

MUTABILIDAD Y ETERNIDAD DEL DERECHO (*)

Si en un mismo objeto y sujeto pueden coexistir la mutabilidad y la inmutabilidad, y cómo, es un problema que se plantea no solamente para el Derecho. Es, digamos más bien, el problema fundamental que surge por necesidad de nuestra conciencia, lo cual no puede dejar de advertir cómo nuestro ser tiene, con una realidad sensible, otra suprasensible, perteneciendo casi a dos mundos, tanto cuanto las relaciones entre una y otra especie de realidad aparecen muy difíciles de definir. Ya el hombre primitivo, aun en el estado salvaje, percibió la distinción entre el cuerpo y el alma y atribuyó a ésta una suerte de supervivencia después de la muerte de aquél. E igualmente, si en las antiguas concepciones y figuraciones de esa naturaleza predomina un carácter fantástico y mítico, permanece significativo el hecho que en cualquier época la mente humana intentó penetrar el gran misterio. En torno a aquel problema se fatigaron, como es sabido, durante siglos y por milenios, los intelectos de los más grandes filósofos, esclareciendo ciertamente varios aspectos del mismo, pero sin resolverlo todavía del todo con las fuerzas de la sola razón; por lo que quedó siempre abierto el camino a las supremas instancias de la fe.

Ciertamente fracasó el conato de los filósofos materialistas (especialmente el de los del siglo pasado, como C. Vogt, J. Moleschott y L. Büchner) para explicar el pensamiento como «un movimiento de la materia» o una «secreción del cerebro», mientras la materia y el cerebro son ellos mismos objeto del pensamiento. Ni por otra parte representa una solución del problema, sino más bien una reafirmación del mismo, el sublime estado de ánimo de Plotino, que «se avergonzaba de tener un cuerpo». El dualismo, ínsito en nuestro ser, per-

(*) Traducción del profesor Salvador M. DANA MONTAÑO, ex catedrático de la Universidad N. del Litoral, República Argentina.—(N. de la R.)

manece. Si una voz infalible nos enseña: «Memento quia pulvis es», otra voz, o ella misma, nos advierte que en aquel polvo hay también un reflejo de eternidad, una participación en algo de divino: «Est Deus in nobis...»

Aun absteniéndonos de entrar en argumentos puramente teológicos y permaneciendo en los límites del análisis científico y gnoseológico, es verdad que en el espíritu de todo hombre existen ideas y certezas que trascienden los datos de los sentidos y que, a diferencia de estos datos, tienen el carácter de la universalidad y de lo absoluto. Tal es la idea del ser en general, que se afirma apodícticamente en la conciencia desde su primer despertar, ni podría suceder de otro modo, porque la conciencia no es otra cosa que conocimiento del propio ser y juntamente de la realidad a la cual ella se contrapone, aun siendo una parte de ella. Tales son también las nociones de espacio y de tiempo que nuestra mente no puede pensar sino como sin confines; tales los principios lógicos, tales los principios de la matemática y de la geometría, que tienen igualmente el carácter de verdades eternas. Pero, además de esto (cosa para nosotros aún más importante), hay en todo espíritu la certeza, quizá también a veces oscura, pero indefectible e insuprimible, de la libertad, de la imputabilidad, del deber y del derecho; todas nociones de carácter metafísico, que no tienen sentido respecto a los datos únicos de la naturaleza física, sino que suponen un contacto con el Absoluto.

Antes de detenernos particularmente sobre una de estas nociones, esto es, sobre la del Derecho, conviene hacer todavía una observación sobre los procesos cognoscitivos en general. La actividad del intelecto, aun cuando se ejercita sobre datos de la experiencia, tiene siempre alguna cosa de trascendente porque, al concebir estos datos, necesariamente los supera uniéndolos en un orden lógico, virtualmente comprensivo también de otros datos. Al contrario, también cuando contempla ideas eternas, el intelecto no puede dejar de considerar que ellas se reflejan igualmente en la experiencia, si bien de manera parcial y defectuosa. Hay, pues, un encuentro y casi una vuelta recíproca en las varias funciones de nuestro espíritu; lo que confirma la sustancial unidad del mismo.

Si dirigimos ahora nuestra atención al Derecho, fácilmente descubrimos que se nos presenta en doble aspecto: como idea ínsita en nuestra mente y como hecho histórico y positivo.

En el primer aspecto, el Derecho es una necesidad lógica por la cual la conciencia subjetiva comprende, además de la propia, la sub-

jetividad ajena. Esto puede parecer cosa obvia y casi inútil de decir, como todas las verdades elementales; pero, en realidad, tiene un profundísimo significado en cuanto denota la superación del yo por obra del mismo yo. Ley admirable de nuestra naturaleza, que vale como principio teórico y práctico juntamente. Reconocer la personalidad ajena en relación a la nuestra, poniendo así la una y la otra en el mismo plano ideal, significa admitir virtualmente un límite y una correlación en el recíproco obrar, con facultades y obligaciones correspondientes a ambas partes. Es bien sabido que este esquema fundamental de la relación jurídica se presenta y se averigua históricamente de diversos modos, y lo observaremos todavía dentro de poco. Pero, ante todo, importa saber que este esquema es inmanente, como exigencia categórica e inagotable, en nuestro espíritu (*in interiore homine*), y de aquí se traduce y se irradia en una serie continua de relaciones entre sujeto y sujeto, de la cual se compone un orden determinado en el perenne fluir de los hechos humanos.

Séame consentido recordar aquí una frase que oí un día de un gran poeta, Gabriel D'Annunzio, habiendo recaído la conversación sobre la confrontación entre el Derecho y la Poesía. «También el Derecho —dijo éste— es un ritmo de la vida.» Creo que pueda agregarse que es un ritmo necesario y constante de la conciencia de los individuos y de los pueblos.

Aun cuando en las fases primitivas del consorcio humano las relaciones sociales están limitadas a un grupo restringido, no faltan jamás los elementos esenciales de ese esquema, o digamos igualmente, de ese ritmo del espíritu y de la vida; una afirmación de la personalidad propia y un reconocimiento de la ajena; después, el establecimiento de un vínculo y de una relación transubjetiva o *metaegoísta*, mediante la cual, al mismo tiempo, se exige y se concede determinado respeto (al menos, repitamos, dentro de un límite dado). Sucesivamente, a medida que aquel *germen eterno de lo justo* (según la expresión de Vico) se desarrolla y las relaciones sociales se extienden, el reconocimiento de la personalidad ajena en relación con la propia se perfecciona en profundidad y en amplitud, dando lugar a instituciones que se aplican, no sólo a un mayor número de personas, sino también a nuevas formas de actividad. Surgen de este modo nuevas especies de derechos subjetivos o de libertades, pues se acrecienta también correlativamente la serie de las limitaciones y de las obligaciones, coeficientes inseparables de cualquier proposición jurídica.

Hemos considerado hasta aquí la universalidad lógica del derecho

en su significado puramente formal. Pero, en este punto, debemos preguntarnos: Esta consideración, ¿es la única posible? ¿Debemos contentarnos con reconocer y acoger en esa forma *a priori*, indiferentemente, todas las determinaciones jurídicas, como si todas tuviesen igual valor? Esto equivaldría a una especie de agnosticismo, si no directamente escepticismo; vale decir, a la negativa de escuchar una voz que, sin embargo, se eleva invenciblemente de nuestra conciencia más profunda: la voz de la justicia. Esta asume en verdad la forma lógica del Derecho, pero dentro de ella afirmase con un contenido ideal propio, de valor absoluto, en oposición a todo otro contenido posible que igualmente se presente en aquella misma forma.

La presencia de esta «voz celeste» (como la llamó justamente Rousseau) en nuestra conciencia, merece la meditación más atenta, porque ella nos revela, mejor que cualquier otro dato, la verdadera sustancia de nuestro ser y nuestra misión. La justicia, entendida en su esencial significado, no es ni puede ser otra cosa que la expresión de una ley absoluta y eterna; superior, por ende, a la mudable legalidad positiva, e igualmente radicada en nuestro espíritu, el cual por esto no puede consistir todo él en la efímera vida que se desenvuelve en el mundo sensible, sino que necesariamente pertenece y participa de un orden de verdades ultraterrenas.

Solamente considerando esta participación en un reino de valores absolutos se puede comprender enteramente la dignidad de la persona humana; esa dignidad que ciertamente tiene un reconocimiento, demasiado a menudo defectuoso, en cualquier sistema jurídico históricamente constituido, pero que encuentra su entera y perfecta consagración sólo en la pertenencia del ser humano a aquel reino ideal que trasciende cualquier Estado.

El hombre, empero, no es sólo espíritu, para nuestra desventura; pertenece, como decimos, casi a dos mundos, y de ello nace la perenne crisis de nuestra existencia, el anhelo jamás extinguido del todo de ascender de lo finito a lo infinito. Este anhelo es, por esto, ya por sí mismo, un testimonio claro y cierto de nuestra verdadera naturaleza; y si la ley eterna nos parece demasiado más alta que nuestro intelecto, para ser comprendida enteramente por nosotros, ella informa sin embargo de suyo nuestro ser y se impone a nuestra conciencia, como vocación indefectible, indicándonos el arduo camino del deber sobre las insidias de las pasiones y señalándonos los límites de nuestro derecho en la inviolabilidad del derecho ajeno.

La ley eterna deviene, pues, ley natural para nosotros, en el más

riguroso significado de este término: «lumen rationis naturalis», según las palabras de Santo Tomás (*Summa Theol.*, 1.^a 2.^{ae}, q. 91, art. 2); «nihil aliud quam impressio divini luminis in nobis» (*ib.*). E importa reparar que el mismo *Doctor angelicus* insiste en el carácter racional de esta participación nuestra en la ley eterna: «Rationalis creatura participat eam intellectualiter et rationaliter.» Sería un error creer, por tanto, que él apele a la sola fe, casi en antítesis con la razón; porque también nuestra misma racionalidad nos permite y nos impone reconocer esa ley, que merece verdaderamente el nombre de *lex naturalis*, por su correspondencia a nuestra naturaleza. La doctrina tomista encuéntrase de este modo, aun con su peculiar fundamento teológico, con la teoría clásica de los más iluminados filósofos y juristas griegos y romanos, en especial de aquella escuela estoica, en la cual fué ya anunciado casi un preludeo o un pródromo del cristianismo. Encuentra verdaderamente su lugar también en el grandioso sistema de Santo Tomás aquel concepto de la *ὀρθὸς λόγος* o *recta ratio*, que fué expresado espléndidamente por Cicerón en el célebre paso de la *República* (III, 22): «Est quidem vera lex recta ratio, naturae congruens, diffusa in omnes, constans, sempiterna. Nec erit alia lex Romae, alia Athenis, alia nunc, alia posthac, sed et omnes gentes et omni tempore una lex et sempiterna et immutabilis continebit, unusque erit communis quasi magister et imperator omnium deus.»

Es bien sabido que esta milenaria tradición, a cada instante vivísima, a la cual conviene bien el nombre de *philosophia perennis*, fué combatida por ciertas escuelas, especialmente en el siglo pasado y en el nuestro, en obsequio a un estrecho historicismo o positivismo, que descubría solamente la relatividad y no lo absoluto del Derecho; pero podemos afirmar seguramente que ninguna de las objeciones adoptadas por aquellas escuelas contra la idea de la ley natural jamás fué filosóficamente demostrada; la Filosofía del derecho moderna ha puesto en claro, antes bien, lo infundado de aquellas objeciones. Las discusiones ocurridas a este propósito, por lo demás, no han sido inútiles, ya sea porque han conducido a rectificar, además de los errores de las tesis adversarias, también algunas expresiones impropias de las mismas teorías jusnaturalistas, ya sea porque han dado ocasión para considerar, mejor y más ampliamente que lo que se había hecho anteriormente, aquello que es realmente el aspecto empírico del derecho, esto es, el elemento de su relatividad; lo que sin embargo no anula ni perjudica su inmutable fundamento lógico y deontológico.

Ha quedado inalterablemente firme, sobre todo, el principio que la persona humana, por su naturaleza racional, tiene una capacidad moral y jurídica que la eleva sobre la realidad física y que no depende de ningún poder extraño. Ella es sustancialmente autónoma porque tiene el dominio de los propios actos y lleva en sí misma la ley propia. La libertad del ser humano es, pues, inalienable, como la cualidad de sustancia racional; ella constituye el principio de todo derecho, anterior lógicamente a cualquier asociación política particular.

Este derecho primigenio, que podremos llamar «derecho a la soledad» porque consiste en la facultad ingénita de buscar *in interiore homine* el motivo y la condición determinante de toda relación social, se desarrolla en una serie de derechos, también ellos naturales en su fundamento, aunque diversamente especificados según las circunstancias históricas, y a veces también —de hecho— arbitrariamente alterados y violados. La exigencia, en el sentido ético o deontológico, con todo, permanece íntegra; y con la facultad perteneciente a cada uno de requerir de los otros el respeto de ellos, acompaña-se, por imprescindible necesidad lógica, la obligación de cada uno de respetar igualmente, a su vez, la misma exigencia en los demás.

Reconocer en sí y en cada otra persona el reflejo de un mismo espíritu, y por ende, la subordinación de una misma ley, significa admitir el vínculo de la fraternidad entre todos los hombres; esto es, aquella *societas humani generis* que, entrevista ya por la Filosofía antigua, ha tenido la afirmación más luminosa en el Evangelio.

De esto se percibe cómo la justicia, en su más alta expresión, se enlaza y casi se identifica con la caridad, porque también ella es una forma de amor y difiere de ella sólo por lo que determina sus condiciones y su equilibrio en las relaciones sociales. La esencia espiritual de la persona, partícipe por su naturaleza del Absoluto, es el valor supremo afirmado, en formas distintas pero coherentes, tanto por el Derecho como por la Moral.

En este principio, simple en su formulación abstracta, pero rico en innumerables consecuencias, tenemos el criterio para apreciar el grado de justicia de las leyes existentes, que son el producto del intelecto humano y también de las pasiones humanas. No podemos atribuir *a priori* a estas leyes el carácter de una justicia perfecta, porque el mismo intelecto es falible y las dificultades para aplicar rectamente aquel principio absoluto a las circunstancias mudables son tales que aun las intenciones más puras pueden ser inducidas a error. Pero

Los errores son graves sobre todo (como nos muestra la historia antigua y moderna) cuando ansias de predominio u otras pasiones desordenadas hacen desviar las mentes de aquel principio ideal, que debería ser guía de las legislaciones positivas, en las cuales los derechos elementales de la persona son a menudo no sólo descuidados, sino deliberadamente agraviados por aquellos mismos que debieran tutelarlos con sus determinaciones.

Ninguna ley, *ab hominibus inventa*, por otra parte, puede abolir aquella ley ínsita en nuestra naturaleza. Las aberraciones del arbitrio humano pueden violar esta ley, pero no destruir su valor ideal, que queda intacto, por encima de cualquier violación posible. Las locas pretensiones de aquellos príncipes o gobernantes que, llegados al mayor poder en su Estado, consideráronse libres de cualquier vínculo y de cualquier obligación e impusieron su voluntad como ley absoluta, chocó necesariamente contra la conciencia de los pueblos, que no tardó jamás mucho tiempo en sublevarse en nombre de una ley más alta y más verdadera. La Historia misma, si se mira bien, desmiente pues los presupuestos de aquellas escuelas que, sordas a los dictámenes de la Filosofía perenne, confundieron y a veces aún confunden la autoridad legítima con el poder de *facto*, proclamando al Estado, de cualquier manera constituido, única fuente de todo derecho.

Nadie discute, y ya lo destacamos, lo que hay de relativo y mutable en la existencia histórica o positiva del Derecho. Es notorio también que investigaciones modernas han puesto de relieve particular este elemento, demostrando las necesarias conexiones del fenómeno jurídico con otros fenómenos de la vida social. Sobre esto insistió, por ejemplo, el gran jurista José Kohler (del cual me honro haber sido discípulo), en varios de sus trabajos, entre los cuales bastará recordar aquel que tiene el significativo título de *El Derecho como fenómeno de cultura*. «Jedes Kulturleben —escribió— hat sein besonderes Recht, und jedes Recht wieder sein besonderes Kulturleben ganz ebenso wie jede Kulturwelt ihre Kunst und ihre Oekonomik hat» (1). Y citaba como ejemplo el Derecho romano, el Derecho islámico y el Derecho indiano, cada uno de los cuales no se puede comprender sino con referencia al carácter y al espíritu propios de la sociedad en las cuales respectivamente surgieron y florecieron. Estas consideraciones y otras análogas (por ejemplo, sobre los nexos entre

(1) J. KOHLER: *Das Recht als Kulturerscheinung*. Würzburg, 1885, pág. 5.

los institutos jurídicos y las condiciones económicas de la vida) han penetrado hoy de tal modo en la conciencia común de los estudiosos, que no requieren mayores demostraciones.

El problema no es ya si debe admitirse un elemento de relatividad en el Derecho como hecho histórico y positivo; más bien si, además de éste, no existe todavía otro, o mejor diremos, otros dos; es decir, una forma lógica inmutable y un ideal supremo, inmutable también él, del mismo Derecho. Resulta ya de las cosas dichas que debe responderse afirmativamente a esta pregunta.

Sería del todo erróneo suponer que estas consideraciones diversas, y que por esto son distintas, sean incompatibles entre ellas. La verdad es que más bien ellas se integran. Y si a veces se estimó erróneamente que una consideración excluía a otra o a las otras, ello aconteció más bien de parte de los historicistas y positivistas, muchos de los cuales negaron la universalidad lógica y ética del Derecho, para admitir y observar solamente el aspecto empírico del mismo. Aquellos, en vez, que detuvieron su atención, ya en los tiempos antiguos, sobre aquella universalidad, especulando la idea eterna de lo justo, no dejaron de considerar también explícitamente, aunque de modo sumario, las manifestaciones contingentes en el orden de los fenómenos.

El reproche de «falta de sentido histórico» que se suele oponer a los defensores del Derecho natural puede ser justificado en algunos casos, pero no por cierto en todos. Bastaría recordar, por ejemplo, las observaciones de Platón y las de Aristóteles sobre las variadas vicisitudes de las leyes y de las constituciones políticas, y sobre la necesidad de su correspondencia a las diversas circunstancias de los tiempos y de los lugares. Pero, sin extendernos en tales reclamaciones, queremos hacer al menos una referencia a la doctrina escolástica sobre este tema, como aparece especialmente en el sistema de Santo Tomás. Partiendo del concepto exacto que la ley es «regula et mensura», «directiva humanorum actuum», el Aquinense advierte que la gran variedad de las cosas humanas hace que los principios comunes de la ley de la naturaleza no puedan aplicarse a todas en igual manera; de donde deriva la diversidad de las leyes positivas (1.^a 2.^{ae}, q. 95, art. 2). Aquellos principios permanecen en sí mismos inmutables; pero, de su análisis pueden sacarse conclusiones lógicas que pertenecen también al Derecho natural; además, ellas admiten determinaciones particulares, «secundum quod quaelibet civitas aliquid sibi accommode determinat» (*ib.*, art. 4). Con esto, como se ve, está ampliamente reconocido el elemento de la relatividad, que es propio

de las leyes humanas. Ellas deben adaptarse «et secundum personas, et secundum negotia, et secundum tempora» (q. 96, art. 1). Aun debiendo estar dirigidas siempre al bien común, pueden justamente modificarse «propter mutationem conditionum hominum, quibus secundum diversas eorum condiciones diversa expediunt» (q. 97, art. 1). Así pueden establecerse normas especiales («specialia quaedam jura») para las diversas clases de población, según su respectiva actividad: por ejemplo, para los sacerdotes, para los militares, etc. (q. 95, art. 4).

El rigor de los principios generales no excluye, por tanto, su adaptabilidad a las materias y a los casos particulares. En este sentido, sobre las huellas del Aquinense, Dante observaba que las varias naciones, por sus diversas condiciones de vida, deben ser regidas por leyes diferentes, justamente porque la ley es «regula directiva vitae» (2).

Se ha advertido con razón que una ley no cambia propiamente cuando, por el cambiar de la materia de ella, se determina más precisamente su significado de modo de excluir su aplicación a un objeto diverso del que ella entendía regular realmente (3). Ni puede hablarse de cambio cuando se agrega a una ley alguna cosa que va más allá, pero no contra sus determinaciones. Así, Santo Tomás reconoce que a la *lex naturalis* «multa superaddita sunt ad humanam vitam utilia tam per legem divinam, quam etiam per leges humanas» (1.^a 2.^{ac}, q. 94, art. 5); y admite, del mismo modo, que ciertos preceptos, aunque derivados de la *lex naturalis*, puedan dejar de tener vigor cuando causas especiales impidan su observancia (4).

Las divergencias que se notan en los varios sistemas legislativos, y también en las sucesivas fases de un mismo sistema, son a veces solamente aparentes y, de cualquier modo que sea, conciernen mucho más a sus partes accesorias y superficiales que a sus raíces profundas. No hay duda que los motivos fundamentales del ánimo humano, de los

(2) DANTE: *Monarchia*, I, 14 (16).

(3) «Ex his patet quod lex ipsa non proprie mutetur, sed illius mutatio fit per mutationem materiae, ita ut materia quae est objectum legis mutetur ac proinde desinat esse ejus objectum.» (Comentario a la *Summa Theol.*, de SANTO TOMÁS, de De Rubeis, Billuart, etc., ed. Marietti, tomo II, 1940, pág. 538.) En el mismo sentido, v. las observaciones de SUÁREZ, *De legibus ac Deo legislatore*, L. II, C. XIII, 3-5; cfr. el reciente estudio de A. TRUYOL Y SERRA: *Lo mutable y lo inmutable en la moral y el derecho según F. Suárez* (en «Boletim da Faculdade de Direito», Coimbra, vol. XXXVII, 1951, págs. 228-51).

(4) Loc. cit. Cfr. A. BONUCCI: *La derogabilità del diritto naturale nella Scolastica*. Perugia, 1906; A. MESSINEO: *Il diritto naturale e la sua immutabilità e assolutezza*, en «Civiltà Cattolica», año 83, 1932, vol. IV, págs. 417-431.

cuales proceden las reglas de derecho, son uniformes y constantes, por lo menos en su máxima parte. Es aún también cierto que un mismo motivo puede traducirse en fórmulas bastante diferentes y hasta antitéticas cuando debe hacerse valer en circunstancias totalmente diversas. La tutela de la vida individual (para citar el ejemplo más notorio a este propósito), en las fases preestatales, puede producirse solamente por medio de la venganza del grupo familiar, que por esto es considerada lícita y debida; mientras que, por el contrario, deviene un delito cuando aquella tutela es asumida por el Estado. El propósito, sin embargo, es sustancialmente el mismo. Si (para señalar otro ejemplo) consideramos las sanciones contra las violaciones de las obligaciones contractuales en los diversos sistemas y períodos históricos, descubrimos que ellas son determinadas de mil modos diversos, a veces hasta incongruos y crueles; pero responden siempre, sin embargo, al concepto fundamental de que los pactos deben ser mantenidos.

La variedad entre las máximas del Derecho natural y las normas jurídicas positivas no depende, por esto, solamente de la mayor generalidad de las primeras, en comparación con la especificidad propia de las segundas, más ligadas a las circunstancias particulares, sino también de las múltiples desviaciones a las que está sujeto el espíritu humano, como antes hemos señalado, ya sea por efecto de debilidad o ignorancia, ya sea por el prevalecer de las diversas pasiones sobre la razón pura. La historia del Derecho positivo abunda igualmente demasiado, no solamente de imperfecciones técnicas, sino también de aberraciones éticas, a veces bastante graves, o sea de violaciones de la justicia, que no dejan de ser tales porque se visten de la forma de la legalidad. También estas aberraciones son, se entiende, históricamente explicables, porque todo lo que acontece debe tener una causa, y así también los fenómenos patológicos que se observan tanto en el mundo de la naturaleza cuanto en el de la historia y, en particular, de la historia jurídica. Si por este motivo, por un lado deben indagarse las causas de aquellos fenómenos, por el otro lado es obligatorio declarar su anomalía. Así, el estudioso del Derecho que no quiera ser simple exégeta o instrumento servil de la autoridad de los legisladores, no puede eximirse, aun cuando investigue y aplique normas jurídicas positivas, de elevar la mirada a la idealidad de la *ratio juris* en lo que ella tiene de universal, parangonando, pues, el Derecho positivo con el Derecho natural. Este parangón ayudará no poco a la propia interpretación judicial, porque justamente es oficio del juez hacer el máximo esfuerzo para extraer de la letra de la ley, cuanto

más sea posible de justicia. Pues llevará también a reconocer los defectos de las normas vigentes, preparando y sugiriendo con ello, directa o indirectamente, con o sin propuestas formales, las reformas necesarias.

Cada uno sabe que la vida del Derecho se sustancia en una lucha continua contra lo injusto. Pero lo que tal vez con frecuencia no se piensa es que las más graves ofensas a la justicia no suceden tanto en oposición a las leyes cuanto por obra de las leyes mismas. Así, no solamente en los tiempos antiguos, sino también en los recientes, las leyes de algunos Estados hollaron y quebrantaron los derechos esenciales de la persona humana, aun después que éstos habían sido solemnemente proclamados y garantidos por las Constituciones de los mismos Estados. Hasta el principio de la igualdad jurídica de los ciudadanos, unánimemente reconocido como fundamental en el Estado moderno, fué muchas veces violado en forma legal. Es muy cierto que la conciencia sana de todos los pueblos se sublevó contra leyes de ese modo manifiestamente inicuas, como siempre sucede cuando se contraponen mandatos arbitrarios a la ley natural, porque ningún arbitrio puede apagar la voz que emana de la naturaleza, ninguna tiranía puede superar al espíritu en lo que él tiene de absoluto y de eternamente válido. Verdad es también, por esto mismo, que las leyes a que aludíamos fueron sucesivamente abrogadas. Pero demasiados hechos demuestran claramente que la justicia está todavía muy distante de haber instaurado su reino sobre la tierra; y por esto conserva intacto su valor —no obstante los esfuerzos polémicos, renovados hace poco, de la llamada «teoría pura del Derecho»— la clásica antítesis entre el $\varphi\acute{o}\sigma\epsilon\iota\ \delta\acute{\iota}\kappa\alpha\iota\omicron\nu\varsigma$ y el $\delta\acute{\epsilon}\omicron\sigma\epsilon\iota\ \delta\acute{\iota}\kappa\alpha\iota\omicron\nu\varsigma$ esto es, entre la ley natural y la ley *ab hominibus inventa*, con la obligación categórica que de ella se sigue para la defensa de la primera en los contrastes con la segunda.

No nos es dado a nosotros saber si estos contrastes tendrán término un día, si las eternas exigencias de la justicia serán finalmente fielmente traducidas en los ordenamientos positivos, y si estos ordenamientos serán respetados y no transgredidos por todos. Pero, aun suponiendo y esperando que este estado de perfección pueda ser alcanzado en el futuro, ¿deberemos tal vez concluir que, en tal hipótesis, el Derecho habría agotado su función y desaparecería del mundo? Así ha parecido a algunos autores; pero no es difícil descubrir la erroneidad de tal tesis. Un eminente jurista francés, Lévy-Ullmann, partiendo de la observación bastante obvia que la gran mayoría de

los seres humanos obedece a determinados preceptos, y se abstiene, por ejemplo, de matar, «par pur respect de la loi morale et non pas par craintive soumission aux règles juridiques», expresa la opinión que, si se llegase, como es augurable, a una «era sin violencia», ella «sería, por definición, necesariamente, una era sin leyes» (5). Para consentir en esta opinión sería menester admitir que una ley existe realmente sólo cuando de hecho se opone a una transgresión suya. Pero la verdad es que una ley, moral o jurídica, denota una exigencia perfectamente válida cuando ella es respetada espontáneamente; en cuyo caso la sanción implícita en ella (esto es, para la ley jurídica, la impedibilidad del agravio), permanece una mera *virtualidad potencial* frente a una violación hipotética, siempre posible, también ella, en abstracto.

El origen de aquel error está en no haber comprendido exactamente la verdadera relación entre Moral y Derecho, es decir, el paralelismo entre estas dos categorías éticas que tienen un fundamento idéntico, pero formas distintas, por lo que dan norma respectivamente a cada sujeto considerado en sí y a las relaciones entre varios sujetos. Una absorción del Derecho por la Moral, o, como lo expresa Lévy-Ullmann, una «identification complète de la morale et du droit» (6), es por tanto imposible mientras exista una vida y una sociedad humana, en la cual deberá, pues, ser siempre definido el límite de lo lícito de cada uno en relación a los demás.

Análoga bajo cierto aspecto es en nuestro sentir, e igualmente inaceptable, la opinión expresada recientemente por un ilustre jurista italiano, Carnelutti: «Si no está muerto el Derecho, morirá, porque es mortal» (7). «La muerte —escribe— es la señal de la insuficiencia. Luego la insuficiencia del Derecho positivo se descubre en relación con el Derecho natural» (8). Pero también el Derecho natural —afirma— es insuficiente. Este «prescribe lo que no se debe hacer; y tal prescripción no basta para establecer la paz entre los hombres.» «Para ser suficiente, el Derecho, positivo o natural, debería no ser más Derecho» (9). «La equiparación de los demás a nosotros mismos está

(5) H. LÉVY-ULLMANN: Prefacio al vol. *Justice, Droit, État*. París, 1938; página XXX.

(6) Loc. cit.

(7) F. CARNELUTTI: *La morte del diritto* (en el volumen colectivo «La crisi del diritto». Padova, 1953), pág. 183.

(8) Id., pág. 184.

(9) Id., págs. 185 y sig.

más allá de cualquier posibilidad del Derecho, en el campo de la ética, que es el reino del amor.» «El Derecho, en verdad, no está hecho más que para los mediocres: los buenos no tienen necesidad de él, los malos no le tienen miedo» (10).

Refutar extensamente estas afirmaciones sería, aquí al menos, superfluo, además de que no creemos que ellas hayan reunido ni puedan reunir muchos consentimientos. Lo que a menudo induce a los juristas a perder de vista los caracteres verdaderamente esenciales del Derecho es el hecho que la normalidad de la vida jurídica suscita en ellos menor interés que los incidentes patológicos o *de excepción* a que da lugar la misma vida. Que la mayor parte de los deudores cumplan sus obligaciones sin que los acreedores deban citarlos a juicio; que las relaciones familiares (por ejemplo, el deber de los padres de educar a la prole) no requieran la intervención de jueces y de abogados sino en rarísimos casos; que, en suma, el Derecho sea, ante todo, coordinación pacífica, principio equilibrador y criterio regulador de la convivencia social para todos (y no sólo para los «mediocres») (11), es verdad tan elemental que parece hasta ocioso destacarla; pero justamente por esto ella corre el riesgo de ser descuidada por quien considera más bien las vicisitudes episódicas del Derecho que su realidad inmanente y profunda.

No es tampoco exacto que el Derecho sólo imponga obligaciones negativas. Domina toda la vida en coherencia con la Moral, y sus mandatos comprenden, además de las abstenciones, también las prestaciones debidas a los demás, sin excluir ciertas obligaciones de socorro. Bien es verdad que es por sí insuficiente para dirigir el obrar, debiendo ser integrado por la Moral; pero es también verdad que la Moral no basta por sí sola y que debe ser integrada por el Derecho (12).

(10) Id., págs. 189 y sig.

(11) Recuérdense las bellas fórmulas del estoico Crisipo referidas a las fuentes romanas: «Lex est omnium divinarum et humanarum rerum regna. Oportet autem eam esse praesidem et bonis et malis, et principes et ducem esse; et secundum hoc regulam esse iustorum et iniustorum, et eorum, quae hatura civilia sunt, animantium, praeceptricem quidem faciendorum, prohibetricem autem non faciendorum» (Digesto, I, 3, frag. 2).

(12) San Agustín advertía, con razón, que no podríamos perdonar una deuda sino conociendo que tendríamos el derecho de exigirla: «Neque enim debita dimitteremus, nisi quid nobis deberetur Legem indice disceremus (*Quaest. in Heptateuchum*, L. II, quaest. 80). Así (hacia notar todavía), no sería lícito hacer caridad con lo que fuese robado a otros: «Quis est qui dicat: Ut habeamus quod demus pauperibus, faciamus furta divitibus?» (*Contra mendacium ad Consentium*).

Este, por tanto, no podrá jamás ser eliminado, ni siquiera si se alcanza un estado en el que el amor reine soberano y no sea transgredida jamás ninguna regla. El imperativo ético, en ambas formas, rige siempre, mientras existan los seres a los cuales da norma; y es absurdo repetimos, creer que él comience a valer sólo cuando se cumpla o amenace una violación del mismo.

Como exigencia propia de la naturaleza humana, el Derecho surge inagotablemente de la conciencia, la cual, aun en las mudables circunstancias, propone de nuevo perennemente la instancia de un reconocimiento de la subjetividad que le es propia y de una coordinación de ella con la de los otros. Por variadas e imperfectas, a menudo, que sean las manifestaciones de este motivo fundamental, es sumamente significativo el hecho de que él acompaña inevitablemente la vida humana en cada faz; no se ha hallado jamás huella de una época histórica, y también diremos prehistórica, donde faltara un conjunto de normas reguladoras de las relaciones de convivencia; normas impuestas y observadas, aun sin ninguna formulación escrita, por la conciencia pública común, la cual no es y no puede ser otra cosa que la resultante de los datos de las conciencias particulares. *Ubi homo, ibi societas; ubi societas, ibi jus*. Para abolir el Derecho necesitaría-se abolir la humanidad.

Pero no todo lo que entra en el esquema genérico de la juridicidad responde igualmente a la íntima vocación de la conciencia. Esta puede estar más o menos desarrollada e iluminada, y son también posibles, ya lo hicimos notar, desviaciones y errores, los cuales aparecen especialmente graves cuando se traducen en los ordenamientos jurídicos positivos. Por esto la investigación deontológica de la verdadera justicia suprema se yergue sobre la de la juridicidad genéricamente entendida. En nuestra conciencia más profunda, a la luz de la recta razón, encontramos el sello de aquella ley absoluta, que supera en gran extensión, por verdad y por valor, a las leyes creadas por el arbitrio humano y por las pasiones humanas. Esta es justamente la ley que la filosofía perenne, conforme a la tradición clásica, llamó ley de la naturaleza. Divisando en ésta el reflejo de la eterna o divi-

C. VII, 18). Es sabido, y fué espiritualmente recordado muy recientemente, el cuento del ratero que fué a un sermón y quedó tan conmovido por la elocuencia del predicador, que vació todos los bolsillos de las personas vecinas y puso el contenido en la caja de la limosna (v. R. POUND: *Sulle condizioni attuali della Filosofia e della Scienza del diritto*, en «Riv. internaz. di Filosofia del Diritto», año XXVIII, 1951, fasc. III, págs. 482-3).

na, el Aquinense no vaciló en afirmar que las leyes humanas dejan de ser obligatorias «in foro conscientiae», cuando son contrarias a la ley divina (13). Tesis tanto más notable cuanto que va acompañada con la afirmación de la observancia debida, al máximo, de la legalidad positiva. No solamente las leyes justas deben ser ordinariamente observadas, sino también aquellas injustas y contrarias a la utilidad pública, con tal que su injusticia no llegue hasta violar los principios esenciales del orden ético supremo, indeleble e imperiosamente impresos en nuestro espíritu. El orden social positivo tiene por sí mismo un valor como realización parcial de aquél; pero no puede infringirlo y renegarlo sin destruir el fundamento de su propio valor y anular, por ende, su autoridad. De este modo, exactamente, escribió Suárez: «Jus naturale est fundamentum humanis juris; ergo non potest jus humanum juri naturali derogare, alias suum fundamentum destrueret, et consequenter seipsum» (14).

Corregir las leyes injustas y dañosas es función del legislador, reformándolas o dispensando de su observancia cuando sea el caso, y es función de los jueces aplicarlas a las emergencias de los casos singulares (que pueden también no haber sido previstos por los legisladores); de modo de atemperar las durezas y las incongruencias, siguiendo más bien el espíritu que la letra de ellas, con miras también a esos *principios generales* que los mismos legisladores están constreñidos a admitir como fuente integrativa. Los subsidios que la técnica de la interpretación ofrece a este propósito son mucho más extensos y poderosos que cuanto pueda parecer a los profanos del Derecho; y es sabido por todo jurista culto, y está demostrado bastante por el insuperable ejemplo de la jurisprudencia romana, cuánto sirven realmente tales instrumentos, bien empleados, para eliminar injusticias y para promover progresivos desarrollos de las normas vigentes.

De la estabilidad del orden jurídico depende la seguridad del consorcio civil en todas sus manifestaciones; no es, por ende, admisible que las normas que lo componen, aunque sean defectuosas, sean transgredidas por mero capricho individual. De ahí la máxima, declarada y practicada de manera sublime por Sócrates, que el buen ciudadano debe obedecer aun las leyes y las sentencias injustas, con sacrificio de sí mismo, antes que dar a los demás el funesto ejemplo de la insubordinación contra el Estado patrio. Pero ello vale solamen-

(13) V. SANTO TOMÁS: *Summa Theol.*, 1.^a 2.^{ae}, quaest. 96, art. 4.

(14) SUÁREZ: *De legibus ac Deo legislatore*, L. II, C. XIX, 5.

te hasta aquel límite fuera del cual no alcanza la autoridad de ningún Estado, cualquiera sea su fuerza; porque sobre las leyes escritas están las no escritas, que corresponden a exigencias insuprimibles e inderogables de las conciencias humanas. Y que aunque se intente sofocarlas con la violencia, dichas exigencias resurgen y se expresan con aquel grito, que ya brotó del labio de Antígona en la tragedia griega, y que siempre se elevó como extremo recurso a la justicia divina, cada vez que la justicia humana, despreciando a aquélla, convertida en *justitia diaboli*, llevó al martirio víctimas inocentes.

Bien lo sabemos: cierto ordenamiento jurídico hubo siempre desde que existió vida humana, porque (¿es necesario repetirlo?) el hombre es esencialmente social y no puede haber sociedad sin Derecho. Pero esto no significa que a nuestra mente le sea dado solamente inclinarse y obedecer pasivamente, en cualquier caso, las órdenes del poder social preponderante. El que esto afirma desconoce no sólo la autonomía propia de la conciencia humana, sino también el hecho que el propio Derecho positivo requiere de los súbditos y, especialmente, a los magistrados, una cooperación activa y no meramente pasiva, para la real eficiencia de sus instituciones. Sin la cual las mismas instituciones se agotarían y decaerían como entristece y muere una planta a la cual se priva de la linfa vital. Donde, pues, en extrema hipótesis, las normas positivas son tales que no consienten a los magistrados administrar, y a los ciudadanos obtener, por lo menos, una cierta justicia que respete y tutele los derechos esenciales de la persona, es deber del magistrado de recta conciencia renunciar al cargo, y es lícita, si no al particular, a la parte sana del pueblo, una oposición a la autoridad que usurpa el poder, para sustituir por un nuevo orden el que es más bien negación que afirmación de la justicia (15).

Empero no hay que ocultar que si el sentido general de estas má-

(15) El mismo SANTO TOMÁS declara que contra los excesos de la tiranía es legítima la resistencia, salvo que de ésta derive un daño mayor que de la propia tiranía, o que el soportar esta plaga sea para el pueblo una expiación justa de sus pecados; en cuyo caso el remedio debe buscarse en la cesación de esos pecados. Pero, a lo más, la lucha contra un régimen tiránico no constituye propiamente una sedición: «magis autem tyrannus seditiosus est» (*Summa Theol.*, 2.^a 2.^{ae}, q. 42, art. 2 ab 3; *ib.*, q. 104, art. 6 ad 3. *De regimine principum*, L. I. c. VI). En este mismo sentido, las Encíclicas «Quod Apostolici muneris» y «Diuturnum illud» del Papa León XIII señalaron que cesa el deber de obediencia de los súbditos «si legislatorum ac principum placita aliquid sanciverint aut iusserint, quod divinae aut naturali legi repugnet»; «omnia enim, in quibus naturae lex vel Dei voluntas vilatur, aequè nefas est imperare et facere».

ximas es bastante claro, cuando se trata de su aplicación práctica se presentan no pocas dificultades. De numerosas experiencias, antiguas y modernas, resulta que, además de las dudas y de las disputas doctrinarias, son muchos los problemas y los peligros de errores en esta materia. Debe, por ejemplo, destacarse que las tentativas de abatir una tiranía, en cuanto fracasan, suelen provocar una exasperación de ella; mientras que igualmente su éxito puede tener consecuencias perjudiciales dando lugar a graves disentimientos en el pueblo, y a veces también al surgir de una nueva y peor tiranía (16). Sobre todo no conviene olvidar que la oposición a las leyes vigentes —hecho gravísimo por sí mismo—, puede ser y es sugerida muchas veces no en obsequio a una justicia más alta, sino por motivos egoístas y antisociales. De donde la necesidad de una crítica rigurosa para determinar si, en las circunstancias concretas, concurren o no los extremos que puedan racionalmente justificar la transgresión, teniendo en cuenta también sus consecuencias presumibles. Principalmente han de excluirse, por la razón antedicha, los actos individuales de resistencia a la autoridad, aun movidos por intenciones no reprobables, cuando les falte en la conciencia del pueblo un asentimiento suficiente para hacer probable el buen éxito.

En un cierto sentido, el hecho de la revolución es, sin duda, *anti-jurídico*; pero, en cuanto tiende a instaurar un nuevo Derecho, debe ser considerado también bajo este aspecto, y no cabe que los juristas se tapen la cara delante del mismo por una suerte de «pudeur doctrinaire», como agudamente observó Gény (17). Es cierto que no toda revolución debe racionalmente considerarse legítima; pero tampoco sería admisible una condena sumaria de las revoluciones en general. Deben hacerse distinciones según los criterios señalados antes.

Las alteraciones súbitas de los regímenes políticos representan lo álgido de esa crisis que acompaña casi constantemente a la vida histórica del Derecho y que de ordinario encuentra su gradual solución en el lento desarrollo de la conciencia pública y en la normal actividad de los órganos legislativos. No solamente, sin embargo, en estos acontecimientos de carácter extraordinario, sino también en los procedimientos comunes de innovaciones reformadoras se revela el perpetuo trabajo del alma humana alrededor del Derecho. La misma ac-

(16) Véase sobre esto especialmente el tratado *De regimine principum*, loc. cit.

(17) *Science et technique en droit privé positif*, tomo IV (París, 1924), página 132.

tividad judicial, que también tiene una base aparentemente fija en el *jus conditum*, da lugar, como es sabido, a problemas siempre nuevos. A través de sus continuas vicisitudes, el Derecho se reafirma de ese modo, sin pausa, igual y diverso, como el sol, según las palabras de Horacio, renace cada día «*aliusque et idem*» (18).

Hemos indicado de este modo, en rápida síntesis, el fundamento inmutable del Derecho y las contingentes y, sin embargo, necesarias manifestaciones suyas en el campo histórico. Sería ciertamente un error descuidar el estudio de estas manifestaciones; pero no menos erróneo sería limitar nuestra consideración a este estudio, excluyendo el de la categoría lógica universal y de la idea eterna del Derecho, o sea de la justicia *κατεξοχήν* que resplandece en lo sumo o en la cúspide de nuestra conciencia y se impone a ella como absolutamente válida, fuera y sobre las determinaciones jurídicas positivas y sus posibles aberraciones.

El Derecho, nadie lo ignora, es orden; pero no cualquier orden responde a las exigencias de la justicia. Esta se realiza del todo sólo cuando, junto con el orden, reina el amor; de ahí que ella puede definirse precisamente «*ordo amoris*», como dice San Agustín de la virtud (19). Ambas formas fundamentales de la Ética, Moral y Derecho, responden a un solo principio, esto es, la universalidad del espíritu. Como advirtió ya en un mensaje no olvidado el Pontífice Pío XII, «ni contraste ni alternativa: amor o Derecho, sino la síntesis fecunda: amor y Derecho».

En verdad, en nuestra breve vida terrena no puede saciarse nuestra sed de justicia. Pero, en esta misma sed, en esta inextinguible aspiración, se revela nuestro destino superior y descansa nuestra esperanza en la paz y en la beatitud eterna.

JORGE DEL VECCHIO

(18) *Carmen saeculare*, v. 10.

(19) *De civitate Dei*, XV, 22.