

## EN LA BUSQUEDA DE UNA NUEVA DEFINICION DEL DERECHO

### 1) *Introducción: La situación lingüística*

Definir, según las normas de la lógica clásica, significa proporcionar el género y la diferencia específica de un concepto expresados a través de vocablos técnicamente precisos y determinados en su semantema.

Ahora bien, hace falta confesar que el vocabulario corriente de la voz "derecho" es incierto y vario. Si el vocabulario es incierto, más incierto será el concepto; y no me refiero sólo a un sistema lingüístico, sino a toda el área de las lenguas europeas, que son consideradas universalmente como el campo en el cual y con el cual se expresa y se comunica el saber humano. Por eso, antes de determinar el concepto de derecho, hace falta remitirse a los vocabularios en uso entre las varias culturas europeas y aun entre las mismas formas políticas.

Partamos por lo tanto de una constatación: la voz "derecho" en las lenguas neolatinas deriva etimológicamente del participio latino "directum". Cuándo en Europa las voces clásicas latinas "ius" o "fas" cayeron en desuso en el lenguaje común, es difícil decirlo, aún si se refiere a una cierta lengua, ligada algunas veces (al menos en italiano y en inglés) con las voces "giure" y "jus".

Entretanto hace falta observar que mientras el español, el portugués, el italiano, el francés y el alemán se han atenido a dicho participio, el inglés ha restringido su uso solamente a los derechos humanos, o (ocoma todavía se suele decir en la terminología filosófica) al derecho subjetivo, con la voz "right".

Se observa también que mientras el alemán y el inglés asumen las voces de la raíz-base "rectum", las demás lenguas se refieren al participio con la preposición "di-rectum".

Una base común vincula este vocabulario de Europa occidental: aquella que emana del verbo "regere" o "dirigere".

Todo esto nos dice que el concepto de derecho en las naciones europeas proviene de una idea de rectitud, de conformidad a una regla; no por cierto a una regla de orden técnico (como la escuadra para trazar una línea recta o la gramática para un discurso "recto" o correcto) sino "práctico" en sentido estricto. El hecho que después la voz "derecho" haya sido extendida a otros significados (en italiano se dice "tirare diretto" para indicar el caminar sin parar) no tiene relevancia para este estudio.

Una cosa es cierta: las voces "derecho", "direito", "diritto", "droit", "Recht" y "right" enuncian solamente o primariamente la *cuestión etimológica*.

Ahora bien, todos saben que la etimología no ofrece base segura para la determinación de un concepto, ya sea por la evolución de las lenguas mismas que extienden a cosas dispares (en italiano se llama "directo", al tren que no se detiene en las estaciones secundarias), o ya sea reconducida al momento histórico en el cual se operó el desprendimiento de la lengua madre, el latín, y se introdujo el nuevo vocablo; esto nos indica que el sentido originario del vocablo no siempre corresponde al uso actual que de él hoy se hace.

Supongamos (como se suele decir generalmente) que la voz "rectum" o "directum" se haya impuesto en las lenguas nacionales después de la caída del Imperio Romano; y bien, hoy nadie podría afirmar que nosotros atribuimos a las voces modernas arriba citadas el mismo significado que asumieron en el inicio de su uso; entre otras cosas, en el mundo feudal en el que tales voces fueron poco a poco invadiendo el uso del antiguo "ius" romano, no se entendía el "rectum" ni el "directum" en el significado que hoy el hombre europeo del siglo XX le atribuye.

Sería interesante, en este punto, detenerse brevemente y describir el ambiente feudal para obtener algunas indicaciones sobre el significado del "directum" del alto-medievo,<sup>1</sup> cuando las poblaciones germánicas, inglesas, españolas etc... habían impuesto un tipo de estructura social de tipo sedentaria sobre la base económica de la propiedad feudataria.

Pero el fin de este estudio puede eximirse de esta indagación histórico-etnográfica, porque no siempre es evidente el contacto entre organización social y concepto de derecho. En cambio, nos resultará más fructífera la investigación histórica sobre los varios conceptos de derecho, con particular referencia al pensamiento filosófico y político de la Europa antigua, medieval y moderna.

## 2) *El concepto de derecho en la historia del pensamiento filosófico-político*

En la apertura del problema histórico se plantea el debate sociológico, a saber si en alguna y en qué medida el estudio histórico de un concepto es posible, cuando es examinado en varias áreas culturales. En objeción de la escuela de Frankfurt las instituciones en general (por ejemplo, el matrimonio) son islas cerradas, fenómenos culturales dispares y heterogéneos unificados bajo un nombre colectivo; en consecuencia los varios tipos de organización política del pasado se asomarían sobre la historia como variables contingentes; por eso, las voces "familia", "estado", "derecho", etc... son equívocas.<sup>2</sup>

Como respuesta a la postura reductiva de la escuela de Frankfurt, podemos oponer un principio "a priori" de unificación conceptual de la voz "derecho": el principio (que además es un hecho incontestable) es que el "derecho" en general es un fenómeno humano que no tiene cabida entre los animales.

<sup>1</sup> P. H. STAHL-M. GUIDETTI, *Le radici dell'Europa. Il dibattito ottocentesco su comunità di villaggio e familiari*, Milano, 1979.

<sup>2</sup> M. HORKHEIMER, *Studi sull'autorità e famiglia*, trad. ital., Torino, 1974.

La organización social y las respectivas reglas de comportamiento de las abejas, de ciertos pájaros (por ejemplo, las grullas) no tienen más que una pura analogía exterior con la organización social de los hombres. Esta, siendo ligeramente variada según la índole de las culturas, hace posible la investigación histórica de un concepto.

Nótese bien que se habla de concepto y ya no de vocablos; esto nos indica el itinerario a recorrer. Tratándose de Europa occidental, quedan excluidas las culturas eslavas, aunque habiendo una común matriz aria que las une a la literatura sánscrita, podrían ser útiles para la determinación del concepto de derecho.<sup>3</sup> Así el terreno de búsqueda se restringe a la filosofía y a la jurisprudencia grecorromana, cristiana y a la era moderna. Obviamente no se trata de un estudio profundizado, sino de un rápido panorama que ayuda a la recopilación de algunos datos fundamentales para una legítima conclusión sobre el tema en discusión.<sup>4</sup>

### 3) *El concepto de derecho entre los griegos y los romanos*

El pueblo griego tuvo tan alto sentido del valor de la justicia y del derecho que hasta consagraba su vida a la diosa "Dike". La voz aparece ya en los presocráticos (como Anaximandro) y es utilizada en el sentido de un orden cósmico.

En el ámbito de la vida humana, la voz "dikaion" expresa primariamente un orden objetivo de relación de justicia, ya sea impuesta por la naturaleza ("dikaion physei") o por la ley humana ("dikaion nómoi"). Este orden objetivo de justicia es el *derecho* en sentido pleno de modo que el mismo "nómos" no es más que un "órthos lógos" (como dice Platón en las *Leyes*, II, 659 d).<sup>5</sup>

La gran polémica de los sofistas sobre un primado de orden objetivo natural, o positivo, no se refería de por sí al valor primario del derecho entendido como relación objetiva sino a su origen.

La misma raíz griega "dik" (en sánscrito "deik", en latín "dic"), nos demuestra que los griegos tenían como justo, y por eso como derecho, lo que una sentencia forense pronunciaba como verdadero y, por lo tanto, como vinculante. El "dikaion", por lo tanto, no es sino la verdad de las cosas, proclamada por la razón del juez.

Esta mentalidad intelectualista y objetivista de los griegos antiguos coloca la voluntad en segundo lugar, diremos que en la penumbra; de modo que para el hombre común, el descubrimiento del derecho es fácil, no siendo una creación arbitraria y caprichosa de una voluntad, sino una verdad a la que es necesario adecuarse, aún antes de sentirse obligado. Obviamente no se trata de una

<sup>3</sup> Afirma HELMUT VON GLASENAPP, *Die philosophie der Inder*, trad. ital., Torino, 1962.

<sup>4</sup> F. FLUCKIGER, *Geschichte des Naturrechts*, I, Zürich, 1954. REGINALDO PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*, 2 ed., Roma, 1985.

<sup>5</sup> Cfr. F. ASTIUS, *Lexicum platonium*, vol. I, Lipsia, 1935, fotostampa, Bonn, 1955, pp. 532-533.

verdad especulativa, sino práctica, que de Platón en adelante era indicada con la voz "orthón".

Parecería que los griegos no dieron importancia a lo que hoy nosotros llamamos (tal vez impropriamente) "derecho subjetivo", porque no se da diferencia entre la "verdad" (orthón) pronunciada, y las consecuencias subjetivas de las cuales derivan pormenores jurídicos, la legitimación, el privilegio, el permiso, etc. . . . Ya Montesquieu (en *Fragmento sobre los griegos*) dice con fineza: "Es un principio admirable de Platón, que las leyes estén hechas para anunciar las órdenes de la razón a aquellos que no pueden recibirlas directamente de ella".<sup>6</sup>

Esto es confirmado por la concepción estoica del derecho, como se lee en Crisipo: según este jefe de escuela, el orden cósmico se funda en el "lógos", fundamento de toda justicia y de toda comunicación social; éste produce en los sujetos humanos el deber (en griego "kathêkon"), o sea, la obligación que deriva del recto orden de la naturaleza, dominada por el "lógos".

La "recta intención" ("kathórtoma"), según los estoicos, integra la vida moral y jurídica de los hombres virtuosos, los cuales transforman el simple deber en responsabilidad personal.<sup>7</sup>

El intelectualismo griego encuentra su contrapeso en el derecho romano. Aunque las discusiones entre los estudiosos están todavía abiertas, en general se opina que la concepción quiritaria del derecho asume una configuración de tipo voluntarista positiva.

Para los romanos antiguos el "ius" no es propiamente un orden objetivo, sino una norma positiva aprobada en los "comitia" y sancionada por la autoridad de los tribunos.<sup>8</sup>

Junto al "ius" existía el "fas" que análogamente comprendía el sistema normativo concerniente a la vida religiosa romana. El mismo "ius gentium", que con la expansión de Roma constituía una serie de normas para los forasteros, consistía en una visión práctica y positiva del derecho.

#### 4) *El concepto de derecho cristiano*

Mientras los griegos proponían el primado de la razón, y los romanos el de la voluntad, para la definición de derecho, una gradual mutación se fue desarrollando con el cristianismo. Ya en San Pablo (*Rom.*, 2, 14 ss.) el derecho natural no es más concebido como un diseño insuperable de la naturaleza, sino como un plan divino "escrito en el corazón" del hombre.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> R. PIZZORNI, *op. cit.*, p. 57.

<sup>7</sup> Cfr. DARÍO COMPOSTA, *Natura e Ragione*, Zürich, 1972, p. 26 ss.; *Id.*, *Storia della filosofia antica*, Roma, 1985, pp. 404-405.

<sup>8</sup> C. LONGO e G. SCHERILLO, *Storia del diritto romano*, Milano, 1944.

<sup>9</sup> M. VILLEY, "Saint Thomas dans l'histoire des sources" in *Etudes de droit canonique*, París, 1965, I, p. 85. MAX POHLENZ, *Die Stoa, Geschichte einer geistiger Bewegung*, vol. I, Göttingen, 1948-1949, p. 403.

Este paso de un plano cosmológico al antropológico se afirma en *San Agustín*, el cual aporta a las doctrinas romanas tres reformas fundamentales:

a) La ley eterna se coloca en Dios y no (como enseña Cicerón) en la naturaleza.

b) El conocimiento de la ley eterna no es efecto de una idea innata ("énoia") sino de una inspiración interior de Dios.

c) El concepto "ratio", como base para una definición de derecho, debe ser integrado con la voluntad de Dios.<sup>10</sup>

Un concepto importante, que San Agustín introduce en la cultura filosófica por su visión del derecho natural, es el de "inclinación" o sea de gravitación o nostalgia de los orígenes, inscriptas en la naturaleza humana; este concepto es derivado, como lo demuestra W. Theiler,<sup>11</sup> de Plotino a través de Porfirio.

También otros Padres de la Iglesia y en especial San Juan Crisóstomo y San Basilio proponen una visión del derecho en base a una acentuación antropológica de su fundamento.

En conclusión, la patrística transfigura la noción de derecho en dos direcciones: *en línea ontológica* en cuanto la naturaleza no es Dios (como enseñaban los estoicos), sino una creación del Creador, que deja vestigios descifrables a través de la razón; *en línea gnoseológica*, en cuanto el descubrimiento del orden natural (y en consecuencia del orden jurídico positivo) depende de una iluminación o descubrimiento de las intenciones de Dios en las cosas.

*Graciano* con su "Decretum" (¿año 1141?) inicia la ciencia canonista y un ulterior desarrollo para el estudio del derecho romano en Bolonia en los siglos XI-XIV: se hace camino la idea de un derecho común a todas las gentes,<sup>12</sup> que desarrolla en un sentido cristiano la idea de Cayo, el famoso jurisconsulto romano, cuyas *Institutiones* se han conservado en la biblioteca capitular de Verona y fueron descubiertas por casualidad el siglo pasado.

Después de Graciano la actividad legislatora de los Pontífices (con las "Decretales") y más tarde de los Emperadores (en modo particular de Federico II) se hace más intensa, provocando un creciente fervor por los estudios jurídicos en Bolonia y más tarde en el resto de Europa.<sup>13</sup>

En el siglo XIV una lenta pero radical transformación del "ius commune" o sea del derecho canónico y civil europeo, pilar de la "república cristiana", se va delineando, sobre todo después del traslado de la curia romana a Aviñón;

<sup>10</sup> Cfr. ALOIS SCHUBERT, "Augustinus Lex aeterna, Lehre, Inhalt und Quelle", in *Beiträge zur Geschichte der Philosophie des Mittelalters*, Band 24, Heft 2, p. 21.

<sup>11</sup> W. THEILER, "Porphyrios und Augustin", in *Forschungen zum Neuplatonismus*, Berlin, 1966, pp. 187-188.

<sup>12</sup> DARIÓ COMPOSTA, "Il diritto naturale in Graziano", in *Studia Gratiana*, vol. II, Bologna, 1964, p. 166.

<sup>13</sup> RUDOLF WEIGAND, "Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus", in *Münchener Theologischer Studien*, 26, München, 1967, passim.

de las crecientes dificultades en la relación entre Pontífice y Emperador se hacen intérpretes en particular Marsilio de Padua y Guillermo de Ockam: el primero, un laico de formación averroísta; el segundo un franciscano intolerante de la legislación pontificia, el primero profesor en la Universidad de París, el segundo, licenciado en teología y profesor en los conventos franciscanos de Inglaterra.

Marsilio en su opúsculo *Defensor pacis* (1324) reivindicaba para el Emperador Ludovico el Bávaro prerrogativas que la cristiandad había siempre considerado como inviolablemente ligadas al cargo del Pontífice Romano. Ockam se opuso a las "Decretales" de Juan XXIII: en particular él opinaba que la legislación canónica no podía inmiscuirse en la propiedad de los religiosos, que a su parecer era regulada por la imperial.

Michel Villey ha estudiado con particular atención la posición de Ockam y su parte de responsabilidad en el surgir del llamado "derecho subjetivo".<sup>14</sup> ¿Cómo nació en Europa tal concepto? Para dar una respuesta, se debe decir que Santo Tomás de Aquino había propuesto una doctrina propia sobre el derecho en general, que en parte retomaba el intelectualismo griego,<sup>15</sup> y que se puede resumir en tres tesis fundamentales.

a) Existe un *ius naturae* que, como *orden objetivo de justicia*, se inserta en tres "inclinaciones naturales" (*Summa Theol.*, I-II, 94, a. 2). Tal orden o "iustum" concierne a tres sectores fundamentales de la vida humana: la existencia personal, la propagación de la especie según la institución matrimonial, el progreso civil, moral y religioso de la sociedad civil; prolongación del "ius naturae" es el "ius gentium" que concierne a la actuación histórica de los valores naturales inherentes a las "inclinaciones naturales".

b) El *derecho natural* o "ius naturae" y el *derecho positivo* consisten primariamente en una *relación obligatoria de justicia*, de la cual la norma (sea positiva o natural) es solamente expresión.

c) Las llamadas "facultates agendi" o "iura humana", o sea, el *derecho subjetivo*, no tienen relevancia filosófica, no siendo otra cosa que concreciones del "iustum" o relación interpersonal.<sup>16</sup>

Contra esta filosofía jurídica, la rebelión del fraile Ockam fue más radical que contra las "Decretales" de Juan XXIII; por eso de Ockam derivó el concepto moderno de "derecho subjetivo"; aparece en París con *Gerson* en forma tímida y más tarde con un cierto *Conradus* que enseñaba teología en París

<sup>14</sup> M. VILLEY, "La genèse du droit subjetif", in *Archives de Philosophie de droit*, IX, 1964, pp. 97-127. Cfr. G. DE LAGARDE, *Naissance de l'esprit laïque au declin du moyen-âge*, Paris, Louvain, 1956-58, 3 ed., vol. IV-VI. Id., *Defensor Pacis*, Paris, Louvain, 1967.

<sup>15</sup> GIUSEPPE GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, 1949, passim.

<sup>16</sup> AA.VV., *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi*, Roma, 1973 (G. Ambrosetti, J. Darbélay, P. Delhay, J. De Finance, G. Küchenhoff, L. Legaz y Lacambra, J. Messner, A. Verdross, M. Villey, etc.).

en los primeros años del siglo XVI; de esto se posesiona *Vitoria* que, ya de estudiante en París, aprende y respira el aire de un humanismo renacentista.<sup>17</sup>

Vitoria llevará a Salamanca la nueva idea que poco a poco se desarrollará en sentido netamente nuevo con *Francisco Suárez* (1548-1617) que atribuirá a la "Moralis facultas" la función de categoría primaria para la definición del derecho en general.

Después de Suárez, *Lessius* introducirá y difundirá las nuevas categorías de "ius potestativum" o "subiectivum", que superando las barreras confesionales, entrarán también en las consideraciones de los maestros protestantes comenzando por *Hugo Grocio*.

Hay una idea que distingue la doctrina de los maestros españoles de aquellos protestantes: para los primeros, la "moralis facultas", o sea el derecho subjetivo, es válida en la medida que es "iusta et honesta"; así, la "segunda escolástica" no traicionaba sustancialmente a la primera.

En cambio, entre los maestros protestantes, que en general carecían de una robusta formación metafísica, la "facultas" no fue más entendida como una relación objetiva de justicia, sino identificada con la voluntad: "moralis facultas" no es otra cosa que la libertad personal, la misma voluntad más o menos regulada por la ley.

Como ha demostrado A. Passerin d'Entrèves, esta revolución del concepto de derecho, enseñada por *Pufendorf*, *Vattel*, *Burlamacchi*, etc., tendrá consecuencias políticas relevantes.<sup>19</sup> Bajo el perfil teórico traía, en sus gérmenes, tres impulsos reformistas: 1) el *racionalismo*, en cuanto los derechos son considerados desde antes como poderes de la voluntad y poco después como axiomas deducibles por método matemático del pensamiento filosófico; 2) el *individualismo*, en cuanto la persona singular es colocada en el centro de la especulación, fuera de la sociedad; 3) el *radicalismo*, en cuanto la revolución es anticipada como motor de la historia.

##### 5) El concepto moderno de derecho

Mientras la filosofía jurídica protestante en los siglos XVII-XVIII había teorizado el derecho subjetivo como potestad originaria individual inalienable, dos revoluciones políticas actuarán el proyecto con dos proclamaciones de los derechos del hombre: la estadounidense en 1776 y la francesa en 1789.

<sup>17</sup> He tratado el derecho subjetivo en Vitoria en el Congreso Internacional que tuvo lugar en Roma en la celebración del V Centenario de su nacimiento (1485-1985); será publicado próximamente.

<sup>18</sup> DARIÓ COMPOSTA, *La moralis facultas in Francisco Suárez*, Torino, 1957. Cfr. FERDINANDO N. ARTURO CUEVILLAS, *Luis Molina: el creador de la idea del derecho como facultad*, Madrid, 1957, pp. 103-116; DARIÓ COMPOSTA, "La persona umana e i diritti soggettivi in prospettiva metafisica", in *Iustitia*, XXVII, 1974, pp. 42-72.

<sup>19</sup> A. PASSERIN D'ENTRÈVES, *Natural Law*, Oxford, 1952, p. 48.

Aparentemente se trataba de un triunfo del individualismo, que traía consigo indudables elementos de totalitarismo y por eso de positivismo jurídico.

J. J. Rousseau en su *Le contrat social* afirmaba: "...la voluntad general es siempre recta y tiende a la utilidad pública, pero esto no quiere decir que las deliberaciones del pueblo estén provistas de la rectitud" (II, 3). Entre pueblo y parlamento, por lo tanto, se instaura una tensión pero siempre en favor del segundo. Rousseau agrega que, con el fin de alcanzar una cierta mayoría, "...es necesario... que no haya sociedades particulares (s.n.) en el Estado y que todo ciudadano no razone con su cabeza" (*ib.*).

Más interesante es lo que dice más adelante: "...hay ...una profesión de fe puramente civil y compete al cuerpo soberano fijar los artículos, no precisamente como dogmas de religión, pero sí como sentimientos de socialidad, sin los cuales es imposible ser buen ciudadano y súbdito fiel" (*ib.*, IV, 8); es verdad, por eso, que no se puede obligar a ningún ciudadano a aceptarlos como artículos de fe; sin embargo, se debe castigar a quien no los acepta; incluso se debe condenar a muerte, a quien no los obedece (*ib.*), como el más grande embustero.

Es bien comprensible, por lo tanto, cómo de las dos revoluciones los teóricos del derecho extrajeron elementos para teorías disparatadas pero modeladas sobre principios "inmortales". En Alemania se afirma primeramente una doble corriente: la *pandectística* y la estrechamente *filosófica*. La pandectística, iniciada por *Von Savigni* (1779-1861), el célebre maestro de Berlín, admirado y luego despreciado por un alumno ingrato, *Carlos Marx*, luego proseguida por *Puchta* (1798-1846), *Windscheid* (1817-1892), *Jhering* (1818-1892), elaboró el sistema privatístico de los derechos subjetivos. La filosofía oficial, al contrario, colocó al Estado en la cumbre del derecho; pero así el sistema de los derechos subjetivos no es más que el conjunto de poderes, situaciones, facultades o prerrogativas jurídicas concedidas por la ley o por el Estado.

Así *Hegel* (1770-1832), *August Thon* (1839-1912), etc.; sobresalió entre todos el jurista *Jellinek* con su *System der subjektiven öffentlichen Rechte* (Friburgo, 1892). Está de más decir todo lo que la Escuela Alemana del siglo XIX influyó sobre las concepciones del derecho en toda Europa, hasta hacer sentir su voz en los albores de nuestro siglo.

Pero en 1910 se notan dos reacciones contra el positivismo imperante: una guía por *León Duguit* (*Traité de Droit Constitutionnel*, 1ª edición, París, 1911) que impugnó a fondo la teoría del derecho subjetivo, como poder individual y como interés protegido por el Estado. No se puede creer que se tenga como sustancial una "facultad" mítica, impalpable, inherente, no se sabe cómo, al sujeto individual; existen al contrario "situaciones jurídicas" activas (o sea "facultad de actuar") y situaciones pasivas (o sea, gravámenes legales), vinculadas al ordenamiento positivo.

La otra corriente fue iniciada contemporáneamente en Italia con *G. Del Vecchio* y en Francia con *Hauriou* con el propósito de honrar al viejo derecho

natural, que el positivismo jurídico del siglo XIX había sepultado bajo jactanciosos volúmenes de ciencias jurídicas. Este retorno al derecho natural tuvo eximios cultores como *Rommen, Messner, Renard, Olgiati*, etc... y alcanzó su momento cumbre después de 1945, cuando la misma jurisprudencia alemana, humillada por la derrota militar, repensó los grandes temas de la antigua tradición metafísica occidental y propuso el valor perenne para la restauración del orden político.<sup>20</sup>

Pero luego, alrededor de 1960, una nueva corriente obtuvo un suceso, si bien efímero: el existencialismo jurídico, con su exponente *Werner Maihofer*, según el cual el derecho no se fundaría sobre la "naturaleza humana", sino sobre la "naturaleza de las cosas" ("Natur der Sache"), en el sentido de que las relaciones interpersonales no son reguladas por la estructura metafísica del hombre o —como había afirmado Santo Tomás— por "inclinaciones naturales", mensajeras de intenciones inmutables y relaciones determinadas por la naturaleza humana, sino por los roles sociales de las personas, como el rol del médico ante el paciente, el rol del abogado ante el cliente, etc.

El existencialismo jurídico alemán en el fondo transfería la ética de la situación, como teoría moral, al derecho de la situación como teoría filosófica del derecho. La "Natur der Sache" no es otra cosa que la determinación y concretización de la relación, tal como se actúa en cada caso en la red social.

No hay duda de que la reanudación de esta nueva filosofía, aunque sea pasajera, representa un inquietante retorno, en forma empeorada, al positivismo jurídico. No por nada un pensador para nada sospechoso como *Norberto Bobbio*, dijo que las teorías de Maihofer no representan otra cosa que el paso de la doctrina clásica del derecho natural al sociologismo.<sup>21</sup>

Si *Kelsen* hizo estragos en el mundo jurídico alemán y anglo-sajón seduciendo a la filosofía con su positivismo de 1920 a 1970, hoy parece que el pensamiento moderno, después de una breve primavera del derecho natural, está orientándose hacia el nihilismo.

Nihilismo es el sociologismo; nihilismo es la teoría del decisionismo político que *Karl Schmitt* llevó a la Alemania nacional socialista y que hoy parece asomarse de nuevo en la escena de la filosofía del derecho con sus categorías: la de la incensurable potestad del jefe carismático (Hitler), la de la eficiencia de la acción política, la de la legalidad de las revoluciones, la del "Führerprinzip", etc...<sup>22</sup>

<sup>20</sup> HELMUT COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, Berlín, 1950. GÜNTHER, KUCHENHOFF, *Naturrecht und Liebesrecht*, Hildesheim, 1962. HANS DOMBOIS, *Das Recht der Gnade*, Witten, 1961.

<sup>21</sup> N. BOBBIO, "Ueber den Begriff der 'Natur der Sache'", in *Archiv f. Rechts und Sozialphilosophie*, XLIV, 1963, pp. 655-684.

<sup>22</sup> Carl Schmitt ha muerto el 7-4-1985, a la edad de 97 años, y sus libros hoy están difundándose en el mundo occidental; recuerdo *La dittatura* (Bari, 1975); *Il custode della costituzione* (Milano, 1981); KARL LÖWITH; "Decisionismo político", in KARL LÖWITH e S. VALITUTTI, *La politica come destino*; cfr. LUIGI MISTRORICO, "Carl Schmitt nell'età del Nichilismo, legittimità e decisionismo", in *Studium*, 5, 1985, pp. 593-603.

## 6) Para una definición del derecho

Para alcanzar una definición del derecho que esté por encima de la etimología, la sociología, la historia y la misma informática, hace falta referirse a la filosofía.

La *etimología* no puede ofrecer los parámetros esenciales del derecho por las razones arriba expuestas; tampoco la *sociología*, que por razones de método, registra los hechos sin comprenderlos, incluso los jurídicos; la *historia* no puede, porque o se da la razón al que llegó último rechazando los precedentes, o se acogen todas las opiniones con el resultado de dispersarse en la confusión de las diversas y divergentes teorías; tampoco puede la *informática*, o sea, la utilización de los elaboradores electrónicos en la administración de la justicia, especialmente penal,<sup>23</sup> porque la eficiencia mecanográfica de los procedimientos jurídicos no entra en el mérito del derecho mismo.

En segundo lugar ya es tiempo de asumir una postura menos reverencial de las normas positivas comenzando por la constitución, y de dejar caer el pomposo programa de la "dogmática jurídica" que hace que las normas positivas, especialmente estatales, se deban parangonar a dogmas sagrados e inviolables; la crisis de los estados y sus políticas ha puesto en crisis el concepto de derecho positivo; y, por lo tanto, no puede ser fundamento para una definición del derecho aquello que es corroído con creciente prepotencia por las violaciones, las impugnaciones y por la misma obsolescencia de las normas; y aun admitiéndole una capacidad funcional, no se puede estar dispuestos a reconocer en él la naturaleza constitutiva absoluta del derecho en cuanto tal.

Hace falta, por lo tanto, remontarse al fundamento de la ley positiva para poderla recomprender en su valencia y funcionalidad. Ahora bien, el fundamento es la naturaleza humana. Digo "naturaleza" y no "persona" porque algunas veces la persona se toma como significando personalidad, o sea, voluntad de poder o de arbitrio y de decidir. Y no importa si esta personalidad sea atribuida a un parlamento y su mayoría, o bien a una oligarquía, o a una dictadura. Para evitar toda clase de equívocos, hace falta dar al derecho el fundamento objetivo metafísico que es ofrecido por el concepto de "naturaleza humana" propio de la persona humana en cuanto tal, aunque se trate de un ser intrauterino.

Sobre la naturaleza de la persona humana se implantan los valores inmutables de las relaciones sociales y que Santo Tomás llamaba "*iustum*". Como hemos notado anteriormente, el "*iustum*" humano está constituido por tres círculos concéntricos que expresan los valores inmutables de la justicia y el derecho:

a) El valor de la *existencia humana*, de donde deriva la norma acerca de la inviolabilidad de la vida, la prohibición de las lesiones corporales, la muti-

<sup>23</sup> Cfr. VITTORIO NOVELLI, *Influenza delle procedure d'automazione sulla attività degli enti territoriali*, Milano, 1981, pp. 123-133, etc.

lación arbitraria; y en continuidad los derechos a la vida, al alimento, al albergue, etc....

b) El valor social de la *familia* monogámica e indisoluble, o sea, capaz de procrear (y no solamente de reproducir como los animales) y de educar la prole (y no solamente de criarla); y en continuidad, el valor de la comunidad política, síntesis de las familias y de la comunidad internacional.

c) El valor de la *religión*, de la moralidad pública, del progreso social y cultural.

El derecho, por lo tanto, en sentido fundamental y primario no es ni la norma ni los llamados derechos subjetivos, sino las relaciones objetivas, esenciales, injertadas en la naturaleza humana y poco a poco descubiertas y formuladas por la razón humana.

Donde la naturaleza humana no ofreciera parámetros para las relaciones nuevas, el derecho positivo asume la función de determinación y de aplicación, pero siempre en coherencia con los valores primarios arriba mencionados. Por lo tanto, la eutanasia, el aborto, la pornografía, el divorcio, deben ser considerados como prácticas contrarias a los valores fundamentales de la naturaleza humana. Si después semejantes "derechos" fuesen protegidos por leyes positivas, ellos no podrían adquirir fuerzas legítimas y licitud de normas, pues son injustos, porque son contrarios a la naturaleza humana.

Para concluir, la voz "*derecho*" no es unívoca sino que se triplica en tres factores concadenados: *el primero* está constituido por las *relaciones objetivas* de justicia implícitas en la naturaleza humana. Fue llamado por los griegos "dikaion" y por Santo Tomás "iustum". Sé bien que en la jurisprudencia moderna y en la misma filosofía cuesta poner en la cumbre y fundamento de todo derecho a ese "iustum"; pero todo esto nos indica el bajo nivel metafísico y desde luego la falta absoluta de todo fundamento ontológico del derecho moderno. Pero hay que preguntarse si es aceptable la definición del derecho, cuando éste es reducido a las frágiles construcciones humanas que hoy, sobre todo por las revoluciones y el progreso técnico, son siempre más incapaces para dominar y regular la vida social.

*El segundo* es la norma, sea natural o positiva. Contrariamente a la difundida mentalidad positivista, es necesario remarcar el rol funcional y no constitutivo de la norma en general. En los pocos o muchos casos, en los cuales se deba reconocer en ella el carácter de constitución, o sea, de construcción del orden de justicia, ella es legítima en la medida en que es determinación, explicitación, aplicación, tutela de los valores primarios de la naturaleza humana.

En *tercer lugar* está el derecho subjetivo, o sea, los derechos que toda persona posee, o por derecho natural o por derecho positivo. Esto depende directamente de la norma remota, del "iustum".

Pero así la vieja bipartición de derecho objetivo (norma) y subjetivo (facultad y poder de la persona) se presenta incompleta, porque falta su fundamento, que hemos llamado "iustum" y que con términos modernos se podría llamar relación objetiva de justicia.<sup>24</sup> Esto constituye aquella alteridad de participación que vincula a las personas a la coordinación y colaboración impersonal, que distingue al derecho de la alteridad de comunión, en que consiste la amistad de oblación y por la cual todo hombre es "alter ego".

DARÍO COMPOSTA  
*Pontificia Universidad Urbaniana*  
*Roma*

---

<sup>24</sup> Según el principio metafísico clásico, se podría decir que la voz "derecho" es un término analógico de analogía de atribución, cuyo "princeps analogatum" es el "iustum"; la ley natural es la causa ejemplar y la "iura humana" los efectos. El principio vale también para la ley positiva porque tiene sólo función de causa eficiente del "iustum ex condicio" (Santo Tomás), como los derechos civiles son los efectos.