

Fundamentación suprapositiva de algunas infracciones normativas

María José Falcón y Tella

Profesora titular de Filosofía del Derecho.

Directora del Instituto de Derechos Humanos

Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: I. POSIBILIDAD DE FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DE ALGUNAS INFRACCIONES NORMATIVAS.—II. TIPOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INFRACCIONES NORMATIVAS, ESPECIALMENTE LA FUNDAMENTACIÓN SUPRAPPOSITIVA: 1. *Introducción*. 2. *La fundamentación religiosa*. 3. *La fundamentación moral*. 4. *La fundamentación en la ley natural*. 5. *La fundamentación en la equidad*. 6. *La fundamentación en la naturaleza de las cosas*.

I. POSIBILIDAD DE FUNDAMENTACIÓN O JUSTIFICACIÓN DE ALGUNAS INFRACCIONES NORMATIVAS

Tanto los más conservadores como los más liberales suelen estar de acuerdo en el hecho de que tal vez un individuo no hace mal en determinadas circunstancias en violar la ley¹. El desacuerdo se manifiesta en torno a las di-

¹ Sobre este tema, referido a un tipo de desobediencia éticamente justificable como es la desobediencia civil, manifiesta WASSERSTROM, citado por Giovanni COSÌ: *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 73-74 que hay que criticar la pretensión de la existencia de una obligación absoluta de obediencia, y afirmar que tal obligación lo es sólo «prima facie». Así la relación entre obligación y obediencia podría ser de tres tipos: 1. Existe una obligación absoluta de obedecer la ley —la desobediencia no está nunca justificada—; 2. Existe una obligación de obedecer la ley, pero puede ser anulada por otras obligaciones contrastantes —la desobediencia puede estar justificada pero sólo en circunstancias que lo permitan—; 3. No existe una obligación especial de obedecer la ley, pero de hecho normalmente se respeta por otros motivos —estando a menudo justificado el recurso a la infracción normativa moralmente justificada—.

versas respuestas que el Estado debería dar al gesto del desobediente, no sobre el punto de si el individuo ha hecho lo justo violando la ley. La mayoría de la gente cree que si se resistiese a la ley el remedio sería peor que la enfermedad. Pero es la culpa del gobierno mismo que el remedio sea peor que la enfermedad. Es el gobierno el que lo hace peor... Porque él crucifica siempre a Cristo, y excomulga a Lutero y considera a Washington y a Franklin rebeldes².

Es el problema de la justificación de aquellas formas de desobediencia como la desobediencia civil³, la insumisión o en sí todas aquellas infracciones normativas que tienen pretensiones más que fundadas de estar éticamente justificadas. En este tema es preciso hacer una serie de matizaciones previas. En primer lugar es necesario distinguir entre el concepto de infracción normativa y el de su posible justificación. No es lo mismo definir que justificar algo. Es muy común entre los estudiosos del tema confundir ambos aspectos y contemplar toda infracción de la ley como una violación «injustificada» de la misma. Pero esto es a veces un error: Los actos de obediencia pueden ser injustificados y los actos de violación de la ley pueden ser excepcionalmente actos justificados. Consideremos los dos ejemplos siguientes:

² G. COSÌ: *Saggio sulla disobbedienza civile. Storia e critica del dissenso in democrazia*, op. cit., p. 32. Nicholas W. PUNER: «Civil disobedience: an analysis and rationale», en *New York University Law Review*. vol. 43, nº 4, p. 659. En la misma línea Matthew LIPPMAN: «Civil disobedience: the dictates of conscience versus the rule of law», en *Washburn Law Journal*, vol. 26, nº 2, 1987, p. 235 presenta la paradoja de que «todo lo que Hitler hizo en Alemania fue “legal” y todo lo que hicieron en Hungría los que luchaban por la libertad era “ilegal”. Era “ilegal” en la Alemania de Hitler ayudar a un judío...».

³ Es decir, de aquellos «actos conscientes e intencionales, públicos y colectivos, en principio pacíficos, de infracción de una norma jurídica con fines innovadores, basados en principios éticos y en los que se acepta la sanción». Sobre el tema ver: María José FALCÓN Y TELLA: *La desobediencia civil*. Madrid. Marcial Pons. 2000. Se trata de actos que ya desde SÓCRATES —Ver: José ITURMENDI MORALES: «Proceso y muerte de Sócrates. Un sabio ante la justicia de su tiempo», en *Grandes abogados, grandes procesos que hicieron historia*. Pamplona. Aranzadi. 1997, pp. 155-159—, pasando por Henry David THOREAU, Martin Luther KING, Mohandas Karamchand GANDHI, o las protestas estudiantiles con ocasión de la Guerra de Vietnam, llegan hasta las modernas campañas ecologistas, pacifistas y en defensa de los derechos civiles o políticos de algunas minorías marginadas.

1. Una persona, amparándose en leyes discriminatorias —que existieron en algunos lugares hasta no hace tanto tiempo—, echa a los negros de su restaurante;
2. Otra persona conduce a más velocidad de la permitida por la ley con el fin de llevar a un niño en estado grave a un hospital.

En el primer supuesto tenemos una situación de observancia de la ley en principio no justificada. En el segundo supuesto tenemos un acto de violación justificada de la ley.

Una cosa es que la infracción de la ley en el caso concreto, para ser éticamente justificada, apele a principios de justicia —definición— y otra que una vez ponderada esa justificación moral con la ley vigente, prime la primera en abstracto —justificación—. Lo primero es una cuestión de «definición», lo segundo de «justificación». Lo primero es «concreto» —ver si el caso en cuestión se subsume en la figura—; lo segundo es «abstracto» —ver si priman o no los principios morales sobre la ley positiva a la que se opone la acción de desobediencia—. Por eso al filósofo del Derecho le interesa más lo último, la justificación, que el concepto. En el primer caso se observa el «supuesto de hecho» —si la acción de desobediencia se subsume en la definición de desobediencia éticamente justificada—. En el segundo caso se va más allá —a examinar qué «consecuencia jurídica» se aplica al acto en cuestión, la prevista en la norma violada, si la infracción legal no está justificada, u otra distinta, si sí lo está—. Una situación puede ser desobediencia en principio justificable, pero no ser justificada en cuanto desobediencia, porque a la hora de la justificación se pondera junto al fenómeno moral, que en la definición de la figura aparece «aislado», el fenómeno jurídico, y se valora «comparativamente» cual predomina. Una cosa es el concepto de desobediencia éticamente «justificable» «en potencia», «a priori» y otra el fenómeno «a posteriori», ya «justificado» «en acto».

Como señala Tranoy una cosa es ser justificable —«being justifiable»— y otra estar justificado —«being

justified»—. Decir que un acto es justificable es decir no que en el «presente» lo está —«is»—, sino que en el «futuro» puede —«may»— llegar a estarlo. En democracia sería conveniente —dice este autor— admitir que la infracción normativa no es necesariamente injustificable y, lo que es más, que excepcionalmente puede llegar a estar en algunos casos moralmente justificada⁴.

Otra cuestión que hay que tener en cuenta en el tema de la fundamentación suprapositiva de las infracciones normativas es que no es lo mismo «justificar un acto» que «justificar al que actúa». El que actúa puede realizar actos incorrectos por las razones correctas. Es por esto por lo que a veces nos topamos con oponentes que actúan por profundas razones que nosotros respetamos pero que no podemos compartir. En tales casos aceptamos a nuestro oponente como a alguien que actúa con seriedad moral, pero esto no nos obliga a estar de acuerdo con él o a transigir a sus deseos. En muchas ocasiones podemos estar convencidos de que nuestro oponente debería actuar como actúa —dadas sus creencias— aun cuando sentimos que nuestro propio deber descansa en oponernos a sus pretensiones. Sin embargo, la constatación de que estamos ante alguien que actúa con seriedad moral, requiere que le tratemos como tal y que le mostremos la clase de respeto a su persona que excluye el uso del ridículo o el trato inhumano o degradante. Esto es lo que ocurre con las infracciones normativas éticamente justificadas. En ellas estamos ante acciones en principio contrarias a lo debido, pero ante ciudadanos respetables y responsables⁵.

En la justificación de la desobediencia normativa éticamente fundada se produce un doble interrogante. Por un lado el sujeto se pregunta si «puede» infringir los mandatos de la ley injusta. Pero a la vez el sujeto inquiere sobre

⁴ Knut Erik TRANO\Y: «Civil disobedience. A question of law and/or morality», en *Rechtstheorie*. Beiheft 8. 1985: «Juristische Logik. Rationalität und Irrationalität im Recht». Berlín. Duncker und Humblot, p. 393.

⁵ Clyde FRAZIER: «Between obedience and revolution», en Paul HARRIS (ed): *Civil disobedience*, Lahham. University Press of America. 1989, p. 244.

si «debe» infringirlos. Es la diferencia entre poder y deber, como conceptos distintos, que no necesariamente coinciden: No todo lo que se puede hacer debe hacerse y, a la inversa, no todo lo que debe hacerse se puede hacer⁶.

La diferencia entre el «se puede» y el «se debe» no es otra que la diferencia que existe entre el derecho y el deber. Cuando una persona decide que debe realizar una infracción legal, podemos preguntarnos si es porque cree que tiene «derecho» a actuar así o si es porque considera que tiene el «deber» de comportarse de ese modo. Muchos filósofos dirían que la primera razón es una razón necesaria, pero no suficiente de justificación, y que sólo la segunda es una razón necesaria y suficiente, aludiendo al hecho de que el plano valorativo, de la justificación, es el verdaderamente determinante y decisivo a la hora de fundamentar la infracción moralmente justificada⁷. Sólo los deberes morales se nos imponen inexorablemente —pues tienen un carácter categórico y absoluto—, mientras que los derechos subjetivos tienen carácter hipotético —en cuanto son renunciables—.

En realidad para establecer si una persona está justificada en sus acciones de desobediencia a la ley no hay una regla general, abstracta, teórica y «a priori», sino que es una cuestión práctica y «a posteriori» —«ex post facto»—, que debe de apreciarse caso por caso. Sería como la decisión que se toma tirando una moneda al aire y viendo si sale cara —obediencia u observancia legal— o cruz —desobediencia o infracción—. No siempre sale cara, no siempre sale cruz; depende del caso concreto.

Lo que sí se puede afirmar es que hay una «presunción moral en contra» de la justificación de las infracciones legales, es decir que, en principio y hasta que no se demuestre lo contrario, la infracción normativa está moralmente

⁶ Alessandro PASSERIN D'ENTRÈVES: «Legitimidad y resistencia», en *Sistema. Revista de Ciencias Sociales*. nº 13. Abril 1976. Traducción al castellano de Manuel ATIENZA, p. 27.

⁷ Karen JONHSON: «Civil disobedience as consent», en *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*. Beiheft Neue Folge, Nr. 12, 1979, p. 42, citando a Hugo Adam BEDAU.

injustificada y la carga de la prueba de que está justificada compete al infractor⁸.

La razón de esta presunción en contra de la justificación de las infracciones normativas es sencilla. Tenemos que justificar sólo el comportamiento aparentemente irracional o censurado por la gente. Por ejemplo, parece «prima facie» irracional matar al propio marido, y en consecuencia tal acto requiere de una justificación. De manera semejante, cuando alguien viola la ley, en principio —«prima facie»—, estamos ante un comportamiento irracional y censurable que precisa de justificación. Damos justificación de algo sólo cuando pensamos o esperamos que alguien creerá que ese algo necesita de justificación. Así, la imposición de una pena está necesitada de justificación ya que supone imponer un sufrimiento deliberado a una persona. En estas situaciones podemos argumentar que la pena se explica en términos de retribución o de prevención: para expiar una culpa, o bien para evitar que la misma conducta vuelva a realizarse en el futuro⁹.

En la pugna entre la ley y el acto del infractor de la norma se le da en principio primacía a la ley, porque es imparcial y objetiva. «Sí, puede que esa ley sea injusta, pero ¿quién es usted para juzgarlo?», es, en síntesis, lo que se le dice al que infringe la ley. Sin embargo, qué ocurriría en aquellos casos excepcionales en los que la opinión pública respalda las acciones del infractor de la ley. En estos supuestos seguir dando prioridad a la ley sería como dar la razón a las instituciones —al Parlamento— y afirmar que son ellas las depositarias de la legitimidad y no el pueblo. El argumento más importante a favor del respeto a la ley es que da seguridad jurídica —evita el caos que las infracciones normativas podrían provocar— y que en controversias entre dos partes, en cuanto autoridad neu-

⁸ James F. CHILDRESS: «Civil disobedience, conscientious objection and evasive non-compliance: A framework for the analysis and assessment of illegal actions in health care», en *The Journal of Medicine and Philosophy*, vol. 10, n.º 1, febrero 1985, p. 69.

⁹ Raghavendra DEV DIXIT: «Civil disobedience. A philosophical study», *op. cit.*, p. 68.

tral, sustituye la parcialidad privada que se daría probablemente en ausencia de ley. Pero, hay supuestos en los que la ley no es imparcial como lo es en relación con los particulares en disputa. Esta falta de imparcialidad se da cuando una de las partes en conflicto es el propio Estado, por ejemplo, en las controversias en las que es de aplicación el Derecho público.

II. TIPOS DE FUNDAMENTACIÓN DE LAS INFRACCIONES NORMATIVAS, ESPECIALMENTE LA FUNDAMENTACIÓN SUPRAPOSITIVA

1. *Introducción*

Una vez hechas las anteriores matizaciones sobre la posibilidad de infracción normativa éticamente justificada, y retomando el hilo de la explicación, existiría en el tema de su fundamentación una manifestación de la tridimensionalidad. Habría tres planos¹⁰, el de la legitimidad —fundamentación moral—, el de la validez en sentido estricto —fundamentación jurídica— y el de la eficacia —o fundamentación política—. Cada uno de estos tres planos se correspondería con una de las dimensiones de la realidad: la axiológica, de los valores —la fundamentación moral—, la normativa, del deber ser o «Sollen» —la fundamentación jurídica— y la fáctica, de los hechos —la fundamentación política—. A cada uno de estos planos responde una dimensión del hombre: el hombre como persona, como ser espiritual que busca la trascendentalidad —la justificación moral—, el hombre como ciudadano, sujeto titular de derechos y deberes —la justificación jurídica—, y el hombre como ser vivo, que convive en sociedad —la justifica-

¹⁰ Sobre esta aplicación del tridimensionalismo ver nuestros trabajos: *Concepto y fundamento de la validez del Derecho*. Prólogo de François OST. Madrid. Civitas. 1994. Traducción en Brasil. Livraria do Avocato, al portugués, por Stefani Borba de Rose Trunfo. 1998; y al inglés, por Peter Muckley, 2000. Y *Legal validity and civil disobedience*. India. Indian Institute of Comparative Law. 2000.

ción política—. Es el triple plano de la conciencia, la ley y las tácticas políticas¹¹.

Para cada uno de estos tres planos se puede hablar en sentido estricto respectivamente de «justificación» —en el plano moral—, «excusa» —en el plano jurídico— y «expli-

¹¹ A. PASSERIN D'ENTREVES: «Legitimidad y resistencia», *cit.*, pp. 27-28, habla de tres enfoques del tema de la justificación de las infracciones normativas éticamente justificadas: «Está muy claro que la aproximación crítica no es la única aproximación posible al tema aquí propuesto. Al menos se pueden configurar otras dos. La primera y más inmediata es la histórica... El criterio a tener en cuenta es el de la efectividad... Una segunda y distinta aproximación posible al tema que aquí nos ocupa es la del jurista... Aquí el criterio de análisis no es ya la eficacia de dichos actos y comportamientos, sino el de su legalidad... Radicalmente distinto es el modo como se configura el problema en el plano de la filosofía política... El criterio ahora seguido es un criterio de legitimidad». Rafael HERRANZ CASTILLO: «La teoría de la obligación política y la justificación de la desobediencia civil: una aproximación crítica», en *Sistema* 117, noviembre de 1993, pp. 76-77, clasifica las distintas justificaciones de la desobediencia éticamente justificada que se han ofrecido por la doctrina del siguiente modo: «1. La justificación por referencia a una “ley superior”, cuyo ejemplo más notorio sería el Iusnaturalismo. 2. La justificación por las consecuencias de la acción, cuyo ejemplo más claro lo ofrece la Filosofía utilitarista. 3. La justificación de la desobediencia como medio de propaganda o publicidad, como forma de expresar un programa político que de otra forma sería desconocido; 4. La justificación basada en principios generales de justicia: un ejemplo es la obra de John RAWLS, por su influencia y porque ha estudiado en detalle la desobediencia civil en el marco de su “Teoría de la Justicia”. 5. La justificación con base en derechos fundamentales: aquí tomo como ejemplo la obra de Ronald DWORKIN, que considero significativa, y en la que también aparece una caracterización específica de la desobediencia en el contexto de su teoría de los derechos». En la misma línea y del mismo autor: Crítica al libro de Peter SINGER: «Democracia y desobediencia» (Barcelona, Ariel, 1985), en *Sistema*, 70, enero 1986, p. 149. John W. WHITEHEAD: «Civil disobedience and Operation Rescue: A historical and theoretical analysis», en *Washington and Lee Law Review*, vol. 48, nº 1, invierno 1991, pp. 93 y ss. alude a la clasificación de DWORKIN de las bases de la justificación de la infracción normativa éticamente fundada —él en concreto lo refiere a la desobediencia civil— en tres apartados: la integridad, la justicia y la prudencia. La infracción basada en la «integridad» es una cuestión personal en la que la propia conciencia prohíbe la obediencia a una particular ley o política. Se trata generalmente de cuestiones urgentes. La infracción basada en la «justicia» se utiliza para oponerse a la opresión de la mayoría sobre las minorías. La infracción normativa basada en razones de «prudencia» sirve para dar marcha atrás a actuaciones y políticas que se consideran perniciosas para las minorías así como para la mayoría. Debe reconocerse que un verdadero y adecuado acercamiento a la justificación de la desobediencia éticamente justificada no puede encontrarse en escritos clásicos de SÓCRATES, THOUREAU y LUTHER KING, ni puede a partir de ellos formarse un impresión de lo que tal justificación sería. Para progresar en

cación» —en el plano político—. La noción de justificación se aclara si la comparamos y ponemos en relación con las nociones de excusa y explicación.

«Explicar» un acto es ubicar y presentar su causa. Esto puede hacerse confrontando los motivos del sujeto que actúa. Tal tipo de explicación es la que se demanda también en el contexto de los eventos de la naturaleza. Decir que un acto está «excusado» es decir que el acto es erróneo, pero que el sujeto que actúa no debe considerarse responsable dadas las especiales circunstancias que concurrían, que hacen que no se le declare culpable. Por ejemplo, la alegación de trastorno mental puede servir de excusa en un caso de asesinato. Pero también se puede alegar que el autor actuó en defensa propia. En este último supuesto el acto no está «excusado», sino «justificado». Cuando concurre una circunstancia justificativa, el acto se ve como bueno o, por lo menos, como permisible; cuando la que concurre es una simple excusa el acto continúa siendo objetivamente inmoral. Decir que un acto está justificado es decir que, si esa circunstancia no estuviese presente sería un acto malo. El comportamiento humano puede ser explicado, excusado o justificado, mientras que los eventos de la naturaleza pueden ser sólo explicados¹².

Centrándonos en el plano de la justificación de las infracciones normativas en base a un fundamento suprapositivo, podemos enunciar las diferentes propuestas ensayadas siguiendo una vez más el esquema tridimensional,

esta importante cuestión debemos mucho a John RAWLS, que fue probablemente el primer filósofo en ocuparse del tema de la naturaleza y justificación de la desobediencia civil dentro del marco de una teoría general de la justicia social y la democracia liberal. En Marina GASCÓN ABELLÁN: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Prólogo de Luis PRIETO SANCHÍS, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, p. 129, la tripartición se hace bipartición: así, según estos ante teorías teleológicas o consensualistas, ella habla respectivamente de deber y obligación. Por su parte, Luis GARCÍA SAN MIGUEL, en «Sobre la obediencia al Derecho», en RAMÓN MACÍA MANSO (ed.): *Obligatoriedad y Derecho. XII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (28 al 30 de marzo de 1990)*, Oviedo, Servicio de Publicaciones, Universidad de Oviedo, 1990, pp. 59-69, hace una enumeración de las distintas razones morales para obedecer (o, en su caso desobedecer) al Derecho.

¹² R. D. DIXIT: «Civil disobedience. A philosophical study», *op. cit.*, p. 68.

aunque con algunas variaciones. Puede destacarse, en primer lugar, aquella teoría que dentro del plano de los valores, de la justificación moral, distingue tres modalidades, según se ponga el acento en la noción de promesa, en la de beneficio o en la de necesidad, como fuentes de la obligación y del deber. Según la teoría de que se trate se pone el énfasis en una u otra fuente. Para un estricto utilitarista, la idea de «necesidad» es crucial: deberíamos hacer siempre lo que mejor sirviese a las necesidades de la sociedad, incluidos nosotros mismos. Bajo esta teoría la razón por la que la gente debe cumplir las normas es que ese comportamiento es socialmente útil. Por su parte un liberal puro sostendría que la clave del deber moral es la limitación que se presenta de no violar derechos de terceros. Una persona desde este prisma ve los «beneficios» como algo primario. Es la época del capitalismo salvaje, de la búsqueda del máximo beneficio con el mínimo esfuerzo. Las necesidades para un liberal en estado puro no son una fuente directa de deberes; lo verdaderamente importante es la obtención de beneficios. Pero mucha gente no se siente a gusto con ninguna de dichas posturas extremas y se identifica más bien con la idea de que la fuente de la obligación moral procede de las «promesas». Esta es la fundamentación seguida, por ejemplo, por las teorías contactualistas, que hacen derivar del pacto o contrato por el que se constituye la sociedad el nacimiento de la obligación moral¹³.

Pero nosotros hemos preferido en el plano de los valores, de la posible fundamentación suprapositiva de algunas infracciones normativas, la distinción de tres doctrinas diferentes sobre la obligación moral. En primer lugar, el «Iusnaturalismo», que fundamentaría ciertas infracciones normativas en la apelación a una ley superior a la ley positiva. Según la teoría iusnaturalista de la obligación moral, la infracción normativa se ampararía en la doctrina de los derechos naturales y de los derechos humanos. Por otro lado, junto al fundamento iusnaturalista, se si-

¹³ Kent GREENAWALT: «Promise, benefit, and need: ties that bind us to the law», en *Georgia Law Review*, vol. 18, n^o 4, verano 1984, pp. 731-733.

tuaría, en segundo lugar, el fundamento «relativista». El relativismo moral apela como fuente de la obligación moral y, en su caso, de la posible infracción normativa, a la conciencia individual. En este tema destaca la polémica comenzada en nuestro país por González Vicén y Elías Díaz. Finalmente, en un tercer puesto situamos, junto al Iusnaturalismo y al relativismo, el «utilitarismo». A tenor de la teoría utilitarista de la obligación moral, como posible fundamento de las acciones en que consisten determinadas infracciones normativas, no se apelaría ya a una ley superior, ni tampoco a la conciencia individual, sino al bien común de toda la colectividad. Esta última fundamentación ha sido punto de mira de toda una serie de objeciones críticas sobre las incongruencias y puntos débiles que a juicio de numerosos autores presenta¹⁴.

En la infracción normativa éticamente fundada se produce un choque o antinomia entre, por un lado, la norma

¹⁴ En su monografía sobre el tema de la desobediencia civil (*Concepto y justificación de la desobediencia civil*. Barcelona. Ariel. 1988), Jorge Francisco MALEM SEÑA, pp. 128 y ss., señala junto a las teorías citadas —el utilitarismo, el relativismo y el iusnaturalismo— cómo en los últimos treinta años se han ensayado las teorías constructivistas, dentro de las cuales se encuadran desde el individualismo extremo de James BUCHANAN o Robert NOZICK, pasando por el liberalismo moderado de John RAWLS, hasta posiciones vecinas al socialismo, como la de la ética comunicativa de Jürgen HABERMAS —Sobre este autor destaca el estudio de Juan Antonio GARCÍA AMADO: «Dos visiones de la desobediencia. Ética discursiva contra teoría de sistemas», en R. MACÍA MANSO (ed.): *Obligatoriedad y Derecho*, *op. cit.*, pp. 214-245—, o al trascendentalismo kantiano, como la de Karl OTTO APEL. Común a todas estas concepciones es «que con un procedimiento aceptado por seres racionales y medianamente egoístas que actúan en un mundo con una relativa escasez de bienes a distribuir, es posible llegar a resultados justos en el sentido de que se respeten óptimamente los intereses de cada uno de los integrantes de una sociedad dada». En esta línea se encontraría la consideración que desde HOBBS o HUME se viene haciendo de la justicia como una virtud artificial creada por los propios ciudadanos en un situación de relativa escasez de bienes. Es también clara la influencia de las modernas teorías de los juegos y su versión de una racionalidad que consiste precisamente en maximizar los beneficios de sus participantes. El constructivismo moral tomaría las ventajas del utilitarismo —es decir, el ser una vía racional—, pero dando más importancia a lo individual que a lo colectivo. Por otra parte, al igual que el utilitarismo, y a diferencia del iusnaturalismo, deberá estar exenta de connotaciones metafísicas o religiosas, pero —a diferencia del relativismo— deberá estar sujeta a criterios universalizables.

infringida, que es una norma en principio de carácter positivo y forma expresa y, por otro lado, una norma metapositiva, suprapositiva, para quienes las admiten como jurídicas —a saber una norma o ley eterna, una ley divina, una ley moral, una ley natural—, o una norma inexpressa —por ejemplo un principio de equidad o el juego de la naturaleza de las cosas—. Entre esos dos tipos de normas se produce una antinomia en el sentido de que lo que una ordena o manda la otra lo prohíbe. Así, conforme a la ley positiva, está prohibido infringir sus mandatos, mientras que la ley suprapositiva admite, cuando no exige, en ciertos casos, la desobediencia de dichos mandatos. A continuación vamos a examinar los casos de fundamentación que se pueden producir en el mundo suprapositivo desde el punto de vista de la norma que ampara la infracción normativa para ver que soluciones se les pueden buscar.

2. *La fundamentación religiosa*

En primer lugar se puede producir una antinomia entre el ámbito de la ley eterna y la ley divina —Religión— y el de la ley positiva —Derecho—. En estos casos surge el interrogante de cual debe prevalecer. La solución es distinta según contemplemos el problema desde una perspectiva histórica —dinámica o de pasado—, o bien a nivel estático —actual o de presente—. Desde una perspectiva histórica se ve cómo en el pasado aparecían fundidos los dos órdenes, el religioso y el laico, fusión que se podía observar, a su vez, en un doble ámbito: En el plano axiológico, de la legitimidad y en el plano fáctico, de la eficacia. En el plano de la legitimidad, en efecto, antiguamente se justificaba, se legitimaba, el poder o, mejor dicho, la autoridad del gobernante acudiendo a la teoría de su origen divino, a un, llamémosle, fundamento teocrático del poder. Esta fundamentación se observa ya en los Imperios orientales —por ejemplo el persa—, en los césares romanos, en los caudillos germánicos, o en los reyes medievales, que eran una especie de vicarios de Cristo —el rey lo era por

la gracia de Dios—. En el plano de la eficacia decimos que también aparecen históricamente fundidos Derecho y Religión pues la obediencia a la autoridad así legitimada, que no otra cosa es la eficacia, viene asegurada por el temor que inspira el poderío de una divinidad legisladora. En este sentido, ya Freud, en su obra «Totem y tabú»¹⁵ o Durkheim en «Las formas elementales de la vida religiosa»¹⁶ se refieren a esta cuestión y relacionan la obediencia al rey con la obediencia a Dios.

Sin embargo, desde la perspectiva estática, es cierto que en las sociedades modernas se separan totalmente Derecho y Religión y se dice que una norma es válida simplemente cuando ha sido creada por el sujeto competente y según el procedimiento adecuado. Se opta por un planteamiento laico, racional y científico, alejado del oscurantismo al que, a juicio de estas corrientes modernas, conducen las creencias religiosas y la equiparación del hombre como creyente y como ciudadano. Este giro, esta pureza metódica, se observa, por ejemplo, en la «Teoría Pura del Derecho» de Hans Kelsen¹⁷ y en el famoso aforismo de la teoría de las dos espadas, «hay que dar al Cesar lo que es del Cesar y a Dios lo que es de Dios».

Es decir, en conclusión, que desde un punto de vista histórico, la Religión y el Derecho se funden y confunden en las formas más elementales de sociedad, a través de la «legitimidad» y la «eficacia», y se separan en las sociedades modernas en cuanto a su «validez» formal.

¹⁵ Sigmund FREUD: *Totem y tabú*. Trad. del alemán de Luis López Ballesteros y de Torres. 11ª ed. Madrid. Alianza Editorial. 1982.

¹⁶ Emil DURKHEIM: *Las formas elementales de la vida religiosa. El sistema totémico en Australia*. Traducción y estudio preliminar de Ramón Ramos. Madrid. Akal. 1982.

¹⁷ Reine Rechtslehre. Wien. Deuticke. 1960. Trad. castellana —*La Teoría Pura del Derecho*— de la 2ª ed. en lengua alemana de Roberto J. Vernengo. México. UNAM. 1980. Hay traducción de Mario G. Losano. Torino. Einaudi. 1966. Sobre este tema en concreto ver también el artículo de Hans KELSEN: *Rechtswissenschaft oder Rechtstheologie? Antwort auf Dr. Albert Volanthen: «Zu Hans Kelsen Anschauung über die Rechtsnorm»*, en *Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*. XVI, 3-4, 1966, pp. 233-255.

Como estamos en una sociedad moderna, parecería, por tanto, a primera vista que debería primar en caso de conflicto la norma jurídica sobre la religiosa, es decir, que deberíamos dar una respuesta laica a los asuntos laicos y deshacernos del peso de viejas rémoras religiosas. Si el futuro ha superado el planteamiento religioso de los asuntos laicos, habría que evolucionar con los tiempos.

Sin embargo, no faltan quienes consideran que el progreso no se representa gráficamente siempre en forma lineal y, valga la redundancia, progresiva. No se trata de una línea recta en la que se vaya de izquierda a derecha, del pasado al futuro, siempre en forma ascendente, de menos a más, de peor a mejor. Por el contrario hay quienes representan gráficamente el progreso como una serie de círculos y bucles en los que se producen movimientos de vuelta o retorno a lo anterior, una especie de movimiento pendular en el que se compensan situaciones de pérdida de valores religiosos con otras de retorno a una fuerte religiosidad.

En fin, no faltan aquellos que contemplan el progreso como una línea en zigzag, en la que a largo plazo sí hay mejora, pero a corto o incluso a medio plazo se producen movimientos de involución. Así, por ejemplo, el Renacimiento, como su nombre indica, supuso el retorno, el resurgir de los valores y de la cultura de la Antigüedad clásica, que habían permanecido ocultos, como enterrados, en la época de oscurantismo cultural que dominó en la Edad Media.

En resumen, que no por ser la solución laica la preponderante hoy en día es la mejor. La novedad en el tiempo es, como la juventud, un mérito que el propio tiempo se encarga de depreciar, al hacer que lo nuevo hoy sea viejo mañana. Por eso dejamos abierta a la elección personal individual el decidir qué es mejor, qué debe primar en caso de conflicto, la norma religiosa o la norma jurídica.

En esto no nos parece que sean válidas macrosoluciones globales, sino decisiones individuales, concretas y personales. Frente a nuestra conciencia todos estamos solos. No basta con escudarse en que los demás o la opinión en

determinado momento dominante ampara tal o cual conducta, si nuestra conciencia claramente la rechaza. Uno es su propio juez y a cada uno corresponde decidir en cada momento si ante una ley que la Religión —la Religión dominante, sí, pero también la que hemos hecho pasar por el tamiz de nuestra inteligencia y de nuestra conciencia haciéndola «nuestra» religión— condena, pero que el Derecho permite o incluso puede que ordene, debemos alzarnos e infringirla o someternos: «C'est à vous de choisir!».

3. *La fundamentación moral*

Pero lo religioso no agota lo moral. Un hombre, aunque carezca de fe en un credo religioso determinado, puede, sin embargo, tener profundas convicciones morales como ser humano. Además, como miembro de una sociedad políticamente organizada, de un Estado, se encuentra sujeto a una serie de normas jurídicas, a un Derecho positivo o, si se prefiere, a un determinado ordenamiento jurídico. Surge entonces la cuestión de saber cual es la relación entre el Derecho y la Moral, entre lo que manda la «ley» y lo que ordena la «Ley».

Al igual que ocurre con la ley divina respecto a la ley humana positiva, la ley moral funciona como una esfera separada de la laica, separada y paralela a ella. Este paralelismo se ve en las notas características de una y otra. Así, no se trata de que el Derecho se halle necesitado de la Moral y que ésta se sitúe en la cúspide de aquél. Por el contrario, a nuestro juicio, el Derecho y la Moral funcionan como esferas contiguas, al mismo nivel. De todas maneras, que sean compartimentos distintos no significa que no se relacionen, pues ambos concurren como destinatario en la persona humana y ésta no puede desdoblarse en dos, sino que es una e indivisible. Así, todo acto social que, en cuanto tal, cae en la esfera del Derecho, es también un acto humano y, como tal, susceptible de ser enjuiciado moralmente. El hombre es sólo uno. Lo que pasa es que tiene al menos dos dimensiones, la jurídica y la moral.

En la medida en que los mandatos jurídicos coinciden con lo moralmente adecuado no se plantea el conflicto. ¿Pero, qué ocurre cuando nuestra moral nos aconseja desobedecer el precepto jurídico? A nuestro juicio, la respuesta adecuada es que, aunque no se puedan prohibir coactivamente los actos inmorales —por tratarse, como decíamos, de esferas separadas—, tampoco puede exigirse con fuerza vinculante su comisión —prueba, una vez más, de que estamos ante mundos independientes—. En otras palabras, cuando la ley moral es acorde con la ley jurídica ambas pueden ser obedecidas sin plantearse problema alguno, si bien cada una en virtud de su mérito inherente, es decir de su bondad en la ley moral y de su justicia y coactividad en la norma jurídica. Es importante destacar este punto, porque es una prueba más de que el Derecho y la Moral no se deben solapar, sino que, como dos líneas paralelas, no se cruzan nunca, aunque pueden discurrir en la misma dirección. Incluso cuando la norma jurídica y la norma moral se oponen, esta separación se sigue manifestando, pues, el Derecho no puede ni imponer coactivamente la comisión de lo inmoral, ni prohibir coactivamente su realización.

Los actos inmorales jurídicamente deben moverse en una zona neutra, donde no existe «prima facie» ni mandato positivo ni prohibición negativa, ni prescripción ni proscripción. Una vez más el hombre es libre de seguir los mandatos de su conciencia o bien de obedecer la norma jurídica, desoyendo la voz de su interior. Nos movemos entre una justa ilegalidad y una legalidad injusta. No hay «a priori» relación de jerarquía entre una solución y la otra, sino el campo de la libertad de elección.

Por tanto, a modo de conclusión de lo dicho, podemos afirmar que es posible que la ley moral ampare la infracción de la ley. Y para aquellos que se oponen a esta solución por considerar que excede del ámbito positivo, que es supralegal, hay al menos que reconocer como decíamos antes, que, si bien la religión es privativa del creyente, una cierta moral, una cierta ética es consustancial a todo ser humano en cuanto tal.

4. *La fundamentación en la ley natural*

Antes de nada hay que recordar las nociones de Derecho natural y Derecho positivo. Entendemos por Derecho positivo el válido aquí y ahora, en determinado momento histórico y lugar. Por el contrario, el Derecho natural sería aquel existente en toda época y nación. Se trataría de un Derecho atemporal y ahistórico. No obstante, a lo largo del tiempo han variado las concepciones del mismo, según dónde se pusiese la instancia última de la justicia, es decir, según qué realidad o entidad colocásemos en la cúspide de una imaginaria pirámide iusnaturalista. A este respecto podrían distinguirse tres tipos de justicia que, teniendo en cuenta el orden histórico en que se han sucedido, podríamos enumerar como justicia natural, justicia religiosa y justicia racionalista. La primera corresponde a la Antigüedad clásica, la segunda es propia de la Edad Media y la tercera es predicable del Racionalismo filosófico.

En la Filosofía antigua existió un primer período que podríamos denominar cosmológico, en el que los filósofos se preocupaban principalmente de la naturaleza de las cosas y de la formación del cosmos¹⁸. Es ésta una etapa mítica¹⁹. A su vez, en el período cosmológico se puede distinguir un primer momento, en el cual los filósofos indagaban sobre el principio de las cosas, bien el principio material del que todo está hecho (milesios), bien el principio formal que a cada cosa le hace ser lo que es (pitagóricos)²⁰. Pues bien, de esta idea de principio, de logos, de razón del ser, de naturaleza de las cosas es de donde pro-

¹⁸ A este período sucederá una etapa «antropológica» en la que la consideración filosófica se centra en el «hombre», sus actividades y su destino: Manuel MINDÁN MANERO: *Historia de la Filosofía y de las Ciencias*, Madrid, Anaya, 1964, pp. 7 y ss.

¹⁹ Ernst CASSIRER: *El mito del Estado*, Méjico, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 64-73.

²⁰ Ese principio de la Escuela pitagórica será el número como principio formal de cada cosa y en la Escuela de Mileto, que buscó el principio material común a todas las cosas, será el agua (Tales), el «apeiron» o lo infinito (Anaximandro) o el aire (Anaximenes).

ceden todos los entes, entre ellos las creaciones culturales, como el Derecho natural, presupuesto de las leyes positivas.

En el período de oscurantismo que dominó en la Edad Media la cultura quedó depositada en los monasterios. De ahí la influencia de las creencias religiosas, más en concreto del Cristianismo, como eje de la cultura del momento, en el Derecho natural. Los Padres de la Iglesia tomaron del Decálogo y del Evangelio los principios supremos del Derecho natural²¹. Así como en la Grecia clásica la idea última de justicia descansaba en la Naturaleza, con la Patrística y la Escolástica radica en el credo religioso.

Posteriormente, el Racionalismo, doctrina que surge en el continente europeo frente al Empirismo del área anglosajona, pone como centro y culmen de todos los campos, entre ellos el Derecho natural, la razón, frente a la experiencia sensible y la fe anteriormente dominantes. El Iusnaturalismo racionalista, frente al oscurantismo medieval, va unido al Iluminismo o siglo de las luces y a la Ilustración.

De lo dicho se desprende cómo podemos hallar dentro del Iusnaturalismo al menos tres razones morales distintas para observar o, en su caso, infringir el Derecho. El primer tipo de respuesta es de índole «fideista» —el alma, la fe— y el autor que la expone con más claridad es Lutero. El segundo tipo de postura es de índole «racionalista» —el cerebro, la razón— y el autor que la expone más rotundamente es Kant. En tercer lugar podría situarse la respuesta «naturalista». Según ella el bien coincide con la naturaleza de las cosas y, en suma, con la esencia del ser, entendida como adecuación de la cosa a su fin. Esta fundamentación es asunto de la naturaleza, de la realidad física, y no de la razón.

Existen en principio dos opciones a la hora de estudiar la relación entre la ley natural y la ley positiva. La primera es el denominado «monismo jurídico», que niega esa relación porque a su juicio sólo existen uno de los dos polos

²¹ Giorgio DEL VECCHIO: *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1980, 9ª ed. corregida y aumentada, p. 28.

de la misma. Esta es la posición de las llamadas doctrinas radicales o extremas, básicamente dos: El Iusnaturalismo extremo, para el que sólo existe y todo lo que existe es el Derecho natural; y el Positivismo extremo, para el que sólo existe y todo lo que existe es el Derecho positivo. La segunda opción o posibilidad es el «dualismo jurídico», el cual reconoce la existencia del Derecho natural junto al Derecho positivo. Es la tesis recogida por las llamadas teorías moderadas que, según cual sea la jerarquía defendida, se subdividen, a su vez, en el Iusnaturalismo moderado —en el que el Derecho positivo se subordina al Derecho natural— y el Positivismo moderado —que contempla la jerarquía inversa: Subordinación del Derecho natural al Derecho positivo—.

Para defender la posibilidad de existencia de una infracción normativa amparada en el recurso a la ley natural es preciso rechazar, claro está, los denominados monismos de las teorías extremas y centrarse en el dualismo jurídico, más en concreto en el llamado Iusnaturalismo moderado. En esa línea también se encontraría la respuesta de aquellos autores que, aunque positivistas, lo son en un sentido moderado y, como Hart, reconocen la necesaria existencia en el Derecho positivo de un contenido mínimo de Derecho natural, dentro del cual podrían contemplarse la proscripción del uso de la violencia sobre las personas, exigencias de veracidad, honestidad y respeto a las promesas y la prohibición de destruir cosas o de apoderarse de ellas en perjuicio de otros. Así, podría admitirse la fundamentación de la infracción de la ley cuando se atenta contra esas exigencias mínimas, por ejemplo cuando se violan los términos de un hipotético contrato social, como afirman las teorías contractualistas.

Hart se pregunta qué ocurriría con las normas inicuas, es decir aquellas que vulneren esos contenidos mínimos de Derecho natural que acabamos de señalar. La respuesta a esta pregunta, según dicho autor, depende de si se adopta un concepto de Derecho amplio o un concepto restringido. Un concepto amplio de Derecho considerará como tal todas las normas que se ajusten a los criterios formales de

validación siempre, eso sí, que no sean contrarias al contenido mínimo de Derecho natural, antes aludido. Un concepto de Derecho más restringido exigiría una inspección moral más exhaustiva del contenido de la normas.

Hart se inclina, como buen positivista, por el criterio más amplio, pues adoptar el punto de vista restringido excluiría del campo del conocimiento jurídico las normas ini-cuas. De afirmarse que el Derecho inicuo no es Derecho se estaría excluyendo la posibilidad de conocerlo como tal Derecho. Por el contrario, parece más correcto admitir que es Derecho, sólo que injusto, y no hay nada que prohíba conocer algo por el solo hecho de ser injusto o malo. Además, el primer planteamiento sería mejor no sólo desde una consideración gnoseológica o cognoscitiva, sino también, y en lo que aquí interesa, a la hora de fundar la infracción del Derecho, pues no por ser válida una norma se resuelve que ha de ser necesariamente observada. Lo mejor, a nuestro juicio, sería afirmar no que el Derecho contrario a la ley natural no es Derecho, sino que es Derecho, pero que, en cuanto inmoral, debe ser desobedecido.

Por tanto, a modo de conclusión, puede afirmarse que la infracción de la ley cuando está éticamente justificada podría fundar la desobediencia a una ley positiva en una ley natural para aquellas teorías partidarias del dualismo jurídico, tanto para el Iusnaturalismo moderado, en el que la ley positiva cede, en caso de conflicto, ante la ley natural, como también para el Iuspositivismo moderado, en la medida en que suele reconocer la existencia de un contenido mínimo de Derecho natural en el Derecho positivo, que de no darse, aunque no sería suficiente para negar a la ley el «status» jurídico, sí justificaría, bajo ciertas condiciones, determinadas infracciones normativas.

5. *La fundamentación en la equidad*

Además de la fundamentación suprapositiva en la Religión, la Moral y el Derecho natural, tal vez podría fundarse la infracción de la ley en la justicia, pero no en la justi-

cia abstracta, ese «*summum ius*», que a menudo es la «*summa iniuria*», sino en la justicia del caso concreto, es decir, en consideraciones de equidad. Podría objetarse que la equidad es un fundamento que se encuentra más en el plano positivo que en el suprapositivo en la medida en que es un recurso interpretativo y aplicador del Derecho reconocido en la casi totalidad de los sistemas jurídicos —así, por ejemplo en el ordenamiento jurídico español en el artículo 3.2 del Título Preliminar del Código civil tras la reforma de 31 de mayo de 1974—. No obstante en cuanto aplicación de la justicia, concepto, este sí suprapositivo, sin el cual no puede ser entendida —como justicia del caso concreto, justicia proporcional, justicia natural, etc.—, la equidad es un mecanismo suprapositivo incorporado al Derecho positivo, que lo «descubre», pero no lo inventa. No hay equidad sin justicia. De ahí su incardinación aquí entre los fundamentos suprapositivos de la infracción de la ley, pero con la matización hecha.

Tal vez no sea forzar demasiado la realidad el considerar la infracción normativa en ciertas circunstancias como una aplicación equitativa de la ley en vez de como una infracción abierta y pura de la misma. Esta conclusión la podemos obtener con cualesquiera de las dos principales acepciones de la equidad que se suelen manejar, la romana y la griega.

Según la concepción romana, defendida básicamente por Cicerón, la equidad es la humanidad, la benignidad, la piedad a la hora de aplicar la ley, mitigando su rigor y humanizándola para evitar que se verifique el aforismo «*summum ius, summa iniuria*». Es una concepción de la equidad que entra en los aspectos materiales de la ley, en su contenido.

Por el contrario según la concepción griega de la equidad, como «*epiqueya*», nos centramos en los aspectos meramente externos o formales y consideramos que la equidad es la justicia del caso concreto, la adaptación de la ley, abstracta por definición, a las singularidades del caso, sin entrar a conocer sobre si esto es más benigno o menos, mejor o peor, desde el punto de vista del contenido.

La equidad en cualquiera de estas dos acepciones puede relacionarse con la noción de infracción éticamente fundada de la ley. Puede que el infractor de la ley no esté sino reclamando una aplicación equitativa de la misma en alguno de estos dos sentidos. En unos casos puede tratarse de una ley demasiado rigurosa, que aplicada matemáticamente daría lugar a injusticias. En otros supuestos la ley es demasiado general y hay algún grupo, alguna minoría, que requiere una justicia adaptada a las exigencias de su situación concreta.

En ambas situaciones el infractor juzga que la justicia como absoluto debe convertirse en «justeza», como justicia del caso concreto. Esto exigirá unas veces dulcificar la ley, otras hacer una excepción. Es cierto que si lo que pretendemos es la aplicación rigurosa de la ley, en estos casos debemos admitir que se ha infringido la norma. Pero si no hablamos en términos absolutos, sino relativos, si no miramos sólo en línea recta, sino que ampliamos nuestro campo de visión, si no razonamos al modo todo o nada, sino que admitimos grados, podremos decir que lo que hemos hecho es simplemente una aplicación equitativa del Derecho. Puede que se nos objete que en estos supuestos de aplicación del Derecho a través de la equidad no hay auténtica violación de la ley y, por lo tanto, no cabe hablar de verdadera infracción normativa. Pero lo cierto es que en la realidad la frontera que separa la violación de la ley de su inaplicación por razones de equidad es un terreno incierto, con confines poco definidos, una zona de arenas movedizas donde corresponde al juzgador actuar con tino y prudencia, sí, pero también con flexibilidad, para mantener el equilibrio, el punto medio de la virtud, entre lo que es infracción pura y dura y la infracción equitativa.

6. *La fundamentación en la naturaleza de las cosas*

En líneas anteriores veíamos como a través del recurso a la Religión, la Moral, el Derecho natural o la equidad le era posible al juez justificar suprapositivamente ciertas

infracciones normativas. A continuación nos referiremos a una quinta vía interpretativa que puede utilizar el juzgador para exculpar éticamente al infractor de la ley que ante él es presentado como autor de una violación del Derecho. Esta vía es el recurso a la naturaleza de las cosas. Se diría de este modo que, si bien el infractor quebranta la ley, su conducta obedece y respeta en última instancia la esencia de dicha ley, pues es conforme a la naturaleza de las cosas.

Antes de seguir adelante en el estudio del tema es conveniente aludir al concepto de lo que se ha venido entendiendo históricamente por naturaleza de las cosas. ¿Qué es la naturaleza de las cosas? Al igual que hicimos con la noción de equidad, es preciso como tarea previa dar unas pequeñas pinceladas sobre la noción de naturaleza de las cosas. Y, al igual que ocurría con la equidad, que no podía predicarse en una única dirección o sentido —hablándose de equidad en la acepción romana o en la griega— existe, y sobre todo ha existido, una gran pluralidad de acepciones del término naturaleza de las cosas.

Unas veces se habla de la naturaleza «física» de las cosas, otras de su naturaleza «lógica o racional», de su naturaleza «ética», de su naturaleza «metafísica y filosófica», o de su naturaleza «divina o religiosa». Aunque no es ahora el momento de extendernos demasiado en esta variada gama de acepciones del término naturaleza de las cosas, y sin ánimo exhaustivo, podemos señalar cómo de la naturaleza «física» de las cosas hablaban los presocráticos, cuando buscaban el «arjé» o principio de la «physis» o naturaleza²². Por su parte, la naturaleza «lógica» de las cosas la encontramos en Sócrates cuando da primacía a los conceptos

²² Unas veces en los datos de la experiencia —el agua (Tales), el aire (Anaxímenes), el fuego (Heráclito), la tierra (Jenofanes), el fuego y la tierra (Parménides), los cuatro elementos a la vez (Empédocles), las «homeomerías» o semillas de las cosas (Anaxágoras), los átomos (Demócrito)— y otras veces más allá de lo sensible —en el «apeiron» o lo indeterminado (Anaximandro), o en los números (Pitágoras)— encontrando una ley universal que rige todas las cosas —a la que Heráclito llama «logos», Empédocles amor y odio, y Anaxágoras «nous» o mente—.

frente a las simples opiniones, en Platón y su mundo de las ideas, y muy especialmente en el racionalismo y el idealismo, que dan absoluta prioridad a los aspectos lógicos y cognoscitivos. La concepción «metafísico-filosófica» del concepto de naturaleza tiene su máxima expresión en Aristóteles y puede referirse tanto a los principios internos de la generación, es decir, la materia y la forma, como a los principios extrínsecos o finalidad de la generación: la esencia. En fin, hay quienes buscan una naturaleza «ética» de las cosas, basada en la propia conciencia, y quienes, en un plano «religioso», sitúan la naturaleza de las cosas en última instancia en Dios, a través de la idea de creación —las cosas son creadas a imagen de Dios y por ello participan de la naturaleza divina, si bien sólo de una manera limitada—.

Pero sea cual sea el concepto de naturaleza de las cosas que elijamos; ya la percibamos por los sentidos —naturaleza material o física—, ya por el entendimiento —naturaleza lógica—, ya por la reflexión filosófica —naturaleza metafísica—, ya por la conciencia —naturaleza ética—, ya por la fe —naturaleza religiosa—, lo cierto es que muchas veces lo que cualquiera de estas potencias humanas percibe como real —los sentidos—, lógicamente verdadero —la razón—, honesto —la conciencia— o verdad revelada —la fe— no está de acuerdo y choca con lo dispuesto por el Derecho, con lo que establece una norma jurídica concreta. Lo que es «por naturaleza» se contrapone a lo que es «por convención humana»; a la «rerum natura» —naturaleza de las cosas— se opone el «nómos» —convención o norma humana—.

Esto es lo que ocurre en ciertas infracciones normativas. Existe en el plano jurídico una norma que es contraria a las leyes físicas, que se desenvuelven en el plano de los hechos, o a las leyes morales, que se sitúan en el plano de los valores. Lo que es jurídicamente válido y legal, no es efectivo o/y es injusto. Es entonces cuando el ciudadano tiene que optar entre una legalidad injusta e ineficaz o una ilegalidad justa y efectiva. En el caso de que se decante por la primera opción estaremos ante el fenómeno ordi-

nario de la observancia del Derecho. Si opta por la segunda posibilidad, podemos a veces estar ante una violación de la norma jurídica, sí, pero amparada en la esencia, el espíritu o la naturaleza de las cosas.

Pongamos algún ejemplo que nos permita examinar cómo se verifican las afirmaciones anteriores: el caso de la infracción legal por móviles ecologistas de conservación del medio ambiente; o los movimientos pacifistas contrarios a las armas en general y, muy especialmente, a las armas nucleares, por su mayor alcance y potencial destructor. Tal vez sea legal la existencia de ciertas fábricas que contaminan el medio ambiente o la existencia de armas, incluso si son nucleares, con fines defensivos. El hombre, ejercitando su libertad y su inteligencia es capaz de transformar la naturaleza. A menudo estas transformaciones suponen progresos. Pero, a veces en el camino también violan las leyes que la naturaleza, la lógica, la ética o Dios mismo han establecido. Violan en definitiva la naturaleza de las cosas, rompiendo el equilibrio natural existente en la creación. No siguen el orden de las cosas, que las transciende, sino que lo transgreden. El hombre suplanta a Dios y al orden natural y con ello provoca la rebelión, primero de la naturaleza —grandes desastres ecológicos, deforestación, ruptura del equilibrio atmosférico, calentamiento acelerado del globo terráqueo, etc.— y luego del hombre, que sufre las consecuencias —hecatombes bélicas, bombas atómicas, etc.—. Entonces es al propio hombre al que corresponde tratar de reinstaurar el equilibrio de las cosas. Para ello a veces es preciso infringir la norma jurídica para rescatar la olvidada naturaleza de las cosas. La infracción normativa puede actuar así como un mecanismo compensador, como la válvula de escape que adecuadamente regulada logre que la olla a presión que es la sociedad, muy especialmente la sociedad de nuestros días, pueda subsistir sin explotar.