

EL PROBLEMA DEL DERECHO INJUSTO

JUAN ALFREDO CASAUBON
Argentina

I

Uno de los puntos centrales del debate entre iusnaturalistas y positivistas se halla en el problema de la inclusión o no-inclusión de la nota de justicia (objetiva) en la definición misma del Derecho. En términos modernos, es el problema del llamado “derecho injusto”. ¿Puede haber un “derecho injusto”? ¿Se adecúa a los hechos la necesaria inclusión de la nota de justicia (objetiva) en la definición misma clásica de Derecho? Esto es lo que trataremos de dilucidar en la presente comunicación.

II

a) *La cuestión etimológica*: Como es sabido, prácticamente todos los idiomas indoeuropeos actuales han sustituido el término latino “ius” por el de “derecho (*diritto, droit, recht, right*)¹, aunque conservan tal raíz en el término “justicia”, por lo general.

Atento, pues a que en castellano no se dice “ius”, sino “derecho”, no aparece de inmediato ninguna contradicción en el término complejo o expresión “derecho injusto”, sobre todo si se tiene en cuenta que: a) la influencia del neokantismo y del positivismo jurídicos ha acostumbrado a disociar el derecho de la justicia; b) es fácil en castellano o idiomas similares olvidar la vinculación entre los términos “derecho” y “lo recto” (o “lo que está a derechas”).

Pero algo muy distinto ocurre si volvemos a la lengua latina. En ella, la expresión “derecho injusto” debe traducirse por la de “ius iniustum”, y aquí sí que salta a la vista, con inmediata evidencia, la contradicción de un supuesto derecho injusto. Y casi lo mismo ocurriría si en castellano recordáramos con mayor frecuencia la equivalen-

¹ Indudablemente, el término latino que los origina es “directum”. En cuanto al “right” inglés, en materia jurídica, sólo parece significar el *derecho subjetivo*, mientras que al derecho normativo se le llama “law”. En cuanto a la “*ipsa res iusta*” (o sea el derecho objetivo en sentido tomista, no moderno), parece haber desaparecido del lenguaje jurídico inglés, aunque no somos de ninguna manera especialistas en tal materia.

cia ya apuntada entre las expresiones “derecho” y “lo recto”, porque entonces sería patente que “derecho injusto” equivaldría a “derecho torcido”. Lo cual es también inmediatamente contradictorio; aunque el positivista o el neokantiano podrían replicar que “lo recto” que equivale a “derecho” se refiere a una rectitud puramente legal o formal, no al contenido material del derecho.

Pero dejemos esta cuestión etimológica, pese a que Heidegger nos ha vuelto a enseñar cuánto valor iluminante tiene para la Filosofía todo origen etimológico de un término o expresión.

b) *La cuestión de la definición del Derecho*: Podría decirse también que el debate que nos ocupa se reduce a una simple cuestión de definición. Efectivamente, si definimos el Derecho como “lo justo” (el *tò díkaiion* de Aristóteles; la *ipsa res iusta* de Sto. Tomás en la *S. Theol.* II-II, q. 57, a.1.c), no cabe duda de que la expresión “derecho injusto” es virtualmente contradictoria. En cambio, si definimos el Derecho, con tantos modernos, como “un conjunto de normas coactivas que regulan la conducta humana en sociedad” (o algo por el estilo), la contradicción no aparece por ninguna parte, y la experiencia muestra con repetición abrumadora que existen y han existido innumerables normas injustas, o sea, “derecho injusto”.

Pero dudamos de que una cuestión tan grave se resuelva en un mero problema de definición, sobre todo si se entiende la definición, como lo hacen tantos modernos, como algo siempre nominal o convencional. Porque gravísimos problemas humanos resultan de que sólo sea derecho el justo, o que también lo sea el injusto. Por ejemplo, en el problema, el deber de conciencia de obedecer al derecho: en la cuestión de si —por ejemplo— el bombardeo de Hiroshima con la bomba atómica fue algo ajustado o no a derecho, y tantos otros.

Por eso, debemos ir más allá de la cuestión etimológica y de la cuestión de la definición, entendida como algo nominal o convencional, que no des-vela la esencia de lo definido.

III

a) *La cuestión del “debe ser” explícita o implícitamente contenido en toda norma jurídica*: Pese a Michel Villey,² a quien tanto se debe en la restauración del auténtico derecho natural griego, romano y tomista; pero en quien encontramos también, a nuestro juicio, aser-

² Cfr. Michel Villey, *Sobre el indicativo en el derecho*, extraído de *Critique de la pensée juridique moderne*, ed. Dalloz, Paris, 1976. y editado en castellano junto con otros ensayos del autor, bajo el nombre de *Método, fuentes y lenguaje jurídico*, trad. del Dr. C.R. Sanz, en la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, Ghersi editor, Bs. Aires, 1978, p. 143 ss.

ciones aventuradas,³ no creemos que la norma jurídica debiera redactarse siempre en indicativo, aunque así resulte de muchos Códigos. Porque el Derecho es irreductible al orden natural —pese a existir un auténtico Derecho natural— al orden metafísico, es decir, a aquéllos dos órdenes que existen de por sí, sin intervención alguna de la razón ni de la voluntad humanas. Creemos que en los cuatro tipos de orden que Sto. Tomás enumera en su *Comentario a la Ética Nicomaquea* de Aristóteles (*In Ethic.* I.1,1-2) no es posible ubicar el Derecho sino en el tercero que allí enuncia, no en el natural (físico y metafísico), ni en el lógico (orden racional), ni en el de las Técnicas o Artes Mecánicas. Es decir, sólo es posible ubicar el Derecho en el orden ético, y su consideración en la disciplina filosófica llamada Ética o Moral.⁴ Y por eso creemos también que la norma jurídica, aunque no siempre cuando escrita; pero sí cuando plenamente pensada, incluye necesariamente el modo “deber ser”.

Dando esto por sentado, no creemos, contra neokantianos y egológicos, que baste la presencia expresa o tácita de la partícula “deber ser” en una norma; para que ya quede probado que ésta —dadas las demás condiciones que suelen exigírsele— sea realmente *derecho* o “mención” del derecho. Porque, como decíamos en otro trabajo nuestro,⁵ así como la presencia de la cópula “ser” en un enunciado teorético no implica necesariamente su verdad (podemos decir; $2 + 2 = 5$: dos más dos *es* igual a cinco”, o “el todo *es* menor que su parte”); y así como tampoco la presencia de un modo en un enunciado modal garantiza la verdad de la conexión (podemos decir: “es necesario que el hombre sea rubio”), asimismo, la presencia del “deber ser”, intérpretesela lógicamente como cópula o como modo,⁶ no garantiza el auténtico *deber ser* de la conducta que la norma a la vez menciona y regula. Pretender lo contrario sería pecado de grave nominalismo o conceptualismo.

³ Como su excesiva desestima nada menos que por la ley, incluso natural; como si pudiera existir la “*ipsa res iusta*” sin que sea regulada y medida por una ley. Y ello, aunque tal ley deba aplicarse al caso concreto mediante la virtud de la prudencia judicial.

⁴ Para el Dr. Carlos Cossio, fundador de la llamada “escuela egológica del derecho”, éste pertenece a la Ética; pero no a la Moral; señal de que toma “moral” en el sentido de moral individual, olvidando quizá que también existen una moral doméstica y una moral política, que, en el pensamiento de Aristóteles, es la Política misma (con mayúscula), y que constituye la culminación de la moral, en el plano meramente racional-natural, por supuesto.

⁵ *Estudio crítico sobre Lógica del ser y Lógica del deber ser en la teoegológica*, rev. *Ethos*, n. 2/3, Bs. Aires, Instituto de Filosofía Práctica, 1978, pp. 11-88. El pasaje aludido se encuentra en las págs. 44-46. Existe “separatas”.

⁶ Porque, como tratamos de demostrar en ese mismo trabajo, para nosotros el “deber ser” que aparece en la norma no es una cópula —como pretende el Dr. Cossio— sino un modo equivalente al modo de necesidad en los enunciados puramente especulativos—.

b) *La analogía de lo justo*: Decíamos también en el citado trabajo, que en esta parte transcribiremos literalmente: “Pero puede interpretarse de un modo más amplio y flexible el “deber ser” que aparece en las normas no justas o no del todo justas. Cabe notar, con varios iusfilósofos tomistas actuales y con Sto. Tomás (*S. Theol.*, I-II,q, 92, a,1,c), que, junto a lo justo “*simpliciter*”, pura simplemente tal; se puede dar lo justo “*secundum quid*”, relativamente tal. Lo justo —es decir, el derecho en su realidad misma de acto u omisión objetivas y reales— implica una relación inter-humana, libremente puesta por la dación, acción u omisión *debida a otro*, conforme a una norma, para el logro de un bien. Cuando se busca por la sociedad, ante todo, el *sumo bien honesto* (autovalente) que es el bien humano “*simpliciter*”, el tipo de relaciones humanas y las leyes que las regulan son justos “*simpliciter*” también. Cuando, en cambio, lo que se busca por la comunidad como último fin es un bien honesto inferior (como la honra, por ejemplo), o uno meramente deleitable, o sólo lo útil, el tipo de relaciones humanas exigido legal o consuetudinariamente para su consumación es “justo” relativamente (relativo a ese bien secundario puesto como supremo): justicia “*secundum quid*”. Entre ambos tipos de justicia se da analogía de proporcionalidad: A/B : : C/D; la justicia requerida para el sumo bien honesto es a éste, como la “justicia” requerida para el bien honesto secundario o para el deleitable o útil es a éstos. Y así, entre esos tipos de justicia no hay pura *equivocidad* —mera comunidad de nombre—, sino cierta *analogía*. Así lo reconoce Aristóteles, cuando en el libro V de su *Ética Nicomaquea* en combinación con el libro III de su *Política*, cap. 9 y ss., admite que la justicia distributiva —y también sin duda la que él llama general o legal, esto es, la debida por los ciudadanos a la *Polis*, en pro del bien común—, puede variar según el tipo de régimen de que se trate, y el bien que tal régimen ante todo busque. En cual, según él, sería la libertad o la igualdad en la democracia, la virtud en la aristocracia, la riqueza o el linaje en la oligarquía, etc. Lo cual, empero, no impide que, en sí, *determinado tipo de bien común sea superior a otro*, ya absolutamente, ya dadas tales y cuales circunstancias”.⁷

c) *Lo justo “simpliciter” y lo justo “secundum quid” en el In Politicam*:

Confirmando lo arriba expuesto, Sto. Tomás (*In Pol.*, L.I, lect. IV, ed. Marietti. Turín-Roma, 1951, p. 24, n. 79), distingue también entre lo justo “*simpliciter*”, es decir, lo justo absolutamente tal, que es —allí— lo *justo natural* (derecho natural en sentido objetivo), y lo

⁷ J. A. Casaubon, *Art. cit.*, pp. 45-46.

justo "*secundum quid*" —lo justo relativamente tal— que es lo *justo positivo* (derecho positivo en sentido objetivo). Y, dada la condición, del hombre, tal *justo positivo* lo será siempre imperfectamente, aunque quizá adaptado a las costumbres y condiciones de una sociedad humana dada; a lo que el mismo Sto. Tomás llama "*commoditas*" y "*utilitas humana*" (*loc. cit.*), esto es, lo adaptado a la conveniencia (creo que así debe traducirse "*commoditas*" y no por "*comodidad*") y a la utilidad humanas.

Donde Aristóteles habla de esclavitud, Sto. Tomás —ayudado quizá por su traductor— se refiere a la servidumbre; y es de todos sabido que la servidumbre medieval era algo muy distinto —más humano y cristiano— que la esclavitud antigua; señal —ésta del lenguaje aquí usado por Sto. Tomás— de la benéfica influencia que la Revelación cristiana ejerció sobre la filosofía de los paganos, como no se olvida de recalcarlo la Encíclica "*Aeterni Patris*",⁸ que Etienne Gilson ha expuesto con tanta erudición y profundidad en su libro "*L'Esprit de la Philosophie Médiévale.*"⁹ Vaya ésto dirigido a no pocos contemporáneos que llegan a decir que "Sto. Tomás justificó la esclavitud", cuando la verdad es que ni siquiera Aristóteles lo hizo plenamente: conocida es su distinción entre la esclavitud justa y la injusta, como sería la proveniente de una guerra.

IV

Antes de terminar este trabajo, queremos hacer ver que, aún aceptado —"dato, non concessio"— que el derecho injusto sea derecho, ello puede ocurrir respecto de (algunas o muchas) *normas injustas*; pero sería incluso *fácticamente imposible* un *sistema total de derecho completamente injusto*, p. ej., un sistema de derecho en que no fuera obligatorio obedecer a la autoridad ni a las leyes; donde fuera lícito matar a cualquiera y por cualquier razón; donde no hubiera regulación alguna del uso y posesión de los bienes; donde no existiera restricción alguna en materia de relaciones sexuales ni regulación de los derechos y deberes de los padres; donde ningún trabajo fuera remunerado; donde se debiera matar a todos los varones o a todas las mujeres de esa sociedad, etc. Es evidente que tal sistema sería, no sólo injusto, sino también impracticable; y para tal evidencia recuérdese que la justicia no es sólo la conmutativa, sino también la distributiva y sobre todas la legal o general.

⁸ Cfr. S. S. León XIII, encíclic. "*Aeterni Patris*", nn. 2-10.

⁹ E. Gilson, *L'Esprit de la Philosophie Médiévale*, Paris, Vrin, 2eme édit. revue, 1948, *passim*.

Por tanto, y como conclusión, digamos que el derecho, tomado como totalidad, no puede ser *totalmente* injusto; signo evidente de que entre derecho y justicia subsiste aún en los casos más extremos —y para usar por un momento un leguaje hegeliano— un hilo de luz, que los religa imprescindiblemente.¹⁰

¹⁰ Phan, *d. Geistes, Vorredo*. Claro está que un derecho *no-totalmente* injusto puede ser un “derecho” *intolerablemente* injusto.