

### III. LA CRISIS DEL PENSAMIENTO JURIDICO GRIEGO

#### § 1. *Del pensamiento jurídico objetivo al subjetivo*

LA EXPOSICIÓN de las teorías de los antiguos pensadores helenos nos ha demostrado que, en sus primeras especulaciones, los griegos concibieron al derecho como un orden objetivo divino, como un orden cósmico, cuyas puertas se abren al hombre que se sumerge en él. Pero, según la enseñanza de aquellos pensadores, podía acontecer que el hombre fracasara en el conocimiento del derecho, pues el orden jurídico objetivo vive oculto, y únicamente se revela a los hombres a través de un esfuerzo desinteresado del espíritu.

Después de la victoria sobre los persas y de la consolidación de la hegemonía de Atenas, principió a manifestarse una honda transformación en la vida espiritual de los griegos. No solamente se fue extinguiendo la creencia en los antiguos dioses, sino también y sobre todo, la creencia en la existencia de un "Ser" divino; al mismo tiempo, se abrió paso un escepticismo, cuya fuerza iba en constante crecimiento. Inútilmente se esforzó la tragedia griega, con Esquilo y Sófocles, en la lucha en contra de las nuevas tendencias, y en vano enristró sus lanzas en defensa de la vieja concepción del mundo,<sup>1</sup> pues no pudo construir un dique capaz de contener por largo tiempo la separación de la ética del orden objetivo del mundo.

La destrucción de la creencia en un orden jurídico objetivo hizo que el hombre se convirtiera en el tema principal de la meditación filosófica, con lo que el concepto de naturaleza (*φύσις*), que ya había hecho su aparición, cobró un nuevo sig-

<sup>1</sup> ALFRED VERDROSS, *Grundlinien der antiken Rechts- und Staatsphilosophie* (1948), pp. 34 y ss.

nificado: en efecto, en tanto que en sus orígenes el concepto de *physis* servía para expresar el orden eterno, ahora se transformaba en la subjetividad humana. Al mismo tiempo que el hombre lograba su liberación, también la sociedad humana, que había encontrado en la polis su más alta expresión, se liberaba del orden cósmico divino: la sociedad conquistó su autonomía y quedó anclada en la subjetividad humana.

En armonía con las nuevas tendencias, nació un nuevo pensamiento jurídico, que ya no se apoyó en la idea de un orden objetivo, sino que desprendía al derecho de la subjetividad humana. Dike ya no es el orden jurídico objetivo, igual para todos los hombres, sino una cualidad subjetiva del ser humano, es el sentimiento de lo jurídico, que a su vez es independiente de un derecho objetivo existente más allá de la conciencia. El nuevo derecho, en consecuencia, no es algo que el hombre encuentre al develar el orden cósmico divino, sino que es elaborado en la asamblea del pueblo mediante una decisión mayoritaria, adoptada después de confrontar las opiniones contradictorias de los hombres.

Dentro de estas circunstancias, es fácilmente comprensible que la doctrina del derecho natural que elaboraron los sofistas no pudiera conducir a la idea de un derecho natural objetivo y que únicamente diera a luz un derecho natural subjetivo: la *physis* del hombre, separada de su regazo materno, no estaba en aptitud de proporcionar las bases de un derecho natural objetivo. Por las mismas razones, no se dio entre los sofistas una concepción unitaria del derecho natural, sino, por el contrario, diversas corrientes diametralmente opuestas. Todas ellas están construidas sobre montañas de arena, resultado que no debe sorprender si se tiene en cuenta que los sofistas no llegaron a penetrar en la verdadera esencia de la persona humana.

## § 2. *El relativismo jurídico moderado (Protágoras)*

Bibliografía: F. C. S. SCHILLER, *Plato or Protagoras* (1908). — ECKSTEIN, *Das antike Naturrecht* (1826), p. 22. — MENZEL, *Beiträge zur Geschichte der Staatslehre* (1929), p. 178. — MEWALDT, *Fundament des Staates* (1929). — NESTLE, *Obra citada*, pp. 194, 273 y 346. — VERDROSS, *Obra citada*, p. 40. — E. WOLF, *Griechische Rechtsdenker* (1952), t. II, pp. 18, 103 y 338. — VOEGELIN, *Obra citada*, t. II, pp. 267-331.

Desde mediados del siglo v antes de la Era Cristiana principiaron a aparecer en Grecia varios pensadores, a los que se engloba en la denominación de sofistas, no obstante que no integran una Escuela unitaria y que, por lo contrario, muestran numerosas y hondas diferencias. A todos ellos es común la aspiración a resolver los problemas de que se ocuparon con ayuda de una *actitud criticista*. En este sentido, es posible bautizar al período de los sofistas con la denominación de "iluminismo griego".<sup>2</sup> La mayoría de los sofistas, recorriendo "una y otra ciudades",<sup>3</sup> impartían enseñanza en los más variados conocimientos de carácter práctico; por sobre todo enseñaban el arte de la oratoria, que había alcanzado una significación especial en la vida política, a fin de que los educandos pudieran intervenir ventajosamente en la asamblea y ante los tribunales del pueblo. También es común a estos pensadores el haber llegado a Atenas procedentes de las distintas regiones del mundo griego, lo que les permitió comparar las más diversas instituciones.

La doctrina de los sofistas se bifurca en dos direcciones principales: algunos de ellos fundaron el relativismo jurídico filosófico, en tanto otros opusieron el derecho positivo al derecho natural. Nos ocuparemos inmediatamente de la primera de estas corrientes.

Su fundador fue Protágoras de Abdera (485-411 a. C.), que había recibido de su amigo Pericles el encargo de formular una constitución para la ciudad de Thurici, fundada por los griegos. Protágoras escribió tres libros, uno sobre el Estado, otro sobre los dioses y otro sobre la oratoria ante la asamblea y los tribunales del pueblo (*Ἀντιλόγμαι*), de los que se han conservado algunos fragmentos, contenidos en los diálogos platónicos *Theetetos* y *Protágoras*.

La raíz de esta doctrina es la conocida frase: *homo-mensura*, generalmente traducida en la fórmula: "El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son, en tanto que son, y de las que no son, en tanto que no son."<sup>4</sup> Nestle, sin embargo, ha demostrado que la palabra "chrema" (*χρῆμα*) no puede traducirse por la locución "cosa", sino que más bien tiene el significado de

<sup>2</sup> HEGEL, *Filosofía de la historia universal*, parte 2ª, cap. III, § 5.

<sup>3</sup> PLATÓN, *Protágoras*, cap. v, p. 313.

<sup>4</sup> PLATÓN, *Theetetos*, 151 E, 166 D: πάντων χρημάτων μέτρον ἄνθρωπος.

cialidad o de valor. Según esta interpretación, el significado correcto de la frase del discurso, sería: "El hombre es la medida de todas las cualidades y valoraciones." Esta interpretación, además, está ratificada en el pensamiento contenido en otra frase de Protágoras: "En la medida en que un Estado aparece justo y bueno a una persona, lo es también para ella, pero sólo mientras la persona conserva aquella opinión."<sup>5</sup> Por esta frase podemos darnos cuenta de lo que se propuso Protágoras: en ella expresó el sofista de Abdera que no es la opinión del hombre aislado o la de la especie humana la que revela cuál deba ser el contenido del derecho, sino la opinión de los hombres reunidos en la asamblea del pueblo, y que este derecho perdurará hasta tanto otra asamblea del pueblo no exprese una opinión distinta.

Si la frase anteriormente transcrita fuera el único superviviente de las obras de Protágoras, habría que concluir que su doctrina constituía un positivismo jurídico extremo. Esta postura, sin embargo, está refutada por el mito utilizado por el filósofo para explicar el nacimiento del Estado, que nos fue conservado por Platón en el diálogo que lleva el nombre del pensador de Abdera. El mito toma su origen en el hecho de que los hombres desconocían el arte de la política: en esa etapa de su vida vivían en una lucha de todos contra todos, estando además obligados a defenderse de los ataques de los animales salvajes; la vida humana, como consecuencia de tantos peligros, amenazaba extinguirse. Fue entonces cuando Zeus se compadeció de los hombres, enviando a Hermes a la Tierra con el encargo de llevarles la conciencia del derecho y el sentimiento de la ética, a efecto de que pudieran anudar los lazos de la amistad y establecer un orden social. Antes de partir, preguntó Hermes a Zeus cómo debería distribuir los nuevos dones, si a todos los hombres o si solamente a algunos de ellos, teniendo en cuenta la distribución que se hizo de las otras artes. A lo que respondió Zeus diciendo que a todos, puesto que todos deben participar de aquellos bienes; ningún Estado —se dice también en la respuesta— podría nacer si únicamente algunos hombres fueran los depositarios de dichos bienes. Y el dios concluyó ordenando: "Instituye una ley en mi nombre para que al incapaz de participar en Aidós y en Dike se le mate, como peste de la ciudad."

<sup>5</sup> *Theetetos*, 166 D.

Mediante este mito, Protágoras quiere decirnos que Dike es un bien común a todos los hombres normales; de lo que se deduce que la formación de las normas jurídicas no depende del arbitrio humano, sino que se apoya en el sentimiento de la justicia. Sin embargo, de este sentimiento de lo justo no puede deducirse una norma unánimemente aceptada, por lo que es necesario el choque de las ideas en la asamblea del pueblo de cada comunidad, para determinar cuáles normas deben valer como derecho.

Según el pensamiento de Protágoras, las opiniones sobre el contenido que deba tener el derecho pueden ser orientadas por los educadores y por los oradores; la misión de estos personajes consiste en aconsejar a la asamblea del pueblo, pues de la misma manera que el médico puede provocar el restablecimiento de sus pacientes con los efectos de las medicinas que les prescribe, así también el orador puede influir en la asamblea del pueblo. En función de estas ideas, Protágoras pudo decir, refiriéndose a sí mismo: "El objeto de mi enseñanza es el arte de aconsejar correctamente... en los negocios de la polis... Educar a los ciudadanos en el arte de la política, tal es mi propósito." <sup>6</sup>

Protágoras —según se desprende de la exposición que antecede— no reconoce ni un derecho natural ni un derecho divino, pero tampoco sustenta un positivismo jurídico extremo: cree el interlocutor de Sócrates que la misión de la asamblea del pueblo es procurar, de acuerdo con las circunstancias del momento, el mejor ordenamiento jurídico, desprendiéndolo del sentimiento de lo justo y de lo bueno con la ayuda de los oradores sabios. De ahí que Protágoras, en el mito antes transcrito, considere aptos a todos los hombres para participar en las discusiones de la asamblea del pueblo y para votar las decisiones.

Igualmente original es la teoría protagórica acerca de las finalidades de la pena: en oposición al principio de que la pena es la retribución por el acto delictuoso, Protágoras afirma que únicamente deben imponerse penas, sea para conseguir la regeneración del delincuente, sea para defender a los demás hombres contra posibles acciones criminales, esto es: la pena se transforma en un instrumento preventivo, especial o general. De acuerdo con estas ideas, los delincuentes incorregibles deben ser excluidos de la comunidad.

<sup>6</sup> PLATÓN, *Protágoras*, 319 A.

### § 3. *El relativismo jurídico radical (Gorgias y Trasímaco)*

Gorgias de Leontino, Sicilia (483-375 a. C.), contemporáneo de Protágoras, dio un paso adelante, pues principió a dudar de Dike, en quien Protágoras creía aún firmemente. En su lugar, aparece en el pensamiento de Gorgias la creencia de que la confrontación de las opiniones emitidas en la asamblea o ante los tribunales del pueblo, opiniones que los oradores sabían muy bien cómo sugerir, conduciría al descubrimiento de la equidad del caso concreto.

Fácilmente se comprenderá, analizando la anterior doctrina, que Gorgias desembocara en la teoría del derecho del más fuerte. Así se desprende de la siguiente frase del sofista Leontino: "Pertenece a la naturaleza de las cosas que el fuerte no sea estorbado ni limitado por el débil, sino que el débil debe ser gobernado y dirigido por el fuerte."<sup>7</sup> Nos ocuparemos de esta frase en un párrafo posterior (ver pp. 41 y 42).

También Trasímaco de Calcedonia, a quien Gorgias formó como orador, defendió el relativismo jurídico radical. Trasímaco vivía en Atenas en la época en que estalló la Guerra del Peloponeso. Según las noticias que de él proporciona Platón en la *Política*,<sup>8</sup> el Calcedonio sostuvo la tesis de que el derecho no es otra cosa sino "lo que conviene al más fuerte" (*τὸ τοῦ χρείτερος συμφέρον*). Partiendo de esta frase, Erik Wolf considera como un precursor de Calicles a Trasímaco (ver p. 42). Pero como Trasímaco nunca sostuvo la tesis de que el más fuerte debía dominar, sino que se limitó a consignar con resignación el hecho de que los más fuertes imponían como derecho lo que convenía a sus intereses, debe ser clasificado en el grupo de los partidarios del relativismo jurídico.

### § 4. *El derecho como la armonía del organismo político (Demócrito)*

Demócrito de Abdera (460-370 a. C.), el naturalista conocido universalmente por su concepción materialista del Universo, sostuvo la tesis de que no solamente el Universo material, sino

<sup>7</sup> DIELS-KRANZ, *Fragmente der Vorsokratiker* (5ª edición, 1935), t. II, pp. 288 y ss.

<sup>8</sup> PLATÓN, *Política*, libro I, v. 338 c.

también el espíritu, estaban compuestos en último término por partículas indivisibles, los átomos. Ahora bien, de la misma manera que la combinación de estas partículas produce en el Universo y en el espíritu una cierta armonía, así también la ley y la pena crean en la polis la armonía de la vida política. Esta armonía es esencial para que los hombres puedan vivir en plena paz de sus conciencias y gozando de la armonía interna, que según Demócrito se destruye más bien por "hacer el mal" que por "sufrirlo". De ahí que exija de todos los ciudadanos una franca predisposición hacia la paz y al estricto cumplimiento de las leyes: ser justo consiste en hacer todo aquello que es necesario<sup>9</sup> para mantener a la comunidad en una condición saludable.<sup>10</sup> Y, sin embargo, la medida de la armonía social es inmanente a la comunidad, pues descansa en un cierto equilibrio de las fuerzas.

### § 5. *El escepticismo antiguo (Epicuro y Carneades)*

Bibliografía: PHILIPPSON, *Die Rechtsphilosophie der Epikuräer*, en: *Archiv für Geschichte der Philosophie* (1910), pp. 322 y ss.

La filosofía griega concluyó finalmente en un escepticismo absoluto. Epicuro de Samos (371-270 a. C.) llegó a afirmar que "conforme a la naturaleza, nada es justo". El derecho —para este pensador— es únicamente el resultado de convenciones celebradas por los hombres para evitar el hacerse daño los unos a los otros.

Arquesilao (315-241 a. C.), fundador de la Academia Platónica Media, llamada también Segunda, y Carneades (214-129 a. C.) de Cirene, fundador, a su vez, de la Nueva o Tercera Academia, apoyándose en algunos elementos de la filosofía socrática-platónica que apuntaban hacia el escepticismo, introdujeron en la Escuela la fórmula básica de la duda. De los dos, Carneades tiene un significado especial para la filosofía del derecho.

Cuando el Cirenaico se albergó en Roma, allá por el año 155 a. C., pronunció un primer discurso en alabanza de la justicia, pero inmediatamente después se empeñó en la demostración de la inexistencia de un derecho natural, fundando esta opinión

<sup>9</sup> Fragmento 256, DIELS-KRANZ, *Obra citada*, t. II, p. 195.

<sup>10</sup> Fragmento 252, *Ibidem*.

en la circunstancia de que el derecho no sólo era distinto de pueblo a pueblo, sino que, además, en cada pueblo se transformaba con el rodar del tiempo. De acuerdo con su pensamiento, tampoco existe un derecho natural al lado o sobre el derecho positivo, pues no existe ninguna uniformidad en las opiniones de los hombres respecto del significado de la justicia. Por otra parte y siempre de acuerdo con su doctrina, una *justitia* que no puede impedir que la ventaja personal redunde en perjuicio de otro, contradice a la *sapientia* y a la *utilitas*.

Cicerón<sup>11</sup> que, si bien en su teoría del conocimiento había rendido pleitesía al método de la cuidadosa moderación (*επιουχία*) que practicaba la Academia Nueva, en su ética y en su filosofía del derecho defendió las doctrinas de los estoicos, lanzando todos sus dardos —según veremos posteriormente (ver pp. 78 y 79)— en contra de Carneades.

<sup>11</sup> CICERÓN, *De republica*, libro III, caps. 10 y ss.