

UNA PECULIAR VISIÓN DEL DERECHO. ¿Y SI POR UNOS MINUTOS NOS APARTAMOS DE KANT Y NOS APROXIMAMOS A NIETZSCHE?

A PECULIAR VISION OF THE LAW. WHAT IF FOR A FEW MINUTES WE DEPART FROM KANT AND APPROACH NIETZSCHE?

Piero Da Giau Roose
Universidad ESAN, Perú

Resumen

El presente trabajo expone reflexiones sobre la vinculación entre el derecho con la sociología, la ética, la moral, la religión, la literatura y la filosofía; y enlaza los conceptos jurídicos —asumidos *a priori*— en su acepción no filosófica. Plantear cuestionamientos derivados de otras ramas del saber humano nos permitirá asumir y entender el carácter multidisciplinario del derecho, partiendo de situaciones jurídicas que se contrastan con el campo eminentemente sociológico. Asimismo, reflexionaremos sobre asuntos religiosos, morales y éticos, a las luces de la filosofía que todo lo cuestiona —en especial, una visión nietzscheana— y desde el enfoque de la literatura, que todo lo aborda.

Palabras clave: derecho, sociología, ética, moral, religión, literatura, filosofía.

Abstract

This work presents reflections on the connection between law and sociology, ethics, morality, religion, literature and philosophy; and links legal concepts —assumed *a priori*— in their non-philosophical meaning. Raising questions derived from other branches of human knowledge will allow us to assume and understand the multidisciplinary nature of law, starting from legal situations contrasted with the eminently sociological field. Likewise, we will reflect on religious, moral and ethical issues, in the light of philosophy that

questions everything —especially a Nietzschean vision— and from the perspective of literature, which addresses everything.

Keywords: law, sociology, ethic, moral, religion, literature, philosophy.

1. Introducción

El artículo que ponemos a vuestra consideración busca abordar la ciencia del derecho desde una óptica multidisciplinaria y transversal, además de crítica y —como alguien que leyó el borrador del presente trabajo— audaz. El enfoque lo iniciamos a las luces de la Sociología, pero, sobre todo, desde el eterno cuestionamiento filosófico; a nuestro entender, el punto de partida de todo cuestionamiento del saber humano en el devenir y desarrollo del conocimiento y la cultura.

El carácter dialéctico del conocimiento nos lleva a la afirmación y la negación, tal como afirmara Hegel, cuando sostuvo que «cada Filosofía es la Filosofía de su época; es un eslabón de toda la cadena del desenvolvimiento espiritual que sólo puede satisfacer los intereses de su tiempo»¹. Es así como debemos entender que cada ciencia es la ciencia de su época; del mismo modo, cada filosofía es la filosofía de su tiempo, de su tiempo-espacio.

Este trabajo, que nace a partir de una peculiar visión del derecho, nos lleva a supuestos o presupuestos ciertos, comprobables, verificables, vinculados a acontecimientos, a sucesos, al hecho, a lo fáctico; pero también abordaremos la ficción, que nos llevará a cuestionar lo notorio, lo aceptado, lo incontrovertible en el derecho del presente.

El hoy o el presente del derecho es el resultado del ayer y la historia del derecho vinculado a la filosofía de su tiempo, de tiempos pretéritos, a la ciencia de su tiempo; incluso, a lo aleatorio del hecho pasado y la historia de la humanidad. Al respecto, surgen interrogantes como ¿qué habría sido del derecho sin Roma?, ¿qué habría sido del derecho sin Bizancio?, ¿qué habría sido del derecho sin el cristianismo influenciado por la filosofía aristotélica?, ¿no es acaso el derecho comercial de la Edad Media un resultante del pensamien-

1 Hegel, *Vorlesungen über die Geschichte der Philosophie* (Conferencias sobre la historia de la filosofía), citado por Víctor Raúl Haya de la Torre, *El espacio-tiempo histórico* (Lima: Editorial L e Idea, s. f.), 45.

to religioso? Entonces, ¿qué habría sido del derecho sin el cristianismo o el pensamiento aristotélico en su base? La ficción nos puede llevar al cuestionamiento de lo notorio más que lo evidente, a lo culturalmente aceptado, más que a lo sensorialmente percibido. A lo largo del texto, intentaremos generar curiosidad, crítica, aceptación o reproche.

2. Derecho y sociología

Una visión sociológica del derecho nos permite percibir a la ciencia jurídica del modo como fue afirmado por Shakespeare: «Todo el mundo es un escenario, y todos los hombres y mujeres meros actores: tienen sus salidas y entradas; y un hombre en su vida interpreta muchos roles, siendo sus actos en siete edades».²

Las situaciones jurídicas, ampliamente estudiadas por la pandectística alemana y por la dogmática italiana, permiten atribuirle al derecho una función, que es claramente definida como mecanismo de asignación de situaciones jurídicas activas, intermedias y pasivas. Todas ellas derivan del rol —papel protagónico que, a lo largo de nuestra existencia, asumimos como «actores»— de nuestra propia vida o existencia humana.

Sin embargo, la máscara de resonancia *per sonare* —aquella utilizada por los actores en la Antigüedad y que origina el término *persona*— no será vista de la misma forma por la sociología, el derecho, la ética, la moral, la psicología social, la antropología, la medicina o la economía.

Es trascendental que los estudiantes de Derecho y los abogados, incluso, logremos comprender, más allá de una visión positivista, la complejidad de la ciencia en la que nos formamos, así como su carácter multidisciplinario y transversal. De acuerdo con Ely Chinoy, «el ser humano es enormemente plástico; posee muy pocas pautas heredadas, fijas, de conducta»³, *ergo*, sus hábitos, actitudes y su conducta, más que heredados, son aprendidos; por lo tanto, el hombre es fundamentalmente un ser social que, a diferencia de otras especies, adquiere conocimientos ancestrales heredados a través de la cultura, mientras que para las demás especies, al nacer es la primera de la historia.

2 William Shakespeare, *El mercader de Venecia. Como gustéis*, 3.^a ed., trad. Instituto Shakespeare (Madrid: Cátedra, 2005), 210.

3 Ely Chinoy, *Introducción a la Sociología* (Barcelona: Paidós, 1980), 91.

Una visión sociológica nos vinculará a un proceso de socialización e interiorización de situaciones jurídicas que el derecho impone a los miembros de una colectividad. Más allá de comprender al derecho positivo como un sistema normativo vigente en el tiempo y el espacio, hallemos su génesis en un mecanismo de asignación de situaciones jurídicas derivadas del concepto sociológico *status*, por encima de su análisis como situación jurídica intermedia. Toda situación jurídica, sea activa o pasiva, intermedia, de ventaja o de desventaja, deriva del *status* (entendido como una posición dentro del orden social); por tanto, el *status* es, ante todo, un concepto sociológico que el derecho recoge en el momento en que la escuela de la pandectística inicia el profundo estudio y análisis de las situaciones jurídicas.

La tradicional visión del derecho, como sistema jurídico regulador de conducta humana intersubjetiva, debe comprenderse a manera de una derivación de relaciones jurídicas que nacen a partir de situaciones jurídicas, es decir, situaciones relevantes para el derecho en determinado espacio-tiempo.

Lo jurídicamente relevante en el pasado puede no serlo en el presente; *a contrario sensu*, lo relevante o imbuido de juridicidad en el presente puede no ser relevante en el futuro. A saber, la dialéctica como constante de cambio y transformación: lo pretérito, lo vigente, lo que será anacrónico más adelante. Las relaciones extrapatrimoniales, patrimoniales, administrativas, tributarias y procesales son una derivación directa de las situaciones jurídicas activas, intermedias y pasivas; todas ellas, derivadas, a su vez, del *status*, y este último del rol, sea el rol set, o incluso un rol funcional o disfuncional.

El derecho no es solo pasado y presente, sino futuro. Las posiciones de la teoría jurídica positivista y las teorías neokantianas no logran escudriñar en su totalidad a una ciencia que asigna determinadas situaciones jurídicas activas, intermedias o pasivas, con relación a la posibilidad de exigir a otro que subordine sus intereses al titular de la situación jurídica de ventaja, como es la pretensión material. En el pasado, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual era únicamente objetiva, ya sea la que hallamos en la Ley de las XII tablas o en los *torts* del derecho anglosajón. *A contrario sensu*, en el derecho moderno, la responsabilidad extracontractual es eminentemente subjetiva y deriva, en el mayor número de ocasiones, de un actuar culposo o doloso de tipo abierto, cuyo supuesto normativo, *tatbestand* o *fattispecie* —figura del hecho— puede derivar de infinitas conductas dañosas. Por tanto, la situación jurídica pasiva, denominada responsabilidad —y, específicamente, la extra-

contractual— recibe un tratamiento propio en nuestro tiempo, distinto al que se le dio en el pasado.

Cuando ingresamos al campo sociológico, esa vinculación tendrá una intensidad mayor, pues el derecho como ciencia social deriva del rol y el *status*. Y es ahí donde debemos reforzar la cabal comprensión del tema que nos atañe en esta parte inicial. Conforme señala el maestro Vincenzo Ferrari, los conceptos de

...libertad pura, facultad, derecho subjetivo, discrecionalidad, poder, poder-deber, carga, obligación. Desde el punto de vista dogmático, aparecen esencialmente como status que el ordenamiento atribuye al sujeto, en cierto modo trascendiéndolo, de modo que el sujeto es objetivamente caracterizado por ellos en el sentido jurídico.⁴

No podemos desligar al derecho de la sociología, la economía, la antropología social, la antropología filosófica o la antropología jurídica, también denominada etnología. Así como el derecho, más que un simple conjunto de normas, es un sistema normativo en el ámbito de creación cultural. En tal sentido, las áreas del conocimiento se sistematizan en interacción y complemento.

Lo que vamos desarrollar a continuación generará inquietud académica, porque nos adentraremos al «campo minado» de la filosofía.

3. Derecho, ética, moral, literatura y filosofía

Utilizando la mayéutica, es válido plantearnos las siguientes interrogantes respecto a la teoría pura del derecho: ¿Esta logra separar al derecho de la moral o *mores*? ¿Se ha creado una ciencia ajena a la interiorización de lo que, en un determinado tiempo y lugar, la sociedad considera correcto o incorrecto? ¿La ética no influye en la juridicidad o en lo que es jurídicamente relevante? ¿La independencia de las normas heterónomas y autónomas puede ser cuestionada?

4 Vincenzo Ferrari, *Funciones del Derecho* (Madrid: Debate, 1989), 75.

Es usual que no se discuta la divergencia entre el carácter autónomo de la norma moral frente al carácter heterónomo de la norma jurídica; sin embargo, el maestro Vincenzo Ferrari señala lo siguiente:

«No ignoramos, naturalmente, que esta forma de separar, al modo kantiano, la moral del Derecho, que consiste en reconocer a la primera un carácter autónomo y al segundo un carácter heterónomo, no es algo compartido por todos. Bobbio, por ejemplo lo rechaza».⁵

El contraste entre la norma jurídica y la norma moral es notorio, más que evidente; es cultural, más que sensorial. La ética o el *ethos*, concebido por los griegos, y el *mores*, ideado por los romanos, han sido, en algunas ocasiones, confundidos o considerados sinónimos. La ética se vincula al derecho e influye en él, ya que agrega a los valores y principios —imperantes en determinado tiempo— una consecuencia jurídica, una relevancia o juridicidad prevista de sanción derivada del poder, incluso. Para aclararlo, es necesario ingresar a explicaciones vinculadas a las diferencias entre la ética de bienes; la ética kantiana, derivada del imperativo categórico; o la ética utilitarista de Jeremías Bentham, referida a que es moral todo lo que genera felicidad (prefiriéndose a la felicidad del mayor número). En sentido contrario, la ética utilitarista considera inmoral todo aquello que origina dolor y sufrimiento; este último enfoque teórico, posteriormente, fue trasladado al plano económico por Adam Smith en su célebre obra *La riqueza de las naciones*.

La ética de bienes, por su parte, determina *a priori* aquello que es bueno o que es malo; por ejemplo, la ética cristiana nos dice que virtud y pecado son determinados por la divinidad, y establece preceptos que, de incumplirlos y no arrepentirnos por ello, nos sería negada la vida eterna.

La vinculación del derecho con la ética kantiana la podemos apreciar en lo afirmado por el maestro Luigi Mengoni: «La pandectística alemana del siglo XIX fue la continuación del derecho natural con otros medios. Éstos medios fueron el formalismo ético kantiano».⁶ La ética kantiana, vista a las luces del imperativo categórico, plantea soluciones pragmáticas al problema axiológico que estudia el bien y el mal. En tal sentido, en el espacio-tiempo se entenderá

5 Ferrari, *Funciones del Derecho*, 75.

6 Luigi Mengoni, en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, vol. XII, «Dogmatica giurídica» (Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1989), 2.

como bueno o correcto aquello que la mayoría de los que conforman una determinada sociedad lo consideran así; de la misma forma, es malo o incorrecto aquello que la mayoría del conjunto social lo considera de ese modo.

En el ámbito espiritual o religioso, el bien y el mal se hallan establecidos en la ética de bienes; por ejemplo, la ética cristiana establece o define *a priori* qué es bueno o malo, como resultante de la voluntad divina y cabal entendimiento de la creación. Sin embargo, si estudiamos a las religiones orientales, apreciamos que el antagonismo entre el bien y el mal, propio de las religiones occidentales, encuentra en el zoroastrismo un caso particular y opuesto.

Los gnósticos seguidores de Zoroastro creían en una divinidad o espíritu —más que dios, espíritu— denominada Abraxas, cuyo poder abarcaba el universo entero, puesto que se trataba del dios del bien y del mal. De esta manera, Abraxas, término ya romanizado y proveniente del griego bíblico ἀβραξάς, era considerado un dios de alcance universal, al abarcar tanto el bien como el mal; en consecuencia, no era contemplado como un dios incompleto. El tema ha sido magistralmente enfocado, incluso, en la literatura universal:

Unir lo divino y lo demoníaco. Estas palabras resonaban aún en mí. A ellas enlacé ahora mis reflexiones. Me eran ya familiares desde mis diálogos con Demian (...) Demian me había dicho que el Dios al que rendíamos culto no representaba sino la mitad del mundo arbitrariamente disociada.⁷

Imaginemos, entonces, un derecho evolucionado a partir del zoroastrismo y no del cristianismo y el imperio romano; y, posteriormente, de manera concreta, el derecho de Bizancio.

De forma similar, la célebre obra de Goethe, en el diálogo de Fausto con Mefistófeles, este último expresa: «Te diré una discreta verdad: aunque el hombre, ese pequeño, ese pequeño mundo de locos, suele considerarse un todo, yo soy una parte que al principio lo era todo».⁸

Por su parte, Wilde, aparentemente, relativiza la moral moderna en los siguientes términos:

7 Hermann Hesse, *Demian* (México: Gernika, 2012), 91.

8 Johan Goethe, *Fausto* (Madrid: Libsa, 2017), 29.

Además, el individualismo tiene sin duda el fin más elevado. La moral moderna se reduce simplemente a aceptar las normas de la época que nos toca vivir. Soy de la opinión que todo hombre de cultura que acepte las normas de su época comente una inmoralidad absolutamente deleznable.⁹

Cuánta aproximación ente Nietzsche y Wilde: «Yo en el prólogo a Richard Wagner, afirmo el arte y no la moral es presentado como la actividad propiamente metafísica del hombre».¹⁰

De manera que una visión del derecho, eventual o imaginariamente creada por los gnósticos, tendría un enfoque diferente del discernimiento humano. Una visión utilitarista, del mismo modo, no encuadraría perfectamente en la ética kantiana, y ambas no se corresponden a la ética de bienes. Todas las anteriores no podrán equipararse a una moral gnóstica, y en ámbito literario, el pensamiento de Goethe, Hesse o Wilde tendrían aristas literario-filosóficas distintas, pero no ajenas del ámbito puramente filosófico; «Goethe es el último alemán al que respeto».¹¹ Vale la pena preguntarnos si es tan simple entender el discernimiento y la capacidad de ejercicio. En el ámbito del acto jurídico, utilizamos constantemente el término representación. Para Arthur Schopenhauer, ¿qué sería la representación? El derecho lo hace simple, pero, en realidad, no lo es. ¿Lo bueno y lo malo serán, acaso, como nubes de paso? «Por qué todas las cosas son bautizadas en el manantial de la eternidad y allende el bien y el mal; pero el bien y el mal mismo no son más que sombras interpuestas, húmedas aflicciones y nubes de paso».¹²

Agreguemos, ahora, que el discernimiento es una consecuencia, un presupuesto que también puede ser cuestionado desde el punto de vista filosófico, pues se parte de una creencia asumida *a priori*, como es el libre albedrío.

La imposibilidad de una elección libre y, por tanto, el determinismo moral implica también una incognoscibilidad, por decir así, de segundo grado, que impediría al filósofo hablar de moral (...) por otra parte, está lejos de ser el punto de llegada de Nietzsche en su crítica de la moral.¹³

9 Oscar Wilde, *El retrato de Dorian Gray* (Barcelona: Penguin Random House, 2017), 139.

10 Friedrich Nietzsche, *El nacimiento de la tragedia*. 2.ª ed. (México: Tomo, 2014), 13.

11 Friedrich Nietzsche, *El ocaso de los ídolos*, 3.ª reimp. (Buenos Aires: Gárgola, 2014), 114.

12 Friedrich Nietzsche, *Así hablaba Zaratustra* (Lima: Ebisa, 2005), 165.

13 Gianni Vattimo, *Introducción a Nietzsche* (Barcelona: Península, 2012), 73.

Si partimos de lo diametralmente opuesto: en el determinismo filosófico, el discernimiento, la culpa, la responsabilidad o, incluso, el pecado (derivado de la ética de bienes) pueden ser cuestionados.

La complejidad del derecho es insignificante frente a la comprensión de la moral. En ese sentido, el filósofo y filólogo alemán Friedrich Nietzsche cuestionó los paradigmas vigentes en su tiempo.

Más lógica resulta la teoría contraria a lo que me estoy refiriendo (aunque no por ello sea más verdadera), defendida entre otros por Herbert Spencer según el cual el concepto de “bueno” se identifica con lo de útil y oportuno, de forma que la humanidad habría ido resumiendo y sancionando en los juicios de bondad y maldad precisamente sus experiencias no olvidadas sobre lo nocivo en inconveniente.¹⁴

En este punto, convendría plantearnos la siguiente interrogante: ¿En qué medida el derecho también recoge las experiencias no olvidadas de la humanidad? En la misma secuencia, el derecho desarrolla el actuar provisto del discernimiento, y de manera heterónoma impone qué es lo malo, pues lo reviste de sanción desde el poder. ¿Pero qué es lo malo? «Todo lo que proviene de la debilidad»¹⁵, afirma Nietzsche, si interpretamos el punto 52 de su obra *El anticristo*. Cuídense de leerlo literalmente, sabio consejo de Thomas Mann, porque «quien toma en serio a Nietzsche, quien lo toma al pie de la letra y le cree, está perdido».¹⁶

Ahora bien, lo notorio, del latín *notorius* —de lo que todos se dan cuenta—, es decir, todo aquello que una sociedad en un determinado tiempo considera verdadero, se traslada al derecho procesal y a la probática, y afirma que lo notorio no es materia de probanza. Lo mismo ocurre frente a lo evidente, del latín *evidens* o *evidentis*, esto es, aquello que se muestra completamente visible o manifiesto.

La diferencia entre lo notorio y lo evidente radica en que el primero es cultural, mientras que el segundo es sensorial, y frente a nosotros, visible. El derecho, o al menos la forma como se estudia, parte de afirmaciones *a priori* asumidas como ciertas, como verdades; entonces, vale la pena cuestionarnos

14 Friedrich Nietzsche, *La genealogía de la moral* (Madrid: Edimat, 2011), 53.

15 Friedrich Nietzsche, *El anticristo* (Lima: Ebisa, 2013), 27.

16 Thomas Mann, citado por Juan José Sebrelli, *El olvido de la razón* (Buenos Aires: Penguin Random House Grupo Editorial Argentina, 2011).

y preguntarnos: ¿Cuántas mentiras hemos asumido como verdades? Desde la afirmación procesal que asevera que la prescripción extingue la acción, pero no el derecho, pues, ello es falso. La prescripción extingue la pretensión del accionante, ya que primero se acciona y luego se califica. Es más, en el derecho civil el juez no puede declarar la prescripción de oficio, y si ello ocurre en el proceso es porque el demandado, dentro del plazo previsto en cada vía procedimental, propuso la excepción de prescripción. Por tanto, nunca se extinguió la acción, pues ya se había materializado en el momento de interposición de la demanda, en el instante en que la demanda se presentó por mesa de partes. En consecuencia, la prescripción no extingue la acción, sino la pretensión del accionante.

Mentiras convertidas en verdades abundan en la cultura humana, y el derecho es cultura. Nunca dejemos de enfrentar las verdades admitidas y lo notorio.

La filosofía, tal como yo la he entendido y vivido hasta ahora, es vida voluntaria en el hielo y en las altas montañas: búsqueda de todo lo problemático y extraño que hay en el existir, de todo lo proscrito hasta ahora por la moral.¹⁷

4. Conclusión

En el derecho procesal se afirma que lo notorio y evidente no es materia de probanza; sin embargo, dicha afirmación no se aplica a la ciencia del derecho, en donde todo, o casi todo, puede ser discutido a las luces de la razón y las reglas del buen pensar. La utilización de términos aceptados *a priori* en una sociedad —época y lugar, tiempo y espacio— como ciertos o notorios, pueden ser materia de cuestionamiento. El derecho debe apartarse de cualquier dogma o afirmación infalible, puesto que de todo se puede dudar, menos de la propia duda. Y es ahí en donde la filosofía y la literatura se pueden convertir en un claro ejemplo del carácter contestatario y cuestionador que nos permite seguir avanzando culturalmente; esto es, hacer uso de la filosofía y la literatura como herramientas útiles para el derecho. La invocación y citas referidas

17 Friedrich Nietzsche, *Ecce Homo*, 2.^a ed. (México: Tomo, 2005), 3.

al filósofo alemán Friedrich Nietzsche han servido, únicamente, de sustento para reforzar la conclusión planteada y generar inquietud académica.

REFERENCIAS

- Chinoy, Ely. *Introducción a la Sociología*. Barcelona: Paidós, 1980.
- Ferrari, Vincenzo. *Funciones del Derecho*. Madrid: Debate, 1989.
- Goethe, Johan. *Fausto*. Madrid: Libsa, 2017.
- Haya de la Torre, Víctor Raúl. *El espacio-tiempo histórico*. Lima: Editorial L e Idea, s. f.
- Hesse, Hermann. *Demian*. México: Gernika, 2012.
- Mengoni, Luigi en *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Vol. XII, «Dogmatica giurídica». Roma: Instituto della Enciclopedia Italiana, 1989.
- Nietzsche, Friedrich. *Así hablaba Zaratustra*. Lima: Ebisa, 2005.
- Nietzsche, Friedrich. *Ecce Homo*. 2.^a ed. México: Tomo, 2005.
- Nietzsche, Friedrich. *La genealogía de la moral*. Madrid: Edimat, 2011.
- Nietzsche, Friedrich. *El anticristo*. Lima: Ebisa, 2013.
- Nietzsche, Friedrich. *El ocaso de los ídolos*. 3.^a reimp. Buenos Aires: Gárgola, 2014.
- Nietzsche, Friedrich. *El nacimiento de la tragedia*. 2.^a ed. México: Tomo, 2014.
- Sebreli, Juan José. *El olvido de la razón*. Buenos Aires: Penguin Random House Grupo Editorial Argentina, 2011.

Una peculiar visión del derecho. ¿Y si por unos minutos nos apartamos de Kant y nos aproximamos a Nietzsche?

Shakespeare, William. *El mercader de Venecia. Como gustéis*. 3.^a ed. Madrid: Cátedra, 2005.

Vattimo, Gianni. *Introducción a Nietzsche*. Barcelona: Península, 2012.

Wilde, Oscar. *El retrato de Dorian Gray*. Barcelona: Penguin Random House, 2017.

Sobre el autor

Abogado y magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres, y egresado del curso de Litigio y Activismo por la American University Washington College of Law. Docente de la Universidad ESAN y la Universidad Femenina del Sagrado Corazón de Jesús, presidente de la Comisión de Estudio de Derecho Civil y Procesal Civil, y miembro de la Comisión Consultiva de Derecho Civil del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (CAL).