros juristas han reavivado en muy parecidos términos la controversia que enfrentó a Pollock y Holmes. En los últimos tiempos, el americano Ronald Dworking (1932-2013) criticó extensamente la obra *The Concepto of Law* del inglés Herbert Hart, que publicó en 1961, y que se reeditó por Oxford University Press en 1994. Se inspira parcialmente en la doctrina de Hans Kelsen.

Helbert Hart (1907-1992) considera que, mientras los *principios primarios* son leyes civiles y penales estables dedicadas al actuar humano y que se modifican de una forma muy determinada, los *principios secundarios*, que otorgan el *officium potestativum* a los jueces, tienen la peculiaridad de otorgar la autoridad para aplicar, interpretar y hasta *crear* normas concretas.

Como a los Tribunales Nacionales de la más alta jurisdicción y a los Tribunales Internacionales llegan litigios cuyas pretensiones se formulan con deficientes fundamentos de derecho, inexactos o improcedentes, resulta que la sentencia a dictar no encuentra ley positiva en que basarse. Esos casos difíciles (que denomina *hard cases*) urgen tener su correspondiente dictamen judicial. Hart, en tales circunstancias acude a una razonable solución concediendo a los jueces en razón de su oficio la facultad de la discrecionalidad, es decir que se pueda dictar la sentencia en base a una decisión libre y prudente del Juez. Las decisiones en estos casos tiene un carácter discrecional, y esta discrecionalidad judicial es análoga a la discrecionalidad concedida a diversos órganos gubernativos del Poder Administrativo, en las funciones de su competencia que no están regladas. Los Jueces, por tanto, basan sus decisiones en argumentos de principio con consistencia jurídica y social.

Ronald Dworking critica tres conclusiones de la teoría del jurista inglés: -por separar los conceptos de Derecho y Moral, -por insistir que el fundamento casi exclusivo del derecho son sus *fuentes sociales*, y -por otorgar exagerado poder a la discrecionalidad judicial.

Afirma Dworking<sup>14</sup> que las leyes son válidas por su contenido moral, no por su interés social, pero añade, por otra parte, que los principios son fuentes del derecho siempre que exista una práctica social concordante de los jueces y del resto de participantes en este campo. Dworking rechaza los argumentos del positivismo de Hart por falta de consistencia. En su raciocinio contra la doctrina hartiana niega que la discrecionalidad de los jueces tenga la virtud de crear

---

<sup>14</sup> Cfr. ROJAS AMANDI, V.M., *El concepto de derecho de Ronald Dworking*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (México).

leyes, aunque admite que en las sentencias se debe atender a los principios que sean razonables. El Derecho exige de por sí una interpretación. Este aserto es elevado a categoría de principio de integridad que se refiere no solo a lo legislativo, sino también a la jurisprudencia, y que se tiene que asumir como principio de Moral en la política, juntamente con los principios de justicia y equidad. Especialmente se exige en la función propia del procedimiento judicial. Al juez se le exige el cumplimiento de una interpretación justa y coherente con los valores éticos del conjunto de las normas. El principio de integridad ha de encarnarse en la actividad judicial como intérprete y como garante moral de una decisión política<sup>15</sup>. Este litigio entre ambos juristas ha tenido su resonancia en el ambiente universitario español<sup>16</sup>.

#### 4.3. *Hans Kelsen versus Carlos Cossio*

Se tiene a Hans Kelsen (1881-1973) como el más importante representante de la Escuela de Viena. Entre sus muchas publicaciones indicamos dos obras con estrecha relación al tema: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*<sup>17</sup> y un artículo en que desarrolla el tema del derecho natural y el positivismo<sup>18</sup>.

Su idea del derecho se asemeja a un *selfmade-thing* independiente de cualquier otra cosa, especialmente del ser y de la ciencia, por su carácter de *ciencia pura*. Primero porque se origina en un lugar inconcreto e indefinido (abstracción) del pensamiento que no se relaciona con ningún ser de la naturaleza, y porque cualquier indicio moral o valorativo se soslaya en razón de los hechos humanos que son hipotéticos.

Kelsen rechaza el yusnaturalismo por su carácter metafísico, se opone al imperativismo por su idea del deber basado en una autoridad casi indiscutible, y al sociologismo por mantener la norma como un simple hecho social. Presenta la ciencia jurídica con su propio método y por ello, lo califica *teoría pura del Derecho*, cuyos temas se relacionan entre sí, analizando todos sus elementos. Se apropia de la idea generalizada de que la normativa jurídica es

---

<sup>15</sup> Ronald Dworkin mantuvo un debate sobre el tema de la justicia social con John Rawls (1921-2002).

<sup>16</sup> VARIOS, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Homenaje dirigido por J. A. Ramos Pascua y M.A. Rodilla González, Ed. Universidad Salamanca 2006.

<sup>17</sup> KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México 1987, pp. 3-28.

<sup>18</sup> KELSEN, H., «La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico», en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 4 (1961) 9-45.

una construcción a modo de pirámide lógica. Establece que todo ordenamiento jurídico se construye sobre una ley básica que ordena que los ciudadanos obedezcan las leyes dictadas por el poder legislativo. Teniendo en cuenta que toda ley se revalida por otra de categoría superior, y todas ellas en la Ley Constitución, no hay cabida para una Ley Natural, ni para la Justicia, ni para la Moral, ni para los Valores. La Constitución, sin duda, es una presunción o hipótesis científica de suma importancia<sup>19</sup>. El jurista ha de estudiar esa estructura piramidal.

Kelsen, en previsión de un cambio en la Constitución, señala la necesidad de crear Tribunales especializados cuyo fin es revisarla. Estos Tribunales que no están compuestos por miembros pertenecientes al Poder Judicial. Esta idea implica necesariamente que el Poder Administrativo Gubernamental se inmiscuya y, en concreto, que la llamada politocracia invada, de forma abusiva, el terreno independiente del Poder Judicial, cuyas pésimas consecuencias son evidentes en nuestro tiempo. Se debe criticar a Kelsen que, por refutar al yusnaturalismo, atribuya a la Ley natural un carácter exagerado de inmutabilidad. Su doctrina se desarrolla en pro de la finalidad de las leyes positivas y la obligatoriedad escalonada de sus contenidos. Se funda en un apriorismo y en una presunción, un reconocimiento de la autoridad, es decir, que la validez del ordenamiento jurídico se basa en la tautología de que sea reconocido como ley. No responde a la pregunta de por qué existe el Derecho.

El argentino Carlos Cossio (1903-1987) en el año 1949 mantuvo en Buenos Aires una polémica directa con Kelsen continuada hasta la muerte de éste en 1973. Su debate con Kelsen está publicada en la obra *Teoría egológica y teoría pura*.

El momento inicial y principal del debate entre Kelsen y Cossio se ocasionó, cuando aquél defendió que la norma es un juicio, y éste le preguntó cuál sería el objeto de ese conocimiento. El desarrollo de la discusión lleva a Cossio a establecer que para llegar al conocimiento científico es necesario que la significación de las palabras concuerde con la intuición. El juicio o concepto han de ser autenticados para conseguir un conocimiento, lo cual significa que el conocimiento científico de las leyes requiere una coincidencia con la intuición basada en lo que las leyes nos transmiten por medio de las palabras.

Cossio asigna una gran importancia al complemento que entre sí forman la palabra y la percepción personal, y es de resaltar la importancia que confiere al conocimiento del *ego* o del hombre, que con su palabra evoca un significado,

---

<sup>19</sup> Quizás experimentó una excesiva influencia psicológica por ser el autor exclusivo de la Constitución promulgada para Austria, siendo Canciller, Karl Renner (1870-1950). Después fue designado miembro de la Alta Corte Jurisdiccional Constituyente. Desde 1940 hasta su muerte enseñó en universidades de Norteamérica. También intervino indirectamente en los Juicios de Nuremberg.

sin ser ésta ni la significación ni el objeto significado. A esto añade el concepto de la intuición humana, sensible o intelectual, que aprehende inmediata y directamente el objeto. Hay que tener en cuenta que el hombre es un ser libre. Para Cossio el objetivo de la ciencia jurídica es la conducta humana según las normas, y el método estrictamente experimental, pero no de causa-efecto como para el conocimiento de las cosas, sino basándose en la libertad existencial del hombre hic-et-nunc en función del deber-ser.

Si por una parte, Cossio coincide con Kelsen en abandonar una lógica del *ser* y afianzarse en la lógica del *deber-ser* como la única correcta para estudiar el Derecho, se distancia de él al criticarle porque Kelsen se basa en el *deber-ser-lógico* (antecedente-consecuente) en lugar del *deber-ser-gnoseológico*, experimental e intuitivo.

Cossio configura la construcción de la norma por medio de una estructura en la que se distinguen diez elementos, de los cuales dos son estables y ocho variables, que se unen por disyunciones y proposiciones, que recogen las múltiples variabilidades de la realidad humana, que toda norma ha de reflejar. Toda norma egológica presenta conjunción y disyunción, disyunción lógica de conjunciones lógicas. La disyunción hace que en una ley se refiera a *todos* como expresión universal, y se convierte en dos grupos de *algunos*, y estos *algunos* mediante una conjunción vuelve a señalarse con “otro” *todos*. Es así que la lógica del deber-ser adoptada en la Teoría Ecológica como fundamento conceptual de la Ciencia del Derecho, es una Lógica dialéctica, no deductiva -como la Matemática- ni inductiva -como la Física-.

Respecto a la exposición que Kelsen hace sobre la función del juez, y la valoración de sus sentencias, Cossio exige que se desarrolle una analítica dialéctica dentro del concepto de la lógica del deber-ser y no se comporte como una persona extraña ni espectador, pues su conducta se ha de involucrar con el protagonismo de los litigantes, quienes para lograr la efectividad de sus pretensiones deben sopesar la posible decisión judicial, a quien se le debe mostrar y demostrar unos hechos concretos sin autoengañarse y situándose en su lugar al asumir una decisión.

Esta exposición no tiene la intención de analizar la gran obra de Hans Kelsen, y mucho menos una crítica depurada de su obra. Lo referido es mostrar un eslabón más de las disputas entre juristas que han conseguido tener una gran influencia en el siglo XX.

## V. EL PENSAMIENTO DE SAN AGUSTÍN

El conocimiento de la *Ley Natural* se adquiere por medio de una reflexión, deductiva a veces, e inductiva en otras ocasiones, que los hombres realizan a través de su propia experiencia acerca de la exigencia moral que emana de toda la Naturaleza.

Muchas creencias religiosas añaden, al tener a Dios como *creador o autor* de la Naturaleza, (independientemente del sentido que se confiera a cómo se realizó o se está realizando esa creación, nunca captada, lógicamente, por un conocimiento directo-experimental) que Dios es el legislador de la ley natural, (para algunos como reflejo de la ley eterna<sup>20</sup>, para otros sinónimo jurídico de Dios o quizás existente en el Ser Creador). El hombre descubre *la Ley* por medio del conocimiento y de la valoración concreta en su conciencia reflexiva (sensibilidad en el conocer y querer). Por medio de la *llamada razón práctica* descubre principios morales acerca del bien y el mal (hay que hacer el bien y evitar el mal, y otras normas universales), y por medio de la *llamada razón especulativa* descubre la verdad y la falsedad que convierte en el principio de contradicción (dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos).

En nuestra mentalidad, a toda promulgación de ley le sigue la obligatoriedad (en diferente graduación según la importancia de lo mandado) y la sanción, en caso de infracción. La primera sanción de la ley natural se produce por el mismo sujeto concreto y cada una de sus acciones concretas por medio del juicio de su propia conciencia, la cual no es una estereotipada *facultad*, pues en ella cabe la rectitud conseguida personalmente y su equilibrio total (aunque relativo) de la persona, o una deformación en virtud de un continuado vicio<sup>21</sup>. Para quien no cree en ninguna otra sanción ulterior, ni cree siquiera en la inmortalidad de la persona humana, queda, al menos, la huella de su indudable contribución al bien y al mal, producidos en su entorno.

Entre los muchos textos de san Agustín que defienden la existencia de una Ley Natural, es en su obra *De libero arbitrio*, donde con suma claridad

---

<sup>20</sup> Según san Agustín, la ley natural es la misma ley eterna impresa en el alma humana (de *libero arbitrio* I,6,14-15).

<sup>21</sup> Respecto del conocimiento que el hombre tiene de la ley natural, san Agustín viene a afirmar que está grabada en nuestro corazón, de tal forma que a los que se empeñan en decir que no lo perciben, les dirige la siguiente profunda frase: "*Data est etiam conscripta lex; non quia in cordibus scripta non erat; sed quia tu fugitivus eras cordis tui*" ("*La ley natural también está grabada en nuestro corazón. No me digas que no está allí grabada, lo que sucede es que tú estás ausente de tu propio corazón*" (Enarr. In ps. 57,1). Traigo a colación la famosa frase de Cicerón "*Ulciscentur illum mores sui*" ("*Tus costumbres sean tus verdugos*"), que además de sonar a una maldición, se puede utilizar en el sentido de la frecuente sanción que el hombre recibe de sí mismo.

se argumenta su existencia. Esta obra es un diálogo entre Evodio y san Agustín. Evodio era un conciudadano de san Agustín que en su juventud siguió la carrera militar, se dedicó después a las letras, y fue bautizado, antes que san Agustín, por el obispo san Ambrosio en Milán. El coloquio que mantuvieron ambos es digno de leerse en toda su extensión. La parte que más estrictamente nos atañe, aunque extensa, compensa por su claridad en la redacción original y argumentación. Como su forma de decir es tan sencilla y profunda, opto por transcribir sus palabras sin hacer comentario alguno.

*Ag.- Si lo crees oportuno examinemos ahora con atención, hasta qué punto esta ley humana por la que los pueblos se gobiernan en la presente vida deba castigar las malas acciones; y después, si deban ser castigadas también de forma inexorable y secreta por la Divina Providencia.*

*Ev.- Lo deseo ciertamente, si tú crees que puedo superar las dificultades de esta cuestión tan importante, pues opino que son muchas e ilimitadas.*

*Ag.- Entonces, ánimo, y con confianza comienza a andar por las sendas de la mente, pues con la ayuda de Dios se convierte en sencillo y comprensible lo que es difícil y arduo. Así que, atentos siempre a Él, solicitando su ayuda, vamos a investigar lo que nos hemos propuesto. Respóndeme, por favor, ¿te parece que esta ley que se promulga por escrito es útil a todos cuantos viven esta vida temporal?*

*Ev.- Ciertamente; porque los hombres son quienes organizan los pueblos y las ciudades.*

*Ag.- ¿Y tu crees que esos hombres y pueblos tienen la cualidad de ser eternos, es decir, que no mueren ni desaparecen? ¿Acaso no es verdad que están sometidos al cambio que se produce por el tiempo?*

*Ev.- Nadie debe dudar que el hombre y los pueblos son evidentemente mudables y que están sujetos al tiempo.*

*Ag.- Ahora bien, imagínate **un pueblo tan moderado y sensato que fuera tan diligente defensor del bien común**, en el que cada ciudadano **buscara más el bien común que el privado** ¿no sería **justa una ley** por la que se le permitiera a este pueblo **elegir magistrados**<sup>22</sup> **que administraran** la hacienda pública del mismo?*

*Ev.- Sería muy justa.*

*Ag.- Pero, si este mismo pueblo llegara poco a poco a depravarse de manera que prefiriese el bien privado al público y sobornado por los que ambicionan el poder vendiera su voto al mejor postor, y entregara el gobierno de sí mismo a hombres viciosos y criminales, ¿acaso no actuaría rectamente quien, gozando de gran poder, privase a este pueblo de la facultad de conferir honores, y otorgara el poder en manos de unos pocos buenos, incluso de uno solo?*

---

<sup>22</sup> Traducimos el término de *Magistratus* latino al español como *Magistrado*, por tener aún el significado de *Alto dignatario del Estado en el orden civil* en el DLE.

*Ev.- Actuaría ciertamente bien.*

*Ag.- Pero estas **dos leyes son tan contrarias** entre sí, que una de ellas otorga al pueblo el poder de elegir magistrados, y la otra se lo quita. Y como la segunda no puede coexistir con la anterior, ambas no pueden estar vigentes en la misma ciudad. ¿Se puede decir que **alguna de las dos era injusta y que no debiera haberse promulgado**?*<sup>23</sup>

*Ev.- De ningún modo.*

*Ag.- Luego podemos denominar **temporal** a esa ley, pues siendo justa, puede abrogarse justamente, según lo exijan las circunstancias de los tiempos.*

*Ev.- De acuerdo.*

*Ag.- Y ¿no te parece que aquella ley que es la razón suprema de todo, a la cual se debe obedecer siempre, y que castiga a los malos con una vida desdichada, y premia a los buenos con una vida feliz; y que la ley temporal se promulga y se deroga con toda justicia en virtud de la **ley que es eterna e inmutable**, accesible a cualquier persona inteligente? ¿O puede ser injusto alguna vez que los malvados sean castigados y los buenos premiados; o que al pueblo ordenado y sensato se le faculte para elegir sus magistrados y, por el contrario, se prive de este derecho al disoluto y malvado?*

*Ev.- Entiendo claramente que existe esa ley eterna e inmutable.*

*Ag.- Y creo que también habrás entendido, que los hombres **han derivado (deducido)** de esta ley eterna **cuanto de bueno y legítimo existe en la ley temporal**; y si ese pueblo justamente otorgó poderes en un cierto momento, en otro momento fue privado, también justamente, de tal derecho; no obstante esta contradicción en las leyes temporales, el que ambas sean justas se basa en la ley eterna, por la **cual siempre es justo** que un pueblo sensato otorgue poderes, y que al pueblo alocado se le prive de esa facultad ¿no te parece?*

*Ev.- Ciertamente.*

*Ag.- Según esto, para expresar, en cuanto me es posible, una noción breve de la ley eterna que llevamos impresa en nuestra alma, diré que es aquella ley que requiere que todas las cosas estén perfectamente ordenadas<sup>24</sup>. Si tú opinas de otra forma, dímelo.*

*Ev.- No tengo nada que oponerte, siendo verdad lo que dices.*

*Ag.- Y siendo ésta la ley única, de la cual se originan, diversificándose, todas aquellas temporales para el gobierno de los hombres, ¿puede ella por esto variar de algún modo?*

*Ev.- Entiendo que en absoluto, ya que ninguna fuerza, ningún acontecimiento, ningún defecto de cosa alguna llegará nunca a convertir en injusto el que todas las cosas estén perfectamente ordenadas<sup>25</sup>*

<sup>23</sup> Cfr. anteriormente este argumento, pero planteado con falacia por Stuart Mill.

<sup>24</sup> En el original: "est qua iustum est, ut omnia sint ordinatissima".

<sup>25</sup> *De Libero arbitrio*, I,6,14-15.

## VI. CONCLUSIONES

Si el Fundamento del Derecho se entiende como ese descubrimiento progresivo por parte del hombre del principio original encarnado en las exigencias de la naturaleza y que ha plasmado Dios en el mundo, para el bien de los mismos hombres, no parece que debiera ser rechazado ni siquiera por el positivista más estricto. Pero las ideas ateas tergiversan este planteamiento.

Permítaseme insistir en algo conocido en la explicación del Derecho Natural que es imaginar la mente humana como un foco dirigido a cuanto nos rodea que permite identificar casi intuitivamente y con suma claridad los objetos más cercanos y con dificultad deductiva y oscura otros lejanos mientras se va disminuyendo la fuerza iluminadora, y, al mismo tiempo, se va acreciendo nuestra perceptibilidad hacia todo cuando nos rodea.

Las consecuencias de un positivismo extremista son muy graves, y aquellas que repercuten en la Política y en el Derecho pueden conducir a un independentismo absoluto de los dirigentes legislativos y judiciales, que no es tanto la *discrecionalidad* defendida por Holmes, sino una cada vez más frecuente veleidad e ignorancia en los jueces, con o sin fundamento en la ley promulgada.

Las consecuencias de un exagerado yusnaturalismo ha coartado en la historia del hombre su libertad que ha sido una razón más para la reafirmación del ateísmo. La Ley Natural no debe ser entendida como una cuestión dogmática e inmóvil que nos impone cosas ininteligibles sino una vital visión en beneficio de los hombres.

Muchos puntos del positivismo, incluso el más utilitarista, son muy aceptables, porque se centran en algo de que tampoco el yusnaturalismo carece, es decir, el fin benéfico que debe existir en todo ordenamiento jurídico.

Un tema de actualidad, con sus aspectos positivos y negativos, es la “discrecionalidad” que algunos defienden en los Jueces de los más Altos Tribunales, para la interpretación de las leyes. Hay que recordar que el artículo 3,2 de nuestro Código Civil, dedicado especialmente a los jueces, dice que debe ponderarse la equidad, término con un contenido aún más valioso para la Justicia.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires 1963.
- HOLMES, O. W., *La senda del derecho*, Buenos Aires 1975.

- HOLMES, O. W., *The collected Works of Justice Holmes*, Chicago Press 1995, 3 vols.
- HOWE, M. de Wolf, *The Pollock-Holmes letters, 1874-1937*, Cambridge 1942, 2 vols.
- IGLESIAS, J., *Derecho Romano*, 6ª ed., Barcelona 1972.
- KELSEN, H., *Derecho y paz en las relaciones internacionales*, México 1942.
- KELSEN, H., *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, México 1987.
- KELSEN, H., «La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico», en *Academia, Revista sobre Enseñanza del derecho*, (Buenos Aires) 6 (2008) 183-198.
- MESSNER, J., *Ética social, política y económica a la luz del Derecho Natural*, Ed. Rialp, Madrid 1967.
- PUIG PEÑA, F., “Fuentes del Derecho”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona 1960, t. X, pp. 204-209.