

RICARDO DIP

SEGURIDAD JURÍDICA Y CRISIS DEL MUNDO POSMODERNO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2016

ÍNDICE

	Pág.
PRÓLOGO	17
PRELIMINAR	21
INTRODUCCIÓN.....	21
EL SABER INDISPENSABLE PARA TODO HOMBRE	24
EL HOMBRE, ESE ANIMAL POLÍTICO.....	25
CRISIS DEL DERECHO, CRISIS DE LOS HOMBRES.....	28
SEGURIDAD DE LA JUSTICIA, JUSTICIA DE LA SEGURIDAD	30
IUSNATURALISMO Y IUSNATURALISMOS: UNA DISTIN-	
CIÓN INELUDIBLE.....	32
DERECHO NATURAL Y CONFESIONALIDAD	34
SEGURIDAD Y JURIDICIDAD DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	34
LA CRISIS DEL CONSTITUCIONALISMO.....	38
DERECHO, DIALÉCTICA, TÓPICA Y TRADICIÓN.....	40
LA TRADICIÓN DE LA TRADICIÓN	43
 CAPÍTULO 1 LA SEGURIDAD DE LA SEGURIDAD JURÍDICA	
LA SEGURIDAD EN GENERAL.....	47
SOBRE LA SEGURIDAD OBJETIVA.....	50

	Pág.
LA CERTEZA (O INCERTEZA) DE LA SEGURIDAD.....	51
SEGURIDAD E INQUIETUD ESCATOLÓGICA	55
¿QUÉ ES LA SEGURIDAD JURÍDICA?	58
HACIA EL PUNTO DE LA JURIDICIDAD DE LA SEGURIDAD	62
LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO.....	65
LÍMITES DEL DERECHO	67
FALSOS DERECHOS.....	68
POSITIVIDAD JURÍDICA Y AUTISMO FUNDACIONAL.....	70
LOS ORÍGENES DEL PRINCIPIO	72
PRINCIPIO Y SEGURIDAD	76

CAPÍTULO 2

LA JURIDICIDAD DE LA SEGURIDAD JURÍDICA

EL PRIMADO DEL ANDAR DERECHO.....	79
<i>IUS Y DERECTUM</i>	82
¿PODRÍA, SIN JUECES, HABER DERECHO?.....	85
CASO Y PRUDENCIA JUDICIAL.....	87
EL DERECHO EN LA JERARQUÍA DE SUS SIGNIFICADOS	89
DERECHO Y NORMA.....	92
DERECHO, HECHO SOCIAL, FACULTAD DE ACTUAR, CIENCIA	95
LA PRACTICIDAD DEL DERECHO.....	96
EL DERECHO PARA EL IUSNATURALISMO TRADICIONAL...	98
UNA DIGRESIÓN EJEMPLIFICATIVA SOBRE EL TEMA EDUCATIVO	99
EL FUNDAMENTO OBJETIVO ÚLTIMO DEL DERECHO.....	102
DE LA LEY ETERNA.....	106
EL CONOCIMIENTO DE LA LEY NATURAL	109
LEY NATURAL Y EVIDENCIA	113
BIEN Y ORDEN PRÁCTICO	116
NOTICIA SOBRE LA SINDÉRESIS.....	118
SEGURIDAD (ANTI)JURÍDICA.....	124

	Pág.
OTROS EXCURSOS: SOBRE EL ECOLOGISMO Y LA FUN- CIÓN SOCIAL DE LA PROPIEDAD	128
EL «DESENCANTO DE LA RAZÓN».....	132
BREVES CONCLUSIONES	137
BIBLIOGRAFÍA	145
ÍNDICE ONOMÁSTICO	157

PRÓLOGO

Ricardo Marques DIP, magistrado desde 1979, actual presidente de la Sección de Derecho Público del Tribunal de Justicia de San Pablo y, como tal, miembro del Consejo Superior de la Magistratura Paulista, es uno de los representantes más caracterizados en nuestros días de la tradición clásica del derecho natural. Que enriquece con estudios de matriz filosófica y ejercita en su quehacer de jurista práctico. Terrenos ambos en los que ha obtenido justos reconocimientos en sede internacional como nacional. Es de destacar, así, en cuanto a la primera, su condición de académico de honor de la Real de Jurisprudencia y Legislación de España y la de miembro ordinario (y director de su sección de Derecho Natural) del Consejo de Estudios Hispánicos «Felipe II» de Madrid. Pero no sólo entre nosotros, también en su tierra, en el Brasil en que desarrolla de modo estable su formidable actividad, ha sido distinguido como miembro de la Academia Notarial (en la que ocupa la silla número 3, puesta bajo el patrocinio del gran maestro que fue, y con quien nuestro hombre tuvo entrañable amistad, Juan VALLET DE GOYTISOLO, príncipe de los juristas españoles de la segunda mitad del siglo XX) y donde dirige el Centro de Estudios de Derecho Natural «José Pedro GALVÃO DE SOUSA» (destacado filósofo del derecho y iuspublicista que fue su maestro y a quien dedica precisamente el libro que tenemos el honor de prologar).

* * *

La llamada «posmodernidad» evidencia desde el nombre una relación dialéctica con la «modernidad». Si bien —como ha explicado el profesor Danilo CASTELLANO— ésta no es divisible, cuando se la entiende no tanto

cronológica como axiológicamente, aquélla permite en su interrelación una pluralidad de significados. Para empezar, como se desprende del mismo prefijo «pos», estamos en presencia de un tiempo que sigue a otro: la posmodernidad como tardomodernidad. Pero, de inmediato, se hace preciso aquilatar la relación entre esas épocas. Lo que, en primer lugar, nos conduce a una consideración en términos de reacción, ya que en la posmodernidad residiría un quid novum: la posmodernidad como antimodernidad (relativa, pues la reacción se produciría desde el humus constitutivo de aquello contra lo que se reacciona: se puede —decía Gustave THIBON— saltar al vacío, pero no desde el vacío). A continuación, en cambio, se dibuja igualmente un perfil de agotamiento: la posmodernidad como modernidad decadente. Para acabar, se advierte también en ocasiones la radicalización del signo y la posmodernidad se torna hipermodernidad. Tales signos contradictorios son precisamente los que caracterizan una situación de crisis. En la que estamos.

No es la primera vez que trazo un cuadro como el anterior, que aboceté a fines del decenio de los ochenta del pasado siglo y que en 1996 desplegué a propósito del Estado y su significación. He vuelto a recordarlo tras leer las páginas de este brillante libro del desembargador Ricardo DIP, que presenta con claridad cómo la crisis posmoderna de la seguridad jurídica manifiesta los síntomas de su antecesora y, a su ejemplo, «es crisis tanto de la seguridad como de la juridicidad». Crisis específica de seguridad, primeramente, que se advierte —ejemplifica— «en el menor aprecio del derecho adquirido y de la cosa juzgada (cuya relativización es la pauta de los tiempos que corren), el detrimento de la privacidad, la fundamentalización de los derechos del Estado, el exceso principiológico —que da lugar al “principalismo judicial”, del que no falta ejemplo de superación factual por medio de una pretoriana “regulación principiológica”—, la frustración de la garantía de la legitimación registral, los sucesivos cambios en los regímenes jurídicos (bastaría pensar en la frecuente inestabilidad de los regímenes previsionales)». Y, en segundo término, crisis específica de la juridicidad, debido, principalmente, «al agnosticismo jurídico y al tendencial traslado consecuente del derecho a la órbita del predominante interés de una (poiética) soberanía política».

De ahí la conclusión con que se cierra el texto: «La crisis posmoderna —contemplada la diversidad de sus múltiples causas— puede configurarse como la de un fondeadero caótico de tesis y antítesis: es, de hecho, la posmodernidad el lugar y el tiempo de una “síncresis de los opuestos, una larga y difusa relativización de todos los opuestos”. Esa adición indistinta de los opuestos es una de las notas prominentes de la cultura posmoderna; mientras que, en efecto, el relativismo de la modernidad apartaba la concomitancia de los opuestos, “al relativismo posmoderno no repugna

su simultaneidad: de la realidad disyuntiva se pasó a la adición indistinta de los opuestos”. De la utopía modernorum del progreso es de temer que se llegue a la vía post modernorum del caos. El fundamentalismo relativista posmoderno socava el derecho y a los juristas. Se puso en crisis la idea de lo justo, el sentido de la analogía del “derecho” y la jerarquía de sus significados, porque la cultura posmoderna perdió la noción del fin del derecho y, despreciando la tradición y el sentido común, perdió también la idea del fin del hombre, de suerte que, ahora, en la convivencia habituada a las incertidumbres jurídicas, parece prevalecer la idea de que “la ley (estatal) es la ley” —è legge e basta: “órdenes son órdenes”. El grave problema es que ese género de positivismo se concilia con simulacros del derecho: “La formica simula el jacarandá. Un saborizante pone sabor de fresa en el chocolate. En los videojuegos se dan batallas siderales...” —las seguridades jurídicas también pueden ser tan sólo aparentes, ora por no ser seguras, ora por no ser jurídicas—. En el utopos de la desidentidad poscontemporánea, la esperanza, también política, es la que brota de un movimiento restaurador nacido de la nostalgia de lo Absoluto, del recuerdo y el deseo de un Fundamento Objetivo para la ética y el derecho».

* * *

El presente libro exhibe todas las prendas de su autor. Revela, sin duda, de un lado, la amplitud de los saberes jurídicos que atesora Ricardo DIP. Despunta aquí el saber técnico del magistrado experimentado. Pero también allá el saber científico de quien se ha elevado desde la praxis a la forja de un sistema. Y, finalmente, por doquier se presenta la visión problemática, rectius filosófica, de quien contrasta la verdad del sistema con otra que lo suprepuja. Y es que no confunde la teoría jurídica con la filosofía jurídica, que de coincidir impedirían —se ha observado por el citado Danilo CASTELLANO— extraer diferencias epistemológicas entre filosofía y sociología, asumiendo esta un primado sobre aquella aunque sin alcanzar a imponerse simultáneamente como auténtica ciencia.

El profesor Francisco ELÍAS DE TEJADA, amigo entrañable y compadre de GALVÃO DE SOUSA, calificó en ocasión señalada al también ya mentado Juan VALLET DE GOYTISOLO de «jurisconsulto total», esto es, maestro en el arte, la ciencia y la filosofía, del derecho. En puridad desbordaba incluso el ámbito de lo jurídico, que no en vano forma parte de la vida moral del hombre, a su vez inserta en el orden metafísico y teológico. Esa es la verdadera (y profunda) interpretación de la famosa definición de ULPIANO: «Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia». Pues pretender que la ciencia del derecho sea el conocimiento de

todas las cosas divinas y humanas sería exceso propio de quien padece en grado agudo la deformación profesional. Otra cosa es, en cambio, afirmar que para discernir lo justo de lo injusto es preciso conocer lo más que se pueda de las cosas divinas y humanas. Ahí reside la verdadera filosofía práctica, que puede distinguirse pero no separarse de la especulativa. Lo que confirma lo recogido en el Digesto líneas antes con la fórmula «veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes».

En este libro, maduro y profundo al tiempo que de grata lectura, donde derecho, sociología, filosofía y teología van del brazo, creo ver reflejados los juicios anteriores. Y su autor, ingresa, à juste titre, en la nómina de los maestros. Vale.

Miguel AYUSO

PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

El tema de la seguridad jurídica, tras su auge en el segundo cuarto del siglo XX, dejó de ser materia frecuente en las meditaciones de la teoría y la filosofía del derecho¹. Tal vez ello pueda atribuirse, de algún modo, al hecho de que, junto al ejercicio del *delendus* KELSEN, no fue habitual entre los juristas emprender una crítica realista al estatalismo aparatoso que sobrevivió a la Segunda Guerra Mundial y que, más que sobrevivir, llegó incluso a robustecerse con los regímenes socialistas. Quizá por ello tampoco sea corriente la percepción de que, al lado de la parcial resistencia contemporánea a los desmedidos trazos de la estatalidad antecedente, emerja, ahora —y también, por ello, de modo parcial—, la contradictoria figura de un Estado débil², acomodado a intereses privados³.

No sólo por motivos de brevedad, sino sobre todo por la relevancia del hecho, viene al caso recordar gráficamente que, sin embargo, aun antes de esa Guerra Mundial, los trabajos de la Tercera Sesión del Instituto Internacional de Filosofía del Derecho y de Sociología Jurídica (Roma, 1937-1938), congregando pensadores de la talla, entre otros, de LE FUR, CARLYLE, DELLOS, RADBRUCH, LEIBHOLZ, DU PASQUIER, DEL VECCHIO, tuvieron el objetivo de meditar y debatir sobre el fin del derecho, a la luz de la tríada

¹ En ese sentido, A.-E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 11.

² Cfr. M. AYUSO, *¿Ocaso o eclipse del Estado?*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 64.

³ Cfr. ID., *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, Speiro, 1996, sobre todo pp. 84-101.

Bien Común, Justicia y Seguridad⁴. Poco tiempo después, en 1942, hizo su aparición *La certeza del diritto*, de Flavio LÓPEZ DE OÑATE⁵, obra que no parece excesivo considerar, todavía hoy, la vulgata del tema de la seguridad.

Como quiera que sea, y aunque bien pudiera recomendar una visita más asidua a la doctrina, la seguridad —incluida su especie jurídica— es una preocupación de la vida cotidiana de todos los hombres: se trata de una ocupación universal constante, *ex toto genere suo*, en todas las variadas situaciones humanas.

La condición naturalmente relacional del hombre le impone la tarea de invención de las reglas de sus relaciones⁶, no sólo la de inquirir las reglas o la seguridad relativas a otros hombres, sino también la de considerar el problema de sus relaciones con todo el cosmos —vale decir, las que se refieren a los entes creados— y, aún más lejos, la tarea de una indagación fundamental en el ámbito escatológico.

No se está suponiendo aquí que la superación de los límites mundanos de la seguridad exija la virtud de la fe, el credo —bien o mal ordenado, por ahora no importa— en una realidad sobrenatural. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE dijo, con razón, que la angustia existencial del ateo padece, *quodammodo*, del mismo tipo de estímulo de ocupación trascendente que convoca a los hombres de fe; por más que, de hecho, el ateo no quiera tener conocimiento de su génesis y de su fin, no puede eludir, definitivamente, las indagaciones sobre su origen y el problema de su destino⁷. Existe una indagación espontánea en cada hombre, sobre su propio ser, la realidad del mundo en que vive, la existencia de un Ente supremo —al que se consagra el nombre Dios⁸. Esa inquisición es universal. Ningún hombre escapa a la indagación sobre la finitud o infinitud de su alma. Así lo dijo Leonardo COIMBRA: «Aunque se quiera hacer del hombre un teorema, él será siempre un alma, en la que vibra, desde el fondo de su ser y su naturaleza primera, un clamoroso e invencible anhelo de infinito»⁹.

Esto ya lo había observado KIERKEGAARD: no es posible evitar el tema de la infinitud, porque «el yo es una síntesis consciente de infinito y finito

⁴ Cfr. el anuario *Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, Paris, Recueil Sirey, 1938.

⁵ Obra que aquí es compulsada con la edición argentina *La certeza del Derecho*, en traducción de S. SENTÍS MELENDO y M. AYERRA REDIN, Buenos Aires, Ejea, 1953.

⁶ A. A. ALTERINI, *La inseguridad jurídica*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 15.

⁷ A. BASAVE FERNÁNDEZ DEL VALLE, *Filosofía do Homem*, traducción portuguesa de H. DI PRIMIO PAZ, São Paulo, Convívio, 1975, p. 90.

⁸ C. CARDONA, *Metafísica de la opción intelectual*, Madrid, Rialp, 1969, p. 78.

⁹ L. COIMBRA, «A Rússia de hoje e o homem de sempre», en *Obras de Leonardo Coimbra*, vol. I, Porto, Lello & Irmaos, 1983, p. 923.

que se relaciona consigo mismo», de manera que sólo el reconocimiento de una infinitud del Otro —superando la falta de infinitud natural del hombre y reconociendo la infinitud de Dios— puede evitar la desesperación: KIERKEGAARD se refiere, a propósito, a una «seguridad» frustránea de los hombres que, sin poder instituir su propio orden operativo¹⁰, no consiguen, con todo, soportar la «idea de existir para Dios»¹¹.

El hombre, por ser racional, no es capaz de renunciar al descubrimiento de un sentido de la vida¹². Su respuesta es una opción fundamental, y ésta no puede más que, desde el comienzo, transitar entre el inmanentismo y la trascendencia, de suerte que el anhelo de seguridad absoluta, no pudiendo satisfacerse por la sucesividad (*rectius*, consecutividad) de seguridades finitas, en la que las más próximas se aseguran por las más remotas, relativas todas ellas, sólo se consagre con la infinitud absoluta de Dios.

Las respuestas inmanentistas deben, pues, coherentemente, abdicar de la hipótesis de una seguridad absoluta, realidad que se desvela absurda en un universo intrascendente. Pero se va más allá. El propio tema de la seguridad relativa resulta, en consecuencia, sin importancia en el discurso inmanentista: la seguridad es corolario de la significación de un Absoluto trascendente: «No debemos concluir que todo está permitido si Dios no existe; sino que nada importa»¹³. La finitud, definidamente agotable, es la erosión de toda posible racionalidad de la seguridad¹⁴: la fe (pues es de lo que aquí se trata, obviamente) en la negativa de la trascendencia (si se quiere: en la negación de Dios) es, pues, en rigor lógico, indiferencia con respecto a la seguridad. El inmanentismo deja sin explicación, por tanto, el ansia universal de seguridad.

¹⁰ Cfr. D. BASSO, *Las normas de la moralidad*, Buenos Aires, Claretiana, 1993, p. 31.

¹¹ S. KIERKEGAARD, *Tratado de la desesperación*, traducción de C. LIACHO, Buenos Aires, Leviatan, 1997, pp. 43 y ss.

¹² C. CARDONA, *Metafísica de la opción intelectual*, cit., p. 120.

¹³ N. GÓMEZ DÁVILA, *Escolios a un texto implícito*, Bogotá, Villegas, 2001, p. 52. Es presumible que el autor trate aquí de enmendar el resumen de la conocida paráfrasis del pasaje de los *Hermanos Karamázov*, de DOSTOIEVSKI («Si Dios no existe, entonces todo está permitido»).

¹⁴ Resulta a propósito este pasaje de la primera encíclica del Papa Pío XII (*Summi Pontificatus*, 20-10-1939): «*Nililo secius accurate diligenterque animadver tendum est quamlibet socialis vitae normam infirmam labantemque fore, quae in humano solummodo fundamento consistat, quae terrenis tantum consiliis propositisque dirigatur, quaeque unite ex externae auctoritatis sanctione vim suam virtutemque eruat*» («Cumple, sin embargo, tener presente la insuficiencia esencial y fragilidad de toda norma de vida societaria que descansa sobre fundamentos exclusivamente humanos, se inspire en razones exclusivamente terrenas y tome su fuerza de la sanción de una autoridad meramente exterior»).

EL SABER INDISPENSABLE PARA TODO HOMBRE

De hecho, es sobradamente conocida la constante histórica de las interrogantes fundamentales, a las que ningún hombre es inmune: ¿por qué existo?, ¿cuál es mi fin?, ¿cuál es el sentido de mi existencia?, ¿qué soy?, ¿qué es el universo?, etc. Estas interpelaciones constituyen el camino universal para un «*savoir* indispensable» —dijo Paul ORTEGAT—, el saber que enseña al hombre el término necesario de su evolución: de nada sirve al hombre escrutar el universo y descubrir sus leyes, si ignora su naturaleza humana, su propia ley y sus fines¹⁵, especialmente su universal último fin¹⁶: siendo racional, el hombre actúa siempre en orden a un fin, conocido, al menos confusamente, *sub ratione finis*, dirigiéndose hacia su propia felicidad, por más que no siempre apunte hacia ella verdaderamente¹⁷.

Ocurre, al contrario, que la experiencia común de la falta de seguridad induce, como demuestra su angustiosa perseverancia histórica¹⁸, a probarle su radical estatuto antropológico —en la integralidad de la dimensión humana.

En efecto, la angustia por alcanzar la seguridad —la ansiedad existencial de la seguridad—, indicada con frecuencia por diversos autores¹⁹, es una inclinación al orden y a la paz, profundamente enraizada en la vida de cada hombre y que trae aparejada el intenso recelo ante la inseguridad, la imprevisibilidad, la incerteza de la vida²⁰. No sorprende, pues, que el deseo de seguridad ya se incluya, en la *Retórica a Herenio* del seudo CICERÓN, entre los tópicos de los discursos políticos: «La seguridad permite evitar por todos los medios un peligro presente o inminente»²¹.

¹⁵ P. ORTEGAT, *Philosophie de la religion*, tomo I, Louvain y Paris, J. Duculot, Institut Supérieur de Philosophie y J. Vrin, 1948, p. 112.

¹⁶ Cfr. las cuestiones de la unicidad y de la universalidad del fin último de los hombres en SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I-II, q. 1, a. 5 y 7.

¹⁷ Cfr. R. GARRIGOU-LAGRANGE, *La synthèse thomiste*, Paris, Desclée de Brouwer, 1947, pp. 427-428; D. BASSO, *Los fundamentos de la moral*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, 1997, pp. 56 y ss.

¹⁸ «El anhelo de seguridad constituye una constante histórica que adquiere especial relieve en el mundo moderno» (A.-E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., p. 13).

¹⁹ Cfr. A. A. ALTERINI, *La inseguridad jurídica*, cit., p. 17; A.-E. PÉREZ LUÑO, *La seguridad jurídica*, cit., pp. 13-15; F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*, cit., pp. 52 y ss.; Z. BAUMAN, *O Mal-Estar da pós-modernidade*, traducción portuguesa de L. C. FRIDMAN, Rio de Janeiro, Zahar, 1998, p. 209.

²⁰ Cfr. H. COING, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, traducción de J. M. MAURI, Barcelona, Ariel, 1961, p. 67.

²¹ *Retórica a Herenio*, Madrid, Gredos, 1997, p. 175.

La universalidad de la prosecución de la seguridad humana es, en rigor, tan sólo un aspecto de la tendencia natural de cada hombre al reconocimiento de su finitud e indigencia delante del fin trascendente de su naturaleza (*rectius*, inclinación a la perfección teotrópica de su propia entidad). Muchos se dan cuenta de la correlación entre el conocimiento de Dios y el conocimiento del propio sujeto cognoscente: no sólo porque únicamente el conocimiento de Dios fundamenta la vida moral²², sino también porque ese conocimiento es, en definitiva, el que permite el verdadero conocimiento personal de cada hombre, lo sitúa en su exacto lugar en el universo, llena el vacío de la finitud humana y da justa noticia de su insuficiencia²³.

Así, no se trata, en esa rutinaria y universal preocupación de los hombres, sólo de la reducida —pero, en todo caso, compleja— cuestión de la seguridad en la convivencia política; los hombres van mucho más allá, ocupándose de la seguridad en su realización integral, en la dimensión inmensa de todo posible ser, pensar, querer, sentir y actuar humanos²⁴.

Con todo, si la indagación de la seguridad, en efecto, se engasta en las cuestiones fundamentales de la vida, imantadas por la psicología monástica, por la individualidad de cada hombre, no por eso pierde su relieve en la órbita de la convivencia social, en que gravita la seguridad jurídica, cuya importancia es allí ineludible a causa de la politicidad natural del hombre.

EL HOMBRE, ESE ANIMAL POLÍTICO

Hay, en la esencia del ser humano, un predicable propio, reconocido en la célebre sentencia de ARISTÓTELES —«el hombre es, por naturaleza, un animal social (*zôion politikón*)»²⁵; en otra parte escribió también ARISTÓTELES: «...el hombre es un ser social y dispuesto por naturaleza a vivir con otros»²⁶.

²² Cfr. C. CARDONA, *Metafísica de la opción intelectual*, cit., p. 73.

²³ Cfr. M. GUERRA, *Antropologías y Teología*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1976, p. 44.

²⁴ Cfr. C. L. A. ROCHA, «O princípio da coisa julgada e o vício de inconstitucionalidade», en ID. (coord.), *Constituição e segurança jurídica. Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*, Belo Horizonte, Forum, 2004, p. 168.

²⁵ ARISTÓTELES, *Política*, traducción de M. GARCÍA VALDÉS, Madrid, Gredos, 1994, Bkk. 1253a.

²⁶ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, traducción francesa de J. TRICOT, Paris, J. Vrin, 1987, Bkk. 1169b.

Preferen algunos, en la traducción de estos textos aristotélicos, sustituir las expresiones «animal social» y «ser social», respectivamente, por «animal político» y «ser político» (aquel que vive en la *pólis*), o incluso por «animal cívico» y «ser cívico» (que vive en la *civitas*). Como quiera que sea, sociabilidad, politicidad o civilidad, se trata aquí de algo propio específico del hombre, un atributo de todos los individuos de la especie humana, en cuanto participan de esa especie: propiedad que, por radicar en la naturaleza del hombre (*i. e.*, por concernir al orden de la actividad o dinámica, de aquello que el hombre es capaz o no de obrar y hacer), no se confunde, sin embargo, con la esencia humana; sería un grave error pensar que el hombre se definiría por su sociabilidad, por su relación con los otros o convivencia política. La «sociabilidad» es un concepto lógicamente abstracto que se aplica —o se concreta— en el *socius* (asociado, socio) y en la *societas* (sociedad, grupo, comunidad, ciudad, alianza), que da lugar a la relación entre personas ordenadas a un fin común (fin social o fin político), bien común que demanda la indispensable coexistencia del derecho, pues:

a) El hombre, cuya naturaleza es racional, al tender necesariamente a la propia felicidad, no puede menos que buscar lo que es justo (el derecho objetivo, el objeto del derecho); admitir lo contrario —equivale a decir que los hombres podrían inclinarse, a propósito, a lo injusto (bajo razón de lo injusto)— llevaría al absurdo de concluir que la felicidad o perfección humana estaría (o podría estar) en las injurias, los robos, en las lesiones provocadas de unos contra otros entre los consocios. El eudemonismo (doctrina según la cual la felicidad o beatitud constituye el bien supremo del hombre), que ya se encontraba, aunque de modo imperfecto, en el pensamiento precristiano²⁷, tiene su culminación en la doctrina cristiana, resumida en la consecución futura de las ocho bienaventuranzas²⁸, con la afirmación de que el bien del hombre está en Dios: «...*Deus est totum hominis bonum*»²⁹, y de que la felicidad humana es el conocimiento de Dios: «El bien del hombre consiste en conocer la verdad. Pero el sumo bien del hombre no consiste en conocer cualquier verdad, como dice el Filósofo»³⁰. Al apogeo de ese genuino eudemonismo cristiano se

²⁷ P. ej., ARISTÓTELES, *Éthique à Nicomaque*, cit., Bkk. 1176.

²⁸ *Mt.*, 5,1-10; cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Catena aurea in Quatuor Evangelia*, tomo I, Torino y Roma, Marietti, 1953, pp. 70-97.

²⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, II-II, q. 26, a. 13, *ad 3^{um}*.

³⁰ *Ibid.*, II-II, q. 167, a. 1, *ad 1^{um}*; también: I-II, q. 3, a. 7, *respondeo*; cfr. T. URDÁNOZ, «Introducción al Tratado de la bienaventuranza», en la edición castellana de la *Suma teológica* de SANTO TOMÁS DE AQUINO, tomo IV, Madrid, Biblioteca de Autores Cristianos, 1954, pp. 75-98.

siguieron, con todo, varias corrientes adversas (p. ej., el quietismo, el altruismo fundamental de los positivistas y el legalismo puro o formalismo kantiano³¹).

b) La naturaleza no indica todo lo que conviene a la coexistencia social concreta: si algunas cosas se revelan intrínsecamente morales (para el caso, justas) o inmorales (en este contexto, injustas), otras hay que reclaman una determinación humana³², tarea del derecho positivo de los hombres. Después de enseñar que el derecho o lo justo —*ius sive iustum*— es la obra adecuada a otro por alguna igualdad, SANTO TOMÁS DE AQUINO distinguió los modos por los cuales una cosa puede ser adecuada o proporcionada a los hombres: el primer modo, por la naturaleza misma de la cosa —*ex ipsa natura rei*—; el segundo, cuando la cosa es adecuada o proporcionada a otro en virtud de una convención o acuerdo común, ya sea particular, ya sea mediante acuerdo público (p. ej., la orden del príncipe que gobierna y representa al pueblo). De donde se sigue que, junto a lo justo por naturaleza —*ius naturale*—, existe lo justo (humano) positivo, por lo cual los hombres determinan el derecho, en virtud de un consentimiento común —*ex communi conducto*—, en aquellas cosas que, en sí mismas, no contradicen la justicia natural. Añádase que lo justo positivo —o, *quodammodo*, la ley positiva— no es, en el pensamiento cristiano, tan sólo el producto de la prudencia humana, sino que su noción comprende también la ley divina: según opinión de SUÁREZ, el concepto de ley positiva en ARISTÓTELES, si bien nominalmente dirigido a expresar la ley humana, ya abarcaba el concepto objetivo de la ley divina³³.

c) La naturaleza de las cosas intima la relevancia de ciertos bienes (p. ej., la vida, la honra, la libertad), imponiendo el consiguiente deber natural³⁴ de respetarlos, deber que el hombre infiere de la condición social

³¹ Cfr. D. BASSO, *Los fundamentos de la moral*, cit., pp. 86-87, y *Ética*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 32. Para un breve examen crítico del formalismo de Kant: J. MARITAIN, *A filosofía moral*, traducción portuguesa de A. DE AMOROSO LIMA, Rio de Janeiro, Agir, 1964, pp. 129-139.

³² Sobre la división adecuada del derecho en *ius naturale* y *ius positivum*, cfr. ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, cit., Bkk. 1134; SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, II-II, q. 57, a. 2, e *In Decem Libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum*, Torino, Marietti, 1934, Libro V, lección XII.

³³ F. SUÁREZ, *De legibus*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, Libro 1, cap. 3, núm. 13.

³⁴ Dice G. DEL VECCHIO la «sana conciencia ética que, si se interroga genuinamente, encuentra impresa en sí indeleblemente la ley del deber y de la justicia. No es distinta en verdad, en su fundamento, la ley jurídica y la moral; y si se admite, como no puede dejar de admitirse, la validez absoluta del imperativo inscrito en nuestro corazones: «No hagas a

de su propia naturaleza³⁵; pero, siendo los hombres, en su estado presente, susceptibles de errores de la inteligencia y perversiones de la voluntad, conviene reforzar, jurídicamente, las consecuencias morales de la violación de aquellos bienes (que dan contenido a ciertas pretensiones, que se designan como «derechos subjetivos»); el crimen «*est vieux comme le monde*»³⁶ y es compañero obligado del hombre caído³⁷, lo cual, para el auténtico pensamiento cristiano, deriva de las sanciones infligidas a causa del pecado adámico, debilitándose la natural inclinación del hombre a las virtudes³⁸.

d) Aun suponiendo, contrariamente a la realidad de las cosas, que los hombres fuesen impecables, la consecución de un fin común, en la sociedad, exigiría la coordinación de los medios para alcanzarlo, y esa coordinación, ejercitada por las varias autoridades sociales, es causa eficiente y ejemplar en la regulación jurídica.

CRISIS DEL DERECHO, CRISIS DE LOS HOMBRES

Si el problema de la seguridad no puede agotarse comprimiéndose en el corsé de la mera realidad social, no faltan motivos, con todo, para aceptar la diagnosis de LÓPEZ DE OÑATE (con una persistencia, tal vez, agudizada en estos tiempos) de que la crisis de la seguridad humana se expresa «con mayor claridad en el campo del derecho»³⁹. No se está di-

los demás lo que no quieras que te hagan», sería incongruente y contradictorio no admitir como igualmente absoluto el derecho a cumplir ese deber» (*Le but du droit: bien commun, justice, sécurité*, cit., p. 13).

³⁵ Señala F. D'AGOSTINO que «el hecho de coexistir se convierte para el hombre en el deber de reconocerse a sí mismo y a los demás como *coexistentes*, deber de coexistir que presupone la imposibilidad de eliminar el hecho de que siempre, y en todo caso, los hombres somos ya coexistentes. El deber de coexistir es fundamental, porque no se puede salir de la coexistencia (sería como salir del estado de ser) y porque por otra parte la coexistencia es un estado en el que no se debe entrar, porque *ya se está en él*» (*Filosofía del diritto*, Torino, G. Giappichelli, 2000, p. 259).

³⁶ R. MERLE y A. VITU, *Traité de droit criminel*, Paris, Cujas, 1997, n. 1. Prosigue el texto «desde los primeros tiempos de la historia la criminalidad no ha cesado jamás de manifestarse en todas las civilizaciones y en todos los lugares de la Tierra».

³⁷ Se lee, a propósito, en M. HAURIUO: «La historia de la humanidad es el comentario perpetuo del *meliora proboque, deteriora sequor*. [...] La historia de las costumbres no es sino el largo martirologio de la ley moral, la historia de los desfallecimientos y las traiciones de la voluntad humana frente a la ley, de las desobediencias a la ley» (*Aux sources du droit: le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Bloud & Gay, 1933, p. 40).

³⁸ Cfr. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma teológica*, I-II, q. 85, a. 1, respondeo: «*naturalis inclinatio ad virtutem, diminuitur per peccatum*».

³⁹ F. LÓPEZ DE OÑATE, *La certeza del Derecho*, cit., p. 63.

ciendo que esa crisis sea principalmente jurídica; nada más lejos de la realidad. Lo que sí puede decirse es que sus elementos se manifiestan más claramente en la vida de la *polis*⁴⁰.

Los síntomas que, en su momento, había señalado CALAMANDREI en la crisis de la seguridad jurídica (progresiva debilitación del derecho subjetivo; amplificación del derecho administrativo a expensas del derecho civil; absorción del proceso civil en la jurisdicción voluntaria o en la jurisdicción administrativa; aumento de los poderes discrecionales del juez; oscurecimiento de las fronteras entre el derecho público y el privado y entre el derecho sustantivo y el procesal; descrédito de las codificaciones, cuando no de la propia norma general; aspiración del derecho a través de la peculiaridad casuística⁴¹), agregó LÓPEZ DE OÑATE amenazas teóricas (movimiento del derecho libre y concepciones jurídicas de los Estados totalitarios) y fácticas (pérdida de la claridad y de la simplicidad de las leyes, hipertrofia legislativa⁴²), y aún podrían añadirse ahora, *inter plures*, la inestabilidad normativa, el principalismo (sobre todo el judicial), la pérdida de solidez de la cosa juzgada, la reducción de los plazos de prescripción, el desbordamiento de la órbita privada, la regulación principio-lógica, la exuberancia de los elementos normativos del tipo y el neoconstitucionalismo, factores frecuentemente imbricados y con fundamentos difusos, que permiten ver el síndrome de una efracción mundial de la seguridad jurídica, señales de una crisis que no es sólo del derecho —ni mucho menos, como a veces se afirma, una crisis apenas de la legística.

Aun cuando resulte admisible, en el estrecho ámbito de criterios científicos y técnicos para bien legislar, referirse, *tout court*, a la «crisis de la ley»⁴³, esta designación —a la que no se había inclinado LÓPEZ DE OÑATE, aludiendo a la «crisis del derecho», la crisis «en el campo del derecho» y a la «falta de certeza del derecho»— no cuadra exactamente con la amplitud moral y jurídica de la cuestión, que, sin dejar de abarcar el tema de la «ley», revela antes una «crisis del derecho» o incluso una «crisis de los hombres»⁴⁴.

⁴⁰ También F. LÓPEZ DE OÑATE: «La crisis general tiene, pues, su reflejo preciso en el mundo del derecho, que también está en crisis, y la crisis de la experiencia jurídica vale para iluminar precisamente la esencia de la crisis [...]» (*Ibid.*).

⁴¹ *Ibid.*, p. 64.

⁴² *Ibid.*, pp. 93 y ss.

⁴³ Así, C. BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística*, Lisboa, Verbo, 2007, *passim*.

⁴⁴ En ese sentido, p. ej., en *L'amour des lois* (dirección de J. BOULAD-AYOUB, B. MELKEVIK y P. ROBERT, Québec/Paris, Presses de l'Université Laval/L'Harmattan, 1977), que tiene como subtítulo: *La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, los distintos