



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

N.º 25
OCTUBRE DE 2024

Derecho Público Iberoamericano
Revista del Centro de Justicia Constitucional
Facultad de Derecho. Universidad del Desarrollo

DIRECTOR

Dr. Julio Alvear Téllez

SUBDIRECTOR

Dr. Eduardo Andrades Rivas

SECRETARIA DE REDACCIÓN

Dra. Vanessa Cisterna Rojas

COORDINADOR

Mg. Gaspar Jenkins Peña y Lillo

CONSEJO CIENTÍFICO

Derecho Público Iberoamericano

Es una publicación semestral que se edita en abril y octubre de cada año.
Los trabajos científicos son sometidos al proceso de arbitraje ciego externo.

Prof. Dr. Danilo Castellano Università di Udine (Italia)	Prof. Dr. Santiago Legarre Universidad Católica de Argentina (Argentina)
Prof. Dr. Gilles Dumont Université de Nantes (Francia)	Prof. Dr. Agustín Squella Narducci Universidad de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Consuelo Martínez-Sicluna Universidad Complutense de Madrid (España)	Prof. Dr. Javier Couso Universidad Diego Portales (Chile)
Prof. Dr. Miguel Ayuso Universidad Pontificia de Comillas (España)	Prof. Dr. José Ignacio Martínez Universidad de Los Andes (Chile)
Prof. Dr. Carlos Pereira Menaut Universidad de Santiago de Compostela (España)	Prof. Dr. José Manuel Díaz de Valdés Universidad del Desarrollo (Chile)
Prof. Dr. Santiago Sánchez González Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)	Prof. Dr. Carlos Salinas Araneda Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile)
Prof. Dra. Myriam Hoyos Castañeda Universidad de la Sabana (Colombia)	

REPRESENTANTE LEGAL

Sr. Federico Valdés Lafontaine

VERSIÓN IMPRESA: ISSN 0719-2959

VERSIÓN ONLINE: ISSN 0719-5354

Índices y bases de datos internacionales: Latindex (Catálogo) – VLex – Dialnet

Ediciones de la Universidad del Desarrollo
Avenida La Plaza 680, San Carlos de Apoquindo, Las Condes. Santiago de Chile
Teléfono: (56 2) 2327 9110 - Correo electrónico: rdpi@udd.cl

DERECHO PÚBLICO IBEROAMERICANO
REVISTA DEL CENTRO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL

AÑO XIII • N.º 25 • OCTUBRE DE 2024

ISSN 0719-2959

PRESENTACIÓN

7

ESTUDIOS

DERECHOS FUNDAMENTALES

Armando S. Andruet (h)

Escenarios utópicos o distópicos en perspectiva digital:
La dialéctica del 'ser humano mejorado' y del 'artefacto humanizado'

13

Juan Fernando Segovia

La autoconservación y la propiedad de uno mismo.
El fundamento moderno de los derechos humanos

35

PRINCIPIOS POLÍTICO-CONSTITUCIONALES

Salvador Mohor A.

El papel del Estado subsidiario
y las supuestas externalidades negativas

77

Javier Fernández Sandoval

El concepto de ley natural en la *Relección del derecho de guerra*
de Francisco de Vitoria

95

DERECHO MILITAR

Diego José Dörner Santa María

¿Qué es un "bando"?
Aproximación a su naturaleza jurídica

147



Universidad del Desarrollo
Facultad de Derecho

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Vicente Hargous F. y Luis Robert V.
¿Es posible una interpretación razonable de una “educación no sexista”?
(Comentario a la sentencia rol 15.276-24 del Tribunal Constitucional)

165

RECENSIONES

Juan Pablo Serra
Perfiles filosóficos.
Hombre sociedad y derecho en el pensamiento contemporáneo
de José María Carabanete

179

NORMAS EDITORIALES

E

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

187

PRESENTACIÓN

Derecho Público Iberoamericano presenta su vigésimo quinto número. En esta ocasión hemos reunido importantes colaboraciones de especialistas españoles, argentinos y chilenos.

Distribuimos los estudios científicos en tres áreas: “Derechos fundamentales”, “Principios político-constitucionales” y “Derecho militar”.

En el ámbito de los “Derechos fundamentales” presentamos un trabajo del catedrático argentino doctor Armando Andruet titulado “Escenarios utópicos o distópicos en perspectiva digital: la dialéctica del “ser humano mejorado” y del “artefacto humanizado”. En el estudio se plantean los desafíos que la inteligencia artificial abre para el derecho, y en consonancia con ello, para la situación existencial del ser humano. El segundo artículo del área es de autoría del académico, también trasandino, doctor Juan Fernando Segovia. Se titula “La autoconservación y propiedad de uno mismo: el fundamento moderno de los derechos humanos”. Como sugiere el título, el autor reconsidera el fundamento de los derechos humanos a partir de las ideas “modernas” de autoconservación y propiedad de uno mismo, mostrando la disparidad que existe entre esta concepción y el sentido clásico del derecho.

En el área de los “Principios político-constitucionales” publicamos dos estudios. El primero pertenece al académico Salvador Mohor. En él re define el papel del Estado subsidiario como una postura razonable que salda equilibradamente los problemas que suscitan las doctrinas individualistas o colectivistas en las relaciones entre individuo y Estado. El autor descarta lo que denomina “las externalidades negativas” que acarrearía el principio de subsidiariedad según sus críticos. El segundo artículo corre por cuenta del académico español Javier Fernández Sandoval. Se denomina “El concepto de Ley Natural en la ‘Relección del derecho de guerra’ de Francisco de Victoria”. El autor se aproxima a la obra del gran jurista salmanticense desde una perspectiva polémica: destacando cómo su aporte al derecho natural hispánico no tiene conexión sustancial con el derecho natural racionalista de origen protestante, por lo que no puede integrarse como antecedente del derecho secularizado contemporáneo.

En el campo del “Derecho militar” incluimos el análisis del académico Diego José Dörner acerca de la naturaleza jurídica del “bando”. La materia ha

sido muy poco tratada por nuestra doctrina, por lo que se agradece el desarrollo que aquí ofrece el autor.

En “Comentarios de Jurisprudencia” hemos recibido el análisis de los académicos Vicente Hargousy y Luis Robert acerca de la sentencia rol 15.276-24 del Tribunal Constitucional sobre “educación no sexista”.

Finalmente, en las “Recensiones” publicamos la reseña del académico español Juan Pablo Serra respecto de la obra *Perfiles filosóficos. Hombre, sociedad y derecho en el pensamiento contemporáneo* (Pamplona, Aranzadi, 2022), de José María Carabante.

Dr. Julio Alvear Téllez
Director

Estudios

Derecho Público Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N.º 25 | 2024

Derechos fundamentales

ESCENARIOS UTÓPICOS O DISTÓPICOS
EN PERSPECTIVA DIGITAL:
LA DIALÉCTICA
DEL ‘SER HUMANO MEJORADO’
Y DEL ‘ARTEFACTO HUMANIZADO’

UTOPIAN OR DYSTOPIAN SCENARIOS
IN DIGITAL PERSPECTIVE:
THE DIALECTIC
OF THE ‘IMPROVED HUMAN BEING’
AND THE ‘HUMANIZED ARTIFACT’

*Armando S. Andruet (h)**

Resumen

La historia de la civilización refleja la evolución de la cultura humana, caracterizada por transformaciones sorprendentes. Actualmente, nos encontramos en un periodo ‘postécnico’, ligado a la posmodernidad. La interacción entre humanos y técnica ha dado lugar a una nueva forma de artefactualidad, marcada por la inteligencia artificial, que redefine nuestra era tecno-científica. Estamos avanzando hacia realidades transhumanas y poshumanas, buscando desarrollar una inteligencia artificial general que impactará el discurso jurídico contemporáneo. Los sistemas jurídicos actuales están diseñados para un mundo analógico y podrían enfrentar una crisis al convivir con entidades de inteligencia artificial.

El transhumanismo desafía la ciencia jurídica mediante tecnologías NBIC, destinadas a mejorar al ser humano. Además, la creación de máquinas inteligentes o “no-cosas” está cambiando nuestras interacciones sociales. Si estas “no-cosas” adquieren características humanas, podríamos ver un

* Presidente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Profesor emérito de la Universidad Católica de Córdoba (Argentina). Código ORCID 000 0000274479590. Correo electrónico: armandoandruet@gmail.com

Este trabajo tuvo como base la conferencia magistral de apertura al Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad del Desarrollo, Región Metropolitana, Santiago, Chile, 1 de abril de 2024.

Artículo recibido el 5 de junio del 2024 y aceptado para publicación el 8 de septiembre de 2024.

cambio significativo en nuestra concepción de la humanidad y las relaciones sociales.

Palabras clave: transhumanismo, inteligencia artificial, crisis del derecho.

Abstract

The history of civilization reflects the evolution of human culture, characterized by surprising transformations. Currently, we find ourselves in a ‘post-technical’ period, linked to postmodernity. The interaction between humans and technology has given rise to a new form of artifactuality, marked by artificial intelligence, which redefines our techno-scientific era. We are moving toward transhuman and posthuman realities, seeking to develop general artificial intelligence that will impact contemporary legal discourse. Current legal systems are designed for an analog world and may face a crisis when coexisting with entities of artificial intelligence.

Transhumanism challenges legal science through NBIC technologies aimed at enhancing humanity. Additionally, the creation of intelligent machines or “non-things” is changing our social interactions. If these “non-things” acquire human-like characteristics, we could see a significant shift in our conception of humanity and social relationships.

Keywords: transhumanism, artificial intelligence, crisis of law.

Antecedentes

La historia de la civilización es la historiografía de la cultura humana, la cual se muestra como un continuo, aunque tiene mutaciones sorprendidas. Por este tiempo, la transformación socio-técnica, nos coloca en un periodo ‘post-técnico’ y que se vincula filosóficamente con la conceptualización canónica que conocemos como posmodernidad

La continuidad del ser humano con la técnica le ha permitido la generación de una nueva “artefactualidad”, en tanto que está dotada de una inteligencia que se nombra como artificial y con la cual se ha producido la consumación de la tecno-ciencia como registro de nuestro tiempo posmoderno. Estamos en un tránsito a nuevas realidades transhumanas y poshumanas, que llevan como objetivo el de dotarlas de una inteligencia artificial general y, con ello, producir deconstrucciones profundas en el discurso jurídico contemporáneo.

Los sistemas jurídicos han sido teorizados y propuestos para un mundo analógico de las personas y no para una realización humana multiubicua

de lo digital y, por consiguiente, es muy probable que entren en crisis los pilares fundacionales de la ciencia jurídica a mediano plazo; lo que de forma inexorable habrá de suceder cuando tengamos evidencia empírica de cohabitar con cierta especie de entes, dotados de inteligencia artificial general.

El transhumanismo desafía a la ciencia jurídica desde la facticidad de las tecnologías conocidas bajo el acrónimo NBIC para el mejoramiento humano y el poshumanismo con la generación de máquinas inteligentes o las “no-cosas”, aunque con estas últimas, en buena medida, los hombres ya socializan en modo próximo a lo interpersonal, aun cuando la fisonomía de esas “no-cosas”, no responda a un patrón antropomorfo. Pero cuando dicha situación se alcance, existirá una cierta connaturalidad en ese intercambio y habremos abandonado el “ser humano mejorado” para la instalación del “artefacto humanizado”; pero entretanto ocurra ello, podrá suceder algo igualmente muy inquietante.

I. La dinámica del derecho y las cuestiones “nuevas o modernas”

Todos conocemos que los procesos de materialización legislativa de las nuevas cuestiones que irrumpen en la vida ciudadana se evidencian *a posteriori* en la vida de las personas o en las instituciones. La legislación siempre corre detrás de los hechos que en la sociedad se promueven o irrumpen.

Reposando, ahora, la mirada en la historia de la civilización, que al fin no es otra cosa que la propia historiografía de la cultura humana, bien sabemos que se ha segmentado dicho acontecer del hombre en un conjunto de periodos o edades¹, y que, en cada uno de los cuales existe una determinada facticidad que irrumpe con tanta novedad, transformación o ruptura con lo anterior, que ha impuesto la construcción reflexiva de estar frente a un “nuevo” momento histórico en relación con el anterior.

Son aquellos, episodios extraordinarios, semejantes a lo que en genética consideramos una “mutación”². Dichas mutaciones socio-históricas serán reconocidas en modo completo, tiempo después de los sucesos desencadenantes.

¹ Joseph HUIZINGA, *El concepto de la historia y otros ensayos*, p.71 y ss.

² “Mutación. F. Variación heredable. Cambio súbito de un gen determinado, de modo que sus efectos son distintos de los del normal. Como los genes son muy estables, las mutaciones aparecen sólo en muy raras ocasiones”. José MASCARÓ Y PORCAR, *Diccionario médico*, voz “mutación”.

No se nos escapa que, si se quiere hacer el corte historiográfico a la luz del progreso de la técnica, y que es una temática central en este trabajo, la referencia está desarrollada en la clásica obra de Lewis Mumford donde se diferencian tres momentos: Eotécnica, Paleotécnica y Neotécnica³. Como es natural, dicho autor no pudo dimensionar las transformaciones de la contemporaneidad y entre las cuales la revolución computacional e informático-digital y la bioingeniería son centrales y han permitido la producción de “nuevos artefactos” con soportes tanto biológicos como sintéticos⁴.

II. Posmodernidad y poshumanismo

En esa misma línea, distintas corrientes de pensamiento han señalado la existencia de sucesos que conllevan transformaciones severas, las que habilitan ensayar el juicio por el que se puede atribuir la existencia actual de una nueva etapa histórica, que ha sido nombrada de modos diversos, siendo la denominación más aceptada, la de “Postmodernidad”.

Entre los diferentes autores ocupados del tema, goza de un lugar de relevancia David Lyon, que quizá fue quien mejor realizó en el año 1994, una contribución al problema desarrollado en su libro intitulado *Postmodernidad*. Allí relata hechos y sucesos junto con construcciones socio-políticas e institucionales que avalan su tesis del cambio de época y, para lo cual, indica como variables reconocibles el abandono de las ideas de la objetividad, universalidad, verdad y racionalidad, típicas de la Ilustración y que es lo que se está superando con la posmodernidad⁵.

En nuestros días, la estela de esta nueva etapa se ha reconfigurado en un concepto inficionado por los desarrollos informáticos, tecno-científicos y biológicos y sus diferentes impactos no solo en la vida corriente de las personas, sino, en especial, en la salud, calidad y cantidad de vida de ellas.

Otro registro de la posmodernidad que se ha acentuado, se vincula con la progresiva pérdida de distinción entre ciencia y técnica. Autores pioneros como José Ortega y Gasset, han señalado que el hombre no puede ser fuera de la técnica. El concepto de *homo faber* emerge por la condición humana y se refuerza cuando existe un desarrollo científico que lo ha pensado con propiedad.

³ Lewis MUMFORD, *Técnica y civilización*, p.126 y ss.

⁴ Siguiendo el modelo de Lewis Mumford, deberíamos nombrar dicho momento actual como ‘posttécnico’.

⁵ David LYON, *Postmodernidad*, *passim*.

Es connatural al humano ser técnico, en tanto que utiliza medios para resolver los problemas que de toda índole se le presentan. El hombre del paleolítico tenía que resolver la generación de instrumentos –cosas– para la caza de animales; el del siglo XXI intenta resolver cómo dotar de mayores capacidades a su misma inteligencia, lo que ejecuta mediante la generación, entre otras realizaciones, de IA y bajo dicho ideario puede promover una realización insospechada de espacios de artefactualidad y que se dispondrán en cosas⁶ –esto es objetos– y en categorías especiales de “no-cosas”⁷, que propiamente no son meros entes del mundo objetual, sino información, datos que en tales artefactos están depositados y procesados. De tal manera, que la “no cosa” puede existir tanto en realizaciones biológicas como inertes⁸.

Los desarrollos de la técnica de nuestros días posmodernos nos enfrentan a una síntesis entre ciencia y técnica, siendo ella una cohabitación difícil de escindir en la realidad y solo posible de hacerlo en términos teóricos.

Así es como la técnica –según lo afirma Gilbert Hottois– impone una suerte de gobierno sobre la misma ciencia y, por ende, la aparición de la tecno-ciencia que, por la misma dinámica de poder, tenderá a convertirse en una tecnocracia⁹ y que, en estos días, se fortalece sobre la materialización

⁶ Es canónica la referencia, por lo que no se puede descuidar el hacer alusión a la conferencia que Martín Heidegger brindara en la Academia Bávara de Bellas Artes de Múnich el 6 de junio de 1950 y que se encuentra reproducida en la *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba*, n.º 1, marzo-abril, 1953.

⁷ El vocablo lo tomamos de la lectura atenta de la obra de Byung-Chul Han, quien se refiere a ellas para significar la entidad de la información que circula en la sociedad, en su lectura, esas son las “no-cosas”, de las cuales indica que: “El orden terreno está siendo hoy sustituido por el orden digital. Este desnaturaliza las cosas del mundo informatizándolas [...]. Hoy nos encontramos en la transición de la era de las cosas a la era de las ‘no-cosas’ [...]. Nuestra obsesión no son ya las cosas, sino la información y los datos”. Byung-Chul HAN, *No-cosas: Quiebres del mundo actual*, pp. 13-14. De allí, nosotros habremos de señalar más adelante, que todo aquel objeto que está animado y responde desde una inteligencia artificial, puede ser, perfectamente considerado una no-cosa, toda vez, que lo que esa naturaleza está mostrando, resolviendo, no es otro que datos, información que ha podido procesar en modo veloz.

⁸ Jorge LINARES, *Adiós a la naturaleza: La revolución bioartefactual*, pp. 35-36.

⁹ Apunta el citado autor: “Hoy nos acercamos a pasos agigantados al día en que el cuerpo humano no pueda considerarse como inmutable. El hombre será capaz [...] de remodelar no solo cada cuerpo, uno a uno, sino también la raza humana en su conjunto [...]. En menos de un siglo, el hombre ‘simbiótico’ estará directamente conectado a través de su propio sistema nervioso con ordenadores miniaturizados [...]. Una vez concluidas las investigaciones cuyo fin es la manipulación y reconstrucción de la identidad individual y específica del hombre, transformados y manipulados los límites de la existencia, una vez modificada tecno-científicamente la experiencia externa y todas las formas de experiencia

del “capitalismo de plataformas” en expresión de Nick Srnicek, como el resultado de la economía digital.

Nuestra contemporaneidad nos ha impuesto aprender a vivir en un hábitat algorítmicamente dispuesto, con una notable dependencia de los desarrollos de las inteligencias artificiales que van reconfigurándose, que se orientan a un desarrollo final de IA general que resultará el cénit de tales desarrollos computacionales. Habilitando, así, momentos de grandes transformaciones resumidas en el concepto difuso y protoplástico de la “singularidad tecnológica” y sobre el cual volveremos al final.

Todo ese conjunto de realizaciones existenciales y materiales que la contemporaneidad ofrece, reconfiguran las tesis de la posmodernidad en una dimensión más específica y que se consolidará bajo el sintagma de “poshumanismo”. Explica Vittorio Possenti:

“Posthumano alude al empleo de las nuevas tecnologías para conseguir superar los límites físicos y psíquicos del hombre, hasta el punto de configurar una evolución hacia una especie humana tan perfeccionada que ya no posea las características que la tradición atribuye al hombre. Recurriendo a la tecnología, el sujeto se haría posthumano y consideraría el humanismo como un patrimonio concluido”¹⁰.

Las tesis que definen el concepto de ‘poshumanismo’ son muy diversas, a veces contradictorias entre sí. Aunque coinciden en una cierta idea común, como es la generación del discurso y construcción de su pensamiento como una realización ulterior a un proceso deconstructivo y acerca del cual, autores como Giles Deleuze han formalizado como el auténtico modo de pensar posmoderno¹¹.

Las proposiciones filosóficas del poshumanismo se corresponden con colectivos intelectuales ligados a corrientes ecologistas, ambientalistas y también feministas. En este último espacio, sobre todo el marcado por Donna Haraway¹² y con mayor penetración en la discusión filosófica el que corres-

interna... ¿qué quedará de intangible en la esencia natural-cultural del hombre? Parece que la tecnociencia va a afectar a todas las pretendidas constantes de la naturaleza humana, a todas aquellas situaciones que Jaspers denominaba ‘límite’”. GILBERT HOTTOIS, *El paradigma bioético: Una ética para la tecnociencia*, pp. 58-61.

¹⁰ Vittorio POSSENTI, *La revolución biopolítica: La peligrosa alianza entre materialismo y técnica*, p. 47.

¹¹ Jesús ZAMORA BONILLA, *Contra apocalípticos: Egologismo, Animalismo, Posthumanismo*, p. 196.

¹² Donna HARAWAY, *Las promesas de los monstruos: ensayos sobre ciencia, naturaleza y otros inadaptables*. En otra obra se refiere la autora especialmente al estudio del cibernético y que ha cooperado para demarcar muchas de sus tesis. En ese orden: “Haraway –dice Mabel Moraña– lo considera el contra modelo de la noción de lo humano, pensada desde la matriz

ponde a las académicas Rosi Braidotti¹³ y Francesca Ferrando, siendo esta última la de mayor claridad en las diferentes tesis¹⁴.

Corresponde apuntar que el pensamiento filosófico de corrientes postranshumanista, han tenido acogida en la ciencia jurídica, aunque no denunciado bajo dicha denominación, sino como el ensanchamiento en materia judicial y legal de lo que en sentido amplio conocemos como la autonomía de las personas para acceder a diferentes desarrollos biotecnológicos que se inician en la década de 1980 con técnicas de fecundación *in vitro*, pasando a la edición genética hoy y quien sabe, cuánto más mañana.

Se advierte así la deconstrucción de una racionalidad jurídica en una matriz poshumanista donde lo legal roza la ontologitud humano-biológica y que habilita el paso siguiente, y que aparece insinuado en la discursividad en torno a la temática de los neuroderechos. Aunque todo esto, con una baja atención por los derechos domésticos en general.

cristiana y reforzada por el liberalismo y el psicoanálisis, y describe así su horizonte existencial: 'A la inversa de las esperanzas del monstruo de Frankenstein, el ciborg no espera que su padre lo salve con un arreglo del jardín, es decir, mediante la fabricación de una pareja heterosexual, mediante su complemento en una totalidad, en una ciudad y en un cosmos. El ciborg no sueña con una comunidad que siga el modelo de la familia orgánica aunque sin proyecto edípico. El ciborg no reconocería el jardín del Edén, no está hecho de barro y no puede soñar con volver a convertirse en polvo". Citado por Mabel MORAÑA, *Pensar el cuerpo: historia, materialidad y símbolo*, pp. 341-342.

¹³ Rossi BRAIDOTTI, *El conocimiento posthumano*. Se trata de la última obra publicada por la autora y allí, en apretada síntesis, destaca que el poshumanismo no es mera crítica al humanismo, sino que, también, se enfrenta al reto del antropocentrismo y enfatiza que conduce dicho poshumanismo a un salto cualitativo, puesto que sujetos poshumanos producen una erudición poshumana. Y manifiesta más adelante: "El reto principal que la convergencia posthumana y el antropocentrismo. No, yo no soy un robot, pero eso nos lleva a la pregunta de qué tipo de ser humano soy, o en qué tipo de humanos nos estamos convirtiendo inmersos en ese desafío posthumano. La tarea principal del pensamiento crítico posthumano es seguir las huellas y analizar el territorio movedizo en el que en la actualidad se están generando nuevas, diversas e incluso contradictorias interpretaciones del humano desde una gran variedad de orígenes, culturales y tradiciones", *op. cit.*, pp. 21-22.

¹⁴ La autora se define propiamente como cultora del poshumanismo filosófico, y en una apretada y muy defectuosa síntesis, y siguiendo su exposición, se puede definir al mismo como: "un enfoque ontoepistemológico, además de ético, que se manifiesta como una filosofía de la mediación, desechando cualquier dualismo de confrontación y legado jerárquico; por eso puede enfocarse como un posthumanismo, un postantropocentrismo y un postdualismo. Históricamente, puede considerarse como el enfoque filosófico que se adapta al tiempo geológico informal del Antropoceno [...]. El posthumanismo rebasa la tradición particular del pensamiento académico occidental, y puede rastrearse y promulgarse en diferentes culturas, así como en diferentes modos [...], cabe señalar que el posthumanismo no es solo una perspectiva académica, sino una actitud transhistórica que ha formado parte de diferentes culturas humanas, transespacios y épocas". Francesca FERRANDO, *Posthumanismo filosófico*, p. 51.

En el orden internacional, la Ley de IA aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 21 de mayo de 2024, adoptando un enfoque basado en el riesgo, es tranquilizador para el mundo legal y será, con alta probabilidad, el único valladar válido para la orientación respectiva, pero Europa no es todo el planeta, ni siquiera es la globalidad occidental. Huelga indicar, que la Recomendación Ética sobre IA de la UNESCO de 2019, no tendrá una mejor suerte que la experimentada por la Declaración Universal de Bioética y Derechos Humanos del año 2005.

Asimismo, es necesario decir que los sistemas jurídicos han sido pensados para un mundo analógico de personas humanas y tal modo de vivir, es justamente el que se encuentra en crisis y, en consecuencia, también los principios jurídicos que lo sostienen.

En dicho contexto de entornos jurídico-legales, se entremezclan las tesis del poshumanismo con las del transhumanismo, resultando de esta última la capacidad de la persona de disponer sobre su propio cuerpo respecto a realizaciones que confluyan al mejoramiento humano no requerido terapéuticamente, sino solo como perfeccionamiento.

En este orden, no se nos escapa que será parte del desafío futuro de los sistemas jurídicos. De tal forma, conocer la manera en que serán asimiladas dichas instancias tan desafiantes que habrán de relacionar la vida de las personas con ciertos objetos, que, si bien no tendrán vida humana, poseerán autonomía para tomar definiciones. Nos referimos a entes autómatas, andrioides, máquinas pensantes, ciborgs, al fin de cuentas: robots.

De esta manera señalamos que el transhumanismo tiene una composición discursiva asociada a los desarrollos tecnológicos en orden a la naturaleza humana antes que a la discusión filosófica de aquello. Por tal razón, bien se puede reseñar indicando que el transhumanismo es facticidad, mientras que el poshumanismo es primero episteme y luego praxis. En el tiempo presente, ambos eventos están en desarrollo al mismo tiempo.

III. Transhumanismo

Así es como el transhumanismo pone a la ciencia del derecho frente a un desafío distinto que el poshumanismo no es una discusión filosófica, sino una facticidad cuasiinminente y para lo cual el derecho como disciplina tendiente a regular las relaciones interpersonales no ha reflexionado lo suficiente en “clave transjurídica”. Baste recordar que el derecho se ha recostado sobre una clasificación del mundo natural, esto es: la existencia de los seres humanos, de los animales y las cosas. Los dos primeros son seres vivientes y el tercero, se relaciona con entidades no vivientes o lo que corresponde al mundo de los objetos.

Tales categorías son las que hoy, a la luz del transhumanismo, han entrado en confusión, y ello se profundizará en el futuro, mediante dos líneas independientes, aunque con buena cantidad de puntos en común, como es, por una parte, lo que se corresponde con las llamadas tecnologías emergentes para el mejoramiento humano, conocidas bajo el acrónimo NBIC, por sus componentes disciplinarios.

Y, por otro lado, lo que corresponde al desarrollo de la IA de las máquinas, que generarán una nueva categoría de objetos, como es la de los habitados de información autónomamente procesada y que los convierte, sustantivamente en unas “no-cosas”, las que se instalarán a futuro, en la base central del desarrollo poshumano. Por ello, hemos adelantado que el poshumanismo es la continuidad del transhumanismo, y en cuya evolución el último desaparecerá¹⁵.

En la literatura correspondiente a trans y poshumanismo se marcan diversos elementos epistémicos y materiales que ponen las fronteras y diferencias entre uno y otro. Así se dice que:

“La principal diferencia entre ambas visiones sería que el transhumanismo consiste básicamente en un conjunto de enfoques sobre cómo ‘mejorar’ al ser humano mediante la tecnología, mientras que los posthumanistas piensan que ya hemos dejado de ser –humanos–, y que, en todo caso, más que ‘mejorar’ al ser humano, lo que hay que hacer es ‘deconstruirlo’ ”¹⁶.

En rigor, se debería decir que todo aquello que a título de mejoramiento o perfeccionamiento se realice sobre la naturaleza humana y que tenga su origen, sea el mismo directo o indirecto en las tecnologías NBIC, deberían ser consideradas como prácticas transhumanas, puesto que ellas suman a la naturaleza humana un plus que en su origen no existía o, en su defecto, sustituirán por completo una cierta parte del todo del componente humano, mediante una entidad artificial o sintética.

Mientras que las realizaciones poshumanas suponen una labor que tienen una materialización por fuera de la naturaleza humana, aunque puedan tener algún vestigio ancestral con ella, tal como podría ocurrir en el supuesto del llamado “vaciamiento cerebral completo”, que importa transferir el cerebro a un soporte no cárnico; donde, si bien es cierto que tal alo-

¹⁵ En dicho orden no se puede dejar de señalar otras aproximaciones más complejas, así es como Antonio Diéguez hace una distinción entre transhumanismo cultural o crítico –que por lo general prefiere ser considerado como poshumanismo– y un transhumanismo científico. Antonio DIÉGUEZ, *Transhumanismo: la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, pp. 43, 45. Siguiendo esta última distinción, nuestro desarrollo estará centralmente atendiendo el problema del transhumanismo tecnocientífico.

¹⁶ ZAMORA, *op. cit.*, p. 190.

jamiento no es humano no se puede ignorar que posee una vinculación profunda con una condición humana que ya no se posee.

De esta forma, estaremos frente al momento estelar –parangonando la expresión de Stefan Zweig– del poshumanismo; el hombre habrá podido trascender la vida corpórea, habiendo trasladado a una materialidad de silicio los mismos eventos que suceden en su cerebro, mente y consciencia¹⁷, y continuar de esta manera *sine die*, una socialización sin la necesaria sensibilidad que lo biológico produce y sin la obsolescencia de ella y, para finalizar, dejando atrás la muerte que resulta como el proceso final desencadenado por la vejez del cuerpo.

Sin perjuicio del “vaciamiento cerebral completo”, que sería el desarrollo más complejo, existen momentos anteriores sobre los cuales los poshumanistas se reconocen con cierta paternidad, como son los emplazamientos robóticos. Puesto que cuando la especie robótica esté dotada de una cierta capacidad de realizaciones autónomas, como es la de generar un pensamiento propio y posible de ser logrado en función de algoritmos más desarrollados, que permitan ampliar la profundidad de las capas neuronales intermedias, es probable que puedan alcanzar combinaciones sinápticas próximas a las humanas.

Es importante decir, que los robots son “no-cosas” a las cuales se les ha incorporado condiciones que emulan las acciones de la vida de las personas, sea ello en todas o algunas de tales dimensiones, así: lo social, laboral, lúdico, afectivo, intelectual, sexual, etc. y, en virtud de esto, no pueden ser nombradas como realizaciones transhumanas, toda vez que las sinapsis profundas que puedan cumplir, no se condicen con una auténticamente humana, sino que es el resultado de aquella IA que emula la natural del hombre y gestiona la acción autónoma de dicha “no cosa”. El estatuto jurídico-legal de las “no-cosas”, todavía está en desarrollo.

No se nos puede escapar que, con una buena parte de dichas máquinas inteligentes, hemos alcanzado ya y aprendido, en consecuencia, a establecer cierto grado de socialización. Y tal proceso ha sido tan corriente que no lo discutimos como anómalo, sino, por el contrario, lo inverosímil sería encontrar humanos, que no tengan una socialización y dependencia con algunos de tales artefactos.

En particular por su cotidianidad, nos queremos referir ahora a los *smartphones*, que son objetos dotados de IA. Al final una especie de robot de bajo desarrollo.

¹⁷ “La mayor parte de los científicos y demás especialistas consideran que el asiento de la consciencia se encuentra entre la compleja masa cerebral que encierra el cráneo. Para ellos, la consciencia es solo una facultad más que surge de las propiedades fisiológicas y de la organización estructural de determinados grupos de células cerebrales o neuronales”. José LATORRE, *Ética para máquinas*, p. 58.

Son objetos diferentes a las demás cosas, y que hoy integran lo que nombramos como las “no-cosas”; en razón de que tienen dotadas características importantes por las que pueden ser asimiladas sus condiciones a las que posee y caracteriza a un ser viviente, como es, tener una cierta autonomía para dar respuestas propias a cuestiones acerca de las que resulta dicha “no cosa” requerida. Todo ello, sin perjuicio de que existen funciones propias de los seres vivos que dichas “no-cosas” hasta hoy no pueden cumplir.

Los *smartphones* son objetos técnicos de trabajo, de diversión, de compañía, que hacen las veces de asistente personal de sus dueños en tanto que pueden hacer múltiples actividades colaborativas y recreativas. Además, nos demuestra dicha “no-cosa”, que conoce, mejor que nosotros, nuestros gustos, deseos, lecturas, paseos y demás cuestiones, puesto que la IA que poseen, y la de todas las aplicaciones, pensadas para las cuestiones más inverosímiles, nos retiran de la reflexión profunda y no son más que prácticas de control de la toma de decisiones que a diario realizamos y que fuera de toda discusión, son el registro más palpable de lo que hoy se conforma bajo la idea del capitalismo de vigilancia en los términos de Shoshana Zuboff¹⁸.

Todo lo cual demuestra que hace ya tiempo que cohabitamos con realizaciones artefactuales de tipo poshumano y no parece alarmar a ningún ser humano.

El hecho de que no reconozcamos en tales artefactos un cierto linaje antropomorfizado es lo que simbólicamente lo distancia de poder ser considerado por función algo cercano a una condición humana; sin embargo, no ha impedido que la relación que para muchos humanos se establece con la pequeña caja rectangular de unos pocos centímetros que desplazamos con nosotros a todo lugar y durante todo el tiempo, sea la de contar con un compañero o compañera, asistente, confidente o como se quiera atribuir a tal fenómeno de tan extraña naturaleza.

Solo queremos traer incidentalmente a este respecto, una reflexión algo más atenta y no solo utópica como es la presentada en el filme *Her* (2013) del director Spike Jonze¹⁹, en la cual el protagonista se enamora del

¹⁸ Shoshana ZUBOFF, *La era del capitalismo de vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*.

¹⁹ Es natural que no se pueda obviar la referencia que a tal respecto el director Spike Jonze en el filme *Her* (2013) ha querido marcar con la voz de “Samantha” (el sistema operativo de un *smartphone*), quien siempre está disponible para solucionar los problemas de su dueño, quien concluye en una relación afectiva con dicho sistema operativo, pero como los mismos carecen de todo sentimiento, el pobre personaje enamorado –personificado en la actuación de Joaquin Phoenix– es abandonado, puesto que prefiere dicho IOS migrar a mantener mayores interacciones con otros artefactos similares. Terrible decepción humana, ser abandonado sentimentalmente por un objeto.

sistema operativo que activa su teléfono móvil. Lo cual nos lleva a considerar que este es, con cierta posibilidad, el primer supuesto donde la naturaleza humana se deja gobernar por un objeto y también una “no-cosa” y que no es, aquella otra cosa por la cual accedemos a otras tantas y que nombramos ‘dinero’. Un *smartphone* no es dinero, cuesta dinero, y ha cumplido la función de “domesticar” al humano –tal como lo hace el dinero²⁰– y lo ha demostrado haciéndose cargo de acciones que antes cumplía el hombre y ahora están transferidas a dicha “no-cosa”.

Byung-Chul Han, indica que nos encontramos en la antesala de lo que puede ocurrir, esto es, que nuestra existencia quedará rodeada de un mundo artefactual cuasi humanizado²¹. Y, sin embargo, no se advierten las consecuencias de la acción dominante de las “no-cosas” sobre la naturaleza humana. En nuestra opinión, esto es debido a la falta de fisonomía antropomórfica de las “no-cosas”. Lo que sería más notable, si acaso fenomenológicamente dicha “no-cosa” se pareciera a un humano, tal como resulta en la propuesta fílmica *Ex Machina* (2014) del director Alex Garland²² y que parece superar el forzamiento que en el anterior filme *Her*, para muchos existía.

En este orden corresponde señalar, también, otra dimensión que es tan válida como la anterior, para el concepto de poshumano y que aplica, para cuando la máquina es dotada de elementos, acciones, comportamientos, que son los propios y adecuados a la naturaleza humana corriente. Se efectúa allí una “hibridación inversa”²³ dotando a naturalezas no humanas de composiciones humanas que poseen la suficiente potencialidad para permitirles

Otro de los filmes importantes en este campo, aunque sin un resultado tan amoroso es *Moon* (2009) –dirigida por Duncan Jones– donde se establece la relación de “Gerty”, que es la IA que controla una base lunar en donde existe un solo astronauta con dicha máquina. De cualquier modo, resulta obvio recordar que muchos de nosotros ya experimentamos algunas de esas circunstancias próximas a episodios filmográficos, con “Siri” si utilizamos iPhone o “Cortana” si acaso se opera con Microsoft Lumia.

²⁰ “El dinero no es más que un medio, un materia o ejemplo para la representación de las relaciones que existen entre las manifestaciones más externas, reales y contingentes y las potencias más ideales de la existencia, las corrientes más profundas de la vida del individuo y de la historia”. George SIMMEL, *Filosofía del dinero*, p. 11.

²¹ HAN, *op. cit.*, *passim*.

²² Filme *Ex Machina* (2014), dirigida por Alex Garland. Se puede leer su argumento y crítica en Ricardo GARCÍA MANRIQUE, “Ex machina, o sobre la dimensión corporal de lo humano”.

²³ La nombramos de dicha manera para evitar toda confusión con la literatura médica corriente, que utiliza por defecto el concepto de ‘hibridación’, para señalar aquellos mejoramientos que se hacen a las personas a partir de intervenciones, prácticas o fármacos que operan sobre la propia urdimbre corporal o fisiológica de la persona. Para diferenciarla, así, de las prácticas de la ortopedia, que son mejoras que operan desde fuera del mismo cuerpo humano. José GONZÁLEZ QUIRÓS, “La hibridación inversa, la mejora humana se dispone en un artefacto no humano”, pp. 25-41.

a dichas “no-cosas”, tener semejanzas notables con modos, condiciones y realizaciones que hacen a la especificidad de la naturaleza humana²⁴.

Vale repetir, entonces, que la hibridación debe ser de tal entidad que delate que el aporte de humanidad a la “no-cosa”, sea significativo; y como dicha adquisición de supuesta humanidad es producida por una acción tecnológica sobre este conglomerado no cárnico, debe ser considerada de naturaleza poshumana.

Algunas posiciones radicalizadas podrán decir que se trata de un “humano por accesión”, esto es, un ente no humano con dotaciones de la realización humana, por caso: racionalidad, ambulación, discursividad, estados emocionales, afectividad, intolerancia, sesgos, prejuicios, capacidad propia de decidir, entre otras. Aunque hay que repetir, no porque efectivamente las posea de modo propio y natural, sino por estar dispuestas mediante hibridación en lo maquínico. Se trata sin duda, de una “no-cosa” que aspira a ser lo más semejante a un hombre.

En cambio, en la naturaleza transhumana, partimos de un hombre auténtico a quien se le anexan o sustituyen partes, elementos, compuestos orgánicos, etc., por otros sintéticos o artificiales y, por ello, sin perder su condición tiene transformaciones, mediante las cuales ha logrado un mejoramiento en su carencia y, por la cual, alcanza plenitud humana²⁵. Y en otros supuestos puede sobrepasar lo humano. Por lo tanto, para el primer caso, se hablará de “transhumanos propiamente dicho” y el restante, se debería nominar como “+transhumanos” (más transhumanos) para poner de manifiesto, que el mejoramiento recibido excede a la naturaleza humana.

De esta manera, cuando se produce una realización semejante a la hibridación, pero no ya en las “no-cosas”, sino en los humanos, para dotarlos de mejores condiciones o de mayor perfección se denomina ‘mestizaje’ o ‘mixturación’ y define conceptualmente a un transhumano en sentido lato. Se podría ejemplificar el supuesto, señalando que si una persona que

²⁴ La hibridación supone en este caso una doble realización, por una parte, fusión de estirpe humana con otra no viviente y, por otra, que la primera otorga una complementariedad inexistente antes en la cosa no humana.

²⁵ Nos permitimos la transcripción de un párrafo de la magnífica obra de François Forestier y François Ansermet, cultores del humanismo digital, quienes nos recuerdan que ya varios siglos atrás –siete para ser preciso– ya se había utilizado el giro conceptual de transhumanismo. Así dicen los citados: “Comencemos con la palabra trasumanar, que entra en consonancia directa con la palabra transhumanismo. Trasumanar es una palabra introducida por Dante en el canto I del ‘Paraíso’. Se refiere a la idea de sobrepasar lo humano, de superarlo, de ir hacia un más allá de lo humano, tanto respecto de la naturaleza como de la conciencia. ‘El trasumanarse no se puede expresar con palabras; baste, por eso, con el ejemplo de aquellos a los que la gracia proporcione una experiencia así’”. François FORESTIER y François ANSERMET, *La devoción digital*, p. 25.

es ciega de nacimiento, mediante la dotación de un dispositivo tecno-artefactual, se posibilita que esa persona logre una visión muy semejante a la natural, sería el supuesto de un *transhumano propiamente dicho*.

Pero acaso si la persona con vista corriente, pero que por ser un conductor profesional de vehículos que transitan solo por la noche, ha recibido por la nombrada vía tecnológica una mixturación de perfección en su visión nocturna, hasta igualar a la que tiene a plena luz del día, resulta evidente que ello no es lo corriente en los hombres y, por lo tanto, conceptualmente su definición es la de ser un *+transhumano*.

Aproximando una conclusión

Señalamos, por una parte, que nos encontramos con entes que son “no-cosas”, y que en términos objetivos poseen una aportación de humanidad que ha sido intermediada con la tecnología, con lo cual se señala que su condición es la de ser poshumanos.

Dichos artefactos que nunca han sido humanos, aunque emulan a los humanos y las acciones que les son propias, en virtud de la IA en ellos dispuesta, se han clasificado en dos especies con dos tiempos de realización, esto es, de alto y bajo desarrollo.

Así, decimos que los robots se clasifican en orden al mayor desarrollo perfeccionado que poseen de IA. Por esto, un *smartphone*, es una naturaleza poshumana de bajo desarrollo, pero que, a la vez, se ha encargado de cumplir la primera gestión de domesticación del ser humano. La siguiente etapa aspira a lograr una mayor emulación humana, antropomorfizando la composición exitosa de IA desarrollada y entrenada junto a un aprendizaje constante, que va calando en las redes neuronales y en los resultados sinápticos que se alcanzan.

Son, al final de cuentas, objetos diferentes a las demás cosas, que integran el espectro de las “no-cosas”; que se derivan de características por las que se pueden asimilar a la condición de un ser viviente, como es, tener autonomía para respuestas propias. No obstante lo anterior, no hay en estos entes funciones inherentes a los seres humanos, aunque no podemos descartar su ocurrencia en el futuro y, por tanto, no sabemos si este sea el último momento evolutivo de las mismas “no-cosas”.

Acorde con el aceleracionismo de la tecno-ciencia²⁶, se puede pensar que quizá el objetivo al que se aspire más adelante deje de ser el de lograr

²⁶ Sebastián TOUZA, “Aceleracionismo”, pp. 19-24.

igualar la inteligencia humana como lo ha sido hasta el presente, sino, más bien, establecer métricas y patrones diferentes a los actuales para calificar y describir que un desarrollo sea o no, fruto de inteligencia. Esto es lo mismo que decir, que no siendo posible que la IA pueda ser inteligente al modo humano, lo que se termine modificando sean las categorías epistémicas mediante las cuales calificamos que alguna cuestión es fruto de una labor inteligente. Si ello fuera así, el momento presente es una etapa precedente a la que falta por evolucionar.

Mediante ese emplazamiento, una tesis filosófica del poshumanismo se haría presente en la argumentación respectiva como es la deconstrucción del mismo concepto de IA, como un símil de la inteligencia humana y que es lo que durante el tiempo que corre, posibilita que se atribuya como defeción a un fenómeno que sucede con frecuencia en las IA –forzadas a pensar humanamente– y que se nombra como supuestos de “alucinaciones”²⁷.

Lo recién mencionado no es otra cosa que una demostración de que la IA puede computar realizaciones muy complejas, pero no siempre las que se amparan en lo razonable o propias del sentido común y que, por lo general, en los hombres, permite que se puedan poseer intuiciones que, junto a la experiencia, posibilitan el formular un razonamiento abductivo²⁸, que, a la postre, es de gran relevancia en el razonamiento judicial²⁹ y es al que la IA generativa/creativa no alcanza, y lo aspire lograr mediante la IA general³⁰.

²⁷ Señala Will Douglas Heaven: “Los LLM generan texto prediciendo la siguiente palabra de una secuencia. Si un modelo lee ‘el gato se sentó’, puede suponer que luego irá ‘sobre’. Esa nueva secuencia se vuelve a introducir en el modelo, que ahora puede adivinar ‘la’. Si da otra vuelta, dará con ‘esterilla’, y así sucesivamente. Con este método se puede generar casi cualquier tipo de texto que se pueda imaginar, desde listados de Amazon hasta haiku (poesía japonesa), pasando por fanfiction, código informático, artículos de revistas y mucho más. Como dice Andrej Karpathy, informático y cofundador de OpenAI: “Los modelos de lenguaje de gran tamaño aprenden a soñar con documentos de Internet”. Will Douglas HEAVEN, “¿Por qué alucina la IA?”.

²⁸ Véase Erik LARSON, *El mito de la inteligencia artificial: Por qué las máquinas no pueden pensar como nosotros lo hacemos*.

²⁹ “El test de Turing, por ejemplo, resulta complicado en esencia porque la comprensión del lenguaje natural requiere un montón de inferencias de sentido común, que ni son ciertas lógicamente ni resultan (a menudeo) demasiado probables. Requiere, en otras palabras, muchísimas abducciones”, LARSON, *op. cit.*

³⁰ Bien se ha indicado que: “Las tecnologías de IA no buscan reemplazar a los jueces. No pueden reemplazarlos en la medida que la noción de justicia es una construcción de la cultura jurídica que ninguna red neuronal computacional puede reproducir. La justicia es producto de la estética, de la empatía y de un criterio de lo bello, y no solo de una idea de razón argumentada. Pero la IA puede aportar a las Cortes capacidad de análisis eficien-

Por otra parte, nos habremos de encontrar con personas humanas a quienes se les haya restablecido una carencia o discapacidad que poseían y, con ello, se las ha igualado a las demás. Tales registros colocan a dichos individuos en la categoría de “transhumanos propiamente dichos”.

De igual manera, se podría presentar el supuesto donde se ha desarrollado no una igualación a la naturaleza con la acción mejorativa, sino que se trata de una incorporación de capacidad perfectiva que no se tenía con anterioridad y que no existe en la naturaleza humana, al menos con la intensidad, grandeza o realización que esa persona por dicha intervención poseerá y, por ello, se dice que estamos frente a un “+transhumano”.

La naturaleza transhumana por ser humana en su base, tendrá potencialmente una capacidad reproductiva asegurada, utilizando los mejoramientos que se puedan cumplir sobre la naturaleza humana a partir de una manipulación a nivel de células no somáticas, mediante el sistema CRISPR/Cas 9 editando dicho genoma, y así incorporar las mejoras a la genética de la especie humana³¹, con las incertidumbres que pueda generar.

Mientras que habrá otras cuestiones concebidas como perfeccionamiento humano singular y, por lo tanto, no transferible a la especie por descendencia, aun editando células sexuales.

El mundo futuro cada vez será más asistido por realizaciones que son “no-cosas” y que adquirirán fenotipos próximos a los seres humanos y, por lo tanto, replicarán, copiarán o imitarán los modos, maneras, expresiones y pensamientos de los humanos, y su IA cada vez será más abarcativa de cuestiones corrientes y no corrientes que constituyen nuestra vida humana diaria.

te, transparente y completo de millones de datos que hoy los operadores jurídicos tardarían años analizando”. Grenfieth SIERRA CADENA, “Inteligencia artificial en las altas Cortes”, p. 9.

³¹ La relativa facilidad y el buen resultado de la práctica, como es lógico, ha despertado también la alarma de la comunidad científica, de la misma forma que otrora lo hiciera, cuando se comenzaron a desarrollar las nuevas técnicas de ADN recombinante. Pues lo que se temía en aquel tiempo, era la generación de nuevos tipos de eventos infecciosos que no pudieran ser controlados. La preocupación se materializó en una carta de la comunidad científica –encabezaban sus firmantes con el nombre de Paul Berg– que se publicó en el n.º 185 del año 1974 de la revista *Science*, en ella se solicitaba una moratoria o detención de tales experimentos. Poco tiempo después, en 1975 en el Centro de Conferencias de Asilomar se comprendió que la moratoria debía cesar, pero cumplir los investigadores con una serie de estándares en toda investigación que importe manipulación genética. Augusto SARMIENTO, Gregorio RUIZ PÉREZ *et al.*, *Ética y genética*, p. 178 y ss.

En nuestros días, las diversas voces que se levantan reclamando una moratoria vinculada al desarrollo de la IA. Sobre el tema las revistas *Nature* y *Science* han publicado artículos en tal orden.

En lo que corresponde a los límites de la IA, es donde mayor discusión existe y no hay un juicio unánime respecto de este asunto. Algunos autores señalan que la replicación humana en una construcción sintética deviene limitada, toda vez, que el cerebro humano es el resultado de la evolución de millones de años³² y que el logro de la naturaleza, aun con los mejores desarrollos tecnológicos, no resulta posible de ser emulado; a lo cual se suma que hasta el tiempo presente existen eventos, funciones y realizaciones aún no comprendidas respecto de cómo es que el cerebro las realiza³³.

A ello, solo se podría agregar que desde los descubrimientos de Santiago Ramón y Cajal en las primeras décadas del siglo pasado, de lo que dio en llamarse la “teoría de la neurona”, siendo ella la unidad histológica y fisiológica del sistema nervioso³⁴, hasta unos veinte años atrás no se conocía mucho más. Mientras que el conocimiento que hoy se tiene del cerebro solo fue posible por la tecnología allí dispuesta; por lo que abrir cualquier juicio acerca del desarrollo futuro en tal materia es riesgoso, tanto para lo utópico como lo distópico.

Todo lo dicho impone que precautoriamente los sistemas jurídicos conformados bajo la figura de lo analógico y, por lo mismo, presencial, deban reconfigurar diversos principios liminares. Por lo pronto, basta con pensar que la idea de dignidad, que es la célula sobre la cual se construye el tejido de los derechos fundamentales de la persona humana, no parece transferible como principio a las “no-cosas”, que tanta presencia como colectivo habrán de tener y, así, es que algún estatus se brindará para que, con posterioridad, se pueda hacer una reconfiguración de responsabilidad y, también, reconocimientos de estimativa en ellas o en otros por ellas.

De cualquier modo, los exponentes más lanzados en el proyecto de la vida de los poshumanos, han sostenido que ese proceso es posible y conocido como el momento de la “singularidad tecnológica” y que supone un desarrollo que ha avanzado en infinitas interconexiones aprendidas por las máquinas por sí mismas, puesto que así fueron como tal programadas y en ese desiderátum, unas aprendiendo habilidades de otras y estableciéndose verdaderos parques poshumanos, se produciría el nombrado salto cualitativo y por el cual las nombradas “no-cosas” alcanzarían una IA superior –y quizá ontológicamente diferente– a la misma inteligencia

³² Especialmente se puede apreciar dicha evolución, vinculada a las funciones de lectura por nuestro cerebro en la estupenda obra de Stanislas DEHAENE, *El cerebro lector: últimas noticias de las neurociencias sobre la lectura, la enseñanza, el aprendizaje y la dislexia*.

³³ José CAMPILLO, *La consciencia humana: las bases biológicas y fisiológicas y culturales de la consciencia*, p. 36.

³⁴ José LÓPEZ PIÑERO, *La medicina en la historia*, pp. 458-460.

natural y, con ello, se cumplirá así el óptimo del poshumanismo, esto es, dejar atrás lo humano^{35,36}.

Autores como Raymond Kurweill³⁷, llevan la línea de mayor vanguardia en tal pronóstico. El autor, considera que, en relación con lo cronológico, el momento de la singularidad tecnológica es próximo: sobre el año 2045, con lo cual estamos frente a una cercanía que resulta por demás inquietante.

Por su parte, Nick Bostrom prefiere hablar, antes que de singularidad tecnológica, de la existencia de “máquinas superinteligentes” y que constituyen:

“el desafío más importante y sobrecogedor al que la humanidad se ha enfrentado nunca. Y tanto si tenemos éxito como si fracasamos, será el último desafío que afrontaremos jamás”³⁸.

Sin perjuicio de los matices que señalan un desenlace distópico para la criatura humana, puesto que para el primero el futuro del hombre es una suerte de reconversión en subprogramas informáticos de los sistemas generales de inteligencia artificial y para lo cual nuestras mentes estarán descargadas en dichos circuitos. Mientras que el otro autor es todavía más dramático en su conclusión, puesto que considera que los ordenadores superinteligentes definirán sus propios fines y quizá decidan prescindir de la humanidad misma o la utilicen solo como un recurso natural necesario³⁹.

Para finalizar, queremos apuntar en estos últimos párrafos, que lo utópico o distópico respecto a la cuestión del trans y poshumanismo y la co-

³⁵ Tal “dejar atrás” abre un espacio inquietante, acerca de qué manera ello se producirá: con violencia o sin ella. Quienes recuerdan la clásica película de Stanley Kubrick (1968), *2001, Odisea del Espacio*, que tiene como protagonista a *Hal 9000*, que no es sino una máquina que gobierna la misión y entra en conflicto con el único humano que participa de la nombrada misión espacial. En dicho entorno se produce una sublevación de la máquina inteligente sobre el humano.

No se puede dejar de mencionar en tal entorno la inusitada vigencia de las tesis de Isaac Asimov, apuntadas en su libro *Yo, Robot* (1950) donde un robot, de nombre Speedy no parece tener claramente definida las Tres Leyes de la Robótica, que aun siendo producto de la ficción del autor, nunca es una desatención recordarlas. Así: “1. Un robot no debe dañar a un ser humano o, por su inacción, dejar que un ser humano sufra daño. 2. Un robot debe obedecer las órdenes que le son dadas por un ser humano, excepto cuando estas órdenes se oponen a la primera Ley. 3. Un robot debe proteger su propia existencia, hasta donde esta protección no entre en conflicto con la primera o segunda Leyes”.

³⁶ David LE BRETON, *Antropología del cuerpo y modernidad*, p. 315.

³⁷ Raymond KURZWEIL, *La singularidad está cerca: cuando los humanos trascienden la biología*, pp. 9-10.

³⁸ Nick BOSTROM, *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, p. VII.

³⁹ ZAMORA, *op. cit.*, p. 236.

munidad de los humanos con las “no-cosas” antropoforzadas, en realidad está por verse⁴⁰.

Mas lo cierto y sobre lo cual no tenemos duda alguna, y que por ahora es realmente lo más importante, es que existe como diría Aristóteles⁴¹, una evidente tensión en la cuerda del arco que ya ha disparado la flecha que busca el blanco en el cual habrá de impactar. Que logre dicho resultado es todavía un albur no posible de ser afirmado.

Sin embargo, en el recorrido que dicha flecha tenga hasta llegar al blanco o desviarse de su ruta, está en juego nada menos que la misma “condición humana” –en expresión de Hanna Arendt⁴²– que puede ínterin de ello, mutar a ser otra diferente: esto es: “ser-digital” y allí, es donde está oculta la auténtica dialéctica⁴³, entre la “condición de ser-humano” y la “condición de ser-digital”. De ello depende cuál sea nuestro futuro.

Bibliografía

- ARENDR, Hanna, *La condición humana*, Buenos Aires, Paidós, 2023.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 2014.
- BOSTROM, Nick, *Superinteligencia: caminos, peligros, estrategias*, Madrid, Tell, 2016.
- BRAIDOTTI, Rossi, *El conocimiento posthumano*, Buenos Aires, Gedisa, 2022.
- CAMPILLO, José, *La consciencia humana: las bases biológicas y fisiológicas y culturales de la consciencia*, Barcelona, Arpa, 2021.
- DEHAENE, Stanislas, *El cerebro lector: últimas noticias de las neurociencias sobre la lectura, la enseñanza, el aprendizaje y la dislexia*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2023.
- DIÉGUEZ, Antonio, *Transhumanismo: la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano*, Barcelona, Herder, 2017.
- FERRANDO, Francesca, *Posthumanismo filosófico*, Madrid, Materia Oscura, 2023.
- FORESTIER, François y François ANSERMET, *La devoción digital*, Buenos Aires, UNSAM, 2023.

⁴⁰ Es importante comentar, que especialistas en la materia, futurólogos incluidos, creen que las postulaciones al modo de las formulada por Raymond Kurzweil o Nick Bostrom, deberían ser integradas en un análisis de mucha mayor moderación, sin desconocer los avances muy importantes a los que la tecnología nos puede llevar. Helga NOWOTNY, *La fe en la inteligencia artificial: los algoritmos predictivos y el futuro de la humanidad*, p.127 y ss.

⁴¹ “Si existe, pues, algún fin de nuestros actos que queramos por él mismo y los demás por él, y no elegimos todo por otra cosa [...], es evidente que ese fin será lo bueno y lo mejor. Y así, ¿no tendrá su conocimiento gran influencia sobre nuestra vida, y, como arqueros que tienen un blanco, no alcanzaremos mejor el nuestro? que debemos alcanzar”. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, I, 2; 1094 a 18-24.

⁴² Hanna ARENDR, *La condición humana*.

⁴³ Juan SUÁREZ, *La condición digital*.

- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “Ex machina, o sobre la dimensión corporal de lo humano”, en *Bioética y Derecho*, n.º 37, mayo/junio 2016. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872016000200012 [fecha de consulta: 24 de abril de 2024].
- GONZÁLEZ QUIRÓS, José, “La hibridación inversa, la mejora humana se dispone en un artefacto no humano”, en *Thémata. Revista de Filosofía*, n.º 46, 2012, segundo semestre.
- HAN, Byung-Chul, *No-cosas: Quiebres del mundo actual*, Buenos Aires, Taurus, 2012.
- HARAWAY, Donna, *Las promesas de los monstruos: ensayos sobre ciencia, naturaleza y otros inadaptables*, Barcelona, Holobionte, 2019.
- HEAVEN, Will Douglas, “¿Por qué alucina la IA?”. Disponible en www.technologyreview.es/s/16470/por-que-alucina-la-ia [fecha de consulta: 27 de mayo de 2024].
- HOTTOIS, Gilbert, *El paradigma bioético: Una ética para la tecnociencia*, Barcelona, Anthropos, 1999.
- HUIZINGA, Joseph, *El concepto de la historia y otros ensayos*, México D.F., FCE, 1946.
- KURZWEIL, Raymond, *La singularidad está cerca: cuando los humanos trascienden la biología*, Berlín, Lola Books, 2012.
- LARSON, Erik, *El mito de la inteligencia artificial: Por qué las máquinas no pueden pensar como nosotros lo hacemos*, Madrid, Shackleton, 2023.
- LATORRE, José, *Ética para máquinas*, Barcelona, Ariel, 2019.
- LE BRETON, David, *Antropología del cuerpo y modernidad*, Buenos Aires, Prometeo, 2021.
- LINARES, Jorge, *Adiós a la naturaleza: La revolución bioartefactual*, Madrid, Plaza y Valdés, 2019.
- LÓPEZ PIÑERO, José, *La medicina en la historia*, Madrid, La Esfera Libros, 2002.
- LYON, David, *Postmodernidad*, Madrid, Alianza, 1996.
- MASCARÓ Y PORCAR, José, *Diccionario médico*, Barcelona, Salvat, 1986.
- MORAÑA, Mabel, *Pensar el cuerpo: historia, materialidad y símbolo*, Barcelona, Herder, 2021.
- MUMFORD, Lewis, *Técnica y civilización*, Madrid, Alianza, 2006.
- NOWOTNY, Helga, *La fe en la inteligencia artificial: los algoritmos predictivos y el futuro de la humanidad*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2022.
- POSSENTI, Vittorio, *La revolución biopolítica: La peligrosa alianza entre materialismo y técnica*, Madrid, Rialp, 2016.
- SARMIENTO, Augusto, Gregorio RUÍZ PÉREZ *et al.*, *Ética y genética*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1993.
- SIERRA CADENA, Grenfieth, “Inteligencia artificial en las altas Cortes”, en *La Ley*, n.º 2, Suplemento Innovación & Derecho, Buenos Aires, 2022.
- SIMMEL, George, *Filosofía del dinero*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.
- SUÁREZ, Juan, *La condición digital*, Madrid, Trotta, 2023.

TOUZA, Sebastián, "Aceleracionismo", en Diego PARENTE *et al.* (coords.), *Glosario de filosofía de la técnica*, Buenos Aires, La Cebra, 2022.

ZAMORA BONILLA, Jesús, *Contra apocalípticos: Egologismo, Animalismo, Posthumanismo*, Eslovenia, Schackleton, 2011.

ZUBOFF, Shoshana, *La era del capitalismo de vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Paidós, 2021.

Siglas y abreviaturas

ADN	ácido desoxirribonucleico
<i>al.</i>	<i>alii</i>
coords.	coordinadores
CRISPR	Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats
D.F.	distrito federal
<i>etc.</i>	etcétera
FCE	Fondo de Cultura Económica
(h)	hijo
https	HyperText Transfer Protocol Secure
IA	inteligencia artificial
IOS	iPhone Operating System
n.º	número
NBIC	Nanotecnología, Biogenética, Informática y Ciencias Cognitivas
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNSAM	Universidad Nacional de San Martín
www	World Wide Web

LA AUTOCONSERVACIÓN Y LA PROPIEDAD DE UNO MISMO. EL FUNDAMENTO MODERNO DE LOS DERECHOS HUMANOS

SELF-PRESERVATION AND SELF-OWNERSHIP. THE MODERN FOUNDATION OF HUMAN RIGHTS

*Juan Fernando Segovia**

Resumen

El trabajo propone reconsiderar el fundamento de los derechos humanos a partir de las ideas modernas de la autoconservación y la propiedad de uno mismo. Para demostrar que la concepción moderna es radicalmente diferente de la tendencia clásica a la autoconservación, se comparan ambas en cuanto a los conceptos de movimiento y de finalidad o causa final. A tal fin, se recurre a cuatro intelectuales modernos decisivos: Hugo Grocio, Baruch Spinoza, Thomas Hobbes y John Locke.

Palabras clave: autoconservación, propiedad de uno mismo, Hugo Grocio, Baruch de Spinoza, Thomas Hobbes, John Locke.

Abstract

The work proposes to reconsider the foundation of human rights from the modern ideas of self-preservation and self-ownership. To prove that the modern conception is radically different from the classical tendency to self-preservation, the two are compared in terms of the concepts of movement and of final purpose or final cause. To this intention, four decisive modern intellectuals are appealed: Hugo Grotius, Baruch de Spinoza, Thomas Hobbes, and John Locke.

* Doctor en Derecho y Doctor en Historia. Investigador del CONICET (Argentina). Director de Estudios Históricos del Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II (España). Correo electrónico: segojuan@gmail.com ORCID 0009-0000-9928-4661.

Artículo recibido el 8 de diciembre de 2023 y aceptado para publicación el 5 de julio de 2014.

Keywords: Self-preservation, self-ownership, Hugo Grotius, Baruch de Spinoza, Thomas Hobbes, John Locke.

I. Una necesaria explicación

1. En los estudios generales dedicados al origen, fundamento y desarrollo de los derechos humanos, rara vez se hace referencia a la autoconservación personal como sustento básico de tales derechos, como su más elemental fundamento. En obras más particulares, que revisan periodos o autores específicos –especialmente entre los siglos XVII y XVIII–, la autoconservación aparece ocupando un sitio preferencial en la justificación de los derechos.

En una ocasión anterior se hizo mención a la autoconservación en el amanecer de los derechos del hombre, pero no se profundizó su significado e importancia¹. En los últimos años, sin embargo, a resultas de una investigación sobre la libertad y la igualdad naturales como fundamento de la libertad e igualdad políticas y la democracia, indagando sobre el estado de naturaleza –que se dice es la condición original de la humanidad–, se volvió sobre la autopreservación individual, considerada una pasión primaria de los hombres, que da lugar a la libertad y la igualdad por naturaleza.

Lo que aquí se intentará es exponer algunas líneas de esa pesquisa con el propósito de recordar un fundamento de los derechos humanos rara vez considerado.

II. De la Antigüedad a la Modernidad

2. El lector avisado podría decir que nada se ha descubierto, pues desde antiguo la conservación de la persona por sí misma, se entendía, era una inclinación que la naturaleza había inscripto en el corazón de los hombres. Es cierto, pero, como se dirá en este trabajo, hay una gran distancia entre la concepción clásica y la idea moderna. Para demostrarlo, se seguirán dos caminos: el primero lleva de la concepción clásica de la autopreservación a la variación moderna; el segundo, que es paralelo al anterior, conduce de la concepción moral del dominio de uno mismo a la idea moderna de la autoposesión como derecho-facultad.

Esclarecidos estos puntos, se volverá sobre la autoconservación y la propiedad de uno mismo en algunos pensadores claves de la Modernidad.

¹ Juan Fernando SEGOVIA, “Los derechos naturales entre la ley natural permisiva y la autoconservación. Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos”, pp. 15-59.

ESTOICISMO

3. La tesis de la propia preservación se remonta a los estoicos, que creían que cada persona era el mejor guardián de sí mismo. Según ellos, la capacidad de todo hombre para concebir sus propios intereses y cuidar de sí mismo se debe al hecho de que todo hombre es apropiado o afín a sí mismo (*auto-oikeiosis*)². En esta idea de la autoconservación hay un augurio del principio de autopropiedad del que dependen los derechos modernos. En varios lugares Cicerón evoca la doctrina estoica, que sostiene que toda criatura viviente se ama a sí misma, y desde el nacimiento lucha para asegurar su propia conservación, pues el instinto de autopreservación es natural.

Así, Cicerón atribuye a Aristóteles y Jenócrates el siguiente pensamiento: “Todo ser natural quiere conservarse, es decir, preservar su identidad y permanecer en su especie”³. Y más adelante:

“Todo animal se ama a sí mismo, y tan pronto como nace, procura conservarse, porque la primera inclinación que le da la naturaleza para proteger su existencia es una tendencia a conservarse y a ponerse en las mejores condiciones posibles conforme a la naturaleza”⁴.

Esta es, agrega Cicerón, una “apetencia instintiva”, por la que se persigue lo que es conforme a la naturaleza y rechaza lo que le es contrario. Por eso se dice que “lo que todo animal desea es, precisamente, lo que está de acuerdo con la naturaleza”. En consecuencia, “el supremo bien consiste en vivir según la naturaleza, en el estado más perfecto posible y más conforme a la naturaleza”⁵. De aquí que ese instinto natural a conservar el propio ser se diga también que es interés propio y amor a sí mismo, como hace Séneca⁶.

² Lisa HILL & Prasanna NIDUMOLU, “The influence of classical stoicism on John Locke’s theory of self-ownership”, pp. 3-24 y principalmente Justin B. JACOBS, *The ancient notion of self-preservation in the theories of Hobbes and Spinoza*.

³ CICERÓN, *De finibus*, IV, 7, 16. Cf. CICERÓN, *De officiis*, I, 4, 11: “Inicialmente todos los tipos de seres vivos han recibido de la naturaleza el cuidar de sí, de su vida y de su cuerpo, y apartarse de lo que les parezca dañino y buscar y obtener lo necesario para vivir”.

⁴ CICERÓN, *De finibus*, *op. cit.*, V, 9, 24.

⁵ *Op. cit.*, III, 5, 16: “De aquí debe comprenderse que el primer impulso viene del amor a sí mismo”. Y Cicerón concluye, *op. cit.*, V, 9, 25: todo animal tiende a “la plena realización de su naturaleza”; pero siendo distintos los animales, cada uno tiene bienes supremos y fines últimos correspondientes a su especie.

⁶ SENECA, *Epístolas morales a Lucilio*, libro XX, epístola 121, 17, escribe: “Antes que nada, el animal se adapta a sí mismo, ya que debe existir alguna cosa a la que se ordenen las demás. Busco placer. ¿Para quién? Para mí; luego tengo cuidado de mí mismo. Rehúyo el dolor. ¿En provecho de quién? De mí; luego tengo cuidado de mí mismo. Si todo lo realizo en atención a mi persona, antes que nada es el cuidado de mi persona. Tal se encuentra en

Esta es la concepción clásica, completamente extraña a la tesis de la autoconservación moderna. Todo hombre –se sabe desde Aristóteles– quiere el bien, el ser es un bien y debe conservarse en el ser. De manera más general: todo viviente ama su ser; por tanto, desea conservarlo. Así, pues, el hombre “desea vivir y preservarse él mismo y, sobre todo, la parte por la cual piensa, pues la existencia es un bien para el hombre digno”⁷.

Pero en el hombre, dada su naturaleza social, la autoconservación lleva a la preservación de la especie –hasta la requiere–, al punto de que la conservación del individuo está vinculada a la conservación de la comunidad y, en buena medida, depende de ella. Es decir, es una inclinación a la que todo hombre colabora, abriéndose así el campo de los fines humanos a lo que está más allá de la subsistencia y que esta permite: la vida buena, la virtud, la ciudad, la amistad, la perfección, la felicidad, el bien común.

LA TEOLOGÍA CATÓLICA

4. Lo mismo podrá decirse en el estudio de la teología católica: todo ser se ama a sí mismo, busca por ello conservar la vida, autoconservarse⁸. Santo Tomás de Aquino entiende que la conservación del propio ser es una tendencia primaria de la naturaleza, básica, la más elemental, que se comparte con todo otro viviente, con toda substancia (*communicat cum omnibus substantiis*); pero que se complementa y perfecciona con otras dos tendencias naturales al hombre: la que comparte con todo animal, que es la conservación de la especie (*communicat cum caeteris animalibus*) y la tercera exclusiva del hombre, por su esencia racional (*secundum naturam rationalem, quae est sibi propria*), que es la inclinación al conocimiento de la verdad, con todo el cortejo de corolarios que ella comporta⁹.

todos los animales, y no se les infunde, sino que nace con ellos”. Y más adelante, *op. cit.*, 23-24, continúa: la naturaleza “a los animales les ha infundido sobre todo el instinto de conservación de sí mismos y la habilidad para ello, y, por ello, también empiezan a un mismo tiempo a aprender y a vivir. Y no es sorprendente que nazcan con tal disposición, sin la cual nacerían en vano. El primer instrumento que la naturaleza les ha otorgado para su conservación es la adaptación y el amor a sí mismos”.

⁷ *Et. Nic.*, IX, 4, 1166a10-15.

⁸ Se pregunta en el *Eclesiástico* XIV, 15 si el que es malo consigo mismo puede ser bueno con el otro: *qui sibi nequam est, cui bonus erit?* Nadie puede amar al prójimo sino se ama a sí mismo.

⁹ *S. Th.*, I, II, q. 94, a. 2 resp. Véase ARISTÓTELES, *De anima*, II, 2 en adelante, 413a10 y ss., que avanzó en la definición del alma sus diversas partes o potencias (nutritiva, sensitiva, discursiva), que se corresponden con las inclinaciones señaladas por el Aquinate. También lo hizo CICERÓN, *De officiis*, *op. cit.*, I, 4, 11 y ss. Cf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia libri Aristotelem De Anima*, libro II, lect. II en adelante, p. 153 y ss.

Esta inclinación a conservar la vida es una tendencia natural de los hombres, que comparten con los otros vivientes; es decir, la autoconservación está mandada por la ley de la naturaleza que, a su vez, está anclada en la ley eterna. Sin embargo, el hombre, por naturaleza, vive en sociedad (la conservación de la especie es una segunda tendencia natural a los hombres); en la sociedad, cada hombre es parte y no el todo, de modo que se debe compatibilizar la conservación de uno mismo con las exigencias del bien común¹⁰, porque no debe perderse de vista que este fin de la comunidad política es el que abre la realización de la tercera inclinación de la naturaleza humana: la amistad, el conocimiento de la verdad, etcétera.

Se entiende, entonces, que, en la escolástica, no es una cuestión abstracta del predominio de una tendencia sobre otra, haciendo de la autoconservación el principio absoluto de la existencia; se trata, antes bien, de un asunto de prudencia, tanto política como personal, que fuerza una casuística en la que deben ponderarse circunstancias diferentes. Porque, en todo caso, el bien común es la ley suprema de la vida política y la justicia legal, que es la tarea del legislador, ordena a él: dirigir a los ciudadanos al bien común por medio de la ley. En tanto y en cuanto por sobre el bien común y la ley se ponen las libertades o derechos personales, la perspectiva cambia y con ella las soluciones¹¹.

LA AUTOCONSERVACIÓN EN LA MODERNIDAD: PRESENTACIÓN

5. Los modernos, en cambio, tienden a poner ese impulso básico de la naturaleza como el fundamental y a erigirlo en la exclusiva o determinante inclinación en la que se apoya la construcción consensual del Estado, asignándole convencionalmente un fin: proteger la existencia humana, como si se dijera: preservar al ser humano que busca su autopreservación. Un caso ejemplar: Samuel Pufendorf comienza su análisis de la sociedad a partir del amor propio, que dice está tan arraigado en el interior del hombre que solo puede ser canalizado para obtener la estabilidad social mediante el intercambio. Por lo tanto, si el fundamento u origen de la sociedad y el derecho están en el hombre, no puede ser otro que el individualismo del interés propio, la autopreservación, el autointerés¹².

¹⁰ Annabel S. BRETT, *Changes of state. Nature and the limits of the city in early modern natural law*, p. 162 ss., presenta la discusión de si la ley civil puede ordenar la pena de muerte.

¹¹ *Op. cit.*, p. 166 ss.

¹² Samuel PUFENDORF, *De officio hominis et civi*, I, V, I, p. 69: "Love of himself be so deeply fix'd in the Mind of Man, as to put him always under a Sollicitous Care of Himself, and upon Endeavours by all means to procure his own Advantage".

Conservar la vida, entonces, se convierte en el soporte primario de todas las libertades y derechos. Solo es autónomo o libre el hombre vivo, capaz de conservarse a sí mismo. La autoconservación es la primera ley de la naturaleza, de la que resulta la propiedad de cada uno sobre la propia persona, pues autoposesión y autopreservación son dos caras de una misma moneda. El filósofo escocés Gershom Carmichael a comienzos del siglo XVIII sostuvo –en línea Samuel Pufendorf– que el principio que sirve de fundamento a los deberes para con uno mismo es que “cada hombre debe perseguir su propio interés sin dañar a los demás”¹³.

Se tiene aquí las palabras mágicas que harán eco en el liberalismo y el constitucionalismo, por ejemplo, en esa máxima, que reza que los derechos de cada uno terminan donde comienzan los derechos de lo demás¹⁴, porque según el célebre John S. Mill, las libertades y derechos son como el escudo de la autconservación:

“El hombre no tiene más seguridad contra el mal obrar de sus semejantes que la protección de sí mismo por sí mismo: en su lucha con la naturaleza su única probabilidad de triunfo consiste en la confianza en sí propio, contando con los esfuerzos de que sea capaz, ya aislado, ya asociado, antes que con los ajenos”¹⁵.

*EL ARGUMENTO DE CARNÉADES:
EL SENTIDO MODERNO DE LA AUTOCONSERVACIÓN*

6. Cabe preguntarse: ¿qué nexos hay entre el concepto estoico de la autoconservación y el moderno? ¿Qué hay de común entre la idea de autoconservación y la potenciación del interés propio o personal de Nicolás Maquiavelo, Francesco Guicciardini, Justus Lipsius, Michel de Montaigne y otros? ¿No hay acaso diferencias entre Cicerón y santo Tomás de Aquino, por una parte, y Thomas Hobbes y John Locke, por la otra? Richard Tuck respondería que media, entre ambos polos, la lectura de Tácito, pues el tacitismo –al menos como lo expuso Justus Lipsius– equipara interés personal y autoconservación¹⁶.

¹³ Gershom CARMICHAEL, “Supplements and observations upon Samuel Pufendorf’s *On the duty of man and citizen according to the law of nature*”, p. 51.

¹⁴ El constitucionalismo parte del principio según el cual los hombres han de ser libres “para obrar según sus opiniones, para llevarlas a la práctica en sus vidas, sin impedimento físico o moral por parte de sus semejantes, en tanto lo hagan a sus propios riesgos y peligros. Esta última condición es, naturalmente, indispensable”, afirmaba John Stuart MILL, *Sobre la libertad*, p. 125.

¹⁵ John Stuart MILL, *Del gobierno representativo*, p. 35.

¹⁶ Richard TUCK, *Philosophy and government 1572-1651*, p. 62 y del mismo: “Scepticism and toleration in the seventeenth century”, pp. 24-25.

El epicureísmo –Tácito era un epicúreo– negaba que por naturaleza hubiera virtud y justicia; eran nada más que una convención social para alcanzar los propósitos de esa sociedad¹⁷. En cuanto al individuo, el acto de justicia sirve a sus intereses y placeres personales. En este contexto se ubica a Carnéades de Cirene, defensor de la tesis de autoconservación de los individuos, conato común a todo animal; apologeta del egoísmo, que acompañaba la crítica de la justicia natural, sacudiendo las bases de la sociedad y cuestionando una moral basada en la voluntad de Dios¹⁸. Cicerón¹⁹ sopeaba ese argumento en torno a lo que podría llamarse la justicia internacional, la justicia de la expansión imperial de la república romana, que Carnéades [en el diálogo ciceroniano: Filo] justificaría en el propio interés, el utilitarismo, en tanto Cicerón [Lelio] lo hará en la ley natural (justicia)²⁰.

El argumento de Carnéades será traído y llevado en los tiempos modernos para criticarlo, pero sin renunciar a él. Decía el de Cirene:

“Que los hombres habían establecido las leyes en función del criterio de la utilidad, es decir, que las leyes cambian según las costumbres y que se transforman constantemente entre ellos en función de las circunstancias, no existiendo ningún derecho natural; que todos los hombres y demás seres animados se mueven, en función de su interés, guiados por la naturaleza; consiguientemente, que no existe justicia alguna y que, si existe, consiste en la mayor necesidad, ya que, al preocuparse por el bienestar de los demás, los justos se perjudican a sí mismos”²¹.

El pasaje de Carnéades, ya en los primeros estertores de la Modernidad, abrirá la puerta a la consideración del interés propio y la autoconservación con un nuevo alcance. Por caso, Tomasso Campanella dirá de la autoconservación que es el bien primario de todas las cosas²²; esto es, reinterpretando un texto de Cicerón (*a natura datur se ut conservet*), convierte el bien de la naturaleza como un todo en un bien exclusivamente privado, una justificación de la autopreservación individual. Y lo mismo hará Thomas

¹⁷ Diógenes LAERCIO, *Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, libro X, pp. 150-152. Cf. Leo STRAUSS, *Natural right and history*, pp. 109-113 y Eric BROWN, “Politics and society”, pp. 191-196.

¹⁸ LACTANCIO, *Divinae institutiones* (c. 305), v, 16, 3.

¹⁹ Sobre Carnéades, la fuente es CICERÓN, *República*, III, quien refiere sus dos discursos en Roma. Cf. James E. G. ZETZEL, “Natural law and poetic justice: a Carneadean debate in Cicero and Virgil”, pp. 297-319.

²⁰ Benedict KINGSBURY & Benjamin STRAUMANN, “The state of nature and commercial sociability in early modern international legal thought”, pp. 23-25.

²¹ LACTANCIO, *op. cit.*, v, 13, 3.

²² Tomasso CAMPANELLA, *De sensu rerum et magia*, IV, XIII, p. 186: “Quoniam summum bonum est conservatio”.

Hobbes, como se verá. El concepto teleológico de la naturaleza se ha transformado en la justificación de una libertad individual entendida como poder²³.

Entiéndase bien: se ha trastocado el sentido original de la tendencia natural a la conservación de todas las cosas, volviéndolo en un derecho facultad a un bien primario, la propia vida; y, sobre esta nueva base, se construye el modelo de las relaciones morales, sociales, jurídicas y políticas, angostando el fin de la vida individual y comunitaria.

*EL GIRO POLÍTICO:
LA AUTOCONSERVACIÓN DEL ESTADO*

7. Desde el Renacimiento se percibe ya un creciente interés en la autoconservación como ley natural del movimiento de todos los organismos; no solo los animales y los individuos están sujetos a ella, también los principados y los reinos. Se lee así en Nicolás Maquiavelo, Juan Bodino o Justus Lipsius.

Tómese una idea de Justus Lipsius:

“En cuanto a mí –escribe–, debería ser de la opinión de que el Príncipe en asuntos desesperados siempre debe seguir lo que es más necesario que sea realizado, no lo que es honesto en el discurso. Entonces digo, que se aparten suavemente de las leyes, excepto que sea para su propia conservación, pero nunca para aumentar su patrimonio. Porque la necesidad, que es el verdadero defensor de la debilidad del hombre, quiebra todas las leyes. Y como dice el Poeta, no causa dolor quien lastima contra su voluntad”²⁴.

A la nueva reina de las relaciones humanas, en especial las políticas, se la ha dado el nombre de *necessità*, razón de Estado, soberanía y también autopreservación. El concepto permea el llamado humanismo cívico²⁵, y forma parte de la ideología moderna de los derechos del hombre, pues siempre el Estado es la última garantía de esos derechos: los declara o concede, tam-

²³ Louis DUPRÉ, *Passage to modernity. An essay on the hermeneutics of nature and culture*, p. 130.

²⁴ LIPSIVS, *Sixte bookes of politickes or civil doctrine*, IV, 14; *apud* JACOBS, *op. cit.*, p. 102; TUCK, *Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 57-58, apunta que el neoestocismo de Justus Lipsius se distingue del maquiavelismo porque aquel niega que la necesidad justifique el enriquecimiento del príncipe, mientras que Nicolás Maquiavelo no lo hace. Pero la diferencia es menor y hasta insignificante, mirando el fin o propósito de uno y otro.

²⁵ Annabel BRET, “Natural right and civil community: the civil philosophy of Hugo Grotius”, pp. 31-51, lo llama el idioma de la razón de Estado, que sobrevalora la conservación y se preocupa por la amenaza de disolución (p. 32).

bién protege; si el Estado desapareciera, se volvería a la vida natural en la que la autoconservación implicaría el derecho ilimitado a usar de todo medio para que cada uno se preserve, imponiéndose la enemistad y la guerra entre los hombres²⁶.

Argumentos similares, por ejemplo, reaparecen en la justificación del descubrimiento y conquista de América por los españoles²⁷. Entre los humanistas, el boloñés Virgilio Malvezzi fue enfático en ello. En 1629 publicó *Il Romulo*, en el que defiende a Rómulo del asesinato de Remo, afirmando:

“El interés manda en los cielos elevados y en las pobres chozas de los humildes pastores [...] Es la ética del mundo, extendiéndose incluso a los objetos materiales. Porque no sólo un hombre busca dominar a otros hombres, sino un elemento a otros elementos; y tan pronto como uno tiene esta intención, también lo hacen los demás, y el mundo termina con el mismo interés con el que comenzó”²⁸.

El texto no es inocente: perseguir el propio interés es no solo natural al hombre, todas las cosas lo hacen, ejerciendo el papel de una ley de atracción –mejor, de inercia, de movimiento incesante– por la que unas imitan a las otras. Es una inclinación física, pero también ética, inscrita en el universo, una ley universal. Es la regla del poder, es decir, del dominio. Se apreciará que no está lejos de la perspectiva hobbesiana, que abundó en la justificación fisicomatemática de esta inclinación.

8. Se dirá que no es suficiente. Valgan, pues, otras probanzas. En la obra de Jean-Louis Guez de Balzac, *Le Prince* (1631), enlazando estos conceptos, se dice:

“La necesidad divide a los hermanos y une a los extraños: vincula a los cristianos con los turcos contra los cristianos; excusa y justifica lo que se hace. La ley de Dios no ha abrogado las leyes naturales. La preservación del yo es el más antiguo de todos los deberes²⁹: en peligros extremos, uno no se preocupa por la propiedad, y uno no pecará si se defiende a sí mismo con la mano izquierda”³⁰.

Otro caso. El filósofo aristotélico Henning Arnisaeus, autor de *De Republica* (1636), sostuvo que el instituto natural que lleva a los hombres a

²⁶ Thomas HOBBS, *De cive*, I, 7, v. II, pp. 8-9; y en la “Epístola dedicatoria”, p. ii; Cf. Thomas HOBBS, *Leviathan*, I, XIII, v. III, p. 11 y ss.

²⁷ Richard TUCK, *The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant*, chapter 1-2.

²⁸ *Apud* TUCK, *Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

²⁹ En ediciones posteriores cambió este pasaje por el siguiente: “la preservación del yo es el más apremiante, sino el más legítimo de los deberes”.

³⁰ *Apud* TUCK, *Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 92-93.

vivir en sociedad es el de autoconservación. Que se dice fiel al Aristóteles de la *Política*, entendió que la entrada en la sociedad política pasa antes por la familia; y los orígenes de la familia no son la necesidad o la indigencia, sino el impulso de la naturaleza, que está en la base del deseo de autopreservación, que cree sugerido directamente por el estagirita. Sin embargo, siguiendo el fino estudio de Annabel Brett, habría de decirse que Henning Arnisaeus mezcló material del *De finibus* de Cicerón con otros de Aristóteles en la *Ética nicomaquea*, para dar a la autopreservación una potencia universal rectora de toda la naturaleza, como un amor natural de sí mismo (*philautia*) presente en todas las cosas. Por el amor natural de sí mismo, “son conducidas a su propia autopreservación, y a la eliminación de cualquier cosa que pueda interponerse en su camino”. Si la autodefensa de la ley romana se deriva de la ley natural, ha de ser porque:

“deseamos que nuestras propias cosas estén a salvo antes que las de los demás, y esto proviene del amor innato con el que perseguimos lo nuestro, aun si frecuentemente abusamos de él”³¹.

Es así como llegó a decirse que la doctrina de Thomas Hobbes³² respondía a un renacimiento del epicureísmo, de acuerdo con la denuncia del anglicano Robert Sharrer³³. Cuando en el discurso preliminar de *De iure belli* Hugo Grocio retoma la cuestión de Carnéades, lo hace para frenar el avance del escepticismo elaborando una nueva teoría de la ley natural³⁴ sobre el presupuesto de la autopreservación: existe en los hombres un *appetitus societatis* para vivir en paz³⁵, pero que responde –como se verá– al propio interés de los individuos. Entiende Hugo Grocio que hay una naturaleza humana superior a la de los animales, que lleva más allá de la autopreservación; el fundamento de la ley natural, por tanto, está en lo que los estoicos llamaban *oikeiosis*, que suele traducirse por familiaridad, lo opuesto al egoísmo. Esto explica, entre otras, la reacción de John Locke y tantos otros contra Carnéades, pero sin dejar de aceptar una inclinación natural al propio interés, la pasión por la autoconservación.

³¹ Henning ARNISAEUUS, *De republica*, lib. I, cap. 1, sect. 7. n. 4-5; *apud* BRETT, *Changes...*, *op. cit.*, p. 119.

³² HOBBS, *De Cive*, *op. cit.*, I, p. 5, escribió que lo que motiva a los hombres no es el amor al prójimo (*love of our Fellows*), sino la ventaja o ganancia (*gain*), la gloria (*glory*), el amor propio (*love of our selves*).

³³ Cf. Jon PARKIN, *Taming the Leviathan. The reception of the political and religious ideas of Thomas Hobbes in England 1640-1700*, pp. 134-135.

³⁴ Richard TUCK, “Carneades, Grotius and Hobbes”, pp. 43-60 y *Philosophy...*, *op. cit.*, pp. 55-56, 196-197. Véase la crítica a Richard Tuck de Thomas MAUTNER, “Grotius and the Sceptics”, pp. 577-601, a juicio de este artículo, no muy convincente.

³⁵ Hugo GROTIUS, *De jure belli ac pacis libri tres*, vol. I, pp. 79-81.

El principal argumento del neoepicureísmo –resumiendo– es el convencionalismo³⁶, que se encuentra en Thomas Hobbes, es cierto, pero también en muchos otros, de John Locke a François-Marie Voltaire³⁷. Parece que, en el siglo XVIII, el argumento de Carnéades sobre el convencionalismo se vuelve contra el iusnaturalismo racionalista³⁸, sin embargo, este está hipotecado ya por el mismo argumento del interés propio.

III. De la inclinación al bien humano a la facultad individual

9. Paralelamente, se produce una metamorfosis en el concepto de dominio de uno mismo o sobre sí mismo. Se verá brevemente.

EL ARISTOTELISMO

La clásica expresión, por aristotélica, según la cual el hombre es propietario de sus acciones u obras, responde a la racionalidad, de la cual proviene el dominio que el hombre tiene sobre sí, lo que no compete a los animales. ¿Qué significa este dominio?³⁹

La propiedad o el dominio de las propias acciones consiste en ordenarlas por la razón y la voluntad⁴⁰, es decir, el conocimiento y la volición de un fin en aras del cual se ordenan esos actos. Por lo tanto, ser dueño de las propias acciones y actuar conforme al fin, en esta tradición son lo mismo; y no otra cosa define la libertad humana. En este sentido, santo Tomás de Aquino argumentó que el intelecto es la causa de la libertad humana, no obstante que su agente principal es la voluntad⁴¹, pues la libre operación del intelecto, discerniendo lo bueno y lo malo en las cosas, es lo que permite a

³⁶ Cf. Catherine WILSON, *Epicureanism at the origins of Modernity*, en especial el capítulo 7: The social contract.

³⁷ VOLTAIRE, *Traité de métaphysique*, IX, exporté de Wikisource le 14 juin 2022, p. 225: “La virtud y el vicio, el bien y el mal moral son, por lo tanto, en todos los países lo que es útil o perjudicial para la sociedad; y, en todos los lugares y en todos los tiempos, el que más se sacrifica por el público, será llamado el más virtuoso. Parece, por tanto, que las buenas acciones no son otra cosa que acciones de las que nos beneficiamos, y crímenes los que nos son contrarios. La virtud es el hábito de hacer aquellas cosas que agradan a los hombres, y vicio el hábito de hacer cosas que les desagradan”.

³⁸ Alexander SCHMIDT, “Unsociable sociability and the crisis of natural law: Michael Hissmann (1752-1784) on the state of nature”, p. 631 ss.

³⁹ Se sigue el estudio de BRETT, *Changes...*, *op. cit.*, pp. 21-22 y todo el capítulo 2.

⁴⁰ *S. Th.*, I, II, q. 1, a. 1.

⁴¹ *Op. cit.*, q. 17, a. 1 ad 2.

la voluntad el acto de la elección, del libre albedrío –*liberum arbitrium*– y hace que el ser humano se dirija desde la moral al fin debido. Tal es la operación de la libertad humana⁴².

Y tal la diferencia entre el hombre y el animal. Este último no actúa por elección o de forma libre porque es llevado por su instinto natural, y en propiedad no utiliza nada porque no puede aplicar una cosa para conseguir otra. Aunque el animal tiene cierto juicio, no es el juicio libre de la razón que discurre en términos de lo bueno y lo malo; por eso su apetito desea sí o sí lo que su instinto reconoce como algo a perseguir o a evitar⁴³. El Aquinate aceptó, siguiendo el análisis de Aristóteles, que un animal (y un niño) actúa espontánea o voluntariamente –es decir, por un principio interno de su propia naturaleza– salvo que sea obligado por un principio externo, como la fuerza, que los escolásticos llamaron “lo violento”⁴⁴.

Es la doctrina clásica, por tradicional, del acto humano que fuerza a distinguir: las acciones espontáneas, los actos voluntarios, libres, que son llamados con toda propiedad actos humanos (*actiones humanae*), y que no deben confundirse con los actos buenos⁴⁵ ni con los simples actos humanos (*actiones hominis*), que, por involuntarios, los comparte el hombre con los animales⁴⁶.

10. De aquí que Domingo de Soto, tres siglos más tarde, sostuviera que no siempre un derecho sobre algo o alguien constituya un *dominium* pleno⁴⁷. Es importante detenerse en su argumentación.

Para él es cierto que todos los derechos –por ejemplo, el usufructo en una cosa– tienen su fundamento en la libertad humana, esto es, en el dominio de las acciones y, por eso, son extensiones del mismo principio jurídico, de lo justo, del que están excluidos los animales.

“El *dominium* principal –explica Annabel Brett– es la capacidad de dirigir las propias acciones hacia un fin, y la capacidad de usar otras cosas –para ordenar una cosa hacia otra– es una función inmediata de él. Debido a que el hombre tiene *dominium* de sus propias acciones, por lo tanto tiene

⁴² *S. Th.*, I, q. 83 a. 1; q. 82, a. 2 y 4.

⁴³ A lo largo de las primeras cuestiones de la *Prima secundae* de su *Summa*, santo Tomás desarrolló esta antítesis entre el albedrío humano y el de los animales. El uno es libre, el otro es necesario; el uno es moral, el otro no. Como consecuencia, los seres humanos tienen el dominio de otras cosas y en ocasiones otras personas, así como varios otros derechos –*ius*– sobre las cosas y las personas, pero no los animales.

⁴⁴ Lo voluntario como opuesto a lo violento: *Eth. Nic.*, III, 2, 1111b7-10; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In III Eth.*, lect. 4: hoc enim dicimus esse voluntarium quod quis sponte et proprio motu operatur. Cf. *S. Th.*, I, II, q. 6, a. 5.

⁴⁵ *S. Th.*, I, II, q. 6, a. 2.

⁴⁶ *Op. cit.*, q. 1, a. 1.

⁴⁷ Domingo DE SOTO, *De Iustitia et de Iure Libri Decem*, lib. IV, q. 1, a. 1.

dominium sobre todo lo demás. Los animales que no tienen *dominium* de sus propias acciones, no pueden tener *dominium* de otra cosa⁴⁸.

Hay ciertas cosas sobre las que el hombre tiene *dominium* natural. El hombre es naturalmente el propietario, en privado, de sus acciones y también de su honor y fama⁴⁹. Asimismo, tiene propiedad natural, en común, de todas las cosas de la Tierra –suelo, mares, peces, bestias, aves, etc.–. Este *dominium* es una consecuencia necesaria del simple hecho de su vida natural⁵⁰, porque necesita usar de ellas para mantenerse vivo⁵¹.

Por lo tanto, el *dominium* natural humano sobre las cosas del mundo es una función tanto de la necesidad como de la libertad, y ninguna de las dos es suficiente por sí misma. El dominico Domingo Soto insiste en este punto argumentando que otras criaturas racionales –tales como, los ángeles y los demonios– no tienen un *dominium* similar porque, aunque sean libres, es decir, tengan el *dominium* de sus acciones, no están encarnadas y, por lo tanto, no necesitan de las cosas⁵². El que los seres humanos tengan *dominium*, entonces, está en lo íntimo, vinculado a su naturaleza intelectual, a la capacidad de razonar y actuar hacia un fin.

Dominio es, entonces, un término análogo que se refiere:

- a) en sentido moral, al dominio de la naturaleza racional sobre sus propios actos, esto es, un dominio interior, espiritual, sobre sí mismo –se diría de la razón sobre la voluntad– y
- b) en sentido material, al dominio de la naturaleza racional sobre las cosas externas a ella, esto es, un dominio exterior –por caso, la propiedad de las cosas–.

En el primer caso el fin es la virtud; en el segundo, la subsistencia de su ser. En ambos queda expresada la libertad humana. Dado que el hombre –que es a imagen y semejanza de Dios– tiene dominio sobre sí mismo, tiene, también, dominio sobre las cosas creadas⁵³.

LA MUTACIÓN MODERNA

11. Richard Tuck ha trazado con bastante rigor la evolución de la concepción de derecho en el medievo, llegando a la conclusión de que, luego de la

⁴⁸ BRETT, *Changes...*, *op. cit.*, p. 39.

⁴⁹ SOTO, *op. cit.*, IV, q. 2, a. 3; q. 3, a. 1.

⁵⁰ *Op. cit.*, IV, q. 1, a. 1.

⁵¹ *Op. cit.*, q. 2, a. 1.

⁵² *Op. cit.*, q. 1, a. 2.

⁵³ Cf. *S. Th.*, II, II, q. 66, a. 1; q. 64, a. 1. Cf. ARISTÓTELES, *Política*, I, 8, 1256b15-20: todas las cosas fueron hechas por el bien del hombre.

disputa sobre la pobreza franciscana de los siglos XIII y XIV⁵⁴, continuando por la doctrina elaborada por Jean Gerson y prolongada por la escuela nominalista (Conrad Summenhart, John Major, Jacques Almain), se ha llegado a una teoría de los derechos naturales, que califica de radical por su potencial individualista, y que ha transformado el concepto de *dominium* en una *facultas* natural y no convencional, identificada con el *ius*.

“Si uno tiene propiedad sobre algo que de alguna manera usa, aunque sólo sea para el consumo personal y sin posibilidad de comerciarla –entiende Richard Tuck–, entonces cualquier intervención de un agente en el mundo exterior es el ejercicio de un derecho de propiedad. Incluso la propia libertad, que sin duda se emplea para hacer cosas en el mundo material, cuenta como propiedad, con la consecuencia de que, si las circunstancias legales son correctas, podría ser comercializada como cualquier otra propiedad”⁵⁵.

Entiéndase bien. Afirmar la libertad como una propiedad de la persona tiene dos implicancias: por una parte, la posibilidad de alienarla voluntariamente, convirtiéndose en esclavo, por ejemplo, lo que será materia de discusión entre los pensadores modernos; por la otra, subyacente a la anterior, está la ampliación de la propiedad (ya no del *dominium*) a la propia persona, anticipando la idea de la autoposesión o autopropiedad. Y esto también en sentido político, que conlleva dos conclusiones: la comunidad política como propietaria de sí (de su poder, es decir, soberana) y la libertad de las personas de alienar ese poder originario, como se verá en Suárez y, tras él, en Hugo Grocio, Baruch Spinoza, Thomas Hobbes, John Locke, Immanuel Kant, etc. No es para nada extraño que ambas consecuencias formen parte del esquema intelectual del convencionalismo.

Respecto del poder darse o venderse en esclavitud, Silvestro Mazzolini⁵⁶, siguiendo a Jean Gerson, entiende la libertad como una propiedad, por eso afirmó que el hombre era libre de hacerlo. Pero los escolásticos españoles negaron ese derecho (*ius* no es un *dominium*), si bien lo admitieron solo en caso de extrema necesidad, cuando la preservación de la vida lo exigiese⁵⁷. Sin embargo, Fernando Vázquez de Menchaca, al igual que Jean Ger-

⁵⁴ Mucho se ha escrito sobre ella, pero véase la síntesis en Juan Fernando SEGOVIA, “La economía católica antes de la Doctrina Social de la Iglesia. De la economía sierva a la economía reina”, pp. 97-99.

⁵⁵ Richard TUCK, *Natural rights theories. Their origin and*, p. 29. En la traducción se ha cambiado el tiempo verbal pasado en presente.

⁵⁶ Silvestro MAZZOLINI DA PRIERIO, *Summa Summarum quae Silvestrina nuncupatur*

⁵⁷ TUCK, *Natural...*, *op. cit.*, p. 49, recoge lo que Francisco de Vitoria escribió: “licet non bene libertas pro toto vendatur auro, licite tamen venditur pro vita quae praestantior est omni auro”. Bien dice Richard Tuck que es una teoría de los derechos no subjetivista, preocupada

son, identificará *ius* y *dominium*: el *ius* es una *facultas* natural que permite hacer algo que no está prohibido por la ley; la *libertas* es también una *facultas* natural que permite hacer algo salvo que esté *prohibido* por la ley o que no le sea permitido, por caso por el uso la fuerza. El *dominium* es, por tanto, una *facultas* de este *último* tipo, una *libertas*⁵⁸. Las consecuencias son bien claras: se puede tener dominio (propiedad) sobre otras personas, como los padres sobre sus hijos⁵⁹.

12. Leonardo Lessius primero y Luis de Molina⁶⁰ más tarde insistirán en la exposición del *ius* como una *potestas* o *facultas* de quien tiene libertad. El hombre no solo es *dominus* sobre las cosas exteriores, es *dominus* de su libertad y puede darse en esclavitud, pues la ley natural le permite alienarla. Richard Tuck saca las consecuencias: la de Luis de Molina

“es una teoría que implicaba una imagen del hombre como ser libre e independiente, tomando sus propias decisiones y estando sujeto a ellas, en materias que hacen tanto con su bienestar físico como espiritual”⁶¹.

La tesis de Luis de Molina será aprovechada por Francisco Suárez, quien intentó una suerte de acomodo entre molinismo y tomismo. Si bien –por la contingencia de todas las criaturas– la libertad humana no se equipara a la libertad divina, el ser humano puede ser libre en sus actos particulares. De aquí el concepto de *ius* que adopta en el *De Legibus* (1612): una facultad moral que el hombre tiene sobre las cosas que posee o le son debidas, esto es, derecho sobre una cosa (*ius in rem*) o a una cosa (*ius ad rem*). Tal el objeto de la justicia⁶².

Esto significa que bajo el derecho natural los hombres tienen dominio (propiedad) sobre diversas cosas, incluida su libertad. Francisco Suárez cree

más por el bien del hombre que por su libertad. La frase (la libertad es un bien que no se vende por oro) se hizo famosa a partir de *El Quijote de la Mancha*, pues Miguel de Cervantes la reproduce en el prólogo del libro I, atribuyéndosela a Horacio.

⁵⁸ Fernando VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum Illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, p. 48v. Sobre Fernando Vázquez, véase Annabel S. BRETT, *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic thought*, pp. 165-204 y FRANCISCO CARPINTERO BENÍTEZ, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*.

⁵⁹ TUCK, *Natural...*, *op. cit.*, pp. 50-52, cree que el debate entre la escuela dominica y la jesuita se suscita por la doctrina de los primeros, especialmente expuesta por Domingo Báñez, sobre la premoción física divina, que a juicio de los segundos los convertía en cripto calvinistas respecto de la gracia, lo que lleva a los jesuitas a exponer la doctrina de libertad de la voluntad, razón por la cual se los acusaba de pseudopelagianos. Sobre el particular, véase Théodore DE RÉGNON, *Bannésianisme et Molinisme*.

⁶⁰ Luis DE MOLINA, *De iustitia et iure*.

⁶¹ TUCK, *Natural...*, *op. cit.*, p. 54.

⁶² Francisco SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*.

que esta conclusión no se riñe con la de santo Tomás. Entonces, como la naturaleza (bajo la ley natural) ha dado al hombre la libertad y el dominio sobre su libertad, puede venderla o alienarla. Y esto dicho tanto del individuo como de la comunidad política: puede transferir el dominio sobre su libertad a un *dominus*.

El dominio de uno mismo se ha transformado de una condición moral de la persona en un derecho que es propiedad sobre sí misma. En consecuencia, el dominio sobre uno mismo se convierte en una facultad o derecho subjetivo, en la libertad que el hombre posee como propietario de sí y de ella⁶³.

IV. Autoconservación y dominio de uno mismo en la Modernidad

Habrà que detenerse ahora en tratar de comprender cómo la autopreservación y la autoposesión cristalizan en el siglo XVII al fundar los derechos humanos. Se considerarán cuatro intelectuales fundamentales de la Ilustración: el holandés Hugo Grocio, el portugués-holandés Baruch Spinoza y los ingleses Thomas Hobbes y John Locke.

HUGO GROCIO (1583-1645)

13. En una de sus primeras obras, *De indis* (1604-1605), más tarde conocida como *De iure praedae*, recurre a la enseñanza de Cicerón, quien –dice– entendía que todas las cosas en la naturaleza tienden suavemente a sí mismas y buscan su propia felicidad y seguridad⁶⁴. El amor de sí es un impulso natural en el que se fundan los deberes para consigo mismo en razón de justicia, por eso su máxima: “el mayor interés del hombre justo es para consigo mismo”⁶⁵. En consecuencia, el hombre tiene por la ley de la naturaleza el derecho a defenderse de quien quiera causarle daño (autodefensa) y el de adquirir y conservar para sí las cosas que necesita para la vida (autoconservación).

La preservación de la propia vida –resultante del amor de sí– conduce, como había dicho Séneca, a la vida en común⁶⁶, porque, colige Hugo

⁶³ No se puede aquí continuar la historia, pero véase Annabel BRETT, “Human freedom and Jesuit moral theology”, pp. 9-26.

⁶⁴ Hugo GROTIUS, *De iure praedae commentarius*, vol. II, p. 21.

⁶⁵ *Op. cit.*, p. 22: the just man’s highest concern is for himself.

⁶⁶ SENECA, *op. cit.*, libro V, epístola 48, 2-3.

Grocio, la naturaleza ha impreso en el hombre el instinto de autopreservación, por el cual todo animal ama su condición y lo que en ella lo conserva, al igual que repele lo que la amenaza. Por eso el hombre considera injusto lo que repugna a su naturaleza racional y social, como afirmará más adelante⁶⁷.

La del jurista neerlandés es una aplicación moderna de la *oikeiosis* estoica⁶⁸. Según Christopher Brooke, lo firme en el argumento de dicho autor es esa inclinación a la autoconservación como fin de los individuos, sin que se presente ningún bien supremo o superior, anticipando lo que más adelante propondrán Thomas Hobbes y Baruch Spinoza⁶⁹. Esto es: a partir de Hugo Grocio el fin de la sociedad civil es facilitar la autopreservación de los individuos.

La refutación que a medias hace de Carnéades –el argumento escéptico contrario a la universalidad de la ley natural–, instala en esa ley de la naturaleza la idea de que todo derecho nace del egoísmo, que el impulso hacia el amor propio, el querer el propio bien, es la raíz de los derechos del hombre. Sin embargo, este filósofo entiende que es una tendencia hacia la sociedad, de la que nace el derecho (*ius*). En el prólogo de 1625 a la primera edición de *De Jure Belli ac Pacis*, dice que, si por naturaleza todo animal persigue su propio interés o utilidad, en el hombre se debe a un principio intrínseco, la razón, que lo lleva a conservarse a sí mismo en la vida social, fundando el derecho en el respeto mutuo de tal capacidad natural, esto es, la utilidad de los individuos o de los grupos⁷⁰.

En su planteo, el hombre naturalmente desea la sociedad; y la ley natural, a esa tendencia, le ha añadido la conveniencia (*utilitas*)⁷¹; de donde resulta que la unión en sociedad no proviene tanto de un mandato divino –impreso en la naturaleza– cuanto de la libre voluntad⁷² que se ve movida por la debilidad, el miedo, la vulnerabilidad, que impulsa el instinto básico de la autoconservación.

⁶⁷ GROTIUS, *De jure...*, *op. cit.*, I, II, 1, vol. I, pp. 180-182.

⁶⁸ Reinhard BRANDT, “Self-consciousness and self-care: on the tradition of *Oikeiōsis* in the Modern age”, pp. 73-92. Un punto de vista más amplio, conectado a la felicidad y el egoísmo, se trata en David WOOTTON, *Power, pleasure, and profit. Insatiable appetites from Machiavelli to Madison*, chapters 3-4.

⁶⁹ Christopher BROOKE, “Grotius, stoicism, and *oikeiōsis*”, p. 42: “Por un lado, siempre se espera que los seres humanos persigan los bienes que hacen a la autoconservación, mientras que, por el otro, no se reconoce en particular ningún *summum bonum*, y tampoco se considera que la ausencia de éste arruine el proyecto de establecer reglas adecuadas para gobernar el razonamiento práctico”.

⁷⁰ GROTIUS, *De jure belli...*, *op. cit.*, vol. III, pp. 1747-1748.

⁷¹ En inglés: *expediency*. *op. cit.*, prol. § 6-7, 16.

⁷² GROTIUS, *De jure belli...*, *op. cit.*, I, IV, 7.

En este sentido, recurre al mismo método que el de aquellos que lo seguirán: anclar la obligación política en una psicología las pasiones que expresan las tendencias irreductibles de la naturaleza humana, al mismo tiempo que el propio interés individual. Afirma Victoria Kahn:

“el propósito era unir el apetito al cálculo racional, y así apuntalar la obligación de la ley natural con la apelación al legítimo interés propio. El consentimiento fue representado como el consentimiento a las propias pasiones; y las partes del contrato se presentaban como voluntariamente ligadas a sí mismas, tanto como voluntariamente sometidas a la coerción externa del Estado”⁷³.

Hasta Hugo Grotius el argumento de la autodefensa había sido usado como elemento determinante de la obligación política, pero con él cobra un nuevo giro porque, si la persona tiene propiedad sobre sí misma, las relaciones con los otros serán contractuales, ya en lo económico, ya en lo político, en razón de su autoconservación⁷⁴; pues en ambos casos son constricciones legítimas en tanto voluntarias.

BARUCH SPINOZA
(1632-1677)

14. En su libro capital, la *Ética*, el método geométrico⁷⁵ es el instrumento competente para fusionar, en una sola la naturaleza, la física y la psicológica, que en el hombre se traduce en la estrecha unidad de cuerpo y alma o mente⁷⁶, que permite el paso de una concepción puramente física del *conatus* a otra moral, expresada en virtudes y deseos, esto es, fundarlo en la razón por sobre la mera sobrevivencia⁷⁷. Así, afirma: “Cada cosa, en cuanto está en ella, se esfuerza por perseverar en su ser”⁷⁸.

El conato con el que persevera en su ser es lo mismo que su esencia actual⁷⁹. Esta tendencia solo puede ser destruida por una causa externa⁸⁰. En

⁷³ Victoria Ann KAHN, *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*, p. 61. Esta autora apunta que es el argumento tomado de Cicerón sobre la moralidad del interés propio y la autoconservación, que se ha visto; pero se debería agregar que el argumento ciceroniano se ha torcido.

⁷⁴ GROTIUS, *De jure belli...*, *op. cit.*, I, III, 8, 1.

⁷⁵ Las citas provienen de Baruch SPINOZA, *Ethica ordine geometrico demonstrata*.

⁷⁶ El rechazo del dualismo cartesiano en la *Ética*, III, prop. 2, Esc.: “alma y cuerpo es una y la misma cosa, que es concebida ora bajo el atributo del pensamiento ora bajo el de la extensión”.

⁷⁷ JACOBS, *op. cit.*, pp. 250-251. El estudio que este autor hace de Baruch Spinoza es excelente y se sigue en el texto.

⁷⁸ Baruch SPINOZA, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, III, prop. 6.

⁷⁹ SPINOZA, *op. cit.*, prop. 7.

⁸⁰ *Op. cit.*, prop. 4.

este punto concluye la explicación física del conato: la esencia de la cosa es indefinida y se conserva mientras tenga el poder de controlar las fuerzas externas⁸¹. La física ley galileana de la inercia se ha convertido en una ley universal de todo cuerpo. Pero en la consideración de los distintos tipos de poder se opera el paso de la argumentación física a la psicológica.

Quien mejor lo ha presentado es Yirmiyahu Yovel⁸², quien descubre dos clases de *conatus* en la *Ética*: uno es aquel por el cual, en razón de los poderes corporales o mentales, se tiende a la autoconservación; otro el que hace que la persona se exprese y mejore, esto es, el poder de la mente sobre su capacidad o esfuerzo, en la comprensión y la expresión⁸³. Dice Baruch Spinoza que la mente es consciente de su *conatus* porque posee una idea de su cuerpo; no obstante, hay ciertas luchas que se operan solo en la mente y que se refieren a la voluntad⁸⁴, voluntad que es una y la misma cosa con el deseo⁸⁵ y con el entendimiento⁸⁶.

Esta especificación del conato mental y de la unidad de mente y cuerpo es fundamental para comprender correctamente a este filósofo. Cuando se dice que los esfuerzos (conatos) son el resultado de la mente y el cuerpo que trabajan al unísono, no se está diciendo que sea indicativo de una voluntad de conservarse, sino, más bien, de un apetito, que se origina en la forma más elemental de la autopreservación del cuerpo⁸⁷. Es por esto que las cosas son buenas o malas. No lo son porque en sí lo sean, sino porque son el objeto de la tendencia, apetito, voluntad o deseo⁸⁸. Las pasiones y las emociones (placer, dolor, deseo) constituyen las reacciones mentales a las percepciones del poder de autoconservación; y, dado que el deseo de autoconservación es lo mismo que la esencia del sujeto, se dice que la mente siempre se esfuerza por pensar en aquellas cosas que aumentan el poder de actividad del cuerpo⁸⁹.

Si la virtud consiste en seguir la naturaleza, seguir la naturaleza consiste en acompañar el esfuerzo natural (*conatus*) por la autopreservación⁹⁰. Las

⁸¹ SPINOZA, *op. cit.*, prop. 8.

⁸² Yirmiyahu YOVEL, "Transcending mere survival: from *conatus* to *conatus intelligendi*", pp. 45-61.

⁸³ Genevieve LLOYD, *Part of nature. Self-knowledge in Spinoza's "Ethics"*, p. 98.

⁸⁴ SPINOZA, *op. cit.*, III, prop. 9, Demostración y Escolio.

⁸⁵ *Op. cit.* esc.

⁸⁶ *Op. cit.*, II, prop. 49, cor.

⁸⁷ *Op. cit.*, III, prop. 9, esc.

⁸⁸ *Op. cit.*, IV, def. 1 y 2: "Por bien entenderé aquello que sabemos con certeza que nos es útil". Y "Por mal, en cambio, lo que sabemos con certeza que nos impide poseer algún bien".

⁸⁹ *Op. cit.*, III, prop. 12.

⁹⁰ *Op. cit.*, IV, prop. 22.

pasiones que se sienten (placer o dolor) dirán si se actúa bien o mal en vista de la propia conservación. Luego:

“la virtud es la potencia humana misma, que se define por la sola esencia del hombre, esto es, que se define por el solo esfuerzo con que el hombre se esfuerza por perseverar en su ser. Luego, cuanto más se esfuerza cada cual por conservar su ser y puede conservarlo, tanto más dotado de virtud está”⁹¹.

Y también:

“obrar absolutamente por virtud no es en nosotros nada más que obrar, vivir y conservar su ser (estos tres términos significan lo mismo) bajo la guía de la razón, teniendo por fundamento la búsqueda de la propia utilidad”⁹².

15. Se ha recorrido el trabajo de Baruch Spinoza, para hacer de la autoconservación un instinto moral que fundamenta la libertad humana, consistente en preservar la propia existencia. La vida, toda la vida –individual y social, moral y jurídica, política y económica– han encontrado un nuevo fundamento, fundamento tan profundo que se confunde con la misma esencia humana.

A esta altura, no puede sorprender que Pierre Gassendi, el sacerdote y pensador francés, escribiera –en obra póstuma publicada en 1658– que el hombre, para poder existir, tiene de la naturaleza:

“la facultad de mantenerse y preservarse a sí mismo; y de usar todas las cosas que son necesarias, propicias y útiles para esta preservación. Puede decirse, además, que en esta misma facultad consiste el primer derecho de la naturaleza; en consecuencia, [este] derecho de la naturaleza es primario [y] nada más antiguo es dado por la naturaleza”⁹³.

Lo que Pierre Gassendi resalta es fundamental: no se trata solamente de una inclinación de la naturaleza a conservar la propia existencia, como en los estoicos; es mucho más que eso, es un derecho natural, es el primer derecho, el derecho de los derechos, en el que se sostienen todos los demás derechos humanos. La autoconservación, de tendencia natural, se ha hecho un derecho natural.

⁹¹ SPINOZA, *op. cit.*, prop. 20.

⁹² *Op. cit.*, prop. 24.

⁹³ Pierre GASSENDI, *Syntagma philosophicum*, apud Lisa T. SARASOHN, “The ethical and political philosophy of Pierre Gassendi”, p. 245. Los individuos, agrega Pierre Gassendi, entran en sociedad mediante un pacto cuyo fin es la preservación de la vida. *op. cit.*, pp. 248-249. Es el presupuesto del convencionalismo moderno: los hombres por naturaleza libres e iguales solo pueden vivir en común en sociedades nacidas de su voluntad expresada en un pacto.

THOMAS HOBBS
(1588-1679)

16. No es para nada extraño que los cartesianos sacaran esta conclusión del dualismo de cuerpo y espíritu. Ya el P. Fabro demostró que el cartesianismo podía tender tanto al idealismo como al materialismo.

Ahora bien, porque ya no sorprenda no deja de ser una extraña manera de fundar la moral y la sociedad política en la piedra del egoísmo, de la utilidad, del interés personal. La concepción se remonta entonces al siglo XVII, alcanzando su máxima expresión en la filosofía de Thomas Hobbes. Carnéades ha renacido como ave fénix en la obra del filósofo inglés. Según su teoría:

“el mayor de los bienes para cada uno es su propia preservación. Porque la naturaleza ha dispuesto que todos deseen el bien para sí mismos. En la medida en que esté dentro de sus capacidades, es necesario desear la vida, la salud y, en la medida en que se pueda, la seguridad del futuro”.

En consecuencia, es matemáticamente lógico que, a continuación, diga: “la muerte es el mayor de todos los males...”⁹⁴.

Explicando el funcionamiento de este mecanismo –conservar la vida, huir de la muerte–, tomó de Galileo Galilei y René Descartes la nueva física mecánica⁹⁵. Las bases de esta son muy simples: por un lado, se ha expulsado la causa final del movimiento de los cuerpos –el término *ad quem*–, haciendo del movimiento algo continuo (la mencionada ley de la inercia del movimiento) y, por otro, se atribuye el movimiento no a algo exterior al cuerpo –como hiciera Aristóteles y la física clásica– sino a una potencia intrínseca a los cuerpos, llamada *conatus*, que el pensador tradujo al inglés como *endeavour*, es decir, esfuerzo, empeño, el comienzo interno del movimiento animal⁹⁶. Es por esta virtud o potencia que se pueden vencer las resistencias exteriores.

La causa o razón del movimiento del móvil es indiferente desde que puede imaginarse racionalmente, y adjuntarse, de forma matemática, al cuerpo. Puede, incluso, convertirse en una “fuerza mecánica”, como en Pierre Gassen-

⁹⁴ Thomas HOBBS, *De homine*, XI, 6, pp. 48-49.

⁹⁵ Véase Alexandre KOYRÉ, *Études galiléennes*. No se entra en la discusión de si el modelo físico en Thomas Hobbes es posterior a su teoría moral y política, como cree Leo Strauss; tampoco en la disputa de si tal modelo Thomas Hobbes lo tomó de Galileo Galilei o de René Descartes. Cf. Thomas A. SPRAGENS, Jr., *The politics of motion. The world of Thomas Hobbes* y Michel VERDON, “On the laws of physical and human nature: Hobbes’ physical and social cosmologies”, pp. 653-663.

⁹⁶ Thomas HOBBS, *Tripos I: Human nature*, VII, 2; vol. IV, p. 31.

di⁹⁷; es decir, una fuerza del mecanismo. Todo mecanismo se compone de fuerzas que se mueven y el movimiento explica el movimiento, es la causa de su efecto; y el efecto, una vez producido, no necesita de su causa⁹⁸. Por lo tanto, todo cuerpo es capaz de conservar y preservar la continuidad de su propio movimiento, sea físico, sea mental⁹⁹.

La teoría del conato moral de Baruch Spinoza encuentra su paralelo en la física psicológica hobbesiana. Así lo sintetiza Justin Jacobs:

“Galileo, entonces, puede ser responsable de haber suministrado una de las afirmaciones más fundamentales de todo el pensamiento de Hobbes: que todos los cuerpos se esfuerzan por proteger y preservar la continuidad de sus movimientos de las amenazas externas. Esto impulsó efectivamente el modelo psicológico que Hobbes emplearía en su propio relato de los cuerpos humanos como de carácter inercial, con el deseo de la autopreservación y el interés propio, llegando a expresar la tendencia universal de todos los cuerpos a permanecer en un estado de movimiento”¹⁰⁰.

17. ¿Qué mantiene el movimiento de un ser humano?, ¿cuál es ese conato? En este filósofo el miedo a la muerte es una pasión (la única) que no puede ser engañada por la imaginación (es impermeable a la vanagloria, incluso), esto es, queda afuera del deseo mimético del género humano¹⁰¹. El miedo a la muerte no es un terror irracional sino una pasión racional o, me-

⁹⁷ KOYRÉ, *op. cit.*, apéndice, p. 298.

⁹⁸ Pierre GASSENDI, *De motu impresso a motore translato*, apud KOYRÉ, *op. cit.*, apéndice, p. 304, escribió: “nada impide que el motor esté separado, o incluso desaparezca, y que el movimiento recibido perdure. Pues no se requiere del motor para que, fuera del movimiento, transmita al móvil una fuerza que luego produjera el movimiento; es suficiente que produzca en el móvil un movimiento que pueda continuar sin él. Ahora bien, el movimiento puede hacerlo, pues tal es la propiedad de su naturaleza, con tal de que haya un objeto perdurable y de que nada en contra le suceda; tiene la facultad de perseverar sin la acción continua de su causa”.

⁹⁹ Tal como ha estudiado KOYRÉ, *op. cit.*, pp. 150-151: “Esta nueva concepción proclama al movimiento un *estado*, y al mismo tiempo que lo opone en forma absolutamente rígida al reposo, sitúa a ambos en el mismo plano ontológico. Implícitamente admite que el cuerpo –móvil o inmóvil– es totalmente *indiferente* frente a uno u otro de estos dos *estados* opuestos, y que el hecho de estar en uno o en otro no le afecta de ninguna manera; es decir, que ni uno ni otro de esos *estados* provoca en los cuerpos, del que son *estados*, modificación o cambio alguno, y, en otras palabras, que el paso de uno de estos *estados* al *estado* opuesto no se traduce, para el móvil, en *absolutamente nada*. Esa concepción implica, pues, que es imposible atribuir a un cuerpo dado el estado de reposo (o de movimiento) a no ser *con respecto a otro cuerpo* considerado en movimiento (o en reposo), y que uno u otro de esos dos *estados* puede ser atribuido a uno –u otro– de estos cuerpos de manera pura y completamente arbitraria. Así, el movimiento es concebido como estado; pero no un estado como los demás: es un *estado-relación*”.

¹⁰⁰ JACOBS, *op. cit.*, p. 134.

¹⁰¹ HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, I, XIII.

jor, como en su *Leviathan*: el miedo a la muerte es el origen de la razón¹⁰², es el comienzo de la sabiduría¹⁰³. Una vez hallado el impulso primario, es posible colegir que del temor a la muerte violenta se puede pasar a “un poder común al cual temer”¹⁰⁴. Así se expresa la obediencia al soberano, como garantía consensual de la autoconservación de cada individuo.

Para Thomas Hobbes –y todos los intérpretes están de acuerdo– la autoconservación es vital, pues es el impulso que nace del miedo a la muerte que persigue constantemente a los hombres en su condición natural; por lo mismo, es una potestad o instinto que no se pierde tras el pacto social, porque no puede privarse a los hombres de su pasión o tendencia vital¹⁰⁵. De aquí que haya ubicado esta libertad en el corazón de su sistema.

En su planteo mecanicista de la autoconservación prosigue el miedo a la muerte en el estado de naturaleza, también la invención de las leyes naturales y, al fin, el pacto que crea la sociedad, instituye al soberano y el temor a su castigo. De tal manera, la autoconservación deviene el instinto perdurable del hombre. El cambio respecto al discurso iusnaturalista o del derecho de los juristas anteriores a Thomas Hobbes es notable; ha hecho de la autoconservación la piedra angular del edificio del *Leviathan*. Afirma Victoria Kahn:

“El derecho natural es anterior a la ley natural; el argumento de la autoconservación es usado para inhabilitar el recurso de la casuística a la conciencia; y la autoridad del soberano triunfa sobre la autoridad independiente no solamente del *common law* sino además sobre la ley natural y los mandamientos divinos”¹⁰⁶.

La ley no obra con independencia del juicio subjetivo de los individuos guiado por su temor a la muerte; es este interés personal, la autopreservación, el que pone en juego a las leyes, el que las trae al ruedo (así, el derecho natural a conservar la vida precede a la ley natural, que es una deducción de aquel). Dios, la conciencia, la ley natural independiente de la humana razón, han sido eliminados como fundamento de la obligación de mantener la promesa de la obligación política (respetar la palabra, celebrar el contrato, cumplirlo); solo el soberano tiene poder para que los individuos sean obligados a mantener la promesa de respetar su obligación contractual¹⁰⁷.

¹⁰² HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, I, XV, XVI.

¹⁰³ *Op. cit.*, I, IV. Perversa comparación con la *Sabiduría* divina revelada: el temor a morir reemplaza el temor de Dios.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, I, XIII.

¹⁰⁵ STRAUSS, *op. cit.*, p. 181, insiste que para Thomas Hobbes no hay deberes absolutos o incondicionales, pues para él los deberes son vinculantes solo si no ponen en riesgo la autopreservación.

¹⁰⁶ KAHN, *op. cit.*, p. 155.

¹⁰⁷ HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, I, XIV. Ley y soberano se confunden, *op. cit.*, II, XXVI.

JOHN LOCKE
(1632-1704)

18. Para John Locke la autoconservación es también fundamental: la vida individual es imposible en el estado de naturaleza, pues se ve amenazada por los otros individuos, por lo que estos ya no pueden perseguir su propio interés. Si bien los comentaristas discuten sobre el lugar que la preservación individual ocupa en el esquema lockeano, hay un dato incontrovertible: él fue el primer contractualista en dotar a los individuos, en su condición natural, de un derecho ejecutivo de la ley natural que no es sino un derecho penal, punitivo, que castiga las infracciones a esa ley reflejada en los derechos naturales individuales, especialmente la propiedad privada: lo llama el derecho ejecutivo de la ley natural que se formula como el derecho natural a juzgar y condenar a los infractores¹⁰⁸.

Se verá cómo funda la autoconservación el cauto John Locke. La persona es conciencia de sí¹⁰⁹, de ella surge la noción de propiedad de sí mismo o de uno mismo, esto es: la autoposesión¹¹⁰, que es la raíz de la autoconservación¹¹¹ y también de la propiedad¹¹², porque todo lo que pueda unirse a la persona forma parte de ella¹¹³.

El “yo” es autoconciencia de sí, pero, además, según este filósofo, es el “yo” público, el yo que es persona para los otros, pues el “yo” es tanto la conciencia de sí mismo que tiene el ser consciente de sí como también el “yo” existente en el tiempo y que revela su identidad a través de la persistencia, la continuidad o la unidad de esa existencia. Toda persona es una experiencia siempre individual, la autoconciencia del propio interés. Luego, para el padre del liberalismo clásico, el “yo” es en sí mismo una propiedad; mejor dicho, el “yo” es propiedad, es la forma de la autoconciencia que se postula a sí misma como propietaria y gobernante del “yo”¹¹⁴.

La autonomía –que es fundamental en la justificación moderna de los derechos– en él se dice “autoposesión”. A partir de la autonomía, del hecho

¹⁰⁸ Juan Fernando SEGOVIA, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, p. 129 y ss.

¹⁰⁹ John LOCKE, *An essay concerning human understanding*, II, XXVII, vol. II, p. 47 ss.

¹¹⁰ John LOCKE, *Two treatises of government*, II, V, § 44: por el trabajo el hombre deviene dueño o señor de sí mismo, propietario de su propia persona y de sus acciones o trabajos: master of himself, and proprietor of his own person, and the actions or labour of it.

¹¹¹ LOCKE, *Two treatises...*, *op. cit.*, II, XV, § 172: He that is master of himself and his own life has a right, too, to the means of preserving it... El hombre es dueño de sí mismo y de su vida, teniendo también el derecho a poseer los medios que la preserven.

¹¹² La autopreservación es un derecho innato, natural (*op. cit.*, II, V, § 24), del que mana el derecho natural a la propiedad privada (*op. cit.*, II, V, § 27).

¹¹³ LOCKE, *An essay...*, *op. cit.*, II, XXVII, § 11, p. 57.

¹¹⁴ *Op. cit.*, § 25-27, pp. 67-70. Cf. SEGOVIA, *La ley...*, *op.*, pp. 125-128.

de que el ser y la libertad están separados de los demás –esto es: de que cada individuo se posee y la posee como una cosa exterior a él–, se sigue que cada individuo se basta a sí mismo, de donde se concluye que:

“los derechos humanos –tal cual afirma Lynn Hunt– dependen tanto del dominio de uno mismo como del reconocimiento de que todos los demás son igualmente dueños de sí mismos”¹¹⁵.

Pero hay más. Todo hombre tiene en sí mismo –en la autoconservación traducida en autoposesión– el fundamento de la propiedad privada: “man ... had still in himself the great foundation of property”¹¹⁶. Léase con atención: John Locke escribe *in* (en), no *over* (sobre), ni *of* (de); lo que quiere decir que él es su propietario, que tiene sobre sí un dominio como el de la propiedad privada. Por eso el hombre mismo es el fundamento de la propiedad privada, pues todo hombre es propietario de sí mismo, su dueño.

Fue este pensador quien más claramente expuso esta conexión, en el pasaje que se acaba de recordar: cada hombre es propietario de su persona, y nadie más que él tiene derecho sobre ella; el trabajo de su cuerpo y de sus manos son de su propiedad¹¹⁷. El trabajo, siendo mandato divino, es propiedad innegable del trabajador (“the unquestionable property of the labourer”), porque todo hombre tiene propiedad sobre su propia persona (“every man has a property in his own person”).

Asimismo, relaciona la tendencia natural a la autoconservación con la noción de propiedad de uno mismo sobre su persona, su libertad y su trabajo, extrayendo de estos conceptos la legitimidad de la propiedad privada de las cosas pertenecientes al mundo exterior. El ser humano ha sido creado para conservarse a sí mismo, por lo tanto, todo hombre tiene el derecho –de divina raigambre– a la vida, el bienestar, la libertad y la propiedad¹¹⁸. ¿Por qué? Pues, solo porque así lo quiere Dios o la Naturaleza, que no permitirán que el hombre se abandone a sí mismo, descuidando su autopreservación¹¹⁹. Por ello, en cumplimiento de este impulso natural a la autoconservación, el hombre, mediante el trabajo, mezcla su ser con el mundo natural, deviniendo así propietario de las cosas exteriores que ha creado o modificado con sus manos, quitándolas del dominio común original, y apropiándose las¹²⁰.

¹¹⁵ Lynn HUNT, *Inventing human rights. A history*, p. 28.

¹¹⁶ LOCKE, *Two treatises...*, *op. cit.*, II, V, § 44.

¹¹⁷ *Op. cit.*, II, IV, § 26: “every man has property in his own person. This no body has any right to but himself. The labour of his body, and the work of his hands, we may say, are properly his”.

¹¹⁸ *Op. cit.*, II, II, § 6.

¹¹⁹ *Op. cit.*, II, XIV, § 168.

¹²⁰ *Op. cit.*, II, V, § 28.

19. En contra de esta interpretación, se ha dicho que para el autor el hombre es propiedad de Dios, por lo que la propiedad de sí mismo solo destacaría la igualdad entre los hombres, los orígenes de la propiedad y los límites del Estado. Según John Locke todo hombre tiene, entonces, el derecho de control sobre la mente, el cuerpo y la vida propias; un autocontrol que expresa una posición antipaternalista, antimoralista y anticonsecuencialista. Todo hombre –diría– tiene el derecho de excluir a otros del uso de su cuerpo y de su trabajo, pero tal derecho no se fundaría en la autopropiedad, sino en la ley natural. Los derechos a la vida y a la libertad surgen del deber de cumplir con los deberes naturales, en especial con el deber de la autopreservación¹²¹.

Sin embargo, debe responderse que ser propiedad de Dios no quita que el hombre sea dueño de sí¹²². Porque Dios hizo libre al hombre, le concedió la propiedad de su persona y lo dotó del instinto al trabajo como mecanismo de dominio de su cuerpo y de su mente, de su libertad y sus derechos, de su trabajo y de lo que adquiera con su trabajo. Este pensador es el ejemplo acabado de ello. La ley natural –por otra parte– es una ley de derechos antes que de deberes, es la ley de los derechos naturales que se fundan en la autopreservación¹²³.

La autoconservación es la piedra de toque, una de esas piedras –casi la piedra angular–, de los derechos humanos. Por ella se dice “propietarios de nosotros mismos” y también “propietarios del mundo exterior”. Del plano psicológico y moral se pasa sin solución de continuidad al plano material y económico, pues, para este autor, antes de pactar la constitución del Estado, los hombres ya tienen “propiedad”, lo mismo que libertad e igualdad. Esto es, de la autopreservación, que funda el que cada hombre sea dueño de sí (autoposesión), deriva el derecho a la propiedad privada:

“La adquisición de cosas que ayudan al movimiento vital tiene un papel directo que desempeñar en el éxito del animal en la preservación de sí mismo”¹²⁴.

Conclusiones

20. Se ha llegado al núcleo del planteo, que se puede sintetizar en pocas palabras: la autoconservación es la primera ley de la naturaleza, de la que

¹²¹ Colin HEYDT, “Self-ownership and moral relations to self in early modern Britain”, pp. 222-242.

¹²² William T. BLUHM, Neil WINTFELD and Stuart H. TEGER, “Locke’s idea of God: rational truth or political myth?”, pp. 414-438.

¹²³ No se ha de repetir lo dicho ya en el libro SEGOVIA, *La ley...*, *op. cit.*

¹²⁴ JACOBS, *op. cit.*, p. 178.

resulta la propiedad sobre la propia persona como ser libre. La libertad es una propiedad del sujeto en tanto dueño de sí mismo. Y esta libertad de auto-posesión es ya una libertad negativa porque no requiere ni la autorrealización positiva ni postula el despliegue de alguna íntima esencia¹²⁵. Por eso la autoconservación es el derecho básico, el primer derecho de la naturaleza.

Se repite hasta la saciedad la idea de que los hombres son libres e iguales por naturaleza, libertad e igualdad, que es la feliz fórmula de la constitución original. Ser “libres e iguales por naturaleza”, fórmula que repiten las declaraciones de derechos, las constituciones y los políticos, los juristas, los moralistas, etc. De acuerdo con lo expuesto aquí, podría leerse de otra forma.

Todos los hombres gozan de la franquicia de la propia preservación; todos son dueños de sí; nadie es más que nadie; todos son libres iguales para hacer lo necesario a la conservación de la existencia propia. Si todos tienen dominio de sí, son todos libres para conservar su vida y ninguno es superior a otro. Por consiguiente, nadie tiene derecho o autoridad para regir ni para imponer absolutamente nada que no se consienta con libertad. La autoconservación, derecho natural de todo hombre, define una primitiva condición de no dominación: de la naturaleza no viene la autoridad, solo puede ser establecida por el consenso humano¹²⁶.

21. Sin embargo, a la hora de concluir, es necesario evitar confusiones, volver a las diferencias entre la concepción clásica de la autoconservación y la filosofía moderna.

Una cosa es la tendencia natural, la inclinación de la naturaleza hacia un fin que le es propio, y otra –muy distinta– es hacer de tal tendencia un derecho. Aquí está la diferencia entre la filosofía clásica y la moderna en cuanto a la autoconservación: la primera pone el acento en la naturaleza, en la segunda se acentúa la potestad o, bien, el hombre es conforme a su naturaleza (filosofía clásica) o, bien, el hombre se conforma al poder que tiene (filosofía moderna). En su concepción clásica, la inclinación natural a la autoconservación provenía de una observación que llevaba a indagar el alma humana; en la filosofía moderna la autopreservación consiste en la autoafirmación de la libertad y del querer humanos, nada más.

En la versión clásica, la autopreservación responde a la concepción teleológica de la naturaleza, lo que significa que es un fin natural, esto es, un bien;

¹²⁵ Duncan KELLY, *The propriety of liberty. Persons, passions and judgement in modern political thought*, p. 10.

¹²⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU, *Du contrat social ou principes de droit politique*, I, I, tome V, p. 98: “Mais l’ordre social est un droit sacré qui sert de base à tous les autres. Cependant ce droit ne vient point de la nature; il est donc fondé sur des conventions. Il s’agit de savoir quelles sont ces conventions”.

en la moderna, en cambio, negada toda teleología, la única inclinación que no es libre en el ser humano es la autopreservación, que tiene la fuerza de una causa eficiente¹²⁷. En el primer caso, se trata de una tendencia que va de lo físico y biológico (una propiedad de los vivientes) a lo moral (la natural inclinación al bien); en el segundo, es un imperativo vital (una necesidad o demanda física) que se convierte en poder (una capacidad individual, el movimiento) y luego en derecho (un atributo jurídico-político), porque este movimiento natural no debe ser impedido.

Cicerón expone con exactitud la enseñanza clásica respecto de la autoconservación:

“Aquellos –dijo– cuya doctrina sigo, sostienen que el animal, desde el momento en que nace (pues hay que comenzar por aquí), se siente unido a sí mismo e inclinado a su propia conservación y a amar su constitución orgánica y aquello que puede conservarla; por el contrario, aborrece su propia destrucción y todo lo que parece causarla. Y demuestran que es así porque los pequeñuelos, antes de experimentar placer o dolor, apetecen lo saludable y rechazan lo contrario, lo cual no ocurriría si no amaran su propia constitución y no temieran el aniquilamiento. Por otra parte, sería imposible que apetecieran algo, si no tuvieran conciencia de sí, y, en consecuencia, se amaran a sí mismos. De aquí debe comprenderse que el primer impulso viene del amor a sí mismo”¹²⁸.

Por eso Cicerón concluye que todo animal tiende a “la plena realización de su naturaleza”; pero siendo distintos los animales –el hombre es el animal racional, no un bruto–, cada uno tiene bienes supremos y fines últimos correspondientes a su especie¹²⁹.

En la filosofía moderna, en cambio, hay una notable metamorfosis: eliminada la teleología de la naturaleza, establecida la primacía del individuo respecto de sus fines (subjektivismo, individualismo, utilitarismo), la autopreservación puede ser tanto un instinto antisocial como también un impulso compatible con la sociabilidad (así, Hugo Grocio). En Jean-Jacques Rousseau la autoconservación (que suele expresarse como el *amour de soi*) es un instinto fundamental –moderado, en el estado de naturaleza, por la piedad o compasión–; afecto, tendencia o pasión que lleva a la constitución

¹²⁷ SPINOZA, *op. cit.*, sostiene en el apéndice del libro I que creer que el hombre o Dios (la naturaleza) actúan en vista de un fin es un prejuicio cuya falsedad probará (pp. 67-68) Luego, en el prólogo a la parte IV, afirma: “la denominada causa final no es sino el apetito humano, en cuanto que es considerado como principio o causa primaria de alguna cosa”, apetito que en realidad es “una causa eficiente, que es considerada como primera porque los hombres suelen ignorar las causas de sus apetitos”, p. 184.

¹²⁸ CICERÓN, *De finibus*, *op. cit.*, III, 5, 16.

¹²⁹ *Op. cit.*, V, 9, 25.

del Estado y que subsiste, incluso, en este, aunque parcialmente, dado que el soberano tiene derecho sobre la vida y la muerte de cada ciudadano¹³⁰.

22. Es necesario retomar la física moderna de la autoconservación para explicar cómo en ella se fundan los derechos humanos. La dirección del movimiento humano –se ha visto– no está determinada; el movimiento no tiene un fin natural o sobrenatural distinto de la vida misma. Su único propósito es la subsistencia. El movimiento es vida, es una radical tendencia a la auto-preservación, a vivir, y el vivir no es algo predeterminado por códigos morales, religiosos o jurídicos, es lo que cada individuo determina en su querer: cada uno vive como quiere o como puede.

Todo lo que sirva a la preservación de la vida, del movimiento, puede ser dirección de la tendencia. Se trata de un impulso, el movimiento de un ser viviente, porque el moverse manifiesta que ese ser está vivo. La necesidad de la autoconservación exige la libertad del movimiento y de toda otra que sirva a la preservación de sí y del movimiento, pues movimiento y vida son lo mismo. Todo bien se reduce a la conservación de sí mismo, a la autoconservación, al movimiento permanente.

Se puede ejemplificar con casos actuales de los derechos humanos. Si el cuerpo expresa la libertad como autoposición, la justicia debe acoger el derecho a hacer de él lo que quiera, desde el aborto¹³¹ hasta considerar al cuerpo como un objeto de mercado¹³². De aquí también la propiedad privada; pero si esta es un impedimento a la libertad de movimiento, debe aniquilarse o establecerse una distribución igualitaria. Si la moral es un obstáculo a la inclinación hacia la autoconservación, debe derogarse; cada uno tiene su propio código moral dictado por la preservación de sí mismo. Si la identidad es un estorbo a los deseos vitales, se tiene el derecho a cambiarla por otra u otras; es el personalismo modular¹³³. Si el sexo es un impedimento cultural al movimiento personal, porque traba el movimiento de los seres para perpetuarse o gozar, establézcase el género y su intercambiabilidad; si el matrimonio se ha vuelto una traba a la autonomía, debe legalizarse el divorcio y, más aún, la libertad de afectos y el derecho a la propia felicidad.

Todo lo que dificulte la autopercepción, el derecho a desplegar la libertad con la dirección que el individuo quiera, a elegir su propio plan de vida, a reconocerse y definirse tal como se desea, que no son sino expresiones

¹³⁰ ROUSSEAU, *op. cit.*, II, V.

¹³¹ Ellen Frankel PAUL & Jeffrey PAUL, "Self-ownership, abortion and infanticide", pp. 133-138; Paul A. ROTH, "Personhood, property rights, and the permissibility of abortion", pp. 163-191.

¹³² Peter HALEWOOD, "On commodification and self-ownership", pp. 131-162.

¹³³ Danilo CASTELLANO, *L'ordine politico-giuridico 'modulare' del personalismo contemporaneo*.

del movimiento de la autoconservación, debe ser liquidado y sustituido por aquello que la favorece.

Es más, en este derecho a vivir como cada uno quiere entender su vida, se ha de fundar todo derecho y el derecho que funda todos los derechos: “el derecho a tener derechos”¹³⁴. El derecho a tener derechos es una suerte de primaria libertad por la cual el hombre se da un mundo, lo construye según sus pretensiones para que le garantice su preservación, legitimando los movimientos que manan de sus básicas tendencias, especialmente la autoconservación. Nadie más puede hacerlo sino cada persona, dueña y señora de sí¹³⁵.

23. Pero hay que seguir profundizando, pues en lo hondo de la ideología de la autoconservación se encuentra una concepción materialista de la existencia, de la vida, del movimiento. Decir que los cuerpos se mueven por sí mismos lleva a desconocer la presencia de un primer motor inmóvil, esto es, negar la necesidad de un Dios creador; de aquí que la autoconservación conduzca al ateísmo y todo lo que ello implica en cuanto a los derechos humanos¹³⁶.

Además, cuando se afirma que el movimiento carece de un *terminus ad quem*, de un fin distinto del movimiento mismo, se ratifica la subjetividad de los fines y su relatividad en términos morales y jurídico-políticos. Se ha anulado la causa final en beneficio de la causa eficiente. El único fin válido universalmente es el movimiento en sí mismo, ante el cual deben rendirse las normas legales y también las morales¹³⁷.

La felicidad del hombre se deposita en el movimiento mismo, en el andar sin término, con el propósito exclusivo de vivir, continuar existiendo. Mientras la filosofía clásica, por aristotélica, entiende que la felicidad consiste en el reposo en el fin logrado; para la idea moderna la felicidad del hombre está en el movimiento mismo, pues el reposo es la muerte, como sentenció Thomas Hobbes. En cambio, santo Tomás de Aquino decía:

“la delectación consiste en un descanso de la voluntad. Mas el que la voluntad descansa en algo no es sino sólo por la bondad de aquello en que descansa”¹³⁸.

¹³⁴ Seyla BENHABIB, “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, pp. 175-203; Stephanie DEGOYER, Alastair HUNT, Lida MAXWELL & Samuel MOYN, *The right to have rights*; Stefano RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*.

¹³⁵ Para BENHABIB, *op. cit.*, p. 188: “Los derechos no son sobre lo que existe sino sobre el tipo de mundo en el que debemos razonablemente desear vivir”.

¹³⁶ Cornelio FABRO, *Introduzione all'ateismo moderno*.

¹³⁷ HOBBS, *De homine, op. cit.*, XI, 15, p. 54: “Porque de los bienes, el más grande es progresar siempre hacia fines aún más lejanos con el menor obstáculo. [...] Porque la vida es un movimiento perpetuo que, cuando no puede progresar en línea recta, se convierte en movimiento circular”.

¹³⁸ S. Th., *op. cit.*, I, II, q. 4, a. 2 resp.

Y si la voluntad reposa en su operación es porque la operación es su bien, y es así porque, en palabras de Aristóteles que recuerda el Aquinate, la delectación es una perfección de la operación¹³⁹.

Entonces, si para la filosofía moderna todo se reduce a materia (cuerpos) en movimiento, los derechos darán prioridad a la satisfacción de lo que sirve a la conservación del cuerpo, a los placeres sensibles, tal como en estos días¹⁴⁰; y teniendo en cuenta que las exigencias del cuerpo son cambiantes, los derechos deberán multiplicarse de acuerdo con esas mutaciones¹⁴¹. Más todavía: dado que todo cuerpo tiende a conservar su movimiento, que le es intrínseco, los derechos deben extenderse a toda la naturaleza, sea la animal, la vegetal o la mineral; y también, abarcar los cuerpos no naturales, como son los artísticos y artefactuales.

Por último, la modernidad se continúa en la posmodernidad, tanto como el humanismo prohija el poshumanismo. La tendencia natural a la conservación de todas las cosas se torna en un derecho, una libertad o un bien primario y, sobre este fondo, se construye el modelo de las relaciones sociales y políticas, angostando el fin de la vida individual o política a la subsistencia, el vivir. Es de este modo porque se ha rebajado el hombre a su animalidad o, más en profundidad, a la vida en tanto *Zoé*, no *Bios*.

Si los seres humanos no son en esencia diferentes de otro organismo vivo –porque, de acuerdo con la física, ningún sistema vivo o no vivo de materia y energía es diferente de cualquier otro–, entonces no hay base para ningún derecho, humano o de otro tipo¹⁴². Lo único que diferenciaría al hombre es la racionalidad, entendida como mera operación de cálculo de los placeres que se reciben del movimiento o de los dolores que con este se evitan, que los otros vivientes no puede realizar.

24. Esta es la sociedad hodierna, en su raíz y sus efectos. La sociedad liberal es capitalista, sí; pero también está fundada sobre vínculos morales de personas autónomas y dueñas de sí, autosuficientes. La libertad, que aparece como la instancia final que justifica los derechos humanos, no es otra cosa que la autonomía, el autodomínio y la autodeterminación; el derecho a la libertad supone una libertad moral para perseguir el propio plan de vida,

¹³⁹ S. Th., *op. cit.*, ad I. En q. 11, a. 3 resp, añade que la voluntad reposa plenamente en el fin último.

¹⁴⁰ Cf. Muireann QUIGLEY, *Self-ownership, property rights and the human body*.

¹⁴¹ HOBBS, *Leviathan*, *op. cit.*, I, VI, pp. 40-41: “dado que la constitución del cuerpo de un hombre está en continua mutación, es imposible que las mismas cosas causen siempre en él los mismos apetitos y aversiones: mucho menos pueden todos los hombres consentir en el deseo de uno y el mismo objeto”.

¹⁴² Brad S. GREGORY, *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*, p. 225.

porque solo el “yo” es propietario de su “yo”. Es decir, se posee libertad para el desarrollo de la individualidad, antes que para cumplir con los preceptos de la ley moral o humana. Esta dogmática de los derechos está plasmada en leyes, tratados y decisiones judiciales, que fácil y rápidamente cada lector puede traer a colación.

Hay que avanzar en expurgar las aristas de este fundamento de los derechos humanos. Si estos derechos son la expresión de las tendencias elementales de los hombres (la vida, la libertad, la felicidad, la propiedad), entonces el hombre no es imagen de Dios, pues tal como ha dicho Michael Zuckert:

“los derechos no expresan la divina semejanza de los hombres, sino la vulnerabilidad y la mortalidad humanas, la distancia humana de cualquier atributo divino. Sólo un ser necesitado, un ser mortal, un ser disparado con vulnerabilidad a la muerte y al dolor, un ser radicalmente inseguro, puede ser un portador de derechos y hacer de los derechos la base de su existencia. Ni los dioses ni las bestias brutas se definen a sí mismos en términos de derechos. [...] Los derechos dan testimonio del carácter completamente humano de la humanidad”¹⁴³.

Michael Zuckert da en el clavo, como suele decirse. En su texto hay dos ideas centrales que ya se han expuesto. En primer lugar, la soledad del hombre moderno (que los estoicos decían *oikeiosis*; la autonomía de los modernos), hombre que se ha separado de Dios y se empina como señor de sí mismo; es el humanismo secularizado de la autoconservación de un ser que tiene dominio sobre sí. Y, en segundo lugar, esos derechos que el hombre alega tener y testimonian su independencia de Dios, son la expresión de la soberbia humana, de la deificación del hombre, de la rebelión de las creaturas delante su creador.

25. Para poner fin a esta colaboración. ¿Qué significa la primacía de la autoconservación? La respuesta es simple: el instinto primario más fuertemente natural o la pasión más baja, de los hombres, es la piedra de apoyo del arte jurídico-político, que consiste en crear un artificio protector de la vida, esto es, el Estado soberano y legislador. Lo que puede ser un defecto o un vicio inscripto en las vísceras de los hombres –el amor a la vida personal por sobre todo otro–, sería el ariete de los beneficios de la vida humana, una suerte de causa eficiente suprema o ideal.

Como ha observado Victoria Kahn, el derecho natural a la autoconservación (propio interés, autodefensa, propiedad de uno mismo, etc.) da lugar al gobierno, que se constituye para la autoconservación de los individuos o del pueblo; se desobedece al gobierno con ese mismo fin, y el Es-

¹⁴³ Michael P. ZUCKERT, *Natural rights and the new republicanism*, pp. 91-92.

tado resiste su disolución por igual motivo. El hecho es que los derechos humanos, las libertades, en su condición natural, se resumen en la autoconservación. Para algunos (Hugo Grocio) la autopreservación justificó el sometimiento voluntario a la condición de esclavo; para otros (John Locke) la esclavitud o el dominio absoluto de un soberano sobre los individuos está excluido. Unos y otros argumentan a favor y en contra, partiendo de la natural autopreservación.

Sin embargo, el poder de los individuos es correlativo del poder del Estado artefactual. Que el poder soberano del Estado se conserve es condición de la subsistencia individual. El Estado puede limitar los derechos porque también él está conducido por un interés superior: su autoconservación, la razón de Estado, que es la excusa de su existencia, y lo hace “vehículo de paz”. Si la ley natural justifica la autoconservación del cuerpo físico, con igual razón autoriza la conservación del cuerpo moral del Estado¹⁴⁴.

Si para la autoconservación se pacta la creación de un Estado, la autoconservación de este se convierte, por necesidad, en la ley suprema a la que subordinar el propio interés. El Estado, no Dios, sostiene la vida de todo hombre.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *De anima (Acerca del alma)*, Madrid, Gredos, 2003.
- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 1985.
- ARISTÓTELES, *Política*, Madrid, Gredos, 1988.
- ARNISAEUS, Henning, *De republica*. Disponible en https://books.google.cl/books?id=eQRQAAAACAAJ&printsec=frontcover&source=gbs_atb&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false [fecha de consulta: 17 de noviembre de 2023].
- BENHABIB, Seyla, “Otro universalismo: sobre la unidad y diversidad de los derechos humanos”, in *Isegoría*, n.º 39, 2008.
- BLUHM, William T.; Neil WINTFELD and Stuart H TEGER, “Locke’s idea of God: rational truth or political myth?”, in *The Journal of Politics*, vol. 42, No. 2, 1980.
- BRANDT, Reinhard, “Self-consciousness and self-care: on the tradition of *Oikeiōsis* in the Modern age”, in *Grotiana*, No. 22/23, 2001/2002.
- BRETT, Annabel S., *Changes of state. Nature and the limits of the city in early modern natural law*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2011.
- BRETT, Annabel, “Human freedom and Jesuit moral theology”, in Quentin SKINNER and Martin VAN GELDEREN (eds.), *Freedom and the construction of Europe*, New York, Cambridge University Press, 2013, vol. II.
- BRETT, Annabel, “Natural right and civil community: the civil philosophy of Hugo Grotius”, in *The Historical Journal*, vol. 45, No. 1, 2002.

¹⁴⁴ KAHN, *op. cit.*, p. 117.

- BRETT, Annabel S., *Liberty, right and nature. Individual rights in later Scholastic thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- BROOKE, Christopher, "Grotius, stoicism, and *oikeiōsis*", in *Grotiana*, No. 29, 2008.
- BROWN, Eric, "Politics and society", in James WARREN (ed.), *The Cambridge companion to Epicureanism*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- CAMPANELLA, Tomasso, *De sensu rerum et magia*, Paris, Dyonisium Bechet, 1637.
- CARMICHAEL, Gershom, "Supplements and observations upon Samuel Pufendorf's On the duty of man and citizen according to the law of nature" (1724), in *Natural rights on the threshold of the Scottish enlightenment. The writings of Gershom Carmichael*, edition for James Moore and Michael Silverthorne, Indianapolis, Liberty Fund, 2002.
- CARPINTERO BENITEZ, FRANCISCO, *Del derecho natural medieval al derecho natural moderno: Fernando Vázquez de Menchaca*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1977.
- CASTELLANO, Danilo, *L'ordine politico-giuridico "modulare" del personalismo contemporaneo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2007.
- CICERÓN, *De finibus*. Edición en español: *Del supremo bien y del supremo mal*, Madrid, Gredos, 1987.
- CICERÓN, *De officiis*. Edición en español: *Los deberes*, Madrid, Gredos, 2014.
- CICERÓN, *República*, Madrid, Gredos, 1991.
- DEGOOYER, Stephanie; Alastair HUNT, Lida MAXWELL & Samuel MOYN, *The right to have rights*, London/New York, Verso, 2018.
- DUPRÉ, Louis, *Passage to modernity. An essay on the hermeneutics of nature and culture*, New Haven/London, Yale University Press, 1993.
- FABRO, Cornelio, *Introduzione all'ateismo moderno*, 2ª ed., Roma, Edizione Studium, 1969, 2 vols.
- GASSENDI, Pierre, *De motu impresso a motore translato. Epistolae duae*, c. XIX, Paris, Ludovicus de Hequeville, 1642.
- GASSENDI, Pierre, *Syntagma philosophicum*, 1658, en *Opera Omnia*, vol. I. Disponible en <https://books.google.com.jm/books?id=B-Y-AAAAcAAJ&printsec=frontcover#v=onepage&q&f=false> [fecha de consulta: 1 de noviembre de 2023].
- GREGORY, Brad S., *The unintended Reformation: how a religious revolution secularized society*, Cambridge/London, The Belknap Press of Harvard University Press, 2012.
- GROTIUS, Hugo, *De iure praedae commentarius*. Edición en inglés: *Commentary on the law of prize and booty*, edited by Martine Julia van Ittersun, Indianapolis, Liberty Fund, 2006.
- GROTIUS, Hugo, *De jure belli ac pacis libri tres*. Edición en inglés: *The rights of war and peace*, edited by Richard Tuck, Indianapolis, Liberty Fund, 2005, 3 vols.
- HALEWOOD, Peter, "On commodification and self-ownership", in *Yale Journal of Law & The Humanities*, vol. 20, No. 2, 2008.

- HEYDT, Colin, "Self-ownership and moral relations to self in early modern Britain", in *History of European Ideas*, vol. 42, No. 2, 2014.
- HILL, Lisa & Prasanna NIDUMOLU, "The influence of classical stoicism on John Locke's theory of self-ownership", in *History of the Human Sciences*, vol. 34, No. 3-4, 2021.
- HOBBS, Thomas, *De cive*, in Thomas HOBBS, *The english works of Thomas Hobbes of Malmebury*, London, John Bohn, 1839, vol. II.
- HOBBS, Thomas, *De homine*. Edición en inglés: *On man*, in Thomas HOBBS, *Man and citizen*, edited by Bernard Gert, Gloucester: Peter Smith, 1978.
- HOBBS, Thomas, "Epístola dedicatoria", in Thomas HOBBS, *De cive*, in *The english works of Thomas Hobbes of Malmebury*, London, John Bohn, 1839, vol. II.
- HOBBS, Thomas, *Leviathan*, in Thomas HOBBS, *The english works of Thomas Hobbes of Malmebury*, London, John Bohn, 1841, vol. III.
- HOBBS, Thomas, *Tripos I: Human nature*, in Thomas HOBBS, *The english works of Thomas Hobbes of Malmebury*, London, John Bohn, 1840, vol. IV.
- HUNT, Lynn, *Inventing human rights. A history*, 2007. Edición castellana: *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets, 2009.
- JACOBS, Justin B., *The ancient notion of self-preservation in the theories of Hobbes and Spinoza*, Cambridge, University of Cambridge, King's College, 2010.
- KAHN, Victoria Ann, *Wayward contracts. The crisis of political obligation in England, 1640-1674*, Princeton/Oxford, Princeton University Press, 2004.
- KELLY, Duncan, *The propriety of liberty. Persons, passions and judgement in modern political thought*, Princeton, Princeton University Press, 2011.
- KINGSBURY, Benedict & Benjamin STRAUMANN, "The state of nature and commercial sociability in early modern international legal thought", in *Grotiana*, No. 31, 2010.
- KOYRÉ, Alexandre, *Études galiléennes*, 1966. Versión castellana: *Estudios galileanos*, Madrid, Siglo XXI, 1980.
- LACTANCIO, *Divinae institutiones*. Edición en español: *Instituciones divinas*, Madrid, Gredos, 1990, 2 vols.
- LAERCIO, Diógenes, *Vida y opiniones de los filósofos ilustres*, Madrid, Alianza, 2007.
- LIPSIUS, Justus, *Sixte bookes of politickes or civil doctrine*, London, William Ponsonby, 1594.
- LLOYD, Genevieve, *Part of nature. Self-knowledge in Spinoza's "Ethics"*, Ithaca, Cornell University Press, 1994.
- LOCKE, John, *An essay concerning human understanding* (1690), en *The works of John Locke*, London, Thomas Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823, vols. I, II and III.
- LOCKE, John, *Two treatises of government* (1768), in *The works of John Locke*, London, Thomas Tegg, W. Sharpe and Son, G. Offor, G. and J. Robinson and J. Evans and Co., 1823, vol. V.
- MAUTNER, Thomas, "Grotius and the Skeptics", in *Journal of the History of Ideas*, No. 66, 2005.

- MAZZOLINI DA PRIERIO, Silvestro, *Summa Summarum quae Silvestrina nuncupatur*, Lyon, impressa in aedibus Joannis de Plateo, 1520.
- MILL, John Stuart, *Del gobierno representativo*, traducción de Marta C.C. de Iturbe, Madrid, Tecnos, 1985.
- MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, traducción Pablo de Azcárate, Madrid, Alianza, 1970.
- MOLINA, Luis de, *De iustitia et iure*, Maguntiae, Ed. novissima, 1659.
- PARKIN, Jon, *Taming the Leviathan. The reception of the political and religious ideas of Thomas Hobbes in England 1640-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- PAUL, Ellen Frankel & Jeffrey PAUL, “Self-ownership, abortion and infanticide”, in *Journal of Medical Ethics*, vol. 5, No. 3, 1979.
- PUFENDORF, Samuel, *De officio hominis et civi*, 1673. Edición inglesa: *The whole duty of man according to the law of nature*, Indianapolis, Liberty Fund, 2003.
- QUIGLEY, Muireann, *Self-ownership, property rights and the human body*, Cambridge, United Kingdom, Cambridge University Press, 2018.
- RÉGNON, Théodore de, *Bannésianisme et Molinisme*, Paris, Retaux-Bray, 1890.
- RODOTÀ, Stefano, *Il diritto di avere diritti*, 2012. Edición en español: *El derecho a tener derechos*, Madrid, Trotta, 2014.
- ROTH, Paul A., “Personhood, property rights, and the permissibility of abortion”, in *Law and Philosophy*, No. 2, 1983.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques, *Du contrat social ou principes de droit politique*, en *Œuvres de Jean-Jacques Rousseau*, Paris, E. A. Lequien Librairie, 1821, tome v.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia libri Aristotelem Ethicorum*, que se cita según el *Corpus Thomisticum*, editado por la Fundación Tomás de Aquino, 2000-2009. Disponible en www.corpusthomisticum.org [fecha de consulta: 25 de noviembre de 2024].
- SANTO TOMAS DE AQUINO, *In III Eth. (Comentario al Libro III de la Ética a Nicómaco)*, Buenos Aires, CIAFIC, 1983.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Sententia libri Aristotelem De Anima*. Versión en español: *Comentario al Libro del alma de Aristóteles*, edición de María C. Donadío Maggi de Gandolfi, Buenos Aires, Fundación Arché, 1979.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, citada según el *Corpus Thomisticum*, editado por la Fundación Tomás de Aquino, 2000-2009. Disponible en www.corpusthomisticum.org [fecha de consulta: 7 de noviembre de 2024].
- SARASOHN, Lisa T., “The ethical and political philosophy of Pierre Gassendi”, in *The Journal of the History of Philosophy*, vol. 20, No. 3, 1982.
- SCHMIDT, Alexander, “Unsociable sociability and the crisis of natural law: Michael Hissmann (1752-1784) on the state of nature”, in *History of European Ideas*, vol. 41, No. 5, 2015.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “La economía católica antes de la Doctrina Social de la Iglesia. De la economía sierva a la economía reina”, en Miguel AYUSO (ed.), *Dere-*

- cho natural y economía. La economía católica, a la luz de la ley natural y de la doctrina social de la Iglesia, frente a los problemas actuales*, Madrid, Marcial Pons, 2021.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *La ley natural en la telaraña de la razón. Ética, derecho y política en John Locke*, Madrid, Marcial Pons, 2014.
- SEGOVIA, Juan Fernando, "Los derechos naturales entre la ley natural permisiva y la autoconservación. Revisando la tesis de Brian Tierney sobre el origen de la idea de los derechos subjetivos", en *Revista Cruz del Sur*, año v, n.º 14, 2015.
- SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, Madrid, Gredos, 1986, 2 vols.
- SOTO, Domingo de, *De Iustitia et de Iure Libri Decem*, Venecia, Floravantem a Prato, 1589.
- SPINOZA, Baruch, *Ethica ordine geometrico demonstrata*, 1677. Edición española: *Ética demostrada según el orden geométrico*, Madrid, Trotta, 2000.
- SPRAGENS, JR., Thomas A., *The politics of motion. The world of Thomas Hobbes*, London, Croom Helm, 1973.
- STRAUSS, Leo, *Natural right and history*, Chicago/London, The University of Chicago Press, 1953.
- SUÁREZ, Francisco, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Coimbra, Diego Gómez de Loureyro, 1612. Versión en castellano de José Ramón Eguillor Muniozguren, *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, 6 vols.
- TUCK, Richard, "Carneades, Grotius and Hobbes", in *Grotiana*, No. 4, 1983.
- TUCK, Richard, *Natural rights theories. Their origin and development*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.
- TUCK, Richard, *Philosophy and government 1572-1651*, New York, Cambridge University Press, 1993.
- TUCK, Richard, "Scepticism and toleration in the seventeenth century", in Susan MENDUS (ed.), *Justifying toleration. Conceptual and historical perspectives*, Cambridge/New York, Cambridge University Press, 1988.
- TUCK, Richard, *The rights of war and peace. Political thought and the international order from Grotius to Kant*, New York, Oxford University Press, 2002.
- VÁZQUEZ DE MENCHACA, Fernando, *Controversiarum Illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Valladolid, Talleres Tipográficos Cuesta, 1934.
- VERDON, Michel, "On the laws of physical and human nature: Hobbes' physical and social cosmologies", in *Journal of the History of Ideas*, vol. 43, No. 4, 1982.
- VOLTAIRE, *Traité de métaphysique*, 1734. Disponible en https://fr.wikisource.org/wiki/Trait%C3%A9_de_m%C3%A9taphysique [fecha de consulta: 27 de octubre de 2023].
- WILSON, Catherine, *Epicureanism at the origins of Modernity*, Oxford, Clarendon Press, 2008.

- WOOTTON, David, *Power, pleasure, and profit. Insatiable appetites from Machiavelli to Madison*, Cambridge: Massachusetts/London, Belknap Press, 2018.
- YOVEL, Yirmiyahu, “Transcending mere survival: from *conatus* to *conatus intelligendi*”, in Yirmiyahu YOVEL (ed.), *Desire and affect: Spinoza as psychologist. Papers presented at the Third Jerusalem Conference (Ethica III)*, New York, Little Room Press, 1999.
- ZETZEL, James E. G., “Natural law and poetic justice: a Carneadean debate in Cicero and Virgil”, in *Classical Philology*, vol. 91, No. 4, 1996.
- ZUCKERT, Michael P., *Natural rights and the new republicanism*, Princeton, Princeton University Press, 1994.

Siglas y abreviaturas

<i>Et. Nic.</i>	ARISTÓTELES, <i>Ética a Nicómaco</i>
Cap.	capítulo
Cf.	<i>confer</i>
CIAFIC	Centro de Investigaciones en Antropología Filosófica y Cultural
CONICET	Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
Cor.	Consideración
ed.	editora <i>a veces</i> editor, edición
Esc.	Excurso
etc.	etcétera
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
lect.	Lectura
lib.	Libro
n.	Número
n.º	número
No.	<i>number</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
ORCID	Open Researcher and Contributor ID
p.	página
pp.	páginas
prol.	Prólogo
prop.	Proposición
resp.	Respuesta
sect.	Sección
<i>S. Th.</i>	SANTO TOMÁS DE AQUINO, <i>Suma Teológica</i>

ss. siguientes
vol. volumen
vols. volúmenes
www World Wide Web

Principios
político-constitucionales

EL PAPEL DEL ESTADO SUBSIDIARIO Y LAS SUPUESTAS EXTERNALIDADES NEGATIVAS

THE ROLE OF THE SUBSIDIARY STATE AND THE SUPPOSED NEGATIVE EXTERNALITIES

*Salvador Mohor A.**

Resumen

Nuestro propósito es poner de manifiesto la importancia de la subsidiariedad como factor de desarrollo económico y social, y la necesidad de su aplicación como alternativa de ideologías políticas fundadas en la negación de las libertades y en el fortalecimiento indiscriminado del poder del Estado (*v. gr.* socialismo marxista) como, asimismo, de aquellas que exacerbaban el goce de las libertades en perjuicio de la justicia social (*v. gr.* liberalismo individualista). En este plano, intentaremos desactivar las negativas externalidades que se le atribuyen a la subsidiariedad.

Palabras clave: principio de subsidiariedad, Constitución de 1980, ideologías políticas.

Abstract

The purpose of the article is to highlight the importance of subsidiarity as a factor of economic and social development and the need for its application as an alternative to political ideologies based on the denial of freedoms and the indiscriminate strengthening of State power (*v. gr.* Marxist socialism), as well as those that exacerbate the enjoyment of freedoms to the detriment of social justice (*v. gr.* individualist liberalism). In this area, an attempt is made to deactivate the negative externalities attributed to subsidiarity.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Profesor titular de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Correo electrónico: salvaprofesional@gmail.com.

Artículo recibido el 7 de mayo de 2024 y aceptado para publicación el 29 de septiembre de 2024.

Keywords: Principle of subsidiarity, 1980 Constitution, political ideologies.

Introducción

Es conocida la doctrina común sobre la subsidiariedad expuesta por autores chilenos¹. En los últimos años, sin embargo, se ha estudiado con mayor precisión el principio mismo de subsidiariedad, sea en general, como principio político jurídico basal² o como criterio de deslinde entre el derecho público y privado³. Más en particular, se ha avanzado en el análisis de la subsidiariedad como acción constitucional⁴ y en todo lo que refiere al papel del Estado subsidiario en los distintos ámbitos en que este puede incidir.

En este último punto, destacan los estudios de derecho administrativo, donde se ha profundizado en el vínculo del Estado subsidiario: con el servicio público⁵, con la potestad de policía⁶, con la discrecionalidad administrativa⁷, con las ayudas públicas⁸, con las sanciones administrativas⁹, con la

¹ A título ilustrativo, véase, Claudio ARQUEROS y Álvaro IRIARTE (eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y libertad*; Alejandro SILVA BASCUÑAN, *Tratado de derecho constitucional*; José Luis CEA, *Derecho constitucional chileno*; Eduardo SOTO KLOSS, *Derecho administrativo: Bases fundamentales*; Eduardo SOTO KLOSS, *El derecho administrativo y la protección de las personas*. Una síntesis en Daniel ACHÁ, *El principio de subsidiariedad*.

² Eduardo SOTO KLOSS, “El principio de subsidiariedad: principio fundamental del orden político”, pp. 31-46; Salvador MOHOR, “Algunas reflexiones sobre el principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada y su relación con los derechos sociales”, pp. 101-115; Salvador MOHOR, “El principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada”, pp. 221-227. De un modo más problemático, Augusto QUINTANA, “El principio de subsidiariedad”, pp. 125-136. También se han integrado a la discusión nacional aportes argentinos, como Juan Pablo CASSAGNE, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad”, pp. 47-51 o franceses como Chantal DELSOL, *El Estado subsidiario, passim*. En cuanto al vínculo entre subsidiariedad y solidaridad, véase Pedro COVIELLO, “Subsidiariedad y solidaridad”, pp. 53-64.

³ Rodolfo, BARRA, “El deslinde entre derecho público y derecho privado como aplicación del principio de subsidiariedad”, pp. 65-98.

⁴ Gustavo FIAMMA, “La acción constitucional de subsidiariedad”, pp. 445-460.

⁵ Juan Antonio STUPENENGO, “Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad”, pp. 195-220.

⁶ Rosa Fernanda GÓMEZ, “Potestad de policía: revisión histórica del concepto y su relación con el principio de subsidiariedad”, pp. 241-262; Javier BARRAZA, “Poder de policía y principio de subsidiariedad”, pp. 263-284.

⁷ Sandra PONCE DE LEÓN, “Subsidiariedad y discrecionalidad administrativa”, pp. 329-346.

⁸ Ignacio DE LA RIVA, “Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad”, pp. 285-300.

⁹ Andrés ASCARATE, “El principio de subsidiariedad y las sanciones administrativas”, pp. 407-424.

eficiencia sancionadora¹⁰, con el papel del juez administrativo¹¹, con el estatuto de los bienes y bienes públicos¹², con la calidad en la gestión pública y en la autorregulación regulada¹³, con la publicación de actividades económicas¹⁴, con el control judicial de regulaciones económicas¹⁵.

A pesar de ello, en el ámbito del derecho constitucional persiste en algunos sectores una errada percepción del Estado subsidiario, que proviene de larga data¹⁶. En este trabajo estudiaremos las principales externalidades negativas que se le atribuyen y que se originan en lo que convencionalmente podríamos denominar dos extremos doctrinarios, que suponen del Estado un exceso o un defecto. Por el lado del exceso, se encuentran las corrientes próximas al estatismo del socialismo clásico; por el lado del defecto, con las corrientes que miran lo político desde el ángulo del liberalismo individualista.

A continuación, identificaremos las externalidades negativas atribuidas al Estado subsidiario, que describiremos –y criticaremos– en lo que tienen de esencial.

I. La subsidiariedad y el supuesto favorecimiento de los excesos del capitalismo neoliberal

En línea con el pensamiento socialista clásico, se ha venido instalando cada vez con más fuerza la idea de que las carencias e injusticias sociales que es posible observar en los ámbitos de: la salud, la educación, la seguridad social, la vivienda y, en general, en lo que respecta a la distribución de los ingresos, son atribuibles –en última instancia– a la lógica propia del principio de sub-

¹⁰ Nicolás ENTEICHE, “La eficiencia sancionadora en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, pp. 387-406.

¹¹ Pablo ALARCÓN, “Subsidiariedad y rol del juez administrativo: breves reflexiones”, pp. 461-478.

¹² Eduardo CORDERO, “Principio de subsidiariedad, estatuto constitucional de los bienes y bienes públicos”, pp. 121-140.

¹³ Jorge MURATORIO, “Principio de subsidiariedad, calidad en la gestión pública y autorregulación regulada”, pp. 347-366.

¹⁴ Lucas PIAGGIO, “Principio de subsidiariedad y servicio público: ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?”, pp. 221-240

¹⁵ Oscar AGUILAR, “Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas”, pp. 141-194.

¹⁶ Lo ha notado Julio Alvear a propósito del derecho a la educación en Julio ALVEAR, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza: la mirada constitucional y sus problemas”, en Raúl MADRID y María Paz MADRID, *La regulación de la educación escolar y la autonomía de los proyectos educativos*, pp. 133-158.

sidiaridad que de modo implícito fluye de diversos artículos de la Constitución vigente (artículos 1.º, 5.º inc. 2.º, y 19, n.ºs 21, 23 y 24, principalmente).

Todo ello, se supone, por causa de la inactividad e indiferencia social a que se vería relegado el Estado por obra de un principio que, en cambio, favorece y potencia la actuación de los privados en desmedro de la acción del Estado, exacerbando los males del capitalismo neoliberal. La propuesta de la Convención Constitucional del año 2022¹⁷ –cuyo evidente dominio de diversas tendencias del socialismo radical chileno, pero con abierto rechazo por parte de la ciudadanía en el plebiscito del 4 de septiembre de 2022– como es de esperar no contempló en términos formales dicho principio y, aunque sea paradójal no prescindió de la lógica inherente a ella ni de sus efectos prácticos, como luego veremos.

II. Negación del supuesto en que se funda el rechazo de la subsidiariedad

Creemos que los negativos efectos que se le atribuyen a la subsidiariedad representan una apreciación errónea, pero deliberada e intencionada de la subsidiariedad, puesto que, desde un punto de vista lógico y conceptual, no parece válido atribuir a la subsidiariedad la imposibilidad de enfrentar con éxito el desafío que plantea la satisfacción de las necesidades sociales, como buscamos poner de manifiesto en los párrafos que siguen, tanto en términos teóricos como prácticos. Más bien diera la impresión de que –dada su estructura conceptual teórica y su efectividad como límite de los excesos del poder– se busca interesadamente desprestigiarla al vinculársela con la concentración de la riqueza y la injusta y desproporcionada distribución de los ingresos.

III. Las concepciones de izquierda y el Estado omnipotente

Observamos que las concepciones del socialismo chileno en general, tienden, en mayor o menor grado, a favorecer y reclamar para sí la totalidad del control estatal de las actividades humanas, buscando alcanzar una posición de poder que les permita neutralizar las pretensiones libertarias de

¹⁷ Propuesta de la Constitución Política de la República de Chile 2022.

las personas y la autonomía de los cuerpos intermedios, con el consiguiente sacrificio del ingenio y creatividad natural de las personas, consideradas por tales concepciones en lo esencial como la causa fundamental de las discriminaciones e injusticias sociales. Transitán así desde un mero intervencionismo estatal, hacia el establecimiento de regímenes autoritarios, más aún, totalitarios.

Para nosotros es comprensible, pues, que abominen de la subsidiariedad en cuanto bastión ideológico de libertad y de la intervención tasada y, por tanto, razonable del poder. En efecto, tales concepciones, de manera consciente o inconsciente, adhieren en el plano filosófico-político, a la teoría organicista de la sociedad, según la cual, la sociedad representada por el Estado es una estructura orgánica que tiene vida propia y de la cual los individuos son solo miembros de ella y cuya misión no es otra que la de venerar y servir con actitud irrestricta al Estado en cuanto a expresión política de ella. De ahí es que todo lo que constituya un límite al ejercicio del poder estatal, deba ser neutralizado o eliminado. Como la subsidiariedad se yergue en calidad de límite a los excesos del poder, es explicable que políticamente deba ser desechada por las concepciones socialistas de tendencia estatista.

IV. El principio de subsidiariedad en la Constitución de 1980

El principio de subsidiariedad en cuanto tal está implícitamente consagrado en la Constitución Política de 1980. Ante todo, fluye de las disposiciones del artículo 1.º de la Constitución. De acuerdo con lo dispuesto en sus incisos 1.º y 3.º, el Estado reconoce y ampara la libertad de las personas y la autonomía de los cuerpos intermedios de la sociedad para satisfacer de modo preferente sus necesidades vitales y cumplir con sus fines propios y específicos sin perjuicio de reservarse el Estado para sí el ejercicio de las funciones públicas que les son inherentes (gobierno, administración, legislación y jurisdicción) y la facultad de intervenir de forma temporal y transitoria para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias del sector privado o de organismos públicos menores que circunscriben su actividad al ámbito local o regional, pero sin llegar a capturar de modo permanente las competencias respectivas. El reconocimiento de la libertad de las personas y de la autonomía de los cuerpos intermedios constituye la fase negativa del principio y se traduce en un dejar hacer o deber de no suplantar (artículo 1.º incisos 1.º y 3.º).

En cambio, la facultad del Estado para ejercer aquellas funciones que les son propias y en el ejercicio de las cuales suplen, complementan o rec-

tifican las deficiencias, ineficiencias o insuficiencias de las personas, entidades, u organismos ya señalados, configura la fase o dimensión positiva de la subsidiariedad (artículo 1.º incisos 4.º y 5.º). Todo lo cual evidencia, por cierto, el papel directivo y organizador del Estado y la armonización de sus funciones con el ejercicio de las libertades.

V. La lógica de la subsidiariedad evidencia el error de las deficiencias que se le atribuyen

La subsidiariedad se encuentra, conceptual y lógicamente muy lejos de las deficiencias que suelen atribuírsele, sea por desconocimiento o por el deliberado propósito de desacreditarla. En el ámbito histórico, ella nace para favorecer la solución de los problemas sociales por medio de quienes se encuentran más directa e inmediatamente afectados por ellos. La idea es sustituir la acción de los órganos públicos centrales o, en su caso, locales, liberándolos de una carga que distraería su quehacer respecto de las cuestiones que por su naturaleza requieren de su más urgente, inmediata e inevitable atención. Ello, representa la doble ventaja de obviar una mayor tramitación burocrática y la de redestinar y encauzar los recursos públicos de manera técnica y social más conveniente, sin perjuicio del reconocimiento de la capacidad humana como fuente natural de iniciativas destinadas a resolverlas. Porque, para qué distraer la atención y los recursos siempre insuficientes del Estado en la solución de cuestiones que las personas y entidades más próximas a ellas están en situación de abordarlas con mayores probabilidades de éxito, en el ejercicio de sus libertades naturales.

Lo que puede resolver una municipalidad o un gobierno regional no debería distraer la atención de los órganos centrales, ni tampoco los problemas que pueden ser resueltos por las personas y organizaciones sociales intermedias, distraer la de aquellos.

Es la dimensión negativa de la subsidiariedad que se traduce en un dejar hacer o prohibición de suplantar. De esta manera, en su dimensión positiva, el Estado se reserva, primero, el ejercicio de funciones que les son inherentes, tales como: el gobierno, la administración de los servicios públicos, la legislación y la jurisdicción, vinculadas a la necesidad de hacer imperar las normas rectoras dentro de las cuales habrá de operar la subsidiariedad y, segundo, la intervención que le corresponde en el ejercicio de esas funciones para suplir, complementar o rectificar las deficiencias, insuficiencias o ineficiencias de las personas, organizaciones sociales intermedias o entidades locales, irregularidades que, en el hecho, pueden traducirse en un aumento de los niveles de pobreza, mala distribución de los ingresos, insatisfacciones

sociales u otras externalidades negativas. Es como ya hemos dicho la dimensión positiva de la subsidiariedad. Por lo tanto, la subsidiariedad, como podemos observar, no inhibe la intervención del Estado, sino que la incorpora dentro de parámetros lógico-conceptuales que aseguren su prudencia y eficacia en términos de armonizar el ejercicio del poder con el goce de las libertades, siendo imperativo para el Estado y no solo facultativo, su intervención rectificadora.

La subsidiariedad no adolece de los defectos que se le atribuyen, en el sentido de relegar al Estado a una situación de pasividad e indiferencia social. Ella, en efecto, es uno de los fundamentos de la doctrina social de la iglesia Católica, impera en las democracias más desarrolladas del mundo y es uno de los principios básicos que gobiernan el funcionamiento de la Unión Europea y sus veintisiete países miembros¹⁸, sin perjuicio de las razonables dificultades que pueda enfrentar en su aplicación práctica. Incluso, países que en lo político funcionan o han funcionado como Estados totalitarios de corte marxista, en lo económico aplican las técnicas del capitalismo neoliberal, fundamentalmente, la propiedad privada de los medios de producción y la economía de mercado, y actuando en el marco de la subsidiariedad, han logrado un crecimiento económico y social considerable. El caso más notable es el de China que en los últimos cuarenta años y a la luz del pragmatismo de sus autoridades, ha tenido un crecimiento económico a tasas del 10 %, convirtiéndose en la segunda economía más grande del mundo. Hoy en China, el mercado decide el precio del 97 % de los bienes y servicios y el 90 % de las empresas son privadas: “que más da si el gato es blanco o negro, lo que importa es que cace ratones” decía pragmáticamente Deng Xiaoping, el líder supremo de la República Popular China (1978-1989), que sucedió a Mao Zedong.

Vietnam se encuentra en una situación similar, puesto que viene creciendo a tasas del 8 % y ha reducido su nivel de pobreza hasta un 12 %. Rusia, después de una fallida experiencia estatista de más de setenta años, del mismo modo aplica las técnicas del capitalismo neoliberal a partir de las reformas de 1991 que privatizaron la industria y la agricultura.

Como podemos deducir de todo lo dicho, no se trata de escoger o preferir con arbitrariedad la aplicación de una u otra de las dimensiones de la subsidiariedad; se trata de dimensiones del todo complementarias y como es lógico, interdependientes. La relación entre ellas es parecida a la que existe entre el remedio y la enfermedad. Se recurre al remedio (dimensión positiva) solo si surge y se detecta la enfermedad que haya que enfrentar cuando ha fallado la dimensión negativa. La aplicación de una u otra dimen-

¹⁸ Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, 2016.

sión dependerá de las características propias del orden social en que deberán operar.

Estas dimensiones son interdependientes en cuanto ambas concurren a la configuración del concepto de subsidiariedad y en un determinado tipo de relaciones sociales una actúa en ausencia de la otra. Si se hiciera prevalecer de forma artificiosa una sobre la otra, podrían producirse distorsiones sociales muy graves. De hecho, la aplicación exagerada de la dimensión abstencionista o negativa durante el siglo XIX en Europa dio origen a lo que se ha dado en llamar época del Liberalismo Individualista, pues con ello, en efecto, se relegó al Estado a una situación de pasividad e indiferencia social que llevó a que se lo catalogara como un Estado gendarme. Por el contrario, la exageración en la aplicación de la dimensión positiva o activa de la subsidiariedad ha derivado en la conformación de los Estados totalitarios comunista, fascista, y nazista del siglo XX.

Por lo anterior, la correcta aplicación de la subsidiariedad como principio exige la armonización operativa de ambas dimensiones, de modo que en un determinado orden de relaciones su aplicación responda a la naturaleza y situación específica de las mismas. Dicho de una manera simple, la dimensión positiva solo debe operar para suplir, complementar o rectificar transitoriamente las deficiencias, insuficiencias e ineficiencias detectadas en un determinado orden de relaciones. En ausencia de tales anomalías, debe prevalecer la dimensión negativa de la subsidiariedad en ese mismo orden de relaciones. Lo anterior presupone, por cierto, un delicado proceso de mediciones y evaluaciones que debe llevarse a efecto en la órbita competencial del gobierno y la administración del Estado antes de que se adopte la decisión pertinente.

En este orden de cosas sorprende el vuelco pragmático de Estados que organizados sobre la base de ideologías socialistas estatistas, proclives al fortalecimiento del poder del Estado, hayan optado por la formulación y aplicación de políticas públicas basadas, justo en el principio de subsidiariedad, conscientes de su mayor efectividad desde el punto de vista del crecimiento y desarrollo económico y social, como ya hemos dicho.

VI. La subsidiariedad y la solidaridad no son categorías conceptuales contradictorias

Si el Estado, en el ejercicio de la dimensión positiva de la subsidiariedad, debe ir en auxilio de las personas y organizaciones sociales intermedias con el propósito de suplir, complementar o rectificar las falencias que no pudieron enfrentarse con éxito en el marco de la dimensión negativa; y si lo mis-

mo sucede con los entes públicos locales, respecto de organizaciones sociales privadas que operan dentro de su jurisdicción, ello, entonces, pone de manifiesto el papel solidario evidente que la subsidiariedad cumple en el medio social, pues sin la intervención del Estado, que la subsidiariedad exige cuando la dimensión negativa no ha resultado del todo exitosa, las personas u organizaciones privadas quedarían abandonadas a su propia suerte. Siendo así, subsidiariedad y solidaridad no son categorías conceptuales contradictorias, pues como resulta de lo dicho la solidaridad en su estructura es parte integrante de la subsidiariedad en su dimensión positiva. No hay, pues, en esencia, oposición entre el pretendido Estado social y democrático de derecho fundado en el principio de solidaridad social y el Estado liberal subsidiario. Este, actuando en el marco de la dimensión positiva de la subsidiariedad y como previene el artículo 1.º de la C. de 1980, en su inciso final, debe dar protección a la población, proteger y fortalecer a la familia e integrar armónicamente a todos los sectores de la comunidad nacional, vale decir, remover los obstáculos económicos, sociales y culturales que impiden que las personas puedan gozar con plenitud de los derechos que la Constitución les asegura, en busca de garantizar a cada una la igualdad de oportunidades para participar en la vida nacional, vale decir, un nivel de bienestar material mínimo compatible con la dignidad humana. No podría estar expresado de mejor manera el claro sentido de solidaridad social que la subsidiariedad le imprime a las actuaciones del Estado.

El Estado, pues, debe intervenir para: remediar los niveles de pobreza, mala distribución del ingreso, endeudamiento excesivo de las familias, deficiencias en materia de salud, educación, seguridad social o garantía del orden público, males que el sector privado, actuando en la dimensión negativa del principio, no haya podido o no haya estado en situación de enfrentar como es debido. Podría decirse, en este sentido, que el liberalismo económico y la democracia social encuentran en el principio de subsidiariedad el nexo que las hermana y complementa, lo que abre camino hacia la configuración del Estado social de derecho en oposición al Estado liberal de derecho, propio del siglo XIX. Es, en efecto, el llamado liberalismo social o socioliberalismo que toma cuerpo en el pensamiento de autores tales como: John Locke, John Stuart Mill, Juan Álvarez Mendizabal, Ronald Dworkin, John Rawls, Norberto Bobbio, Jürgen Habermas, entre otros.

Ni el intervencionismo estatal debe destruir la libertad económica, principal motor del desarrollo económico y social de un país, ni el liberalismo puede pretender reducir el Estado a la categoría de un Estado gendarme. Es la aplicación de la teoría del justo medio (o eunomía) que supone la prudencia como guía de la recta razón en orden al equilibrio y la medida, según la conocida tesis aristotélica.

A la luz de lo expresado, sorprende advertir que ni la Comisión de Expertos ni el Consejo Constitucional encargados de la elaboración del proyecto de Constitución del año 2023 –rechazado en el plebiscito del 17 de diciembre de ese mismo año– se hayan negado a aceptar la calificación del Estado, como un Estado democrático social y subsidiario de derecho, excluyéndose deliberadamente la referencia a la subsidiariedad¹⁹.

VII. La subsidiariedad impera y se impone por la fuerza de los hechos

Si con el principio de solidaridad social que se defiende en forma errónea o interesada en oposición al de subsidiariedad, se pretende justificar una intervención estatal omnipresente, sin siquiera representarse la cuestión relativa a la conveniencia de distinguir entre aquellas necesidades que pueden ser satisfechos por el Estado y las que pueden y deben ser atendidas sin rodeos por el sector privado, entonces el descalabro fiscal a que conduciría la política pública consecuente, haría inviable su aplicación. Y si, para evitarlo, los recursos públicos disponibles fueran por fin redirigidos en favor de la satisfacción de las necesidades más urgentes, dejando las demás a la atención de los privados, por la fuerza de los hechos y en términos lógicos, caeríamos –inconscientes y sin poder evitarlo– en el marco de actuación de la subsidiariedad, lo que permitiría distinguir entre una subsidiariedad de derecho, es decir, constitucionalmente formulada y una subsidiariedad de hecho, aplicada por las exigencias de la realidad práctica de la vida social. Por lo tanto, sea que se consagre o no de manera formal como principio, su aplicación es inevitable. Siendo así, negar la necesidad de su vigencia es solo voluntarismo.

La propuesta de la Constitución Política de la República de Chile del año 2022, ya citada, en sus artículos 196 n.º 1 y 2, y 203, recogía aspectos de la subsidiariedad, al favorecer la intervención del Estado para suplir, complementar o rectificar las deficiencias de los organismos regionales y locales. En esos preceptos, a pesar de que el texto propuesto no reconoce formalmente el principio de subsidiariedad, se privilegian las competencias locales frente a las regionales, y, estas últimas, frente a las de los organismos centrales, debiendo, en su caso, el órgano superior asistir de manera temporal y transitoria al inferior, pero sin capturar sus competencias, para lo cual este último deberá delegar en favor de aquel las respectivas facultades o

¹⁹ Propuesta de Constitución Política de la República de Chile año 2023.

competencias. El mismo espíritu se observa en los artículos 220.º, letra c, 226.º letra d, 234.º n.º 4 de dicha propuesta constitucional.

La subsidiariedad, en realidad, parece ser una forma de vida impresa en la naturaleza humana y, por tanto, imposible de suprimir con probabilidades de éxito. Se ayuda a quien lo necesita, no a quien no requiere de esa ayuda, que es en verdad la lógica impresa en la subsidiariedad.

VIII. Realidad existencial de la subsidiariedad

El equilibrio o balance de las dimensiones de la subsidiariedad, los ámbitos en que debe operar y la medida de la tolerancia y de la intervención, son cosas que difieren de Estado a Estado, pues dependen de variables, tales como: la idiosincrasia, el momento histórico, la realidad económica social, las costumbres, la correlación de fuerzas políticas y la ideología predominante. Por lo tanto, la realidad existencial de la subsidiariedad difiere de sociedad en sociedad o de Estado a Estado. Como bien observa Pablo Ortuzar Madrid, dentro de la Unión Europea, en países como Holanda e Inglaterra, prima la dimensión negativa, en cambio, en otros países como Francia y Alemania prevalece la dimensión positiva. En el ámbito de la doctrina social de la iglesia Católica se observan diferencias de criterio, como bien observa el mismo autor, pues en la *Rerum Novarum* de León XIII (1891) se favorece el desarrollo de la dimensión negativa²⁰, en cambio, lo contrario ocurre en la encíclica de Pío XI, *Quadragesimo anno* (1931), en que se potencia la dimensión opuesta, exaltándose el papel directivo y organizador del Estado²¹. En realidad, ambos documentos son complementarios, y encuentran su síntesis ulterior en la *Mater et Magistra* (1961) de Juan XXIII, donde la función subsidiaria se concreta en la actividad de los poderes públicos que están llamados a *fomentar, estimular, ordenar, suplir y complementar* (*fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet*) la actividad de los particulares²².

²⁰ LEÓN XIII, encíclica *Rerum novarum*.

²¹ PÍO XI, encíclica *Quadragesimo anno*.

²² Observa Julio Alvear que el axioma "*fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet*" es clásico en los estudios sobre la subsidiariedad. A partir de un conocido texto de Pío XI, fue formulado por Juan XXIII en la encíclica *Mater et Magistra*, tal como figura en el texto latino citado. La frase completa es preclara: "haec autem reipublicae providentia, quae fovet, excitat, ordinat, supplet atque complet, illo 'subsidiarii officii principio' ". La encíclica fue invocada por el comisionado Jaime Guzmán en las actas de la Constitución a propósito del derecho de propiedad, si bien no se refiere explícitamente a nuestra cita. Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 161, del 28 de octubre de 1975. ALVEAR, *op. cit.*, p. 151.

Reconocemos que no resulta fácil identificar con precisión la dimensión de la subsidiariedad que, en un lugar o momento determinados, deba ponerse en juego. Por ejemplo, en el caso de las llamadas farmacias populares creadas por algunas municipalidades. ¿Cuál es la dimensión en que se actúa? Si se observa que la municipalidad busca cubrir las deficiencias del sector privado, entonces la municipalidad obra en el marco de la dimensión positiva. Pero si se considera que la municipalidad en cuanto órgano público local actúa en el ejercicio de su autonomía sustituyéndose al Estado, entonces pareciera que, en su relación con el Estado, actúa en la dimensión negativa.

Determinar la dimensión a aplicar en el marco de un orden social específico, convoca la inteligencia, creatividad y capacidad de decisión de los responsables de su administración y gestión, todo lo cual presupone la realización de estudios de factibilidad y análisis por parte de las autoridades gubernamentales a cargo. Pero una vez seleccionada la opción, con razón y fundamento, es imperativo llevarla a efecto sin excusas. Hoy, en nuestro medio, una de las razones que suele esgrimirse para justificar el cambio de la Constitución vigente, es en efecto, el hecho de haberse consagrado en ella –aunque “implícitamente”– la subsidiariedad, puesto que como hemos dicho, a ella se atribuye de forma injusta la pasividad del Estado para enfrentar el conflicto social. No obstante, esta argumentación es contradictoria, porque si se está consciente de la consagración de la subsidiariedad en la Constitución, su dimensión positiva debió haberse activado en la medida de las necesidades existentes y si eso no ocurrió, ello no es imputable a la subsidiariedad, sino a quienes tenían la responsabilidad de ponerla del todo en aplicación.

IX. Esencia de la subsidiariedad

Las dificultades y desafíos que se han hecho presentes no le restan virtualidad operativa ni importancia práctica al principio, porque como bien advierte Chantal Delsol²³, la subsidiariedad marca la diferencia entre una forma de organización política en que los ciudadanos ven el Estado como una herramienta al servicio de sus organizaciones, familias y proyectos personales, y otra en que este es observado como el gran proveedor al que hay que someterse sin resistencia a cambio de que se ocupe de sus necesidades. Porque no es lo mismo, en efecto, diseñar una forma de organización política a partir del faro rector de la libertad, que otra a partir de la preponderancia absoluta de su poder dominador. Es cierto que actuando en la dimensión positiva de la

²³ DELSOL, *op. cit.*, *passim*

subsidiariedad puede y debe intervenir, pero esta intervención tiene como límite las libertades personales y los requerimientos del mercado, los que solo pueden regularse o moderarse, pero no suprimirse. La idea no es destruir o sacrificar el poder económico y social de las clases pudientes en cuanto motor del desarrollo, sino la de elevar en una medida razonable los niveles de bienestar de las clases más vulnerables, en procura de un mejoramiento de su calidad de vida. Pretender suprimir todas las diferencias de clases sociales a pretexto de que ellas pueden servir de base a la configuración de discriminaciones arbitrarias, es solo una utopía y, como tal, contraria a los requerimientos de la naturaleza humana. Es inevitable que ello conduzca hacia la instauración de sistemas totalitarios. Pero hay que reconocer que la idea en términos prácticos produce réditos políticos, puesto que si se les dice –con cierta retórica– a los grupos sociales que sufren carencias esenciales, que tales carencias son la consecuencia de la explotación a que se encuentran sometidos por la acción de unos cuantos ricos, ello podría tener la virtud de movilizarlos y de allanar el camino al establecimiento de un régimen totalitario que termine con el predominio social de la clase opresora.

Ricardo Caballero, economista chileno y académico investigador del MIT, desde 1992, se refiere a una de las causas psicológicas que favorecen la creciente intervención del Estado en la economía y que gatillan su progresivo decrecimiento, en especial en Chile. El autor sostiene que las ganancias percibidas por un grupo se interpretan como pérdidas para otro, porque supuestamente se han originado a expensas del empeoramiento de la ciudadanía local. Agrega que, si un país se beneficia del comercio internacional, se piensa que ello debe atribuirse a que otro resultó perjudicado, o que si un grupo económico aumenta su riqueza es porque otro ha resultado empobrecido. Es lamentable que lo conduzca a la formulación de políticas que se oponen al libre mercado y al comercio internacional, favoreciendo la rigidez del mercado laboral, y perpetuando el empobrecimiento de las naciones.

De esta manera, la pretensión de promover a cualquier precio la igualdad sustancial que tales políticas involucran, se transforma así, en causa de la pobreza, al destruir, la competitividad del mercado y la capacitación continua y progresiva de la fuerza laboral. Expresa que todo ello ha llevado a colocar a Chile en lugares cada vez más bajos del *ranking* internacional de competitividad de los países, situándose por debajo de Kenia, Ruanda, Azerbaiyán y Bielorrusia.

Concluye Ricardo Caballero que la elección del actual gobierno ha sido la culminación de la “mentalidad suma cero”²⁴.

²⁴ Ricardo CABALLERO, “Mentalidad suma cero”,

Por lo tanto, adherir a la subsidiariedad presupone aceptar, en perspectiva filosófica, que la persona es superior y anterior al Estado y que este, como señala el artículo 1.º de la Constitución vigente, se encuentra en consecuencia, al servicio de las personas y no estas al servicio irrestricto de aquel. ¿Por qué razón valdiera ya sea jurídica o moral las personas habrían de renunciar a su libertad intrínseca para satisfacer los afanes autocráticos de quienes, tras la fachada de un ente abstracto, como es la idea de Estado –en el decir de Georges Burdeau–, buscan someterla en aras de ideologías de izquierda extrema, que, sin excepciones, han probado una y otra vez su ineficacia en todos aquellos países en que lograron imponerse, terminando por empobrecerlos? Basta recordar lo sucedido en la ex Unión Soviética y en las repúblicas populares, satélites de aquella, y observar hoy las dictaduras de Venezuela, Cuba y Nicaragua, sin perjuicio de las perturbaciones y dificultades que todavía es posible constatar en aquellos países donde tales ideas buscan establecerse con alguna probabilidad de éxito, como hoy sucede en Argentina, Bolivia, Perú, Ecuador, Colombia y Chile. No se entienda que ello, por cierto, signifique validar los excesos de extrema derecha, que, valga decir, promueven y alienan la aparición y enquistamiento en la sociedad, por vía de reacción, de las ideas políticas opuestas, como lo demuestra hasta el cansancio, la experiencia histórica de las naciones latino-americanas. La subsidiariedad aplicada como es debido, es el remedio que armoniza el ejercicio del poder y la libertad, pues sin descuidar las responsabilidades del Estado, asegura el respeto de las libertades como motor del desarrollo económico y social, superando las contradicciones entre liberalismo y socialismo.

A modo de conclusión.

Virtualidad operativa de la Subsidiariedad en Chile

Si observamos desde su virtualidad operativa, bajo la vigencia de la subsidiariedad y en los treinta años que siguieron al gobierno militar, el país logró un desarrollo económico y social sorprendente de todos conocidos. El PIB per cápita entre 1976 y 2015 se elevó de setecientos dólares a catorce mil y la pobreza entre 1985 y 2017 se redujo desde un 70 % a menos del 9 %. (Argentina tiene hoy un 40 % de pobreza). Y si comparamos el salario mínimo de hoy con el de 1990, aquel es alrededor de cinco veces superior en términos reales. En el mismo periodo, los recursos destinados al financiamiento y satisfacción de las necesidades sociales, fueron incrementados por el Estado en más de seis veces, también en términos reales (Joseph Ramos).

Causa sorpresa observar, sin embargo, que si la propia Constitución de 1980 en su artículo 1.º impone al Estado, en la lógica de la dimensión posi-

tiva de la subsidiariedad, el deber de resguardar la seguridad nacional y de promover el desarrollo social, dando protección a la población y a la familia e integrando armónicamente a todos los sectores de la nación, el Estado no haya perseverado lo suficiente en sus esfuerzos e iniciativas destinadas a prevenir una crisis social como la que se habría manifestado en concreto a partir de octubre de 2019, escudándose, en las limitaciones que, es de suponer, impondría la subsidiariedad. Entonces, ¿a quién o a qué es atribuible la responsabilidad política de lo ocurrido? ¿A la subsidiariedad como principio o a quienes tienen el deber y el poder de llevarla a cabo?

Es tiempo de restablecer y renovar la aplicación de la dimensión positiva de la subsidiariedad, y ceder a la tentación de arrojarnos en brazos de ideologías que han probado su ineficacia. No para refundar, sino para mejorar las instituciones que hoy existen, por respeto a la historia y a las tradiciones de nuestros orígenes que marcan la identidad del país. La alternativa al liberalismo individualista y al socialismo marxista o estatista, no es otra que la subsidiariedad.

Ayudar a quienes necesitan de la ayuda, no a quienes no la necesitan y, al hacerlo, no destruimos a quienes no la requieren, ideas que, en síntesis, representan el mandato y la esencia de la subsidiariedad.

Bibliografía

- ACHÁ, Daniel, *El principio de subsidiariedad*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2013.
- AGUILAR, Oscar, “Principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad y control judicial de regulaciones económicas”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- ALARCÓN, Pablo, “Subsidiariedad y rol del juez administrativo: breves reflexiones”, en José Luis LARA, e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- ALVEAR, Julio, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza: la mirada constitucional y sus problemas”, en Raúl MADRID y María Paz MADRID, *La regulación de la educación escolar y la autonomía de los proyectos educativos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.
- ARQUEROS, Claudio y Álvaro IRIARTE (eds.), *Subsidiariedad en Chile. Justicia y libertad*, Santiago, Instituto Res Pública, 2016.
- ASCÁRATE, Andrés, “El principio de subsidiariedad y las sanciones administrativas”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

- BARRA, Rodolfo, “El deslinde entre derecho público y derecho privado como aplicación del principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- BARRAZA, Javier, “Poder de policía y principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CABALLERO, Ricardo, “Mentalidad suma cero”, en *El Mercurio*, Santiago, 1 de octubre de 2023, cuerpo B.
- CASSAGNE, Juan Pablo, “Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ediciones UC, 2015, tomo I.
- CORDERO, Eduardo, “Principio de subsidiariedad, estatuto constitucional de los bienes y bienes públicos”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- COVIELLO, Pedro, “Subsidiariedad y solidaridad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- DE LA RIVA, Ignacio, “Límites a la intervención del Estado mediante ayudas públicas: lecciones del principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- DELSOL Chantal, *El Estado subsidiario*, Santiago, Instituto de Estudio de la Sociedad, 2021.
- ENTEICHE, Nicolás, “La eficiencia sancionadora en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- FIAMMA, Gustavo, “La acción constitucional de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda, “Potestad de policía: revisión histórica del concepto y su relación con el principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e Ignacio DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- JUAN XXIII, encíclica *Mater et Magistra*, sobre el desarrollo de la cuestión social a la luz de la doctrina católica (n.º 53), 15 de mayo de 1961. Disponible en www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html [fecha de consulta: 13 de marzo de 2014].
- LEÓN XIII, encíclica *Rerum novarum* sobre la situación de los obreros, del 15 de mayo de 1891. Disponible en www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/

- documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html [fecha de consulta: 12 de marzo de 2024]
- MOHOR, Salvador, “Algunas reflexiones sobre el principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada y su relación con los derechos sociales”, en *Actualidad Jurídica*, n.º 37, enero 2018.
- MOHOR, Salvador, “El principio de subsidiariedad como fundamento esencial de una organización política humanizada”, en *Revista de Derecho Público*, número especial, 2018.
- MURATORIO, Jorge, “Principio de subsidiariedad, calidad en la gestión pública y autorregulación regulada”, en José Luis LARA e IGNACIO DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- PIAGGIO, Lucas, “Principio de subsidiariedad y servicio público: ¿es constitucional la publicación de actividades económicas?”, en José Luis LARA e IGNACIO DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- PÍO XI, encíclica *Quadragesimo anno*, sobre la restauración del orden social, del 15 de mayo de 1931. Disponible en www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html [fecha de consulta: 12 de marzo de 2024]
- PONCE DE LEÓN, Sandra, “Subsidiariedad y discrecionalidad administrativa”, en José Luis LARA e IGNACIO DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- QUINTANA, Augusto, “El principio de subsidiariedad”, en *Revista de Derecho Público*, número especial 2014.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, tomo IV: La Constitución de 1980. Bases de la institucionalidad. Nacionalidad y ciudadanía. Justicia electoral.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, tomo II.
- SOTO KLOSS, Eduardo, *El derecho administrativo y la protección de las personas*, Santiago, Ediciones UC, 2017.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “El principio de subsidiariedad: principio fundamental del orden político”, en José Luis LARA e IGNACIO DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.
- STUPENENGO, Juan Antonio, “Delimitación del servicio público a la luz del principio de subsidiariedad”, en José Luis LARA e IGNACIO DE LA RIVA, *El principio de subsidiariedad y su impacto en el derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

NORMAS Y OTROS DOCUMENTOS

Actas oficiales de la Comisión Constituyente, sesión 161, del 28 de octubre de 1975. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegal>

es/10221.3/3764/2/Tomo_I_Comision_Ortuzar.pdf [fecha de consulta: 15 de marzo de 2024].

Constitución Política de Chile de 1980.

Tratado de la Unión Europea, versión consolidada, 2016. Disponible en www.boe.es/doue/2016/202/Z00001-00388.pdf [fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

Propuesta de la Constitución Política de la República de Chile 2022. Disponible en www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf [fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

Propuesta de Constitución Política de la República de Chile año 2023. Disponible en www.procesoconstitucional.cl/docs/Propuesta-Nueva-Constitucion.pdf [fecha de consulta: 18 de marzo de 2024].

Siglas y abreviaturas

C.	Constitución
eds.	editores
MIT	Instituto Tecnológico de Massachusetts
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
PIB	producto interno bruto
pp.	páginas
UC	Universidad Católica
<i>v. gr.</i>	<i>verbi gratia</i>
www	World Wide Web

EL CONCEPTO DE LEY NATURAL
EN LA
RELECCIÓN DEL DERECHO DE GUERRA
DE FRANCISCO DE VITORIA

THE CONCEPT OF NATURAL LAW
IN FRANCISCO DE VITORIA'S
RELECTION OF THE LAW OF WAR

*Javier Fernández Sandoval**

Resumen

Muchas han sido las aproximaciones a la obra de Francisco de Vitoria. Desde multitud de prismas, se pretende interpretarlo (sea en el asunto que sea) como un precursor de la moderna ciencia jurídico-política, de inspiración racionalista. Sus aportaciones al campo del derecho natural no son una excepción. A partir del derecho de guerra, tema tratado específicamente por el autor, abordaremos las incorrecciones y abusos del asunto, que parten de asumir el derecho natural racionalista, renunciando, así, al derecho natural hispánico, clave de interpretación irrenunciable para nuestro estudio.

Palabras clave: Francisco de Vitoria, derecho de guerra, derecho natural, racionalismo, pacifismo, Segunda Escolástica, tomismo, filosofía del derecho.

Abstract

There have been many approaches to the work of Francisco de Vitoria. From a variety of perspectives, Vitoria is often interpreted (regardless of the specific issue) as a precursor of modern juridical-political science, inspired by rationalism. His contributions to the field of natural law are no exception. By examining the law of war, a topic specifically addressed by the

* Magíster en Derecho, Universidad de Sevilla. Correo electrónico: jfdezs97@gmail.com.

Artículo recibido el 19 de abril de 2024 y aceptado para publicación el 10 de septiembre de 2024.

author, we will tackle the inaccuracies and abuses surrounding this issue, which arise from adopting rationalist natural law and thus abandoning Hispanic natural law, an indispensable interpretative key for our study.

Keywords: Francisco de Vitoria, law of war, natural law, rationalism, pacifism, Second Scholasticism, Thomism, philosophy of law.

Introducción

Muchos han sido los estudios en torno a la guerra justa. Ello ha favorecido un tratamiento multidisciplinar que, sin duda, ha animado la reflexión sobre el asunto. Nuestro estudio no pretende considerar la guerra justa desde todas sus perspectivas tal y como fue planteada por Francisco de Vitoria. Nos centraremos, más bien, en el enfoque iusnaturalista del autor a la hora de abordar el asunto.

Para ello, se hace precisa una primera consideración que contextualice al autor y su obra. El momento convulso en el que se desarrollan los acontecimientos implica una subdivisión ineludible, planteándose a este respecto una distinción entre los contextos religioso, filosófico e histórico. Esta modesta aproximación será operativa a una comprensión más completa del asunto.

Seguidamente, abordaremos el encuadramiento disciplinar del tema. La escolástica se caracterizó, frente al planteamiento ideológico, por una naturaleza acumulativa, que perfeccionaba el edificio de los saberes con las aportaciones sucesivas de diversos autores. Así, es preciso detenernos en el tratamiento que santo Tomás da a la ley natural y a la guerra justa. La selección del Aquinate no es baladí, como veremos, pues dos son las razones de peso que nos inclinan a su estudio. En primer lugar, su indiscutible lugar en la cima del pensamiento escolástico le hace merecedor de una mención. Dicha condición, por otro lado, es afirmada por el propio Francisco de Vitoria, gran continuador de su pensamiento y sobre el que él mismo planteará sus reflexiones.

El tratamiento del tema lo abordaremos siguiendo la distinción que realiza Francisco de Vitoria en torno a la naturaleza, las causas, la legitimidad y el objeto de la guerra justa, en la línea de su *Relectio*. Los temas serán tratados, además, en conexión con la ley natural y su contenido, esbozado en el encuadramiento disciplinar, con la finalidad de escudriñar la concepción de la ley natural y cómo esta opera en el tratamiento de la guerra justa.

Por último, nos las veremos con el desarrollo de la guerra justa a través de un análisis en prospectiva. Análisis, quede dicho, modesto que solo pretende apuntar a la naturaleza teórica del asunto, siéndonos imposible

detenernos en cada autor y su contribución sin evitar el riesgo de la dispersión. Esta parte tratará de sentar las bases para una aproximación contemporánea al pensamiento del maestro de Salamanca sobre el asunto.

I. Contexto histórico

Antes de entrar en el estudio de nuestro tema conviene realizar una contextualización del autor y su obra. Dicha contextualización versará en una estructura tripartita, referida a los órdenes religioso, filosófico y político.

I. CONTEXTO RELIGIOSO

La situación religiosa en la que nos encontramos es en extremo convulsa, siendo alumbrada por uno de los momentos históricos más relevantes para la historia de los hombres: la aparición de la Reforma. Las implicaciones que esta ha tenido en la configuración del mundo posterior a la misma han sido abordadas por muchos autores¹ e introducirnos en el tema nos excede.

Baste señalar que el protestantismo supuso un elemento de ruptura sobresaliente del orden de la cristiandad, sustituyendo el orden sobrenatural por uno subjetivo del creyente, la Iglesia visible por la yuxtaposición de creyentes invisibles. Es por ello que la naturaleza es concebida por Lutero y sus seguidores como una realidad corrupta, fuente del mal por el pecado. La ley natural, el orden de las cosas, etc., no son más que configuraciones de los sujetos que no se corresponden con la realidad. La razón, incluso, no se salva de las condenas protestantes, siendo calificada como una artimaña diabólica que nos engaña. La *res publica* no posee, pues, un fundamento natural, sino que es un dato efectivo cuyo único fundamento es el castigo del mal. De esta forma, no puede entenderse una reflexión en torno a realidades naturales iluminadas por la gracia, ya que la fe es contraria, según el protestantismo, a la naturaleza.

La religión precisa, de esta forma, una vivencia colectiva al margen de toda institución visible como la Iglesia, siendo las Iglesias reformadas la asociación de creyentes, sin entidad propia de bien común. La cristiandad carece, por tanto, de sentido, porque los príncipes tienen la finalidad de castigar a los malvados, asegurando así la conservación de los creyentes, regidos por la ley de Dios. Esta concepción diametralmente opuesta al pensamien-

¹ Pueden referirse a modo de ejemplo, Danilo CASTELLANO, *Martin Lutero. El canto del gallo de la Modernidad* y Miguel AYUSO (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero, passim*.

to católico favorecerá, unida a los intereses nobiliarios y principescos de no pocos señores deseosos de autonomía, el hundimiento del orden de cristiandad medieval. La guerra de los Treinta Años, finalizada con la Paz de Westfalia (1648) –con antecedentes como la Paz de Augsburgo (1555)– supondrá el triunfo de la Reforma, la libertad religiosa según el criterio del príncipe y la desaparición de la *auctoritas* romana sobre el orbe cristiano.

2. CONTEXTO FILOSÓFICO

El contexto filosófico en el que se desenvuelve Francisco de Vitoria no es menos convulso que el religioso. En primer lugar, señalaremos la irrupción del humanismo como fenómeno filosófico y teológico. Durante su formación en el colegio Coqueret, Francisco de Vitoria conoce de primera mano el movimiento humanista, con figuras notables como Guillermo Budé o Francisco Tissar de Amboise, incluso es probable que conociera a Luis Vives². Del humanismo tomó el maestro dominico la revitalización de los clásicos, así como el manejo de un latín más depurado. También la necesidad de replantear la metodología y el enfoque teológico. No obstante, no era ajeno a los riesgos antropocentristas que la corriente humanista implicaba³, siendo precisos notables esfuerzos para no verse contaminado de tales errores.

Por otro lado, es menester señalar el peso del nominalismo filosófico. Si bien es cierto que el conocimiento que Francisco de Vitoria recogió de dicha escuela fue eminentemente práctico, es claro que el nominalismo tardío que conoció influyó mucho en sus reservas respecto del mismo. De hecho, puede señalarse al respecto el interés por los estudios morales y jurídicos de Juan Mair como nexos principales y, en menor medida, Jacabo Almain, con quien no tuvo buena relación⁴.

El peso sustantivo de los aportes filosóficos y teológicos lo tuvo, sin lugar a dudas, del tomismo⁵. Teniendo por maestros a Juan Fenario y Pedro Crockaert, se familiarizó con la lectura asidua y directa de Tomás de Aquino, viendo en su *corpus* teórico el camino de renovación que la teología precisaba. Sustituyó las *Sentencias* de Pedro Lombardo como manual base de los estudios teológicos por la *Summa* de santo Tomás. Purgó la disciplina de cuestiones menores que habían enzarzado a la baja escolástica en debates carentes de sentido y huyó de los conflictos terminológicos propios del nominalismo⁶. Consiguió, así, un auténtico reavivamiento escolástico de ma-

² Guillermo FRAILE, *Historia de la filosofía española*, p. 333.

³ *Ibid.*

⁴ FRAILE, *op. cit.*

⁵ *Ibid.*

⁶ *Op. cit.*, p. 334.

triz tomista en el mundo hispánico, siendo denominado, no sin razón, como la Segunda Escolástica, al quedar corporeizada en figuras provenientes del magisterio de santo Tomás, a través de Francisco de Vitoria, tales como Melchor Cano o Domingo de Soto.

3. CONTEXTO POLÍTICO

Por último, pero no menos importante, encontramos el contexto político. Como ya hemos apuntado con anterioridad, se trató de un momento revolucionario para la cristiandad occidental, favorecido por la inmersión en la herejía de notables príncipes europeos. Además, la monarquía hispánica se encuentra en un periodo de extensión de sus dominios, integrando como nuevas provincias los territorios de allende los mares. Estos dos hitos van a marcar profundamente la labor pedagógica de Francisco de Vitoria.

Consideremos el avance del protestantismo, con las guerras de religión como corolario, precisa de una respuesta teórica fundada y razonada. A su vez, tengamos en cuenta que la Reforma había surgido acusando a Roma de una corrupción institucional, siendo precisa, pues, una reforma de la Iglesia no rupturista. En este contexto, la influencia del tomismo por la mano de Francisco de Vitoria no tendrá consecuencias solo académicas. Las legiones de teólogos españoles que acudirán a Trento lo harán con una filosofía y teología depuradas y actualizadas, ajenas a debates estériles y renovadas en su hermenéutica. Los cánones tridentinos reflejarán, de esta forma, muchos contenidos de naturaleza dogmáticos que serán empleados contra las monarquías protestantes centroeuropeas, inspirándose en el magisterio de la teología clásica tomista. Con ello, el combate secular entre católicos y protestantes, finalizado en el siglo XVII, no será ajeno a las consideraciones vitorianas. Más bien estas tendrán un papel sobresaliente en la actualización de la teología católica a la luz de la escolástica medieval⁷.

También, nos referiremos a la colonización y evangelización de América. La monarquía se encontraba, como hemos apuntado con anterioridad, en un momento de expansión. Expansión que tendrá sus costos e implicaciones notables no solo para España, sino para todo el mundo. Factores como la circulación de los metales preciosos influyeron en los cambios económicos operados en el momento de manera decisiva, así como permitieron nutrir las empresas hispánicas de medios sin los cuales hubieran perecido. En lo tocante a nuestro tema, la evangelización tiene una importancia capital, pues las reflexiones en torno a la guerra justa no pueden separarse de los conflictos con los pueblos indígenas. De hecho, multitud de cuestiones

⁷ Francisco ELÍAS DE TEJADA, "El derecho natural en 1972", p. 942 y ss.

que versan sobre el objeto de la guerra justa tienen referencia explícita a los indios, como luego veremos. Se trata, entonces, de un ejercicio auténticamente prudencial por parte de Francisco de Vitoria, ya que no se limita a la consideración académica de una serie de principios, sino que entiende que estos precisan alumbrar el obrar cotidiano de los hombres de su tiempo. Es por ello que las críticas que ha recibido la escuela de Salamanca⁸, identificadas con un excesivo apego al enjuiciamiento de las circunstancias son desproporcionadas⁹.

II. Encuadramiento disciplinar

El análisis de nuestro tema precisa, como anuncia el epígrafe, un encuadramiento disciplinar. Dos son los elementos que se desprenden sustancialmente del título: la ley natural y el derecho de guerra, así como una especificación accidental referida a la lectura vitoriana del asunto. En este punto, abordaremos las fuentes principales que nutren el pensamiento de Francisco de Vitoria antes de considerar, más adelante, en específico su pensamiento.

Como decíamos, dos son los elementos esenciales que es preciso tratar, aunque con modestia, para una correcta interpretación del asunto. Primero, la ley natural en tanto que ley moral universal; nos referiremos, a continuación, al derecho de guerra. La hermenéutica que emplearemos en el asunto puede parecer algo reductiva, porque los puntos que siguen tienen por protagonista exclusivo –en apariencia– a santo Tomás. La exposición, no obstante, se ha realizado con una intención acumulativa. Y es que basta aproximarse a sus páginas para avizorar una síntesis lograda, única mejor dicho, de todo el pensamiento precedente. Santo Tomás representa, así, no un autor más en la historia de la filosofía, sino la culminación del pensamiento escolástico en tanto que incorpora y sistematiza los aportes anteriores, tanto clásicos como cristianos. Por ello, el estudio de la filosofía y teología tomistas introducen al lector en la historia del pensamiento clásico y cristiano con la profundidad y naturalidad que caracteriza al Aquinate. Estos apuntes no son objeto de nuestra opinión, como es lógico, sino que reproducen la impresión que el estudio de santo Tomás produjo en Francisco de Vitoria,

⁸ Es el caso de Michel Villey. El autor llega a sostener que la segunda escolástica ha ideologizado a santo Tomás, Michel VILLEY, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, p. 170. O, incluso, que los autores no tienen nada de tomismo, Michel VILLEY, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, p. 103.

⁹ Cf. Félix Adolfo LAMAS, “Fecundidad de la escuela española de derecho natural y de gentes”, p. 79. También puede verse una crítica en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, pp. 68-69.

instituyendo como obra de referencia en los estudios teológicos salmantinos la *Summa* de santo Tomás, expresión de la impronta que el autor dejó en el maestro de Salamanca. Veamos, pues, el tratamiento tomista de las cuestiones mencionadas.

1. I-II, Q. 94:

LA LEY NATURAL

En primer término, es de obligado cumplimiento detenernos en la ley natural¹⁰ no solo para comprender el tema que en concreto abordamos, sino para dotarnos de unos fundamentos precisos para enjuiciar la realidad jurídica de modo correcto. Ya en Aristóteles, encontramos referencias a la presencia de una ley que existe, pero que difiere de la ley positiva¹¹. Esta divergencia la aprecia por medio de la observación de una heterogeneidad jurídica:

“la natural tiene la misma validez en todas partes, y ello no porque parezca bien o no, mientras que es legal la que, en principio, no importa si es así o de otra manera”¹².

La consideración de Aristóteles le empuja a descubrir que existe una realidad común a todos los hombres que establece un criterio operativo. En efecto, la ley natural no puede asimilarse a las leyes humanas dado que estas, en la medida en que tienen por causa ejemplar a la primera, poseen concreciones contingentes en orden a la realidad social –y, por ello, compleja– en la que se desenvuelven. Esta divergencia entre ley natural y ley humana puede ser recta o desordenada; esto es, evidentemente, la ley humana no puede plasmar de forma idéntica la ley natural, de lo contrario, la distinción entre ambas ya implicaría un desorden. La ley natural inspira y legitima a la ley humana, pero no la absorbe en sí misma. Sin embargo, obviando este hecho, no podemos pasar por alto el hecho de que la ley humana puede llegar a casos en los cuales atente contra la propia ley natural¹³. Esta situación es diferente, dado que, fundándose la legitimidad de la ley humana en la adecuación con la ley natural, su transgresión la ilegítima.

Santo Tomás, por su parte, abunda en la caracterización de la ley natural esbozando una serie de rasgos que estimamos necesarios para comprender la cuestión. En primer lugar, es preciso referirnos a la definición de ley, si queremos comprender con rectitud el concepto. La ley es una

¹⁰ Javier F. SANDOVAL, “De la ley natural a los derechos humanos”, pp. 61-67, que transcribimos a continuación.

¹¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, 1134b.

¹² *Ibid.*

¹³ *Op. cit.*, 1282b.

ordenación racional de la autoridad legítima encaminada al bien común de la comunidad objeto de la misma¹⁴, de lo que se extrae que la ley natural es una ordenación racional del Señor de la naturaleza –pues la naturaleza es la realidad que se ordena– encaminada al bien de la misma. En este caso, la autoridad creadora coincide con Dios como autor de la naturaleza y el bien con la tendencia de las criaturas al Creador como fin. Hecha esta consideración, conviene ahora exponer los rasgos que santo Tomás atribuye a la ley natural.

La ley natural es una ordenación objetiva al bien común fundada en la naturaleza creada, es decir, tiene una dimensión objetiva. La dimensión objetiva dota a la ley natural de un carácter anterior a la consideración subjetiva del hombre. Esto llega a tal punto que el mismo Aquinate rechaza calificar la ley natural como hábito¹⁵, ya que este nace de la voluntad humana, es decir, el hombre crea el hábito mediante el concurso de la voluntad, cosa que no ocurre con el concepto de ley natural, creado por Dios y no por la voluntad humana. La razón humana conoce la ley natural y, a través de la voluntad, obra conforme a la misma y solo en ese sentido cabe hablar de una dimensión subjetiva. Pero esa dimensión no puede atribuirse a la ley natural, dado que, de lo contrario, sería una realidad inmanente, cosa que contradice la misma naturaleza que nos es dada. La referencia a ley natural como hábito es, por ello, solo posible cuando se identifica –con abuso del lenguaje– con su contenido, poniendo santo Tomás el ejemplo de la fe¹⁶, término utilizado para referirse tanto a la virtud como a su contenido. Pero en las coordenadas reflexivas en las que nos estamos desarrollando conviene ser rigurosos y destacar la dimensión objetiva. En la consideración de la objetividad ha surgido la cuestión del contenido de la ley natural, que el mismo santo Tomás condensa en tres inclinaciones fundadas en la naturaleza creada y, a la vez, en la diversidad jerárquica de la propia naturaleza. Así, considerado de forma absoluta, se puede entender que el fin de la ley natural es el obrar adecuado a la naturaleza, y esto es verdad, pero dentro de ella no podemos identificar en su totalidad la naturaleza del hombre con la naturaleza del animal. En el caso del hombre, su naturaleza racional le permite conocer el bien, de lo que se deduce que las inclinaciones naturales confluyen en el principio esencial de la ley natural: hacer el bien y evitar el mal; esto no es óbice para que podamos señalar, como hemos indicado, una serie

¹⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae*, I-II, q. 90. Los respectivos artículos conforman los eslabones de la definición: racionalidad (a. 1), bien común como fin (a. 2) y autoridad legítima (a. 3).

¹⁵ *S. Th.* I-II, q. 94, a. 1, resp.

¹⁶ *Ibid.*

de inclinaciones fundamentales en el ejercicio de caracterización de la ley natural. Es por ello que, realizando una consideración gradual y compleja de la naturaleza, el contenido de la ley natural en los hombres descansa en:

- a) La conservación del propio ser¹⁷, común a todas las sustancias y principio, por ello, compartido con aquellas. Tanto un hombre como una planta tienen por ley natural tendencia a su propia autoconservación.
- b) Inclinación a bienes más concretos, que en este caso son compartidos por los seres vivientes y sintientes –animales–: la conjunción de los sexos, la educación de los hijos y otras cosas semejantes¹⁸. Evidentemente, la materialización que estas inclinaciones de la naturaleza encuentran en el hombre no tiene la misma dimensión cualitativa que en las bestias. La educación de un niño integra una cantidad de realidades mucho mayor que las nociones de supervivencia de un animal a sus crías.
- c) "En tercer lugar, hay en el hombre una inclinación al bien correspondiente a la naturaleza racional, que es la suya propia, como es, por ejemplo, la inclinación natural a buscar la verdad acerca de Dios y a vivir en sociedad. Y, según esto, pertenece a la ley natural todo lo que atañe a esta inclinación, como evitar la ignorancia, respetar a los conciudadanos y todo lo demás relacionado con esto"¹⁹.

Conteniendo la ley natural estas inclinaciones, cognoscibles por medio de la razón, encontramos que este atributo del hombre le permite desarrollar los de forma más perfecta que en aquellos casos en que los comparte con otras criaturas. La razón, por dotarnos de la capacidad para conocer el bien, nos introduce en el orden moral, de tal modo que el cumplimiento de la ley natural posee para el hombre una dimensión moral. Esto implica que el perfeccionamiento moral del hombre, su obrar tendente al bien²⁰, configura el núcleo del contenido de la ley natural, apreciable por una doble vía: una primera, común a las demás criaturas, pero cualitativamente superior en el caso humano y, una segunda, en lo referido a las inclinaciones nacidas en exclusiva de la racionalidad humana. Es por ello que la ley natural cubre el ejercicio de perfección del hombre, identificado con los hábitos operativos perfectivos²¹, esto es, las virtudes. Las virtudes tienen por fin el bien, en la medida en que los actos virtuosos son aquellos que per-

¹⁷ *S. Th.* I-II, q. 94, a. 2, resp.

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Op. cit.*, I-II, q. 2.

²¹ *Op. cit.*, q. 55, aa. 1-5.

feccionan al hombre. Pero si la perfección implica la adecuación del obrar con la forma, y siendo la forma del hombre el alma racional, lo perfectivo es lo que nos hace obrar según nuestra razón. A esto debemos añadir que la ley natural contiene las inclinaciones que nos orientan a obrar conforme a la naturaleza, y siendo la forma creada por Dios, identificada con el alma racional, los actos virtuosos se integran a las inclinaciones de ley natural²².

Un último aspecto de la ley natural que quisiéramos abordar antes de proseguir con nuestra aproximación al tema, y que tiene una enorme importancia para el mismo, como luego veremos, es la dimensión mutable o inmutable de la ley natural. Aquí debemos extremar la precaución, dado que no es difícil caer en incorrecciones que puedan enturbiar la cuestión. Consideremos la distinción entre el contenido de la ley y su concreción material. Esta realidad induce a muchos a la confusión, dado que presuponen que la heterogeneidad implica mutabilidad. Las inclinaciones de ley natural no pueden cambiar, puesto que, si ello ocurriera, implicaría que lo que perfecciona al hombre cambia, de lo que se deduce que la naturaleza humana es cambiante o que el bien es cambiante. Ambas conclusiones son erróneas evidentemente. Sin embargo, encontramos que la inspiración de la ley natural no obsta para que su concreción en la ley humana sea heterogénea. Así, por ejemplo, siendo un precepto de ley natural no quitar la vida a un inocente, las penas que impone la ley humana a los asesinos pueden cambiar según el lugar. Pero ello no afecta al precepto natural como tal, que se mantiene inmutable. Una segunda consideración viene dada por las adiciones a la ley natural²³. En este sentido, podemos decir que existen realidades que, con el paso del tiempo, acaban demostrándose perfectivas para el hombre –o, al contrario–, y como tales adquieren dimensión natural. No obstante, esta asunción debe ser rigurosa. Lo anterior, porque no existiría cambio de ley natural negativo, esto es, los principios de la misma se mantienen y ven su campo de concreción ampliado. Además, y esto es fundamental, más que la cuestión axiomática nos inclinamos más por la divergencia práctica. Es decir, siendo inmutable la ley natural, la complejidad social puede descubrir nuevas realidades conectadas a esos principios, que quedan integradas en los mismos; pero estos no cambian, sino que concluimos que su concreción es mayor de lo que se concebía.

A propósito de la mutabilidad, es conveniente abordar un tema cuya importancia será capital en nuestra reflexión. Tomando la ley positiva a la ley natural como causa ejemplar, la cuestión que se plantea es la siguiente:

²² *S. Th.* q. 94, a. 3, resp.

²³ *Op. cit.*, q. 94, a. 5, resp.

¿es más perfecta la ley positiva cuanto más se asemeja a la ley natural? La respuesta es compleja, pues depende de la acepción del término 'asemejar', que señala la relación entre ambas. Si la relación entre ambas es tendente a la identidad, es incorrecta la reflexión sobre el vínculo entre ley natural y ley positiva. La incorrección descansa en que la ley positiva, lo justo por conveniencia²⁴, persigue el bien común temporal, pero el bien común temporal es objeto de la prudencia. Así las cosas, la ley natural inspira la ley positiva –y esta no puede contradecir a la primera–, pero no pretende transformar la ley positiva en ley natural, distinción querida por la providencia de Dios y que sería desordenado difuminar.

En resumen, podemos decir, con el padre Santiago Ramírez, que consiste de manera formal en el contenido de:

“los primeros principios de orden moral, verdaderos y evidentes por sí mismos a todo hombre que tenga uso de razón, o sea en los enunciados o proposiciones de la *sindéresis* por los cuales se manda seguir lo intrínseca y manifiestamente bueno, y se prohíbe apetecer y ejecutar lo intrínsecamente malo”²⁵.

2. II-II, Q. 40:

LA GUERRA JUSTA

La guerra justa, tal y como es tratada por Tomás de Aquino, precisa detenernos según el objeto que abordemos. El primer artículo será el que más nos interese en nuestro trabajo, ya que las otras –a las que también nos referiremos, pero en menor medida– se vinculan a consideraciones de índole sobrenatural, tales como la condición clerical o la obligación dominical. En estas últimas, es cierto que la ley natural, aunque subsistente y no anulada²⁶, no encuentra un protagonismo tan significativo como en el artículo primero.

Santo Tomás señala la primera condición que se precisa para la legitimidad de la guerra, o sea, para que podamos hablar de una guerra movida por la justicia o justa.

²⁴ ARISTÓTELES, *op. cit.*, v, 1135b. La dimensión prudencial se deduce del criterio enjuiciador de la conveniencia. Así, la ética no pretende absorber al derecho en sus aguas, sino que lo inspira y orienta en la prosecución de lo justo. La distinción es fundamental. Ejemplo de ello es que, en ocasiones, podemos atender a casos en los que la prudencia señala una permisión de la injusticia para evitar un mal mayor. Sobre las relaciones ética-derecho, véanse Juan VALLET DE GOYTISOLO, *En torno al derecho natural*, pp. 19-20, y 65 y ss.; Juan VALLET DE GOYTISOLO, “Justicia moral y justicia jurídica”, pp. 161-193 y Michel VILLEY, *Definiciones y fines del derecho*, p. 73 y ss.

²⁵ Santiago RAMÍREZ, *El derecho de gentes*, p. 64 y ss. Citado en Juan VALLET DE GOYTISOLO, “La ley natural según santo Tomás de Aquino”, p. 657.

²⁶ *S. Th.* I, q. 1, a. 8, ad. 1.

“No incumbe a la persona particular declarar la guerra, porque puede haber valer su derecho ante tribunal superior; además, la persona particular tampoco tiene competencia para convocar a la colectividad, cosa necesaria para hacer la guerra. Ahora bien, dado que el cuidado de la república ha sido encomendado a los príncipes, a ellos compete defender el bien público de la ciudad, del reino o de la provincia sometidos a su autoridad”²⁷.

La guerra no es, por ende, una contienda particular, sino colectiva. El agente de la comunidad no es otro que el príncipe, por lo que solo él puede legítimamente llamar a la guerra. No estableceremos en esta parte de nuestro trabajo las conexiones con la ley natural, cosa que ocupará el epígrafe siguiente, pero ya en este punto podemos avizorar el *hummmus* que impregna la concepción que luego nutrirá a Francisco de Vitoria. La modernidad²⁸ política y jurídica introdujo una concepción inorgánica de la sociedad, haciendo descansar a esta última en la voluntad de los individuos y no en el orden de las cosas. El príncipe, por el contrario, encarna en el pensamiento tomista la suprema *potestas*, el agente que mueve al cuerpo de la comunidad a su fin, el bien común. Su legitimidad en el inicio de la guerra descansa en su finalidad particular, esto es, el fin de la política es el bien común, bien de todo hombre en cuanto hombre y, por ello, común a todos los hombres²⁹, de ahí que la guerra no provocada por la autoridad política³⁰ sea injusta y desordenada.

“Se requiere, en segundo lugar, causa justa. Es decir, que quienes son atacados lo merezcan por alguna causa”³¹. La causa justa aporta el segundo de los ingredientes que se precisan para calificar como justa la contienda³². La justicia para el Aquinate no es tanto la adecuación con el ordenamiento, reducción acaecida a partir del pensamiento moderno, sino la rectitud tomando como patrón el orden de las cosas. Con ello, no nos referimos a que la ley positiva no tenga un papel significativo en la individualización de lo justo; más bien que la ley positiva o convencional, en términos aristotélicos, lo es en tanto reflejo de su participación en la ley natural, participación, a su vez, de la ley eterna de las criaturas. Por ello, la justa causa será otro

²⁷ *S. Th.* II-II, q. 40, a. 1, resp.

²⁸ Nos referimos a la modernidad entendida en su sentido teorético o axiológico, no cronológico.

²⁹ Danilo CASTELLANO, *Política. Claves de lectura*, p. 64.

³⁰ El término no es el más adecuado, debido a que en santo Tomás el poder político no es tanto *auctoritas*, sino *potestas*, pero lo hemos formulado de esa manera para evitar que las aclaraciones se multipliquen. Véase CASTELLANO, *Política...*, *op. cit.*, pp. 43-42.

³¹ *S. Th.* II-II, q. 40, a. 1, resp.

³² Puede verse una aplicación de la doctrina de la causa justa en el derecho de guerra en Álvaro D'ORS, “Nueva guerra y nuevo orden mundial”, p. 582 y ss.

de los elementos esenciales que observaremos en nuestro análisis del tema en cuestión. Dado que el tema será abordado más adelante, nos limitaremos en este punto a considerar la justicia³³, tomada en el sentido tomista para dilucidar el enjuiciamiento de la causa como justa. Afirma Miguel Quesada Vázquez:

“Santo Tomás hereda el legado aristotélico e incluye aportaciones relativas al bien común reseñables. El Aquinate define la justicia como ‘es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su derecho’³⁴,

glosando la definición en función de la voluntad –entendida en sentido aristotélico o consciente al ser virtud–, la determinación y el derecho, siguiendo a san Isidoro, el cual concibe la justicia imprescindible de la concreción del derecho. La justicia es por ello virtud³⁵, hallada en la voluntad³⁶ y referida a otro³⁷. Como decíamos, el Aquinate asume la división de la justicia de Aristóteles, dividiendo a la justicia en particular³⁸ y general³⁹. Sin embargo, santo Tomás también sostiene las dimensiones conmutativa y distributiva dentro de la justicia particular:

“la justicia particular se ordena a una persona privada, que en relación con la comunidad es como la parte al todo. Ahora bien: cualquier parte puede ser considerada en una doble relación; una, en la de parte a parte, a la que corresponde el orden de una persona privada a otra, y este orden lo dirige la justicia conmutativa, que consiste en los cambios que mutuamente tienen lugar entre dos personas. La otra relación considerada es la del todo respecto a las partes; y a esta relación se asemeja el orden al que pertenece el aspecto de la comunidad en relación con cada una de las personas; este orden, ciertamente, lo dirige la justicia distributiva, que es la que distribuye proporcionalmente los bienes comunes. De ahí que sean dos las especies de justicia: la distributiva y la conmutativa⁴⁰.”

La justicia no solo se enmarca en la dimensión moral personal, sino que su actualización precisa de ser aplicada ejecutivamente en la comunidad política⁴¹. El juicio es por ello una consecuencia de la persecución de la

³³ Seguimos en este punto a Miguel QUESADA VÁZQUEZ, *Iglesia, sociedad y modernidad. Fundamentos del orden social cristiano*, pp. 230-233.

³⁴ *S. Th.* II-II, q. 58, a. 1.

³⁵ *Op. cit.*, q. 58, a. 3.

³⁶ *Op. cit.*, q. 58, a. 4.

³⁷ *Op. cit.*, q. 58, a. 2.

³⁸ *Op. cit.*, q. 58, aa. 7-8.

³⁹ *Op. cit.*, q. 58, aa. 5-6.

⁴⁰ *Op. cit.*, q. 61, a. 1.

⁴¹ *Op. cit.*, q. 58, a. 5: “Según esto, pues, el bien de cada virtud, ora ordene al hombre hacia sí mismo, ora lo ordene hacia otras personas singulares, es susceptible de ser referido al

justicia. Ahora bien, no cualquier tipo de juicio se considera legítimo, sino el que cumple las condiciones delineadas por santo Tomás:

“primera, que proceda de una inclinación de justicia; segunda, que emane de la autoridad del que preside; y tercera, que sea pronunciado según la recta razón de la prudencia. Si faltare cualquiera de estas condiciones, el juicio será vicioso e ilícito. Así, en primer lugar, cuando es contrario a la rectitud de la justicia, se llama, de este modo, juicio vicioso o injusto. En segundo lugar, cuando el hombre juzga de cosas sobre las que no tiene autoridad, y entonces se denomina juicio usurpado. Y tercero, cuando falta la certeza racional, como cuando alguien juzga de las cosas que son dudosas u ocultas por algunas ligeras conjeturas, y en este caso se llama juicio suspicaz o temerario”⁴².

“Se requiere, finalmente, que sea recta la intención de los contendientes; es decir, una intención encaminada a promover el bien o a evitar el mal”⁴³.

Esta condición señalada por santo Tomás parece aportar un elemento subjetivo, frente a la objetividad causal a la que nos hemos referido. De nuevo, se trata de un tema cuya conexión con el derecho natural veremos que es profunda, pero en este momento nos limitaremos a esbozar de manera preliminar. Se trata, como apuntábamos, de una dimensión subjetiva –no subjetivista⁴⁴– de las condiciones de la guerra justa. El gobernante no solo ha de mover en función de una justa causa objetiva, sino que se precisa de una intención recta. Dicha rectitud, que mediatamente se enjuicia en tanto se ordena al bien común, encuentra mediaciones cercanas, más próximas y

bien común, al que ordena la justicia. Y así el acto de cualquier virtud puede pertenecer a la justicia, en cuanto que ésta ordena al hombre al bien común. Y en este sentido se llama a la justicia virtud general. Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, como antes se expresó (I-II, q. 90, a. 2), de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien”.

⁴² *S. Th.* II-II, q. 60, a. 2.

⁴³ *Op. cit.*, I, q. 40, a. 1, resp. Puede verse un desarrollo del asunto en Paul AUPHAN, “La guerra y el derecho natural”, p. 741 y ss.

⁴⁴ El matiz no es baladí. La condición de la intención es la rectitud, por lo que la dimensión subjetiva de este requisito lo es tanto que se predica del sujeto. No nos referimos, por ello, a las corrientes filosóficas subjetivistas deudoras del racionalismo moderno, a causa de que –en lo que a nuestro asunto compete– entienden el orden moral como el orden subjetivo, el que el propio sujeto se concede a sí mismo. La intención para santo Tomás ha de ser recta, esto es, presupone un patrón previo a sí misma sobre el que proceder al enjuiciamiento; patrón que no es otro, de nuevo, que el orden de las cosas. Véase sobre el subjetivismo Danilo CASTELLANO, “¿Es divisible la modernidad?”, p. 446, y, monográficamente, Juan Fernando SEGOVIA, *De la modernidad a la posmodernidad*. Sobre el orden natural como criterio de rectitud, Estanislao CANTERO, “Derecho, guerra y justicia”, pp. 592-597.

concretas, ligadas a las circunstancias del momento. Además, la rectitud de la intención es una condición que puede torcerse con el tiempo, no poseyendo una caracterización estática, sino dinámica. De esta forma, una guerra puede ser declarada justa en su origen y tornarse injusta en su ejercicio a medida que transcurre el tiempo.

III. La guerra justa en Francisco de Vitoria. La impronta de la ley natural

Llegamos al punto nodal de nuestro estudio. Como venimos haciendo, esbozaremos la metodología empleada para facilitar la comprensión. La exposición sigue la caracterización de Francisco de Vitoria sobre el asunto. Así, abordaremos en primer término la licitud de la guerra, para continuar con la autoridad legítima para declarar la guerra justa, así como sus causas y objeto en una parte posterior, previa a la recapitulación del asunto. En el estudio, trataremos de conectar los temas con las exposiciones sobre la caracterización de la ley natural antes señalada.

1. CUESTIÓN 1:

LA LICITUD DE LA GUERRA

La primera de las consideraciones que realiza Francisco de Vitoria en torno a la cuestión bélica es su licitud. Hemos de recordar que tenemos por objetivo de nuestro estudio no solo la guerra justa en el autor salmantino, sino la conexión de la cuestión con la ley natural. Es por ello que asumiremos la cuestión siguiendo las reflexiones de Francisco de Vitoria, conectándolas con el iusnaturalismo clásico cristiano.

En primer lugar, se cuestiona si los argumentos de autoridad que cita en contra del uso de la fuerza ("No defendiéndoo a vosotros mismos, carísimos, si no dad Lugar a la ira" (Rm., xii, 19); "Si alguien te hiriese en la mejilla derecha, le das la izquierda. Mas yo os digo que no resistáis al mal" (Mt., v, 39); "Todos los que echan mano de la espada, a espada perecerán" (Mt., xxvi, 52) pudieran ser tomados como absolutos, pero circunscritos al plano de los consejos evangélicos⁴⁵. Los consejos, siguiendo a santo Tomás⁴⁶, no encontrarían una exigibilidad común, propia de los preceptos;

⁴⁵ FRANCISCO DE VITORIA., *Relección del derecho de guerra* en *Relecciones teológicas*, pp.90-91.

⁴⁶ S. *Th.* II-II, q. 184, a. 3, resp.: "Se dice que la perfección consiste en algo de dos modos: en sí misma y esencialmente, y secundariamente. En sí misma y esencialmente, la per-

por ello, el autor plantea si la contradicción entre el uso de la guerra por cristianos y los argumentos contrarios presentados pueden explicarse sobre la dimensión consejera y no preceptiva. El maestro descarta esta conclusión, dado que parece insólito pensar que el consejo evangélico ha sido sistemáticamente incumplido desde los tiempos de la Revelación. Argumenta en contra con la invocación de una serie de autoridades que señalan lo opuesto.

La legitimidad de guerrear descansa, en primera instancia, en la autoridad legítima⁴⁷. Siguiendo a santo Tomás⁴⁸, señala la autoridad del príncipe como elemento necesario en el ejercicio de la fuerza legítimo. Y es que, en conexión con la ley natural, el hombre por naturaleza precisa de la dimensión social. La naturaleza, entendida como principio de movimiento, nos inclina a nuestro fin, que es nuestro bien para el catedrático. La ley natural, por ello, nos inclina a la vida en sociedad, que precisa de una causa formal que ordene el presupuesto material de la multiplicidad de elementos que conforman la *res publica*. Esa formalidad ha de ser determinada por un agen-

fección de la vida cristiana consiste en la caridad: principalmente en el amor a Dios y secundariamente en el amor al prójimo, que son el objeto principal de los preceptos de la ley divina, según dijimos antes (s. c.; 1-2 q. 100 a.3 ad 1; a.2). Ahora bien: el amor a Dios y al prójimo no están mandados con limitación alguna, de modo que lo que es más caiga bajo consejo, como da a entender la misma forma del precepto, que exige perfección al igual que cuando se dice: Amarás al Señor tu Dios con todo tu corazón; en efecto, todo y perfecto significan lo mismo, según el Filósofo en *III Physic.*; y cuando dice: ‘amarás a tu prójimo como a ti mismo, puesto que cada uno se ama a sí mismo con todas sus fuerzas’. Ello es así porque el fin del precepto es la caridad, como dice el Apóstol en I Tim 1, 15. Ahora bien: no se pone medida al fin, sino a los medios, como dice el Filósofo en I *Polit.*, del mismo modo que el médico no pone medida a la salud, sino sólo a la medicina o dieta que ha de usar para curar. Así es evidente que la perfección consiste esencialmente en los mandamientos. Por eso dice San Agustín, en *De Perfectione Iustitiae*: ¿Por qué, pues, no ha de exigirse al hombre esta perfección, aunque nadie la alcance en esta vida? De manera secundaria e instrumental, la perfección consiste en los consejos. Tanto unos como otros se ordenan a la caridad, pero de modo distinto. Los mandamientos tienen como fin apartar lo que es contrario al acto de caridad que la hace incompatible con ellos, mientras que los consejos se ordenan a apartar los obstáculos al acto de caridad que, sin embargo, no se oponen a la misma, como son el matrimonio, la dedicación a negocios temporales, etc. Por eso dice San Agustín en *Enchirid*: ‘Todo cuanto manda Dios, como: No fornicarás, y todo lo que aconseja, como: Es bueno para el hombre no tocar a una mujer, se hace rectamente cuando se relaciona con el amor a Dios y al prójimo por Dios, tanto en esta vida como en la futura’. Por eso, en las Colaciones de los Padres, dice el abad Moisés: ‘Los ayunos, las vigiliias, la meditación de las Escrituras, la pobreza y la privación de todos los bienes, no son perfección, sino instrumentos de la misma, porque no consiste en ellas el fin de esa forma de vida, sino que se llega al fin a través de ellas. Y previamente había dicho: Trabajamos por llegar a la perfección de la caridad a través de estos grados’.

⁴⁷ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁸ S. *Th.* II-II, q. 40, a. 1, resp.

te que mueve el todo hacia su fin. El fin del príncipe, el bien común, fin de la política, consiste en la consecución del bien común. Dentro de las amenazas posibles al bien común encontramos, claro está, la violencia física contra los miembros de la comunidad por parte de una fuerza externa. Como hemos recordado, los principios de la ley natural –autoconservación, procreación y educación, y perfección moral– en el hombre se dan en tanto que hombre, siendo errado considerar la autoconservación al margen del orden moral. Por ello, una agresión externa, aunque atente contra la totalidad de fines individualmente considerados, permite un enjuiciamiento moral mientras afecta a la comunidad de los hombres. Enjuiciamiento, entonces, dependiente del fin de dicha comunidad, bien común, objeto de la política y, por ello, del príncipe. Como podemos apreciar, la consideración al príncipe que el escritor, siguiendo al Aquinate, realiza encuentra su fundamento en la ley natural, toda vez que es por naturaleza que los hombres son sociales.

Con posterioridad aborda la legitimidad de la guerra desde el prisma iusnaturalista *formaliter loquendo*:

“Durante la vigencia de sola la ley natural fue lícito esto, como se ve en Abrahán que peleó contra cuatro reyes (Gn., XIV, 15). También lo fue en la Ley escrita, como es claro por la historia de David y de los Macabeos”⁴⁹.

Parece ilógico que Dios, autor de la naturaleza, señalase la licitud de la guerra no solo antes de la Ley mosaica, sino, incluso, antes de la propia Revelación. El fraile argumenta afirmando:

“la ley evangélica nada vino a prohibir de lo que era lícito por derecho natural, como elegantemente defiende Santo Tomás⁵⁰, de donde es llamada también ley de libertad de Jacob; luego lo que era lícito en la ley natural y escrita, no menos lo es en la ley evangélica”⁵¹.

La argumentación vitoriana de este punto nos aporta una nota característica de la ley natural y su trascendencia en el análisis del teólogo. Ya nos hemos referido antes a que este argumento considera la ley natural en un sentido formal; no se detiene, por ende, en las concreciones materiales de la ley natural como elemento de juicio de la guerra justa, sino que considera la ley natural en sí misma y razona sobre la licitud de la guerra durante su vigencia. Vemos que en la reflexión este pensador, se señala la ley natural, la ley divina positiva y la ley evangélica. Si atendemos a la definición de

⁴⁹ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁰ S. Th. I-II, q. 107, a. 4.

⁵¹ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 92.

ley como ordenación racional tendente al bien común promulgada por la autoridad legítima, las leyes referidas encuentran una relación de participación sustantiva⁵². La ley eterna, sabiduría de Dios, rige el universo, participando a las criaturas en dicha ley por su naturaleza, y a esta participación le llamamos ley natural. Surge, por otro lado, la importancia de la positivización de la ley, bien de la ley natural en la ley escrita divina bien en la ley positiva humana. Pero la relación jerárquica y participativa entre los órdenes se predica de las leyes, siendo lógico pensar que los órdenes no se anulan entre ellos; la ley evangélica o ley de la gracia, no puede implicar la anulación de la ley natural, ya que esta última es la participación de las criaturas en la ley eterna. Además, está lo ya afirmado: “*gratia praesupponit naturam*”⁵³.

Siguiendo con la legitimidad de la guerra, Francisco de Vitoria aborda, en primer término, la guerra defensiva, esto es, aquella que nace de la respuesta a una agresión externa. El maestro no se detiene mucho en el asunto, remitiendo al texto del *Digesto*⁵⁴ que afirma “*vim vi repellere licet*”, o sea, que es lícito repeler la fuerza con fuerza. Aunque salta rápidamente al punto siguiente, este aspecto merece una consideración desde el prisma de la ley natural. El uso de la fuerza puede leerse desde dos perspectivas. Así, existe una *vis* física, o fuerza física, y una *vis* moral, o fuerza moral. El uso de la fuerza, en esta sede, se refiere al ejercicio de la misma cualificado de forma intrínseca con una nota transgresora. No es, por tanto, el mero ejercicio de la fuerza, sino su empleo como medio instrumental en la transgresión del orden. Por ello, no se puede afirmar que el pensador asienta, por ejemplo, la respuesta de un hijo ante la corrección de su padre, sino la respuesta ante una agresión de naturaleza ilegítima. Por seguir con el ejemplo anterior, no sería lícito el ejercicio de la fuerza cuando esta tiene una finalidad correctiva, o sea, que persigue el bien del corregido. Sí sería susceptible de respuesta cuando esa corrección es extralimitada, evidenciando su contraposición con el bien del agredido.

Pero el razonamiento de Francisco de Vitoria no se detiene en la guerra defensiva, sino que aborda la llamada guerra ofensiva, es decir, aquella en la cual no solo se defienden o se persiguen las cosas a las que se tiene derecho, sino, también, aquella donde se vengán injurias recibidas⁵⁵. Debemos hacer notar que el término ‘injuria’ debe leerse en este punto en sentido amplio. No se refiere el autor al mero insulto o agresión en sentido personal

⁵² FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, pp. 88-89.

⁵³ *S. Th.* I-II, q. 109, a. 2.

⁵⁴ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 92.

⁵⁵ *Ibid.*

o subjetivo. Injuria, del latín *iniuria*, se refiere a la transgresión del orden justo. En nuestro mundo contemporáneo, es fácil reducir el orden justo al ordenamiento jurídico, pero el pensamiento clásico no lo emplea solo en esa acepción. El orden justo queda así, delimitado por la disposición de la realidad con el criterio de ordenamiento de la virtud de la justicia, a la que previamente nos hemos referido según sus diversas acepciones. Realizamos este matiz porque es necesario antes de abordar la legitimidad de la guerra ofensiva y sus argumentaciones, así como para mostrar su conexión *ab origine* con la ley natural.

Comencemos apuntando del autor, un argumento efectivo, esto es, referido a la efectividad del objeto. Señala que la guerra defensiva sería:

“ineficaz si no se tomara venganza de los enemigos que injuriaron o intentaron injuriar, pues se harían éstos más audaces para acometer nuevamente, sino fueran contenidos por el temor al castigo”⁵⁶.

El castigo, en conexión con el orden justo, descansa en un fundamento restituido del mal ocasionado; mal que ha de leerse en relación con la naturaleza de las cosas, directa o indirectamente, esto es, ya por concreción o por determinación de la ley natural. Aunque la intención del argumento es efectiva, no de inmediato teleológica, conviene apuntarlo.

Por otro lado, Francisco de Vitoria expone un argumento de naturaleza teleológica, o sea, referido a la finalidad perseguida:

“El fin de la guerra es la paz y la seguridad de la república, como dice San Agustín; mas no puede haber seguridad en la república si los enemigos no son contenidos por el miedo a las armas, y fuera inicua condición de la guerra que fuera sólo lícito rechazar a los invasores de la patria sin que pudieran ser perseguidos más allá de las fronteras”⁵⁷.

En este argumento, el catedrático se mantiene en el razonamiento efectivo, pero percibimos una apertura a la dimensión teleológica; así, la guerra ofensiva como medio eficaz de consolidar la defensa responde a un principio final: la paz y la seguridad. Ambos descansan en axiomas de la comunidad natural, no ajeno, sino informados por la ley natural. La paz, lo afirma Tomás de Aquino⁵⁸ siguiendo a san Agustín, es la tranquilidad del orden. Esta dimensión objetiva de la paz, enriquecida con la dimensión subjetiva –en sentido clásico– que la define como la “quietud y unión del apetito”⁵⁹, im-

⁵⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 93.

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ *S.Th.* II-II, q. 29, a. 2, resp.

⁵⁹ *Op. cit.*, q. 29, a. 2, ad. 3.

plica, de nuevo, el concepto de orden⁶⁰. Del orden que configura la disposición de las criaturas según el criterio del bien común como finalidad última se toma tanto la tranquilidad en sentido objetivo como la quietud en sentido subjetivo. La paz, entonces, es inescindible de la concepción ordenada natural, debido a que solo de esta el hombre conoce lo bueno por naturaleza. La seguridad, por su lado, responde a los principios necesarios de toda comunidad política. Y seguridad, debemos señalar, es entendida por Francisco de Vitoria en línea con el pensamiento aristotélico-tomista, que dota al término de una concepción extensiva. Así, no se reduce a la mera protección física, sino que esta es condición de la seguridad derivada de la concordia política como causa eficiente de la *res publica*⁶¹. De esta forma, se encuentra en la línea del estagirita al entender la seguridad como un orden dentro de la *homónoia*, cuyo contenido objetivo incluye al menos tres órdenes⁶²:

- 1.º En primer lugar, repito, un ámbito cultural. Es decir, un mínimo cultural común. Se trata de un mínimo que permita entenderse y comunicarse, por ejemplo: una lengua común. Pero no solo esto, sino, también, un mínimo de estimaciones y juicios de preferencia en común, sin los cuales sería imposible lo ulterior: el intercambio, la moneda, la seguridad, etcétera.
- 2.º En segundo lugar, el aseguramiento de la vida biológica de los individuos y de las familias. Esto requiere un mínimo de economía, es decir, un mínimo sistema de distribución de recursos y de aprovechamiento de bienes escasos, y también una cierta seguridad que haga posible no solo que los hombres no se maten, sino que exista un mínimo de asistencia recíproca.
- 3.º En tercer lugar, la concordia política o *homónoia* supone –como decía Platón y vuelve a enseñar Aristóteles cuando se refiere a la reciprocidad en los cambios– un mínimo de justicia. Sin el cual mínimo de justicia desaparece el interés común. En efecto, no existe el interés en hacer algo en común con el otro o intercambiar algo con él si no hay un mínimo de reciprocidad en la relación de ambos entre sí.

Esta concepción aristotélica de la comunidad es entendida por los escolásticos españoles, por la escuela de santo Tomás, de la mano de las notas características que les imprime Cicerón⁶³. La *homónoia*, en la que se incluye la

⁶⁰ VITORIA., *Relección...*, *op. cit.*, p. 96.

⁶¹ Félix A. LAMAS, “Ley natural y pluralismo cultural”, p. 165.

⁶² Félix A. LAMAS, “La concordia política. Causa eficiente del Estado”.

⁶³ La conexión es señalada por Álvaro D’ORS, “Introducción”, p. 21.

seguridad física, se encuentra sustantivamente vinculada al *consensus iuris* y a la *communio utilitatis*⁶⁴. Términos, por su parte, que han de ser leídos con la precaución de no incurrir en abusos lingüísticos al calor de la similitud terminológica⁶⁵. De esta forma, el *consensus iuris* no es la condición privatista del contrato, en línea con las doctrinas constructivistas, sino el reconocimiento previo y necesario por parte de cada uno, y, por ello, de todos, de lo que es auténticamente jurídico, o sea, de la justicia. La *communio utilitatis* no es el cálculo que de modo utilitario conlleva la vida en sociedad, sino la necesidad de la *res publica* como elemento irrenunciable en la vida humana.

El último de los argumentos en defensa de la legitimidad de la guerra justa, antes de cerrar con argumentos de autoridad, se refiere al fin y al bien del mundo:

“fuera imposible la felicidad en ninguna parte y la situación del mundo fuera pésima, si los tiranos y los ladrones y los raptos pudiesen impunemente cometer sus atropellos y oprimir a los buenos y a los inocentes, y recíprocamente defender y vengar a éstos no les fuera lícito a la gente de orden”⁶⁶.

Francisco de Vitoria argumenta, al parecer en clave negativa, o sea, en función del castigo del mal. Un análisis algo más detenido nos lleva a sostener lo contrario, debido a que comienza la reflexión en torno a la finalidad, y esta no puede ser, por definición, negación. Además, argumenta, a través de la cualificación del poder que supone el orden de las cosas –y la política, como ciencia y arte del bien común, del orden natural–, en el sentido de que el poder, para el pensamiento clásico cristiano, es herramienta de la política, pero no es asimilable con la política, en contra de las tesis voluntaristas que arrancan con el nominalismo y tiñen toda la filosofía política moderna.

Esta última idea nos conecta con la concepción de los clásicos españoles del *ius communicationis*, esto es, la concepción del mundo como una comunidad de todos los hombres y pueblos de la tierra, cuyo orden normativo era el derecho de gentes, a su vez, fundado en el derecho natural⁶⁷. Dicha concepción legitima la acción común en la comunidad de los hombres, reconociendo plena personalidad jurídico-política a los pueblos de los hombres, sean o no cristianos⁶⁸. Siendo así, en opinión de Antonio

⁶⁴ Marco T. CICERÓN, *De re publica*, I, 25-39 y I, 26, 41-42.

⁶⁵ Seguimos en este punto a CASTELLANO, *Política...*, *op. cit.*, p. 36.

⁶⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 93.

⁶⁷ PÉREZ, *La polémica...*, *op. cit.*, p. 78 y ss. También Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, p. 68 y ss.

⁶⁸ PÉREZ, *La polémica...*, *op. cit.*, p. 80 y ss.

Pérez Luño, es el *ius communicationis* el fundamento sustancial de la presencia, y guerra, de los españoles en América⁶⁹.

2. CUESTIÓN 2:

LA AUTORIDAD PARA DECLARAR LA GUERRA

En la segunda cuestión, reflexiona sobre la legitimidad activa en la declaración de guerra. Para ello, divide el asunto de manera tripartita: el hombre sujeto, la comunidad política y el príncipe.

En la primera de las partes, el maestro se pregunta sobre la licitud de la guerra entendida de manera particular, subjetivamente hablando. Nótese que se refiere a la resistencia a la *iniuria*, a la transgresión del orden justo de las cosas; por ello, la legitimidad del sujeto para el uso de la fuerza solo se circunscribe a la agresión ilegítima externa a modo de resistencia. La *iniuria*, en este caso, tendría una dimensión particular, no colectiva, porque atenta contra los bienes –o fines– particulares del hombre, de forma directa o indirecta a través de las causas eficientes mediales, por ejemplo, la propiedad⁷⁰. La *iniuria*, por ello, siendo referida a su dimensión particular se entiende como concepto amplio que integra la violación del orden justo; de hecho, el pensador razona que la *iniuria* como causa de la agresión merece una doble respuesta: la primera reacción es la resistencia –con la fuerza– de manera proporcional y prudente –en sentido clásico– a la agresión. Mientras que, una segunda reacción, dentro de la resistencia, de naturaleza activa, consiste en poner los medios para custodiar bienes de diversa naturaleza. En tal situación, la huida no es *simpliciter* la vía de salvaguarda del bien particular, sino que existen supuestos en los que la huida puede ser desordenada, siendo precisa una respuesta activa al transgresor, mediada por la razón. De esta forma, el hombre encuentra en el orden de las cosas la naturaleza de estas que les permite determinar el objeto de la justicia, el *ius*, a la vez de, por ello, la legitimidad para actuar en su defensa, siempre que nos reframos a la dimensión particular del orden. Esto último es especialmente importante, en tanto cualifica el acto según su finalidad. Así, un hombre puede responder con la fuerza frente a la agresión, pero solo si persigue la resistencia al mal, en virtud de que la restitución no es competencia particular sino pública⁷¹.

La segunda de las proposiciones trata de la legitimidad activa de la comunidad política en el ejercicio de la guerra. Para ello, hemos de hacer

⁶⁹ PÉREZ, *La polémica...*, *op. cit.*, p. 87.

⁷⁰ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 95.

⁷¹ *Ibid.*

una aclaración terminológica. Francisco de Vitoria funda la legitimidad de la restitución de la transgresión por la fuerza en la finalidad de la comunidad política, citando el libro III de la *Política* de Aristóteles⁷². Sin embargo, encontramos una terminología no presente en la obra del estagirita, que se refiere al “bien público” en lugar del “bien común”⁷³. Este cambio terminológico estimamos que debe atribuirse al manejo de los textos latinos romanos de filosofía de la política, los cuales emplean el término *res publica*. Así, bajo estas condiciones, el “bien público” que Francisco de Vitoria atribuye a Aristóteles sería el bien común, ya que es el bien de la *res publica*, esto es, su finalidad⁷⁴. Esta finalidad de la política, el bien común, se entiende en cuanto que esta es ciencia y arte de dicho bien común, exigencia de la naturaleza humana por su sociabilidad.

El pensador entiende, entonces, la *res publica* como legitimada para la defensa de sí misma, así como para el sometimiento a la verdad práctica –adecuación del obrar al bien–. Por ello, la transgresión del orden justo, en tanto que afecte al bien común, no solo ha de ser resistida, sino rechazada con miras a la restitución. Francisco de Vitoria afirma que solo la comunidad política tiene la legitimación para la *vindicatio*⁷⁵, la reclamación de la restitución del orden. Esta concepción teleológica no queda reñida con una dimensión eficiente que torne en efectiva la finalidad perseguida. Afirma:

“la república debe bastarse a sí misma, y no podría suficientemente conservar el bien público y la seguridad propia si no pudiese vengar la injuria y lanzarse en armas sobre el enemigo; pues se harían los malos más listos y audaces en injuriar, si pudiesen hacerlo impunemente; por lo mismo es necesario para la cómoda administración de las cosas de este mundo, que se conceda esta potestad a las naciones”⁷⁶.

⁷² VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 96.

⁷³ Nótese que para tal afirmación hemos consultado la versión original, curada por Luciano Pereña, “Elaboración”, p. 116. Como afirmaba en el texto, Francisco de Vitoria escribe “*bonum publicum*”.

⁷⁴ Los matices no son en vano, considerando que la irrupción del Estado a partir de las guerras de religión originadas en el siglo XVI hasta la culminación de la lógica estatal a mediados del siglo XVII, han asimilado el término ‘público’ a ‘estatal’, por lo que el bien público sería, para dichos autores, el bien del Estado, operándose una suerte de privatización estatal de la finalidad de la política, o sea, una confusión de lo político con la *persona civitatis*. Cf. CASTELLANO, *Política, op. cit.*, p. 55 y ss.

⁷⁵ La edición castellana que manejamos emplea el término ‘venganza’. Es correcto su uso siempre que entendamos al modo clásico el término, esto es, la pena impuesta al pecador. Cf. *S. Th.*, II-II, q. 108, a. 1, resp, siendo, así, no solo no mala, sino virtuosa, *S. Th.*, II-II, q. 108, a. 2, s. c. Dicha imposición conlleva la restitución, como hemos dicho; y conviene recordarlo, pues Francisco de Vitoria emplea en el original el término ‘*vindicare*’, más próximo a la reclamación en nuestro lenguaje contemporáneo.

⁷⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 96.

La tercera proposición que aborda se refiere al agente que mueve a la comunidad política, esto es, al príncipe⁷⁷, y su legitimidad activa en el uso de la guerra justa. Para ello, desarrolla las características de la *res publica*, aquellas que nos permitan entender la naturaleza del gobierno del príncipe. Por ejemplo, la comunidad política se dice tal en tanto que sociedad perfecta, o sea:

“hay que notar que perfecto es lo mismo que completo; pues llámase imperfecto aquello a lo que falta algo, y por el contrario, perfecto aquello a lo que nada falta. Será, pues, república perfecta o perfecta comunidad aquella que es de suyo un todo completo, es decir, que no es parte de otra república, sino que tiene leyes propias, consejo propio y propios magistrados, como son los Reinos de Castilla y de Aragón, el Principado de Venecia y otros semejantes”⁷⁸.

Dicha perfección lo es de la comunidad como tal, no siendo ello obstáculo para ser movidas por un agente común, pues la perfección requiere movimiento al fin propio, no identidad de agentes. Dicha distinción es fundamental para entender nuestro tema, en el sentido de que el bien de la comunidad, bien común, es su finalidad y, por ello, ha de ser movida por la acción política del gobernante. Y, en virtud de que es agente, este encuentra la legitimación de la defensa de la comunidad; legitimación, de nuevo, cifrada en el orden natural, que hallamos en los contenidos de la ley natural las tres inclinaciones que se persiguen: autoconservación, procreación y alcance del bien, que trasladados a la comunidad se refieren a la seguridad, el desarrollo y la vida buena en común. El príncipe no anula su bien particular, pues en tanto que hombre encuentra una finalidad propia; por su parte, el bien común, por ser superior –o sea, más difusivo– integra el bien del gobernante de manera especial, debido a que no lo hace de la misma forma que el bien del ciudadano. Por ello, el príncipe es agente que, por el hecho de que mueve

⁷⁷ De nuevo, es obligado un matiz terminológico. En la edición castellana la traducción es problemática, ya que emplea el término ‘soberano’. Cf. *op. cit.*, p. 98. Sin embargo, este término es impropio del autor, porque en la versión original latina utiliza ‘*princeps*’. Cf. FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de iure belli*, p. 118. La cuestión no es baladí, puesto que la soberanía como atributo del soberano nace de la secularización de las concepciones occamistas de la *potestas* divina, que en santo Tomás son rechazadas tomadas en sentido absoluto, siendo el poder de Dios una *potestas ordinata*. Cf. *S. Th.*, I, q. 25, a. 3, resp. El desarrollo de la soberanía como elemento medular del pensamiento moderno, con Jean Bodin como artífice, se refiere al poder no cualificado en sí mismo, superior y dependiente de la propia espada, atributo que en el absolutismo se atribuye a los reyes y, posteriormente, al Estado. Estos términos son extraños al pensamiento político-jurídico clásico cristiano hispánico, donde el poder regio es *suprema potestas*, pero no soberanía. Puede verse sobre todo ello, Danilo CASTELLANO, *La naturaleza de la política*, p. 59 y ss.

⁷⁸ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 96.

a la comunidad, encuentra una relación más estrecha con el bien común, fin de la comunidad y, a la vez, de la política. La perfección de la comunidad legitima al gobernante para la consecución del bien superior. Así:

“los príncipes que no gobiernan una comunidad perfecta, sino regiones que son parte de otra república, no pueden declarar y sostener la guerra, como el duque de Alba y el conde de Benavente, cuyos señoríos son partes del reino de Castilla, mas no comunidades perfectas”⁷⁹.

La razón estriba en que el bien común de dicha comunidad se integra en el bien común de otra superior, cuyo acabamiento la convierte en más perfecta, en el sentido de que podría darse la situación de que la guerra fuese positiva para el duque de Alba (Fernando Álvarez de Toledo y Pimentel) y no para Castilla, lo cual prueba la ilegitimidad de aquel para declarar la guerra, en la medida en que contraviniendo el bien común contraviene el bien propio, que participa del superior.

Nótese que, sobre esto último, hemos realizado, siguiendo a Francisco de Vitoria, un análisis final del asunto. El maestro, no obstante, es consciente de que la concreción que precisa el derecho natural por el derecho positivo puede legitimar materialmente al príncipe menor, pero la legitimidad precisa, también, de una legitimidad formal, de ahí la importancia de las consideraciones que coloca como incipit al asunto. Por ello, como decimos:

“como esta facultad depende en gran parte del derecho de gentes o del derecho positivo humano, la costumbre puede otorgarla. De donde, si alguna ciudad o algún príncipe obtuvo por antigua costumbre el derecho de declarar por sí mismo la guerra, no se le debe negar este poder, aunque no se trate de sociedad perfecta. Más todavía: la necesidad puede conceder esta licencia y autoridad, pues si en un mismo reino una ciudad atacase a otra, o uno de los generales a otro general, y el rey se mostrase remiso y no se atreviese a vengar las injurias, podrían la ciudad o el general injuriado, no sólo defenderse, sino declarar la guerra y arrojarse sobre los enemigos y matar a los malhechores, porque de otra suerte ni defenderse cómodamente podrían; los enemigos no cesarían de atacar si los atacados se contentasen con sola una defensa pasiva”⁸⁰.

La legitimidad activa del derecho de guerra se reduce, como observamos, a las esferas comunitarias, entendiendo que la contestación individual va referida más bien a la resistencia del mal de la *iniuria* que a la *vindicatio* o restitución del orden de cosas. Dicha legitimidad lo es en función de dicho orden, que tiene su fundamento en la naturaleza del hombre, que precisa

⁷⁹ VITORIA, *Reelección...*, *op. cit.*, p. 97.

⁸⁰ *Ibid.*

de la comunidad política para alcanzar su fin propio. Es en dicha medida en la que podemos calificar la *iniuria* como merecedora de *vindicatio*, al momento en que se constituye como un obstáculo para la finalidad social, el bien común. Ello no obsta, lo hemos apuntado, para despreciar el derecho positivo o convencional. El error de la razón y la debilidad de voluntad favorecen un oscurecimiento de las inclinaciones que integran la naturaleza, dificultando en ocasiones determinar el objeto de la ley natural como ley moral universal. Además, dichas inclinaciones conocidas por la *sindéresis* o hábito de los primeros principios precisan de una determinación prudencial, que atienda a la experiencia política y jurídica de la sociedad concreta, exigencia de toda ciencia práctica como lo es la política. Así, la *res publica* no es una entidad ideal en el pensamiento del autor, sino la sustancia –no primera sino moral– que precisa de una determinación accidental, la forma que informa una materia que la acoge. De este modo, el derecho positivo, bien por concreción bien por determinación, refleja la ley natural⁸¹, o sea, lee el orden de las cosas⁸² y lo determina o concreta en una situación determinada, dando pie a la determinación de la justicia.

3. CUESTIÓN 3:

LAS CAUSAS DE LA GUERRA JUSTA

Analizada la legitimidad de la guerra justa, así como la referida a sus declarantes, el estudioso considera las causas que legitiman la guerra, o sea, aquello por lo que podemos definir como justa, referida a su causa, una guerra.

La primera de las posibles causas sobre las que reflexiona es la resistencia al reconocimiento de la verdad religiosa. El maestro apunta a su *relectio* previa, en la que refuta como justo título la imposición de la fe para hacer la guerra⁸³. Además, invoca para la argumentación al Aquinate como autoridad que ya ha abordado el asunto⁸⁴. El asunto puede resumirse, sustancialmente, en la distinción –no separación– de los órdenes natural y sobrenatural. Así, los indios gozan de autoridad natural sobre el dominio de sus territorios, no siendo su paganismo título legítimo para arrebatarles el poder político; ello no obsta, por otra parte, para que estos se encuentren legitimados para resistir la conversión de los pueblos, realidad que contraría la subordinación del orden natural al sobrenatural. Por tanto, en el supuesto de que el poder político fuese empleado contra la divulgación de la fe, sí

⁸¹ VALLET DE GOYTISOLO, *En torno...*, *op. cit.*, p. 17.

⁸² Juan VALLET DE GOYTISOLO, “Del legislar como ‘legere’ al legislar como ‘facere’”, p. 507 y ss.

⁸³ FRANCISCO DE VITORIA, *Relección de los indios recientemente hallados*, p. 48 y ss.

⁸⁴ *S. Th.* II-II, q. 66, a. 8, resp.

existe una transgresión que ilegitima dicha decisión, pero por el mero hecho de ser paganos no desaparece la legitimidad natural de su poder político.

La segunda causa negada como legítima para determinar la guerra como justa se refiere al ensanchamiento del imperio. El catedrático argumenta contra ella señalando que, pese a su obiedad, una muestra de la ilegitimidad sería la determinación como bueno de los actos violentos que implica la ampliación territorial⁸⁵. Además, siguiendo el razonamiento anterior, el ensanchamiento de los límites de la comunidad política no es, ni siquiera, bueno *per se*. La razón de ello estriba en que las fronteras físicas no son condición sustancial para la existencia de una comunidad política, aunque muy a menudo forman parte de ella de modo especial. Pero no se puede, por el contrario, afirmar que los límites territoriales configuran parte de la sustancia de la comunidad política, pues ello implicaría que toda comunidad –siguiendo la noción de sustancia– ha de tener una frontera física. Contra esto puede presentarse la existencia de comunidades políticas nómadas a lo largo de la historia, cuya condición itinerante era tan sustancial como la frontera a nuestros ojos. Por ello, una condición que es neutra moralmente, o sea, que precisa de un juicio prudencial concreta para determinar su bondad o maldad, que además precisa medios que constituyen males, no puede considerarse de ningún modo título legítimo *per se*.

Tampoco puede afirmarse que la gloria del príncipe sea motivo de guerra justa. La razón estriba, de nuevo, en el concepto de bien común, que no es el bien del príncipe particular, sino que constituye una entidad superior al resto de bienes, no ajena a estos. Por ello, la riqueza, fuerza, honor, etc., del príncipe son buenas en tanto que operativas al bien común del reino, pero si constituyen un elemento de subordinación al bien particular del gobernante se convierten en causas que fundan no solo la política, sino el poder del tirano. De hecho, él señala que la misión del Rey, regir, implica la ordenación, o sea, la legislación⁸⁶. Pero la ley entendida como ordenación se predica de una comunidad que persigue el bien común de esta última como su propio criterio de cualificación; finalidad, además, impresa en la naturaleza humana y no en la consideración subjetiva del hombre, en este caso del gobernante⁸⁷.

Concluye el maestro con que la única causa justa para declarar la guerra es la *iniuria*, argumentando:

⁸⁵ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 98.

⁸⁶ *Op. cit.*, p. 99.

⁸⁷ *Op. cit.*, p. 104. Pertenece a la cuestión cuarta dicha consideración, pero es operativa para conectar nuestro tema con el orden natural.

“la guerra ofensiva es para vengar una injuria y castigar a los enemigos, como se ha dicho. Mas, no puede haber venganza, donde no hubo culpa e injuria. Luego [...] Otra razón. No tiene el príncipe mayor autoridad sobre los extraños que sobre los suyos; pero contra los suyos no puede usar la espada si no cometieren injurias; luego ni contra los extraños”⁸⁸.

Sobre esto no hay mucho que añadir, por lo que remitimos a lo dicho *supra* sobre el concepto de *iniuria*. Sí es menester dirigirnos a que no toda *iniuria* es motivo de guerra justa. Francisco de Vitoria afirma a este respecto:

“No por cualquier culpa es lícito infligir penas graves a los propios ciudadanos y súbditos, como la pena de muerte, la de destierro, la de confiscación de bienes [...] Comoquiera, pues, que todos los efectos de la guerra son graves y atroces, como asesinatos, incendios, devastaciones, no es lícito por leves injurias perseguir con la guerra a los injuriadores, pues la dureza de la pena debe medirla la magnitud del delito”⁸⁹.

Por ello, puede decirse que la justicia a la que responde la guerra no es una concepción deletérea. El filósofo argumenta sobre la existencia del orden natural del que toma lo que el hombre es para entender la rectitud de su obrar, individual y político. De esta forma, las posibles causas que son desechadas lo son por no estar ordenadas con la jerarquía de bienes que constituye el orden natural, orden óntico, entendido como manifestación armónica de cada una de las naturalezas en mutua relación⁹⁰, siendo este, por su parte, el criterio enjuiciador de la acción política, que integra el uso legítimo de la fuerza.

4. CUESTIÓN 4:

EL OBJETO DE LA GUERRA JUSTA.

APROXIMACIÓN PRELIMINAR

Comienza la cuestión cuarta preguntándose el autor qué es lícito hacer en la guerra justa, *rectius* qué acciones que comprenden el uso de la fuerza de la comunidad político son justas. Una primera respuesta queda, de nuevo, cifrada por el bien común de la sociedad política, entendiendo que todo aquello que se acoja a ello es lícito. Tras una respuesta escueta y teorética, señala algunas acciones concretas que son lícitas en la guerra justa, tales como recuperar las cosas perdidas y su precio –vinculado esto a la dimensión restauradora de la *vindicatio*–, resarcir los daños ocasionados por la guerra a costa

⁸⁸ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 100.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Raimundo PANIKKAR, *El concepto de naturaleza. Análisis histórico y metafísico de un concepto*, p. 244.

de los bienes del enemigo –fundándose en la ilegitimidad de la *iniuria*–, asegurar la inocuización del enemigo a través de la destrucción de sus fortalezas y elementos armados⁹¹. Incluso, es legítimo tomar venganza, en el sentido clásico, esto es, retribuir con el castigo la transgresión ilegítima del orden político cometido por la *iniuria*, dado que:

“los príncipes no sólo tienen autoridad sobre los suyos, sino también sobre los extraños para forzarles a que cesen de injuriar, y esto por derecho de gentes y por consentimiento universal; y aun parece también que por derecho natural, porque no podría subsistir el orden en el mundo si no hubiese en alguien fuerza y autoridad para contener y cohibir a los delincuentes, a fin de que no hagan mal a los buenos y a los inocentes; mas, todo aquello que es necesario para la gobernación y conservación del orden es de derecho natural; ni es otra la razón en que se apoya la facultad de toda sociedad perfecta de castigar con la muerte y con otras penas a los ciudadanos que le son perjudiciales. Y si una república puede; esto contra los suyos, está fuera de toda duda que el género humano lo puede también contra los hombres perniciosos, aunque sólo mediante los príncipes; luego ciertamente pueden los príncipes castigar a los enemigos que injurian a la república, y estando en guerra racional y justamente emprendida, los enemigos quedan sometidos al príncipe como a juez propio”⁹².

Establecidas estas premisas, Francisco de Vitoria señala el objeto medial de la guerra, esto es, aquellas circunstancias que han de examinarse en el marco de la guerra justa para que dicha denominación sea recta. Así las cosas, siendo el bien común –en sus facetas de paz y seguridad ya descritas– la finalidad perseguida por la política, y perteneciendo esta al orden práctico, se requiere el empleo de la prudencia para escudriñar la auténtica naturaleza del contenido de la guerra justa. A este respecto, señala:

⁹¹ La fundamentación es algo más extensa y optamos por referirnos a ella en una aclaración para evitar perder el hilo de la argumentación. La legitimidad de dicha acción descansa en los bienes naturales que implica la comunidad política. La preservación de la paz y la seguridad como exigencias de derecho natural precisan, pues “la tranquilidad y la paz se cuentan entre los bienes humanos, y ni el sumo bien da felicidad sin seguridad de él; de donde si los enemigos acometen y turban la tranquilidad de la República, es lícito buscarla a costa de ellos por todos los medios que sean convenientes”. VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 102. Ello se extiende, análogamente, a los enemigos internos: “Contra los enemigos interiores, es decir, contra los malos ciudadanos, es lícito hacer todo esto; luego también contra los enemigos exteriores. El antecedente es claro: si un ciudadano injurió a otro ciudadano, el magistrado no sólo obliga al injuriador a satisfacer al ofendido, sino también, si se desconfía de él, se le obliga a dejar garantías o a salir de la ciudad para evitar todo peligro por su parte. De lo cual se desprende que, conseguida la victoria y recuperadas las cosas propias, es lícito exigir de los enemigos prendas, sus naves, sus armas, y cuanto, sin fraude y sin dolo, es menester para obligar al enemigo al cumplimiento de su deber y evitar todo peligro de su parte”. *Ibid.*

⁹² VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 103.

“el sabio debe arreglarlo todo antes con las palabras que con las armas. Débese consultar a los sabios y virtuosos, a los que con libertad, sin ira y sin odio y sin ambiciones exponen su parecer, pues no se ve fácilmente la verdad allí donde estas pasiones dejan sentir su influencia. Muy claro es todo esto. Pues, como en las cosas morales es muy difícil hallar la verdad y la justicia; si son tratadas negligentemente, con facilidad se errará, y este error no excusará a los autores, principalmente en cosa de tan grande importancia y donde se expone a peligros grandes y a calamidades numerosas a muchos que son nuestros semejantes, y a los cuales tenemos obligación de amar como a nosotros mismos”⁹³.

Ahora bien, este obrar prudencial, ¿tiene parte con los súbditos o es exclusivo monopolio del gobernante? Aquí se plantea un punto de interés, debido a que el autor afirmaba en las cuestiones previas la legitimidad activa del príncipe, y no del súbdito –nos referimos a la llamada guerra ofensiva–, en el ejercicio de la guerra. Parecería, así carente de sentido razonar en torno a la reflexión prudencial de las condiciones de la guerra en el súbdito si este carece de legitimidad activa bélica. En este punto, Francisco de Vitoria razona en la línea del Aquinate en lo tocante a la prudencia y, más en concreto, a la prudencia política. El bien común como criterio de finalidad de orden natural cualificador de la acción política tiene en el gobernante, así como en sus consejeros, la causa agente de su consecución, por lo que estos no pueden obviar la reflexión prudencial en torno a la justicia de la guerra. Así, príncipe y gobernantes son obligados por derecho natural a cuestionarse la licitud de la guerra y su adecuación con el orden justo⁹⁴. Sin embargo, la prudencia política no es monopolio del gobernante, siendo participación en la misma, por su propia dimensión de virtud política, posible y necesaria de todos los miembros de la comunidad. La obediencia, al formar parte de la prudencia política de los gobernados, no recayendo sobre estos el deber de escudriñar la finalidad común de la acción política⁹⁵.

Dicho lo cual, se plantea qué ocurre en el supuesto de que el gobernado sí tuviera constancia de la ilegitimidad del mandato, en nuestro caso del mandato bélico. Aquí vemos la importancia del bien común como finalidad de la comunidad política, así como la perenne vigencia efectiva de la ley natural en la propia comunidad de los hombres, afirma:

“Si al súbdito le consta de la injusticia de la guerra, no le es lícito pelear aunque lo mande el Príncipe. La razón es clara. No es lícito matar al inocente por ninguna autoridad; pero en el caso de la injusticia de la guerra los enemigos son inocentes; luego no se les puede matar. Además. En tal caso peca el Soberano

⁹³ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 105.

⁹⁴ *Op. cit.*, p. 106.

⁹⁵ *Op. cit.*, p. 107.

declarando la guerra; pero no sólo los que obran mal, sino los que cooperan a él son dignos de muerte. Luego los militares que pelean de mala fe no se excusan de pecado. Por fin. No es lícito matar a los ciudadanos inocentes por mandato del príncipe; luego tampoco a los extranjeros. De lo cual se sigue un corolario, a saber: que si los súbditos están convencidos de la injusticia de la guerra, no les es lícito pelear, se equivoquen o no se equivoquen⁹⁶.

Si analizamos este razonamiento, encontramos varios puntos de interés para nuestro estudio. En primer lugar, lo bueno o lo justo no es artificio de la voluntad del gobernante, sino que se encuentra en la naturaleza de las cosas, siendo no solo indisponible para la voluntad –sea cual fuere–, sino cognoscible por la razón. El súbdito puede, por ende, conocer la ilicitud de la orden, no quedando vinculado moralmente a su obediencia. Este corolario nos conecta con la segunda característica, cifrada en la dimensión arquitectónica de la prudencia política. La prudencia política, entendida como virtud nodal del buen gobierno, ordena las acciones de las partes al todo; esta ordenación, a través de la ley, no puede contrariar el orden justo, en el que participan todas las partes. Tampoco el bien común, que, pese a su entidad superior, no es ajeno al bien de las partes; más bien al contrario, al fundar su superioridad en su mayor comunicabilidad, o sea, es el bien de todo hombre en cuanto hombre y, por ello, bien común a todos los hombres. De ahí que un mandato injusto, cuyo juicio se realiza sobre el orden de las cosas, no solo contraviene el bien común, sino que, en cuanto lo contraviene, es contrario al bien de las partes, y a nadie le es lícito obrar contra su bien, esto es, su fin, aquello a lo que tiende por naturaleza. Si atendemos, pues, a este razonamiento, Francisco de Vitoria apunta a la participación del orden político positivo o convencional en el orden político natural, tomando en cuenta que la finalidad se deriva de la naturaleza del hombre, siendo indisponible su contenido, o sea, el bien del hombre mismo, criterio enjuiciador de la acción individual y política.

La siguiente consideración que hilvana varias de las proposiciones tiene que ver con la duda acerca de la certeza de la justa causa, esto es, los supuestos en los que la causa ordenada no es clara y cómo proceder. En ella, se refiere primero al gobernante:

“Parece que si uno de ellos está en legítima posesión, mientras no se resuelva la duda, no puede otro Príncipe intentar arrebatarle por medio de las armas lo que legítimamente posea [...] Si se ventilase una cuestión ante juez, nunca el juez despojaría al poseedor mientras permaneciese dudosa la cuestión; luego, como el Príncipe derecho sea juez en la causa del mismo, no puede legítimamente despojar al poseedor, mientras subsista la du-

⁹⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 105-106.

da del derecho. En las cosas y en las causas de las personas privadas no es lícito en la duda despojar al legítimo poseedor; pues tampoco en las causas de los Príncipes, y las leyes son de los Príncipes; si, pues, según las leyes humanas no es lícito en la duda despojar al legítimo poseedor, luego con razón puede objetarse a los Príncipes: aguanta la ley que tú mismo diste; quien puso ley sobre los demás, él mismo debe sujetarse a esa ley. Por fin. Por ambas partes fuera la guerra justa, y no sería posible llegar a la paz, pues si en la duda a uno le es lícito intentar arrebatar algo, con mayor razón le será al otro lícito defenderlo, y después que el atacante hubiese logrado su objeto podría el atacado intentar nuevamente recuperarlo, y así indefinidamente con gran quebranto y calamidad de los pueblos”⁹⁷.

Según analizamos, la duda en el supuesto de la causa justa de la guerra opera a favor del defensor y no del atacante, la razón estriba en que siendo los medios de la guerra en sí graves para la consecución del fin, una causa dudosa puede con facilidad aumentar los riesgos de la ilegitimidad de la contienda, siendo imprudente dicho proceder. De esta forma, puede darse la situación en la que una causa en sí buena, pero dudosa pueda no legitimar una guerra, siendo que la condición de dudosa torna en imprudente obrar por tal fin. La voluntad, y en esto sigue Francisco de Vitoria al Aquinate⁹⁸, no encuentra por sí misma capacidad para determinar la bondad de la acción, al ser este un apetito racional. Corresponde, entonces, a la razón elaborar el juicio que califica como buena o mala la acción; por ello, una acción, aunque erróneamente vista como mala por la razón, pero en sí no lo sea, no puede ser buena para la voluntad, ya que esta última ejecuta lo que se le presenta como malo.

En el caso de los súbditos, el juicio prudencial en lo tocante a la guerra justa corresponde, como hemos apuntado, al gobernante, por lo que:

“el que duda, dijimos, y sigue a su Príncipe, pelea lícitamente y de buena fe. Fuera verdad lo de Silvestre, si el súbdito dudase de si le es lícito ir a la guerra, porque entonces obraría con conciencia dudosa, lo que no es lícito”⁹⁹.

Hemos razonado *supra* el asunto, por lo que no dilataremos esta parte.

EL OBJETO DE LA GUERRA JUSTA Y SU CONTENIDO

Por último, Francisco de Vitoria aborda una serie de actos preguntándose sobre su licitud en el marco de la guerra justa. Estos, al ser ordenados en la

⁹⁷ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 108-109.

⁹⁸ *S. Th.* I-II, q. 19, a. 5, resp.

⁹⁹ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 116.

medida en que puedan ser integrados en el objeto de la guerra justa. Aunque el autor los trata de manera dispersa, podemos agruparlos en cuatro grandes bloques: el homicidio, la desposesión, el cautiverio y el sometimiento del enemigo. Analicemos, pues, cada uno de ellos.

En primer lugar, el maestro aborda la cuestión del "homicidio". Sin embargo, empleamos las comillas porque en puridad el término es incorrecto, dado que el homicidio es en sí mismo desordenado al ser, por ejemplo, dar muerte al inocente, principio que por derecho natural es malo en sí mismo¹⁰⁰. Ahora bien, las muertes que integran el objeto de la guerra justa participan de la legitimidad del fin, por lo que no pueden ser calificadas, *formaliter loquendo*, como homicidios. Distinguimos, de esta forma dos momentos en los que nos referimos a acabar con la vida de los enemigos: el combate y la victoria.

En el primero de ellos, la muerte tiene la calificación de legítima en tanto que resistencia a la agresión ilegítima externa.

"En el acto del combate, sea ofensivo, sea defensivo, es lícito matar indistintamente a todos los que frente a nosotros armados están; y cuanto antes, mientras haya peligro. De otra suerte se verían los beligerantes embarazados para conseguir su fin, si no pudiesen quitarse de delante rápidamente a cuantos les estorban. Lo dificultoso está en saber si, una vez lograda la victoria y ahuyentado el peligro por parte de los enemigos, es lícito matar a cuantos hicieron armas contra nosotros. Y parece claro que sí, porque, como arriba se dijo, entre los preceptos militares que dio el Señor en el Deuteronomio uno es que, tomada una ciudad enemiga, fueran pasados a cuchillo todos sus habitantes"¹⁰¹.

¹⁰⁰ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 118. Hemos de añadir un matiz. Francisco de Vitoria apunta a que la muerte del inocente se cualifica formalmente por el juicio de la razón. Por ello, puede ser que a nivel accidental –no sustancial– no sea ilícito cuando falla el juicio de la razón o cuando dicho juicio es efectivamente indeterminable: "cuando es combatida justamente una fortaleza o una ciudad, en la cual consta que hay muchos inocentes, y no pueden dirigirse las máquinas de guerra ni incendiarse los edificios de tal suerte que juntamente no sean heridos culpables e inocentes. Y es clara la proposición. Pues de otra suerte no podría hacerse la guerra ni contra los mismos culpables, frustrándose la justicia de los beligerantes; como también, por el contrario, si es sitiada una ciudad injustamente y justamente se defiende, pueden dirigirse las máquinas de guerra contra los sitiadores y los campamentos enemigos, aun supuesto que entre ellos haya niños y gente inofensiva. Mas es preciso tener en cuenta lo que más arriba hemos dicho; a saber: que es menester procurar que no se sigan mayores males de la guerra que los que por ella se pretenden evitar; pues si para el logro de la victoria final poco influye atacar una fortaleza o una ciudad donde hay guarnición enemiga y a la vez muchos inocentes, no parece que sea lícito para batir a unos pocos armados matar a muchos inocentes, aplicando fuego u obrando de manera que lo mismo sean castigados delincuentes e inocentes". *Op. cit.*, p. 119.

¹⁰¹ *Op. cit.*, p. 125.

La legitimación, como apuntamos, se fundamenta en el primer principio y contenido de la ley natural, o sea, el principio de autoconservación, no solo particular, sino político. Por otro lado, también los otros dos principios superiores legitiman la cuestión, al obrar como causa eficiente para la procreación y educación, así como para la consecución del bien, en sus vertientes particular y políticas de nuevo. En esta línea, Francisco de Vitoria afirma:

“Alguna vez no sólo es lícito sino conveniente matar a todo el ejército enemigo. Otro de los fines de la guerra es proporcionarse paz y seguridad; mas, alguna vez no es posible lograrlas, sino quitando de en medio a todos los hombres de armas enemigos; y esto tiene casi siempre lugar contra los infieles, de los cuales no es posible conseguir la paz con ninguna condición; y así, el mejor remedio es acabar con todos los que pueden tomar armas contra nosotros, principalmente, si las tomaron ya. Y así debe entenderse el último pasaje citado del Deuteronomio. Mas en guerra contra cristianos no creo que sea lícito obrar así. Comoquiera que es inevitable el que haya crímenes y que se hagan la guerra príncipes cristianos, si el vencedor pudiese siempre exterminar a todos los adversarios, fuera una catástrofe para el género humano y para la religión cristiana, y pronto el mundo quedaría despoblado. Las guerras no se ordenarían entonces al bien público, sino a causar universal calamidad. Es menester que el castigo sea acomodado a la medida del delito, y la venganza no debe pasar más allá; y debe hacer mucha fuerza la consideración de que los súbditos, como dijimos, no tienen obligación de examinar, ni es conveniente que examinen, las causas de la guerra, sino que pueden seguir a su Príncipe, tranquilos con el parecer de él y el del Consejo público; de donde las más de las veces, aunque injustamente nos haga el adversario la guerra, las tropas son inocentes, y así, lograda la victoria y ahuyentado todo peligro, creo que no es lícito matarlas, no sólo a todas ellas, pero ni a un solo militar, si se presume que fueron a la guerra de buena fe”¹⁰².

El bien común, es su faceta de paz y seguridad, opera como cualificación de la acción, en sus fines y medios. De hecho, he ahí la razón por la que el pensador no estima legítimo aplicar los medios justificados a las guerras entre príncipes cristianos, en el entendido de que existe un bien común superior a las comunidades particulares, a saber: el bien de la cristiandad.

Por otro lado, encontramos los supuestos de dar muerte en la victoria. El segundo supuesto que hemos de abordar es la muerte del enemigo una vez producida la victoria. Al igual que en el caso anterior, razona de manera dispersa en la cuarta cuestión, por lo que hilvanaremos los argumentos concernientes al asunto en esta parte. Afirma de entrada:

¹⁰² VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 127-128.

“lograda la victoria y puesto todo a salvo, es lícito matar a los culpables. Porque, como se dijo, no sólo se ordena la guerra a recuperar las cosas quitadas, sino también a vengar la injuria; luego por una injuria pasada es lícito matar al autor de la injuria. Además, lícito es matar al ciudadano malhechor en las circunstancias de la cuestión; luego también a los extraños, porque [...] el Príncipe propio es por derecho de guerra juez legítimo del enemigo y tiene autoridad sobre él, ni más ni menos que su soberano. Además, si en la actualidad ha cesado el peligro de parte de los enemigos, no hay seguridad para el tiempo futuro”¹⁰³.

El fundamento de la ejecución del enemigo en la victoria es, de este modo, triple. Uno de ellos, el bien común exige la restitución del orden de cosas trastornado por la injuria; otro, que el príncipe adquiere por derecho de guerra la autoridad sobre los enemigos –tema que desarrollaremos más adelante–. Por último, un ejercicio de prudencia política conduce, según Francisco de Vitoria, a una legitimación de la ejecución como causa instrumental del mantenimiento de la paz y la seguridad. Esta condición no es absoluta, al surgir la duda de si es lícito matar a todos los enemigos, el escritor argumenta que dentro de los rehenes solo aquellos que tomaron las armas contra el vencedor pueden en justicia ser ejecutados –excluyéndose a las mujeres y a los niños–¹⁰⁴. Tampoco la venganza de la injuria es un título absoluto, sino que ha de procederse con la prudencia requerida:

“entre los propios ciudadanos no siempre es lícito, aunque se tratara de un delito colectivo de toda una ciudad o provincia, matar a todos los delinquentes, ni por causa de una rebelión pública se podría pasar a cuchillo y exterminar a todo un pueblo. Por un hecho así fue Teodoro el Grande excomulgado por San Ambrosio. Fuera esto contra el bien común, que es precisamente el fin de la guerra y de la paz. Así, pues, tampoco es lícito matar a todos los culpables de entre los enemigos; es menester antes pesar la magnitud de la injuria y del daño recibido y de los otros delitos, y en consideración a ella proceder a la venganza y al castigo, sin impulsos de barbarie o inhumanidad”¹⁰⁵.

Por último, se pregunta sobre la posibilidad de ejecución de los prisioneros entregados, pero culpables; en la misma línea, afirma:

“Respondo que no hay duda que pueden ser ejecutados los prisioneros o entregados en guerra justa, si fueran culpables, guardando la debida equidad. Mas, hay muchas leyes de guerra impuestas por derecho de gentes y otras por la costumbre y uso corriente, que es menester guardar al modo

¹⁰³ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 125-126.

¹⁰⁴ *Op. cit.*, p. 124.

¹⁰⁵ *Op. cit.*, p. 126.

como las guardan los varones rectos. Entre ellas está la que prohíbe matar a los prisioneros, una vez conseguida la victoria y ahuyentado el peligro, a no ser que fuesen culpables de fuga. En cuanto a los que se entregan, no sé que haya tal costumbre establecida; lo que ocurre es que en la entrega de las fortalezas los que se rinden suelen guardarse con las condiciones de que sean respetadas sus vidas y sean luego libertados, y de tal manera que los que se entregan, miedosos, a las primeras propuestas y sin condiciones, sean acuchillados, como ha ocurrido alguna vez. Por lo cual no es injusto que, cuando se entrega una ciudad sin condiciones, sean pasados por las armas los más culpables, por ordenación del príncipe o del juez”¹⁰⁶.

En el razonamiento observamos varios elementos propios del derecho natural. Lo primero, la seguridad derivada del pacto. Una rendición condicionada convencionalmente –o por derecho de gentes– no puede ser socavada en sus términos sin incurrir en injusticia. Sin embargo, él sostiene que la rendición sin condiciones, por definición, no puede exigir el cumplimiento de ninguna prerrogativa, pues estas no se han establecido. Pueden no haberse establecido por convencimiento de su cumplimiento –bien por costumbre o por derecho de gentes– o porque se asume la totalidad del castigo. En este último caso, sí es lícita la ejecución de los prisioneros, leyéndose dicha afirmación en una misma línea con los juicios prudentiales que hemos apuntado *supra*.

El siguiente de los actos objeto de la reflexión es la desposesión. Es claro que en el curso de la guerra se producen numerosas alteraciones sobre la propiedad, siendo preciso delimitar la justicia de estas o, al menos, esbozar qué actos ligados a la propiedad son lícitos en la guerra justa. Para ello, distingue dependiendo de quiénes sean los desposeídos, encontrando a los inocentes o no beligerantes por un lado; a los enemigos, por el otro. En cuanto a los primeros, discrimina de nuevo, dependiendo del objeto de la desposesión y su incidencia en el mantenimiento del bien común como fin último de la guerra. Así, afirma:

“pueden ser los inocentes despojados de aquellos bienes que han de usar los enemigos contra nosotros, como armas, naves, máquinas. Es evidente. De otra suerte no podríamos conseguir la victoria, que es el fin de la guerra, y para lograrla es lícito también quitar el dinero de los inocentes, quemar e inutilizar los víveres, matar los caballos, etc. De lo cual se sigue un corolario, que si la guerra es perpetua es lícito despojar indiferentemente a todos, a dañosos y a inocentes, porque de las riquezas de los suyos alimentan los enemigos la guerra injusta, y, por el contrario, son éstos debilitados si todos sus ciudadanos son despojados de sus bienes”¹⁰⁷.

¹⁰⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 128.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, p. 121.

El fundamento de la tesis parte del bien común de la *res publica*, ya que, una vez perdido este el conjunto de bienes quedan desvirtuados, o sea, la preservación del bien particular a costa del bien común priva, incluso, de la caracterización de bien propio. Es por ello que, según la amenaza, el objeto de la desposesión aumenta o disminuye proporcionalmente.

Asimismo, encontramos a los campesinos como grupo no beligerante sobre el que hemos de cuestionarnos la licitud de la desposesión. A este respecto, él sostiene:

“si la guerra puede llevarse bien sin la necesidad de despojar a los agricultores y a otros inocentes, parece que no es lícito despojarlos. La guerra tiene fundamento en la injuria; luego no es lícito usar del derecho de guerra contra los inocentes, si por otro lado puede vengarse la injuria. Y aún añade Silvestre, que si hubo razón para despojar a los inocentes, terminada la guerra se les debe restituir lo quitado. Yo no creo necesaria esta restitución, porque [...], si el despojo se llevó a cabo per derecho de guerra, debe ceder en favor del beligerante; de donde, si lícitamente se hizo el despojo, no están sujetos los bienes a restitución; mas la opinión de Silvestre es piadosa y no improbable. Lo que no es lícito es despojar a los extranjeros y a los huéspedes que habiten con los enemigos, a no ser que nos conste de su culpabilidad; pues ellos no se pueden contar de ninguna manera entre el número de los enemigos”¹⁰⁸.

El fundamento de la disensión con la tesis de Silvestre, mencionada en el extracto recién leído, se refiere a la autoridad por derecho de guerra, que desarrollaremos a continuación.

Cabe preguntarse, además, sobre si los enemigos toman los bienes y no los restituyen. Tema que, además, vincula con la acción que asume el gobernante a este respecto. La exposición de Francisco de Vitoria es clara:

“Si los enemigos no quieren restituir las cosas injustamente quitadas, y el que ha sido perjudicado no puede cómodamente recuperarlas de otro modo, le es lícito tomarse de todas maneras una justa satisfacción, lo mismo de los culpables que de los inocentes. Si los ladrones franceses, por ejemplo, saqueasen los campos españoles, y el rey de Francia no quisiese, pudiendo, obligarles a restituir, podrían los españoles, mediante la autorización de su soberano, despojar a los mercaderes y agricultores franceses, aunque inocentes. La razón es clara: aun cuando, por ventura, en un principio Francia y su rey fueran inocentes, desde el momento que se niegan, pudiendo, a reparar el mal, se hacen culpables, como dijo San Agustín definiendo la guerra justa, el mal hecho por los propios. Por lo mismo, el príncipe lesionado puede tomarse satisfacción de cualquier parte o miembro del pueblo agresor. Consiguientemente, los edictos de violación de fronteras o de represalias

¹⁰⁸ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 121-122.

que en tales casos son expedidos por los príncipes, no son de suyo injustos, pues, por la injuria del soberano del agresor, ha concedido licencia a su súbdito agredido el soberano propio para que recupere sus bienes, aun de los inocentes; no obstante, son peligrosas esas licencias, pues dan ocasión a muchas rapiñas”¹⁰⁹.

De nuevo, encontramos inclinaciones naturales que animan la acción de restitución, pues el gobernante posee la legitimidad de mover la acción de los súbditos para el fin de la comunidad. Si la acción versa sobre un acto malo –desposesión ilegítima– que no es corregido, el gobernante se hace culpable de dicho mal, siendo merecedor de la *vindicatio*. La restitución, por ello, en este caso abarca también a los inocentes, al encontrarse estos, bajo el mando del gobernante que consiente el mal, no pudiendo argüir título legítimo de resistencia por una transgresión del orden anterior.

En lo tocante a los bienes y a su naturaleza, nuestro autor distingue de nuevo:

“No hay duda alguna que todo lo cogido en guerra justa, hasta equiparar lo robado, con gastos, daños y perjuicios, es del que lo ocupa. No hace falta demostración alguna, pues tal es el fin de la guerra; pero, excluida la consideración de la restitución y de la satisfacción, sólo atendiendo al derecho de guerra, hay que distinguir: o lo cogido en la guerra son bienes muebles, como dinero, vestidos, plata y oro, o son inmuebles, como campos, fortalezas, poblados”¹¹⁰.

Encontraríamos, de hecho, la división entre bienes muebles y bienes inmuebles. En cuanto a los primeros, no son ajenos a la determinación prudencial del acto moral, cifrada en la equidad y la medida; por ello, sostiene:

“Los bienes muebles, por derecho de gentes, son ciertamente del que los ocupa, aun cuando excedan la compensación de los daños. Esto es claro por las leyes *Hostes* y *Si quid in bello*, por el capítulo *Ius gentium* de la primera Distinción, y más expresamente todavía por el párrafo ítem *ea quae ab hostibus* de la institución *De rerum divisione*. Allí se dice que, por derecho de gentes, lo que es cogido a los enemigos, inmediatamente es hecho nuestro, de tal suerte que aun los hombres libres sean reducidos a servidumbre en beneficio nuestro. San Ambrosio en el libro de los patriarcas afirma que habiendo matado Abraham a cuatro reyes, el botín a ellos tomado fue de Abraham vencedor, aun cuando no quiso aceptarlo. Confirmase esto por la autoridad del Señor en el Deuteronomio, donde se dice, hablando de la ciudad que ha de ser tomada: *Repartirás todo el botín entre el ejército y comerás de los despojos de tus enemigos*. Del mismo parecer es Adriano, refiriéndose a la

¹⁰⁹ VITORIA, *Relección...*, op. cit., pp. 122-123.

¹¹⁰ Op. cit., p. 129.

particular cuestión de la guerra, en su tratado de la restitución Silvestre enseña que quien hizo justamente la guerra no tiene obligación de restituir el botín; de lo cual se sigue que el botín de guerra justa no tiene que ver nada con la deuda principal del agresor. San Antonino piensa lo mismo Baronio es de igual parecer, y añade que esto es verdad, aun cuando esté el enemigo dispuesto a reparar el mal y a dar satisfacción de la injuria por otros medios. A lo cual pone límites Silvestre, y muy acertadamente, diciendo que el botín no debe exceder a obtener una equitativa reparación del mal causado y una conveniente satisfacción por la injuria inferida. Pues no debe entenderse que si los franceses, por ejemplo, devastasen una aldea o un misérrimo caserío en territorio español, que sea lícito a los españoles, si pudieran, saquear a toda Francia. El saqueo ha de ser con moderación y a la medida de la injuria, a juicio de un hombre recto y de buenos sentimientos¹¹¹.

En cuanto a los bienes inmuebles, de nuevo hemos de distinguir. Francisco de Vitoria señala que, en el curso de la guerra, el ejercicio de la misma impone necesidades que es lícito resarcir con los bienes del enemigo, siendo justo el saqueo de una ciudad, por ejemplo¹¹². No obstante, la prudencia exige la ponderación de las circunstancias, no siendo lícito, el incendio de una ciudad¹¹³, al no guardar la proporción con la necesidad del mantenimiento. En cuanto a la ocupación de los bienes, es legítima aquella ocupación que obedece a la *vindicatio*¹¹⁴, siendo precisa para restituir daños. La ocupación siempre tiene una finalidad bien sea la restitución, bien la causalidad instrumental en el ejercicio de la acción moral que persigue un bien superior¹¹⁵. En cuanto a lo primero, el maestro afirma la fundamentación, incluso, de la modificación territorial tras la guerra:

“Aun por la injuria recibida y con carácter de pena, es decir, en venganza, es lícito imponer al enemigo cesiones territoriales, y ocupar campos, fuertes y ciudades, a la medida de la injuria. Mas esto, como se dijo, debe hacerse con moderación, sin tomar por medida la potencia y fuerza de las armas. Y si la necesidad y razón bélicas exigen que se ocupe mayor extensión territorial y mayor número de ciudades, es menester que, arregladas las cosas y terminada la guerra, se restituyan, reteniendo solamente lo que corresponda a los daños recibidos, a los gastos hechos y a la satisfacción por la injuria, siempre con equidad y humanidad; porque la pena ha de ser proporcionada a la culpa, y fuera intolerable que si los franceses, por ejemplo, saqueasen unos rebaños o incendiasen una aldea españoles se

¹¹¹ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, pp. 129-130.

¹¹² *Op. cit.*, p. 130.

¹¹³ *Op. cit.*, p. 131.

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ *Ibid.*

nos permitiese a nosotros apoderarnos de todo el reino de Francia. Que sea lícito por este título ocupar o parte del campo o alguna ciudad de los enemigos, es evidente por el cap. 20 del Deuteronomio, donde se da licencia para ocupar en la guerra ciudad que no quiso aceptar la paz. Además. A los ciudadanos malhechores es lícito castigarlos de este modo, a saber: privándolos de casa, de campos, de quintas, según la magnitud del delito; luego también a los extraños. También. El juez superior puede multar al autor de una injuria, quitándole una ciudad, un fuerte; luego el Príncipe que fue lesionado, también lo puede hacer, pues por derecho de guerra ha sido constituido juez de los enemigos”¹¹⁶.

Si analizamos el razonamiento, observamos que el territorio encuentra una finalidad superior a la que se refiere la mera restitución cuantitativa. El enemigo cuenta con una realidad territorial que opera como causa medial de su finalidad. Dicha finalidad, la conquista ilegítima, contraviene el orden de la *res publica*, al precisar su eliminación o sometimiento. Es por ello que el bien común de la comunidad legítima no solo la contiene, sino la privación de los medios para la puesta en riesgo de la seguridad y la paz.

La referencia al cautiverio como justo dentro de la guerra no ocupa mucho espacio en la reflexión del maestro. La razón estriba en que se entiende como forma de castigo, siendo el castigo principal la ejecución. Sin embargo, existen supuestos en los que la pena de muerte puede no responder a la equidad, siendo precisa la imposición de otro tipo de pena. De hecho, la reflexión en torno a la licitud del cautiverio deriva de la ilegitimidad de la ejecución de niños e inocentes. La justificación dada por Francisco de Vitoria es la siguiente:

“Es lícito reducir a cautiverio y a servidumbre a los inocentes, como lo es despojarlos de sus bienes. La libertad y la propiedad material son consideradas entre los bienes de fortuna. Luego, cuando la guerra es de tal condición que es lícito en ella despojar indistintamente a todos los enemigos y ocupar sus bienes, también lo es reducirlos a todos a cautiverio, lo mismo a los inocentes que a los culpables. Y como la guerra contra los paganos es de esta naturaleza, por ser perpetua, y nunca pueden satisfacer por las injurias inferidas y los daños causados, es indudable que es lícito reducir a cautiverio y a servidumbre a mujeres y niños musulmanes. Mas, como entre cristianos se ha admitido por derecho de gentes que los cristianos prisioneros no sean hechos esclavos, será lícito entre ellos llevar prisioneros a mujeres y niños, si las necesidades de la guerra lo exigen; mas no reducir a esclavitud; a cambio de lo cual será también lícito recibir dinero por su libertad. Y aun eso no podrá extenderse más allá de lo que las necesidades de la guerra exijan y de la forma como sea costumbre”¹¹⁷.

¹¹⁶ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁷ *Op. cit.*, pp. 123-124.

La afirmación tiene varios puntos de interés. El primero es que la formulación en torno a la licitud del cautiverio no es absoluta, sino relativa. Por tanto, solo en las guerras que legitima el despojo de la población de manera indistinta, fundada en la condición permanente de la guerra. Lo segundo, entonces es que nos encontramos ante la posibilidad de un cautiverio justo. Un tercer elemento apunta a la distinción entre paganos y cristianos; no en función del sustrato natural –ambos son hombres–, sino en lo relativo al derecho de gentes, esto es, al derecho natural referido en exclusiva a los hombres¹¹⁸.

Por último, trataremos del gobierno del enemigo como consecuencia derivada de la victoria bélica y su licitud, esto es, su pertenencia o no al objeto de la guerra justa. La caracterización no es propia del autor, sino que ha sido formulada por nosotros a efectos de ordenar las reflexiones vitorianas sobre el asunto. Francisco de Vitoria se refiere a la legitimidad sobre la imposición de tributos al enemigo vencido. La cuestión es resuelta de manera afirmativa:

“Indudablemente es lícito imponer tributos a los vencidos, no sólo en compensación de daños, sino con carácter de pena y de venganza. Esto es suficientemente claro por lo dicho arriba y por el citado cap. 20 del Deuteronomio, donde se dice que si con justa causa se llegase (el pueblo israelita) a sitiar una ciudad y ésta le recibiera y abriera sus puertas, sean salvos todos sus moradores y le sirvan pagándole tributos; lo cual ha sido aceptado por el derecho y los usos de la guerra”¹¹⁹.

En puridad, si atendemos a los asuntos previamente tratados es fácil deducir la legitimidad de la imposición tributaria sobre el vencido, pues si queda legitimada la ejecución de este, se afirma de modo indirecto la autoridad sobre el mismo, ya que la pena de muerte solo puede ser legítima cuando es ordenada por la autoridad legítima¹²⁰. De dicha autoridad se deduce, entonces, la legitimidad tributaria del vencedor.

Sumado a lo anterior, encontramos el asunto de la deposición de las autoridades enemigas. Este tema es más complejo que el anterior, al entender que la sociabilidad del hombre es una realidad natural que implica la institución del gobierno como exigencia de la naturaleza humana. Es por

¹¹⁸ Las distinciones entre derecho natural y derecho de gentes, así como las diversas nociones que en la Antigüedad y en el Medioevo se le dieron al concepto de derecho natural evidencian en este punto su importancia. Abordar esta cuestión, debatida secularmente, excede sobremedida el objeto de nuestro estudio. Remitimos, pues, a Juan Fernando SEGOVIA, “El derecho natural clásico”, pp. 439-498.

¹¹⁹ VITORIA, *Relección...*, *op. cit.*, p. 133.

¹²⁰ *S. Th.* II-II, q. 64, a. 2, ad. 3. Véanse, a su vez, los comentarios al pasaje de José Miguel GAMBRA, “El concepto de dignidad humana”, p. 163 y ss.

ello que hemos de seguir al filósofo en los matices que introduce al asunto. Un elemento importante a destacar es la causa de la guerra justa y a la proporción que guarda esta con la deposición –medida grave por su naturaleza–, por lo que afirma:

“No es lícito hacer esto por una causa cualquiera de guerra justa. Es evidente. La pena no debe exceder a la magnitud de la injuria, antes bien las penas deben restringirse y los favores deben ampliarse, lo cual no sólo es regla del derecho humano, sino del natural y del divino; luego, aun supuesto que la injuria hecha por el enemigo autorice a declararle la guerra, no siempre será suficiente para arrebatarle la independencia o para deponer a sus naturales y legítimos soberanos, pues fuera esto extremadamente cruel e inhumano”¹²¹.

No obstante, sí existen causas que son proporcionales a la deposición del gobernante:

“No se puede negar que puede haber causas suficientes para deponer a los príncipes de los enemigos o para quitar a éstos su independencia nacional. Lo cual puede ocurrir, o por la enormidad de los males causados por el enemigo o de las injurias hechas, o, principalmente, cuando de otra manera no es posible la paz y la seguridad y estuviese la nación en constante e inminente peligro de gran perturbación. Lo cual es claro, porque si es lícito con causa suficiente quitar una ciudad y por lo mismo deponer a sus autoridades, lo es, cuando haya causa mayor, quitar una provincia y un reino y deponer a sus gobiernos y soberanos”¹²².

Detengámonos sobre esto último para analizar un momento a la luz de la concepción clásica y tomista de la ley natural que Francisco de Vitoria emplea en su obra.

El fundamento de la argumentación previa no es ajeno al orden natural, más bien es la compilación de la implicación del orden natural, más acabada al descansar sobre ella muchas de las afirmaciones vitorianas sobre el tema. La comunidad política encuentra en sí multitud de causas que la explican: causa final (bien común), causa eficiente (gobierno), causa ejemplar (sociabilidad natural), causa formal (la ley) y causa material (el pueblo)¹²³. Este esquema, inspirado en la filosofía aristotélico-tomista, implica la imbricación indisoluble de la comunidad política con el orden natural, porque el bien lo es en tanto que finalidad –inscrita en la naturaleza–, la ley ordena hacia el bien –luego de donde de la naturaleza– y los hombres se unen por su propia naturaleza. La comisión de la *inuria* por parte de una comunidad no queda aje-

¹²¹ VITORIA, *Relección...*, op. cit., pp. 133-134.

¹²² Op. cit., p. 134.

¹²³ Juan Antonio WIDOW, *El hombre, animal político*, p. 113 y ss.

na a su agente eficiente, el gobernante, en el entendido de que, para que sea atribuible a la comunidad, bien ha sido obra del gobernante si este no la ha sofocado. La *iniuria*, por otra parte, dependiendo de su gravedad, legitima la respuesta a la misma, pero siempre es una transgresión del orden natural y, por tanto, social. La deposición, argumenta Francisco de Vitoria, puede llegar a legitimarse en los supuestos en los que la gravedad es tal que el agente ha perdido su capacidad para cumplir su finalidad, y ya no es posible que mueva al bien común. Esa incapacidad, en el caso de que sea grave, puede llegar a poner fin a su legitimidad como gobernante. De ahí que, habida cuenta de la condición natural de la sociabilidad, los hombres no pueden permanecer ajenos a la *res publica*, siendo precisa una causa eficiente que opere auténticamente como tal. En estos casos, la deposición no solo es fruto de la *vindicatio*, sino exigencia del derecho natural.

5. RECAPITULACIÓN

Quisiéramos finalizar este epígrafe resumiendo la guerra justa en las reglas conclusivas que aporta el propio autor, al finalizar su *Relectio*, considerando que pocas síntesis podrían ser más completas que las del propio autor:

“Primera regla: Supuesto que el príncipe tiene autoridad para hacer la guerra, lo primero que debe procurar es no buscar ocasión de pelear, sino vivir en paz con todos los hombres, como mandó San Pablo en el capítulo 12 de su carta a los Romanos; considerando que todos los hombres son prójimos nuestros, a los que debemos amar como a nosotros mismos, y que todos tenemos un Dios común ante cuyo tribunal hemos de dar cuenta. Es un extremo de salvajismo buscar ocasiones y alegrarse que las haya de matar y exterminar a los hombres que Dios crió y por los cuales murió Jesucristo. A la guerra hay que ir siempre forzado y como arrastrado.

Segunda regla. Declarada con justa causa la guerra, no debe hacerse para exterminio del pueblo contra el cual se pelea, sino para lograr el fin de la guerra, la realización del derecho, la defensa de la patria, la paz y la seguridad.

Tercera regla. Lograda la victoria y terminada la guerra, es menester usar del triunfo con modestia cristiana y que el vencedor se constituya juez entre ambas partes, la vencedora y la vencida, no acusador, para que pueda dictar sentencia que satisfaga a la parte perjudicada; pero, en cuanto pueda ser, con el mínimo detrimento del pueblo agresor, si bien castigando debidamente a los culpables; máxime entre cristianos, entre los cuales la culpa de las guerras está casi siempre en los príncipes: no es justo que a los súbditos, que luchan de buena fe por sus soberanos, se les pueda aplicar aquello del poeta: “Las locuras de los reyes las lloran los súbditos”¹²⁴.

¹²⁴ VITORIA, *Relección...*, op. cit., pp. 135-136.

IV. *Prospectiva*

El título del epígrafe puede parecer algo pretencioso. Es lógico que no pretendemos desarrollar monográficamente el desarrollo de la guerra justa tras las aportaciones de Francisco de Vitoria, cosa que dilataría de forma incorrecta nuestro estudio. Se trata, más bien, de señalar algunas consideraciones prácticas a efectos de leer en hoy la doctrina vitoriana de la guerra justa, señalando para ello algunos puntos de interés en lo que a su desarrollo histórico se refiere. Dos son los elementos principales que trataremos o, mejor, uno sustancial y otro derivado del primero.

El primero se refiere a las dificultades ocasionadas por la supuesta vigencia, aunque sea latente, de los presupuestos del teólogo en los fenómenos contemporáneos. El profesor Antonio Pérez Luño nos advierte de la problemática que implica la lectura ahistórica de un autor¹²⁵, así como su aplicación con demasiada ligereza a nuestros días. Siendo así, tratar de defender realidades como los “derechos humanos” desde Francisco de Vitoria, apunta el autor, no queda exento de dificultades derivadas de la contextualización de los derechos humanos como categoría político-jurídica respecto del pensamiento de aquel. De manera análoga, podemos señalar lo mismo en torno a la guerra justa. La mentalidad clásica y cristiana con la que habla y razona nuestro pensador no puede ser obviada en el análisis, habida cuenta de la transformación en la historia de las ideas que ha supuesto el viraje de la modernidad teórica. Esta, alumbrada por el racionalismo, entiende la realidad como proyección del conocimiento, es decir, la realidad lo es en tanto que pensada. Así, categorías como el bien, lo justo, etc., aparecen teñidas de una concepción cuya subjetividad e inmanencia es eminente y que, aunque emplee términos similares a los del maestro salmantino, no se refieren a las mismas realidades. Puede ejemplificarse lo dicho con multitud de cuestiones. Cuando Francisco de Vitoria emplea el término príncipe hoy es fácil incurrir en el abuso de atribuir a los Estados lo apuntado por el maestro. Pero el Estado es un fenómeno histórico, nacido de las guerras de religión, que implica la inmanencia del poder y su monopolio, así como la soberanía entendida como supremacía, que reduce la política al poder puro. El Estado, desde esta perspectiva, es ajeno al orden moral, al nacer para paliar los enfrentamientos entre las diversas concepciones religiosas y morales; por otro lado, la jurisdicción nace del Estado, según el pensamiento moderno, no teniendo fuente ajena a este. De hecho, los llamados límites del poder del Estado de derecho lo son en virtud de que constitucionalizados, favoreciendo, en la práctica, un límite procedimental y no cualificado. Carecen, por ende, de sentido las re-

¹²⁵ PÉREZ, *La polémica...*, *op. cit.*, p. 63 y ss.

flexiones de Francisco de Vitoria sobre el príncipe injusto si es negada una fuente de moralidad ajena al poder mismo.

De esta dificultad nace la segunda cuestión que pretendemos esbozar. El pensamiento posterior a Francisco de Vitoria abordó la guerra justa, pero con una hermenéutica de difícil compatibilidad con las bases del pensamiento vitoriano. Así, por ejemplo, Hugo Grocio trata el tema de la guerra justa, pero su concepción naturalista de la ley natural no entiende el orden natural como participación del orden sobrenatural, sino eminentemente autónomo en sus corolarios, al existir aún en ausencia del último. Se trataría, por tanto, de una secularización refinada del pensamiento del autor sobre la guerra justa¹²⁶. John Locke, por su parte, ahondando en la concepción naturalista de la ley natural, refuerza la dimensión subjetiva de esta, descartando como título justo el error teológico y su resistencia¹²⁷, cifrando el acto de fe en la autodeterminación de la conciencia individual, tornada ahora en facultad. Georg Hegel, como cabeza del idealismo alemán, apunta a la ya mencionada dificultad estatista, porque la guerra es o no justa mientras coopera en el bienestar del Estado¹²⁸. El marxismo-leninismo justifica la contienda, por su parte, en la medida en que esta es exigida por la modificación del mundo exterior con la lucha de clases como motor histórico¹²⁹. En nuestros días, los órganos internacionales han tratado de exponer algunos elementos propios del derecho de guerra a escala internacional, pero cuyo fundamento no traspasa de las cartas de derechos humanos, categoría compleja y problemática, cambiante y voluble, cuya dimensión subjetivista hipotecada con el Occidente históricamente liberal ha manifestado sus limitaciones en situaciones como el principio de autodeterminación de los pueblos¹³⁰ o, incluso, su empleo por parte de las potencias hegemónicas.

Lejos queda, a nuestro juicio, esta deriva del contenido de la guerra justa expresado por Francisco de Vitoria, dependiente de la existencia del orden natural al cual la razón del hombre tiene acceso para su conocimiento y que imprime la finalidad de los seres tendentes a su perfección. Es lógico que la pervivencia pétreo de cualquier realidad a lo largo de los tiempos es una pretensión osada, pero no es menos cierto que el empleo ligero de los términos despojados de su contenido, origina no pocos errores y problemas que es menester considerar.

¹²⁶ Alberto José FERRARI PUERTA, "El concepto de guerra justa a través de los tiempos", p. 103.

¹²⁷ John LOCKE, *Carta sobre la tolerancia*, p. 35.

¹²⁸ FERRARI, *op. cit.*, p. 104.

¹²⁹ *Op. cit.*, p. 104 y ss.

¹³⁰ Miguel AYUSO, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, p. 95 y ss.

Conclusión

Llegamos al final de nuestro estudio, pero no por ello debemos obviar la importancia de las conclusiones que se hayan podido ir desgajando de la reflexión. Tres son los principales corolarios que podemos extraer del asunto.

En primer lugar, se destaca la importancia del concepto de orden natural en el tratamiento de la guerra justa. El orden en tanto que disposición de los seres creados según su principio de movimiento a lo que llamamos naturaleza, constituye el criterio enjuiciador de la acción moral humana, al disponerse este en función del principio de finalidad que imprime cada naturaleza. Por ello, la acción en común no es ajena al orden moral, sino que, por el contrario, podría afirmarse que la política tiene, por su naturaleza arquitectónica, una dimensión de acabamiento de la ética, que es necesario destacar. Es claro que la Revelación muestra que la finalidad del hombre trasciende de este mundo, y no puede sin abuso afirmarse que el hombre tiende al bien común inmanente en lo que a lo creado se refiere. Pero, recordamos, la gracia no suprime la naturaleza, por lo que la perfección sobrenatural no elimina la disposición del orden natural, manteniendo su vigencia como criterio de juicio de los actos del hombre.

En segundo lugar, merece una mención la importancia dada por Francisco de Vitoria a la prudencia política. La *sindéresis*, o hábito de los primeros principios, no es suficiente para la perfección moral, al precisar esta un enjuiciamiento de las circunstancias que permita adecuar dichos principios a la situación concreta; no para desvirtuarlos, sino para enderezar la acción según el fin que se precisa. Es significativo, por ello, cómo no basta el conocimiento del orden natural perfeccionado por la gracia, sino que se precisa un ejercicio de prudencia política, del gobernante y los gobernados, para determinar lo justo en cada situación, cuándo una acción es recta o desordenada, según criterios de proporción, de convención, de determinación, etc. La política, en contra de los tecnicismos contemporáneos, se presenta en la guerra justa de este teólogo como un obrar moral prudencial irrenunciable en la consecución del bien común.

Por último, cabe especial mención la importancia de los términos que el autor desarrolla a efectos de su traslación contemporánea. Las distinciones que introduce a cada parte de su obra no tienen por finalidad dilatar en exceso sus reflexiones, sino delimitar escrupulosamente los marcos de argumentación, evitando abusos que dándose al inicio desemboquen en problemas severos al final. Es por ello preciso destacar la cautela que se precisa al conectarlo con realidades contemporáneas, con la identidad semántica como argumento, pues en no pocas ocasiones nos encontramos

ante concepciones filosóficas y teológicas antitéticas que emplean términos similares con significados opuestos. Es significativo, entonces, el esmero de los escolásticos en la corrección semántica, cosa que en muchas ocasiones implica distinciones extensas y algo áridas, pero, como apreciamos, no exentas de importancia y gravedad, dado que *parvus error in principio magnus est in fine*.

Bibliografía

- ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Gredos, 1986.
- AUPHAN, Paul, "La guerra y el derecho natural", en *Verbo*, n.º 60, 1960.
- AYUSO, Miguel, *¿El pueblo contra el Estado? Las tensiones entre las formas de gobierno y el Estado*, Madrid, Marcial Pons, 2022.
- AYUSO, Miguel (ed.), *Consecuencias político-jurídicas del protestantismo. A los 500 años de Lutero*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- CANTERO, Estanislao, "Derecho, guerra y justicia", en *Verbo*, n.º 377-378, 1999.
- CASTELLANO, Danilo, "¿Es divisible la modernidad?", en *Verbo*, n.º 515-516, 2013.
- CASTELLANO, Danilo, *La naturaleza de la política*, Barcelona, Scire, 2006.
- CASTELLANO, Danilo, *Martín Lutero. El canto del gallo de la Modernidad*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- CASTELLANO, Danilo, *Política. Claves de lectura*, Madrid, Dykinson, 2020.
- CICERÓN, Marco T., *De re publica* (Sobre la República), Madrid, Gredos, 1991.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, "El derecho natural en 1972", en *Verbo*, n.º 109-110, 1972.
- ELÍAS DE TEJADA, Francisco, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Escelicer, 1946, vol. II.
- D'ORS, Álvaro, *Historia de la filosofía del derecho y del Estado*, Madrid, Escelicer, 1946, vol. II.
- D'ORS, Álvaro, "Introducción", en Marco T. CICERÓN, *Sobre la República*, Madrid, Gredos, 1991.
- D'ORS, Álvaro, "Nueva guerra y nuevo orden mundial", en *Verbo*, n.º 427-428, 2008.
- FERNÁNDEZ SANDOVAL, Javier, "De la ley natural a los derechos humanos" en *Verbo*, n.º 611-612, 2023.
- FERRARI PUERTA, Alberto José, "El concepto de guerra justa a través de los tiempos", en *Novum Jus*, vol. 15, n.º 1, 2021.
- FRAILE, Guillermo, *Historia de la filosofía española*, Madrid, BAC, 1971, tomo I: Desde la época romana hasta finales del siglo XVII.
- GAMBRA, José Miguel, "El concepto de dignidad humana", en Bernard DUMONT, Miguel AYUSO, y Danilo CASTELLANO (eds.), *Iglesia y política. Cambiar de paradigma*, Madrid, Itinerarios, 2013.

- LAMAS, Félix Adolfo, *El derecho natural hispánico: pasado y presente*, Córdoba, Caja Sur, 2001.
- LAMAS, Félix Adolfo, “Fecundidad de la escuela española de derecho natural y de gentes”, en Miguel AYUSO, *El derecho natural hispánico: pasado y presente*, Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural-Cajasur, 2001.
- LAMAS, Félix Adolfo, “La concordia política. Causa eficiente del Estado”. Disponible en www.viadialectica.com/material_didactico/concordia_politica.pdf [fecha de consulta: 14 de junio de 2024].
- LAMAS, Félix Adolfo, “Ley natural y pluralismo cultural”, en *Prudentia iuris*, n.º 62-63 2007.
- LOCKE, John, *Carta sobre la tolerancia*, versión castellana de Pedro BRAVO GALA, Madrid, Tecnos, 1998.
- PANIKKAR, Raimundo, *El concepto de naturaleza. Análisis histórico y metafísico de un concepto*, Madrid, CSIC, 1972.
- PEREÑA, Luciano, “Elaboración”, en Francisco de VITORIA, *Relectio de iure belli*, Madrid, CSIC, 1981.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La filosofía del derecho en perspectiva histórica*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la filosofía del derecho*, Madrid, Trotta, 1995.
- RAMÍREZ, Santiago, *El derecho de gentes*, Madrid, Studium, 1955.
- SANDOVAL, Javier F., “De la ley natural a los derechos humanos”, en *Verbo*, n.º 611-612, 2023.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa theologiae* (Suma Teológica), Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, vols I-X, 2010-2016.
- SEGOVIA, Juan Fernando, “El derecho natural clásico”, en *Verbo*, n.º 615-616, 2023.
- SEGOVIA, Juan Fernando, *De la modernidad a la posmodernidad*, Madrid, Consejo de Estudios Hispánicos Felipe II, 2021.
- QUESADA VÁZQUEZ, Miguel, *Iglesia, sociedad y modernidad. Fundamentos del orden social cristiano*, Sevilla, Campomanes, 2022.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Del legislar como ‘legere’ al legislar como ‘facere’”, en *Verbo*, n.º 115-116, 1973.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala, 1973.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “Justicia moral y justicia jurídica”, en *Verbo*, n.º 443-444, 2006.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan, “La ley natural según santo Tomás de Aquino”, en *Verbo*, n.º 135-136, 1975.
- VILLEY, Michel, *Definiciones y fines del derecho*, Santiago, Olejnik, 2022.
- VILLEY, Michel, *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1987.
- VILLEY, Michel, *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, PUF, 1978.

- VITORIA, Francisco de, *Relectio de iure belli*, edición de Luciano Pereña, Madrid, CSIC, 1981.
- VITORIA, F. DE *Relección del derecho de guerra* en *Relecciones teológicas*, versión castellana de Torrubiano RIPOLL, Madrid, Librería Religiosa Hernández, 1917, tomo I.
- VITORIA, Francisco de, *Relección de los indios recientemente hallados* en Francisco de VITORIA, *Relecciones teológicas*, versión castellana de Jaime TORRUBIANO RIPOLL, Madrid, Librería Religiosa Hernández, 1917, tomo I.
- WIDOW, Juan Antonio, *El hombre, animal político*, Buenos Aires, Nueva Hispanidad, 2001.

Siglas y abreviaturas

BAC	Biblioteca de Autores Cristianos
Cf.	<i>confer</i>
CSIC	Consejo Superior de Investigaciones Científicas
ed.	editor
eds.	editores
etc.	etcétera
Gn.	Génesis
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
Mt.	Mateo
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
PUF	Presses Universitaires de France
q.	Cuestión (Questio)
resp.	Respuesta
Rm.	Romanos
<i>S. Th.</i>	Santo Tomás de Aquino, <i>Summa Theologiae</i>
ss.	siguientes
vol.	volumen
www	World Wide Web

Derecho militar

¿QUÉ ES UN “BANDO”? APROXIMACIÓN A SU NATURALEZA JURÍDICA

WHAT IS A “DECREE”? AN OVERVIEW OF ITS LEGAL NATURE

Diego José Dörner Santa María*

Resumen

El presente trabajo tiene como finalidad, analizar y explicar de manera clara y sencilla, qué es un bando, cuál es su rango legal o normativo, quiénes lo pueden dictar, en qué circunstancias, a quiénes afecta y cómo opera una vez publicado y en vigencia.

Palabras clave: bando, jefe de la defensa nacional, estado de excepción constitucional.

Abstract

The purpose of this work is to analyze and explain in a clear and simple way, what a Bando is, what is its legal or regulatory range, who can dictate them, under what circumstances, who it affects and how it operates once published and entered into force.

Keywords: martial resolution, chief staff of national defense, state of constitutional exception.

Introducción

A medida que los estados de excepción constitucional se han aplicado con mayor frecuencia en los últimos años en Chile, han resurgido herramientas

* Magister en Derecho, mención Derecho Regulatorio, de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: diegodorner@gmail.com

Artículo recibido el 25 de abril de 2024 y aceptado para su publicación el 30 de agosto de 2024.

jurídicas poco utilizadas. Es el caso de los denominados “bandos”. Pero ¿a qué se refiere esta figura en nuestro ordenamiento jurídico?

A través de la revisión doctrinal, nos podemos percatar que son escasos los estudios o artículos que se refieran a ellos a pesar de ser, como veremos más adelante, una herramienta jurídica clave, con la cual cuentan los JEDENA o JDN designados por el Presidente de la República durante los estados de excepción constitucional, para dar instrucciones, disponer medidas u ordenar acciones de carácter general o particular en el contexto de los mismos, a fin de superar las razones de hecho que lo justificaron.

En ese sentido, los actos administrativos que emitan los JEDENA, denominados “bandos”, en razón de las facultades que les fueron delegadas por el Presidente de la República¹, teniendo en consideración lo establecido en los distintos pasajes atinentes de la Constitución Política² y la Ley n.º 18415 “Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción”³ deben ser de conocimiento de la población y cumplidas por esta última.

Es dable destacar entonces, que los estados de excepción tienen, aunque no con idéntico nombre, un origen tan antiguo como la ley marcial romana, hoy denominada estado de sitio y cuyo fundamento ético se encuentra en las *Catilinarias* de Marco Tulio Cicerón, argumentaciones del padre del derecho romano y uno de los más grandes oradores conocidos, utilizadas para convencer al Senado de aplicar la pena de muerte a Lucio Sergio Catilina, quien organizó una conspiración golpista para acabar con la República y convertirse en *dictator*⁴.

Asimismo, y tal como indica Renato Astrosa Herrera en su obra *Derecho penal militar*⁵ en determinados países, cuando por razones de orden público, se decreta estado de sitio, entra en vigor un “bando” o precepto penal que se denomina Ley Marcial, en alusión a la que se dictó en Francia en el año 1789 y que determinaba los deberes de las autoridades municipales ante los motines y reuniones armadas que requerían el empleo de la fuerza militar.

Al respecto, el autor antes citado, refiere que, para el duque de Wellington, uno de los vencedores de Napoleón Bonaparte, la “ley marcial” no era, ni más ni menos, que la voluntad del general en jefe; en el fondo, la ley marcial era la ausencia de toda ley. Por consiguiente, el general en jefe que la proclamaba, se encontraba en la obligación de formular claramente las reglas e instrucciones que eran expresión de su voluntad⁶.

¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° E471014N24.

² Constitución Política de la República, artículos 6, 7, 39 a 45.

³ Ley n.º 18415, artículos 2, 3, 4, 6, 10 y 11.

⁴ Pablo HUNNEUS, *Filosofía clásica*, p. 53.

⁵ Renato ASTROSA HERRERA, *Derecho penal militar*, p. 22.

⁶ *Ibid.*

Ahora bien, considerando que en nuestro ordenamiento jurídico militar⁷, a lo largo de su historia, las potestades disciplinarias y jurisdiccionales se encontraban en un mismo cuerpo normativo –Ordenanza de Carlos III de 1798 y Ordenanza del Ejército de Chile de 1839– y que solo en el siglo pasado se produjo la separación del ámbito disciplinario y jurisdiccional en relación con la normativa específica de cada una de ellas. Lo anterior, se constató en los artículos 132 y 431 del *Código de Justicia Militar* de 1925, asignándole a S.E. el Presidente de la República la potestad reglamentaria en el ámbito disciplinaria para las Fuerzas Armadas, produciéndose una separación de estas⁸. Así, cobra importancia indagar qué se establecía en el ordenamiento jurídico del reino de España sobre los esta herramienta jurídica.

I. Historia y actualidad de los bandos en España

Hasta el siglo XVIII, según Juan Luis Cano Perucha, no puede afirmarse en forma categórica que los ejércitos tengan carácter permanente, por lo que hasta esa fecha no surge la necesidad de dictar ordenanzas generales para todo el Ejército, bastando las ordenanzas que se aprobaban para cada campaña en particular y los bandos que daban los generales para las tropas que estaban bajo su mando, concluyendo que este fue durante varios siglos la única fuente del derecho penal militar⁹.

De esta forma, Joaquín Otero Goyenes afirma que estos preceptos, cronológicamente, forman la primera fuente legal y que en el siglo XVI solían dictarse para las fuerzas terrestres –por los capitanes generales que mandaban huestes destinadas a empresas bélicas– bandos o proclamas con las normas esenciales para la definición de los deberes de los soldados, y las penas y procedimientos contra los infractores¹⁰.

Siguiendo a Juan Cano Perucha, no es posible determinar a ciencia cierta, cuándo nacieron a la vida del derecho. Aunque en el reino de España sí se tiene certeza de ellos, a lo menos, desde el siglo XVI, mediante los dictados por

⁷ José Luis CEA EGAÑA, en *Derecho constitucional chileno*, pp. 200-201, a propósito de los estados de excepción y su panorama en nuestra república, aborda con bastante brevedad la evolución de los mismos, y las disposiciones que adoptó la autoridad competente de cada época, en relación con las medidas y derechos suspendidos o conculcados, desde 1812 hasta 1973.

⁸ Sergio CEA CIENFUEGOS y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho militar. Parte general*, p. 7.

⁹ Juan Luis CANO PERUCHA, “Los bandos penales militares”, p. 313.

¹⁰ Joaquín OTERO GOYENES, “Los bandos de guerra”, p. 9.

Hernán Cortés en Tzacatecle (1520), Carlos I de Geneva (1536), el duque de Alba en la guerra contra el papa Paulo IV (1557) y a nombre del Rey, en Bruselas, con motivo de los excesos cometidos contra los sacerdotes católicos en enero de 1567, Sancho de Londoño, de orden del duque de Alba (1568)¹¹.

Con la creación de ejércitos permanentes españoles y la dictación de sus respectivas ordenanzas, estas disposiciones no desaparecieron, ya que se enfocaron en cubrir las necesidades penales no cubiertas por la legislación vigente, en el contexto de una campaña (guerra). Así lo acota Joaquín Otero Goyanes, a propósito de las tropas francesas en Madrid en 1808, motivo por el cual se dictó uno que ordenaba que mientras estuvieran en la ciudad se les dispensase toda consideración y miramientos¹², como también a propósito de la Guerra de la Independencia y las Guerras Carlistas.

En la España actual, los bandos continúan siendo una herramienta del derecho penal militar, y según Gonzalo Muñoz Vega, se ha discutido acerca de su naturaleza jurídica en el ámbito militar, aunque no han faltado autores que han mantenido su carácter, incluso de ley formal. La opinión más acertada –a su juicio– es la seguida por Luis Jiménez de Asúa y José María Rodríguez Devesa, de que se trata de una ordenanza de necesidad. Es decir, una ley material, no formal, dictada desde el Ejecutivo, debido a las circunstancias extraordinarias que concurren y que no emana de los órganos legislativos, ni se acomoda a las solemnidades requeridas para la promulgación de la ley formal¹³.

Luego, Amancio Landín Carrasco propone la siguiente definición:

“una ley provisional, justificada por circunstancias de excepcional gravedad, que puede definir nuevas actitudes delictivas, señalar las penas a ellas correspondiente y modificar transitoriamente la competencia de ciertas jurisdicciones para conocer de infracciones determinadas”¹⁴.

En consecuencia, para que estas normas –que establezcan delitos y penas– nazcan a la vida del derecho, se requiere que sea dictadas por la autoridad militar competente para ello. Este precepto lo establecieron de forma expresa en los artículos 11 y 181 del *Código de Justicia Militar* español, agregando, como requisito, que en ellos se exprese el territorio en que se aplicará y el momento de su entrada en vigencia^{15, 16}.

¹¹ OTERO, *op. cit.*

¹² *Op. cit.*, p. 11.

¹³ Gonzalo MUÑOZ VEGA, “Los bandos militares en el derecho vigente”, p. 192.

¹⁴ Amancio LANDÍN CARRASCO, *Manual de derecho penal y procedimiento militares*, p. 12, nota 1ª.

¹⁵ CANO, *op. cit.*, p. 312.

¹⁶ Consideremos que hay autores españoles como Luis Jiménez de Asúa y José Cerezo Mir que a este tipo de norma solo le otorgaban (en caso de orden público) la facultad de

Así, Gonzalo Muñiz Vega, independiente de las vertientes doctrinarias españolas, las que adhieren a la teoría de la reserva de la Ley Orgánica y las que le dan al precepto militar mayor autonomía, hace presente que resulta indudable que este ha de respetar, como es natural, los principios de culpabilidad, igualdad e irretroactividad, al completar un tipo enmarcado en el *Código Penal Militar*, donde tales principios están amparados de acuerdo con la Constitución. En conclusión advierte, con José María Rodríguez Devesa, que no se impone a esta disposición militar ninguna forma determinada¹⁷.

II. Los bandos en Chile, una herramienta vigente

Desde febrero de 2010 a la fecha, en Chile se han decretado una serie de estados de excepción constitucional¹⁸, todos ellos de catástrofe o emergencia, conforme a las atribuciones que le confieren el artículo 39 y siguientes de la Constitución Política, al Presidente de la República, designando para esos efectos en el decreto supremo que declara el respectivo estado de excepción, al Jefe de la Defensa Nacional, para ejercer las facultades que las leyes y normas le entregan, o les sean delegadas por la máxima autoridad de la nación, para los fines pertinentes.

Cabe indicar que las autoridades militares antes mencionadas, tienen, además, las mismas herramientas jurídicas que las autoridades civiles que menciona la Ley n.º 18415, pudiendo dictar, dentro del territorio afec-

someter a la jurisprudencia castrense los delitos comunes. Véase Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, p. 1384 y José CEREZO MIR, *Curso de derecho penal español. Parte general*, p. 183. A diferencia de José María Rodríguez Devesa y Juan Luis Cano Perucha –en el otro extremo– que, como es sabido, le reconocen la capacidad de crear nuevos delitos.

¹⁷ MUÑIZ, *op. cit.*, p. 198.

¹⁸ A la fecha podemos constatar varios estados de excepción constitucional desde el año 2010:

- 1) Catástrofe, por tsunami (febrero 2010);
- 2) Catástrofe, por incendio en la ciudad de Valparaíso (abril 2014);
- 3) Catástrofe, por incendio en la Región del Biobío (febrero 2017, 2019 y 2023);
- 4) Emergencia, por grave alteración al orden público, con ocasión del llamado “estallido social” (octubre 2019);
- 5) Catástrofe, por calamidad pública –COVID– 19 (marzo 2020);
- 6) Emergencia, por grave alteración al orden público en la macrozona sur bajo el gobierno del presidente Sebastián Piñera E. (octubre de 2021);
- 7) Emergencia, por grave alteración al orden público en la macrozona sur bajo el gobierno del Presidente Gabriel Boric F. (mayo 2022);
- 8) Catástrofe, por incendios en Viña del Mar (febrero 2024).

tado por un estado de excepción constitucional, otro tipo de actos administrativos, a saber: resoluciones, órdenes e instrucciones exentas del trámite de toma de razón por parte de la Contraloría General de la República, además de los bandos que estimen convenientes. Así lo indica expresamente el artículo 10 de la Ley n.º 18415.

Pero ¿cómo se define esta figura en nuestro ordenamiento jurídico?, ¿dónde nace esta institución jurídica?, ¿existe algún concepto o definición? Lo cierto es que son escasos los autores que en Chile se han referido a la materia.

En consecuencia, y *a priori*, podríamos decir que bando, es un tipo de acto administrativo de carácter temporal y de aplicación a una zona o jurisdicción acotada, que puede dictar la autoridad correspondiente, esto es, los Jefes de la Defensa Nacional, en el ejercicio de las facultades que le delegue el Presidente de la República o en ejercicio de los deberes y atribuciones que les confiera la Ley, con el fin de dar a conocer a la población de la zona bajo estado de excepción, una decisión o medida, en el contexto de un estado de excepción constitucional.

En un primer acercamiento a la materia, fue posible encontrar un concepto, elaborado por el exministro de la Corte Marcial del Ejército, Fuerza Aérea y Carabineros de Chile, Renato Astrosa Herrera, quién señala:

“La expresión bando significa mandato, ley o edicto, de orden superior, publicado en solemnidad. Los bandos militares son aquellos que dictan con las solemnidades del caso determinadas autoridades militares en tiempo de guerra, ya sea para sancionar, como delitos, hechos atentatorios a la seguridad de las tropas, o para solucionar problemas de orden administrativo que existan en territorio enemigo. Los bandos militares pueden ser, pues, penales o administrativos”¹⁹.

Según Gonzalo Muñiz Vega, la voz ‘bando’, algunos la derivan del alemán ‘*bann*’, otros del vándalo ‘*baner*’, otros del latín ‘*bandum*’. Para Giambattista Vico, la raíz etimológica aparece indicada en una capitular de Carlomagno: de ‘*heribanno*’, bando militar, que viene usado en el doble sentido de llamada a las armadas y multa militar para los que no se presenten. También, como aquella disposición general, dictada por la autoridad militar a la que se reconoce potestad para ello y que tiene fuerza obligatoria durante su vigencia para las fuerzas y territorio a los que va dirigido²⁰.

Ahora bien, según el *Diccionario panhispánico del español jurídico*, se define ‘bando’, entre otras, como:

¹⁹ ASTROSA, *op. cit.*, pp. 20 -21.

²⁰ MUÑIZ, *op. cit.*, p. 191.

“proclama o edicto que se hace público, originariamente de modo oral, por orden superior, especialmente militar o de un alcalde; particularmente la resolución dictada por el alcalde que a veces tiene un limitado alcance normativo, referida normalmente al recordatorio del cumplimiento de determinadas disposiciones legales o reglamentarias, fijación de fechas y lugares en que se llevarán a cabo concretas actuaciones o prestaciones, actualización de mandatos contenidos en las leyes, y otros aspectos relativos a la vida municipal”²¹.

Luego, para ‘bando militar’ señala: “bando dictado por las autoridades militares en los supuestos en que han asumido legalmente la conservación y el orden en situaciones de emergencia”²².

Por otro lado, Eduardo Soto Kloss, al referirse a los distintos actos administrativos en Chile, lo señala del modo que sigue:

“en cuanto a su aspecto formal, siguen en su formulación escrita un orden tradicional, que viene desde los albores de la República, llámense decretos, resoluciones, acuerdos, bandos (en los estados de excepción constitucional), dictámenes contralores”²³,

etcétera, reconociendo que, consecuentemente, estos son un tipo de acto administrativo emanados por la autoridad competente, dictados durante la vigencia de un estado de excepción constitucional.

Danny Monsálvez Araneda, refiriéndose en general a los bandos militares dictados en septiembre de 1973 en Chile, señala que, si bien tuvieron corta duración, su importancia no radica tanto en aquel punto, sino en su efectividad, ya sea en cuanto mensaje a la población o por las medidas que estos contemplaban. En aquel mes de septiembre de 1973, estas normativas, que desde el punto de vista fáctico se desplegaron entre los días 11 y 21, delimitaron el campo de lo permitido y prohibido, así como lo legítimo e ilegítimo, no solo en el ámbito político y social, sino, también, valórico y cultural. En consecuencia, se constituyeron, en la práctica, en la expresión de la voluntad inmediata del poder y se podían aplicar en tanto este lo dispusiera²⁴.

El citado autor, acota que los bandos emitidos entre 1973 y 1974 en Chile eran edictos penales y administrativos excepcionales sin fundamento constitucional (de 1925) y que, conforme al *Código de Justicia Militar*, podían ser utilizados en tiempos de guerra para gobernar a las tropas y a los

²¹ *Diccionario panhispánico del español jurídico*, voz ‘bando’.

²² *Op. cit.*, voz ‘bando militar’.

²³ Eduardo SOTO KLOSS, “La función del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno”, p. 88.

²⁴ Danny Gonzalo MONSÁLVEZ ARANEDA, “Legitimación e institucionalización. El poder militar disciplinario en Chile: bandos y decretos ley (1973-74)”, p. 188.

habitantes de los territorios ocupados²⁵. Conceptualizando estos, al tener escaso desarrollo en la legislación chilena, al 11 de septiembre de 1973, solo aparecen mencionados en el *Código de Justicia Militar* y en la Ley de Seguridad Interior del Estado, teniendo un carácter de notificación, escrita u oral, de un mandato y no del mandato mismo, siendo esencialmente públicos²⁶.

Lo anterior, se encuentra refrendado en los artículos 77 y 78 del *Código de Justicia Militar*. El artículo 77 del *Código* mencionado, le entrega atribuciones al general en jefe del Ejército, y al general comandante de un cuerpo o división de Ejército que opere por separado, para promulgarlos en razón de la seguridad y disciplina de las tropas. Los bandos y las penas que impusieren serán aplicables a todos quienes los siguieren²⁷, y en caso de estar en territorio enemigo, pudiendo, además, ser obligatorios para todos los habitantes del territorio ocupado.

Conforme a lo recién indicado, además de aquellos de contenido penal, existen otros de tipo administrativos, en razón de lo establecido en el artículo 78 del *Código* antes señalado. Estos pueden ser diversos, llegando, incluso, a designar autoridades judiciales para mantener el orden público y asegurar el respeto a los derechos individuales, designar autoridades administrativas locales y poner en ejercicio las atribuciones delegadas en razón de un ESTADO DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL más allá del de ASAMBLEA O DE SITIO, tal como es el caso de los de CATÁSTROFE Y EMERGENCIA.

José Luis Cea Egaña, aclara que existen atribuciones de excepción radicadas directamente por la actual Constitución en las autoridades de las instituciones armadas que se desempeñaron en los estados de emergencia y catástrofe. En cuanto a ellas, no cabe la delegación, por hallarse habilitadas de antemano, en virtud del código fundamental. He aquí, desde luego, un rasgo típico de la ley marcial, que singulariza a esos estados, en especial, el de emergencia; y se demuestra también la exigencia de someter a tales autoridades, en todo momento y circunstancias, al mando supremo del Jefe de Estado y de los órganos constitucionales que controlan el ejercicio de la Primera Magistratura²⁸.

²⁵ MONSÁLVEZ, *op. cit.*, p. 89.

²⁶ *Op. cit.*, p. 189.

²⁷ En la Guerra del Pacífico, vendrían siendo, incluso, aplicables a los denominados “enganchados”, campesinos que seguían al Ejército, siendo enrolados en este para apoyar en el ámbito logístico o, incluso, como soldados de línea.

²⁸ CEA EGAÑA, *op. cit.*, p. 226.

III. Análisis de la clasificación de los bandos

Tal como indicamos en el apartado anterior, es posible, en atención a las materias que regulan, clasificarlos en dos categorías:

- a. De contenido penal.
- b. De contenido administrativo.

A continuación, haremos un breve análisis de esta clasificación:

A. BANDOS PENALES

Renato Astrosa señala que, a diferencia de lo que acontece en otros países, nuestra Constitución Política no se refiere a los bandos militares, pero esta es una institución universalmente aceptada. A su vez, aquellos de contenido penal constituyen una fuente de derecho penal militar que entra en vigor cuando circunstancias de grave peligro y trascendencia para el Estado, hacen en un momento determinado, insuficientes las leyes penales normales, constituyendo suplementos legales de carácter provisional, y con limitaciones en cuanto al tiempo, al lugar y a la esfera de aplicación. Estos importarían una excepción al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege*²⁹.

En cuanto a la tipificación de nuevos hechos punibles, Renato Astrosa estima que se requiere que esa tipificación tienda a beneficiar la “seguridad y disciplina de la tropa”. En lo que respecta a las penas que estos puedan imponer, aun cuando nada ha dicho el legislador al respecto, esas penas no pueden ser diferentes a las que establecen nuestras leyes patrias (*Código Penal, Código de Justicia Militar* y tratados internacionales vigentes ratificados por Chile³⁰). Sobre este punto, Renato Astrosa indica que algunos autores³¹ creen que estas normativas penales deben, además, estar sujetos a las siguientes limitaciones:

- a) deben acatar las normas del derecho de gentes y
- b) deben someterse a las líneas generales y principios básicos del sistema político y jurídico en que se inspire el régimen imperante en su propio Estado.

Dicho lo anterior, para que puedan dictarse, se requiere que concurren los siguientes requisitos:

²⁹ ASTROSA, *op. cit.*, p. 21.

³⁰ CEA EGAÑA, *op. cit.*, pp. 220, 226-227.

³¹ Fernando DE QUEROL Y DE DURÁN, *Principios de derecho militar español. Derecho penal militar*, p. 28.

- a) Que haya “tiempo de guerra”, guerra que puede ser externa o civil³². En otras palabras, que se decreta estado de excepción constitucional de asamblea o de sitio³³.
- b) Que se haya nombrado el general en jefe que “deba operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes organizadas”³⁴.
- c) Que las tropas se encuentren en territorio enemigo o en territorio nacional declarado en estado de asamblea o de sitio³⁵.

Según Renato Astrosa, la atribución de dictar bandos penales, el legislador se la entregó exclusivamente al general en jefe de Ejército y al general comandante de una división o cuerpo de Ejército que opere por separado, como se desprende del artículo 77 del *Código de Justicia Militar* chileno. Podríamos entender que esta atribución es extensiva a los oficiales de la Armada y de la Fuerza Aérea, cuando ostenten el título de general en jefe de un Ejército, general comandante de una división o cuerpo de Ejército, como ocurrió durante la Guerra del Pacífico con el capitán de navío Patricio Lynch Solo de Záldivar, cuando ostentó el cargo de general en jefe (comandante en jefe) de la Primera División de Ejército.

En cuanto a las personas a quienes obligan estos preceptos penales, hay que distinguir:

- a) En territorio nacional, a cuantas personas sigan al Ejército, sin excepción de clase, estado, condición o sexo (artículo 77 del *Código de Justicia Militar*).
- b) En territorio enemigo, obligan, además, a todos los habitantes del territorio ocupado (*Código de Justicia Militar*)³⁶.

Por otro lado, Danny Monsálvez Aravena³⁷ señala que durante septiembre de 1973 se dictaron esta clase de reglas con tenor punitivo, entre otros, el bando 16, que ordenó el toque de queda en todo el territorio nacional entre las 18:00 y las 06:30 horas, sin que las personas, grupos, vehículos o cualquier otro medio pudiera transitar por la vía pública. Menciona, también, que, como forma de resguardar el orden y la disciplina en el espacio público, se dispuso, por medio del bando 32, que toda aquella persona que durante el estado de sitio fuera sorprendida imprimiendo o difundiendo por cualquier medio propaganda subversiva y atentatoria contra el supremo

³² *Código de Justicia Militar*, artículos 418, 71, 72 y 77.

³³ Constitución Política de la República, artículos 40 y 43.

³⁴ *Código de Justicia Militar*, artículo 73.l.

³⁵ *Op. cit.*, artículos 72 y 77.

³⁶ En este último caso, nos encontramos ante una situación de extraterritorialidad de la ley penal militar chilena, por aplicación del numeral 1 del artículo 3 del *Código de Justicia Militar*.

³⁷ MONSÁLVEZ, *op. cit.*, p. 195.

gobierno sufrirá las penas contempladas por el *Código de Justicia Militar* para tiempo de guerra.

Finalmente, es posible señalar que esta institución, más bien le entrega a la autoridad militar pertinente, facultades en la esfera del ámbito disciplinario penal, sin que aquella quede al arbitrio de la misma, debiendo respetar los tipos penales ya tipificados, así como los tratados internacionales ratificados por Chile,³⁸ naciendo a la vida del derecho de forma excepcional y temporal para suplir un vacío en la normativa del momento, manteniendo el resguardo por integración de las “penas” consultadas³⁹.

B. BANDOS ADMINISTRATIVOS

Para nuestra legislación, estos no son desconocidos o ajenos a ella. En efecto, ya encontrábamos en la primitiva Ley n.º 12927, sobre Seguridad del Estado, su artículo 34, que se faculta al llamado jefe militar de zona de emergencia para dictar este tipo de norma que obligaba a la población civil nacional, técnica legislativa que se mantuvo en el actual decreto n.º 890, que “Fija texto actualizado y refundido de la Ley N° 12.927, sobre Seguridad del Estado”, y con posterioridad, en Ley n.º 18415, “Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción”, en particular en su artículo 10, en relación con los deberes y facultades establecidos en los artículos 5 y 7 de esta última norma legal, a propósito de los estados de excepción constitucional de emergencia y catástrofe respectivamente.

Por lo anterior, no cabe duda de que el legislador, a lo largo del tiempo, tanto en el *Código de Justicia Militar*, la Ley de Seguridad del Estado y la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, reconoció y reconoce esta institución jurídica, como un acto administrativo, de carácter excepcional, temporal y de aplicación acotada a una zona específica o a todo el territorio nacional e, incluso, fuera de nuestro territorio, dependiendo del tipo de estado de excepción decretado, y su radio de aplicación, emanado de la voluntad soberana delegada por el Presidente de la República al jefe de la defensa nacional (jefe militar), que goza de solemnidad, publicidad –tal como lo establece el artículo 11 de la Ley n.º 18415 ya individualizada– y de

³⁸ En caso de estado de excepción constitucional de asamblea o de sitio por guerra interna, también será aplicable el DIH y derecho internacional de los derechos humanos, al respecto.

³⁹ Interesante resulta analizar cómo Juan Luis Cano Perucha en España, a propósito de su obra “Los bandos penales militares”, en especial las limitaciones a los mismos, esgrime que la única limitación que tienen, es el establecimiento de penas, no pudiéndose crear nuevas sanciones, o sea, no pudiéndose imponer aquellas que no figuren en las normas vigentes al momento de tipificar una determinada conducta.

razonamiento, no exento de las impugnaciones que los eventuales afectados puedan realizar ante el órgano jurisdiccional competente, esto es, los tribunales ordinarios o los tribunales militares en tiempo de paz, durante los estados de excepción de catástrofe o de emergencia, y los tribunales ordinarios o los tribunales militares en tiempos de guerra, en todo el territorio declarado en estado de excepción de sitio o de asamblea, según correspondan.

Sin embargo, y en cuanto a su naturaleza jurídica como actos administrativos, podría considerarse que están exentos de la regulación aplicable a esos actos jurídicos, por emanar de atribuciones delegadas temporalmente por el Presidente de la República, a los comandantes en jefe de las unidades de la Fuerzas Armadas o al jefe de la defensa nacional que designe en el contexto de un decreto supremo que establece un estado de excepción constitucional determinado.

Pero, por otra parte, es posible señalar que aquellos, en cuanto actos administrativos tal como se definen en los artículos 2 y 3 de la Ley n.º 19880, que “Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado” se encuentran circunscritos a la aplicación general de esa norma legal, en razón del tenor literal de su artículo 2, que incluye con claridad a las Fuerzas Armadas, entendiendo además, el sentido supletorio de la norma legal ya citada. A los bandos, les serían del todo aplicables el artículo 3 y siguientes de la misma, en especial sus principios, como base de una técnica jurídica que debe englobar a todo acto administrativo.

Asimismo, es menester tener en consideración que el actuar de las autoridades militares designadas por el Presidente de la República en los decretos supremos que establecen los estados de excepción constitucional, deben circunscribir su actuar, a los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, en relación con los artículos 2, 3, 4 y 54 a 64 de la Ley n.º 18575, “Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado”.

Así, este tipo de regulaciones pueden ser tan diversos como facultades delegadas se le otorguen al jefe de la defensa nacional en el contexto de un estado de excepción constitucional de emergencia o catástrofe, en pos de superar las circunstancias que ameritaron su dictación, manteniéndose vigentes mientras dure el respectivo estado de excepción constitucional o cuando otro bando lo deje sin efecto.

Por lo anterior, cobra importancia la numeración y registro en el tiempo de los mismos, ya que, si un estado de excepción constitucional se renueva y dura por tiempo prolongado, al ser estos temporales y excepcionales, su numeración y registro debería seguir un número o patrón correlativo progresivo, sin que el cambio de año reinicie esta numeración. Ello en razón de su esencia, esto es, su excepcionalidad y aplicación en tiempo

y espacio por lo general acotados; el impacto en la ciudadanía y por una razón de economía procedimental⁴⁰.

Ahora bien, a nuestro parecer y concordando con José Luis Cea Egaña, el Presidente de la República se encuentra facultado, durante la vigencia de un estado de excepción, para adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona bajo estado de excepción constitucional⁴¹, con lo cual son los jefes de la defensa nacional quienes ejercen las facultades delegadas de S.E. el Presidente de la República, usando entre otras herramientas jurídicas, este tipo administrativo para regular distintos quehaceres de la vida diaria en la zona declarada bajo estado de excepción constitucional.

Por último, no hay que perder de vista que, en lo que a ellos respecta, el artículo 42, incisos 2 y 3 de la CPR nos dan luces, toda vez que ambas normas operan por el solo ministerio de la Carta Política sin que sea necesario, por ende, un acto administrativo especial, siempre y cuando el Presidente de la República ya haya declarado el régimen de excepción respectivo. En relación con esto, la reforma de 2005 suprimió la alusión al mando militar –pero conservando la referencia al jefe de la defensa nacional– sustituyéndola por la que se lee en el artículo referenciado, de corte administrativo puro, aunque impropio en lo concerniente al uso sustantivo de jurisdicción⁴².

Conclusión

Si bien la doctrina española, enfoca los bandos militares hacia una sede más penal que administrativa, es importante recalcar que, en Chile, la primera de ellas está en desuso como tal, aplicándose más bien la segunda. De esta forma, las regulaciones militares en nuestro país se han centrado en el ámbito administrativo para disponer distintas medidas ante la población, e instrucciones a las Fuerzas Armadas acantonadas en la zona declarada bajo estado de excepción constitucional, a fin de superar la catástrofe o emergencia según el caso.

⁴⁰ Al respecto, por ejemplo, encontramos los bandos administrativos emanados en el marco del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública (COVID-19) y el de emergencia en la macro zona sur 2022-2023, donde el cambio de año no alteró el orden correlativo de su numeración como sí ocurre en los documentos emanados por los distintos servicios de la Administración Pública.

⁴¹ CEA EGAÑA, *op. cit.*, p. 221.

⁴² *Op. cit.*, p. 222.

Solo la autoridad militar competente, conforme a la delegación de facultades que le confiera a S.E. el Presidente de la República, puede dictarlo, respetando el núcleo de derechos fundamentales contenidos en nuestra Constitución y en los tratados internacionales en la materia ratificados por Chile, sin perder de vista el contexto en que se dictan, en circunstancias de excepción, en que la teoría podría verse superada por la realidad práctica de los acontecimientos, siendo estos actos administrativos encuadrados como resoluciones “sui generis”, dictadas por autoridad militar competente, que gozan de especialidad, temporalidad y publicidad.

Respecto aquellos de corte penal en Chile, consideramos que se encuentran limitados a la esfera del ámbito disciplinario penal, sin que la autoridad militar competente tenga el arbitrio de los mismos, debiendo respetar los tipos penales ya tipificados y, en especial, las normas relativas a los derechos fundamentales.

En conclusión, luego de haber analizado en general la esencia de lo que es y de dónde emana un “bando”, debido a que ellos, en especial los administrativos, mantienen todos los elementos de una resolución fundada, investida de la delegación pertinente que emana de la Constitución Política del Estado y normas legales vigentes, gozando de transparencia, publicidad y solemnidad; siendo estos *pro tempore*, podemos concluir que es:

“todo acto administrativo –pudiendo tener eventualmente implicancias jurisdiccionales– emitido por la autoridad militar competente, en el contexto de un Estado de Excepción Constitucional, que el ejercicio de sus funciones, disponga alguna medida dentro de las atribuciones delegadas, para superar los motivos por los cuales se decretó un determinado Estado de Excepción. Estos pueden ser de carácter general o particular. Los generales rigen para todas las personas y/o actividades de la zona bajo Estado de Excepción, y particulares solo cuando afectan a un determinado grupo y/o sector de la misma. Es Solemne, especial, temporal y goza de publicidad”.

La anterior definición, intenta englobar las distintas instituciones y elementos que le dan un sello particular a este tipo de resolución especialísima, concluyéndose que en la actualidad –cualquiera sea el estado de excepción constitucional decretado– no puede existir un bando sin estos elementos, de lo contrario no sería tal, sino, más bien, una resolución de una autoridad al margen del Principio de Juridicidad.

Bibliografía

ASTROSA HERRERA, Renato, *Derecho penal militar*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1971.

- CANO PERUCHA, Juan Luis, “Los bandos penales militares”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 36, número 2, 1983.
- CEA CIENFUEGOS, Sergio y Ricardo CORONADO DONOSO, *Derecho militar. Parte general*, Santiago, Legal Publishing, 2011, tomo I.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2013, tomo III, capítulo VII: Estado de excepción constitucional.
- CEREZO MIR, José, *Curso de derecho penal español. Parte general*, Madrid, Tecnos, 1983, tomo I.
- DE QUEROL Y DE DURÁN, Fernando, *Principios de derecho militar español. Derecho penal militar*, Madrid, Editorial Naval, 1945, tomo II.
- Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/> [fecha de consulta: 15 de julio de 2024].
- HUNEEUS, Pablo, *Filosofía clásica*, 6ª ed., Santiago, Editora Nueva Generación, 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho penal*, Buenos Aires, Losada, 1964, tomo II.
- LANDÍN CARRASCO, Amancio, *Manual de derecho penal y procedimiento militares*, 6ª ed., Madrid, Ministerio de Marina, 1967.
- MONSÁLVEZ ARANEDA, Danny Gonzalo, “Legitimación e institucionalización. El poder militar disciplinario en Chile: bandos y decretos ley (1973-74)”, en *Estudios*, n.º 44, 2020.
- MUÑIZ VEGA, Gonzalo, “Los bandos militares en el derecho vigente”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Disponible en www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1987-10019100198 [fecha de consulta: 16 de julio de 2024].
- OTERO GOYENES, Joaquín, “Los bandos de guerra”, en *Revista Española de Derecho Militar*, número 3, 1957.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La función del acto administrativo, doctrina y jurisprudencia en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius Publicum*, n.º 41, 2018.

NORMAS

- Constitución Política de la República de Chile, decreto n.º 100, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, que “fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile”.
- Código Penal* chileno.
- Código de Justicia Militar* de Chile.
- Ley n.º 18415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, del 14 de junio de 1985.
- Ley n.º 18575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, del 5 de diciembre de 1986; texto refundido, coordinado y sistematizado por el DFL 1-19653, del 17 de noviembre de 2001.

Ley n.º 19880, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado, del 29 de mayo de 2024.

Ley n.º 12.927, sobre Seguridad del Estado, del 6 de agosto de 1958; texto actualizado y refundido por el Decreto n.º 890, del Ministerio del Interior, del 20 de agosto de 1975.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° E471014 de 4 de abril de 2024, “Estado de excepción constitucional de catástrofe, atribuciones, medidas preventivas y de mitigación en recintos privados, limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, facultad Presidente de la República, delegación”.

Siglas y abreviaturas

COVID	enfermedad por coronavirus
CPR	Constitución Política de la República
DFL	decreto con fuerza de ley
DIH	derecho internacional humanitario
ed.	edición
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
JEDENA <i>a veces</i>	JDN Jefes de la Defensa
n.º <i>a veces</i>	Nº número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
S.E.	Su excelencia
www	World Wide Web

Comentarios de Jurisprudencia

Derecho Público Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N.º 25 | 2024

¿ES POSIBLE UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE DE UNA “EDUCACIÓN NO SEXISTA”? (COMENTARIO A LA SENTENCIA ROL 15.276-24 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL)

*Vicente Hargous F.**

*Luis Robert V.***

Introducción: antecedentes de la sentencia

1. BREVE RESUMEN DEL REQUERIMIENTO Y DEL CONFLICTO CONSTITUCIONAL

El proyecto de ley que “estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género” –y que contiene la norma objeto del requerimiento en cuestión–, fue ingresado al Congreso Nacional, vía mensaje presidencial, el 5 de enero de 2017¹. Entre sus objetivos declara: “[...] la igualdad entre hombres y mujeres y el fin de las relaciones de subordinación que éstas padecen, raíz de la violencia de género”. Por otra parte, el requerimiento –admitido a trámite y declarado admisible el 19 de marzo de 2024– solicita que el Tribunal Constitucional declare inconstitucional la expresión “no sexista” del artículo 12 inciso segundo, el cual se inserta en el contexto de que los establecimientos educativos promuevan dicha educación “no sexista” y con igualdad de género².

El conflicto constitucional planteado se resume en que la norma impugnada contendría una carga ideológica la cual se traduce en que, en la práctica, dicho concepto no es “neutral”, puesto que va más allá de las ideas matrices que son: prevenir la violencia contra la mujer. Así, la cuestión de cons-

* Magíster en Estudios Políticos por la Universidad de los Andes. Profesor de Filosofía del Derecho y de Derecho Político en la Universidad Finis Terrae. Miembro del Área de Investigación de la Corporación Comunidad y Justicia. Correo electrónico: vicente.hargous@comunidadyjusticia.cl

** Magister (c) en Derecho Administrativo por la Universidad de los Andes. Profesor de Historia del Derecho en la Universidad Finis Terrae. Miembro del Área Judicial de la Corporación Comunidad y Justicia. Correo electrónico: luis.robert@comunidadyjusticia.cl

¹ CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 11.077-17.

² El concepto de “no sexista” no es, sin embargo, originario del mensaje inicial, sino que fue incorporado vía indicación parlamentaria. Véase a este respecto la *Historia de la Ley* n.º 21.675.

titucionalidad se expresa en que, en virtud del contenido de este concepto, se “impone a los establecimientos un enfoque único y excluyente de la educación sobre la persona y su sexualidad”, que vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos, como también la libertad de enseñanza y de conciencia.

2. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Como hemos señalado, los requirentes sostienen que el precepto impugnado de una “educación no sexista” posee una carga ideológica que no es neutral. Se apoyan, a este respecto, en la jurisprudencia del propio tribunal el cual mediante una sentencia que falló un requerimiento de inconstitucionalidad a propósito del proyecto de ley que “establece un Sistema de garantías para la niñez”³, dispuso:

“[...] una acción positiva del Estado a favor de procurar un determinado tipo de [...] educación sexual y afectiva integral deba ser –en conjunto– ‘laica y no sexista’, significa excluir otras dimensiones valóricas”⁴.

En tal contexto, afirman, en primer lugar, que el precepto impugnado es inconstitucional porque:

“no realiza una referencia al derecho de los padres a educar a sus hijos, especialmente sobre cómo compatibilizar su contenido esencial, que es de suyo preferente por sobre cualquier promoción educativa estatal”.

En segundo lugar, arguyen que la redacción “denota un afán hegemónico. La educación no sexista no se puede comprender en términos plurales y alternativos”. En tercer lugar, que el contenido esencial de los derechos conculcados, “incluyen las convicciones morales y religiosas propias del núcleo familiar”. Por último, esgrimen que el concepto de una educación no sexista sería una categoría conceptual no prevista por la Constitución y la ley como límite a la libertad de enseñanza, lo que:

“implica eliminar la existencia de alternativas reales en relación con este aspecto particular de la educación, sobre todo otras visiones sobre la afectividad y la sexualidad legítimas en una sociedad plural”⁵.

Por otra parte, en lo que respecta a las observaciones realizadas por el Presidente de la República, estas se limitan a sostener que la educación no sexista “es una vía para alcanzar la igualdad y prevenir la violencia de género”, la cual –a juicio de los requeridos– es compatible con las con-

³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 11.315/11.317-21 (acumuladas).

⁴ *Op. cit.*, considerando noveno.

⁵ Escrito del requerimiento de constitucionalidad, pp. 21-22, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 15.276-2024.

vicciones morales y religiosas de los padres y los proyectos educativos de los establecimientos de enseñanza. El contenido de este concepto, en este sentido, se fundamenta en la igualdad entre hombres y mujeres, de modo que se puedan “crear entornos de aprendizaje seguros e inclusivos para niñas y niños. Y erradicar estereotipos de género en la educación”.

Finalmente, agrega que, en consecuencia, los requirentes no elaboran un argumento de constitucionalidad, sino un mero “reproche de disconformidad”. En este contexto, arguyen una serie de razones que defienden la idea de que la educación no sexista sí es compatible con las posturas matrices del proyecto y, sobre todo, con el derecho de los padres a educar a sus hijos, junto con la libertad de enseñanza, derechos que, en este esquema, serían funcionales al derecho a la educación, “presentando un carácter complejo que debe interpretarse armónicamente en su contexto”⁶.

Análisis crítico de la sentencia

En lo que sigue, realizaremos un análisis de la sentencia dividiendo nuestro examen en tres partes. En una primera sección, argumentaremos en términos generales que la expresión “no sexista”, al contrario de lo que sostiene el Tribunal Constitucional, sí posee un núcleo de contenido ideológico básico; en la segunda sección, en estrecha conexión con lo anterior, sostendremos que la sentencia no realiza una interpretación razonable respecto de los efectos de la educación no sexista en la práctica educativa; por último, a modo de síntesis, mostraremos que es falsa la pretendida concepción neutral de la educación que subyace en el razonamiento del Tribunal Constitucional.

I. LA EXPRESIÓN “NO SEXISTA”

POSEE UN NÚCLEO DE CONTENIDO IDEOLÓGICO BÁSICO

La tesis sostenida por el Tribunal para rechazar el requerimiento se funda en que el concepto de una educación “no sexista” admite una amplitud de significados. Así, en la práctica, a juicio de los sentenciadores, esta expresión puede ser objeto de:

“una interpretación muy razonable y obvia, como ‘contraria al sexismo’, y sexismo, en su sentido literal, y además natural y obvio, se define como discriminación entre las personas por razón de sexo”⁷.

⁶ Escrito que formula observaciones al requerimiento, pp. 20 y 23, en TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol n.º 15.276-2024.

⁷ *Op. cit.*, considerando séptimo.

En este sentido, los requirentes “no estarían planteando una verdadera cuestión de constitucionalidad”, sino que atacando una mera “expresión lingüística”. Luego, si existe un riesgo de inconstitucionalidad esta solo sería “eventual”, es decir, limitado a casos “casos concretos”⁸.

El razonamiento es falaz, por al menos dos razones. En primer lugar, asume en abstracto que el concepto de “no sexismo” posee un significado inocuo, razonable –y que los intérpretes optarán de modo *necesario* por este–, significado que se encontraría vinculado con la discriminación de las personas por razón de sexo y que asumen que es el que se aplica en la práctica educativa. Sin embargo, si bien el sexismo es un concepto genérico, está muy vinculado con el desarrollo del feminismo contemporáneo, sobre todo con sus visiones más radicales. Si bien los requirentes no impugnan la expresión “[...] y con igualdad de género [...]” que viene a continuación de la frase cuestionada “educación no sexista” –cuya conexión causal es evidente–, la literatura especializada sobre teoría de género muestra que el sexismo es uno de sus pilares, representando, también, un papel fundamental en los “enfoques” feministas de análisis del derecho, con consecuencias claras en el diseño de normas e instituciones jurídicas⁹.

Para esta literatura, el sexismo implica, ante todo, precisamente una comprensión diferente de las mujeres basada en la deconstrucción de los estereotipos tradicionales de género; pero se extiende también a la presunta imposición que realiza la cultura andocéntrica de un “binario sexual” (masculino y femenino), cuestionando la antropología heterosexual en diversos planos, en especial las diferencias sexuales a partir de la distinción más amplia entre género y sexo¹⁰. Por ejemplo, Carola Rivas –ministra de la Corte de Apelaciones de Concepción y autora de un libro de referencia en la materia en el ámbito nacional– constituye un ejemplo relevante del modo en que el feminismo asume ciertas premisas tácitas que son ideológicas. La magistrada acepta un postulado que parece equivalente a la tesis marxista del derecho como una superestructura:

Resulta esencial entender que el reconocimiento jurídico del principio de igualdad, así como la supuesta neutralidad del derecho como método

⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando tercero.

⁹ Posiblemente los requirentes no extienden la cuestión de constitucionalidad a la expresión “y con igualdad de género” que viene a continuación de educación no sexista por razones estratégicas, porque dicha expresión ya se encuentra reconocida en diversas normas del ordenamiento jurídico. Véase, solo por citar un ejemplo, el artículo 109 del *Código Procesal Penal*, que incorpora un nuevo derecho de la víctima, en orden a realizar la investigación “desde un enfoque intersectorial, incorporando la perspectiva de género y de derechos humanos”.

¹⁰ Sobre esta literatura, se puede consultar, Carla FEHR & Letitia MEYNELL, “Feminist Philosophy of Biology”.

de regulación, han ocultado una verdad que se mantiene cierta hasta nuestros días: la subordinación y discriminación de las mujeres. Prueba de ello es la falta de representatividad femenina en los órganos legislativos y también en los escalafones superiores de administración de justicia; las sentencias sexistas y todas las leyes discriminatorias que se mantienen a pesar de esas declaraciones de igualdad entre todas las personas¹¹.

Como podemos apreciar, la autora trata el derecho como un mecanismo social de opresión creado por los hombres *para ocultar* (ese es el sesgo ideológico) la realidad social de las relaciones de subordinación de las mujeres.

En segundo lugar, el significado que posee el concepto de no sexismo se puede rastrear en la práctica de quienes lo han incorporado al ámbito educativo. En efecto, los insumos, materiales pedagógicos y las orientaciones que en general se han desarrollado en el Ministerio de Educación en función del sexismo, parecen asumir, precisamente, las principales premisas de las teorías de género que cuestionan la diferencia sexual entre hombre y mujer. Solo por citar un ejemplo, un documento del año 2018 ya declara, en un glosario *ad hoc*, que el sexo es “la clasificación de las personas al momento de nacer, como hombre, mujer o intersex, en función de sus características biológicas y anatómicas”. Y recomienda a los niños de la educación parvularia, entre otras orientaciones, “uso de muñecos sin un género determinado, con diversas expresiones emocionales”¹².

En ese sentido, el planteamiento del tribunal, según el cual pretende sostener que no se vulneraría de modo efectivo e inevitable un derecho constitucional, equivale a impedir la declaración de inconstitucionalidad de casi cualquier precepto que busque impugnar excusándose en el principio de deferencia al legislador: siempre, en efecto, se trataría de normas en abstracto, cuyo contenido sería determinado por el juez en el caso concreto. O, en todo caso, su aplicación conforme con la Constitución exigiría una resignificación total del concepto, de tal manera que signifique lo opuesto de lo que siempre se ha entendido.

Por ello, al contrario de lo que señala la sentencia, la libertad del juez para delimitar un “sentido razonable” de no sexismo, se encuentra bastante condicionada por esta realidad, de tal modo que no parece descabellado pensar que, en la práctica, este precepto –interpretado por los jueces y por órganos administrativos– vulnerará de modo necesario, derechos funda-

¹¹ Carola RIVAS, *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*, pp. 9-10.

¹² Para estos glosarios y otros materiales vinculados con el sexismo, se puede consultar <https://educacionnosexista.mineduc.cl/recursos/> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2024].

mentales, por lo que lo “razonable” era en efecto optar por declarar la inconstitucionalidad del precepto impugnado. Por ello, es del todo falso que el sentido no ideológico de la expresión “no sexista” sea primario, mientras que el sentido alegado por los requirentes sería un significado “secundario”, “extremo” o “extensivo”, como señala el considerando cuarto del fallo.

2. *LA SENTENCIA NO REALIZA UNA INTERPRETACIÓN RAZONABLE
RESPECTO DE LOS EFECTOS DE LA EDUCACIÓN NO SEXISTA
EN LA PRÁCTICA EDUCATIVA*

Un segundo punto importante y estrechamente vinculado con el anterior se expresa en que el tribunal –en razón de este contenido en apariencia difuso del concepto de “no sexismo”– estima que debe ser el juez “[...] como intérprete natural, el que vaya delimitando su contenido en los casos concretos [...]”¹³.

Sin embargo, si bien en nuestro ordenamiento jurídico existe una gran cantidad de conceptos indeterminados, cuyo contenido depende, en buena parte, de la interpretación y determinación que deben realizar los operadores jurídicos al momento de razonar “en concreto” –lo que sí resulta razonable, atendido a que los principios no tienen sí o sí una única y necesaria interpretación–, en este caso la falta de determinación y precisión de “educación no sexista” genera, tratándose de derechos fundamentales como el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, la libertad de enseñanza y la libertad de conciencia, una incompatibilidad flagrante que el sentenciador no valora de forma adecuada.

La claridad del sentido de la ley es uno de los rasgos que permiten exigir el cumplimiento efectivo de sus obligaciones. Por ello, en nuestra tradición jurídica occidental la legislación ha sido reconocida como la fuente más importante del derecho, justo por los valores que a lo largo de la historia se han asociado a ella y que múltiples sistemas jurídicos incorporan. Como recuerda Paul Yowell:

“la producción del derecho escrito por medio de legislación es la forma más apropiada para tratar de alcanzar la tan deseada virtud de la claridad y promover los valores asociados a ella, tales como la irretroactividad, la generalidad, y la promulgación”¹⁴.

En este sentido, uno de los deberes del legislador para con los ciudadanos, que se encuentran bajo el imperio de la Constitución y las leyes, es en efec-

¹³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando octavo.

¹⁴ Paul YOWELL, “Legislación, common law, y la virtud de la claridad, pp. 481-512.

to que las obligaciones que se contienen en estas deben ser claras, precisas, de manera que sean efectivamente comprendidas y obedecidas¹⁵.

Esto explica que la ley, que regula la vida social, sea una regla, una “medida” de lo justo¹⁶, lo que implica que el legislador debe evitar cualquier confusión al momento de su elaboración –máxime si están en juego los derechos fundamentales mediante conceptos que contienen significados con una carga ideológica–, “previniendo cualquier daño que pudiera surgir de las leyes en sí mismas”¹⁷. De ahí que, desde antiguo, Aristóteles y la tradición que le sigue, hayan sostenido que es mejor que las leyes –de carácter general, en relación con las sentencias judiciales, siempre particulares y enfocadas al caso–¹⁸,

“son menos susceptibles de ser corrompidas por la parcialidad, mala voluntad o algún otro deseo que surja en relación con los intereses de los litigantes en una causa judicial”¹⁹.

Siempre y cuando, claro está, que el legislador cumpla con dicha función de respetar el carácter de generalidad que poseen en principio las leyes.

En este sentido, el razonamiento que efectúa el Tribunal Constitucional prescinde en este fallo de la importancia de la ley en tanto regla general que ordena y especifica la vida jurídica, más aún porque en virtud de esta condición favorece que los jueces puedan fallar con un criterio más objetivo sobre qué es lo que significa la educación no sexista. El fallo renuncia –bajo el pretexto de la existencia de un sentido legítimo del no sexismo–²⁰ a declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada –a pesar de que presenta un núcleo de contenido básico pesquisable a través de su uso empírico– y prefiere trasladar dicha responsabilidad a la discrecionalidad judicial e,

¹⁵ Sobre este punto, véase John FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, p. 261.

¹⁶ Javier HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, p. 131 y ss.

¹⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 3.

¹⁸ Por cierto, lo anterior no implica desmerecer la importancia que poseen los jueces al momento de determinar e interpretar el derecho. En nuestra tradición jurídica, el juez tiene –a pesar de los intentos del positivismo legalista de reducir su campo de acción durante el siglo XIX y parte del XX–, una importancia crucial. Si bien el positivismo legalista intentó contener a los jueces dentro del rígido esquema de la legalidad, al mismo tiempo existen espacios importantes por medio de los cuales el juez puede interpretar las leyes, ya sea por medio de la equidad o, incluso, el principio de inexcusabilidad, parte central de esta jurisdicción. Véase, a este respecto, el artículo 24 del *Código Civil*, el artículo 10 del *Código Orgánico de Tribunales* y también los artículos 170, 637 y 640 del *Código de Procedimiento Civil*.

¹⁹ FINNIS, *op. cit.*

²⁰ Sobre la sentencia interpretativa del Tribunal Constitucional y sus modalidades, véase: Patricio ZAPATA, *Justicia constitucional*, p. 323 y ss.

incluso, administrativa, realidad que de modo inevitable no significará que se termine aplicando el significado “más razonable” del no sexismo.

En consecuencia, la sentencia asume en forma errada, a nuestro parecer, una definición restringida –e irreal– de no sexismo (y lo curioso, apoyándose en una fuente tan débil como la Real Academia Española), que no se corresponde con el uso que en realidad se hace de este, tanto en la teoría de género como en la práctica. La búsqueda del sentido de las leyes no solo es una cuestión puramente normativa y ficticia, sino que busca enfrentar los textos con la casuística de los casos²¹. El riesgo de incurrir en cierta arbitrariedad en el campo educativo es altísimo al no existir límites claros establecidos por el legislador sobre cómo el concepto no sexista interactúa con los derechos fundamentales tan relevantes como la libertad de enseñanza, el derecho de los padres y la libertad de conciencia. Por ello, la deferencia al legislador no es razonable, estando en juego la esencia de derechos fundamentales.

3. LA FALSA CONCEPCIÓN NEUTRAL DE LA EDUCACIÓN Y DEL CONCEPTO DE “PLENO DESARROLLO DE LA PERSONA”

Otro aspecto que conviene mencionar –y que revela con claridad que el sentenciador no advierte el vicio de inconstitucionalidad– es que la comprensión de la sentencia respecto del derecho a la educación asume que los padres tendrían no solo el deber de educar, sino el de hacerlo de modo compatible con cierto prisma ideológico, que no se encuentra recogido expresamente en la Constitución. Así, según el Tribunal, se:

“excluye un supuesto derecho a inculcar ideas supremacistas o de minusvalía, o, en fin, discriminatorias de cualquier clase [...]. Los padres, entonces, al amparo de esta garantía no pueden justificar un supuesto derecho a enseñar a sus hijos ideas [...] sexistas o que en cualquier forma constituyan expresiones de discriminación”²².

No obstante, esto plantea diversos problemas acerca del modo en que se concibe la educación.

Ciertas diferencias no arbitrarias que bien podrían existir en las relaciones socioculturales entre los sexos se considerarían, de hecho, “sexistas”, según la interpretación del concepto que ha sido sostenida por la práctica

²¹ “La distinción más bien moderna de interpretación y aplicación de las leyes, que de todos modos se puede establecer en teoría, solo empobrece la interpretación. Interpretar la ley sin conectarla con los casos, vale decir, en abstracto, arriesga ser incompleta”. Alejandro GUZMÁN BRITO, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, p. 456.

²² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando séptimo.

de los órganos administrativos como el propio Ministerio de Educación y por buena parte de la doctrina. En efecto, existen diferencias culturales y sociales entre hombres y mujeres, que legítimamente pueden ser enseñadas por los padres no tan solo como una diferencia cultural, sino, también, desde la perspectiva de un valor ético. Plantear que eso es un “prejuicio”, que debería ser “deconstruido” por la educación formal, como señala la sentencia:

“[...] ambos patrones, entonces, pueden, y hasta deben, ser deconstruidos desde antes del proyecto de ley que se analiza y aún sin necesidad de utilizar el término sexismo [...]”²³,

implica imponer una visión sobre los derechos humanos, sobre la igualdad ante la ley y sobre la misma plenitud humana²⁴.

En efecto, el concepto de “plenitud humana” –utilizado por el Tribunal– posee un contenido normativo que no puede ser manipulado mediante normas imperativas de general aplicación distintas de los límites constitucionales señalados en el derecho en particular. Por ello, no es posible afirmar un contenido neutral de este concepto: la cuestión, a la larga, es si la definición corresponde al Estado o a los padres, y frente a esa disyuntiva los tratados internacionales y la Constitución reconocen que corresponde a estos. Desde ese punto de vista, al existir esa obligación legal que la educación sea “no sexista”, sí se vulnera el derecho preferente y el deber de los padres a educar a sus hijos, no por un conflicto con un presunto derecho a la educación del niño –cuyo contenido normativo estaría predeterminado según una visión específica sobre la plenitud humana– y el de los padres²⁵, sino

²³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando dieciséis.

²⁴ La misma sentencia afirma: “la educación formal guía, forma y predispone, ya para superar prejuicios, ya para afianzarlos, según como se entienda y disponga” (considerando 9.º). De aquí se sigue, por necesidad, que la neutralidad respecto de la visión de los derechos humanos y la igualdad no es posible. Y por eso aparece con total evidencia la contradicción con el planteamiento central de la sentencia respecto del contenido del “no sexismo”: “no existe el derecho a formar a los hijos en el prejuicio”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando veinte.

²⁵ Como se afirma brevemente en la disidencia de Vásquez, Fernández, Peredo y Mery, asumir una tesis conflictivista sobre la interpretación de los derechos fundamentales presenta bastantes problemas. Eduardo Aldunate Lizana, en ese sentido, plantea: “aparece como mucho más congruente, desde un punto de vista dogmático, llevar lo que hasta ahora se ha denominado como colisión de derechos fundamentales, a lo que simplemente es: un conflicto entre el ejercicio de la libertad (en general, sin remisión al respectivo ámbito normativo fundamental) de un individuo y la libertad o derecho de otro, que debe ser resuelto a partir de los límites que entre uno y otro sea capaz de trazar el juez a partir del ordenamiento jurídico vigente, sin sustituirlo por una operación de ponderación entre derechos, o, al menos, no como ponderación a nivel de derechos fundamentales”. Eduardo ALDUNATE, “El efecto de irradiación de los derechos fundamentales”.

porque el paradigma de plenitud humana al que tiende la educación necesariamente ha de ser definido por el mejor juicio de los padres, por mandato constitucional y legal, y también así lo reconocen los tratados internacionales²⁶.

En suma, a diferencia de la concepción formalista que en algunos párrafos parece insinuar la sentencia, la educación formal –sea mediante establecimientos públicos o privados– se ordena, en efecto, a dar forma sistemática y estructurada a la educación que corresponde a los padres²⁷.

Bibliografía

- ALDUNATE, Eduardo, “*El efecto de irradiación de los derechos fundamentales*”, en Juan Carlos FERRADA (coord.), *La constitucionalización del derecho chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- FEHR, Carla & Letitia MEYNELL, “Feminist Philosophy of Biology”, in *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2024. Disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2024/entries/feminist-philosophy-biology/> [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2024].
- FINNIS, John, *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, 2ª ed., Santiago, Abeledo Perrot Legal Publishing, 2007.
- HERVADA, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 11ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2011.
- RIVAS, Carola, *La perspectiva de género como método de argumentación jurídica en las decisiones judiciales*, Santiago, RIL Editores, 2022.
- SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Summa Theologiae (Suma teológica)*, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 2016, vol. x.
- YOWELL, Paul, “Legislación, common law, y la virtud de la claridad”, en *Revista Chile de Derecho*, vol. 39, n.º 2. 2012. También disponible en www.scielo.cl/scielo.

Los disidentes afirmaron, por este motivo, respecto del conflicto planteado: “ni el derecho ni el deber preferente de los padres se encuentra subordinado a otras limitaciones que aquellas que la Constitución señala taxativa y restrictivamente. Así, se plantea una falsa dicotomía entre el derecho a la educación –cuyos titulares son los estudiantes– con el derecho y deber preferente de los padres, que conlleva la libertad de elegir un proyecto educativo, de elegir el establecimiento educacional, y la obligación de proveer enseñanza formal e informal”. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, considerando treintaisiete.

²⁶ Por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos utiliza la expresión, mucho más clara, “de acuerdo con sus propias convicciones”.

²⁷ Artículo 2 de la Ley General de Educación.

php?script =sci_arttext&pid=S071834372012000200010&lng=es&nrm=iso
[fecha de consulta: 13 de septiembre de 2024].

ZAPATA, Patricio, *Justicia constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

NORMAS

CÁMARA DE DIPUTADOS, *Boletín* 11.077-17, 5 de enero de 2017.

Historia de la Ley n.º 21.675. Disponible en https://obtienearchivo.bcn.cl/obtiene_archivo?id =recursoslegales/10221.3/75847/1/documento_8009_17_18396734111.pdf [fecha de consulta: 13 de septiembre de 2024].

Ley n.º 20370, General de Educación, del 12 de septiembre de 2009: texto refundido, coordinado y sistematizado, por el DFL 2 del Ministerio de Educación, del 2 de julio de 2010.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 11.315/11.317-21 (acumuladas), del 26 de julio de 2021.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 15.276-2024, sentencia del 8 de abril de 2024.

Siglas y abreviaturas

(c)	candidato
coord.	coordinador
ed.	edición
DFL	decreto con fuerza de ley
https	Hyper Text Transfer Protocol Secure
n.º	número
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
p.	página
pp.	páginas
ss.	siguientes
www	World Wide Web

Recensiones

Derecho Publico Iberoamericano
Universidad del Desarrollo
N. 25 | 2024

JOSÉ MARÍA CARABANTE, *PERFILES FILOSÓFICOS. HOMBRE, SOCIEDAD Y DERECHO EN EL PENSAMIENTO CONTEMPORÁNEO*, PAMPLONA, ARANZADI, 2022, 128 PP.
ISBN: 9788413904436

Juan Pablo Serra*

Tras la muy favorable recepción de su anterior *La suerte de la cultura* (2021), José María Carabante da una nueva vuelta a sus preocupaciones habituales en este volumen que recopila una serie de ensayos aparecidos en su mayoría en el medio *Aceprensa*, si bien convenientemente reelaborados para dar más unidad al conjunto. Y también, nos atreveríamos a añadir, para dar continuidad a la propia obra de su autor.

En *La suerte de la cultura*, sostenía que el destino de la cultura y el del ser humano van de la mano. Y diagnosticaba que, para reconstruir la cultura –ese enorme entramado de metáforas y significados que solo se revelan a quien se pone en juego con ellas–, hay que aprender a mirar con asombro, qué es lo que permite percibir la realidad como regalo y lo que puede cambiar nuestro punto de vista de actores a espectadores, condición indispensable para captar la verdad, bondad y belleza de lo real. En todo esto había una genuina reivindicación de un modo de entender la filosofía como forma de vida, algo que explicita en la introducción de la presente obra al apostar por una

“filosofía catárquica, en la que la verdad no sea tanto el predicado de una proposición como la claridad que se adivina al alzar la mirada en una travesía intrincada de búsqueda e indagación” (p. 14).

Ahora bien, optar por la filosofía como modo de vida no es una elección sin consecuencias, pues “lo que se piensa acerca del ser y de sus causas influye en la configuración cultural y en el entramado comunitario. Y viceversa” (p. 15).

* Profesor de la Universidad Francisco de Vitoria, Facultad de Derecho, Empresa y Gobierno. Correo electrónico: j.serra.prof@ufv.es

Por eso, el repaso a los autores escogidos en este libro no es un ejercicio de mera erudición, sino un intento de dar aire fresco a la filosofía del derecho –la especialidad académica a la que se adscribe José Carabante– y, también, de repensar algunas cuestiones atemporales que nunca se despegan de la existencia humana y de la travesía de los hombres por la historia.

En efecto, si hay un tema que sobrevuela las semblanzas de Eric Voegelin, René Girard, Roger Scruton, Jürgen Habermas, Rémi Brague y Byung-Chul Han presentes en este volumen es la cuestión acerca de quiénes somos y en qué medida puede la cultura –manifiesta en el derecho, la política o el arte– preservar lo humano (p. 15).

El primer capítulo, dedicado a Eric Voegelin, es el que mejor se alinea con las intenciones y el enfoque de la filosofía expresado por José María Carabante en la introducción (no por casualidad dedicó a este autor su segunda tesis doctoral, en filosofía). La talla de este gigante del pensamiento no se debe a su notoriedad entre el gran público, sino, justamente, a su vocación metafísica y al modo en que esta nació del afán por comprender los acontecimientos del primer tercio del siglo xx. Es la propia experiencia de una época convulsa la que lanzó a Eric Voegelin a replantear la tarea de la filosofía, convencido de que el distanciamiento del hombre respecto a lo real bajo el peso de las ideologías y de la ciencia positivista solo podía salvarse desenterrando las vivencias originarias que están por debajo de las ideas, teorías y símbolos con que los seres humanos estructuramos la realidad y el orden social.

Esto llevó a Eric Voegelin a proponer una sofisticada teoría de la conciencia para la cual, en la percepción humana y la aprehensión de la realidad, no solo cuenta la mirada objetivante con la que hacemos ciencia, sino, sobre todo:

“la existencia de una luminosidad más amplia y radiante [...] que aproxima al ser humano a lo trascendente, posibilitando el contacto y la cercanía del ser humano con la fuente última del ser, con lo que la filosofía clásica ha denominado el *ens realissimim*, a cuya luz el hombre siente o vivencia, mejor dicho, su ser como derivado” (pp. 23, 25).

En la medida que esta experiencia no se puede transmitir con enunciados proposicionales y unívocos, Eric Voegelin estudió –en los cinco volúmenes de su monumental *Order and History* (1956-1987)– los mitos, los símbolos y las ideas que históricamente han señalado aquello que supera y funda el mundo de los objetos. La conclusión a la que llegó fue clara. En palabras de José Carabante:

“o se está abierto a la trascendencia [...] y a favor de una sociedad que aspira al orden o el alma se cierra al sentido y se desintegra la ciudad. En un caso, la sociedad camina por la senda de la cordura; en el otro, se desliza por la peligrosa pendiente de la deshumanización” (p. 31).

El siguiente capítulo, en torno a René Girard, transita caminos a los que es difícil no haber llegado a poco que se sigan los debates intelectuales del presente. En todo caso, no deja de ser oportuno recordar el modo en que René Girard desarrolló lo que, en principio, anunció como una hipótesis científica y *antimetafísica*, nacida de lo que había aprendido acerca del deseo humano en la novela realista. Sin embargo, la afirmación de que el ser humano es un ser dependiente en su deseo de la figura de un mediador –esto es, que no somos los entes autónomos imaginados por cierta filosofía moderna– le situó como un pensador universalista *sui generis*. Para este filósofo, en efecto, el deseo revela quiénes somos y por eso “el deseo humano es un deseo metafísico, ontológico, determinante de la condición humana” (p. 43). Su tesis fuerte es que *deseamos en la medida en que otro desea* y es en el espejo del otro que desea donde se revela quiénes somos. Este deseo (mimético, competitivo) exige contener la rivalidad para que esta no destruya el orden social y este pensador encontró que, en las culturas arcaicas, esta era la función del chivo expiatorio, un hallazgo que incorporó a su obra no como teoría, sino como una realidad palpable y empírica (p. 45) desde la cual estudió las alternativas a la violencia presentes en el mito antiguo y la religión, en especial el judaísmo y el cristianismo.

De Roger Scruton, protagonista del tercer capítulo, hay mucho escrito. Para empezar, por él mismo que, en más de una ocasión, describió el modo en que se volvió conservador a fines de la década de 1960 ante la perspectiva destructora del radicalismo político respecto de aquellas instituciones que salvaguardan la civilización. Y José Carabante resume con sumo tacto las notas más destacadas de su pensamiento: la crítica al afán reformista por diseñar la convivencia política, la impugnación del individualismo liberal, la reivindicación de la corporalidad humana, la trama afectiva que origina el sentido de pertenencia entre los humanos, la afirmación del valor cognoscitivo del arte, entre otros. Pero el capítulo despega sobremanera en sus últimas páginas (pp. 64-66), cuando José Carabante desgrana *El alma del mundo*, el ensayo filosófico con que Roger Scruton quiso abordar el modo humano de habitar el mundo.

La presencia de Jürgen Habermas en el siguiente capítulo se puede justificar por la notoriedad de este pensador y por el vasto conocimiento que tiene José Carabante de su obra (a él dedicó su primera tesis doctoral, en derecho). Sin embargo, en el panorama del libro queda un poco a desmano, pues es inevitable que su lenguaje técnico y racionalista tienda a opacar

las realidades del mundo de la vida que el propio Jürgen Habermas quería salvar con su teoría de la acción comunicativa. Afortunadamente, con el recorrido por la obra del medievalista Rémi Brague el libro vuelve a su cauce y a su tema central, que es la preocupación por el hombre. Así, si bien Rémi Brague puede considerarse un historiador de las ideas y un pensador religioso, el tema de su obra –y lo que le ha hecho célebre entre el público– es cómo justificar la excepcionalidad de lo humano en una época antihumanista, que oscila entre las ganas de “superar” lo humano (como en el transhumanismo) y el afán por “rebajar” la categoría del hombre (como en el animalismo). Este es, en el fondo, el objeto de la impresionante trilogía compuesta por *La sabiduría del mundo*, *La ley de Dios* y *El reino del hombre*, donde para saber quién es el ser humano desbroza la herencia griega –el hombre es ajeno al mundo, por eso puede contemplarlo en su totalidad– y la herencia abrahámica –el hombre es bueno porque su creador lo es– al tiempo que analiza su continuidad con la modernidad –el hombre está por encima de su entorno por su capacidad de adueñarse del mundo físico-natural y explotarlo como si fuera su creador– (pp. 86-87, 96). Con todo, cierra José Carabante el capítulo, la lectura que Rémi Brague realiza sobre la historia busca algo más que el solo ofrecimiento de diversos datos.

“Porque somos animales que necesitamos sentido, pero no podemos procurárnoslo nosotros mismos. Sin una instancia superior, sin incardinarnos en el mundo de lo simbólico, no estamos en condiciones de responder a la pregunta que más debería inquietarnos: por qué es bueno vivir. En este sencillo interrogante se condensa toda la historia de la filosofía y en su respuesta, lo que Brague ha llamado la legitimidad de lo humano” (p. 97).

El último capítulo del libro se ocupa de Byung-Chul Han, el célebre filósofo coreano-alemán, conocido a raíz de *La sociedad del cansancio* (2010). Es habitual que quienes glosan las obras de este autor repitan de modo cansino sus juegos de palabras, sus contrastes y ejemplos. Por eso, debemos agradecer que, siguiendo un tono exquisito cercano al mejor periodismo cultural, José Carabante nos presente nuevas perspectivas sobre Byung-Chul Han que, sin alejarnos de su obra, enfatizan la continuidad que en este pensador hay respecto al resto de autores analizados en el libro.

De esta forma, después de enmarcar el éxito de Byung-Chul Han como el propio de un fenómeno de masas (por la concisión de sus ensayos, su imagen o marca personal reservada y el diagnóstico riguroso sobre el sujeto actual), José Carabante centra con rapidez, el interés por revisar su obra en la vocación que hay en ella de recordar a un Occidente alicaído y que la vida humana más digna es la contemplativa (p. 100). En los libros de Byung-Chul Han, se nos recuerda, se perfila una nueva y peculiar *dialéctica de la Ilustra-*

ción, una intuición genial que aparece en *Psicopolítica* (2014). De esta forma, habría una primera Ilustración cuyo valor central sería la verdad que ofrece el conocimiento objetivo proporcionado por los números y que funda una sociedad de ciudadanos racionales. A ella seguiría una segunda Ilustración, que trajo la sociedad de la información y del saber puramente movido por datos que es capaz de fundar proyectos totalitarios. Pues bien, dirá Byung-Chul Han, es preciso apostar por una tercera Ilustración:

“que logre desembarazar al hombre del yugo hipercapitalista, desvelando todas las esclavitudes disimuladas por obra y gracia de las últimas transformaciones económicas y culturales” (p. 112).

El valor central de esta Ilustración no sería otro que el sosiego y una llamada a relacionarnos con el mundo de un modo no apropiativo.

Con este autor finaliza el libro, a falta de un epílogo conclusivo que queda en manos del lector llevar a cabo. Si preguntan a quien esto escribe, el aroma que desprende esta colección de ensayos es la sensación de que *la metafísica*, tal como se manifiesta en la obra de estos gigantes, *nunca desaparece*.

Siglas y abreviaturas

ISBN	International Standard Book Number
p.	página
pp.	páginas

Normas editoriales

Derecho Publico Iberoamericano

Universidad del Desarrollo

N. 25 | 2024

NORMAS EDITORIALES E INSTRUCCIÓN PARA LOS AUTORES

Derecho Público Iberoamericano es una revista semestral del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo. Se publica los meses de abril y octubre de cada año.

Se propone analizar el derecho público contemporáneo desde una perspectiva problemática, levantando dudas donde hay consensos artificiosos, aportando certezas donde abundan los disensos permanentes, con la convicción de que los principios primarios de toda investigación en este ámbito son los derechos fundamentales de la persona humana y la promoción del bien común. En tal tarea buscamos vincular a la comunidad científica nacional y extranjera promoviendo con especial empeño el análisis de las dificultades que afronta el derecho iberoamericano, sin merma de la pluralidad y del interés universal que corresponde a toda publicación científica.

Para alcanzar tales objetivos, *Derecho Público Iberoamericano* promueve, cultiva y difunde el estudio del derecho público desde las diversas aproximaciones científicas: dogmática constitucional, derecho internacional de los derechos humanos, teoría constitucional, filosofía jurídica y política, sociología jurídica, historia del derecho y otras disciplinas concurrentes.

La revista cuenta con cuatro secciones permanentes: “estudios”, “ensayos”, “comentarios de jurisprudencia” y “recensiones”.

I. Materias de interés

1. Derechos fundamentales. 2. Justicia constitucional. 3. Organización política. 4. Derecho Administrativo. 5. Regulación económica. Otras disciplinas concurrentes: Derecho Tributario, Derecho Económico, Derecho Ambiental, Derecho Eléctrico, Derecho de Aguas, etcétera.

II. Perspectivas de interés

1. Dogmática jurídica. 2. Teoría del Derecho. 3. Evaluación práctica. 4. Análisis jurisprudencial. 5. Sociología jurídica. 6. Historia del Derecho. 7. Filosofía jurídica y política. 8. Otras ópticas concurrentes.

III. Tipos de colaboración

1. Artículos de doctrina. 2. Monografías. 3. Ensayos. 4. Comentario de jurisprudencia. 5. Comentario de problemas jurídicos. 6. Recensiones o reseñas bibliográficas.

IV. Normas para la redacción de los trabajos

1. Los trabajos deben ser inéditos y originales. Serán escritos en español, salvo que la filiación académica del autor sea diversa, en cuyo caso el manuscrito se publicará en el idioma correspondiente. No se consideran originales las traducciones al español de artículos ya publicados en otro idioma.
2. Los trabajos deberán ir encabezados con un título en español e inglés, un resumen en español e inglés de no más de ciento cincuenta palabras, y de palabras claves en ambos idiomas. Este recurso es obligatorio tratándose de estudios y ensayos.
3. El nombre del autor se indicará bajo el título. A pie de página se mencionarán los grados académicos y la universidad o institución a la que pertenece. En casos de tener varios grados académicos, se indicará el más alto.
4. Los manuscritos deben ser redactados en tipografía Times New Roman, tamaño 12 con interlineado de 1,5 para el texto y 10 para las notas con interlineado de 1,15, en hoja tamaño carta.
5. Para el sistema de citas se siguen como pauta las Normas MLA (Modern Language Association of America)

V. Conflicto de interés.

Se entiende por conflicto de interés aquel que existe entre un autor o la institución a la que este pertenece, el revisor o editor del trabajo, y un tercero con el cual se mantiene una relación que influye o puede influir impropiamente en las afirmaciones, argumentaciones o conclusiones contenidas

en su trabajo, sea por causa de doble compromiso, conflicto de intereses propiamente tal o deber de lealtad en colisión con otros similares.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado no debe suponer ningún conflicto de intereses real o potencial que se derive de su autoría y publicación, de acuerdo a lo indicado en este acápite V de las normas editoriales e instrucción para los autores.

VI. Normas éticas

Los autores deben ajustarse a las normas éticas reconocidas internacionalmente para la publicación de los trabajos científicos. Son especialmente reprochables todas las formas de autoplagio y de plagio, particularmente el plagio completo, el plagio parcial y el plagio *verbatim*.

Tanto el Comité Editorial de la revista como los árbitros a quienes se encarga la revisión ciega de los trabajos científicos, tendrán especial diligencia en detectar este tipo de irregularidades.

De ser detectada alguna forma de plagio en cualquiera etapa del proceso editorial, el trabajo será excluido y devuelto inmediatamente al autor, quien no podrá publicar en *Derecho Público Iberoamericano* por un plazo de dos años calendarios, contados desde la notificación de su exclusión por los motivos señalados.

El autor (o autores) al enviar un trabajo al Comité Editorial de *Derecho Público Iberoamericano*, se entiende que acepta estas normas y que, por consiguiente, asume que el escrito enviado debe cumplir las normas éticas internacionales sobre autoría y publicación de los trabajos científicos, en particular las referentes al autoplagio, al plagio completo, al plagio parcial y al plagio *verbatim*, tal como se señala en este acápite VI de las normas editoriales e instrucción para los autores”.

VII. Referencias bibliográficas

1. Las referencias bibliográficas a PIE DE PÁGINA serán abreviadas, con la finalidad de no abultar en demasía el texto. Se indican solo tres elementos: autor –nombre y apellidos (en versales)–, título de la obra (*cursiva* si es LIBRO, y “entre comillas” si es ARTÍCULO) y página citada.

Ejemplo: Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, p. 46.

Las referencias JURISPRUDENCIALES se indicarán del modo que sigue: tribunal / (año de dictación): rol /, considerando o párrafocitado.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá también ser agregada, a continuación de la identificación del tribunal y antes del año de dictación.

Tratándose de tribunales nacionales, extranjeros o internacionales, la referencia a pie de página podrá hacerse de acuerdo al uso oficial o común de cada tribunal, reconocido en la comunidad científica, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o del Tribunal Constitucional español.

2. La referencia completa de las obras citadas se hará al final del trabajo bajo el título *Bibliografía*.

- Si se trata de un *libro*, se sigue el siguiente orden: AUTOR (ES), sea institución o persona (apellidos (EN VERSALES), nombre en letra redonda, *Título de la publicación (en cursiva)* / (edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación, vol. o vols. –sin indicar el número de páginas:

Ejemplo: GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Civitas, 1983, vol. III.

- Si es una traducción puede indicarse así:

Ejemplo: LE TOURNEAU, Philippe, *La responsabilidad civil*, traducción de Javier TAMAYO JARAMILLO, Bogotá, Editorial Legis, 2004.

- Si se trata de ARTÍCULO DENTRO DE UN LIBRO: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, indicación de nombre y apellidos (en VERSALES) del editor (ed.), coordinador (coord.) o director (dir.) / título de libro (*en cursiva*) / número de edición, si no es la primera, lugar de publicación, editorial, año de publicación.

Ejemplo: VICENTE DOMINGO, Elena, “El daño”, en L. Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3ª ed., Madrid, Editorial Aranzadi, 2006.

- Si se trata de un ARTÍCULO DE REVISTA: autor (es) del artículo (apellidos (en VERSALES), nombre en letra redonda / “título del artículo” (en redondas y entre comillas) / seguido de la palabra ‘en’, nombre de la revista (*en cursivas*), año, vol. y n.º (cuando corresponda) / ciudad / año.

Ejemplo: BERNASCONI RAMÍREZ, Andrés, “El carácter científico de la dogmática jurídica”, en *Revista de Derecho*, año 2, vol. XX, n.º 1, Valdivia, 2007, pp. 57-81.

- En cuanto a las REFERENCIAS YA CITADAS: por regla general se identifica por apellido del autor (en VERSALES), las dos primeras palabras de la

obra, puntos suspensivos (en *cursivas* si es libro o entre comillas si es “artículo”), *op. cit.* y página o, simplemente, apellido (en **VERSALES**), *op. cit.*, y página cuando corresponda.

- Ejemplos: GONZÁLEZ, *El principio...*, *op. cit.*, p. 15.
- BERNASCONI, “El carácter...”, *op. cit.*, p. 35.
- LE TOURNEAU, *op. cit.*

En el caso que la obra o documento citado se reitere inmediata y sucesivamente, basta con colocar *ibid.* si es idéntica u *op. cit.* y página, según corresponda.

- Si se trata de un DOCUMENTO EN FORMATO ELECTRÓNICO: autor (es) (nombre en letra redonda, apellidos (en **VERSALES**)/ título (en *cursiva* si es libro y entre “comillas” si es artículo), año de publicación) / disponible en: dirección electrónica completa. Fecha de consulta.
- Si se trata de JURISPRUDENCIA: tribunal / (año de dictación): rol / fecha de la sentencia, sede de edición o publicación, si es del caso, y responsable de la misma, o la fuente electrónica donde se ubica.

Si la identidad de las partes es relevante para la identificación de la sentencia, podrá ser agregada a continuación de la identificación del tribunal.

Tratándose de tribunales extranjeros o internacionales, la cita completa podrá hacerse de acuerdo con el uso oficial o común de cada tribunal, de la manera en que ha sido reconocida por la comunidad científica.

VIII. Envío de los trabajos

Los trabajos deben ser enviados a través del sitio web de *Derecho Público Iberoamericano*, a nombre del director de la revista, Dr. Julio Alvear Téllez, o del coordinador de redacción, Sr. Gaspar Jenkins Peña y Lillo.

IX. Proceso de selección de los trabajos

Si el trabajo ha cumplido con las normas precedentes, *Derecho Público Iberoamericano* decidirá su publicación previo informe favorable de dos árbitros especialistas en el tema, si se trata de un artículo científico. La evaluación será anónima. El autor recibirá oportunamente el resultado de los informes de acuerdo con los criterios de relevancia u oportunidad de la materia tratada, redacción, originalidad, solidez argumentativa y conclusiva, y uso de fuentes bibliográficas, entre otros.

Este número, de quinientos ejemplares,
se terminó de imprimir en el mes de octubre de 2024
por Versión Producciones Gráficas
Santiago de Chile

