

## LA HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

### 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Sin el hombre podrá haber cambio pero no historia. Solamente el hombre es el sujeto y el objeto de la historia. Pero ese hombre es el hombre concreto, social, el hombre que vive en el cruce de las coordenadas del tiempo y del espacio. Por otra parte, el negar la historia significa negar el hombre real. Un concepto abstracto y universal del hombre tendrá sin duda su valor y utilidad, como también la tienen los objetos preciosos que colocamos en las vitrinas de los museos. Pero el hombre que nos interesa es el hombre-problema, el hombre histórico.

Esto supuesto, el hablar de la historicidad de los Derechos Humanos puede parecer una cosa evidente y sin embargo no lo es. Los Derechos Humanos son los derechos que todo hombre tiene, no por ser súbdito de tal estado, sino sencillamente por el título de ser hombre y no pura cosa o puro animal. Por eso se dice que se fundamentan en la dignidad humana, que son eternos, universales, intransferibles, intocables, que no se crean sino que a lo más se descubren

El fin del presente trabajo es demostrar que el problema es más complicado y que hay que precisar más, si no se quieren confundir muchos conceptos y mezclar muchas afirmaciones que de hecho pertenecen a esferas muy distintas. Lo que más preocupa al jurista y en fin de cuentas a nuestra sociedad, no son

los principios generales sino los problemas que se crean al aplicarlos a los casos concretos o al sacar sus últimas consecuencias. Entonces parece que ya no se ve tan clara la inmutabilidad y universalidad de tales principios. Muchas de las explicaciones que se hacen para explicar lo que parecen o son excepciones de la regla general, parecen muchas veces juegos acrobáticos que no siempre convencen<sup>1</sup>.

La tesis que quisiéramos explicar y fundamentar brevemente podrá parecer a algunos nueva y avanzada, pero la novedad está sólo en la formulación y punto de vista nuevo del problema. Sin embargo de esto depende no pocas veces el que un problema que hasta la fecha parecía insoluble encuentre una explicación satisfactoria. Sin caer en el historicismo relativista y relativizante, se puede y debe afirmar la historicidad de los axiomas jurídicos y éticos, de lo cual los derechos del hombre nos presentan un ejemplo muy aleccionador. Esta tesis nos abre nuevos horizontes en la filosofía del derecho y en la investigación de los derechos del hombre. Pero antes de entrar en la cuestión será menester precisar unos cuantos conceptos fundamentales.

---

1) Tales casos ya tratados por los autores de la edad media son, por ejemplo, cómo se puede explicar el matrimonio entre hermanos (caso de los hijos de Adán y Eva), el mandato de Dios a Abraham de matar a su hijo único Isaac, los casos de adulterio, poligamia y robo, permitidos o preceptuados a veces por Dios en el Antiguo Testamento, etc.

## 2. ANALISIS DEL CONCEPTO DE HISTORICIDAD

Es ya una frase de cajón decir que el derecho es histórico. En casi todas las obras modernas de filosofía del derecho se suele hablar de paso de la historicidad del derecho. Sin embargo es sorprendente la falta de monografías que hay sobre este tema. Lo primero que debe aclararse es el sentido de la palabra *historicidad*. En un estudio, que no es ni mucho menos exhaustivo, que hice sobre el término equivalente alemán *Geschichtlichkeit* pude descubrir que este término ha tomado por lo menos ochenta sentidos distintos<sup>2</sup>. La primera conclusión que se saca de esto es que este término es no sólo ambiguo sino que incluso equívoco.

Sin embargo hay tres rasgos que siempre están presentes o por lo menos se sobreentienden: 1) Se trata siempre del hombre. Sin el hombre podrá haber grandes cambios, cataclismos cósmicos, pero no historicidad. 2) El hombre no se concibe solo, aislado, sino como un ser social, concreto, que vive relacionado con otros hombres. 3) El tercer elemento es más difícil de determinar pero se le puede llamar el "factor dinámico": mutabilidad, temporabilidad, potencialidad, actividad, libertad, tensión, vitalidad, etc. Es precisamente en este último elemento donde radica la ambigüedad del concepto de historicidad.

Al hablar de la historicidad de los Derechos Humanos o en sentido más general de los axiomas jurídicos, tomaremos esa palabra en el sentido de que el contenido de tales axiomas, a) cambian (cuestión de hecho) o por lo menos pueden cambiar (cuestión de derecho) en el transcurso del tiempo (historicidad vertical), y b) cambian (cuestión de hecho) o por lo menos pueden cambiar (cuestión de derecho) en el espacio (historicidad horizontal). Estas dos clases de historicidad se pueden formular de una manera uniforme afirmando la posibilidad de excepción a la regla general, o sea, la posibilidad de la dispensación intrínseca de la ley.

---

2) Véase: JOSE LLOMPART, *Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, Frankfurt-Berlín, 1968, páginas 20-31. Este estudio abarca el tiempo de la postguerra hasta el año 1966 inclusive.

La tesis contraria afirma que los axiomas jurídicos son eternos e inmutables (en el tiempo), generales y universales (en el espacio), o sea, que no admiten ni de hecho ni de derecho ninguna excepción. Lo que llamamos excepciones, lo son sólo aparentemente.

Un punto muy importante en el que es menester insistir, es que el concepto de historicidad arriba descrito no incluye el de absoluta relatividad. O sea, que los axiomas jurídicos podrán cambiar en el tiempo y en el espacio, pero si de hecho alguna vez cambian, no es por puro capricho sino necesariamente. La cualidad por la cual un axioma, supuestas ciertas condiciones no dadas anteriormente, cambie o mejor dicho deba cambiar, quisiera llamarla —usando una palabra nueva para evitar confusiones— la *necesidad* (del latín *necesse*, *necessarium*) de los axiomas jurídicos<sup>3</sup>.

Afirmando la necesidad de los axiomas jurídicos se cierra la puerta al positivismo y relativismo jurídico. Para el positivista la norma suprema y única de la ley es la orden del legislador, de manera que expresándolo con las palabras de Bergbohm, “incluso la ley más infame debe considerarse como obligatoria, con tal de que desde el punto de vista formal esté correctamente creada”<sup>4</sup>. O sea que “únicamente la ley positiva es derecho, y toda ley positiva es derecho”<sup>5</sup>. Un autor más moderno, Hans Kelsen, expresa el mismo pensamiento con las siguientes palabras: “No existe ninguna conducta humana que como tal, en virtud de su contenido, no pueda ser objeto de una norma jurídica”<sup>6</sup>. Esta posición debe negar lógicamente la necesidad de los axiomas jurídicos.

---

3 En alemán esa cualidad recibe los nombres de “(relative) Notwendigkeit” o “(relative) Absolutheit”. MAX MÜLLER la llama también con acierto “Unbeliebtheit”. (Véase: MAX MÜLLER, “Die Ontologische Problematik des Naturrechts”, en *Die Ontologische Begründung des Rechts*, edit. por Arthur Kaufmann, Darmstadt, 1965, pág. 468).

4) KARL BERGBOHM, *Jurisprudenz und Rechtsphilosophie*, Vol. I, 1892, página 144.

5) KARL BERGBOHM, o c. pág. 240. El subrayado de la cita es mío. Modernamente el iusnaturalismo puede admitir la primera afirmación pero no la segunda.

6) HANS KELSEN, *Reine Rechtslehre*, seg. ed., 1960, Viena, pág. 201.

Con la afirmación de la necesidad de los axiomas jurídicos se excluye también el relativismo total y el agnosticismo valoral como por ejemplo el defendido por Gustav Radbruch. Para Radbruch lo que confiere contenido a la ley queda determinado por el fin que se propone el legislador. Sin embargo el determinar ese fin es un problema de valoración y por tanto —según Radbruch— esta cuestión no se puede solucionar de una manera científicamente convincente. La única solución que queda en este caso es el decisionismo jurídico. Es la orden del legislador la que, sin poder ser fundamentada científicamente, nos saca de la indecisión, pues al fin y al cabo en la sociedad es menester que reine el orden y la seguridad jurídica<sup>7</sup>.

Al admitir la necesidad de los axiomas jurídicos, aunque se admita la posibilidad de una decisión diferente (en otro tiempo o en otro lugar), se afirma con todo que dadas determinadas circunstancias y supuestas ciertas condiciones, sólo hay una solución que es la verdadera y que no depende exclusivamente de la decisión del legislador<sup>8</sup>. Esta necesidad no es absoluta sino relativa, pues depende de ciertas condiciones que, por lo menos teóricamente, no repugna el que cambien (el que de hecho cambien, la historia a veces no nos suministra datos suficientes). Por eso esa necesidad es distinta de la necesidad absoluta de que gozan los principios metafísicos, los cuales trascienden el tiempo y el espacio. Sin embargo no se puede negar a los axiomas jurídicos el carácter de necesidad, pues no está en nuestra mano el manipular —por lo menos directamente— con las condiciones de su validez. Por tanto a esa necesidad se le podría llamar también “relativa absolutividad” o “absoluta relatividad”<sup>9</sup>.

---

7) Véase: GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, sexta ed., 1963, sobre todo los capítulos 2, 7 y 9.

8) Claro está que también hay casos, como por ejemplo muchas leyes de tráfico (ir por la derecha o por al izquierda), en los que la decisión no se puede dar considerando solamente la naturaleza de las cosas. Aquí solamente la orden del legislador nos puede sacar de la indecisión.

9) Sobre la base filosófica de la necesidad de los axiomas jurídicos véase MAX MÜLLER, *Existenzphilosophie in geistigen Leben der Gegenwart*, tercera ed., 1964 sobre todo pág. 34 ss.

Resumamos lo dicho hasta aquí. *Inmutabilidad, universalidad y necesidad* son tres términos que expresan tres conceptos distintos, aunque no pocas veces se han considerado sinónimos. La nota característica de los axiomas jurídicos no es la inmutabilidad y universalidad (aunque muchos o casi todos *de hecho* lo sean) sino la necesidad. Solamente los principios metafísicos son plenamente inmutables, universales y necesarios.

En el Japón hay dos decisiones del Tribunal Supremo en las que se invocó el derecho natural, pero que han sido muy discutidas y criticadas entre los juristas<sup>10</sup>. Según estas decisiones el distintivo y la esencia del derecho natural está en la universalidad e inmutabilidad de sus principios, de modo que en ellas se presenta un derecho natural estático que desconoce por completo la historicidad. En mi opinión, la nota característica del derecho natural es precisamente la necesidad, que es compatible con la historicidad. Necesidad e historicidad son los dos elementos que dan consistencia y al mismo tiempo flexibilidad al derecho natural<sup>11</sup>.

### 3. PRINCIPIOS METAFISICOS Y AXIOMAS JURIDICOS

Durante más de dos milenios se ha cometido no pocas veces consciente o inconscientemente el error de confundir las *leyes* de la naturaleza con las *leyes* que rigen la sociedad. El *nomos* griego tiene por objeto el orden, orden que los griegos en primer lugar vieron reflejado en la naturaleza y luego —a imitación de él— quisieron ver realizado también en la sociedad humana. El usar en Europa<sup>12</sup> una misma palabra para ambas

- 
- 10) Estas dos decisiones han sido parcialmente traducidas al inglés por JOHN M. MAKI en su libro *Court and Constitution in Japan. Selected Supreme Court Decisions, 1948-1960*, University of Washington Press, 1964. La del 11 de Octubre de 1950 (*Hanreishu*, IV, n. 10, 2037) trata de la igualdad ante la ley con ocasión de un parricidio ocurrido en Fukuoka, y la otra del 13 de Mayo de 1952 (*Hanreishu*, XI, n. 3, 997) de la obscenidad y libertad de expresión con ocasión de la traducción al japonés de la novela *Lady Chatterley's Lover*.
- 11) Una exposición de este problema desde el punto de vista del iusnaturalismo: JOSE LLOMPART, "La Historicidad del Derecho Natural" (en japonés), *Sophia Law Review*, Vol. XIV, 1970, N.º 1, pág. 149 ss.
- 12) En el Oriente, por lo menos en el Japón, existen palabras diferentes: "Hosoku" para las leyes de la naturaleza y "Ho", "Horitsu", "Dotokuritsu" para las leyes jurídicas y morales.

clases de órdenes (*nomos, lex, lef, Gesetz, legge, law, loi*) indujo a creer que se trataba de cosas iguales. Modernamente y debido sobre todo al dualismo metodológico alemán (*Metho-dendualismus*) se ha puesto en claro la diferencia radical de ambos órdenes. Las ciencias normativas, o sea, el derecho y la ética (*Normwissenschaft, Geisteswissenschaft*) son distintas y se rigen por otras reglas que las llamadas ciencias positivas (*Seinswissenschaft, Naturwissenschaft*). Las ciencias positivas tienen como fin el comprobar lo que es (*Sein*), y las normativas el prescribir lo que *debe* ser (*Sollen*). Las primeras no admiten excepción de hecho, las segundas sí. Con esta distinción, que ahora nos parece evidente y natural se dio un gran paso en la sistematización y metodología científica.

Sin embargo hace falta hacer otra distinción, que para la Filosofía del Derecho es muy importante y de la cual se pueden sacar muchas consecuencias. Cuando se habla de los "primeros principios" del derecho, se aducen los conocidos ejemplos de "hay que hacer el bien, el mal debe ser evitado", "hay que dar a cada cual lo suyo ("suum cuique"), "honeste vivere", "neminem laedere", "pacta sunt servanda", etc. Sin embargo aquí se mezclan dos clases de principios que pertenecen de hecho a distintas capas de abstracción y por tanto poseen cualidades distintas.

Los principios metafísicos, tales como el de contradicción, causalidad, razón suficiente, identidad, etc., son ciertamente inmutables, universales y necesarios, pues trascienden el tiempo y el espacio y se predicán del ser como tal. Pero no pasa lo mismo como veremos más adelante cuando se baja a los principios jurídicos que se refieren no a toda clase de ser, sino solamente al ser jurídico, o sea, al hombre en cuanto tiene relación con sus semejantes, y esto sólo en su aspecto legal. Baste notar ahora que, por ejemplo, cuando se afirma que hay que hacer el bien y evitar el mal, solamente se repite con ello que "omme ens est appetible", o sea, un transcendental del ser. Aquí nos encontramos todavía en la región de la metafísica y en consecuencia, un tal principio sería inmutable y universal. Cuando se afirma que hay que dar a cada uno lo suyo, es evidente e indemostrable que una vez hayamos puesto en claro lo que es de cada uno, a cada uno hay que darle lo suyo. Eso no es más

que repetir el principio de identidad, que como tal no admite excepción. No tan fácil y evidente será en cambio el determinar lo que pertenece a cada uno. Pero con esos principios que forman la base metafísica de la Filosofía del Derecho, no hemos entrado todavía en la capa de los axiomas jurídicos propiamente dichos, o sea, de los que se refieren al derecho como tal, como por ejemplo, "no matarás", "pacta sunt servanda", "nulla poena sine lege", "vim vi repellere potest", "el legislador humano no es omnipotente", etc. Por tanto, al afirmar la historicidad de los axiomas jurídicos no se niega en nada ni la metafísica ni la universalidad e inmutabilidad de sus principios. Esta distinción, que es evidente y lógica, no se ha tenido en cuenta hasta ahora y por eso nunca se ha podido dar una explicación satisfactoria de los axiomas jurídicos y del derecho natural. No pocas veces se ha considerado la historicidad como un elemento difícil de reconciliar con el iusnaturalismo.

A continuación veremos algunos de los esfuerzos que se han hecho para explicar la historicidad del derecho. Rasgo común de todos ellos es la de admitir la historicidad del derecho pero no la de los principios jurídicos. Sin embargo el punto débil de tales explicaciones es el haber confundido conceptos (inmutabilidad, universalidad, necesidad) y principios (de orden metafísico y de orden jurídico) que pertenecen a un orden distinto.

#### 4. LAS TESIS TRADICIONALES SOBRE LA HISTORICIDAD DEL DERECHO

Como es natural no hay ningún autor que niegue la historicidad del derecho positivo. En cuanto al derecho natural —al cual pertenecen los derechos humanos según la opinión común— la cosa ya no parece ser tan clara.

Los filósofos iusnaturalistas que admiten la historicidad del derecho, la suelen explicar de dos maneras.

a) Los principios como tales nunca cambian, son eternos e inmutables. Lo que cambia es la situación histórica y por tanto las conclusiones jurídicas que debido a ella sacamos de estos principios. Esta explicación viene a ser como una especie de silogismo, en el que la mayor es siempre un principio inmutable y universal, y la menor una situación concreta y

cambiable, y como la conclusión sigue en buena lógica la peor parte, así el derecho es algo histórico, concreto y mutable. Según esa manera de pensar, la historicidad no proviene de la mayor, de los principios, sino de la menor, de la situación concreta histórica.

b) Otra clase de historicidad en la cual se ha insistido sobre todo desde que Kant propuso el problema crítico es la que podríamos llamar la historicidad epistemológica. No son los principios jurídicos o los derechos humanos lo que cambia, sino solamente nuestro conocimiento sobre ellos. La historicidad significa aquí solamente que nosotros con el tiempo vamos adquiriendo un conocimiento más perfecto y adecuado de ellos. Es lógico que los autores que niegan el que el hombre pueda conocer las cosas en sí no podrán dar una explicación satisfactoria de tal historicidad. Por eso hay quien afirma que los derechos humanos no se pueden fundamentar ni empírica ni racionalmente<sup>13</sup>.

El distintivo de las tesis tradicionales es, por tanto, que los principios jurídicos ontológicamente son inmutables. Los cambios son aparentes y se explican suficientemente por el cambio de la situación, y en el peor de los casos, se dice que tales principios continúan siendo válidos pero excepcionalmente no se aplican, o sea, se suspende su aplicación. Se les trata como a una mercancía de mucho valor, que para que no se corrompa se deja en caso de apuro en el almacén sin usarla, quedando así intacta. A continuación vamos a examinar algunos de los intentos que se han hecho en el transcurso de la historia para explicar la historicidad del derecho.

#### A. *La inmutabilidad de la ley natural en la edad media*

Para Santo Tomás de Aquino la ley natural en cuanto a sus primeros principios es completamente inmutable (*omnino immutabilis*)<sup>14</sup>. Sobre este punto Santo Tomás no admite dis-

---

13) WALTER RUDOLF, "Idee und Grundgehalt der Menschenrechte", en *Naturrecht, Menschenrechte, Offenbarung*, Frankfurt am Main, 1968, pág. 128.

14) *Summa Theologica*, I-II, qu. 95, art. 5 (Utrum lex naturae mutari possit).

cusión alguna. En cuanto a los preceptos secundarios (los preceptos del decálogo), o sea, las primeras conclusiones de los preceptos primarios, admite cierta mutabilidad en el sentido que la norma general continúa teniendo su validez general (*ut in pluribus*) pero en algunos casos raros hay causas que impiden la observancia de tales preceptos, o sea, que se suspende la aplicación de tal principio. El ejemplo clásico es el de "depositum est reddendum". Si se me ha confiado una espada debo devolverla a su dueño, a no ser por ejemplo en el caso excepcional de que éste me la pida con la intención de cometer un crimen con ella. Entonces surge un impedimento que hace que excepcionalmente no se aplique el principio general. El comentarista de la Suma Teológica aclara ese caso de una manera que se podría llamar típica en la manera cómo los autores de la escolástica quisieran explicar la mutabilidad del derecho natural: lo que cambia no es la ley misma sino solamente la materia de la ley. Al cambiar la materia, deja ésta de ser objeto de la ley. Es la teoría que podríamos llamar de la *mutatio materiae*. Con esta teoría se podrá explicar hasta cierto punto la inmutabilidad pero no la universalidad de los axiomas jurídicos, pues al fin y al cabo se admite una excepción.

Mucho más interesante son los esfuerzos que hace Suárez para defender la inmutabilidad del derecho natural. Lo que cambia es la materia y en consecuencia de ello cesa el derecho anterior y entra en vigor otro nuevo<sup>15</sup>. Un ejemplo que nos da Suárez es el de la medicina. Una misma medicina, sin que ella cambie lo más mínimo, puede producir la salud o la muerte según el sujeto a que se aplique. Según Suárez hay que distinguir entre los preceptos negativos y los positivos. Los primeros obligan siempre y para siempre. Los segundos en cambio obligan siempre pero no para siempre. Pero en ambos casos no hay ninguna mutación de los principios como tales<sup>16</sup>. En general se puede afirmar que Suárez se esfuerza más que Santo Tomás

---

15) *De Legibus*, Lib. II, cap. 13, n. 6, 9; cap. 14, n. 19. Sobre la inmutabilidad de la ley natural en Suárez véase la obra de FRANCISCO CUEVAS CANCINO, *La Doctrina de Suárez sobre el Derecho Natural*, 1952, sobre todo pág. 159-213.

16) O. c. cap. 13, n. 4.

en defender la inmutabilidad de los principios del derecho natural y así concluye afirmando que cuando Dios dispensa de ellos, de hecho no es una dispensación propia, o sea, cesación de la ley misma, sino que lo único que hace Dios es cambiar la materia de la ley<sup>17</sup>. Por ejemplo, en el caso de concubinato mandado por Dios en el Antiguo Testamento, lo único que hace Dios es que la mujer que no era "suya" se convierta en "suya" y así queda intacta la ley natural que prohíbe la vida matrimonial con una mujer "ajena".

En general se puede afirmar que los autores medievales no hicieron ninguna distinción entre los conceptos de inmutabilidad, universalidad y necesidad, y al tomarlos en conjunto, es lógico que no pudiera descubrir suficientemente la historicidad. En Suárez encontramos una frase que refleja la necesidad de los axiomas morales o jurídicos, cuando afirma que todo precepto natural "continent *absolutam* veritatem ex natura rei *necessariam*", pero luego Suárez saca de ello la conclusión de que no se pueden abrogar y por consiguiente nunca pueden cambiar<sup>18</sup>.

Sin embargo hay que afirmar que al genio de Suárez no se le pasó por alto que muchos preceptos del derecho natural como el de *non occides*, "incluyen muchas condiciones, a saber, no matarás por propia autoridad y agrediendo"<sup>19</sup>. En cuanto al precepto "reddendum est depositum" hay que entenderlo también según Suárez bajo ciertas condiciones que se "sobreenfenden", pues en las leyes humanas no todo se puede incluir<sup>20</sup>. Precisamente en estas condiciones que no se incluyen en la formalización de los axiomas jurídicos pero que necesariamente se sobreentienden, encontraremos la llave —como veremos más adelante— que nos llevará a descubrir la historicidad de los axiomas jurídicos.

---

17) O. c. cap. 15, n. 26.

18) O. c. cap. 14, n. 10.

19) O. c. cap. 13, n. 8.

20) O. c. cap. 13 n. 6.

B. *La inmutabilidad de la ley natural según los autores modernos*

También las teorías modernas iusnaturalistas que admiten la historicidad del derecho no se plantean el problema de la historicidad de los axiomas jurídicos sino que siguen fundamentalmente los mismos principios de los filósofos medievales.

Según Heinrich Rommen, las conclusiones generales de los primeros principios participan también de la inmutabilidad de esos. Lo que cambia no es la norma iusnaturalista sino la materia a la cual ésta se aplica. El principio "no matarás" no admite excepción si se expresa con precisión, o sea, que lo que de hecho se prohíbe no es el no matar en general, sino solamente "la muerte directa del inocente". Este principio, expresado de esta manera, es para Rommen inmutable<sup>21</sup>.

José Fuchs habla de un derecho natural que es absoluto e inmutable, pero que sin embargo tiene la cualidad de poderse aplicar a todas las situaciones históricas de la humanidad. Fuchs considera como teólogo el estado del hombre en justicia original y el de naturaleza caída. En el estado de justicia original (derecho natural primario), no sería necesaria la coacción por el Estado, pero sí lo es en el estado actual de naturaleza caída (derecho natural secundario). Aquí no ha habido un cambio (*Änderung*), sino solamente una aplicación (*Anwendung*) de un mismo derecho natural a dos situaciones históricas distintas. Los principios del derecho natural absoluto no cambian formalmente sino sólo materialmente<sup>22</sup>. O sea, que Fuchs repite en el fondo la antigua teoría de la *mutatio materiae* de Santo Tomás.

Según el P. José María Díez Alegría, la doctrina escolástica sobre la inmutabilidad de la ley natural alcanza su máxima perfección y precisión en una obra póstuma de Luis de Molina, el tratado quinto de su obra *De Iustitia et Iure*<sup>23</sup>. Se-

- 
- 21) HEINRICH ROMMEN, *Die Ewige Wiederkehr des Naturrechts*, 1947, pág. 221-232.
- 22) JOSEF FUCHS S. J., *Lex Naturae. Zur Theologie des Naturrechts*, Düsseldorf, 1955, pág. 81 ss., sobre todo pág. 88.
- 23) JOSE MARIA DIEZ ALEGRIA S. J., *Etica, Derecho e Historia. El tema iusnaturalista en la Problemática contemporánea*, seg. ed., Madrid 1963- pág. 129-131.

gún Molina la obligatoriedad de la ley natural es absolutamente indefectible y no es posible una dispensa propiamente dicha. Sin embargo hay que distinguir los siguientes casos: a) Hay preceptos que son absolutamente invariables, pues hay acciones que bajo ninguna circunstancia pueden caer fuera del ámbito del precepto o norma. Un caso de estos es el odio de Dios, que en ninguna circunstancia se podrá cohonestar y por tanto nunca, ni siquiera excepcionalmente, podrá ser lícito. O sea, que en estos casos la materia es inmutable. b) El caso opuesto es cuando las circunstancias cambian la materia, como el caso de la apropiación de una cosa ajena en extrema necesidad. En tal caso la razón formal de alienidad desaparece, pues en necesidad extrema todos los bienes externos por su misma destinación esencial pertenecen a todos. O sea, que en este caso también la ley natural permanece inmutable. c) El tercer caso es el ejemplo del "depositum est reddendum". La circunstancia de que el dueño me pida que le devuelva su arma para cometer con ella un crimen, no altera en lo más mínimo la razón de alienidad, o sea, que no por eso pasa el arma a ser mía, pero la norma de justicia de devolver lo ajeno a su dueño queda limitada por otra norma superior.

Díez Alegría afirma al acabar su exposición de Molina que "el pensamiento escolástico subraya, a la vez, la real inmutabilidad de las normas, su sentido preciso, y su abertura a la variación de las circunstancias que en el devenir de la vida y de la Historia se produce"<sup>24</sup>. No negaremos el mérito de tales esfuerzos en explicar la historicidad del derecho, pero no deja de ser un poco difícil de entender, sobre todo, el tercer caso. La razón formal de alienidad podrá quedar intacta, pero el precepto de devolver el depósito sufre de hecho una excepción y ahí está el problema: ¿por qué, si *de hecho* sufre una excepción, se niega que tal principio pueda sufrirla de *derecho*? ¿No se afirma en buena lógica que "de facto ad posse valet illatio? O sea, que el principio *reddendum est depositum* no vale absolutamente como la prohibición de odiar a Dios, sino de una manera condicionada. Dicho con otras palabras: depende de varias condiciones (históricas y contingentes), como por ejem-

---

24) JOSE MARIA DIEZ ALEGRIA S. J., o. c. pág. 131.

plo de que no me lo pidan para cometer un crimen. Entonces se plantea el problema: ¿hay que considerar a tales condiciones como algo extrínseco al mismo precepto (o sea, que de hecho no afectan al precepto como tal), o hay que considerarlas como condiciones esenciales e imprescindibles del mismo precepto? Con esto queda planteada ya la problemática de la historicidad de los axiomas jurídicos.

Una teoría moderna de la historicidad del derecho nos la presenta Arthur Kaufmann. A Arthur Kaufmann, más que el llamado derecho natural, que tantas veces ha sido mal interpretado, le interesa el derecho como tal (*das Recht schlechthin*). Los derechos y obligaciones jurídicas no nacen sino en la situación concreta espacial y temporal, en el "hic et nunc". Sólo en tal caso y gracias a la presencia simultánea de dos elementos, el de la iusnaturalidad (*Naturrechtlichkeit*) y el de la positividad (*Positivität*), es posible hablar del derecho o de derechos en un sentido pleno de la palabra.

Kaufmann dedicó un breve opúsculo a la refutación del Historicismo relativista<sup>25</sup>, pero su exposición más detallada de la historicidad la hizo en su obra *Das Schuldprinzip*<sup>26</sup> y en su conferencia ante la *Juristische Studiengesellschaft* en Karlsruhe el 22 de Abril de 1964<sup>27</sup>. No podemos exponer aquí con toda amplitud su teoría, sino que nos limitaremos a exponer solamente algunos puntos que nos servirán para comprender mejor la historicidad de los axiomas jurídicos.

Kaufmann admite la historicidad epistemológica del derecho, pero insiste al mismo tiempo que con eso no hemos llegado todavía al meollo de la cuestión. Pues la verdadera historicidad radica no en la epistemología sino en la esfera ontológica.

En la estructuración del derecho considera Kaufmann tres etapas o momentos lógicamente distintos: a) los *principios jurídicos*, cuya característica es la de ser abstractos, generales y transhistóricos. Un ejemplo puede ser el de no matar. b) Luego

25) ARTHUR KAUFMANN, *Naturrecht und Geschichtlichkeit*, Tübingen, 1957.

26) *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heilderberg, 1961.

27) *Analogie und "Natur der Sache". Zugleich ein Beitrag zur Lehre von Typus*, Karlsruhe, 1965.

podemos considerar la *norma jurídica*, o sea, la norma del derecho positivo. Ella nos dice, por ejemplo, que en tal país al que mata hay que castigarle con tal pena concreta. La norma jurídica es más concreta que el principio jurídico, pero conserva todavía la característica de generalidad porque puede aplicarse a cualquier persona. Sin embargo no se puede negar que la norma jurídica está envuelta en un cierto marco espacial (tiene validez en tal país) y temporal (desde el día de la promulgación de la ley o desde el tiempo en que se convirtió en derecho consuetudinario). La norma jurídica es un puro deber (*Sollen*), que no se ha convertido todavía en acto (*Sein*). c) Por fin podemos considerar el derecho (*Recht*) como tal, o sea, los derechos y obligaciones jurídicas que nacen de la aplicación concreta, *hic et nunc*, de la norma jurídica: a tal hombre se le impone ahora esa pena por el crimen de homicidio cometido tal día, en tal lugar. Solamente aquí se da la coincidencia del *Sollen* con el *Sein*, la concreción, y con ella la historicidad. Con esto la historicidad pasa a ser un elemento ontológico del derecho. Sin ella es imposible que exista ningún deber o derecho jurídico en el sentido pleno de la palabra.

Estas tres capas de la estructuración del derecho abren ciertamente nuevos horizontes para la inteligencia de la historicidad. Ciertamente la historicidad en su grado máximo se encuentra en la decisión del juez, cuando al aplicar la ley a un caso concreto dicta la sentencia. Sin embargo nos parece que la historicidad —que en un grado mínimo el mismo Kaufmann admite para la norma jurídica, o sea, en el segundo estadio— ya se encuentra incluso en los principios jurídicos. Pues, aunque Kaufmann recalca la validez absoluta y supratemporal de esos principios, la reduce con todo a su contenido esencial (*Wesensgehalt*). Apoyándose en una afirmación de Ernst Forsthoff, afirma Kaufmann que al intentar nosotros formular con nuestro lenguaje esos principios, una parte de su contenido pasa a lo sensible y temporal. “Es ciertamente una verdadera tragedia que en el momento en que los principios jurídicos y éticos toman forma concreta, su universalidad se pierde. Lo absoluto nunca se nos da en su pureza integral. Cuando creemos haberlo abarcado, ya no sigue siendo completamente lo

absoluto”<sup>28</sup>. Kaufmann no profundiza más en este problema, sino que se contenta con recalcar la importancia de lo absoluto y eterno en el derecho. Sin embargo creemos que es precisamente en esta “tragedia”, donde se encuentra latente la verdadera problemática de los axiomas jurídicos. No deja de ser lamentable también que Kaufmann en sus afirmaciones use indistintamente los conceptos de universalidad (*Allgemeinheit*), absolutividad (*Absolutheit*), inmutabilidad (*Unveränderlichkeit*) y eterno (*Ewiges*) como si fueran sinónimos.

##### 5. LA HISTORICIDAD DE LOS AXIOMAS JURIDICOS

Los principios de la metafísica por trascender el tiempo y el espacio podrán ser eternos, inmutables y universales. Pero no puede decirse lo mismo de los principios jurídicos y éticos<sup>29</sup>. Tales principios serán necesarios o absolutos, o sea, que no se podrán cambiar a capricho, pero no poseen una inmutabilidad y universalidad absoluta. Dicho con otras palabras, la validez de dichos principios depende de ciertas condiciones que, generalmente, no están incluidas en su formulación, pero que necesariamente están sobreentendidas.

Pongamos por ejemplo el principio de *no matarás*. Según Suárez —como ya vimos— ese principio para ser universal e inmutable incluye muchas condiciones (*includit plures conditiones*), a saber no matarás por propia autoridad y como agresor. Según Heinrich Rommen ese principio valdrá siempre y en todas partes si lo formulamos con precisión, o sea, como la prohibición de la muerte directa del inocente (*directa occisio innocentis*)<sup>30</sup>. Pensamos en un momento en todas las excepciones que puede tener el precepto de no matar. Si formulamos este principio con precisión tomará, por ejemplo, la forma siguiente:

---

28) *Das Schulprinzip*, pág. 111.

29) En el campo de la ética este problema toma la forma de la llamada “ética de situación”. En su forma extremista y relativista como la del americano JOSEPH FLETSCHER (véase su *Situation Ethics. The New Morality*, 1966) es inadmisibles, pero bien entendido ha sido admitida incluso por los moralistas católicos.

30) HEINRICH ROMMEN, o. c., pág. 227.

*No matarás* (norma general), a no ser en el caso (excepciones) de:

- a) una orden divina
- b) defensa propia
- c) guerra justa
- d) sentencia de muerte.

Aquí hemos encontrado, por lo menos, cuatro excepciones o condiciones de validez de la norma general. Es muy posible que con el tiempo y profundizando más, pudiéramos encontrar todavía más, y así habría lugar a una formulación más perfecta (por adición de condiciones), o sea, que tendríamos un caso de historicidad epistemológica: el principio y sus excepciones en sí no cambian (ontológicamente son suprahistóricas), pero se nos van descubriendo gradualmente.

Supongamos sin embargo que hemos descubierto todas las excepciones posibles, o sea, que hemos encontrado la formulación perfecta y precisa del principio con todas sus excepciones. En tal caso la historicidad que proviene de nuestro conocimiento quedará excluida, pero no la ontológica, pues todas estas condiciones son variables históricas y por tanto contingentes. Si consideramos el hombre en el estado de justicia original (Adán y Eva antes de pecar), la única excepción a la norma general sería tal vez la de un mandato divino. Las otras excepciones serían superfluas. Es muy posible que llegue un día, en que la pena de muerte se haya abolido en todos los países del mundo. En tal caso la última condición de validez del principio pasará a ser superflua, lo mismo que ya lo es cuando se trata de países como Alemania Occidental, Holanda, Italia, etc., que han abolido la pena de muerte (condición de validez espacial y temporal). O sea, que el principio de no matarás, si no se formula con precisión (sólo la norma general), admite excepciones, y si se formula con precisión (incluyendo todas las excepciones posibles), es variable, pues las condiciones de su validez pueden cambiar de hecho en el transcurso del tiempo o según los diversos lugares<sup>31</sup>. Al considerar por tanto las cir-

---

31) El problema aquí en cuestión, o sea, de la relación entre la norma general y la excepción es el mismo que Aristóteles propone en su

cunstancias que condicionan la validez de los principios jurídicos vemos que tales principios dependen de ciertas premisas históricas. En su formulación general se hace abstracción de éstas, y entonces nos parecen universales e inmutables, pero no hay que olvidar que tales principios están situados en el marco de la contingencia.

Otra posibilidad lógica es la que se podría pensar para salvar la inutilidad de tales principios sería la de incluir en las excepciones *todos* los casos históricos que se han dado y puedan darse. Entonces sí que habríamos conseguido una formulación inmutable y perfecta (exhaustiva), pero en tal caso ya no tendríamos un "principio general" o un "axioma", sino un conocimiento intuitivo de lo concreto parecido al que tiene Dios. No hay que olvidar que los axiomas, lo mismo que los conceptos universales, son instrumentos imperfectos del conocimiento humano y que aunque objetivos (o sea, con fundamento en la realidad de las cosas), no existen en un mundo aparte, eterno e inmutable como el mundo de las ideas de Platón. Por tanto no hay que maravillarse de que puedan participar de la mutabilidad, pues se refieren a seres contingentes como es el hombre y el derecho. Esa mutabilidad es en su formulación de orden gnoseológico, pero tiene al mismo tiempo sus raíces profundas en el sector ontológico, o sea en el ser humano y en el mundo concreto y contingente en que vive el hombre. O sea, que la historicidad de los axiomas jurídicos que defendemos aquí, no es sólo de orden puramente epistemológico sino también ontológico.

Con esto no se crea que los axiomas jurídicos en su formulación simplificada (sin las condiciones de su validez) pierdan su valor. No lo perderán —y con esto chocamos de nuevo con otro elemento histórico— con tal que los casos de la norma

---

*Ética Nicomachea* (1137a-1137b) sobre la relación entre el derecho (la ley) y la equidad (la epiqueya). La ley es la norma general, que como tal no conoce ninguna diferenciación. Pero hay casos en que esa norma general no nos da una solución satisfactoria y entonces gracias a la equidad se hace una adaptación o mejor dicho "corrección" (excepción) de la ley. Según Aristóteles el legislador al dar la ley, que como tal tienen que ser general, no puede tener en cuenta tales casos concretos.

general sean de hecho más numerosos que las excepciones (Primera regla). El artículo del Código Penal que prohíbe matar no queda anulado por el artículo del mismo Código que permite esta acción en el caso de defensa propia. Sin embargo aquí se supone —y esta suposición se basa sólo en la experiencia— que el caso normal es el de no matar y el caso de defensa propia es sólo excepcional. Lo mismo pasa en los axiomas jurídicos: solamente la experiencia nos enseña lo que es la norma general y lo que es excepción. En los principios de orden metafísico, en cambio, no hace falta consultar para nada la experiencia para constatar su validez.

Otra consecuencia de lo dicho es que lo que era norma general puede convertirse con el tiempo en excepción y la excepción pasar a ser norma general (Segunda regla). Este hecho puede dar mucha luz para ciertos principios que parece que se anularon y luego sus contrarios, o mejor dicho contradictorios, entraron en vigor. En el Antiguo Testamento y en la edad media estaba en vigor el principio “no cobrarás (o pagarás) intereses por el dinero prestado”. El exigir intereses era considerado como un enriquecimiento injustificado, o sea, como pecado de usura. Sin embargo en nuestros tiempos ese principio se ha convertido en su contrario: “cobrarás (o pagarás) intereses por el dinero prestado”, de modo que si no se pagan los intereses se considera un enriquecimiento injustificado del comodatario.

La explicación de este cambio es sencilla. El precepto antiguo tenía como presuposición tácita que el dinero es sólo un puro medio de cambio y no de producción. Sin embargo en la actualidad no es así; el capital también tiene función productiva y es por tanto justo exigir como norma general el pago de los intereses. Con todo eso nos afirmamos que en todos los principios, lo que ahora es excepción, llegue a convertirse un día en regla general. No creemos que de hecho llegue un día, por ejemplo, en que el principio jurídico “No matarás; a no ser que...” se convierta en “Matarás; a no ser que...”, pero en teoría no repugna esa suposición. Si el estado “normal” del hombre fuera el de ser siempre injustamente agredido por sus semejantes, este mismo principio tomaría la expresión de “matarás, a no ser que no te ataquen”, como en tiempo de guerra

rige la norma de "atacarás siempre al enemigo, a no ser que éste se rinda (excepción)".

De este modo se explica el dinamismo interno y no meramente externo de los axiomas jurídicos. Si nosotros pudiéramos manipular a nuestro capricho los presupuestos tácitos de tales axiomas, entonces se relativizarían por completo y se convertirían en juguetes dóciles de nuestra voluntad. Sin embargo no es así, y a esa cualidad que hace que no sea así la hemos llamado la necesidad de los axiomas jurídicos.

Con esto vemos que la llamada "perspectiva histórica" no es algo ajeno a los principios jurídicos, sino que forma parte integral de ellos. El pez y el agua podrán ser cosas distintas, pero no podemos sacar el pez del agua, pues por su naturaleza está vinculado a ese medio que para él es condición de vida. Del mismo modo no podemos sacar a los axiomas jurídicos de su marco histórico, que forma la condición "sine qua non" de su validez.

Teniendo esto en cuenta, no nos llamará la atención el que ciertos axiomas jurídicos puedan nacer o morir en el transcurso de la historia (Tercera regla). Esto tiene su aplicación también en los derechos humanos. La antigua ley del talión nos parece ahora una ley salvaje, que con razón debe considerarse como muerta. Sin embargo, si estudiásemos la sociedad primitiva y sus usos, veríamos que tal vez en aquel tiempo esa ley era la única conducente para imponer el orden y la justicia. Sin remontarnos a tiempos tan antiguos, el mismo Santo Tomás de Aquino admite la mutilación corporal como castigo<sup>32</sup>. Según él, los crímenes más graves son castigados con la privación de la vida; para los crímenes que no lo son tanto, está permitido el quitar un miembro del cuerpo en bien de la comunidad, y para delitos más leves se puede quitar la libertad. Ahora la mutilación causada como castigo nos parece una salvajada y un ataque a la dignidad humana.

También se da el caso opuesto, o sea, el caso del "nacimiento" de un nuevo principio jurídico. Anselmo de Feuerbach fue el primer teoretizante del principio *nulla poena sine lege*, y sobre este principio fundamentó él el Código de Derecho Penal

---

32) *Summa Theologica*, II-II, qu. 65, art. 1.

de Baviera de 1813. Ahora se ha convertido en un principio admitido en todos los países civilizados y ha sido incluido en el artículo 11 de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1948. El obrar contra él, lo consideramos ahora como una lesión de la justicia. Sin embargo este principio tiene como presupuesto necesario la codificación del derecho penal. En la edad antigua, cuando tal codificación no existía, es natural que tal axioma no tenía sentido y no podemos reprochar ahora a los jueces que no lo tuvieron en cuenta al dictar la sentencia. O sea, que también aquí un axioma jurídico queda condicionado a un hecho histórico (la codificación del derecho penal) que se da por supuesto en su formulación. Y no se crea que ese principio, que puede considerarse como una garantía de los derechos humanos, haya quedado cristalizado en las palabras *nulla poena sine lege*, que se refieren solamente al derecho penal. El movimiento de la *Rule of Law* de los países anglosajones, del *Gesetzstaat* alemán son formas inspiradas en el mismo espíritu.

Antes de pasar a estudiar más en concreto la historicidad de los derechos humanos, resumamos lo dicho hasta aquí en forma de las siguientes tesis:

1) Todos los axiomas jurídicos (no los metafísicos) son históricos, o sea, están condicionados en su validez a ciertas presuposiciones de orden empírico, que en su formulación no se expresan pero que se sobreentienden.

2) Solamente la experiencia (la historia) nos puede enseñar lo que es la regla general y lo que es excepción.

3) Es posible que en distintos tiempos o en diferentes lugares lo que es regla general pase a ser excepción y viceversa.

4) Aunque todos los axiomas jurídicos pueden cambiar, no por ello se sigue que *de hecho* todos cambien, por lo menos en su formulación general. En el hombre hay ciertas constantes antropológicas que dan consistencia y estabilidad a los axiomas jurídicos, sobre los que se fundamentan los diversos órdenes jurídicos.

A estas cuatro tesis podríamos añadir todavía un colorario de no poca importancia para la filosofía actual: la historicidad de los principios (jurídicos y éticos) nos da la llave para distinguir entre *realidad*, *teoría* y *ficción* en el campo de las cien-

cias sociológicas<sup>33</sup>. La teoría no es lo mismo que la realidad. Pero ella empieza, se basa y tiende a convertirse en realidad. Si las condiciones de una teoría nunca pueden cumplirse, se pasa ya al campo de la ficción. Claro está que el paso realidad-teoría-ficción es gradual y casi imperceptible. Las piedras con que la ficción construye sus castillos las roba, al fin y al cabo, de la realidad. Kant escribió su famoso tratado *Zum ewigen Frieden* en que quiso darnos una teoría de la paz. Su razonamiento es el siguiente: si se ponen tales y tales condiciones, nacerá la paz eterna. Esto es claro y convincente, pero lo importante de la cuestión es: ¿Es realmente posible que algún día se vean cumplidas tales condiciones? De esta pregunta depende que la obra de Kant sea una verdadera teoría o una mera ficción de la paz<sup>34</sup>.

#### 6. LA HISTORICIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Antes de estudiar la historicidad de los derechos humanos debemos hacer una reflexión preliminar de orden filosófico. Los derechos humanos son los que tiene todo hombre por el hecho de ser hombre. O sea, que no son derechos otorgados por el estado sino derechos pre- y supraestatales. El título de posesión es el ser hombre y no mera cosa o mero animal. Por eso se dice que tales derechos son inalienables e intocables. El legislador podrá reconocerlos y proclamarlos, pero no los crea. Su fundamento es la dignidad humana.

Cuando hablamos de dignidad humana, estamos manejando un concepto que pertenece al orden valoral. Todo imperativo jurídico incluye en sí un juicio valoral, pero no todo juicio valoral incluye un imperativo jurídico. Cuando el legislador castiga más severamente el homicidio que el robo o la destruc-

- 
- 33) El eterno problema de la relación entre lo ideal y lo real se plantea actualmente en una nueva forma en Alemania con la llamada *Kristische Theorie* o *Neue Linke*, cuyos representantes principales son Herbert Marcuse, Max Horkheimer y Jürgen Habermas.
- 34) Interesante a este propósito es el tratado de Kant "Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis" de 1793 en el que el autor se esfuerza en contestar a los que objetaban que su teoría no servía para nada por quedarse en lo ideal.

ción de propiedad ajena, significa esto de hecho que para el legislador el hombre y la mera cosa tienen un valor distinto. O sea, que siempre dentro de un imperativo jurídico encontraremos una valoración<sup>35</sup>. Sin embargo de una mera valoración no se saca sin más un imperativo jurídico o moral. De que mi casa esté desordenada y sucia, no se sigue necesariamente el imperativo absoluto "debes poner en orden tu casa". Este problema lo expresó ya Suárez distinguiendo entre la obligación perfecta y la imperfecta<sup>36</sup>. De la mera naturaleza de las cosas —o sea, en el orden cognoscitivo e intelectual— se podrá adquirir un juicio que tendrá fuerza de consejo ("es conveniente poner en orden tu casa"), pero no de ley. Para convertirse en ley hace falta el mandato, la voluntad del legislador.

Por tanto, si consideramos los derechos humanos en su plenitud, o sea, como derechos de orden jurídico, no basta decir que se fundamentan en la dignidad humana, sino que a eso se deberá unir un mandato de la voluntad que los eleve al orden de ley y obligación perfecta. Esta voluntad podrá ser en último término la divina, y ésta bastará sin duda si se miran los derechos humanos desde el punto de vista puramente moral, pero no será suficiente en el orden jurídico. En el orden jurídico actual el legislador deberá conceder el valor formal de ley a tales derechos humanos, si es que aspiramos a tener una garantía y reconocimiento perfecto de ellos.

Con esto nos encontramos con un problema de orden histórico-sociológico, o sea, el proceso de la formación de los derechos humanos en su sentido jurídico. Para evitar muchos malentendidos hay que distinguir claramente tres etapas, que históricamente se dan de una manera sucesiva: a) El orden puramente ideológico; b) el orden legal o institucional; c) el orden real o social.

---

35) Eso se ha querido negar no pocas veces al querer hacer de la ciencia jurídica una ciencia exacta que prescinde de los valores, pero ahora está universalmente admitido que todo imperativo jurídico incluye un juicio valoral (véase: KARL BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, Vol. II, pág. 231; ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normologik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen. 1954, pág. 12).

36) *De Bonitate*, Disp. VII, S. 1, n. 14.

El principio de la igualdad humana, por ejemplo, es muy antiguo. No sólo en el cristianismo con su dogma fundamental de la fraternidad humana, sino también entre los estoicos encontró ya ese principio su formulación. Pero tuvieron que pasar muchos siglos para que esa ideología se convirtiera en realidad. Cuando una ideología toma la forma de ley, entonces ya es más fácil que se convierta en realidad, y si después de cierto tiempo no lo consigue, deja de ser ley pues carece de efectividad. El caso de la esclavitud es ahora para nosotros un escándalo de la historia, que fue defendido por Aristóteles<sup>37</sup> y en una forma ya más suavizada incluso por Santo Tomás de Aquino<sup>38</sup>. A.-F. Utz ve precisamente en la esclavitud un buen ejemplo de que el Derecho Natural no es algo estático, sino algo enormemente dinámico<sup>39</sup>. Muchos hombres carecen por naturaleza de la facultad de regirse a sí mismos. Tales personas pueden útilmente ser empleados toda la vida en un oficio determinado. Incluso ahora hay muchas personas que en la concurrencia social tienen que contentarse con los puestos inferiores. Santo Tomás de Aquino diría que ocupan el sitio que “naturalmente” les toca. Hasta aquí la explicación de Utz<sup>40</sup>.

Si tomamos la esclavitud en esta forma suavizada, podemos afirmar que todavía hoy la esclavitud perdura y perdurará mientras exista la sociedad humana. Pues el servicio mutuo siempre será necesario en la sociedad y siempre que servimos al prójimo nos convertimos, voluntaria o involuntariamente, en “siervos”. El esclavo de la edad antigua no tenía ni siquiera el dominio de su propio cuerpo, era —según Aristóteles— un instrumento dotado de vida, o según Varrón una herramienta del campo dotada de lenguaje. El siervo de la Edad Media tiene según Santo Tomás el dominio de su cuerpo y de las cosas que pertenecen a éste (como es el casarse o no casarse), pero no de

---

37) *Política*, 1253b-1255b.

38) *Summa Theologica*, II-II, qu. 57, art. 3; I-II, qu. 94, art. 3.

39) A.-F. Utz, *Recht und Gerechtigkeit* (Comentario a la *Summa Theologica*, II-II, qu. 57-79).

40) A.-F. Utz, o. c. pág. 402-403. Como Utz, M.-E. SCHMITT, *Recht und Vernunft. Ein Beitrag zur Diskussion über die Rationalität des Naturrechts*, Heidelberg, 1955, pág. 77.

sus acciones<sup>41</sup>. Podríamos decir que el siervo de aquel tiempo era el hombre que estaba veinticuatro horas al servicio de su señor. En el contrato de trabajo actual este servicio se ha reducido a ocho horas diarias, con la posibilidad de poder cambiar de señor o emanciparse completamente, pero no deja de verse una línea continua, que va desde la esclavitud rigurosa e inhumana de hace dos mil años hasta las formas más suaves de nuestros días. Hay actualmente, sobre todo en Alemania, una discusión muy apasionada sobre la verdadera causa de la abolición de la esclavitud como institución jurídica. ¿A qué ideología debemos el que se aboliera la esclavitud?

Según Ernst Wolf se debe esto al cristianismo<sup>42</sup>. En cambio según Hans Welzel no fue el cristianismo sino el iusnaturalismo profano de la edad moderna el que dió el golpe de gracia a la esclavitud<sup>43</sup>. También August M. Knoll en su citado libro *Katholische Kirche und scholastisches Naturrecht* aparecido en Viena en 1966 niega rotundamente el que la Iglesia (él se refiere a la Iglesia jerárquica) contribuyera lo más mínimo a la abolición de la esclavitud. Según él la doctrina de la Iglesia no fue el hacer de los esclavos personas libres, sino solamente procurar el que los "malos" esclavos se convirtieran en "buenos" esclavos, lo mismo que los "malos" señores se convirtieran en "buenos" señores<sup>44</sup>.

Se comete un grave error al creer que la abolición de la esclavitud, que fue un fenómeno gradual, fue obra solamente de la ideología o de una ideología concreta. No han sido sólo las ideas y los tratados de los eruditos los que han conseguido la abolición de la esclavitud, sino que ese proceso ha sido mucho más complejo y en él han intervenido otros muchos factores de

---

41) *Summa Theologica*, II-II, qu. 104, art. 5. Aunque en este lugar afirma Santo Tomás rotundamente que "omnes homines natura sunt pares", sin embargo la servidumbre no le pareció ir en contra de esta igualdad fundamental (Véase *Summa Theologica*, I-II, qu. 94, art. 5; II-II, qu. 57, art. 3).

42) ERNST WOLF, "Naturrecht oder Christusrecht, Todesstrafe". en *Unterwegs*, Tomo II, pág. 33.

43) HANS WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4.<sup>a</sup> ed., Göttingen, 1962, pág. 239.

44) AUGUST M. KNOLL, o. c. pág. 11.

orden económico y social. Si en nuestros días vemos la abolición gradual del llamado servicio doméstico (la palabra "servicio", lo mismo que "siervo" viene de "servir"), no se debe este fenómeno a que algún erudito nos haya dicho que es indigno el que una criada tenga que hacer todos los caprichos y todas las cosas que no quiere hacer su señora, sino sencillamente a que actualmente cualquier mujer joven encuentra con facilidad un trabajo más agradable y remunerador.

Pero pasemos otra vez de la sociología a la fisiología del derecho. Los derechos humanos presentan la misma problemática que la explicada arriba sobre los axiomas jurídicos. Son ciertos principios generales que en sus aplicaciones concretas están sujetos a ciertas acotaciones o excepciones. La libertad de conciencia y pensamiento (Artículo 18 de la Declaración de los Derechos del Hombre) por ejemplo, no tendría sentido jurídico si sólo se limitara a la libertad de conciencia en el foro puramente interno. Sin embargo tampoco puede decirse que con ella se de carta de libertad para hacer completamente lo que se quiera. Precisamente es en la interpretación concreta de los derechos humanos donde podemos ver la evolución histórica y el dinamismo de sus principios. Hasta hace pocos años, en cualquier país del mundo la libertad de conciencia se interpretaba como "libertad de conciencia en todo (norma general), menos en lo que te mande o prohíba la ley (excepción)". Sin embargo recientemente en algunos países, como por ejemplo los Estados Unidos y la República Federal Alemana, admiten una excepción de la excepción, o sea, que se ha ampliado el ámbito de aplicación de la norma general para aquel que en su conciencia cree no poder participar en el servicio militar. Incluso ha habido autores que han creído ver en eso una contradicción o excepción respecto al principio de la igualdad ante la ley (Artículos 2 y 7 de la Declaración de los Derechos del Hombre)<sup>45</sup>. No somos nosotros de la misma opinión, pues la igualdad ante la ley no significa una igualdad matemática sino que incluye el tratar cosas diferentes de modo diferente, con tal que esa

---

45) NIKLAS LUHMAN, "Die Funktion der Gewissensfreiheit im öffentlichen Recht", en *Funktion des Gewissens im Recht*. Frankfurt am Main, 1970, pág. 19.

diferencia tenga una razón de ser suficiente y justificada. Sin embargo ese es un caso que pone de manifiesto el dinamismo y progreso continuo que por su naturaleza tienen y exigen los derechos humanos.

En ninguna parte del mundo gozan los extranjeros de los mismos derechos jurídicos que los ciudadanos del país. Eso lo consideramos natural y nadie ve en ello un problema de discriminación o de amenaza de los derechos del hombre. Sin embargo puede ser que un día la gente con residencia fija en el extranjero, que al fin y al cabo tiene que observar las mismas leyes y pagar los mismos impuestos que los demás ciudadanos, se sientan discriminados al no gozar de los mismos privilegios jurídicos<sup>46</sup>. La misma pena de muerte es considerada ya en no pocos países como incompatible con los derechos humanos y en contra de los principios y derechos constitucionales<sup>47</sup>. Día llegará, según nuestra opinión, en que tal clase de castigo se considerará como una costumbre salvaje o por lo menos de una civilización retrasada.

Otro punto importante que hay que tener en cuenta en la formulación de algunos derechos del hombre es que al expresarlos, algunas palabras se toman ahora en un sentido o desde un punto de vista muy distinto del que tenían antiguamente. Como es sabido, la Iglesia admitió plenamente en el Segundo Concilio Vaticano la libertad de Religión y Conciencia como un derecho humano. Sin embargo en el magisterio eclesiástico encontramos declaraciones que parecen decir todo lo contrario, como la condenación de la libertad de conciencia de Gregorio

---

46) Ya en la primera mitad del siglo XVI Francisco de Vitoria afirmó que no sólo el mar y el cielo son propiedad común de todos los hombres, sino también que todo hombre tiene el derecho de poder viajar por cualquier parte y país del mundo. Este último derecho no se ha visto todavía reconocido en el Derecho Internacional actual.

47) Así por ejemplo en el Japón, en la famosa decisión del Tribunal Supremo del 11 de Octubre de 1950 (caso del parricidio de Fukuo-ka), uno de los jueces admite que un día llegará en que la Dieta del Japón abolirá la pena capital por considerarse ésta contra el artículo 36 de la Constitución Japonesa que prohíbe toda clase de castigos crueles. Sin embargo el Tribunal Supremo juzgó que la pena de muerte *por ahora* no puede calificarse de cruel, pues todavía no va contra el sentimiento general de los japoneses.

XVI del 15 de Agosto de 1832 en su Encíclica *Mirari vos arbitramur*<sup>48</sup>, y la condenación de la libertad de religión en general, y en particular en los países católicos, de Pío IX en el *Syllabus*<sup>49</sup>. ¿Qué ha pasado aquí?

La explicación es sencilla. Antiguamente se miraba el problema solamente desde el punto de vista doctrinal. Desde este punto de vista no se podrá criticar al que creyendo poseer la verdad, no admite al mismo tiempo lo contrario, el error, pues al hacer eso se contradiría<sup>50</sup>. Por eso se insistía tanto en aquello de que “el error no tiene ningún derecho”<sup>51</sup>. El mirar el problema solamente desde este punto de vista se podrá considerar estrecho e insuficiente, pero eso, incluso ahora, no se puede clasificar como falso. El librepensador de aquellos tiempos era el hombre que negaba la existencia de Dios y por eso la Iglesia —en el plano doctrinal— no podía dejar de condenarlo, o sea, no podía admitir esa negación.

El Segundo Concilio Vaticano miró el problema desde un punto de vista distinto, desde el punto de vista de la personalidad humana, o sea, que el hombre, como tal, es libre para abrazar una creencia u otra, e incluso es libre para rechazarlas todas. Desde este punto de vista se comprende que la Iglesia pueda ahora admitir la libertad de Religión y conciencia. Si se quiere combinar en cierta manera la manera de pensar antigua (doctrinal) con la moderna (de la personalidad humana), se podrían expresar ambos principios de la siguiente manera: “Todo hombre es libre si quiere, incluso para ir al infierno”.

Es claro que si este problema solamente se mira desde el punto de vista doctrinal como se hacía antiguamente, conseguiremos a lo más una “tolerancia” para el que profesa una creencia distinta de la nuestra, pero no una verdadera libertad de religión. Sin embargo, siguiendo una acertada formulación de J. C. Murray, pademos ahora afirmar que cuando la libertad de

48) Denzinger-Schönmetzer, n. 2730.

49) Denzinger-Schönmetzer, nn. 2915, 2916, 2978.

50) Véase una buena explicación de este problema en WALTER HAMEL. *Die Grund-Rechte*, Hrgs. von Bettermann, Nipperday, Scheuner, Vol. 4, 1.<sup>a</sup> parte, pág. 39 ss.

51) Así por ejemplo Pío XII en una alocución del 6 de Diciembre de 1953 (Acta Apostólica Sedis, 1953. pág. 798 ss.).

religión se fundamenta en la dignidad humana, el problema de la tolerancia se hace superfluo, no porque ésta sea errónea, sino sencillamente porque se convierte en una cosa pasada de moda <sup>52</sup>.

Relacionado con la libertad de Religión está el problema, siempre antiguo y siempre nuevo, de la relación entre Iglesia y Estado. En la edad media pudo tener validez el principio de “una fe, una ley, un rey”. En tiempos de León XIII ya se hace entrever en sus encíclicas y exhortaciones (desde la *Arcanum divinae Sapientiae* de 1880 hasta *Pervenutti* de 1902) la existencia de dos diversos órdenes y poderes. Poco a poco el Estado deja de ser el “defensor fidei” y la Iglesia renuncia al “auxilio del brazo secular”, elemento que según J. M. Murray ha quedado fijo todavía en el canon 2198 del Código de Derecho Canónico como reliquia de la antigua concepción <sup>53</sup>. Como es sabido, el Syllabus condena todavía expresamente la separación de la Iglesia y Estado <sup>54</sup>. Sin embargo actualmente es la tesis contraria lo que generalmente se considera como la acertada. ¿Qué ha pasado aquí?

La posición antigua se defendía ya en 1863 haciendo la distinción entre *tesis* (norma general) e *hipótesis* (excepción). La tesis era la verdad, lo ideal, o sea, la sociedad cuyos miembros son todos católicos y por tanto también el Estado se profesa como tal y rechaza toda otra confesión. Solamente en la hipótesis de que estas condiciones no se den, se podrá “tolerar” lo contrario, pero siempre como una excepción, siendo la norma general la de la unión entre Iglesia y Estado. Evidentemente esta distinción se hace aquí desde el punto de vista meramente doctrinal <sup>55</sup>. Sin embargo en el orden práctico —y a ése perte-

52) JOHN COURTNY MURRAY, “Die Erklärung über die Religionsfreiheit”, en *Concilium* (ed. alemana), 1966, pág. 325.

53) J. C. MURRAY, o. c. pág. 323. El canon 2198 prescribe: “Solamente la autoridad eclesiástica persigue, por su naturaleza, el delito que sólo quebranta una ley de la Iglesia, reclamando algunas veces, cuando la misma autoridad lo juzgare necesario u oportuno, el auxilio del brazo secular...”.

54) Denzinger-Schönmetzer, n. 2955.

55) Véase a este efecto el interesante artículo “Il Congresso Cattolico di Malines e la libertà moderna” en *Civiltà Cattolica*, Serie V, Vol. 8 (1863), pág. 129-149.

nece el orden jurídico— aunque se puede conceder que en tiempos antiguos esa tesis pudo ser la norma general por poseer la mayoría del mundo civilizado una misma fe, sin embargo en nuestros días no es así, sino todo lo contrario. Lo que era una hipótesis a pasado a tesis ahora y viceversa (Segunda regla de la historicidad de los axiomas). Aquí tenemos un caso que confirma la regla explicada más arriba y que dice que en los principios jurídicos y morales, con el tiempo la excepción puede convertirse en regla general y viceversa.

Con esto no afirmamos que todos los principios jurídicos corran la misma suerte. Sobre todo los derechos humanos, en su formulación general, no cambiarán, pues están radicados en lo que podemos llamar ciertas constantes antropológicas. Pero el dinamismo histórico, que forma parte de su substancia, hará que se descubran, o mejor dicho, que se formulen nuevos derechos, que toda sociedad, tarde o temprano, deberá admitir si no quiere negar la dignidad humana.

Se ha afirmado que los problemas jurídicos y éticos propuestos en el transcurso de la historia han sido fundamentalmente siempre los mismos, pero que sin embargo las soluciones concretas que se han ido dando han variado siempre y así no existe la llamada justicia material, sólo la formal, o sea, la de los grandes principios. Ninguna solución concreta es definitiva, sino que representa solamente un intento, más o menos acertado, de alcanzar lo verdadero y lo justo<sup>56</sup>.

Esta posición, que no está muy lejos del escepticismo, es lógica si no se tiene en cuenta la historicidad de los axiomas jurídicos. Hasta la fecha no se ha prestado la debida atención a las condiciones de validez de dichos principios y por eso parece que ahora la Filosofía del Derecho ha llegado a un callejón sin salida. Sin embargo, el estudiar los presupuestos históricos, no expresados pero sí sobreentendidos de los principios jurídicos, es la tarea que todavía queda por hacer en la Filosofía del Derecho.

---

56) Esta es la tesis fundamental de HANS WELZEL en su obra *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (traducción española de F. González Vicén, 1957).