

**Soto Kloss, Eduardo**

*La idea de derecho (una visión sustancial)*

Prudentia Iuris N° 74, 2012

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Soto Kloss, E (2012). La idea del derecho (una visión sustancial) [en línea], *Prudentia Iuris*, 74. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/idea-derecho-vision-sustancial-kloss.pdf> [Fecha de consulta:.....]

## LA IDEA DE DERECHO (UNA VISIÓN SUSTANCIAL)

EDUARDO SOTO KLOSS\*

*“La paz es obra de la justicia y su efecto la tranquilidad y la seguridad para siempre”<sup>1</sup>.*

El derecho es tanto una ciencia como también un arte. Veámoslo en cuanto ciencia.

1. *El derecho es una ciencia moral* y lo es por cuanto se mueve siempre e ineludiblemente dentro de lo justo y de lo injusto, es decir: dentro del bien y de la ausencia de bien, o sea el mal. Ello supone intrínsecamente la libertad del hombre. Puesto que, entre todos los seres de la Creación, el hombre es el único ser dotado de libertad, se sigue que el derecho es algo solamente humano, dirigido y aplicable solo y únicamente a los seres humanos; cómo no recordar aquí a Hermogeniano (*Digesto*, 1.5, 2) cuando enseñaba que “es en razón del hombre que existe el derecho” (*Hominum causa ius constitutum est*)<sup>2</sup>.

\* Profesor titular de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

<sup>1</sup> Isaías 32, 17. Siglos antes David cantaba: “[...] la justicia marchará delante de Él [Dios] y la paz le seguirá sobre la huella de sus pasos” (*Salmo* 84, 14) y refiriéndose a Él [el Señor] dirá: “[...] la justicia y el derecho son la base de tu trono, el amor y la verdad van delante de ti” (*Salmo* 88, 15).

<sup>2</sup> Jamás puede olvidarse que, en su base fundamental, el derecho está constituido sobre el *orden ontológico*, es decir, en la naturaleza humana; de allí que no ha sido establecido por un capricho humano; por el contrario, se halla enraizado en la naturaleza misma del hombre, naturaleza que no se ha dado éste por sí mismo sino que le ha sido concedida por su Creador. Por ello es que desde hace tantos años, desde que empezara a enseñar, vengo reiterando que el derecho –que es algo sólo humano– ha de tener en cuenta necesariamente lo que es el hombre, la mujer, el ser humano, o sea una “antropología”, un conocimiento verdadero de lo que somos las personas humanas, una visión real no utópica de lo que es el ser humano, una visión completa y no reductiva de lo que es él y, en especial, atender a que está constituido no solamente de un cuerpo material sino también de un alma espiritual, ya que ambos elementos configuran al ser humano. Solo así el derecho se justificará y realizará una misión de perfeccionar a las personas humanas y no ser un instrumento de dominación de unos sobre otros en virtud de la ideología y utopías de reingeniería social perversas y siempre ruinosas para la convivencia social. Si no se parte de la verdad del hombre, de todo el hombre –cuerpo y espíritu, cuerpo y alma, materia corruptible y alma inmortal eterna, razón y voluntad– y si la verdad no cuenta para nada en lo humano, ¿qué justicia será posible? Y, por tanto, ¿qué derecho resul-

2. *El derecho es una ciencia práctica*, vale decir, es una ciencia dirigida al obrar humano, a que sus actos sean justos y, en consecuencia, no dañen a otro<sup>3</sup>.

Así como en el conocimiento especulativo hay primeros principios, como el de identidad, de contradicción, del tercero excluido, sin los cuales resulta imposible conocer la realidad, y, por tanto, razonar y emitir juicios, así también en el conocimiento práctico, ejercicio de la razón práctica, existen primeros principios que permiten obrar, y el primero de todos, ínsito en el corazón humano, es “haz el bien y evita el mal”; es la llamada “sindéresis”, que jamás yerra por cuanto está impresa en la misma naturaleza humana<sup>4</sup>.

---

tará de esa ausencia? ¿Qué derecho podrá ser útil a la sociedad humana si solo es el resultado de acuerdos, siempre cambiantes, de simples mayorías muchas veces circunstanciales? ¿No será, acaso, ese derecho un mero instrumento de poder y especialmente para la perpetuación en el poder de ciertas mayorías? ¿No es, acaso, cierto que las dictaduras que se han perpetuado en el tiempo por largas décadas han vivido a costa de la mentira ideológica y que solo la verdad ha podido obtener la liberación? Se ha dicho muy lúcidamente, no hace mucho, que “sin la verdad el hombre pierde en definitiva el sentido de su vida para dejar el campo libre a los más fuertes” (BENEDICTO XVI, *Jesús de Nazareth*, Segunda parte, Madrid, Ediciones Encuentro, 2011, 227). Al no reconocerse la verdad del hombre, verdad que emana de su propia naturaleza corpórea-espiritual (cuerpo y alma), se pretende construir su plenitud en la falsedad, en la mentira, en el engaño, en lo aparente, lo que lo transforma en esclavo de sus caprichos o deseos, siempre volubles e insatisfechos, que normalmente lo conducen al desprecio de los demás, y a una egolatría, que no pocas veces lo lleva hasta el desprecio de sí mismo, al suicidio, sea directo o lento a través de las drogas y otras adicciones letales, a la “náusea y al odio de sí mismo”.

<sup>3</sup> Ha de recordarse a Aristóteles, el cual señalaba muy certeramente que “el fin de la ciencia práctica es el obrar” (*Metafísica* II, 3). La razón práctica conoce la verdad como la razón especulativa pero ordenando la verdad conocida a la acción, dirá Santo Tomás (*Suma teológica* 1, 79.11 sed contra), o sea, a la operación, al actuar. No cabe olvidar que todo cuanto concierne a la razón práctica tiene su raíz y su fundamento en la racionalidad especulativa. Suele decirse que la idea es la madre de la acción; pues bien, si el derecho es una ciencia práctica, dirigida por eso mismo a la acción, requiere de ideas claras para obtener así el fin que persigue. Esa idea, para que sea clara, requiere ineludiblemente tener en cuenta lo que es el *destinatario* del derecho, que no es otro que el hombre, el ser humano, pues a él se aplica y para su bien existe.

<sup>4</sup> Miqueas, de la tribu de Judá, profeta de los menores, contemporáneo del gran Isaías, y muy conocido por haber sido él quien señalara a siete siglos de distancia la ciudad en la cual habría de nacer el Mesías (Jesús), esto es Belén (5, 2-5), enseñaba en los reinados de Joatán, Acáz y Ezequías: “[...] hombre, te fue enseñado lo que es el bien y lo que el Señor pide de ti, nada más que esto, que obres con justicia, que ames la misericordia y que vivas en la presencia de Dios con humildad” (6, 8). “Creó Dios desde el principio al hombre y le dejó en manos de su libre albedrío”, *Eclesiástico* 15, 14, y agregará: “Delante del hombre está la vida y la muerte, el bien el mal; lo que escogiere le será dado”, 15, 18, y “guardaos de toda suerte de iniquidad” y “mandó a cada uno de los hombres el amor al prójimo”, 17, 11-12. La misma idea repetirá San Pedro en su Primera Carta (3, 8-12) a los cristianos en el siglo I diciéndoles “desvíense del mal y obren el bien” (“busquen la paz y vayan en pos de ella”, continuará bellamente). Es verdaderamente una “ley” de la propia naturaleza humana, accesible a toda creatura humana, es decir, racional; es lo que suele llamarse desde muy antiguo una “ley natural”, una “ley moral natural”. Inscrita en el corazón de todo hombre, de todo ser humano, se constituye en “uno de los núcleos esenciales de la reflexión sobre el derecho e interpela igualmente a la conciencia y la responsabilidad de los legisladores”, ha dicho no hace mucho Benedicto XVI en su *Discurso a los participantes de la Asamblea Plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe*, del 15-1-2010. En la “sindéresis” (hábito de los primeros principios prácticos) no cabe error; si la acción humana falla en orden al bien ello se debe a que el juicio moral práctico ha fallado y se ha desviado del bien, ya por causa de ignorancia, ya por alguna pasión desordenada, ya por un percibir las circunstancias de modo, sea erróneo o falso, lo que conduce a que la razón práctica no pueda desplegarse en conformidad a su primer principio, cual es “procura el bien y evita el mal”.

3. Pues bien, trasladado al derecho ese primer principio de la razón práctica, su formulación ha sido desde muy antiguo expresada en el célebre “*ius suum cuique tribuere*”/“dar a cada cual lo suyo” y “lo suyo de cada cual” es “lo que le es debido” (al delincuente, la pena; al trabajador, su paga; al buen alumno, aprobación; al vendedor, su precio; etc.). La *cosa debida, lo justo*, el *ius*, como le llamaban los romanos<sup>5</sup>.

No se olvide que la “razón” es facultad aprehensiva de la verdad de las cosas; la llamada “razón práctica” en tanto razón considera la verdad como medida del actuar humano. Para la “razón práctica” lo verdadero en el campo de la moral es el “bien” que perfecciona las tendencias de la naturaleza humana; su objeto es la verdad en cuanto bien.

Dado que la acción humana está siempre ordenada hacia un fin (“todo agente obra por un fin”, según el principio clásico), la “razón práctica” va a juzgar dicha acción ordenada hacia un fin, fin que será bueno si es un fin perfectivo de la naturaleza humana, y malo si se contrapone a ella.

4. De allí que el derecho es *lo justo*, lo que remite precisamente a la justicia, que es el objeto del derecho. Si una ley, un decreto, un dictamen, o una resolución judicial carece de fundamentación en la justicia, constituye sólo un *diktat*, un *ukase*, es decir, pura fuerza del tirano de turno (llámese Congreso Nacional, Presidente de la República, Director de un Servicio de la Administración, Juez o Corte).

<sup>5</sup> Si el ser humano por su propia naturaleza es un ser sociable (además de ser racional, libre y contingente), que vive en sociedad, y en una comunidad política (puesto que requiere ese vivir de una autoridad que la rija), esa vida en la polis necesariamente incide en lo justo y en lo injusto, lo bueno y lo malo, la concordia y la discordia, la violencia y la paz. Y para eso está el derecho, para que se rijan por la “razón” en el común consorcio, dado que como personas que son están dotadas de razón, son seres racionales en virtud de su propia naturaleza intrínseca y, como bien decían los romanos, el derecho es la razón de lo justo, de lo equitativo, “la razón escrita”/Cicerón, que permite la paz en la sociedad. Esa racionalidad lleva a elegir lo mejor para sí y para la comunidad noblemente con justicia, dado que ello es lo que perfecciona al hombre, un actuar moralmente recto. Precisamente la justicia trata de que prime el orden de la razón en los asuntos humanos, primero en el derecho –que es su objeto– y también en la política, que incide en el gobierno de la ciudad y, asimismo, en la economía, que permite que exista la suficiente cantidad de bienes para que puedan ser satisfechas las necesidades de las personas que en ella habitan. Ahora bien, lo suyo de cada cual ¿de dónde viene? Si vamos al fundamento último, lo “suyo” de cada cual le viene de su condición de “creatura”, de ser creado, de haberle Dios puesto en la existencia, y haberlo creado a Su imagen y semejanza. Lo “suyo” le viene, pues, de un don que el Creador le ha hecho, constituyéndolo como un ser con alma racional y una voluntad dotada de libre albedrío; un ser espiritual y corporal, racional, libre y responsable. Ese “suyo” viene con él al momento de existir, algo que no es manipulable por otros o por el Estado, porque no les pertenece y que deben “reconocer”, ya que ellos no lo conceden ni está a su disposición. Aristóteles (*Ética a Nicómaco*, 5,1) señala que la justicia es una virtud “relativa a un tercero y esto es lo que hace que las más de las veces se la tenga por la más importante de las virtudes. La salida y la puesta del sol no son tan dignas de admiración”. De aquí ha nacido nuestro proverbio: “Todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia”, y agrega: “[...] la única que constituye un bien ajeno, un bien para los demás y no para sí, porque se ejerce respecto a los demás y no hace más que lo que es útil a los demás”, y aún añade: “[...] el hombre más perfecto no es el que emplea su virtud en sí mismo; es el que la emplea para otro, cosa que es siempre difícil”, “es la virtud entera”. [Ha de señalarse que la cita que hace Aristóteles de ese proverbio proviene de Theognis, v.147].

El derecho supone, en cuanto tal, una directiva, sea de actuación o bien de inactividad (prohibición) para el ser humano. Pues bien, lo propio del ser humano, aquello que lo constituye como tal, es ser racional, libre, sociable y contingente, de lo que resulta que esa disposición que se pretende jurídica ha de ser “razonable”, esto es que sea justa, puesto que a la razón humana –por débil que sea su ejercicio, o por oscurecida que esté por las pasiones– repugna *per se* la injusticia, lo injusto, lo inicuo<sup>6</sup>.

5. Y ¿cómo saber lo que es justo? Dar a cada uno lo suyo supone “cosas”, sean ellas materiales (una casa, un auto) o inmateriales (respeto, honra, intimidad, integridad física o síquica, etc.). Y supone que exista un “titular” de ellas, lo que implica que existe un “título” por el cual se es titular (eso significa precisamente ser titular; soy titular de esta cátedra, porque tengo un título que es el nombramiento efectuado por la autoridad universitaria luego de haberla obtenido en concurso público convocado para proveerla, ya que estaba vacante por renuncia o jubilación del anterior titular). Y ese título puede provenir del hecho de ser persona (que origina los derechos naturales, que emanan de la propia naturaleza humana), o bien ya de convenciones celebradas con otros, ya de la ley positiva humana, ya de la costumbre, etc. Es decir, ese “título” puede provenir de distintas “fuentes” u orígenes que atribuyen o reparten esas “cosas”.

6. De allí aparece la clásica bipartición aristotélica de “justicia particular”= conmutativa/distributiva, y de “justicia general” o legal.

<sup>6</sup> La justicia es una virtud y como tal se encuentra en el hombre como un hábito suyo (como una “segunda naturaleza”, en la expresión clásica); Santo Tomás la define como “el hábito en cuya virtud el hombre movido por una voluntad constante da a cada uno lo suyo” (*Suma teológica 2-2, 58.1 respondeo*: otra traducción sería “el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho”). Debe insistirse en que el sujeto de la justicia es cada hombre, cada persona humana; de allí que si no hay hombres justos no habrá justicia en la sociedad. La justicia no está en las cosas, éstas serán su objeto, en cuanto intercambio o reparto/distribución de ellas entre los hombres; la justicia está en los individuos, quienes son los que harán posible por sus acciones concretar lo justo, y así hacer vivir la justicia, esa constante voluntad de dar a cada cual lo suyo, lo que le pertenece. Así como la verdad está en las cosas previamente y al ser reconocida está en el entendimiento, la justicia, por el contrario, está en el hombre que da a cada cual lo suyo, y así actúa justamente. Si es así, quien posee esta virtud la concretará en su vida de relación, en la sociedad en que vive, y hará que sean justas las relaciones en las cuales se sea parte. La medida de todo derecho ha sido inscrita por el Creador en el mismo ser del hombre, en su propia estructura de ser sociable, en su sociabilidad, ya que el derecho es relación entre personas y supone alteridad, en el intercambio o reparto de bienes y servicios, de cosas exteriores al hombre. No es, pues, una creación “ex nihilo”, un mero, puro y simple obrar humano; los hombres lo desarrollan a partir de lo que es la propia estructura escrita en lo más intrínseco de su ser, ser racional, libre, social y contingente. Una sociedad será justa y la justicia brillará en ella única y solamente en la medida en que sus miembros sean justos y, en especial, quienes sean sus gobernantes, sus legisladores y sobre todo sus jueces. De no ser así, la sociedad misma se convertirá en una “agrupación de bandidos” (para usar la expresión agustiniana). De allí que mientras más responsabilidades tengan los hombres en la vida social y política serán mayores las exigencias de ser justos, honestos y probos. Y es que sin justicia nunca habrá paz en la comunidad política y sin paz la vida social nunca podrá ser una convivencia en la participación de una vida buena, sino una sobrevivencia en una comunidad dirigida por una agrupación de forajidos.

## LA IDEA DE DERECHO (UNA VISIÓN SUSTANCIAL)

7. Por ello el derecho, o *ius*, o lo debido, o lo justo, el *to dikaion* de los griegos, es una cosa/res, la cosa justa/*ipsa res iusta*, que se manifiesta para concretarlo de diversas formas, a saber, las convenciones/contratos, la ley, las costumbres, las sentencias, las resoluciones administrativas, etc., pero cada una de ellas no son propiamente el derecho, sino manifestaciones de él, dan razón del derecho, como diría Santo Tomás (“*aliqualis ratio iuris*”).

8. Cuando el derecho, entendido especialmente en sus manifestaciones más típicas como son la Constitución, las leyes, los actos de la Administración y las resoluciones judiciales, se aparta de la justicia, dichas manifestaciones se transforman en meros instrumentos del poder de turno, en medios de dominación, de opresión, de destrucción; y cuando se produce esto es que ha surgido la “tiranía”, sea del legislador, del administrador o de los jueces; como decían los clásicos: “ya no es derecho sino corrupción de él”<sup>7</sup>.

9. Creer que el derecho son las normas, o sea disposiciones de voluntad (sea ley, contrato, etc.), es afirmar que el derecho es manifestación de voluntad, lo que implica que el derecho no sería sino la fuerza, o sea la imposición volitiva de quien tiene el poder. De esa forma sería derecho una ley que permitiera el aborto (que es un vulgar homicidio de un ser humano, una “persona”, inocente e indefenso, con premeditación, alevosía y sobre seguro, todas agravantes), o que dispusiera la prohibición de practicar en forma pública actos de culto cristiano (como las persecuciones de la antigua Roma o las soviéticas del siglo XX con Stalin, por ejemplo), o que dispusiera la prohibición de ejercer a los judíos actividades económicas o comerciales (como el régimen socialista nacionalista de Hitler), o la prohibición de una prensa libre o simplemente de la libertad de expresión (por ya más de cincuenta años en la tiranía de Castro, en Cuba), etcétera<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> *Suma teológica* cit. 2-2, 57.1 ad 2. Cuando se habla de “orden jurídico” suele no distinguirse debidamente si se trata de “un orden” que el derecho *reconoce* y, por ende, traduce concreta y específicamente en normas, o se trata de “un orden” que el derecho *crea*, o construye por la mera voluntad de la legislación para regular la vida de los miembros de una comunidad dada y según un proyecto ideado por esos legisladores, de común acuerdo, o simplemente por la fuerza de una mayoría o de quienes detentan de hecho el poder. O se reconoce que el derecho actúa sobre *una realidad preexistente, como es la naturaleza humana*, con sus caracteres específicos, o bien sobre una base ideológica dada *se construye* un derecho con fundamento de ideas preconcebidas con una finalidad dada, como el poder, la libertad, la igualdad, la lucha de clases, el ateísmo, etc., todas reductivas de lo que es propiamente el ser humano.

<sup>8</sup> *Suma teológica* cit. 1-2, 95.2 respondeo. No debe olvidarse que la justicia tiene como algo constitutivo de su propia entidad la referencia al otro, a los otros, al prójimo, y a respetar lo suyo, su derecho, lo que le pertenece. Y lo primero que es “suyo” y le pertenece es su “vida” y su dignidad de ser humano, de ser una “persona” (vid. Arts. 1º inciso 1º y 19 Nº 1 de la Constitución). De allí que la justicia –entre las virtudes morales– sea la más excelsa por cuanto mira al otro, a los otros, al bien común. Se puede decir con entera exactitud que es una “virtud social”, de importancia fundamental para la convivencia en la ciudad; el mismo Aristóteles señala la referencia a la justicia como un bien del o de los otros (*Ética a Nicómaco* 5,1). Cicerón –recordando a Aristóteles– decía que “mientras las restantes virtudes permanecen en el interior [de la persona], únicamente la justicia no solo no permanece aislada y escondida sino que emerge totalmente al exterior y está orientada naturalmente a beneficiar al mayor número de personas posibles” (*De Republica*, IV 2-3).

10. Y que el derecho que no está basado en la justicia, en lo justo (sea natural o positivo), no es derecho, es solo fuerza, e instrumento de tiranía y no de bien común, de escarnio de la dignidad humana, y no de su respeto y enaltecimiento<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> “La justicia es una necesidad social porque el derecho es la regla de la vida para la asociación política y la decisión sobre lo justo es lo que constituye el derecho, el orden de la comunidad política”, decía Aristóteles en su *Politica* I, 1. Sin justicia se hace imposible la convivencia humana en la ciudad, ya que ella es precisamente la virtud moral que permite vivir en sociedad respetándose unos a otros, es decir en paz. De no haber justicia en la ciudad habrá solamente la imposición del más fuerte y se gobernará a sus habitantes por la fuerza o el terror; y allí, obviamente, ya no habrá una convivencia sino una mera supervivencia.