

# ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL

## 2007

### PONENCIAS EN SANTIAGO II

ANUARIO DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL / N° 25 / 2007



SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFIA JURIDICA Y SOCIAL



ANUARIO DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
2007

SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL  
ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL Nº 25  
2007

Esta obra ha sido impresa con la colaboración de las Facultades de Derecho de las Universidades Adolfo Ibáñez, Católica del Norte, Católica de Temuco, Católica de Valparaíso, Católica de la Santísima Concepción, de Antofagasta, de Concepción, de Los Andes, de Chile, Diego Portales, del Mar y La República.

Especial mención cabe hacer a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, "Edeval" se llevó a cabo la impresión de este volumen.

©  
Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social

I. S. B. N. — 0170 — 17881

Diseño Gráfico: Allan Browne Escobar

Impreso en EDEVAL  
Errázuriz 2120 - Valparaíso  
E-mail: [edeval@uv.cl](mailto:edeval@uv.cl)

# ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL

2007

## PONENCIAS EN SANTIAGO II

SOCIEDAD CHILENA  
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL



SOCIEDAD CHILENA DE FILOSOFÍA  
JURÍDICA Y SOCIAL

DIRECTORIO  
(2006 - 2008)

Fernando Atria, Antonio Bascuñán Valdés,  
Rodrigo Coloma, Jesús Escandón Alomar, Joaquín  
García-Huidobro Correa, Fernando Quintana  
Bravo, Pablo Ruiz-Tagle, Agustín Squella Narducci,  
y Aldo Valle Acevedo.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social  
tiene su domicilio en la ciudad de Valparaíso. La  
correspondencia puede ser dirigida a la casilla 3325,  
Correo 3, Valparaíso, o al correo electrónico  
asquella@vtr.net

PRESENTACIÓN

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social presenta el número 25 de su *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2007, el cual contiene la totalidad de las ponencias hechas en comisiones con ocasión de la Segunda Jornada Chileno Argentina de Filosofía Jurídica y Social. Las ponencias se presentan según orden alfabético de sus autores.

Dicha Jornada tuvo lugar en 2006, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, y fue precedida, en 2004, por la Primera Jornada Argentino Chilena de Filosofía Jurídica y Social, que tuvo lugar en la Universidad de Buenos Aires.

El número 24 de nuestro *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, correspondiente a 2006, reprodujo la ponencia inaugural de la mencionada primera Jornada, así como las 12 ponencias que fueron hechas en sus sesiones plenarias. En ese mismo número 24 se contienen las nuevas normas editoriales del Anuario.

La Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social agradece a la Universidad Diego Portales por haber acogido la Jornada cuyas ponencias se presentan en este volumen. Agradece, asimismo, a las facultades de derecho del país que colaboraron con el presente número de nuestro Anuario, en especial a la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Valparaíso, en cuyo taller de imprenta, *Edeval*, fue impresa esta obra.

*Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social*

**PONENCIAS EN COMISIONES**

LEO STRAUSS Y HELMUT KUHN: DOS  
PERSPECTIVAS EN TORNO AL DERECHO  
NATURAL EN ARISTÓTELES \*

HUGO HERRERA ARELLANO Y JOAQUÍN GARCÍA-HUIDOBRO \*\*

Aristóteles aborda la cuestión del derecho natural en un pasaje de la *Ética a Nicómaco* (V 7). Se trata de un texto corto, no muy claro y, por lo mismo, ampliamente discutido<sup>1</sup>. Este pasaje se enmarca, sin embargo, dentro de la filosofía práctica aristotélica, donde es posible encontrar elementos que permiten esclarecerlo un poco más. La cuestión más discutida es la que refiere a la mutabilidad o inmutabilidad de lo justo natural. Entre las interpretaciones que se realizaron durante el siglo XX, las de Leo Strauss y Helmut Kuhn ocupan un lugar relevante. En este parte recogeremos el texto del Estagirita (I), luego la interpretación de Strauss (II) y, en fin, la de Kuhn (III), para terminar haciendo algunas observaciones sobre la cuestión debatida (IV). Uno de los puntos de conflicto está constituido, a su vez, por una de las interpretaciones más famosas del texto aristotélico, la que realizó Tomás de Aquino.

\* Este trabajo forma parte de un proyecto más amplio, patrocinado por Fondecyt (proyecto 1.040.343).

\*\* Universidad de los Andes, Santiago de Chile.

1. Sobre este pasaje hay una amplia bibliografía, con muy diversas interpretaciones. Así, en las últimas décadas, cabe mencionar, por ejemplo: E. Voegelin, "Das Rechte von Natur", en F. M. Schmözl (ed.), *Das Naturrecht in der politischen Theorie*, Springer-Verlag, Wien, 1963, 38-51; J. Finnis, "Aristóteles, Santo Tomás y los absolutos morales", en *Persona y Derecho*, 28 (1993) 9-26; G. Kalinowski, "De lo mudable y lo inmutable en el derecho natural", en *Prudentia Iuris* 15 (1985) 92-95; H. G. Gadamer,

Mientras la lectura de Strauss se aparta del comentario que realizó el Aquinate, Kuhn busca rehabilitar, en posición crítica frente a Strauss, esa interpretación. Las tres interpretaciones, sin embargo, dada la dificultad del texto en cuestión, deben proponer soluciones que, nos parece, escapan, en definitiva, a lo que se podría llamar su estricto tenor literal. De esta manera se dejan ver las posiciones de partida de los tres autores, es decir, sus concepciones filosófico-políticas y filosófico-prácticas en general, lo que no deja de volver interesante el análisis de la discusión.

## I. EL TEXTO

El pasaje en cuestión se encuentra en el libro V, donde Aristóteles habla de la virtud de la justicia. Allí, al comenzar el capítulo 7, señala:

“La justicia política se divide en natural y legal; natural es la que en todas partes tiene la misma fuerza, y no por parecerlo o no parecerlo. Legal la que desde un principio en nada difiere que sea así o de otro modo pero; una vez establecida, difiere. Por ejemplo, que el rescate cueste una mina, o que haya que sacrificar una cabra y no dos ovejas. Además, cuantas cosas se legislan en casos concretos (o particulares), como ofrecer sacrificios a Brasidas, y las disposiciones de la índole de los decretos. Algunos creen que todo es de este tipo porque lo que es por naturaleza no está sujeto a cambio y en todas partes tiene la misma fuerza. Por ejemplo, el fuego quema tanto aquí como en Persia; advierten, sin embargo, que las cosas justas están sujetas a cambio. Esto, empero, no es así, aunque en un sentido lo es. Entre los dioses quizá no lo es de ningún modo; para nosotros, en cambio,

*Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1990 (sexta edición), 317-329, J. Ritter, *Metaphysik und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1988 (segunda edición), 106-132, etc. En el medioevo, se ocuparon de él, entre otros: Miguel de Éfeso, *In librum quintum Ethicorum Nichomacheorum commentarium*, en *Commentaria in Aristotelem Graeca*, vol. XXI, ed. M. Hayduck, Berlin 1901 (Pars III, voluminis XX), 46, 30 ss.; Tomás de Aquino, *Sententia Libri Ethicorum* V, 306: 139-307: 207; Nicolás de Oresme, *Le livre de Ethiques d' Aristote* (editado por Albert Douglas), G.E. Stecuert & Co., Publishers, Nueva York, 1910, 303 ss.

también hay algo <justo> por naturaleza pero todo <lo justo> está sujeto a cambio. Con todo, hay algo <justo> por naturaleza y algo <justo> que no es por naturaleza. Es evidente, no obstante, cuál de las cosas que pueden ser de otro modo es por naturaleza y cuál no, sino que es legal y convencional (*nomikòn kai synthékēi*), si es que en realidad ambas están igualmente sujetas a cambio. La misma distinción también se aplica a los demás casos, pues la mano derecha es por naturaleza la más fuerte, aunque es posible que todos lleguen a ser ambidiestros. Las cosas justas según la convención y la utilidad son semejantes a las medidas, pues las medidas de vino y de grano no son iguales en todas partes, sino que donde se compran son mayores y donde se venden menores. Del mismo modo, las cosas que no son justas en el plano natural sino en el humano no son las mismas en todas partes, puesto que no lo son tampoco los regímenes políticos, si bien sólo uno es por naturaleza el mejor en todas partes”<sup>2</sup>.

El problema que se tratará de resolver, entonces, es el de cómo Aristóteles puede reconocer la existencia de cosas justas por naturaleza, además de aquellas que son justas por convención, y afirmar, al mismo tiempo, que ambos tipos de cosas justas están sujetas al cambio.

## II. LA INTERPRETACIÓN DE LEO STRAUSS

Strauss se refiere a este texto en su libro *Natural Right and History*, en el capítulo IV, “Classic Natural Right”<sup>3</sup>. Como introducción a su interpretación alude a dos intentos anteriores de esclarecer el sentido de este difícil pasaje: el de Marsilio de Padua y el de Tomás de Aquino. Strauss pretende en cierto sentido mediar entre ambos.

2. EN V, 7 1134b18-1135a5.

3. The University of Chicago Press, Chicago & London, 1953. La traducción alemana tiene especial importancia en este trabajo, porque es la que cita Kuhn en su discusión con Strauss: *Naturrecht und Geschichte*, K.F. Koehler Verlag, Stuttgart, 1956. La citaremos allí donde se recojan las observaciones de Kuhn.

Tomás de Aquino limita, en su interpretación, la afirmación de Aristóteles respecto a la total mutabilidad de lo justo natural. Strauss plantea que esta interpretación no es aceptable por dos razones. El Aquinate asumiría en ella un concepto extraño a la filosofía de Aristóteles, el de *sindéresis* o hábito de los primeros principios de la praxis, a partir del cual se podrían fundar principios inmutables de justicia. Pasaría por alto, de este modo, que Aristóteles no limita en manera alguna el carácter cambiante de todo derecho, incluido el derecho natural. Para Tomás de Aquino hay normas que no admiten excepción y es conforme a este supuesto que no puede aceptar el carácter ilimitado de la mutabilidad de lo justo por naturaleza<sup>4</sup>.

A diferencia del Aquinate, que busca limitar la mutabilidad del derecho natural, Marsilio de Padua plantea que el derecho natural aristotélico es, en último término, convencional, no obstante que en un sentido amplio. Se distingue del *específicamente* convencional en cuanto se funda en una convención presente en todas partes, se trata de un conjunto de máximas que son enseñadas como no sujetas a condición. Derecho natural es, entonces, aquello en "lo que casi todos convienen"<sup>5</sup>. Así, señala Marsilio:

"Que se ha de rendir culto a Dios, honrar a los padres, criar y educar hasta cierto tiempo a la prole humana, que a nadie hay

4. Cf. *Naturrecht und Geschichte* (en adelante NG), 162 s. El texto de Tomás dice: "Ciertas acciones y pasiones por su mismo nombre implican malicia, como el gozo de lo malo, la desvergüenza y la envidia. En las operaciones: el adulterio, el robo, el homicidio. Pues todas estas y otras semejantes son malas por sí mismas y no sólo por su exceso o defecto. Por tanto, en relación a ellas no acontece a alguien ser recto sea cual sea la manera en que obre al respecto, sino que siempre pecará al hacerlo. Por esto agrega (Aristóteles) para explicar este punto que obrar bien o no bien no tiene lugar en este tipo de cosas, como sería considerar, en el caso del adulterio, cómo o cuándo corresponde cometerlo de tal modo que entonces se actuara bien, pero mal si las circunstancias fuesen otras. Sino que absolutamente, de cualquier manera que se realicen estas acciones, son pecado. Pues en sí misma cualquiera de ellas lleva consigo algo que repugna a lo que corresponde" (SLE II 99: 146-163, n. 329).

5. Marsilio de Padua, *Defensor Pacis*, II, 12, 7. Utilizamos aquí la traducción al español de Luis Martínez Gómez, publicada en Tecnos, Madrid, 1989.

que hacer injusticia, que es lícito repeler las injurias, y otras cosas semejantes; las cuales cosas, aunque dependen de la institución humana, por traslación se dicen derecho natural"<sup>6</sup>.

Estas convicciones constituyen los supuestos de todo orden comunitario, sus exigencias mínimas. Pero bajo ciertas circunstancias puede ser necesario vulnerar estas normas generales, para la conservación de la sociedad. Esta interpretación, indica Strauss, coincidiría con Aristóteles, que afirma el carácter cambiante del derecho natural, pero se distancia del Estagirita en cuanto importa la negación de un auténtico derecho natural como distinto del convencional<sup>7</sup>.

Strauss propone una interpretación que permitiría escapar a los problemas en que se encuentran atrapadas las otras dos, un *camino medio* entre Tomás y Marsilio. Aristóteles, indica, parece aludir, al hablar de derecho natural, más bien a la decisión concreta que a enunciados generales. Las normas, en su generalidad, pueden impedir la realización de la justicia en un caso concreto. La decisión que considera las circunstancias concretas que intervienen en cada caso puede ser calificada como justa en un mayor grado que la norma general. En cada conflicto existe la posibilidad de tomar la decisión requerida por la situación, con plena consideración de las circunstancias. El derecho natural consistiría en esas decisiones, lo que determinaría una "manifiesta variabilidad"<sup>8</sup>.

Con todo, en las decisiones concretas hay supuestas ciertas normas generales. Aristóteles reconoce expresamente, por ejemplo, los principios de la justicia conmutativa y distributiva. Estas normas de justicia, no obstante, no agotan la justicia. Lo justo es el bien general, aún antes de que aparezca lo que es conmutativa o distributivamente justo. Este bien general previo incluye la justicia distributiva y la conmutativa, pero también la mera existencia, persistencia e independencia de la comunidad política<sup>9</sup>.

6. *Defensor Pacis*, II, 12, 7.

7. NG, 163 s.

8. NG, 164.

9. NG, 164 s.



Strauss analiza esta tercera forma de justicia a la luz de un concepto que incorpora, el del *caso extremo*: aquél en que se encuentra amenazada la existencia o independencia de la comunidad política. En el caso extremo puede haber choque entre las exigencias de la autoafirmación de la comunidad y la justicia conmutativa o distributiva. Aquí puede —y con derecho— aparecer la seguridad pública como ley superior. Que no se debe ir a la guerra sino por una causa justa resulta claro, pero las medidas con que se debe responder quedan abiertas, según lo que se arriesgue a poner en práctica el enemigo. No hay aquí, por tanto, límites pre-definibles. Agrega Strauss que, aún bajo una situación de paz, permanece presente la amenaza de la guerra y se mantiene la necesidad del espionaje, el cual no puede existir sin la suspensión de ciertas normas del derecho natural<sup>10</sup>.

En estas situaciones —indica— las normas de derecho natural deben ser modificadas. La modificación, sin embargo, no es una mera abolición caprichosa, una situación en la cual el derecho natural deje simplemente de existir. Las modificaciones del derecho natural deben ser realizadas, aunque suene algo paradójico, en concordancia con el derecho natural. El derecho natural debe poder cambiar para estar en condiciones de combatir la creatividad de la maldad. Aristóteles aludiría “manifiestamente” en su texto a que “no hay norma tan fundamental que no quede sometida a excepción alguna”<sup>11</sup>.

Habría, de este modo, dos complejos de normas de justicia: las normas de justicia *en caso de excepción* y las normas de justicia en sentido estricto o *en situación normal*. No hay, sin embargo, principios que permitan determinar *a priori* qué es una situación excepcional. Este es un asunto que debe decidirse en concreto<sup>12</sup>.

Así las cosas, siente Strauss la necesidad de expresar la diferencia que existiría entre la posición de Aristóteles, así esclarecida, y la de Maquiavelo, un autor que atrajo el interés de Leo Strauss<sup>13</sup>. Maquiavelo

10. NG, 165.

11. NG, 166.

12. NG, 166.

13. L. Strauss, *Thoughts on Machiavelli*, The University of Chicago Press, Chicago, 1958.

niega el derecho natural, pues este autor se orienta al caso de excepción y reduce toda la justicia a las exigencias de la necesidad, sin tener en cuenta el caso normal. No hay ánimo reticente a las vulneraciones a la normalidad. Aristóteles, en cambio, se orienta a la situación normal y sólo a contrapelo y por la causa de la justicia se desliza de lo normalmente justo a las medidas de excepción. Lo hace sólo porque debe aceptar que no hay términos jurídicos generales que permitan expresar adecuadamente esta diferencia<sup>14</sup>.

Llegados a este punto, conviene hacer algunas precisiones importantes. Si la interpretación que Strauss hace del texto de Aristóteles es correcta, entonces la diferencia que existiría entre Aristóteles y Maquiavelo sería bastante precaria: en ambos casos quedaría salva la verdad de la afirmación “el fin justifica los medios”. La diferencia estaría sólo en que el político de Aristóteles sería *más reticente* a hacerla valer que el maquiavélico. No hay que pensar, en todo caso, que el político maquiavélico sea proclive a cruzar la barrera: también él está llamado a respetar las normas de justicia, debe “en cuanto sea posible, no desviarse del recto camino”, salvo en los casos en que la necesidad política le exija apartarse de él<sup>15</sup>. La distinción se relativiza aún más si se tiene presente no sólo *El Príncipe*, sino que los *Discorsi*. En ellos la normalidad o presencia del orden es enaltecida por sobre la anormalidad. Ambos conceptos tienen un carácter no sólo descriptivo, sino moral: en esta situación anormal la caída del orden político coincide con la disolución moral, que *debe ser* superada precisamente por el poder restaurador del príncipe<sup>16</sup>.

Strauss no reduce, sin embargo, la teoría de la justicia aristotélica a un relativismo total. En el modelo de Aristóteles existe, a juicio de Strauss, una *jerarquía de los fines, universalmente válida*. Lo que no existe es una *regla universal para las acciones*<sup>17</sup>. La única medida universal

14. NG, 167.

15. N. Maquiavelo, *Il Principe/Der Fürst* (italiano-alemán, traducido y editado por Ph. Rippel). Stuttgart 1986, cap. 18.

16. Cf. *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*. Alianza. Madrid 1998, I, 2.

17. Cf. NG, 167.

mente válida es la jerarquía de los fines, pero para actuar en casos de conflicto entre fines, en las situaciones extremas, es necesario no sólo atender a *qué fin es superior*, sino tener en cuenta, en vista de las circunstancias, *cuál tiene una urgencia superior*. Y esto último no puede ser determinado *a priori*<sup>18</sup>. En esta interpretación, Aristóteles se sitúa demasiado cerca de Maquiavelo, para quien también parece haber un orden de fines, dentro del cual la patria ocupa uno de los lugares superiores<sup>19</sup>, y un cierto orden moral que es restablecido —por medios simplemente eficaces, con independencia de su cualidad moral— una vez superada la urgencia de la situación de emergencia y disolución<sup>20</sup>.

Esta interpretación de Aristóteles lo separa de la posición del Aquinate, para quien existen ciertos principios de derecho natural inmutables. Strauss indica que Tomás está influido por supuestos religiosos, difíciles de probar<sup>21</sup>.

### III. LA INTERPRETACIÓN DE HELMUT KUHN

#### a) Rescate de la postura tomista

Kuhn plantea que la interpretación de Tomás de Aquino se encuentra cerca del espíritu de Aristóteles. Ni siquiera sería necesario acudir a la teoría de la *sindéresis* para aceptar la interpretación del Aquinate.

Tomás distingue entre la naturaleza inmutable y los cambiantes accidentales. La mano derecha es “por naturaleza” más fuerte que la izquierda. Sin embargo, en todos los seres humanos pueden desarrollarse ambas manos y alcanzar igual fuerza. Incluso en algunos casos (los zurdos) puede la mano izquierda ser espontáneamente más fuerte. Mas los cambios no afectan la naturaleza de la mano en cuanto órgano. El cambio afecta sólo una propiedad accesoria y en una parte cuantitativamente menor que la regla (*ut in minori parte*): la mayor parte de

18. NG, 168.

19. Cf. *El Príncipe*, capítulo final.

20. Cf. *Discursos I*, 2.

21. Cf. NG, 168, 169.

los humanos poscerá más fuerza en su mano derecha<sup>22</sup>. El cambio opera respecto de una propiedad accidental y en una parte menor.

Junto con la distinción entre la naturaleza y las cosas que se siguen de ella, aparece también otra distinción, entre lo que se da en la mayoría de los casos (*ut in pluribus*) y lo que se da en unos pocos (*ut in minori parte*). Es sólo respecto de unos pocos casos que el cambio, a nivel de propiedades accidentales, se produce en la naturaleza.

Es posible establecer una analogía entre el orden natural y lo que ocurre con el derecho natural. En el caso de lo justo natural el cambio se encuentra excluido absolutamente en un nivel —en el de las cosas justas por naturaleza. Hay un segundo nivel en el que el cambio puede producirse, no obstante que *en unos pocos casos*.

El Aquinate distingue, tal como Aristóteles, entre cosas justas y las que se derivan de ellas. De modo semejante a como ocurre con el ejemplo de la mano,

“las cosas que pertenecen a la razón misma de justicia de ningún modo pueden cambiarse, como que no se debe robar, que es un hecho injusto. En cambio las cosas que se siguen de las naturalmente justas pueden ser diferentes en algunos pocos casos (*ut in minori parte*)”<sup>23</sup>.

De modo semejante a como en el orden físico lo normal es que un agente de determinada naturaleza produzca determinados efectos, en el orden moral lo normal es la exigencia de cumplimiento de las normas; y así como a veces, en casos excepcionales, se afirma que la naturaleza ha fallado o ha cambiado<sup>24</sup>, en ciertos casos excepcionales

22. Cf. “Naturrecht und Historismus”, en *Zeitschrift für Politik* 4 (1956), 296 s. El texto de Tomás dice: “lo natural es que la mano derecha sea en nosotros más vigorosa que la izquierda, lo cual es verdad en la mayoría de los casos, aunque unos pocos hombres se vuelven ambidiestros pues se valen de la mano izquierda igual que de la derecha” (*SLE V*, 306: 189-194, n. 1028).

23. *Sententia Libri Ethicorum V*, 307: 203-207, n. 1029 (Spiazzi), trad. de A. M. Mallea. Ciafic. Buenos Aires 1983.

24. Cf. *Suma Teológica II-II*, 57, 2 ad 1 (seguimos la ed. de la B.A.C. Madrid 1994).

puede un cambio en las circunstancias tornar injusta la aplicación de una norma en el orden moral<sup>25</sup> y, por ejemplo, justificase la retención de una cosa ajena (caso clásico es el de la excepción al deber de restitución del depósito de un arma en el caso en que el dueño la pida para matar a alguien).

Esto natural cambiante se distingue todavía de lo meramente convencional, en donde la regla admite una variación completa y no sólo en la menor parte. Un ejemplo claro es el de la regla de conducir por la derecha. La norma que lo manda puede cambiar completamente sin que se altere la exigencia de establecer un orden en la conducción de vehículos. Aquí no cabe hablar de la norma como expresión de un orden natural, al menos no inmediatamente, sino que se trata de una regla fundada directamente en la convención.

El esquema indicado puede guardar concordancia con el texto aristotélico. Por eso piensa Kuhn que no resulta necesario acudir a la teoría de la *sindéresis* para afirmar la inmutabilidad de ciertos principios. Basta, en cambio, atender a las estructuras naturales que Aristóteles incorpora en el texto.

#### b) Mutabilidad limitada o ilimitada

La cuestión principal abierta por la interpretación de Strauss deriva de su afirmación de que para Aristóteles “todo derecho —también el derecho natural— es mudable. Él no limita” —agrega Strauss— “esta afirmación de manera alguna”<sup>26</sup>. Toda aclaración se ve puesta así frente a una alternativa: o el texto de Aristóteles elimina al derecho natural, en sentido estricto, por mudable, o el alcance del texto debe ser limitado de alguna manera. Esto es lo que hace Tomás y en alguna medida el mismo Strauss<sup>27</sup>. Kuhn acude a los textos de Aristóteles para

25. Cf. Joaquín García-Huidobro, “La recepción de la doctrina aristotélica sobre el derecho natural en el *Comentario de la Ética a Nicómaco* de Tomás de Aquino”, en: *Anuario Filosófico* 32 (1999), Párrafo 7.

26. *Naturrecht und Geschichte*, 163.

27. Cf. “*Naturrecht und Historismus*”, 297.

determinar si, como dice Strauss, no limita en manera alguna la afirmación de la mutabilidad del derecho natural o la limita de alguna manera.

En el texto en cuestión establece Aristóteles, por una parte, una limitación: la total mutabilidad sostenida por los convencionalistas existe sólo en un cierto sentido. Cinco líneas más tarde, sin embargo, la limitación es eliminada, mediante la afirmación de que todo derecho, el natural y el convencional, es en la misma medida cambiante. La confusión aumenta, plantea Kuhn, frente a la indicación de Aristóteles de que resulta “claro” lo que aparece —justamente— como confuso, a saber: de qué manera es posible distinguir entre derecho natural y positivo, si ambos son igualmente cambiantes<sup>28</sup>.

Kuhn restringe la confusión no al capítulo completo, sino que a las líneas 30 a 32. Propone, como solución para este enunciado, acudir a la interpretación de Joachim<sup>29</sup>, que realiza un desplazamiento de la interpuntuación del mismo<sup>30</sup>. En virtud de ella, la frase afirmativa contradictoria: “Ahora, de las cosas que pueden ser de otra manera, está claro cuál es natural y cuál no es natural, sino legal o convencional [*nomikòn kai synthékei*], aunque ambas sean igualmente mutables” es vuelta en una pregunta plena de sentido: “¿Qué ocurre con el por naturaleza ‘ser-así-pero-también-poder-ser-de-otra-forma’, y qué con lo por establecimiento y acuerdo, si ambos son en la misma manera cambiantes?”<sup>31</sup> Más claramente: “¿Cómo se puede distinguir entre lo justo por naturaleza y lo justo legal, si ambos fuesen en la misma medida cambiantes?”. La salida, no obstante que le da un sentido más claro al texto, deja siempre pendiente la pregunta por la corrección del cambio de interpuntuación. No obstante, no es este un problema demasiado

28. *Op. cit.* p. 297.

29. *Aristotle, The Nicomachean Ethics*. Ed. D.A. Rees. Oxford 1951, p. 156.

30. El cambio es aceptado por von Bywater; cf. “*Naturrecht und Historismus*”, p. 297.

31. *Op. cit.* p. 298.

relevante para Kuhn, quien no se preocupa demasiado del texto mismo y prefiere echar mano también a argumentos más amplios.

### c) El contexto

#### *Lo natural y lo justo*

Para nuestro autor las observaciones realizadas por Aristóteles en 1134b 18-1135a 5, se encuentran dentro de un marco bastante acotado, que no deja demasiado lugar a dudas. La *polis* es —para Aristóteles— natural, por naturaleza, lo mismo que las virtudes, una de las cuales es la justicia. En el propio texto en cuestión se refiere Aristóteles a la mejor *polis*, a la que postula como medida universalmente válida, por sobre las *polis* concretas<sup>32</sup>. La estructura de la naturaleza es previa al cambio y se encuentra sobre las circunstancias: mientras el hombre sea lo que es requerirá de la *polis* para desarrollarse como eso que es. La bondad de las virtudes, es decir, su aptitud para realizar el bien humano, es en sí inmutable y también previa a las circunstancias. La justicia misma tiene en Aristóteles, indica Kuhn, una *naturaleza inmutable fundada en la naturaleza humana*. Es una virtud, es decir, una posibilidad de despliegue de esa naturaleza radicada en ella misma. Que la relación de justicia sólo tiene lugar entre personas vinculadas por una ley, no afecta el fondo del asunto. Sólo donde existe una ley es posible la injusticia. Esta ley positiva es por naturaleza. Los hombres pueden errar y hacer malas leyes, pero en tal caso no se tratará propiamente de leyes<sup>33</sup>.

Este carácter previo no importa el desconocimiento de la mutabilidad del mundo en que el ser humano se mueve. La mejor de las *polis* debe realizarse en las circunstancias concretas, en la histórica mutabilidad del mundo terreno. Las virtudes se adquieren y se ejercen en las situaciones concretas. El reconocimiento del carácter concreto de la praxis está presente en la *Política* y en la *Ética* aristotélica de manera

32. *Ética a Nicómaco* 1135a 5.

33. Cf. "Naturrecht und Historismus", p. 298.

patente. Kuhn destaca, sin embargo, que Aristóteles junto a este carácter concreto de la praxis humana reconoce también las estructuras fundamentales del ser y dentro de él de esa misma praxis<sup>34</sup>.

#### *Lo justo como justo político*

Lo justo natural es acotado, indica Kuhn, en Aristóteles por lo justo político. No se trata aquí de una justicia abstracta previa a todo orden, sino que tiene lugar dentro de un orden dado, la *polis*, y sólo entre ciudadanos libres e iguales. Se excluye de lo justo político (i) a los miembros de una *polis* despóticamente regida y (ii) las relaciones de los miembros de la familia entre sí. Kuhn agrega, "aunque no es afirmado expresamente" por Aristóteles, (iii) a las relaciones mutuas entre las *polis*<sup>35</sup>. Da un ejemplo: si mediante guerra son hechos esclavos hombres por naturaleza libres, existe aquí una injusticia, pero no una injusticia *política*.

Por esto no sería aceptable la interpretación que del texto en cuestión ofrece Strauss, porque las relaciones propias de la situación excepcional, tales como la guerra y la amenaza de guerra, no se encuentran bajo la justicia propiamente política, *dentro de la cual* el Estagirita ubica la natural<sup>36</sup>. Lo propiamente natural para el ser humano, también la justicia natural en sentido propio, se ubican dentro de la *polis*.

La acotación de la justicia a la *polis* puede resultar incómoda para la mentalidad contemporánea, en la que estos términos se encuentran separados e incluso contrapuestos. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Aristóteles opera con anterioridad a distinciones y fenómenos conocidos en el mundo contemporáneo, como los totalitarismos, la separación de sociedad y Estado, de Iglesia y Estado, etc.<sup>37</sup>. La *polis* es

34. *Op. cit.* 298 s.

35. *Op. cit.* p. 299.

36. *Op. cit.* p. 299.

37. Cf. Günther Bien, "Bemerkungen zum aristotelischen Politikbegriff und zu den Grundsätzen der aristotelischen Staatsphilosophie", en: Aristóteles, *Politik*. Meiner. Hamburg 1990, XXXIII-XXXIV.

aún una comunidad abarcante total. Esa comunidad permite la realización de la naturaleza o estructura humana. *Sólo en ella* es posible al hombre alcanzar su plenitud, fuera de ella viven, en cambio, o dioses o bárbaros. Si restringe la justicia natural en sentido propio a las relaciones políticas, no es que busque instrumentalizar la justicia, enmarcándola dentro de parámetros políticos, sino que la mantiene en el ámbito más elevado a que el ser humano puede aspirar en vida comunitaria: la relación entre ciudadanos libres e iguales. Esto no excluye la posible aplicación *por analogía* del concepto de justicia a otras relaciones.

Relevante para efectos de las interpretaciones que exponemos, es que la pretensión de Strauss de entender que la justicia natural es mutable pues está afectada por el caso extremo, no encontraría espacio en el texto aristotélico en cuestión.

### *Justicia y equidad*

Kuhn plantea que el lugar en el que se encuentra el texto comentado parecería no ser el adecuado, pues se referiría a la pregunta por la relación entre regla general y caso particular, discutida al final del capítulo 7. Debiera ubicarse, por tanto, en el capítulo 8<sup>38</sup>.

A pesar de la ubicación, indica que, en todo caso, las reflexiones que el Estagirita hace sobre la equidad (*epiikeia*) son de interés para la comprensión de lo justo natural. Lo equitativo se asemeja a lo justo legal, en cuanto pertenece a su mismo género y es, a la vez, su corrección<sup>39</sup>; en este sentido dice Aristóteles que "es mejor" que lo justo legal<sup>40</sup>. La corrección es exigida no por error de la ley, sino por la naturaleza de las cosas<sup>41</sup>. La ley es general y por eso no puede ser justa en cada caso. La decisión equitativa decide como lo habría hecho el legislador, si hubiese conocido el caso concreto, vale decir, conforme al mismo criterio<sup>42</sup>. La equidad es requerida *para realizar lo justo natural* en los

38. Cf. "Naturrecht und Historismus", p. 299.

39. *Ética a Nicómaco* 1137b 12.

40. *Op. cit.* 1137b 11.

41. *Op. cit.* 1137b 18.

42. *Op. cit.* 1137b 23-24.

casos en que la ley positiva, a pesar de ser justa en general, no lo es en concreto, debido a que el caso mismo escapa a los supuestos generales contenidos en la norma. Este criterio de la equidad es el mismo que debe inspirar al legislador: lo justo natural. En la decisión equitativa se trata de realizar la mejor solución, vale decir, la más justa en absoluto, en los casos en que la ley, a pesar de buscarlo, no sea apta, por su generalidad, para realizarlo en un caso. La equidad sólo puede ser mejor que la ley en el caso concreto, en cuanto se acerca más en él a un *parámetro previo: lo justo natural*, el criterio que debe estar presente en el legislador y en la decisión concreta<sup>43</sup>. Se trata entonces de algo justo por naturaleza que, debido a que se realiza en la materia de la acción humana, participa de su mutabilidad, no obstante que se remite a un criterio previo permanente, pues de lo contrario no habría a qué ajustarse<sup>44</sup>.

### IV. LO JUSTO NATURAL, LO JUSTO LEGAL Y LOS ABSOLUTOS MORALES

Tanto la ley positiva como la decisión importan grados de concretización, que no están presentes aún en los contenidos de justicia conforme a los cuales la actividad legislativa y de decisión operan, están ya ajustadas en mayor o menor medida a la mutabilidad de lo humano.

La ley positiva exige, para existir propiamente como tal y producir efectos, incorporar circunstancias que la hagan aplicable. Sólo por que incorpora esas circunstancias puede ser en un caso concreto, en el que intervengan otras circunstancias no previstas, injusto resolver conforme a esa norma, originalmente tenida por justa. La afirmación, en cambio, "respeta a tu prójimo" no puede volverse propiamente una ley en sentido jurídico, pues no existen en ella circunstancias que acoten su exigencia. Y por esa ausencia de circunstancias es que tampoco puede resultar injusta bajo ningún respecto: manda sin excepción y siem-

43. *Op. cit.* 1137b 11, 24-26.

44. Cf. "Naturrecht und Historismus", p. 299.

pre, y por lo mismo no se puede exigir su cumplimiento de manera concreta. Sólo la incorporación de circunstancias puede volverla propiamente ley. Así por ejemplo, cuando se manifiesta en deberes concretos de respeto a la vida o a la honra ajena. Y es aquí donde la generalidad ya concretizada de la ley puede, también, dar lugar a injusticias, derivadas de su aplicación. Debe existir, por ejemplo, una excepción para quien mata en legítima defensa, individual o colectiva (guerra). Si el legislador no se ha hecho cargo de la intervención de nuevas circunstancias que hacen necesaria la excepción o el cambio, corresponde que se solucione el asunto mediante equidad. Es decir, los contenidos inmutables de justicia no admiten ni aplicación, ni excepción alguna; su aplicación exige una concretización. Esta concretización se produce de dos maneras: por leyes generales y por decisiones particulares. La equidad es la que procura, en concordancia con esos contenidos de justicia, realizarlos en la decisión particular, cuando la aplicación de la ley a un caso concreto, por la generalidad de aquélla, no resulta justa.

Estas explicaciones deben, sin embargo, ser complementadas. Existen ciertos enunciados que, sin expresar circunstancias, pueden ser aplicados inmediatamente a modo de leyes. Se trata de los *absolutos morales*, pocos y negativos. Son el complemento necesario de las formulaciones positivas. Es decir, describen y prohíben conductas cuya comisión atenta de manera directa y necesaria contra los bienes comprendidos en los enunciados positivos. Así, por ejemplo, la norma negativa que prohíbe la injuria o la difamación, es parte constitutiva del bien protegido en el enunciado “respetar a tu prójimo”, pues injurarlo o difamarlo es necesariamente no respetarlo.

La presencia de estos absolutos morales en Aristóteles daría mayor justificación al rechazo de la interpretación de Strauss. Se trataría aquí de normas que no admiten excepción. No habría, respecto de ellas, situación o caso de excepción que pudiese valer. Aristóteles afirma la existencia de acciones y actitudes intrínsecamente malas, respecto de las cuales no aparece razón para que dejen de serlo, aún en la situación excepcional<sup>45</sup>. Así ocurre con el adulterio, el robo, el asesinato, el ale-

45. Cf. *Ética a Nicómaco* 1107a 9-17.

grarse por el mal ajeno, la desvergüenza, la envidia. “Nunca” —indica el Estagirita — “es posible obrar correctamente en ellas, sino que siempre se yerra y lo bueno y lo malo no radica aquí en las circunstancias, por ejemplo, en cometer adulterio con la mujer debida y cuando y como es debido, sino que sencillamente hacer cualquiera de estas cosas está mal”<sup>46</sup>. Las normas que prohíben estas acciones intrínsecamente malas no admiten, por tanto, excepción. Siempre se yerra en estas acciones malas, siempre estarán, por tanto, prohibidas. No se trata aquí de una mera jerarquía de fines, sino que de prohibiciones en todos los casos. No hay aquí caso de excepción posible.

Las normas referidas a las acciones intrínsecamente malas permitirían afirmar que existe una parte de lo justo natural que no admite variación alguna. A esta parte, compuesta por los absolutos morales, se agrega, hasta donde alcanzamos a ver, la que corresponde a los principios prácticos positivos aún no relacionados con circunstancias, no obstante que, en este último caso, se trata más bien de “pensamientos” o “contenidos” jurídicos aún no directamente operativos.

## V. UN BALANCE

### a) La interpretación de Aristóteles

La lectura que hace Strauss del texto aristotélico en cuestión está llena de sugerencias y presenta intuiciones importantes. Una de ellas, entre muchas, es el énfasis que pone el filósofo alemán en que el derecho natural no es, para el Estagirita, un conjunto de normas, sino una acción. En este sentido se anticipó a algunas interpretaciones posteriores —Villey, Gadamer, Voegelin, Ritter, etc— que recalcan esa concepción no normativista del derecho natural. Sin embargo, cabe hacerle algunas objeciones importantes, como la disociación un tanto arbitraria que hace de la teoría de lo naturalmente justo y la idea, también aristotélica de las acciones que son siempre malas. Nos parece que cualquier interpretación del Estagirita que afirme una de estas nociones en

46. *Op. cit.* 1107a 14-17.

perjuicio de la otra es necesariamente errada, tanto como interpretación de la filosofía práctica aristotélica como en sí misma, aunque esta última es una afirmación que requeriría un mayor desarrollo. Hay quienes, como Finnis, piensan que la negación straussiana de la doctrina de los absolutos morales tiene una explicación histórica, dada por la necesidad de justificar ciertas prácticas en que incurrieron los aliados en su lucha contra las potencias del Eje durante la Segunda Guerra Mundial, en particular el bombardeo de Hiroshima y Nagasaki<sup>47</sup>. Naturalmente esta afirmación no constituye en sí misma una refutación filosófica, pero quizá ayude a comprender por qué Strauss llega a negar una doctrina que en Aristóteles aparece particularmente clara.

Un punto muy importante, que lamentablemente Strauss no desarrolla es qué significa realmente la idea de excepciones al derecho natural, que él invoca reiteradamente. Si alguna crítica pudiéramos hacerle es que, en la propia filosofía de Strauss, esa noción carece de sentido. En efecto, si con él entendemos que lo naturalmente justo es una acción y no una norma, entonces hablar de tales excepciones es un contrasentido, a menos que uno quiera afirmar que en ciertos casos es lícito hacer lo que reconocemos positivamente como injusto. Cuando Strauss dice, por ejemplo, que los estados deben llevar a cabo actividades de espionaje, que son manifiestamente contrarias al derecho natural, habría que precisar si se trata de aquello que normalmente llamamos derecho natural, en cuyo caso no serían excepciones, sino solamente un caso cuya excepcionalidad no resulta cubierta por la formulación general y ordinaria de un criterio de justicia. En este caso estaría Strauss usando la expresión "derecho natural" no en el sentido que él mismo le da, sino en el habitual de normas de justicia suprapositivas, pero entonces no hace más que recoger toda la problemática medieval de las excepciones a la ley natural, lo mismo que la cuestión de su mutación, cuestiones estas muy interesantes, pero que no significan un aporte original, al menos no tan original como él lo pretende. Otra posibilidad es que él tal vez quiere realmente decir que en ciertas circunstancias hay que hacer el mal, lo que no resulta razonable. En algún

47. "Santo Tomás y los absolutos morales", en: A. García Marqués y J. García-Huidobro, *Razón y Praxis*, Edeval, Valparaíso, 1994, 319-336.

pasaje da la impresión de que esta es su postura, ya que sostiene que, aunque no hay reglas universalmente válidas, sí existe una jerarquía objetiva de fines. Esta primacía del bien común, tal como él la entiende, permitiría sacrificar lo que consideramos bueno en particular en aras de ese bien superior. Se trata, entonces, de una curiosa mezcla de conservadurismo y utilitarismo.

## b) la interpretación de Tomás

Aunque son muchos los puntos discutibles de su lectura de Tomás, queremos señalar dos. El primero consiste en su afirmación de que la teoría tomista de la ley natural supone una serie de supuestos teológicos y no sería, en definitiva, filosófica. Lo afirma porque piensa que toda la teoría de la ley natural del Aquinate se apoya sobre su idea del fin del hombre, que a su vez, no sería natural sino que solo se consigue de modo sobrenatural. Sin embargo, aunque esto fuera así —cosa discutible— las consecuencias que saca de allí nuestro autor no son correctas, ya que una cosa es la fundamentación última de la realidad, que bien puede ser teológica, y otra muy distinta el conocimiento y aplicación de los principios que sigue la razón práctica en su discernimiento de lo bueno. En el terreno práctico, lo decisivo no son las especulaciones últimas, sino este otro tipo de cuestiones, cuyo carácter estrictamente natural es innegable.

Por otra parte, Strauss insiste mucho en que la idea tomista de *sindéresis* no es aristotélica. Esto es solo parcialmente verdadero. En efecto, Aristóteles no habla de *sindéresis* ni desarrolla una teoría de la ley natural. Sin embargo, lo que hace Tomás es absolutamente coherente con la enseñanza del Estagirita. Supuesto que existen ciertos principios del orden especulativo, que basan nuestros razonamientos de carácter teórico, y supuesto también que hay en nosotros un hábito (el hábito de los primeros principios o *nous*) que nos permite acceder a ellos, ¿no se dará lo mismo en el terreno práctico? ¿No habrá ciertos principios que están en la base de todos nuestros razonamientos prácticos, que son evidentes por sí mismos y por tanto universales? Tomás piensa que sí y señala, por ejemplo, que "hay que hacer el bien y evitar el mal" o "hay que actuar racionalmente". Estos principios primeros de

la razón práctica son, al mismo tiempo, los primeros principios de la ley natural. Al proceder así, el Aquinate vincula la idea aristotélica de primeros principios con la noción estoica de ley natural, en una notable armonización, que aunque no sea de Aristóteles es, sin embargo, aristotélica. Y si conocemos esos principios resulta claro que hay en nosotros algo que nos permite acceder a ellos, que es lo que Tomás llama *sindéresis*, tomándolo de Juan Damasceno. También podría haber llamado *noúis* a ese hábito, siguiendo la terminología aristotélica, pero prefiere llamarlo de esa otra manera, ya que no se refiere al campo especulativo sino al práctico. La ley natural, según Tomás, no se agota, sin embargo en esos primeros principios auto-evidentes, sino que requiere de otros criterios, más particulares, que derivan de los anteriores y dan origen a reglas más concretas que nos permiten orientar nuestra conducta. Esos no son conocidos de modo necesario por quien haya alcanzado el uso de razón, sino que requieren de una cualidad intelectual que llamamos prudencia, particularmente cuando se trata de criterios que orientan la solución de los casos más difíciles, que no está directamente al alcance de todos los hombres, sino sólo de los sabios. El conocimiento moral no es, para el Aquinate, una tarea sencilla y por eso resulta muy explicable la diversidad de opiniones éticas que existen entre los hombres de diversas culturas.

Kuhn, por su parte, dice que no es necesario aceptar la teoría de la *sindéresis* para aceptar la interpretación tomista del pasaje de Aristóteles. Hasta cierto punto es verdad, si atendemos a la exégesis del texto mismo. Sin embargo, no hay que olvidar que el *iusnaturalismo* de Tomás de Aquino va mucho más que su comentario de esas líneas de la Ética, pues su idea del derecho natural va de la mano de una teoría de la ley natural, que le da sentido. Uno de los aportes de Tomás a la filosofía jurídica es, como se sabe, la distinción entre ley y derecho, que ha sido puesta de relieve por diversos autores a partir de los años sesenta del siglo pasado. Pero esta distinción resulta incompleta si no va acompañada por una diferenciación entre la ley natural y el derecho natural, tema que ha sido objeto de una escasa atención por parte de los estudiosos y que a nuestro juicio podría traer muchas luces sobre la filosofía práctica de Tomás de Aquino, evitando de paso algunas confusiones en que incurrían incluso autores tan notables como Leo Strauss.

## REFLEXIONES CRÍTICAS EN TORNO A LOS DERECHOS (SUBJETIVOS)

RICARDO GARRIDO ÁLVAREZ \*

Para nadie es un misterio que la teoría de los derechos ocupa un lugar relevante en la teoría jurídica y política de las últimas décadas, el desarrollo de lo que se ha dado en llamar el derecho Internacional de los Derechos Humanos y su papel cada vez más relevante como criterio que fija la legitimidad de las políticas públicas de los Estados constituyendo un verdadero código de ética política ha sido la causa de un enriquecido debate acerca de la fundamentación racional de ese sistema (o de cualquier sistema de derechos), así como de un rol cada más creciente de consideraciones ético políticas en los debates sobre temas de interés público.

Si bien el desarrollo cabal de esta idea rebasa los límites de esta comunicación, el desarrollo teórico y filosófico relativamente pacífico de la idea de los derechos, cuando menos en términos estrictamente analíticos, (más allá de su fundamentación filosófica) está asociado a expectativas ideológico jurídicas acerca de la racionalidad de los derechos, las que a su turno están determinadas por el desarrollo histórico de los derechos particularmente por su origen liberal.

\* Abogado de la Universidad de Chile, Profesor de Introducción al Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad de Atacama.