

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA POSICION DE LOS JURISTAS FRENTE AL DERECHO EN LA EPOCA ACTUAL

(Hacia un finalismo realista)

Todo agente obra por un fin, que es causa de su obrar y término de su actuación¹.

Al científico lo guía la búsqueda y el hallazgo de la explicación de las leyes de la naturaleza, y dominándola permitir la invención de instrumentos que beneficien a sus semejantes.

Al artista lo guía la búsqueda de la belleza y poder expresarla de modo diáfano, para recrear a sus semejantes con la contemplación de la armonía que arranca de lo bello.

Y al jurista ¿qué lo guía en su ciencia? ¿qué es lo que lo mueve en su arte?

Unos, embelesados con las normas, tendrán a éstas como la suprema manifestación del Derecho, y le rendirán tal pleitesía y honor que la tomarán como un texto sagrado, y cual si fuesen teólogos frente a la Divina Palabra revelada, no harán otra cosa que su exégesis, su comentario, y su sistematización, utilizando los supremos resortes de la lógica y de la retórica para "revelarla", ya en las aulas, ya en el foro, ya en el palacio gubernativo.

Otros, preocupados mayormente de la vida que bulle en la ciudad, comprenderán que esos textos que regulan la conducta de los hombres, se colorean con el hálito vital y su dinamismo, y verán esas normas en una realidad más honda, como frutos de un contexto donde lo social está teñido con lo político, con lo económico, con lo espiritual. Al explicar el Derecho lo verán, entonces, como un producto histórico donde confluyen multitud de influencias, numerosos

¹Aristóteles, *De anima* 3.10; también *Física* 2.9.7; *Etica a Nicómaco* 1.1; I.A. Sto. Tomás de Aquino, *Suma Teológica* 1-2.1.1 ad 1 El fin, es ciertamente, el último en el orden de la ejecución, mas el primero en la intención del agente, y en este sentido tiene condición de causa. También 1-2.1.5; 1-2.94.2, etc.; *Suma contra gentiles* 1.1; 3.2; 3.3; 3.16, etc.

temperamentos, variadas circunstancias, que le permitirán a estos juristas profundizar no sólo en su génesis sino también en el modo de su aplicación, si bien considerando al Derecho como un producto social.

Otros, en fin, de mentalidad más inquieta y sobre todo más profunda, se preguntarán por las primeras causas del Derecho, es decir por sus últimos fines, y, al plantearse el Derecho de esta manera, comprenderán que pues que regula la conducta de los hombres viviendo en sociedad habrá que preguntarse sobre lo que es el hombre y su naturaleza, y lo que es la sociedad y su sustancia, y de que modo ambos se relacionan, el hombre y la sociedad².

Y de este análisis se concluirá que el Derecho regula una parte de la acción de los hombres, esto es la relación de alteridad, relación que si bien se inserta en el plano del bien y del mal, esto es de la moral, sólo actúa en la "socialidad" del hombre, quedando en general fuera de él todo el plano de la mismidad y de su religiosidad. Pero esa parte que regula el Derecho no es sino parte de la conducta misma de los hombres, los cuales no dejan de ser tales por ser regulados por este Derecho, y, por lo tanto, el Derecho tiene —cual consecuencia necesaria— que tener en cuenta todo el hombre, esto es su racionalidad, su libertad, su socialidad y su contingencia.

De este modo, el Derecho así entendido viene a ser instrumento de convivencia entre los hombres, pero como no basta la mera convivencia, sino que se requiere que ésta sea pacífica —a fin de que no se destruyan los hombres unos a otros— es que el Derecho ha de buscar esa "pacificidad", que sólo se encuentra no en la fuerza ni en el poder brutal, sino en que cada uno de los miembros de la comunidad pueda alcanzar y poseer lo necesario para su propia existencia, adecuada y digna, conforme a su condición de ser humano. De allí que se tratará de alcanzar *lo justo*, tanto en las relaciones de los hombres entre sí, como en las relaciones de éstos con quien tiene el cuidado de la comu-

²Esto era particularmente claro para los romanos: vid. Digesto 1.1.1.1 in fine (...“dedicados a una verdadera y no simulada filosofía”). Ya antes Cicerón predicaba (*De Legibus* 1.22) que la ciencia del Derecho no se ha de sacar del edicto del pretor ni de las XII Tablas sino, de los secretos de la filosofía (*ex intima philosophia*), es decir de la naturaleza misma del hombre (Vid. modernamente, entre otros, G. Gonella, *La filosofía come logica della scienza giuridica*, en *Diritto e morale*. Giuffrè. Milano. 1960, 3-10).

nidad, y de ésta con aquéllos. En otras palabras, que el objeto del Derecho es lo justo, pues que la paz es obra de la justicia³.

Y en esta perspectiva, el Derecho no será un puro conjunto de normas, que haya que mirar cual un texto sagrado, haciendo meramente su exégesis y su refinado comentario, reduciéndose a ello el papel del jurista. Tampoco será un mero producto social, por interesante y provechoso que pueda ser, cual si fuera al modo de la historia, que es también y en cierta medida el fruto de las acciones de los hombres en sociedad. Nada de eso, en verdad, será el Derecho.

En esta perspectiva, será un instrumento privilegiado de justicia, el más perfeccionado que hayan inventado los hombres congregados en la multitud, para ayudarse mutuamente, y para poder vivir de manera virtuosa, es decir con bienestar; instrumento de justicia para conseguir la paz, que es lo único que persigue el hombre cuando vive en compañía, ya que sin ella ni siquiera vale la pena vivir la vida.

Y el jurista, entonces, no sentirá por la norma —colocado en esta perspectiva— una adoración fetichista; tampoco la tomará como un solo producto social, averiguando sus orígenes para mejor aplicarla, según su sentido genuino o más conforme a la mentalidad del legislador. Muy por el contrario, el jurista comprenderá que su misión es otra, mucho más honda, mucho más profunda, y mucho más esencial para la comunidad: concretar lo justo, realizar justicia. Es decir, buscar ya como asesor de las partes en controversia, ya como juez, ya como enseñante, ya como administrador, ya como gobernante, e incluso —y mayormente— como legislador, ese justo equilibrio entre los intereses discordantes, esa regla y medida de los actos humanos, cuando quienes no actúan conforme a su recta razón, debe ser quien tiene el cuidado de lo justo social —esto es la autoridad— quien deba decir con fuerza vinculante lo que es justo, ese algo adecuado a otro conforme a cierta igualdad o proporción, atendida la naturaleza de la relación, o de las cosas.

Y ese buscar la justicia, en cada caso, y luchar por realizarla es lo

³Que justicia y paz van íntimamente unidos en lo social es algo que ya en la época del antiguo Israel aparece claro: vid. el hermoso pasaje de Isaías, cap. 32. La paz —esa concordia del corazón en la tranquilidad del orden justo— es obra de la justicia, pero indirectamente en cuanto elimina o remueve los obstáculos para lograr y alcanzar esa concordia, porque ya directamente la paz es en verdad fruto del amor, aun si imperfecta tratándose de lo temporal.

que llevara a decir ya a los romanos, que el jurista, el hombre de Derecho, es llamado por ello, verdadero sacerdote⁴, esto es un testimonio entre los hombres de lo justo, y, en consecuencia, un hombre de paz. Un hombre de paz que previene conflictos, que apacigua discordias, que decide controversias, que hace reinar la concordia, que hace, en fin, posible la tranquilidad en el orden justo, en una palabra, que es artífice de paz. Con razón Jesús diría “bienaventurados los pacíficos”, *beati pacifici*, esto es traduciendo con precisión, bienaventurados los pacificadores, porque ellos tendrán el privilegio único de ser llamados hijos de Dios⁵.

* * *

Quando entre los juristas —y muy en especial en nuestro medio— se debate un problema, y sobre todo en el campo de lo público, muchos, por desgracia, adoptan la primera de las posiciones descritas: ¡oh, la sacrosanta normal!; una exégesis, un comentario, y a lo más, cuando aparece oscura, contradictoria o aún injusta, una lamentación, deplorando que haya de todos modos que aplicarla, e implorando al legislador para que la modifique para no tener que seguir aplicándola, con la conciencia intranquila... o las manos sucias...⁶ Otros, no muchos,

⁴Digesto 1.1.1 pr. y 1 “Conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de donde deriva el término *ius* (derecho).. Es llamado así por derivar de “justicia”, pues, como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y de lo justo. En razón de lo cual se nos puede llamar sacerdotes; en efecto, rendimos culto a la justicia y profesamos el saber de lo bueno y de lo justo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, anhelando hacer buenos a los hombres, no sólo por el temor de los castigos, sino también por el estímulo de los premios, dedicados a una verdadera y no simulada filosofía”.

⁵Ev. S. Mateo 4.25 y 5.12. Vid el magnífico comentario sobre las bienaventuranzas que hace C. Chevrot, *Las bienaventuranzas* (4ª ed.). Rialp. Madrid, 1966. Ciertamente no sólo los pacíficos son hijos de Dios, pues que “todos cuantos se dejan guiar por el espíritu de Dios, hijos son de Dios”, como enseña S. Pablo (*Romanos* 8.14), y aun más: todo hombre por el hecho de ser tal es hijo de Dios, pues que es obra suya, aun si el hombre le rechaza o desconoce. Es obvio que la bienaventuranza debe referirse a una superabundancia de gracia en la comprensión de la filiación divina que posee el hombre cuando busca, procura y trabaja por la paz.

⁶Este criterio ha tenido por desgracia variada aplicación en fallos de la propia Corte Suprema, quien no obstante reconocer expresamente la injus-

por desgracia, ensayan de insertar la normativa en su contexto histórico, político, económico y social, a fin de encontrarle su más exacto sentido, y hacer así más perfecta su aplicación, para realizar mejor la verdadera voluntad del legislador⁷.

¿Hay acaso algunos que planteen la última de las posiciones descritas, y comprendan en su cabal finalidad, en su preciso objetivo,

ticia de una ley o más bien de alguna de sus disposiciones sin embargo la aplica, sin advertir que en tal caso dicha norma más que ley es corrupción de ella, y por tanto no le obliga; si es injusta es en último término contraria a la Constitución, debiendo prescindir de ella, en consecuencia, al resolver una contienda sometida a su conocimiento, del mismo modo que prescinde del acto administrativo si éste es inconstitucional o ilegal, juzgando según aquélla. Vid. v. gr. entre otros Revista de Derecho y Jurisprudencia tomo 69, 2ª parte. sección 1ª, 124-127 consid. 7º; Fallos del mes Nº 110 (enero. 1968) 339-347, espec. 344 col. 2, y fallos citados en 347.

⁷Olvidando que lo que interesa a la comunidad no es tanto hacer la voluntad del legislador, sino que haya unidad, justicia y paz, para lo cual incluso a veces puede ser necesario prescindir de la ley (cuando es contraria a la Constitución o contraria a los principios que ella ha consagrado) para realizar la justicia: ello ya lo advertía el mismo Aristóteles, *Ética* cit. 5.10 al hablar de la *epiqueia*, y que retomaría lúcidamente Sto. Tomás. *Suma Teológica* 2-2. 60.5; vid. igualmente De Soto, *De la justicia y el derecho* 1.6.8 y 3.4.5. Por otra parte, el propio Digesto contenía una disposición que es digna de recordarse (Modestino) 1.3.25 "Ninguna razón del derecho permite, ni la justicia benigna y equitativa, que hagamos más severo, en virtud de una interpretación demasiado dura y contra el interés de las personas, aquello que se ha introducido saludablemente para la utilidad de las mismas". Respecto a la equidad vid. el ejemplo siempre fructífero de los romanos (v. gr. S. Ricobbono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*. Giuffrè. Milano, 1949, 107-137; también P. Pinna Parpaglia, *Aequitas in libera republica*. Giuffrè. Milano, 1973; sobre los antecedentes de la antigüedad giega, ver recientemente F. D'Agostino, *Epikēia*. Giuffrè. Milano, 1973), la *aequitas* canónica, verdadero origen de la *equity* (v. gr. entre otros, F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Giuffrè. Milano, 1951, 164-180; *Medioevo del diritto*. Giuffrè Milano, 1954, 324-341; 476-502), y la *equity* inglesa, desarrollada a través de la jurisprudencia del tribunal de la cancillería (v. gr., entre otros, T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law* (3d. ed.) Butterworth. London, 1940, 601-635; F. W. Maitland, *Equity*. (2nd. ed. repr.). University Press. Cambridge. 1969, 1-22; P. Vinogradoff, *Common sense in law* (2nd. ed.). Oxford. University Press. London, 1946, chap. VIII (trad. esp. en RFE. México (3ª ed. 1967). *Introducción al Derecho*); H. G. Hanbury, *Modern equity* (5th. ed.). Stevens and Sons. London, 1949; etc.).

la misión propia y específica del jurista? Porque ¿dónde está el hombre, la mujer, el ciudadano, en aquellas dos posiciones anteriores? ¿Cuál su inquietud que apaciguar, esa justicia que concretar, esa paz que procurar? ¿De qué modo en ellas se advierte la inquietud vital por el hombre de carne y hueso, por esa alma racional, por esa sustancia individual congregada en la multitud de la comunidad?⁸

En esa posición última que hemos descrito —fundamentada en la naturaleza racional incommovible del hombre, ser llamado en su socialidad libre a la común unión con los demás hombres— la que creemos que urge asumir, no para la satisfacción de unos pocos engolosinados con su ciencia, sino para la práctica aplicación en el diario convivir del que opera con el Derecho —especialmente el juez—, para la concreta búsqueda de esa constante y perpetua voluntad de dar a cada cual lo que le corresponde, para hacer así posible esa concordia del corazón en la tranquilidad del orden justo, que es, en lo temporal, la verdadera paz.

EDUARDO SOTO KLOSS*

⁸Por desgracia es muy común que el hombre olvide que "es el sábado el que se ha hecho para el hombre y no el hombre para el sábado", con lo cual se llega a sacrificar a la persona y sus derechos en aras de una pretendida legalidad que más que tal puede ser perversión de ella si no concreta lo justo, cuyo es el objeto del Derecho mismo.

*Profesor de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho. Universidad de Chile.