
EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA PERSONA HUMANA EN SUS DERECHOS ESENCIALES

HAROLDO RAMÓN GAVERNET

Por eso es perfectamente posible que existan distintas soluciones para un mismo problema, cuya aceptación dependerá no de su mayor exactitud —el jurista no es ni puede ser una especie de técnico de la verdad—, sino de su mayor fidelidad interpretativa, de su aptitud para determinar en cada caso lo que es justo y lo que es injusto.¹

APORTACIONES POSIBLES DEL *IUS ROMANUM* A LA
CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

I

El análisis de las relaciones posibles entre los hoy denominados “derechos humanos” y la concepción romana de *Ius* plantea no pocas dificultades, siendo como es todavía una cuestión abierta la determinación de sus conceptos y fundamento.

¹ Baylos Corroza, Hermenegildo, “Derechos intelectuales como derechos subjetivos”, *Tratado de derecho industrial*, Civitas, Madrid, 1978.

En el intento de buscar respuestas que puedan contribuir a develar si existe tal posibilidad (y sin haber arribado aún, en lo personal, a una toma de posición definitiva), creo conveniente vertebrar este trabajo en el análisis de tres expresiones: *derechos humanos*, *derechos subjetivos* y *Ius*, y una breve referencia a la “*dignitas*”.

II

La doctrina especializada se ha ocupado larga y denodadamente en la búsqueda de respuestas generalizadamente satisfactorias y definitivas, sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos.

El que algunos tengan al problema como una cuestión terminológica, no cierra el debate, antes bien produce el efecto contrario.²

Una primera dificultad es la referida a si puede responderse de modo independiente a ambos problemas, el del concepto “derechos humanos” y aquel referido a su fundamentación; o si procede en cambio, su consideración conjunta (aceptando la necesidad, o al menos la conveniencia, de su tratamiento por separado, adoptando la solución dualista; o adhiriendo en caso contrario a la concepción monista).

Así también y según el tratamiento dado al estudio de cada uno determinará el carácter analítico o filosófico que revisten estos aspectos.

La circunstancia de que gran parte de la doctrina de por “superada” la controversia, sin definir de modo terminante cuál es la respuesta acorde con la realidad, tampoco proporciona mayores precisiones ni claridad, pudiendo advertirse más bien la adhesión a una suerte de monismo diluido.

² Lucas, Javier de, “Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos”, en *Derechos humanos*, Jesús Ballesteros (ed.), Tecnos, Madrid, 1992, p. 13. Con alusión particular a la literatura científica producida alrededor de los denominados “derechos morales”.

III

Por otra parte, entre los estudiosos que buscan para los derechos humanos una fundamentación ética merecen mencionarse a Muguerza; Rodríguez Paniagua; Pérez Luño (en torno a la ética intersubjetiva); Eusebio Fernández (fundamento ético racional en torno a la idea de los derechos morales); y A. Ruiz Miguel (comprensión de los derechos humanos como derechos morales).³

No puede tampoco obviarse, al momento de dar un conciso panorama de las muy distintas aportaciones para la solución del problema, a las efectuadas por Jesús Ballesteros apoyada en fundamentos ético-religiosos,⁴ la de Javier de Lucas, basada en el reconocimiento del sujeto como persona moral,⁵ y la de María José Añon, con remisión a la teoría de las necesidades.⁶

A su vez, Peces Barba, como también Prieto Sanchís,⁷ rechazan las tesis que propugnan la noción de “*Derechos morales*” (con el argumento que a su juicio tienen los “inconvenientes” del iusnaturalismo sin aportar novedosas ventajas).

Con la propuesta de la *libertad igualitaria* como clave del fundamento ético de estos derechos, de los que a su juicio solamente podría hablarse como realidad integrable en el derecho positivo, sostiene el mencionado Peces Barba la distinción entre teoría de los derechos fundamentales y filosofía de los derechos fundamentales.⁸

³ Al respecto, como así con relación a los autores que a continuación se menciona, remito a la síntesis y referencias que efectúa Vidal Gil, Ernesto en “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en *Derechos humanos*, Jesús Ballesteros (ed.), Tecnos, Madrid, 1992.

⁴ Ballesteros, Jesús, “Sobre el sentido del derecho”, Ed. Tecnos, Madrid, 1986.

⁵ Lucas, Javier de, y Ballesteros, Jesús, “Sobre los límites del principio de disidencia”, en Muguerza, J. y otros: *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989.

⁶ Añon Roig, M. J., “Teoría de las necesidades y su proyección en la teoría de los derechos...”, en cita de Vidal Gil, *op. cit.*, nota 3.

⁷ Prieto Sanchís, L., “Ideología liberal y fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Observaciones críticas”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 4.

⁸ Peces Barba, G., “Derechos fundamentales”, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

Propone la inexistencia de una conexión necesaria entre ambos problemas y, consecuentemente, la posibilidad de darles un tratamiento independiente, adoptando tal posición particularmente con criterio metodológico.

Este cuadro de situación, que no pretende agotar la multiplicidad de opiniones, y su conjunción con la idea de que solamente puede hablarse de derechos humanos como una realidad integrable en el derecho positivo, parece dar razón a Bobbio quien, con escepticismo calificara a todo intento de fundamentación como una “empresa desesperada”.⁹

Sin embargo, apartándose de esa posición antes predominante, hoy la doctrina cree que no puede abdicarse de la convicción de que es posible hallar una explicación adecuada.

Ello implica para muchos aceptar que el derecho positivo pudiere devenir insuficiente para dar fundamento a los derechos humanos,¹⁰ ya que lo contrario llevaría implícita la aceptación de que carecerían de vigencia en aquellos supuestos en que no ha mediado su legal reconocimiento.¹¹

Lo cierto es que, a menudo, las diferentes posiciones asumidas por los especialistas parecen estar condicionadas por la necesidad de compatibilizar sus argumentos en esta temática, con los preconceptos impuestos por sus ideas iusfilosóficas; es decir evitando abdicar de los presupuestos propios de ellas.

Interesante camino transitan quienes entienden a los derechos humanos como exigencias éticas y derechos (derechos morales) que corresponden a los hombres por el hecho de ser hombres.

Como indica Eusebio Fernández,¹² bajo la denominación “derechos morales” se pretende describir a la síntesis de los dere-

⁹ Bobbio, N., *El problema de la guerra y las vías para la paz*, Gedisa, Madrid, 1988, Gedisa, Madrid, 1988; “L’illusion du fondement absolu”, Actas del Convenio del Institut International de Philosophie, L’Aquila, sep. 1964, Florencia, 1966.

¹⁰ Bulygin, E., “Sobre el estatus ontológico de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.

¹¹ Laporta, F., “Sobre el concepto de los derechos humanos”, *Doxa*, núm. 4, 1987.

¹² Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

chos humanos entendidos como exigencias éticas o valores y, paralelamente, como derechos.

De donde surge una como limitación basada en que sólo los derechos estrechamente vinculados con la dignidad humana han de poder ser tenidos como derechos humanos fundamentales.

Paralelamente, para quienes es inaceptable esta idea, (por a su juicio “reintroducir en el seno del ordenamiento jurídico la confusión entre moral y derecho”),¹³ solamente puede hablarse de los derechos humanos en tanto y en cuanto estén formando parte del ordenamiento jurídico que les otorga exigencia y validez, por lo que no han de ser sino “derechos subjetivos”.¹⁴

La observación de las diferentes maneras de entender el concepto “derechos subjetivos” permite ver diferencias e incluso contradicciones,¹⁵ habiéndose cuestionado cuál es su esencia íntima (¿qué es el derecho subjetivo?), poniéndose en duda su propia existencia (¿existe el derecho subjetivo?, ¿existió siempre o irrumpió en algún momento determinado de la historia del derecho?).

Ello sin olvidar las posiciones críticas que llegan a cuestionar no solamente su existencia sino su utilidad.^{16, 17} O a considerarlos como fenómenos secundarios frente al ordenamiento jurídico.¹⁸

IV

A partir de la ligazón señalada entre derechos subjetivos y derechos humanos se impone una obligada consideración a aquellos, puesto que, si se entiende que la misma es tan estrecha podría a

¹³ Vidal Gil, E., “Los derechos humanos como derechos subjetivos”, en *Derechos humanos*, J. Ballesteros (ed.), Tecnos, Madrid, 1992.

¹⁴ *Ibidem*, “...nunca desde su origen han conocido la filosofía y la ciencia del derecho conceptos que permanezcan tan unidos. Uno y otros, derechos humanos y derechos subjetivos, son conceptos propios de la modernidad”.

¹⁵ Villey, Michel, “La genese du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”, *cit.* en Di Pietro A., *infra*, nota 23.

¹⁶ Compte, Auguste, *Catéchisme positiviste*, París, Garnier.

¹⁷ Duguit, León, *Las transformaciones generales de derecho privado desde el Código Napoleón*, Madrid, 1912.

¹⁸ Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.

partir de ella construirse el fundamento de vigencia y aclararse el concepto.

El derecho privado codificado se presenta como una suerte de sistema de derechos subjetivos, cuya noción aparece nítidamente detrás de las instituciones fundamentales (matrimonio, propiedad, contrato, indemnización de daños causados, etcétera).

Las garantías y derechos de raigambre constitucional son verdaderos catálogos de derechos subjetivos, oponibles frente al poder público, brindando protección a la integridad física, moral y jurídica del individuo, y los derechos al bienestar, a la salud, a la educación (en definitiva, los “derechos humanos”).¹⁹

En un sistema en el que la noción de derecho subjetivo aparece como primordial, el derecho objetivo está dirigido al reconocimiento y protección de esos derechos, limitándolos exclusivamente para asegurar su mayor efectividad.

Siendo indudable que la noción de “derecho subjetivo” representa uno de los conceptos fundamentales para la actual ciencia jurídica, no por ello deja de ser motivo de cuestionamiento; lo que ocurre no obstante que hasta el común de la gente encara sus derechos como atributos y prolongación de su persona, como poderes individuales cuyo ejercicio depende de su sola voluntad aun cuando desconozca la distinción entre aquella y la de derecho objetivo²⁰ (ya decía Von Thur que la noción central del derecho privado es el derecho subjetivo).²¹

Mientras la regulación objetiva era desdeñosamente sospechada por riesgosa, el derecho en su aspecto subjetivo llegaba hasta casi asumir la plenitud de la expresión “Derecho”.²²

¹⁹ Guzmán Brito, Alejandro, en “Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo”, de Michel Villey, Ed. Universitaria de Valparaíso, Universidad Católica de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976; donde advierte que el derecho nuevo parece poner más el acento en la presencia de un orden objetivo, “basado en requerimientos públicos de naturaleza económica, política y social, al cual las personas deben someterse, que es el dato primigenio de los derechos subjetivos en libre juego”.

²⁰ Maspétiol, R., “Ambigüité du droit subjectif: métaphysique, ¿técnique juridique ou sociologie?”, *Archives de Philosophie de Droit*, núm. 9, Sirey, París, 1964.

²¹ Von Thur, Andreas, “Der allgemeine Teil des B.G.B”, t. I, 1910.

²² Jourdan, A., *Des rapports entre le Droit et l'Economie Politique*, 1885. “Toda ley, en sí es un mal, puesto que ella no puede tener por objeto sino reglar el uso de los dere-

Al respecto señala con acierto Di Pietro: “Quizá haya sido el siglo pasado aquel en el cual (el derecho subjetivo) lució con mayor esplendor en el firmamento jurídico. El antropocentrismo típico de los siglos modernos, la acentuada subjetividad manifestada a partir del Renacimiento que predominó en la filosofía a partir del “cogito” cartesiano, en fin las altisonantes declaraciones de derechos humanos nacidas al calor de los procesos revolucionarios, significaron un campo propicio para que el subjetivismo jurídico reinara solemnemente”.²³

Es a partir de tal concepción antropocéntrica (que entiende que es el hombre la fuente primigenia del derecho), que se considera al derecho subjetivo como un poder interno, una cualidad moral, un atributo, que el hombre posee por si mismo.

Así el derecho subjetivo y el derecho objetivo vendrían a presentarse como las fuentes de las que surge el derecho, siendo los primeros (para una concepción iusnatural-racionalista), “derechos innatos”, que habrían de merecer ratificación en las Declaraciones de Derechos del Hombre de 1776 (Estados Unidos), y de 1791 (Francia); en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU) y las referidas a los derechos humanos que se sucedieran en diversos tratados, declaraciones y pactos.

Se presentan como inviolables, inalienables, imprescriptibles, oponibles a los poderes públicos (aun a los legislativos y constitucionales). Por ello mismo tienen pretensión de absolutez, pese a la indefinición que les es propia y se patentizara al inicio de este trabajo.

No obstante que originariamente, por las libertades que les sirven de sustrato, debieron ser absolutos, al pasarse a un “estado de naturaleza” al “estado civil”, surgen las limitaciones que permiten aceptar cierta subordinación de los derechos subjetivos al derecho objetivo.

chos y reglar el uso de un derecho es inevitablemente limitarlo” (cita y trad. Alfredo di Pietro, *cit.*, *infra*, nota 23).

²³ Di Pietro, Alfredo, “El problema del derecho subjetivo en el derecho romano”, trabajo inédito, Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, 1973.

V

Paralelamente a las disputas entre subjetivistas y antisubjetivistas, los romanistas introducen la cuestión sobre la existencia o no de los derechos subjetivos en Roma, que en su conclusión importa admitir o no si ellos existieron siempre o aparecieron a partir de un momento histórico determinado.

Así, Pugliese²⁴ se manifestó en favor de la aceptación de su existencia, admitiendo no obstante que el vocablo *ius* no deviene adecuado para explicitar el concepto.

En contrapuesto sentido Villey²⁵ origina un planteo nuevo, con considerable repercusión.

Además, y entre otros autores, Monier,²⁶ Pflüger,²⁷ D'Ors,²⁸ Gioffredi,²⁹ y Kaser³⁰ efectúan aportaciones sustanciales a la cuestión.

Hay también quienes, como Dabin,³¹ estiman que incluso en la antigüedad han existido aunque se desconociese la palabra. Para él no reviste importancia que los romanos hablasen de *dominium* y no de derecho de propiedad, de *actio in personam* en vez de derecho de crédito, si se acepta la ausencia de la expresión; el conocimiento de la mayoría de las libertades estaría sustancialmente en perífrasis como "*meum esse*" o "*habere*".

²⁴ Pugliese, G., "Res corporales et incorporales e il problema del diritto soggettivo", *Studi Arangio Ruiz*, III, 1952 (pub. Ist. Dir. Rom., Universidad de Roma, VIII), Milán, 1939.

²⁵ Villey, Michel, "L' idée du droit subjectif et les systemes juridiques romains", *Rev. Hist. du Droit Français et étranger*, 1946. *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, Universidad de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976.

²⁶ Monier, R., "La división des choses corporales et incorporales"; *Rev. Hist.*, 26, 1948.

²⁷ Plüger, "Über Körperliche und unkörperliche Sachen", en cita de Di Pietro, *op. cit.*, nota 23.

²⁸ D'Ors, Álvaro, "Aspectos objetivos y subjetivos del concepto de Ius", *Studi Albertario*, II.

²⁹ Gioffredi, G., *Diritto e processo nelle antiche forma giuridiche romane*, Appollinaris, Roma, 1955.

³⁰ Kaser, Max, "Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht", en cita de Di Pietro, *op. cit.*, nota 23.

³¹ Dabin, Jean, "El derecho subjetivo", *Revista del Derecho Privado*, Madrid, 1955.

Dice que aun cuando como teoría es relativamente reciente, “la cosa que expresa es tan vieja como el derecho y la justicia mismos, pues no se concibe derecho objetivo que no reconociera, en beneficio de unos y otros, estas prerrogativas —de función, de objeto y contenido diversos— que se denominan derechos subjetivos”.³²

Puede advertirse en este concepto de derecho subjetivo tan amplia generalidad que puede entendiéndose como toda ventaja, utilidad o prerrogativa detentada jurídicamente por una persona; con lo cual no hay quien no pueda adherir a su idea. Aun negando la existencia de los derechos subjetivos podría aceptarse que todas las situaciones jurídicas devienen de un supuesto de ventaja personal, ya que como dijera Hermogeniano el derecho ha sido constituido en función del hombre.³³

Además, no obstante su pretendida neutralidad filosófica en la conceptualización de los derechos subjetivos, admite Dabin como valor supremo “el bien de la persona humana”, estando a su servicio todo, “comprendida la sociedad y el Estado”, lo que implica indudablemente una base filosófica.

Ocurre que, como señalara Di Pietro, “lo esencial del derecho subjetivo es precisamente develar su raíz metafísica, puesto que esa *ventaja* indiscutible que tiene el individuo jurídicamente considerado, puede estar señalada por la *atribución a un orden natural*, por la *atribución de un orden jurídico positivo*, o por la *atribución autoritaria de un régimen totalitario* o nacer directamente del individuo, de la persona en cuanto sí, es decir en cuanto a su ser-persona”.³⁴

La función asignada al derecho objetivo, dentro de un sistema donde el dato principal es la noción de derechos subjetivos, no puede ser otra sino su protección y reconocimiento, y su limitación solamente dentro de la necesidad de asignarles efectividad.

³² Dabin, Jean, “Droit subjectif et subjectivisme juridique”, *Archives*, núm. 9, p. 34, en cita de Di Pietro, *op. cit.*, nota 23, p. XI.

³³ D. 1, 5, 2. *Hominium causa omne ius constitutum sit.* (Hermog).

³⁴ Di Pietro, Alfredo, *op. cit.*, nota 23, p. XII.

Los derechos subjetivos resultarán así las libertades individuales; el objetivo es el conjunto de condiciones que permiten la coexistencia de ellas.³⁵

VI

Entonces, este sistema ¿ha sido válido desde siempre, o por el contrario, tal concepción es una idea histórica contingente, que en algún momento no fue y que por tanto podría llegar a dejar de ser?³⁶

En los inicios del siglo XVII enseñaba Grotius³⁷ que el derecho es la facultad que corresponde a una persona para tener o hacer algo justamente, llamando a la cualidad moral perfecta *facultad* y a la menos perfecta *aptitud*. A la facultad la entendía como derecho en sentido propio y estricto, que implica potestad sobre sí mismo (libertad), sobre otros, sobre las cosas.

Tal es, según Villey, la definición misma del derecho subjetivo, “en tanto cualidad atribuida a una persona y, más precisamente, ya que ante todo se trata de derecho propiamente dicho, facultad de tener o de hacer cualquier cosa”; y de ella colige que “todo nos autoriza para ver en ella el origen de un pensamiento de tipo individualista”.³⁸

La *Escuela del Derecho Natural* encontrará en el pasaje inspiración. Puffendorf, Thomasius, Feltman, harán exégesis, comentarios, será punto de partida de sus propias definiciones. De Felde, Huber, harán crítica.

Ahora bien, estos no cuestionan el lenguaje empleado por Grotius. Aceptan expresiones tales como “*Ius in re*”, por útiles y consagradas por el uso “*reciente*”, introducidas por los canonistas y la escolástica.

³⁵ Kant, Emmanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, México, 1968.

³⁶ Guzmán Brito, Alejandro, *op. cit.*, nota 19.

³⁷ Grotius, Hugo, “*De iure belli ac pacis*”, lib. I cap. 1.

³⁸ Villey, Michel, “Una controversia en torno al sentido de la palabra *Ius*”, en “Los orígenes de la noción de derecho subjetivo”, *cit.*, nota 25.

Controvierten, en cambio, su “uso romano” y resaltan lo novedoso de la definición; hecho por lo demás que hasta el propio Grotius acepta, así como sus seguidores.

Si concluimos que nociones que suponen receptado el concepto de “derecho subjetivo” (derecho real, derecho personal, etcétera), reconocen un origen relativamente moderno, no romano; y dada la estrecha ligazón señalada entre aquellos y los derechos humanos, ¿qué posibilidad queda de encontrar en ellos al menos una sombra del antiguo y romano *ius*?

VII

Corresponde, por tanto, inquirirse en torno a la expresión latina *Ius*, lo que nos enfrenta a un problema también controvertido y de poca diafanidad, tal vez por obra de los mismos tratadistas.

El vocablo *Derecho* aparece tardíamente en las fuentes, hallándosela recién en las romano-cristianas (así “*directudo*” en Casiodoro). La moral judeo-cristiana dará a “*directum*” su apoyatura.³⁹

La voz propiamente romana es *ius*, que se manifiesta como el concepto central, con el alcance de “lo justo”, la “*res iusta*”,⁴⁰ es decir “el orden judicial socialmente admitido, formulado por los que saben de lo justo: por los “*iuris prudentes*”.⁴¹

Ulpiano al decir que *ius* “es llamado así a partir de *iustitia*”,⁴² sin perjuicio del cuestionamiento etimológico que pudiera hacerse, nos muestra lo esencial de la expresión: que depende de justicia y es lo justo.⁴³

³⁹ Di Pietro, Alfredo, “La prudente tarea de interpretación en el derecho romano”, en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, núm. 9.

⁴⁰ Di Pietro Alfredo, “Ius fasque est”, en revista *Prudentia Iuris*, núm. 1, agosto de 1980, pp. 63-100.

⁴¹ D’Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, 6a. ed., Pamplona, 1986.

⁴² Ulpiano D., 1, 1, pr.

⁴³ Di Pietro, Alfredo, “La prudente tarea de interpretación en el derecho romano”, *op. cit.*, nota 23.

Por lo demás en Roma no se concibe a las “*leges*” constituyendo un sistema normativo al modo de nuestros días. La relación entre *leges* y *ius* reviste características particulares.

Cicerón nos dice que la *lex* es la razón suprema que está ínsita en la Naturaleza,⁴⁴ que solamente puede ser tenida como *iusta* en tanto sea congruente con ella y en virtud de lo cual constituirá *Ius*.

Así, y por ello, la “Naturaleza es la fuente del *Ius*”,⁴⁵ apreciándose diáfano que es a partir de la realidad misma que aquel se conforma.⁴⁶

La *Lex rogata*, propuesta por el magistrado y ratificada por el *populus*, no puede ser definida con la simpleza de *Gaius*.⁴⁷

No existiendo en Roma el principio de soberanía popular, la *lex* es un acto del magistrado⁴⁸ que recibe del *populus* la ratificación.

Tiene carácter imperativo, ya que emana del *Imperium* del magistrado que la propone y por ser propio de ella mandar (*imperare*).⁴⁹ Su carácter es volitivo, es un acto de poder (de “*potestas*”).

El *Ius*, por su lado, posee carácter intelectualivo. Se fundamenta en la *auctoritas* de los prudentes, según nos señala Pomponio.⁵⁰

La enumeración que *Gaius*⁵¹ hace de las fuentes del derecho (incluyendo las leyes, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones imperiales, los edictos) puede inducir a error.

Las leyes interesan escasamente al derecho privado, ya que los magistrados se ocupaban preferentemente de aspectos del

⁴⁴ Cicerón, “de Leg”, 1, 6, 18.

⁴⁵ *Ibidem*, 1, 13, 36.

⁴⁶ Di Pietro, Alfredo, “El concepto de Ley en Cicerón”, en *Moenia*, núm. XXX-XXXI, Centro de Estudios Tomistas, sep-dic., 1987.

⁴⁷ *Gai.* 1, 3. “lo que el *populus* ordena y establece”.

⁴⁸ D’Ors, Álvaro, “La ley romana acto del magistrado”, *Emérita*, 1969, pp. 137 y ss.

⁴⁹ Modestino D., I, 3, 7. “*Legis virtus haec est: imperare*” (La virtud de la ley es esta: mandar).

⁵⁰ Pomponio D., I, 2, 2, 5., “Promulgadas estas leyes, comenzó, según naturalmente suele acontecer, a requerir la interpretación que la discusión en el foro fuese necesaria, apoyándose en la autoridad de los *jurisconsultos*”.

⁵¹ *Gai.* 1, 2.

Ius Publicum. De tal modo no hallamos legisladas las relaciones familiares, los contratos, la propiedad, etcétera.

Sin embargo existen leyes que tienen en su contenido algo que señalar al *Ius*.

Las escuetas palabras de la ley, limitadas a imponer alguna regla, dejan amplio espacio al *Ius*. Mientras aquélla se ocupa de lo general, éste de lo específico.⁵² El *Ius* no se confunde con la *Lex*.

La *Lex* aporta el lenguaje imperativo genérico; el *Ius* se expresa por boca de los prudentes tratando de encontrar “la solución justa” al “caso específico”.⁵³

“Mientras en el derecho contemporáneo parece esperarse todo de la *ley*, en Roma, por el contrario, se espera todo del *iuris prudens*”.⁵⁴

De modo tal que no puede hablarse en Roma de un “ordenamiento jurídico” al modo contemporáneo, de un *Ius* dentro de un sistema normativo cerrado que constriñera a los interpretes de modo minucioso.

En realidad, particularmente en la época clásica, el *ius* está abierto donde el prudente intenta crear derecho a partir de los casos (de la “*res litigiosa*”).⁵⁵

Debe, además, considerarse la cuestión relativa al *ius civile* y al *ius gentium*, términos complementarios, como lo patentiza Gaius al decir que “todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres, usan en parte un *ius* que es suyo propio y en parte un *ius* común a todos los hombres”.⁵⁶

Este último, el *ius gentium*, común a todos los hombres, no está escrito y tiene como fundamento a la “realidad natural”,

⁵² Papiniano D., 50, 17, 80. “En todo el derecho el género es derogado por la especie, y se considera principalmente lo que se refiere a la especie”.

⁵³ Di Pietro, Alfredo, “La prudente tarea de interpretación en el derecho romano”, *op. cit.*, p. 232.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 233.

⁵⁵ Ulpiano D., I, 3, 13. “Pues, como dice Pedio, siempre que por la ley se ha introducido una u otra disposición, es buena ocasión para que o por la interpretación, o ciertamente por la jurisdicción, se suplan las demás que tienden a la misma utilidad”.

⁵⁶ Gai, 1, 1.

introducido por los pretores con una finalidad de utilidad pública, para ayudar, suplir o corregir al *ius civile*.⁵⁷

Al interpretar la ley desde el caso, no como simples ejecutores de aquellas sino en pos de dar solución justa es que, consecuentemente, ayudan, suplen, corrigen lo expresado en la ley. Porque “conocer las leyes no es quedar atado por sus palabras, sino por su fuerza y poder”, como decía Celso.⁵⁸

Por ello puede aseverarse, siguiendo a Biondi, que “la ciencia del derecho plantea para los romanos problemas no de lógica, sino de justicia”.⁵⁹

Cuando, corrido el tiempo, la labor de los juristas sea la de compilar (como ocurre a Triboniano, Teófilo y Doroteo), se han perdido aquellas virtudes que brillaran durante el periodo clásico, con los *iusprudentes* calificados de “príncipes” por Cicerón⁶⁰ (Escévola, Manlio, Bruto).

Para, finalmente, llegar a una época en la que la función de los juristas que parece ser decidir sin comprender, “porque la decisión, el juicio, la sentencia son el resultado lógico-matemático de una regla predeterminada”.⁶¹

VIII

Siguiendo a Villey, creemos poder afirmar que hay como dos maneras de entender el derecho una antigua, que sigue un modo objetivista, y una moderna, de modo subjetivista.

La concepción “antigua”, con fundamento filosófico en Aristóteles (luego retomada por Santo Tomás), y recogida por el derecho romano, nos manifiesta un mundo bella y armoniosamente organizado, donde las personas y las cosas se incardinan. En él es

⁵⁷ Pomponio D., 1, 2, 2, 12.

⁵⁸ Celso D., 1, 3, 17.

⁵⁹ Biondi, Biondo, “Objeto y método de la jurisprudencia romana”, en *Arte y ciencia del derecho*, Ariel, Barcelona, 1953, p. 56.

⁶⁰ Cicerón, “*de finib.*”, 1, 4, 12.

⁶¹ Brogini, G., “Rivista de science giuridica Ius”, de la Univ. Cattolica di Milano, año XXXIV, mayo/agosto 1987, p. 122.

factible encontrar, dentro de una totalidad, la porción justa que corresponde al sujeto, es decir el *ius*.

De allí que la función del jurista, como también la del legislador, no es otra que “dar a cada uno lo suyo”, la “*res iusta*” que le corresponde según el orden natural y objetivo de los bienes.

Determinación de cada parte justa que comprende no sólo las ventajas, sino también las cargas.

Allí el poder es algo “prejurídico”, que no necesita del reconocimiento legal, que tiende a absorber las ventajas transformándose en ilimitado. El *ius* se muestra acotando objetivamente tal poder, distribuyendo los bienes y determinando las desventajas.

El modo moderno, que reconoce origen filosófico al fin de la Edad Media y en la Moderna, con el nominalismo y el modernismo, nos presenta a los individuos aislados, interrelacionándose no por su esencia o naturaleza sino por un nombre común.

El individuo y sus derechos, derechos subjetivos, enfrentado a los otros, impondrá al juez y a los legisladores la necesidad de determinar los derechos de cada cual.

Como señala Guzmán Brito: “...no se trata de que los antiguos hayan desconocido la noción de poder: el derecho romano está lleno de poderes; sólo que los antiguos no hacen de los poderes un derecho, ni de la determinación de los poderes el objeto de la ciencia jurídica; ...el *ius* en tanto partición justa de ventajas y de desventajas, es delimitadora del poder, el derecho subjetivo en cambio lo reafirma”.

“A partir, pues, de este modo moderno, el derecho deja de concebirse como la justa partición para pasar a ser una determinación de derechos subjetivos, de poderes inherentes a los individuos”.⁶²

⁶² Guzmán Brito, Alejandro, Presentación a “Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo”, p. 18, y agrega: “Como se ve, no necesariamente hay que emitir juicios de valor en torno a ninguna de estas concepciones; ya se dijo antes: se trata simplemente de dos modos de pensar lo jurídico, cada uno de los cuales pone su acento en datos distintos: ora en la *res* ora en la *potestas*, partiendo de sistemas filosóficos diferentes”.

IX

Desde la visión descriptiva precedente se advierte dónde pueden gestarse las dificultades para determinar el concepto de derechos humanos.

Indudablemente la actual concepción de *derecho*, con marcado acento puesto en el legal reconocimiento de los poderes y derechos propios de la persona, se torna en un valladar, un obstáculo difícil de sortear.

Esta “*forma mentis*” obliga a un encuadre de los derechos humanos, dentro de un marco de dificultosa contención. Esta situación se plantea tanto si se busca respuesta a través de los derechos subjetivos, como si se lo hace a partir de los derechos morales.

Ambos ángulos de abordaje tropiezan con idéntico obstáculo: una manera, un modo de concebir el derecho que no logra contener el fenómeno hoy denominado de los derechos humanos. Tal vez no sea ajeno a este estado de cosas, la sociologización y racionalización de las cuestiones jurídicas.

Un cauteloso y prudente retorno a los viejos moldes del derecho romano, a la par de permitirnos recuperar valores culturales permanentes, puede iluminar clarificando el fundamento, alcance y contenido de los derechos nacidos como Derechos del Hombre.

Si admitiéramos como posible que el derecho positivo no es quien reconoce los derechos, sino que su función, como la del antiguo *Ius*, se dirige a la limitación objetiva del poder, la distribución de bienes y determinación de desventajas, quedarían despejadas muchas de las vallas que dificultan la adecuada dilucidación de la problemática en análisis.

Además, ahondando en conceptos romanos, expresiones como “dignidad humana”, que se asoma a cada paso cuando se trata de la temática que nos ocupa, y está en la raíz del fundamento de los derechos humanos, serán mejor comprendidas.

Este concepto posee carácter relativo y no absoluto. Al decir que algo es digno se hace referencia a lo que ese “algo” realmente merece; de modo que cuando le reconocemos dignidad,

se torna ineludible saber de qué se es digno. Es decir, cuál es el merecimiento, aun cuando se trate de un respeto general e indeterminado.

Cuando Cicerón nos refiere a este término, “*dignitas*” (y en sus obras se lo encuentra con frecuencia), está usado especialmente como la mayor respetabilidad pública que conlleva una mayor responsabilidad en los asuntos de la república.

De donde la ligazón de dignidad con magistraturas (*honorés*), los cargos son dignidades y la *dignitas* el merecimiento de los cargos públicos.

La fundamentación de los derechos humanos en la “dignidad humana”, en la “dignidad natural del hombre”, necesariamente igual para todos los hombres tiene en sí un contrasentido, que puede revertirse siguiendo los caminos romanos; que puede superarse si se advierte que solamente la persona humana puede ser sujeto de derechos y deberes, no la naturaleza.

Dicha circunstancia no permite hablar, al menos con precisión terminológica, de “derechos humanos universales”, siendo correcta la referencia a los derechos concretos de cada persona.

El orden relativo a la naturaleza humana, se trasunta como conjunto de deberes a las personas, siendo peligroso atribuir derechos a la “naturaleza”, confundiendo la naturaleza individual con la persona, y buscando fundamento a los derechos humanos en una cuestionada “dignidad natural”.⁶³

X

La circunstancia de que en estos tiempos modernos persista la sensibilidad de algunos hombres para sentirse preocupados por las condiciones en que se desenvuelve la historia personal de cada ser humano y de cada comunidad, es saludable frente a la paradoja de los desastrosos y aberraciones de que dan cuenta las noticias todos los días.

⁶³ D’Ors, Álvaro. “La llamada *dignidad humana*”, en *Revista Jurídica La Ley*, 1980-C, Secc. doctrina, Buenos Aires.

La tenaz oposición a las condenas a pena de muerte se contraponen con el deliberado y repugnante aborto de uno de dos mellizos, con el argumento de falta de medios económicos.

La defensa a ultranza de la paz y la composición, hace olvidar la obligación de luchar cada día en todos los frentes por el triunfo de la justicia. Las respuestas surgidas de la mediación, desprecian la protección de los más débiles, con olvido de la equidad.

Día a día la parcialización resultante del reconocimiento de los derechos de los ancianos, de los niños, de las mujeres, crean colisiones devenidas del amparo antitético de los “derechos humanos” de cada uno de ellos.

Valores contrapuestos y el uso político de justas defensas de derechos y libertades llegan a confundir al más prevenido.

En este mundo contradictorio y paradójico, en que las comunicaciones traen instantáneamente noticias desde los más recónditos extremos del orbe, muchos hombres se debaten inmersos en la angustia y la soledad, a la espera de amparo de sus legítimas aspiraciones, que las más de las veces implican la satisfacción de necesidades vitales.

Mientras tanto, los hombres de derecho, con lentos y trabajosos pasos andan y desandan, día tras día los caminos, en pos de la quimera de proporcionar un encuadre adecuado que sirva de protección a las libertades, que ponga límites al poder y a los poderosos, que permita el desarrollo más pleno de cada ser humano.

Y es posible que entre ellos, con templada y serena esperanza, los que gustamos de este antiguo derecho, siempre nuevo en sus aplicaciones, tengamos aún nuestro aporte que proporcionar.

Tal vez retomando y priorizando la idea de virtud a la de valor, podremos escanciar a los hombres nuevos de este fin de siglo, el viejo vino de la justicia añejado en las maderas del derecho de Roma.

Derecho que es “*sabio en sus principios, claro en su método, sencillo en sus aplicaciones, la verdad legal por excelencia y lo más sublime de la moral y de la razón*”.⁶⁴

⁶⁴ Villafáñez, “Discursos sobre el derecho, manuscritos”, en Heineccio, *Recitaciones del derecho civil*, t. 1, Lib. de Garnier Hnos., París, 1888.