

La Crisis del Concepto de Derecho y sus Consecuencias sociales

Por el Dr. Santiago De Estrada.

Buenos Aires, Argentina

La Justicia y el Derecho

En nuestro tiempo, que se padece de una obsesión por «lo social», se descuida sin embargo, el primer valor específicamente social: el derecho. Cuando se toma en cuenta el derecho se le agrega el socorrido, e infaltable epíteto de «social» y se le condiciona a la justicia.

La justicia carcomida por lo social es así considerada razón de ser del derecho, y éste queda relegado a la función subalterna de mero instrumento de aquella. Como decía Ortega, hemos nacido «en un tiempo en que se ha triturado todo derecho con una maza extrajurídica denominada justicia y se cree torpemente que el derecho es derecho porque es justo». En otras palabras, se atan los caballos detrás del carro, ya que en realidad lo justo es justo por estar ajustado al derecho, al revés de lo que suele creerse.

En sí misma, la justicia es una vida moral, una virtud cardinal, la primera de las virtudes sociales, «la voluntad constante y permanente de dar a cada uno lo suyo» y de reconocer a cada uno su propio derecho. Es así el derecho, razón de ser de la justicia. Sin derecho no hay justicia que valga.

La Consolidación del Orden Jurídico

Sin embargo, en nombre de la justicia, calificada hoy día, las más de las veces con el mote de «social», se viola a cada rato el derecho. No ya el derecho positivo, sino sus principios esenciales, el derecho natural. El positivismo de medio siglo atrás, superado ahora en el campo del estudio y la teoría, sobrevive en los hechos y en las instituciones sociales.

En el siglo XIX, más que la justicia, el Derecho parecía ser la preocupación dominante. Hablábase mucho del derecho natural; pero en realidad, de éste se hizo un mito para justificar los repetidos atentados contra el derecho vigente. Y a fuerza de «borrón y cuenta nueva», se fue engendrando un verdadero escepticismo de hecho en las gentes, que unido al positivismo imperante entre las clases ilustradas, terminó con el mito mismo del derecho. Comenzó entonces a actuar descubiertamente otro mito: la justicia como mito.

La justicia no escapa a la regla y así la «voluntad constante y permanente de dar a cada uno lo suyo», se convierte en fermento constante y permanente de desorden, si no se ha acertado al determinar qué es de cada uno. El afán de justicia, cuando arraiga en el querer y el obrar de las gentes, es fuerza dionisiaca que debe ser encuadrada en los marcos clásicos del derecho. De no lograrse esa delimitación se llega al caos, a la «revolución permanente» que nunca toca fondo e imposibilita alcanzar la misma justicia que se pretende buscar.

De ahí que el primer quehacer social sea la consolidación del orden jurídico; no un orden jurídico cualquiera, sino el orden jurídico natural, con toda la jerarquía de valores que supone. Y es precisamente, el concepto mismo de derecho natural lo que hoy está en crisis. Diríase que el sentido jurídico del hombre está en descenso.

«Dar a cada uno lo suyo», «no herir al otro», «vivir honestamente». He aquí los tres principios fundamentales del Derecho sobre los cuales se elaboró la jurisprudencia romana y que sirvieron de base a los clásicos maestros del derecho natural. Tres principios cuyo desconocimiento es la verdadera raíz de la crisis que apuntábamos. Y es claro que si cualquiera de ellos es negado, las consecuencias se harán sentir en todo el edificio jurídico.

El Orden Público y el Privado

La distinción entre el orden público y el orden privado caracteriza al derecho romano y constituye una de las bases jurídicas de nuestra civilización estructurada sobre los moldes romanos. El reconocimiento de todo un campo de actividades e intereses reservado al libre ejercicio de derechos individuales, es una garantía fundamental para la libertad del hombre frente al poder del Estado.

Dentro del orden privado, la vida jurídica fluye naturalmente de manera espontánea, de la propia actividad humana. Bien decían los antiguos maestros, que las fuentes del derecho podían clasificarse en «contratos», «delitos» y «varias figuras de causas» (luego catalogadas en cuasi contratos y cuasi delitos). Más tarde como fuente subsidiaria, se añadiría la Ley.

Asentado sobre sus tres principios fundamentales, con su nítida delimitación de ambos órdenes y con el reconocimiento de las expresadas fuentes naturales, el edificio jurídico parecía inconmovible... ¡Pero sólo Dios permanece para siempre! Las cosas humanas, por sólidas que parezcan, padecen de caducidad.

El Derecho y la Moral

Autores en boga hasta no hace mucho sostenían que eso de «vivir honestamente» no era principio de derecho sino postulado de moral, y separaban de tal modo el derecho de la moral que hacían de ellos dos reinos enteramente diferentes, aunque paralelos: el de la Ley y el de la Conciencia; el de la coacción jurídica y el de la coacción moral.

Decir que el derecho no pertenece al orden de la conciencia implica dar por sentado que el derecho no obliga en conciencia. Pero fijémonos bien que no se trata sólo de erigir en regla general que la culpabilidad del infractor de la Ley no trascienda las sanciones contenidas en ésta misma, sino que ya no interesan al derecho las consecuencias morales ni siquiera de la violación de la palabra empeñada en los contratos. Y no perdamos de vista que cuando, del terreno de los principios, errores de semejante calibre pasan a la vida cotidiana de los pueblos, su acción corruptora se hace sentir en los usos, en las costumbres, en los hábitos

morales. La honestidad deja así de ser el sustentáculo de la convivencia social e inútil resulta ya pedir siquiera ese *mínimum* de buena fe que las relaciones jurídicas suponen.

La Crisis del Concepto de Derecho

Llevados de su tendencia liberal, con ese marcado individualismo que a fuerza de hipertrofiar los derechos del hombre terminaría por destruirlos, los legisladores del siglo XIX suprimieron la posibilidad de anular, rescindir o modificar los convenios particulares en los casos de «lesión» grave para alguno de los contratantes. Exagerando el respeto al «*suum cuique tribure*»,⁽¹⁾descuidaron el «*alterum non leadere*»⁽²⁾ y sobrevino así un notorio desequilibrio en el orden de las relaciones interindividuales. Un exceso trae otro exceso, y el remedio no sería menos peor que la enfermedad.

En lugar de restablecer el equilibrio mediante la revalorización del principio afectado, la reacción se hizo sentir contra aquel que, por ser él el primero, quizás nadie se había atrevido a tocar: el de dar a cada uno lo suyo. Los ataques contra la propiedad privada, contra lo establecido en los contratos y contra los derechos adquiridos pasaron y están todavía, a la orden del día. So pretexto de hacer justicia, «de hacer justicia social», el derecho sufre así la tercera y definitiva embestida.

Lo curioso del caso es que se procede también en nombre del derecho. Extendiéndose el concepto de orden público, insistiendo en la privanza del interés público sobre los intereses privados, los derechos individuales pierden vigencia y la clásica distinción entre derecho público y derecho privado es inmolada en aras de la socialización absoluta y total; como dice Ripert, todo se convierte en derecho público.

La Ley, Instrumento de Corrupción

Paralelamente, consecuencia y causa a la vez de ese proceso, las fuentes ordinarias del derecho privado (contratos, delitos y «varias figuras de causas») van siendo suplantadas por la ley, fuente ordinaria del derecho público y, si no se han suprimido aquellas fuentes del todo, por lo menos las reducen a una función secundaria, meramente complementaria de aquella.

Desconocidos los tres principios fundamentales, absorbido el orden privado por el orden público y reducidas a la ley todas las fuentes del derecho, cae la estructura jurídica de nuestra civilización y, por más que se pregone la justicia, se entroniza la arbitrariedad como norma única de la vida social. El imperio del derecho es suplantado por el desorden, por el caos, por el capricho de los que detentan el poder.

Las leyes mismas dejan ya de ser expresión de un ordenamiento racional para serlo simplemente de la fuerza; dejan de ser una expresión objetiva de ideales éticos para ser meros mandatos cuyo único argumento para ser obedecidas radica en el temor a sus consecuencias penales. La ley ya no enseña (como decía un antiguo código castellano) «las cosas que son de Dios», ni «es fuente de enseñamiento, e muestra de derecho, e de

justicia, e de ordenamiento, o de buenas costumbres, e guiamiento del Pueblo, e de su vida».

Y no sólo eso. Perdida su auténtica razón de ser, la ley se convierte en poderoso instrumento de corrupción moral: enseña a los hombres a faltar a la palabra empeñada en los contratos, a no respetar los derechos ajenos, a prescindir de los intereses del prójimo, a buscar mil maneras de violar sus propias disposiciones, a simular, a engañar, a perjurar. No hace falta más que detenerse un instante a recapacitar sobre la vida jurídica cotidiana para caer en cuenta.

Las Consecuencias Sociales

Desde el punto de vista de lo social todo ello se traduce en las más diversas suertes de consecuencias, porque no en vano el Derecho tiene principios y fundamentos que no pueden ser atacados sin mengua del orden, de la paz y de la misma justicia que tan a menudo se pregona como pretexto para llevárselo por delante.

Necesario es reafirmar que el primer quehacer social debe ser lograr el pleno y leal imperio del Derecho.

«Perdida su auténtica razón de ser, la Ley se convierte en poderoso instrumento de corrupción moral: enseña a los hombres a faltar a la palabra empeñada en los contratos, a no respetar los derechos ajenos, a prescindir de los intereses del prójimo, a buscar mil maneras de violar sus propias disposiciones, a simular, a engañar, a perjurar. No hace falta más que detenerse un instante a recapacitar sobre la vida jurídica cotidiana para caer en cuenta».

(1) Dar a cada uno el derecho que le corresponde.

(2) No lesionar el derecho ajeno.