

EDUARDO MARTÍN QUINTANA

NOTAS SOBRE EL DERECHO EN EL IUSNATURALISMO

SEGUNDA EDICIÓN CORREGIDA Y AUMENTADA



Editorial de la Universidad Católica Argentina

NOTAS SOBRE EL DERECHO EN EL IUSNATURALISMO

EDUARDO MARTÍN QUINTANA

**NOTAS SOBRE
EL DERECHO
EN EL
IUSNATURALISMO**



Editorial de la Universidad Católica Argentina

Quintana, Eduardo M.

Notas sobre el derecho en el ius naturalismo. - 2a ed. -
Buenos Aires : Educa, 2013.

201 p. ; 21x15 cm.

ISBN 978-987-620-237-4

1. Derecho Natural. I. Título.

CDD 340.112



**EDITORIAL
DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA ARGENTINA**

FUNDACIÓN UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

A. M. de Justo 1400 • P.B., Contrafrente • (C1107AAZ)

Tel./Fax 4338-0277 • educa@uca.edu.ar

Buenos Aires, julio de 2013

ISBN 978-987-620-237-4

Miembro de:

Queda hecho el depósito que previene la Ley 11.723

Printed in Argentina - Impreso en la Argentina

INTRODUCCIÓN ACLARATORIA

Agradezco y me alegra que Educa publique esta segunda edición de *Notas sobre el derecho en el iusnaturalismo*. Respecto de la versión anterior, solo se ha agregado un capítulo (el actual tercero), pero se han efectuado las siguientes modificaciones: a) se ha agregado el punto 4.4 al capítulo primero sobre el concepto de derecho en el iusnaturalismo; b) se ha rehecho el actual capítulo sexto, sobre los fundamentos del derecho; c) se ha agregado el método jurídico moderno al ahora capítulo octavo.

Pedagógicamente, los tres primeros capítulos componen una unidad conceptual, ya que el derecho integra la definición de justicia. El cuarto aborda el siempre complejo tema de las relaciones entre derecho y moral, y es conveniente su lectura a continuación de los anteriores. El quinto es un análisis de la misma temática afrontada por el profesor de París, Michel Villey, la cual, no obstante tiene facetas muy discutibles, resulta interesante para conocer el pensamiento de dicho autor. El sexto trata del fundamento del derecho y cierra toda una unidad temática formada con los anteriores. El séptimo y octavo desarrollan la perspectiva gnoseológica y metodológica, propia de todo conocimiento científico.

Mi agradecimiento también a todos los que se han animado a introducirse en estas páginas que, si bien modestas, tratan

temas de Filosofía del Derecho, por cierto problemáticos. Espero que al menos algunas les sean de provecho.

El autor
Buenos Aires, 1º de febrero de 2013

CAPÍTULO I
EL CONCEPTO DE DERECHO
EN EL IUSNATURALISMO
(Etimología y analogía del término derecho)

En la búsqueda del concepto de derecho seguiremos dos caminos. Uno de ellos es el de la definición nominal, o sea, el significado del “nombre o término” derecho, y para ello es útil recurrir a la etimología que estudia el origen y desarrollo de la significación. El segundo es la definición real que expresa la esencia misma del concepto.

1. Etimología del término derecho

Como ya lo sostenía Platón, la misión del nombre es expresar la verdad esencial de las cosas, pues éstas tienen una naturaleza que hace que sean sas y no otras. El análisis del nombre proporciona la significación originaria que sucesivas generaciones han dado a las cosas y por ello su estudio no es el de un concepto desgajado de la realidad ya que, por el contrario, el nombre está cargado de sentido experiencial. Como dice Lachance, “el nombre es producto de la experiencia acumulada. Siendo la palabra del hombre el intérprete de su pensamiento y la exteriorización de la impresión que recibe de las cosas, se sigue que el nombre

dado a los objetos por todo un tronco de generaciones está literalmente lleno de significación. Atestigua una manera continua de concebirlos. y así puede comprenderse que sea, el nombre, como el umbral de la ciencia.”

1.1. *Etimología latina*

El latín es la raíz común de las lenguas denominadas “romances”, que se gestaron luego de las invasiones de los pueblos bárbaros que ocuparon Europa, entre ellas la lengua castellana. Sin embargo, el término “derecho” no proviene de una raíz latina que significara alguna entidad jurídica sino que según unas opiniones deriva del participio pasivo (*directum*, dirigido) del verbo *dirigere*, dirigir, compuesto de la partícula *di* y el verbo *regere*, regir, gobernar.¹ Para otros, deriva de *drectum*, que significa totalmente recto y que significaría que el fiel de la balanza está completamente recto por pesar igual los dos platillos.² Esta denominación referida a lo recto (camino recto, o derecho), aplicable primero a las cosas físicas, habría pasado luego a asumir una significación moral por semejanza: recta o derecha es la acción humana buena.

Para otros como Urdanoy, derecho proviene de una lengua aria o indogermánica, cuyo origen es la raíz sánscrita “*rgu*”, que significa lo recto o derecho en sentido físico y moral y de esta manera nos encontrarnos con los términos “derecho”, “diritto”, “right”, “recht”.

Si bien derecho en sentido jurídico no se deriva entonces del latín, otros términos de esta lengua han pasado casi inalterados al

¹ COROMINAS, J. y PASCUAL, J. A.: *Diccionario crítico etimológico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1989.

² HERVADA, Javier: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, págs. 187-88.

castellano, como justicia, jurídico, juzgar, etcétera, y por tanto es preciso buscar entre ellos cuál es el que corresponde a nuestro actual derecho. Esta palabra es “*ius*”. En efecto, en latín “*iustitia*” se deriva de “*ius*” por ser esta última raíz de la primera. Según expone Urdanoy, “*ius*” deriva de dos raíces sánscritas. Una de ellas es “*yu*” que significa vínculo, obligación, de donde se derivan también “*iugum*” y “*iugare*”: yugo. Otra es la raíz “*yho*” significando lo proveniente de la divinidad, lo sagrado y de donde procede “*Iu-pater*” pues Júpiter era el Dios de dioses según la etimología romana que sigue a la griega y también de la misma raíz se deriva “*iurare*” o juramento, que implica “palabra empeñada frente a los dioses”.

De aquí se desprende claramente el sentido religioso que tenía la palabra derecho: vinculación, sagrado, juramento divino. Posteriormente, se realiza la distinción entre el “*ius*” y el “*fas*”, reservándose el carácter de divino y sagrado para este último, que significaba entonces el derecho de contenido divino, aplicándose el *ius* a la esfera de las relaciones profanas o políticas.

De acuerdo con lo expuesto, el *ius* era la vinculación entre los hombres que podía ser exigida en razón de justicia divina o humana. El *ius* no es subjetivo, sino objetivo es la cosa justa. Ahora bien, la justicia es una virtud y como todas se especifica por su objeto. Éste es lo justo y por ello Aristóteles dice: “todos convienen en dar el nombre de justicia al hábito con el que obran cosas ‘ustas’; estas últimas son precisamente los derechos”. Por ello, *ius* no es “*lex*” ni “*potestas*”, es la misma cosa justa.

1.2. *Etimología griega*

Como lo hace notar Graneris, es en Grecia donde con mayor propiedad y exactitud se define al derecho como lo justo mediante un neutro substantivado: “*to dikaiion*”, o sea, la “cosa justa”, diferenciándola de la norma, o sea, el “*nomos*”. “*To dikaiion*”,

juntamente con “*dike*”, o sea, justicia, derivan de la raíz “*deik*”. Por su parte, Aristóteles hace referencia al adverbio “*dika*”, que implica lo dividido en dos, o sea, dividido en dos partes iguales, que es el equivalente a lo igual o medido, pues cada parte es igual a la otra.

Esta etimología se remonta a los orígenes de la tradición helénica, ya que Dike era la diosa encargada de los repartos o sea de administrar justicia entre los hombres, tal como nos relata Hesíodo en su *Teogonía*. Es célebre el consejo del poeta a los hombres en “Los trabajos y los días”: “¡Oh! Perses, retén en tu ánimo esta advertencia; escucha la justicia y olvida la violencia. He aquí la ley que Zeus ha prescripto para los hombres: que los peces, las fieras, las aves de rapiña se devoren entre sí, puesto que entre ellos no existe la Justicia; pero que ésta viva entre los hombres, porque es para ellos el mejor de los dones que han recibido de Zeus.”

Este sentido compensador de la justicia, y también retributivo, es continuado por los trágicos, aunque su significado excede el plano de los individuos para proyectarse cósmicamente. Así, Esquilo hará decir a sus personajes: “¡Oh, poderosas Parcas!, cúmplase lo que es justo, con ayuda de Zeus. La justicia reclama su deuda y grita con voz formidable; acuda la fuerza, ¡a la fuerza! la Justicia a la Justicia: ¡Oh, dioses, que se ejecute vuestra justa sentencia!”; “La santa hija de Zeus, respirando odio mortal contra nuestros enemigos, tomó de la mano al vengador y le guió en la pelea. Razón tenemos los mortales para darle el nombre de justicia.”

Una interpretación vulgar concluiría que la Justicia significa simplemente el castigo del culpable, o sea, la compensación por el daño causado. Sin embargo, el sentido es más profundo, pues para el pensamiento griego, aún prefilosófico, toda la realidad integra un “cosmos”, o sea, un todo bellamente ordenado en el que cada parte ocupa el lugar que le corresponde y ejecuta la función que le es propia. De este cosmos participa también el hom-

bre, quien es a su vez un “microcosmos”, debiendo trasladar a la polis el orden de toda la realidad. Por tanto, cualquier falta contra el orden, o sea, la violación a los repartos, debía ser reparada, a veces por quien no era el culpable.

Quizás en quien más claramente aparece el sentido cósmico de la justicia como equilibrio de toda la realidad es en el presocrático Anaximandro, quien en un breve pasaje afirma: “Donde tuvo lo que es su origen, allí es preciso que retorne en su caída, de acuerdo con las determinaciones del destino. Las cosas deben pagar unas a otras el castigo y pena de acuerdo con la sentencia del tiempo”. Según este pensamiento, cada parte del cosmos tiene lo suyo, que es lo justo, pues le ha sido atribuido por la ley universal de justicia, y en la medida que acrecienta su haber en desmedro de otra parte, esta misma ley se ocupa de que pague su pena.

Así, como fruto de su larga tradición, Grecia legará a su máximo filósofo, Aristóteles, el sentido preciso del “*to dikaios*”: “lo justo será lo igual o equitativo”; “puesto que lo igual consiste en un justo medio, habrá que decir también lo mismo de justo”. Para que tenga efecto son necesarias dos personas y dos objetos en relación con los cuales existe; “lo justo es de alguna manera una proporción [...] la proporción es, pues, la igualdad de las relaciones entre términos en número de cuatro por lo menos”; “una parte del derecho político es de origen natural y la otra se apoya en la ley”. De esta breve recorrida etimológica se concluye que el derecho es siempre objetivo, pero no en el sentido contemporáneo de “ley” sino el suyo propio como cosa perteneciente a su titular.

2. La analogía y el término derecho

2.1. Precedentemente hemos efectuado un análisis nominal del término derecho; ahora efectuaremos un análisis del concepto para arribar a la definición real que exprese su esencia.

Con el término derecho históricamente se han significado una pluralidad de realidades: derecho es lo justo o suyo de cada uno pues es el objeto de justicia; la norma jurídica; la facultad subjetiva; el arte de discernir lo justo; la ciencia jurídica; el tribunal de justicia y el orden social justo. Resulta evidente entonces que la palabra “derecho” es semánticamente polisémica. Pero con mayor precisión desde una perspectiva filosófica, “derecho” es un término análogo, o sea, que puede predicarse de entidades semejantes entre sí.

2.2. Origen y desarrollo de la doctrina de la analogía

La palabra “analogía” es de origen matemático; expresaba tanto una simple proporción aritmética como también una igualdad de proporción, o sea, una proporcionalidad continua o discontinua. Luego Aristóteles la empleará en el orden ontológico (la realidad del ser) y hará uso de ella tanto en la Metafísica como en la Ética. Posteriormente, en su recorrido histórico, la analogía será utilizada en la Edad Media primeramente en un sentido lógico, pero luego los filósofos árabes y más tarde la escolástica volverán a aplicar la ontología especialmente a la Metafísica.

La doctrina de la analogía

Como queda dicho, la analogía tiene aplicación lógica y ontológica (real). En cuanto a la primera, los términos o palabras, que son la expresión oral o escrita de un concepto, pueden ser unívocos, equívocos y análogos. El término unívoco designa muchos entes idénticos esencialmente entre sí, por ejemplo “hombre” respecto a todos los individuos de la especie. Equívoco es el término que designa entes totalmente distintos entre sí y sin relación alguna entre ellos, por ejemplo “gato” referido al

animal y a la herramienta. Por último, el término análogo es el que designa entes esencialmente distintos entre sí pero a su vez semejantes y relacionados por una cierta similitud, como el término “sano” referido al viviente y al clima.

La analogía expresa una conformidad, una semejanza, una proporción o conveniencia entre términos o entre conceptos y esto es así pues los entes reales (expresados por el concepto y el término) también son análogos. Aquí entramos en el fundamento de la doctrina de la analogía, ya que la lógica tiene su fuente en la realidad.

2.3. Clases de analogía

La analogía se refiere entonces propia y esencialmente a los entes, pues son éstos los que denotan una semejanza que puede ser de diverso tipo, dando lugar a dos clases de analogía: de proporcionalidad y de atribución (se advierte que existe otra subdivisión que no se introduce aquí dada la índole del tema).

2.3.1. Analogía de proporcionalidad: se realiza cuando la razón análoga se encuentra intrínseca y propiamente en todos los entes. En estos casos existe entre todos ellos una igualdad de tipo proporcional, o sea que, si bien cada uno tiene notas distintas a los demás, el mutuo comportamiento de las notas de cada uno de ellos es el mismo en todos.³ Un ejemplo de este tipo lo constituye el término “visión”, que puede aplicarse a la visión sensible y a la visión intelectual. Así, la “visión” sensitiva es al sentido de la vista como la “visión” intelectual es a la inteligencia.

³ MILLÁN PUELLES, Antonio: *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1996, págs. 492-95.

2.3.2. Analogía de atribución: la razón análoga se encuentra realizada en forma perfecta y completa solo en un ente que comunica a otros la semejanza en forma real o solo denominativamente (comunica solo el nombre). El primero se llama “analogado principal” y los restantes, “analogados menores o derivados”.

2.4. La analogía y el orden jurídico

2.4.1. Algunas doctrinas iusfilosóficas como el positivismo asumen una concepción reduccionista del derecho, o sea, lo entienden como término unívoco, pues mediante él se designan las normas o un conjunto de normas. Por el contrario, para el iusnaturalismo, el término derecho es análogo, o sea, designa entidades esencialmente distintas pero semejantes entre sí. Aplicando ahora la doctrina de la analogía al derecho nos sale al paso un primer interrogante cuya respuesta condiciona toda la perspectiva del orden jurídico: a) ¿el término derecho puede ser predicado por igual a todas las realidades jurídicas (analogía de proporción) o hay alguna que propiamente asume la plenitud de la significación y por participación la comunica a otras, o sea, que tiene primacía sobre ellas? (analogía de atribución); b) en caso de que se opte por la segunda alternativa, la cuestión reside en resolver a cuál de esas realidades le corresponde dicha primacía.

2.4.2. Solución a los interrogantes: prioridad del fin sobre los medios

Remitiéndonos a la experiencia, advertimos que la actividad jurídica no es teórica o contemplativa, no consiste en ideas o sistemas de ideas; tampoco es un quehacer técnico utilitario. Pertenece a la praxis, o sea, al ámbito de las conductas humanas.

Siendo así, es preciso remitirse a la noción de fin, pues todo agente obra por un fin que es el término u objeto perseguido me-

diente la acción. El fin es el primer principio en el orden de la intención, pues para que el agente obre es preciso que conozca primero algo que lo mueva a obrar, o sea, el objeto final hacia el cual dirige su tendencia.

Los tres elementos más importantes que estructuran el orden jurídico son las normas, las facultades del sujeto (ya sea una persona, asociaciones intermedias o la sociedad entera) y por último aquello a lo que se tiende mediante ambos. En esta breve descripción ya se encuentra implícito el fin buscado. El orden jurídico tiene como fin último o extrínseco el bien común social. Pero el fin inmediato o intrínseco del orden jurídico es el reparto de lo que corresponde a cada uno de estos sujetos (ya sea individual o comunitariamente): *los derechos, o sea, “lo suyo de cada uno” o “lo justo”. Las leyes tienen este fin y las facultades subjetivas nacen a partir de lo que corresponde a su titular: lo justo.* Por lo tanto, las leyes y las facultades subjetivas son medios respecto a los derechos que representan su fin.

En consecuencia, si hay una realidad que tiene primacía sobre las restantes, nos encontramos ante una analogía de atribución, pues hay un analogado principal al cual las otras entidades le están subordinadas. De acuerdo con lo expuesto, por razón del fin, *el analogado principal del término derecho es lo justo, que es sinónimo también de lo suyo de cada uno, que es lo que propiamente designamos con la palabra derecho, o sea, el objeto de la justicia.*

3. Concepción iusnaturalista clásica del derecho como lo justo

3.1. Transcribiremos primero algunos textos clásicos donde se encuentran las notas principales que caracterizan al derecho como lo justo.

3.2. Aristóteles (en griego, derecho se denomina *to dikaios* y aquí es traducido como “lo justo”).

“Puesto que lo injusto no respeta la igualdad y puesto que la injusticia se confunde con la desigualdad, es evidente *que hay un justo medio en lo que concierne a la desigualdad. Este justo medio es la igualdad.* En los actos que connotan un más y un menos hay lugar para *un justo medio*. Si, pues, lo injusto es lo desigual o falto de equidad, *lo justo será lo igual o equitativo.* No es necesario razonar esto para hacerlo evidente. Ahora bien: puesto que *lo igual consiste en un justo medio, habrá que decir también lo mismo de la justo. Lo igual supone, al menos, dos términos. Es, pues, necesario que lo justo, que es a la vez término medio y equidad o igualdad, tenga relación, a la vez, con un objeto y con varias personas.* En la medida en que es justo medio supone algunos términos que son el más y el menos; en la medida en que es igual, supone dos personas; en la medida en que es justo, supone personas de un determinado género. *Necesariamente, lo justo implica, por lo menos, cuatro términos o elementos. Para que tenga efecto, son necesarias dos personas y dos objetos, en relación con los cuales existe. Lo mismo habrá que decir de la igualdad o equidad si se examinan las personas y las cosas”* (*Ética a Nicómaco*, Libro V, cap. 3, 1131 a).

“Ahora bien: lo igual es intermedio entre lo más y lo menos, según la proporcionalidad aritmética. Por esto, el griego se sirve de la palabra “*dikaion*”, porque la partición se ha hecho en dos partes iguales “*dika*”; es como si se dijera partido en dos: “*dikaion*”; y la palabra juez, “*dikastes*”, el que parte en dos” (*Ética a Nicómaco*, Libro V, cap. 4, 1132 b).

3.3. Tomás de Aquino

“Si el derecho es el objeto de la Justicia”.

“Lo propio de la justicia, entre las demás virtudes, es ordenar (o regir) al hombre *en las cosas relativas a otro*. Implica, en efecto, *cierta igualdad*, como su propio nombre evidencia; en el lenguaje vulgar se dice que las cosas que se igualan se “ajustan”. *Y la igualdad se establece en relación con otro*. En cambio, las demás virtudes *perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le conciernen en sí mismo*. Así, pues, lo que es recto en los actos *de las demás virtudes*, aquello a que tiende la virtud como a su objeto propio, *no se determina sino en relación al agente*. En cambio, lo recto en el acto de justicia, aun hecha abstracción del agente, *se constituye en atención a otro sujeto*, puesto que en nuestras obras *se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro*: por ejemplo, la remuneración debida por un servicio prestado.

En consecuencia, *se da el nombre de justo a aquello que realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente*, mientras que en las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención a cómo el agente lo hace. De ahí que, de un modo especial y a diferencia de las demás virtudes, *se determina por sí mismo el objeto de la justicia y es llamado lo justo. Tal es el derecho. Luego es evidente que el derecho es el objeto de la justicia*.

Es frecuente que los nombres hayan sido desviados de su primitiva asignación, para significar otras cosas. El nombre de “medicina”, por ejemplo, se usó primeramente para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarle; después pasó a significar el arte de curar. Así también este vocablo “derecho” originariamente se empleó para

significar la misma cosa justa. Pero más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se otorga el derecho, como cuando se dice que alguien “comparaece en derecho”; finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia.

Así como de las obras externas que se realizan por el arte preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley [...] y de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho (*Suma Teológica*, “Tratado de la Justicia”, 2-2, 57, 1).

4. Interpretaciones iusnaturalistas contemporáneas sobre el concepto de derecho

Conforme lo expuesto en el punto anterior, el término derecho es análogo. Siguiendo la tradición de los autores clásicos que han sentado las bases del realismo iusfilosófico, principalmente Aristóteles y Tomás de Aquino, para el iusnaturalismo contemporáneo los términos “derecho”, “lo justo” o “lo suyo de cada uno” son sinónimos. A su vez, en todos ellos el “derecho” se halla íntimamente vinculado con “la justicia”. Pero a partir de estas nociones comunes, las interpretaciones iusnaturalistas contemporáneas difieren en distintos matices sobre la diferencia específica que caracteriza al derecho.

Haremos una breve síntesis de las posiciones principales y al final se efectuará un balance del enriquecedor aporte de los autores citados y una interpretación personal a partir de los textos clásicos.

Las concepciones más comunes del derecho pueden resumirse en las siguientes:

1. El derecho como conducta justa.
2. El derecho como proporción objetiva entre las cosas y como arte de discernir lo justo.
3. El derecho como objeto o término de una relación justa

4.1. El derecho como conducta justa

4.1.1. A partir de la década de 1970 ha tenido en nuestro país una extensa difusión la obra del filósofo polaco Georges Kalinowsky, cuya obra principal está dedicada a la lógica, especialmente a la lógica normativa y deontica. Desde allí ha abordado la filosofía práctica, filosofía del Derecho y también metafísica.

Para Kalinowski el derecho es lo que fue para Aristóteles *to dikaios*, lo justo, e interpreta que el filósofo griego con ese concepto designa lo que es justo entendido como una acción citando un párrafo de la *Ética a Nicómaco*: “si el hombre injusto es inigual y si por otra parte, la noción de injusticia corresponde a la inigualdad, salta a los ojos que existe también un cierto medio por relación a lo inigual y éste es precisamente lo igual; porque en toda *acción* donde hay de más y de menos, hay también lo igual”. Por su parte, Tomás de Aquino veía al derecho como el objeto de la justicia porque lo consideraba “una cierta obra adecuada a otro según un cierto modo de igualdad” (II-II, 57, 1c et 2c). El derecho es una obra “recta”, “adecuada”, “ajustada”; es un acto no en el sentido de una *actio* sino de un *actum*. Ambos autores piensan no en una cosa, en un objeto considerado en sí mismo sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto a otro, *sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro hombre*. Es la que

iguala o no una cierta medida y es por ello justa o injusta... Tomás de Aquino vio en el derecho al objeto de la justicia, porque lo consideraba “una cierta obra adecuada a otro según un cierto modo de igualdad”. Y agrega luego otro argumento decisivo para la prueba de esta afirmación: si el derecho es el objeto de la justicia, no puede consistir sino en una acción, ya que los objetos de las virtudes son o acciones o pasiones; quedando excluidas por principio las pasiones como objeto de la justicia, éste debe consistir en acciones.⁴

Reafirmando su tesis, el filósofo polaco aclara que se dice “justo” en lugar de “acción justa” por antonomasia. Porque lo justo es un valor que solo los actos humanos pueden poseer. No hay entonces cosas (objetos) justas sin referencia implícita (cuando no explícita) a un comportamiento humano. Mil francos tomados en sí mismos nunca son ni justos ni injustos, pero pueden constituir un justo precio o un justo salario en tanto objeto de una entrega pasada, presente o futura, de una suma de dinero por un hombre a otro. Es por esto que el término “opus” (II-II, 57, 2 *respondeo*) debe ser traducido conforme al sentido del verbo “operari” (trabajar, practicar, producir) por “acción” o uno de sus sinónimos. Es imposible no ver a la justicia como una propiedad de la acción humana que cumple ciertas condiciones bien determinadas (II-II, 57-1 *respondeo*).⁵

⁴ KALINOWSKI, Georges: *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, pág. 19. *Archives de Philosophie du Droit*, nº VIII, París, Sirey, 1963. KALINOWSKI, George: “Sur l’emploi métonymique du terme ius et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote”, en A.P.D., nº 18, Sirey, 1973, págs. 331-339. Citado por MASSINI CORREAS, Carlos I.: “La concepción analógica del derecho según Georges Kalinowski”, *Prudentia Iuris*, nº 16, agosto 1985, pág. 82.

⁵ KALINOWSKI, G.: ob. cit., en primer término, en nota nº 13, págs. 66-67.

4.1.2. Para el iusfilósofo mendocino Carlos I. Massini Correas, también el término “derecho” en su significación más propia se refiere a la conducta jurídica, es decir a la conducta humana referida a otro sujeto jurídico, objetivamente debida y en principio coercible. Funda su tesis en los siguientes argumentos:

a) *histórico-etimológico*: en Grecia, originariamente este término hacía referencia a determinadas acciones humanas. Así el vocablo *to dikaios* significaba “lo justo”, “lo conforme a la regla” o “lo normal”: es claro que en estos casos, el objeto designado era una conducta humana. Aristóteles se pregunta a qué clase de acciones se refiere (consisten) la justicia y la injusticia, tomando como punto de partida el que todos están de acuerdo en llamar justicia a la disposición en virtud de la cual los hombres practican lo que es justo (*to dikaios*). En Roma, el término *ius* tenía una significación muy amplia, referida a muy diversas realidades dentro del ámbito de lo jurídico, mientras que el adjetivo sustantivado *iustum* significaba “lo justo” o “lo debido”, por oposición a *iniuria*, que hacía referencia a la conducta contraria a las leyes, a la afrenta a otro, al obrar opuesto a la justicia.

b) *filosófico*: “derecho” éticamente es lo contrario de “entuerto” o torcido. Ambos pertenecen –por una conocida regla lógica– al mismo género de realidades; por lo tanto, siendo evidente que “entuerto” pertenece al género de “conducta humana”, el derecho ha necesariamente de estar incluido en él y consistir –primariamente– en una clase de conducta humana. Es decir que desde la estricta perspectiva del uso habitual del lenguaje jurídico, es posible argumentar seriamente en favor de la centralidad de la significación de “derecho” como referido a la conducta humana. Añade Massini que la realidad jurídica debe considerarse en cuanto realidad práctica, o sea, en cuanto ordenada en toda su multiplicidad y complejidad, a la perfección de un ámbito del obrar humano social. En consecuencia, al pertenecer el derecho

al ámbito de la práctica, aquello que resultará más propiamente “derecho”, aquello de las múltiples realidades jurídicas que realizará de modo más pleno la “derekura” y a la que podrá aplicarse de modo más propio la denominación de “derecho” habrá de ser la *acción o conducta jurídica*.⁶

4.2. El derecho como proporción objetiva entre las cosas y como arte de discernir lo justo

Ambas tesis pertenecen al profesor de la Universidad de París, Michel Villey, cuya presencia en los ámbitos iusfilosóficos provocó una renovación profunda de todas las perspectivas hasta entonces vigentes y obligó a una nueva reflexión sobre las interpretaciones de los autores clásicos. Precisamente éste es el *leit motiv* de Villey: el subjetivismo y el iusnaturalismo racionalista opacaron la auténtica visión de Aristóteles y Tomás de Aquino desfigurando el realismo clásico. Inicialmente es un estudioso del Derecho Romano y de la Historia de la Filosofía, y su preocupación por el sentido del *ius* lo lleva posteriormente a la Filosofía del Derecho, pero profundizando siempre los aspectos históricos desde los que funda sus conclusiones. Una de las características de Villey es su actitud crítica respecto a la metamorfosis operada sobre el concepto de derecho desde finales de la edad media y comienzos de la modernidad, aún en las corrientes iusnaturalistas, según las cuales aquel queda reducido a la facultad subjetiva o la ley.

*4.2.1. Retomando las nociones del *to dikaiion* aristotélico y la *ipsa res iusta* tomista, sostiene que el derecho en su significación*

⁶ MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, págs. 34-37.

más importante se nos presenta como una cosa provista de una existencia propia que el jurista busca, estudia, en torno a la cual parece gravitar su oficio. Cosa que no nos resulta fácil de definir. La aportación más original de la doctrina del Derecho de Aristóteles es precisamente el análisis de un segundo término usado en el lenguaje griego, pariente pero distinto del término “justicia”: *to dikaios*, cuya mejor traducción francesa es *le droit* (lo derecho); los romanos de la época clásica lo tradujeron por *jus*. En el libro quinto de la *Ética* (de Aristóteles) se habla más frecuentemente de Derecho (*to dikaios*) que de justicia (*dikaiosunê*).⁷

a) *To dikaios*: un objeto en forma neutra

Establecida la distinción entre Derecho y Justicia, y desde una perspectiva jurídica otorgando prioridad al primero, precisa el concepto de derecho como “un objeto en forma neutra”: La palabra *dikaios* es un neutro y un neutro sustantivado (*to dikaios*), lo mismo que en latín la palabra *justum*, muy próxima a *jus*. Fonéticamente, en francés el neutro no se distingue del masculino y por otra parte, apenas se usa. Existe una gran diferencia entre el carácter de estas tres lenguas. El griego nos ayuda a percibir una distinción fundamental: la que existe entre el hecho de ser una mujer o un hombre justos (*dikaios*), tener la virtud de la justicia y por otra parte, la de realizar la cosa justa (*to dikaios*).⁸

El *jus* “objeto de la justicia” es una “cosa”, una realidad, una realidad justa (*res justa*), esa realidad inherente al cuerpo político que es en él justa relación de los bienes y cosas repartidas entre los ciudadanos... el *jus* es una *proportion*.⁹

⁷ VILLEY, Michel: *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, tomo I, pág. 83.

⁸ Ibídem, pág. 84.

⁹ Ibídem, págs. 139-140.

b) *To dikaios*: justo medio en las cosas

Otra faceta más que Aristóteles atribuye al *to dikaios* es la de justo medio (*meson*). El justo medio, que es también el Derecho (*dikaion*), ofrece según el análisis de Aristóteles (el comentario de Santo Tomás subraya especialmente este punto), una singularidad notable: no se sitúa en el sujeto; está “en las cosas”, en lo real, en la realidad externa (*medium rei*). El derecho (*to dikaios*) es un objeto; es, por ejemplo, mi parte de impuestos sobre la renta que debo pagar o que he pagado y que no debe ser ni excesiva ni insuficiente. Si por tanto, el Derecho es un medio, es un justo medio objetivo “en las cosas”, *in re*.¹⁰

La misión del Derecho no es que el individuo sea justo, ni vigilar la virtud del individuo; ni siquiera regular su conducta. Nada le importa al jurista que subjetivamente yo sea honesto y lleno de buenas intenciones hacia las finanzas públicas; únicamente le importa que pague mi impuesto; y todavía con más precisión (ahí reside la misión de la ciencia del Derecho): le importa *definir* la parte de impuesto que me corresponde pagar.¹¹

c) *To dikaios*: relación proporcional en la justicia particular

Aristóteles hace un minucioso análisis del *dikaion*. Distingue en él diversos atributos. El Derecho consiste en una relación; es un fenómeno social. “Mi *dikaion* –escribe Aristóteles en su *Ética*– es el bien de otro”. El *to dikaios* es una *proporción* (que nosotros consideramos buena) entre cosas repartidas entre personas; un *proporcional* (término neutro), un *analogon*. Podemos decir que el Derecho consiste en una igualdad, en un igual (*ison*). Una proporción en la repartición de los bienes entre los miembros de un grupo es, pues, la esencia del Derecho, aun cuando esta definición sorprenda a la mentalidad de hoy y parezca difícil

¹⁰ Ibídem, pág. 86.

¹¹ Ibídem, pág. 87.

de asimilar. El *dikaion* no se concibe en el sentido riguroso de este término más que en la justicia *particular*, sobre la cual versa principalmente el estudio de Aristóteles. Solo la justicia particular presenta esta singularidad: buscar un fin objetivo, la igualdad o la armonía en la repartición de los bienes inherentes al cuerpo político, significado por el término neutro *to dikaios*.¹²

d) *To dikaios*: no es una conducta

El derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la *praxis*, no mira a dirigir conductas, *dice* lo que *es* o lo que *será*.¹³ El jurista no tiene por función ser un director de las conciencias; no le corresponde dirigir las acciones humanas ni hacer a los hombres más virtuosos (esto sería propio de la virtud de la justicia): esto sería el papel de la ley; el jurista no es un distribuidor o un realizador de reglas de conductas.¹⁴ Por lo tanto, para Villey la conducta es el objeto propio de la moral y no del conocimiento jurídico.

4.2.2. Según Villey, en su segunda acepción, el Derecho es el arte jurídico de descubrir lo justo en las relaciones sociales; este arte requiere una metodología especial, totalmente diversa al legalismo deductivista de común usanza a partir de la modernidad. Por lo tanto, el término *ius* significa también el arte mediante el cual está determinada esa buena proporción entre las cosas. El jurista extrae el derecho natural de la observación de las cosas (*consideratio rei*), es decir, de las relaciones sociales.¹⁵ Pone es-

¹² Ibídem, págs. 87-89.

¹³ VILLEY, Michel: *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, cap. V: “Sobre el indicativo en el derecho”.

¹⁴ Ibídem, pág. 140, nota 16.

¹⁵ VILLEY, Michel: *El derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, págs. 62-63.

pecial enfasis en excluir de esta metodología cualquier referencia a la ley ntural. Para él, al método racionalista que pretende deducir la justicia de los principios de la razón subjetiva se opone el método clásico que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo de las relaciones sociales.

4.3. El derecho como objeto o término de una relación justa

Si bien las dos interpretaciones anteriores se inscriben en el marco de la filosofía clásica, consideramos más completa la categorización del derecho como el objeto, o sea, el término o finalidad de una relación de justicia. Para el iusfilósofo Louis Lachance, el derecho es lo que es debido a alguien según una relación de igualdad o, en otros términos, la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto está ordenado a una persona y por lo que se torna suya propia.

La palabra que designa al derecho es “*to dikaios*”, lo justo, que expresa dos cosas. Ante todo implica una relación: pues de una cosa no se dice que es justa con relación a sí misma, sino por comparación con otra por la cual se mide, se commesura... En segundo lugar, el hecho de que “*dikaios*” sea un derivado de “*dika*”, revela que el objeto medido, del que se trata, es un intermediario. La palabra “*dika*” es un adverbio que indica la idea de partición. Luego, una partición es, por lo menos, entre dos. La palabra derecho, señala Aristóteles, significaba tanto la medida de lo que se parte entre muchos como la atribución a cada uno de lo que le corresponde por sus condiciones... En consecuencia se percibe que por su significación original, la palabra derecho traduce una demarcación, entre muchos, de lo que es justo.¹⁶

¹⁶ LACHANCE, Louis: *El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, s. e., 1953.

2. Para Hervada, derecho es aquella cosa que, estando atribuida a un sujeto, que es su titular, es debida a éste, en virtud de una deuda en sentido estricto. Lo suyo y su derecho son términos equivalentes; el derecho de cada uno es lo suyo. *Lo que da la acción justa es una cosa, aquello que pertenece al titular por una relación de atribución.* Y lo que el arte del jurista determina es esa cosa. También aquí el término usado no puede ser más general y omnicomprensivo: cosa. ¿Por qué esa buscada generalidad, a la vez que omnicomprensión? *Porque lo que puede constituirse en derecho es muy vario: materia inerte –fundos, casas, objetos de arte, dinero, máquinas, etc.–, semovientes o animales, cosas incorporales –funciones, cargos– y aun personas (el hijo, la esposa, etc.). Cualquier ente que pueda estar atribuido a un titular –según la multiplicidad de formas de atribución y pertenencia posibles– constituye lo suyo del dicho titular.*

Precisamente por su índole omnicomprensiva, la palabra cosa abarca cuanto es capaz de constituirse en derecho, lo mismo si se trata de cosas corporales que incorporales. Efectivamente, ambos tipos de cosas son capaces de estar atribuidas a un titular, siendo, por consiguiente, suyas, su derecho. Así pues, lo suyo comprende lo mismo cosas corporales que incorporales. Ejemplos de las primeras pueden ser un fundo, una cantidad de dinero, etc. Ejemplos de las segundas pueden ser un cargo o función, un poder o una facultad de hacer. Lo suyo, es decir, el derecho, se extiende a cosas tan dispares como un semoviente, la vida o la integridad física, la libertad de la conciencia, una actividad o acción humana como el trabajo, un servicio o prestación, etc. Todo lo que es capaz de atribución en exclusiva y, por ende, capaz de constituirse como lo suyo de un titular es objeto de la justicia, si entra dentro de las relaciones intersubjetivas, esto es, entre distintos sujetos.¹⁷

¹⁷ HERVADA Javier: ob. cit.

Es correcta la referencia a la relación, pues todo derecho implica necesariamente dos entidades relacionadas entre sí y también que el derecho es una igualdad proporcional, ya que está determinada por la calidad del título que posea el sujeto del derecho.

Para que exista un derecho se requiere, primero, una atribución de una cosa valiosa o bien a un sujeto por la que pasa a ser “suya propia”, estableciéndose así una *relación entre el sujeto y la cosa* denominada de “suidad” (suya propia) cuyo origen radica en un fundamento natural o positivo. Mediante esta atribución, la cosa pertenece a su titular. Pero mientras no exista alteridad o sea relación con otro, no hay juridicidad y por tanto no corresponde hablar propiamente de derecho.

Por lo tanto, lo que formalmente determina a que esa cosa suya sea derecho es que la relación entre la cosa y su titular por la cual ella le es debida sea seguida por una relación de alteridad con otro que deba realizar un acto de justicia precisamente porque le es debida. Como expresa Hervada, la cosa solo es derecho en una relación de alteridad, cuando hay dos sujetos, de los cuales uno es su titular o acreedor y otro es deudor. Sin esta alteridad no hay derecho, lo que pone de relieve que la relación de suidad, que puede darse sin alteridad, por ejemplo, Robinson Crusoe, no es la constitutiva del derecho aunque sea fundante de éste.¹⁸

Por lo tanto, *el derecho es una relación entre una persona y una cosa que le pertenece porque le ha sido atribuida por un título cuyo fundamento puede ser natural o positivo y que en una relación de alteridad le es debida por otro sujeto que debe realizar un acto de justicia*.

Podemos generalizar esta noción, que está circunscripta a cada relación de justicia en particular, a una perspectiva *comunitaria* abarcadora de toda la sociedad y, en consecuencia, desde

¹⁸ Ídem.

este punto de vista, *derecho es el conjunto de los bienes objeto de relaciones sociales de justicia y que por ello le son debidos a sus titulares.*

4.4. Derecho/derechos como “bien/bienes jurídicamente tutelados”

Es por todos conocida la frase de Aristóteles en el libro I de *Ética a Nicómaco*: “Todo arte y toda investigación e igualmente toda acción y libre elección *parecen tender a algún bien*; por eso se ha manifestado con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden”.¹⁹ El marco preceptivo en que se desarrolla la filosofía clásica está signado por el concepto de bien, ya que, atento al carácter operativo del viviente –en este caso, el viviente humano–, lo primero conocido por la razón práctica es el bien, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene esta naturaleza. Por tanto, el primer principio operativo se funda en el bien. Asimismo, la relación tendencial entre el hombre y las cosas de su entorno también está enmarcada por su naturaleza de “buenas” y necesariamente practicables.²⁰

El bien, en conformidad con la razón, es el objeto de la actividad humana. Ahora bien, las distintas acciones, al igual que las virtudes, se especifican por sus objetos, ya que los bienes a lograr son diferentes unos de otros. Lo que distingue el acto de justicia de los actos de otras virtudes es la medida especial que está dada por alteridad y la igualdad.²¹

¹⁹ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, Madrid, Aguilar, 1973, libro I, 1094 a.

²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1964, 1-2, 94, 2

²¹ La plenitud humana solo se realiza por su inmersión en el entramado social, desde la familia a la polis. Así se ha dicho: “Esta inevitable coexisten-

Pero además es necesario especificar la perspectiva epistemológica en la que se desarrollan las presentes reflexiones, o sea, la juridicidad, ya que uno es el plano del ser en cuanto ser y, en consecuencia, del bien en cuanto inherente al ser. Por tanto, una cosa es afirmar “la vida, la paternidad, la filiación, la propiedad, la asociación, entre tantas otras cosas, son bienes” y otra “la vida, la paternidad, la filiación, la propiedad, la asociación, entre tantas otras cosas, son *bienes jurídicos y por tanto son derechos*”, pues para arribar a esta última conclusión debemos añadir las diferencias específicas que delimitan lógicamente el concepto a definir. Los bienes jurídicos no son cualquier tipo de bien, sino aquellos indispensables para la existencia y desarrollo armonioso de la sociedad, por lo que merecen protección normativa social.

El derecho implica una *doble relación: primariamente*, entre una persona y un bien que le pertenece, porque le ha sido atribuido por un título cuyo fundamento puede ser natural o positivo; en *segundo lugar*, esta potencialidad jurídica se actualiza en una relación posterior, que denominamos “de alteridad”, pues el bien debe ser respetado por otro u otros sujetos que deben realizar un acto de justicia. Se puede generalizar esta noción, que está circunscripta a cada relación de justicia en particular, en una perspectiva *comunitaria* abarcadora de toda la sociedad. En consecuencia, desde este punto de vista, “derecho” es el conjunto de los bienes objeto de relaciones sociales de justicia por el cual ellas les son debidas a sus titulares.

cialidad en la realización de los bienes propiamente humanos, es la que hace necesaria la existencia de toda la trama de derechos y deberes que ordena el intercambio de prestaciones que es preciso para la existencia y buena vida en la comunidad política”. COTTA, Sergio: “La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”, *Persona y Derecho* 9, Pamplona, Universidad de Navarra, 1982.

Como conclusión, corresponde afirmar que el derecho es el bien debido a otro conforme una relación de igualdad. A partir de esta proposición adhiero a un célebre párrafo de Giuseppe Graneris en el que expone que la disociación del objeto y el sujeto es lo que permite a Tomás de Aquino identificar indiferentemente el derecho a veces con la *res* (cosa), con el *opus* (obra) o con la *actio* (acción). Usa los tres términos como sinónimos, porque también el *opus* y aun la *actio* tomadas en su exterioridad resultan *res*.²² Puede explicarse así una frase de Josef Pieper que parece ininteligible fuera del marco de lo aquí expuesto: “El concepto de derecho, de lo debido, es una noción hasta tal punto radical y primaria que no se deja reducir a ninguna otra que le fuese anterior y de la cual pudiera ser derivada”.²³ En consecuencia, el mejor camino para entender la noción de “derecho” es asumir las palabras con que el autor de la *Suma* delimitó su concepto: *ipsa res iusta*, o sea, “el derecho es la misma cosa justa”; *ius sive iustum*, “el derecho o también lo justo” o *id quod alteri debetur*, “aquel que se debe a otro”, y la más paradigmática, *ius est obiectum iustitiae*, “el derecho es el objeto (o término) del acto de justicia”.

5. Características

De acuerdo con este concepto, el derecho presenta las siguientes características: es a) un bien o valor, b) que se funda en un título natural o positivo; c) objeto de una relación de justicia; d) que por ello implica un débito y e) una igualdad.

²² GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pág. 22.

²³ PIEPER, Josef: *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1988, pág. 91.

a) *Es un bien o valor.* El derecho es lo que corresponde a cada sujeto en cuanto es para éste y para la sociedad un bien, una entidad valiosa que merece protección, más allá de la bondad interior o moral de ese sujeto. Ahondaremos más adelante la noción de bien, pero cabe decir aquí que los bienes jurídicos no son cualquier tipo de bienes sino aquellos indispensables para la existencia y desarrollo armonioso de la sociedad, y que por ello merecen la protección normativa.

b) *Requiere un título.* Es aquello por lo cual la cosa está atribuida a un sujeto. Como expresa Hervada, puede ser título todo aquello que es capaz de producir la atribución de las cosas y por lo tanto contiene un poder o dominio en acto.²⁴ Hay un título en virtud del cual se debe algo, y un título correlativo y opuesto en virtud del cual alguien merece como acreedor ese “algo”. El título jurídico es, por lo tanto, una cierta cualidad o investidura jurídica en virtud de la cual alguien ocupa una posición relativa en una determinada situación jurídica o relación.²⁵

c) *Es una relación* entre el sujeto titular y la cosa que es suya, pero a la vez la juridicidad implica otra relación proveniente de la alteridad, o sea, otro sujeto distinto al que actúa, que debe realizar el acto de justicia otorgando el derecho. Conviene detenerse en el análisis de esta nota, pues pertenece a la esencia del derecho. Corresponde describir ampliamente la relación como la ordenación de una cosa a otra: “*ordo unius ad alias*”. Se trata de algo que no conviene de una manera aislada a ningún ser, sino que afecta a su propio sujeto en tanto que hay otra entidad con la que ésta mantiene algún vínculo.²⁶ Aristóteles define la relación expresando que llamamos “relativa” a una cosa cuando se

²⁴ Ibídem, pág. 217.

²⁵ LAMAS, Félix: *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.

²⁶ MILLÁN PUELLES, Antonio: ob. cit, pág. 510.

dice que ella existe de ese modo porque existe en dependencia de otra cosa y también porque su existencia está referida o relacionada con algo de alguna manera.

La relación establece un vínculo que es orden entre diversas entidades; este orden puede ser lógico (de razón) o real. Según la doctrina realista, el derecho no se identifica con la norma, que es producto de la razón, sino que existe en la realidad; por eso es una relación del segundo tipo de los nombrados.

En esta relación están comprendidas no solo las acciones humanas sino también las cosas a las que ellas se dirigen, e incluye las relaciones entre las cosas cuando hay un interés jurídico de alguien respecto a ellas. Por tanto, entre los diversos modos de relación, el derecho se incluye entre las relaciones de cantidad, pues es “lo igual”, pero, como se dirá al tratar de la igualdad como característica del derecho, la cantidad no debe entenderse solo materialmente.

Esta nota significa también que el derecho es “objetivo” pues, si bien puede “estar” en el sujeto (como la dignidad o el honor), no se confunde con él. Por eso podemos decir que es objetivo aun respecto al sujeto. El objeto de las restantes virtudes cardinales (prudencia, fortaleza y templanza) se determina con relación al agente que obra; él es la medida de la acción. Por el contrario, lo recto en el acto de justicia está determinado por el objeto debido, aun sin tener en cuenta el ánimo del sujeto.

d) *Débito*: el derecho u objeto de la justicia es algo debido a alguien. “El nombre de débito implica un cierto orden de exigencia o necesidad que se impone a alguien con relación a eso a lo que está ordenado”. El acto de justicia no se funda en una actitud graciable de quien da a otro lo suyo; lo da porque es el derecho del otro. Pero para no confundir los conceptos esenciales hay que tener presente que la noción de débito sigue a la de derecho, o sea, éste es anterior; hay débito porque otro tiene derecho. También hay que distinguir el débito moral del jurídico; el prime-

ro se dirige a la perfección interior del sujeto que obra; el segundo a cumplir con la objetividad en relación con lo que corresponde a otro.

e) *Igualdad*: ya se han transcripto varias citas de Aristóteles (quien sigue a los pitagóricos), para quien lo justo es lo igual; también se ha dicho que “las cosas que se igualan se ajustan”. Por eso, la igualdad es una característica o nota específica del derecho. La igualdad puede ser aritmética o proporcional según se trate de una relación de justicia commutativa o distributiva, pues en este último caso a desiguales corresponde también cosas desiguales. La igualdad surge de una comparación de cantidades; así sostiene Lachance: “la igualdad es por lo tanto equivalencia de cantidades; y la relación realizada por el derecho debe estar fundada sobre la cantidad, pero aclara que la expresión “cantidad” no debe tomarse materialmente, económicamente, sino en un sentido amplio omniabarcador de todas las prestaciones que pueden integrar las relaciones jurídicas.

6. Analogados menores o derivados del derecho

Hemos concluido que lo justo o lo suyo de cada uno es el analogado principal del término derecho, pero, además, que por su carácter análogo, puede predicarse de otras entidades jurídicas. Por lo tanto, mientras para el iusnaturalismo, la ley jurídica, la sentencia y el derecho subjetivo sean justos, pueden denominarse también derecho.

a) *La ley jurídica*. Para determinar las relaciones entre la ley jurídica y el derecho, es preciso primero precisar la noción genérica de ley. El orden jurídico como cualquier otro orden es “un todo en el cual las partes que lo componen ocupan el lugar que les corresponden”. El orden no es producto del azar sino de una regulación. La función de la ley es causar esa regulación, por eso

se ha dicho que la ley “es una regla y media”, tanto de las cosas como de los actos.

Toda regulación u orden es consecuencia de una inteligencia ordenadora, pues nada se ordena solo a su propio fin. Por eso la ley es fruto de la inteligencia, o sea, es una obra intelectual, dictada por quien ejerce la misión de regular a un ente cualquiera. Así se ha definido *la ley como “la prescripción de la razón ordenada al bien común promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad”*.

Precisada la esencia intelectual de la ley, se observa su diferencia con la noción de derecho: éste es una “*res*”, o sea, una cosa (o acción); el derecho no existe abstractamente sino encarnado en la realidad, mientras que la ley tiene existencia conceptual, sin perjuicio de que tiene por fin encauzar las relaciones sociales según el modelo que propone; por eso ella siempre existe previamente en la razón de su autor responsable del orden.

En este sentido, la vinculación entre ley jurídica y derecho está dada en que es causa ejemplar, o sea, el modelo del derecho positivo: “así como el artista posee en su mente cierta idea de la obra a realizar, que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento. Si se formula por escrito recibe el nombre de ley; de ahí que la ley no sea el derecho mismo sino cierta razón del derecho” [Santo Tomás de Aquino].

También es causa eficiente instrumental, o sea, fuente de derecho.

Sin embargo, en la conceptualización de la ley como causa ejemplar o causa eficiente, debe partirse del supuesto previo de que la ley jurídica no es fundamento último del derecho, pues a su vez depende del orden natural del que brotan las relaciones sociales. El legislador positivo debe dictar la ley según las pautas de este orden que se expresa mediante la ley natural, pues las relaciones fundamentales entre los hombres nacen del impulso social de la naturaleza humana. A partir de este fundamento,

tiene un amplio campo de acción, ya que esta tendencia regula solo las relaciones más elementales, las que deben ser determinadas por propia autonomía de la ley positiva.

En consecuencia, cuando la ley jurídica establece un reparto de bienes y acciones conforme al orden natural, está otorgando “derecho”, que es lo justo, y en este caso, por analogía de atribución intrínseca, se dice que es “justa”, o sea, puede ser denominada como “derecho”.

b) *La sentencia judicial es una norma individual con eficacia para los litigantes de ese caso concreto.* También puede ser designada con el término “derecho” cuando otorga a cada parte lo que lo corresponde, pues participa de lo justo por esta misma analogía de atribución.

c) *La facultad jurídica o “derecho subjetivo”;* el derecho en su aceptación propia, o sea, “lo justo”, implica una relación entre personas, o entre personas y cosas, o entre grupos de personas. Para efectivizar el ejercicio de esa relación, el sujeto o titular del derecho está investido de una “facultad” subjetiva mediante la cual no solo actúa sino que ante cualquier desconocimiento o violación de “lo suyo” puede exigir su reconocimiento.

A esta facultad del sujeto o “subjetiva” se la puede llamar por analogía de atribución intrínseca “derecho” subjetivo. Pero la denominación “derecho” aplicada a esta facultad solo es válida en la medida en que participe de esa realidad objetiva propiamente llamada “derecho” a la cual le está subordinada. En este sentido, con acierto dice Lachance: “la facultad no es el derecho ni el título, pues las supone, surge como un efecto natural de aquél, como una consecuencia necesaria. La acción no es justa porque se tenga la facultad de cumplir sino que se tiene la facultad de cumplirla porque es justa”.

Por eso mismo el fundamento inmediato de la facultad subjetiva es el derecho objetivo o cosa justa; el fundamento mediato

es el bien común de la sociedad, que es también el fin último del orden jurídico.

La finalidad de la facultad jurídica o “derecho subjetivo” se encuentra en que la realización del bien común social implica el correcto ejercicio de los derechos y obligaciones; por eso su fin último no es la satisfacción de los intereses individuales, sino la plenitud del medio social que a la vez sustenta a las personas que lo integran.

Mediante la facultad subjetiva se “actualiza” el derecho y por tanto, como sostiene Kalinowsky, es una relación entre un sujeto de acción y una acción; no es sino la posibilidad jurídica de cumplir con una acción.²⁷ Como dice Massini, este concepto se refiere a las facultades subjetivas que en el lenguaje vulgar se expresan diciendo “tengo derecho de hacer o realizar tal o cual cosa”; en este caso, se trata de una posibilidad de obrar del sujeto, se trata de una relación de permisión. Pero además, también existen facultades subjetivas que se expresan diciendo “tengo derecho a tal cosa o tal prestación y aquí hacen referencia a una relación de pertenencia.²⁸

²⁷ KALINOWSKY, Georges: *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, ob. cit., pág. 31.

²⁸ MASSINI CORREAS, Carlos: “El derecho subjetivo: realidad universal o histórica”, *Prudentia Iuris*, nº IX, Buenos Aires.

CAPÍTULO II

LA JUSTICIA: MORALIDAD Y JURIDICIDAD

1. Teorías negatorias de la juridicidad de la justicia

1.1. Uno de los principios del positivismo jurídico es su dependencia del positivismo filosófico, cuya primera premisa descansa en el postulado de que no se pueden conocer otras realidades que aquellas que sean sensiblemente verificadas; o sea, no existe otro conocimiento cierto y por tanto científico que el que tienen por fuente los sentidos. Por lo tanto, no hay valores morales con fundamento racional, ya que son solo emocionales y subjetivos. En consecuencia, no son aptos para ser incorporados a un orden objetivo de conductas regido por normas jurídicas.

El ejemplo paradigmático de esta posición es Hans Kelsen para quien el derecho es un conjunto de normas prescriptivas dotadas de coacción pública denominadas positivas. Por tanto no debe haber confusión entre el contenido de las normas morales y las jurídicas y por ende ninguna delegación mutua entre la moral y el derecho. Sostiene que la moral se basa únicamente en presupuestos subjetivos, en normas supuestas que no han sido “puestas” por ningún legislador, o sea que las normas morales no son positivas. Los únicos juicios de valor son aquellos que comprueban la conformidad u oposición entre un hecho y una norma jurídica. No se trata entonces de valores morales sino que aquí el

valor es jurídico y lo jurídico reducido a la positividad del legislador, ya que la existencia de la norma puede ser empíricamente verificada.

Respecto a la justicia, Kelsen afirma que “la historia del espíritu humano, que se esfuerza desde hace siglos en resolver este problema, muestra que la *justicia absoluta no puede ser definida racionalmente*. Dotada de una validez absoluta, la justicia está más allá de toda experiencia, como la idea platónica está más allá de la realidad sensible y la cosa en sí es trascendente a los fenómenos. La justicia absoluta es un ideal irracional que escapa al conocimiento racional y la ciencia del derecho solo puede explorar el dominio del derecho positivo”.¹

En otra obra, Kelsen reafirma su posición relativista pues sostiene “la imposibilidad de que exista una norma de conducta con validez absoluta, o sea, que excluya la posibilidad de encontrar justa la conducta opuesta. *La justicia absoluta configura una perfección suprema irracional*. Desde la perspectiva del conocimiento racional solo existen intereses humanos y, por consiguiente, conflictos de intereses. *Zanjar los mismos supone dos soluciones posibles: o satisfacer a uno de los términos a costa del otro o establecer un equilibrio entre ambos. Resulta imposible demostrar cuál es la solución justa*” (la bastardilla no se encuentra en el original).²

1.2. Observaciones a la teoría negatoria

En primer lugar debe señalarse la coherencia de las conclusiones de Kelsen. En efecto, al asumir una actitud escéptica con

¹ KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, cap. II.

² KELSEN, Hans: *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981.

relación a la ética, fundada en que la razón solo puede conocer entidades verificables por la experiencia sensible o entes de razón (formalismo lógico-matemático), resulta imposible establecer juicios morales con valor universal y objetivo, ya que escapan a los sentidos, pues estos juicios siempre implican una valoración intelectual y espiritual. También es coherente con su relativismo ético, pues descartada la posibilidad de conocer valores, si la moral se reduce a supuestos subjetivos, no hay una motivación superior a otra.

Si la totalidad de la moral es sola y únicamente subjetiva, resulta una inferencia necesaria afirmar que no hay una moral social con valores universales y por ende la única forma de ordenar las conductas sociales es atenerse a la voluntad del legislador, cualquiera sea su contenido material. Entonces, la moral queda reducida pura y exclusivamente al ámbito de la conciencia y de las acciones privadas, desapareciendo la moral pública. Pero, ¿estas afirmaciones son reales?, ¿históricamente la juridicidad ha estado separada de la ética?, ¿no es necesario que al menos algunas normas positivas sean necesariamente morales?

Por otra parte, ¿es verdadera la afirmación de Kelsen de que ante un conflicto de intereses “es imposible demostrar cuál es la solución justa”?

Respondemos a estos interrogantes de la siguiente manera:

El adjetivo calificativo empleado por Kelsen, “absoluto”, es una expresión ambigua, o sea, polisémica, que puede contar con distintas significaciones. Kelsen no nos aclara a cuál de ellas se refiere. Por lo general se entiende filosóficamente por absoluto lo incondicionado, lo independiente, lo autosuficiente. Si se lo entiende en su máxima expresión, solo podrían calificar con este adjetivo a Dios los que creen que Él existe.

Pero aquí se trata de cuestiones humanas y cabe advertir que jamás ningún filósofo que haya afirmado la existencia jurídica de la justicia se le ha ocurrido adjetivarla con el término “absoluto”. La confusión de Kelsen es que su crítica se dirige o bien a las

filosofías de corte platónico que creían en la existencia de realidades trascendentales y absolutas “en sí mismas” (lo cual no implicaba para ellos afirmar que las realidades humanas también podían ser absolutas, por lo cual la crítica kelseniana tampoco las alcanza), o a las filosofías racionalistas que sostenían que la razón posee antes de toda experiencia ideas innatas ciertas y verdaderas. Pero éstas han sido solo algunas posiciones filosóficas. Por el contrario, otras, como el realismo aristotélico, han negado la existencia de tales ideas y que la razón posea conocimientos “*a priori*” de la experiencia.

En consecuencia, para responder a Kelsen debemos situarnos en el plano de la existencia real y analizar la experiencia concreta de las relaciones intersubjetivas cotidianas. ¿Es posible en este plano calificar como justa absolutamente a alguna relación derecho-débito? Entendemos que sí partiendo de una noción de justicia mucho más modesta y concreta (a la vez la única verdadera y posible): la acción de dar a otro lo que le corresponde; y ponemos un ejemplo trivial: Una persona desea vender un inmueble en una suma x de dinero, oferta que es aceptada por otra que se obliga mediante una promesa de venta o boleto de comapraventa a pagar esa suma x de dinero. Llegado el día de la operación y no habiendo sucedido hechos sobrevinientes que modifiquen las condiciones del contrato, el comprador paga la suma x , que es recibida por el vendedor. ¿Se ha cumplido o no en forma absoluta la justicia de la relación? Entendemos que sí y creemos que nadie puede afirmar lo contrario.

¿Es imposible determinar lo justo en un conflicto de intereses, como lo sostiene Kelsen? La respuesta negativa se impone, pues la experiencia nos dice que en la inmensa mayoría de las veces es perfectamente posible. Puede ser que en alguna ocasión lograr el discernimiento de la justicia sea más difícil, pero debe tenerse presente que el objeto del conocimiento de la razón práctica, o sea, las conductas humanas, no presenta similitud con el de las matemáticas o ciencias exactas y no por ello es imposible

realizar la justicia. Por ejemplo, resulta arduo fijar con exactitud el monto de dinero que corresponde a una persona que ha sufrido una incapacidad física o psíquica en un accidente, pues la suma siempre será estimativa, pero de ahí no puede inferirse que es imposible que se haga justicia y que al damnificado no le corresponda ninguna indemnización.

Si bien no aclara qué significa para él el alcance de los términos “intereses humanos” y “conflicto de intereses”, podemos colegir que se refiere a lo que aspira, desea o entiende como propio o correspondiente a alguna persona. Siendo así, resulta evidente que al analizar muchos conflictos de intereses la razón humana se encuentra capacitada para advertir cuál de ellos es legítimo y razonable y cuál no. No es aquí la ocasión para desarrollar una teoría filosófica del conocimiento práctico, pero podemos responder con uno de los argumentos fundados en el sentido común con que el filósofo australiano John Finnis rebate al relativismo: “Todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida humana; en todas, la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida. Todas las sociedades humanas consideran la procreación de una nueva vida humana como una cosa buena en sí misma salvo que haya circunstancias especiales. En todas las sociedades hay alguna prohibición del incesto, alguna oposición a la promiscuidad desenfrenada y a la violación, algún apoyo a la estabilidad y permanencia en las relaciones sexuales. Todas las sociedades exhiben preocupación por la verdad, a través de la educación de los jóvenes en materias no solamente prácticas (evitar los peligros) sino también especulativas o teóricas. Los seres humanos, que pueden sobrevivir a la infancia solo gracias a la crianza, viven en contacto con una sociedad que invariablemente se extiende más allá de la familia nuclear y todas las sociedades favorecen de algún modo los valores de la cooperación, del bien común por sobre el bien indivi-

dual, de la obligación entre los individuos y de la justicia dentro de los grupos. Todos conocen la amistad. Todos tienen alguna concepción del *meum* y del *tuum*, del título o propiedad y de la reciprocidad. Todas valoran el juego, ya serio y formalizado, ya relajado y recreativo. Todos tratan los cuerpos de los miembros muertos del grupo de alguna manera tradicional y ritual diferente de sus procedimientos para deshacerse de la basura”.³

2. Teorías justificatorias de la juridicidad de la justicia

En el punto precedente hemos sintetizado en la teoría kelseniana el rechazo de la justicia como valor ético-jurídico, posición generalizada en el positivismo. Analizaremos ahora al iusnaturalismo realista que incorpora como un eje fundamental del orden jurídico el valor ético de la justicia.

2.1. Justicia y juridicidad en el iusnaturalismo

La significación más generalizada de la palabra “justicia” es definirla como una virtud. No solo es exacto sino que tradicionalmente el pensamiento occidental la ha ubicado como una de las cuatro virtudes cardinales (junto a la prudencia, la fortaleza y la templanza), o sea, uno de los ejes en torno a los cuales gira toda la vida moral del hombre. Entre ellas, Aristóteles la califica como virtud preeminente y compara su esplendor con el lucero del alba. El jurisconsulto romano Ulpiano la definía como “*la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho*”, lo que significa que es el hábito de la voluntad de dar a cada uno su

³ FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.

derecho. Siendo un hábito perfectivo de la voluntad y que además significa también el bien del otro a quien se entrega o da su derecho, la justicia según esta definición es una virtud.

Siendo así se presenta una primera cuestión en principio no tan sencilla de resolver: si la justicia es una virtud perfectiva del hombre, pertenece de lleno a la moral y por lo tanto es ajena al orden jurídico, pues en principio éste tiene como ámbito de competencia las acciones exteriores y sociales del hombre, bajo determinadas condiciones, y no juzga sobre su perfeccionamiento interior, ni sobre su bondad o maldad moral. *Éste es el argumento de numerosos positivistas que extraen como conclusión que el derecho o la juridicidad nada tienen que ver con la moral y que por lo tanto hay una separación absoluta entre ambas actividades.* Sin embargo, por lo que se dirá a continuación, *esta conclusión es errada al no distinguir dos aspectos de la justicia*, y trae consecuencias perniciosas para el buen orden social, pues si la moral está excluida de la juridicidad, la conducta de los hombres es regida exclusivamente por las normas positivas cuya fuente es el voluntarismo legislativo.

En consecuencia, sostenemos que la justicia es el núcleo y fundamento de la juridicidad, pero para responder a los argumentos positivistas es necesario hacer una distinción.

2.2. Dos dimensiones de la justicia

En efecto, la justicia puede ser considerada y actuada desde dos perspectivas: 1) como hábito virtuoso que perfecciona al sujeto operante (se requiere su buena intención) y también a la conducta exterior; 2) solamente como cualidad del acto exterior por la cual se le da a otro su derecho, o sea, lo que corresponde, sin tener en cuenta cuál ha sido la intención del sujeto. La primera es la justicia como virtud y la segunda la justicia como cualidad de la conducta jurídica.

Comencemos por la primera: la virtud cumple una doble rectificación: rectifica al hombre y rectifica al acto humano. Estas dos tareas son comunes a las cuatro virtudes, pero no es igual en ellas el modo de tratarlas, pues la prudencia, la fortaleza y la templanza nunca perfeccionan al sujeto sin perfeccionar a la vez el acto. En cambio, la justicia permite el aislamiento de cada una de las dos rectificaciones... La justicia tiene además en sí una posibilidad negada a las otras: puede producir actos justos independientemente de la intención o hábito o virtud del sujeto.⁴

Por lo tanto, *la segunda perspectiva, o sea, la jurídica, que es la justicia como cualidad que perfecciona al acto exterior, tiene como parámetro no la intención del sujeto actuante sino el débito al otro, que es el acreedor, o sea que la medida del acto no está dada por la subjetividad del actuante sino por la objetividad de lo debido.*

“Saldar una deuda, aunque sea con ánimo malo y rebelde, es ya un bien, al menos para el acreedor satisfecho y para el ordenamiento social. El carcelero que gustosamente gira la llave cerrando la puerta en la que languidece su enemigo, conducido allí por la sentencia del juez, puede cumplir su acto sin ánimo caritativo ni justo; pero el acto conserva siempre su justicia y su valor social”.⁵

En este segundo caso, se cumple plenamente lo que denominamos “juridicidad” de la justicia, es el acto prescripto obligatoriamente para el bien del orden social, con sus características propias: alteridad, proporción a lo debido y coacción, aunque no sea acompañado con la buena intención ni el deseo del actuante. Igualmente se ve satisfecha la justicia, pero solo desde su perspectiva objetiva.

⁴ GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, pág. 20.

⁵ Ibídем, pág. 21.

Se puede entender mejor el sentido de la definición del derecho a partir de considerarlo como objeto de la justicia. El derecho es lo “justo imperfecto” considerado en su posible aislamiento del ánimo del sujeto: es la buena obra en cuanto puede estar separada del hombre bueno, es la armonía de la vida exterior, que quizás no tenga una digna verificación en la concordia de los ánimos. El derecho es así “la misma cosa justa”, aquello debido a otro pero visto desde un determinado punto de mira, es decir, en cuanto tiene la rectitud de la justicia aun sin considerar cómo lo hace el agente.⁶

Como conclusión, podemos afirmar que hay un doble modo de considerar la justicia: como virtud y como cualidad del acto jurídico. En el primer sentido, ella, al igual que las otras virtudes morales, debe provenir de un ánimo bien dispuesto. En el segundo sentido, tiene la naturaleza de los ordenamientos sociales en los que el hecho prevalece sobre el ánimo. Se puede distinguir *iustum e iniustum (justo e injusto) de iustificatio e iniustificatio (justificado e injustificado)*. El primer binomio indica la justicia orden, la justicia de la cosa o de la acción separada del ánimo del agente; el segundo expresa la justicia virtud en su perfección moral en cuanto incluye en sí la rectitud del ánimo del sujeto operante.⁷

Desde la perspectiva propia del jurista, interesa por tanto la justicia como cualidad del acto jurídico, que también tiene que ser objetivamente moral, pero no es función específica de la juridicidad lograr la perfección de las personas, sino tan solo colaborar con ella exigiendo el cumplimiento objetivo de los actos necesarios para la existencia del bien común.

⁶ Ibídem, pág. 22.

⁷ Ibídem, pág. 49.

CAPÍTULO III

EL DERECHO A LA VIDA PRIMORDIALMENTE PROTEGIDO*

1. Encuadre epistemológico

El temario que puede llegar a integrar el inmenso abanico de los “derechos humanos” tiene sin duda una base, un fundamento o anclaje en el denominado “derecho a la vida”. Parecería que sin él los demás carecen totalmente de entidad. Su consideración, sobre todo desde la perspectiva judeocristiana, ha hecho correr ríos de tinta o, mejor aún, si continuamos con metáforas, mares u océanos. ¿Qué más se puede decir sobre el derecho a la vida, cuando pensadores de primera magnitud y de distintas perspectivas cosmovisionales han desarrollado todo tipo de razonamientos? Parecería que es tan obvio que no merece una nueva consideración.

La mayoría de los estudios e investigaciones sobre “el derecho a la vida” se refieren a la defensa de los más desprotegidos y

* Este trabajo fue publicado con el título “El derecho a la vida” en *El Derecho*, el 2-3-11, nº 12.703, Buenos Aires. En la versión actual se introdujeron algunas modificaciones, sin cambiar substancialmente ni los argumentos ni las conclusiones.

débiles, ya se trate de los niños por nacer, los embriones no implantados, los deficientes y los enfermos incurables y/o terminales, los presos, los perseguidos, las víctimas de los delincuentes y todos aquellos cuya existencia corre peligro. Adhiero fuertemente a todos los argumentos vertidos en favor de la vida en sus distintas situaciones límite. Pero aclaro que estas líneas no apuntan a reiterar dichos argumentos, sino a profundizar filosóficamente *qué es la vida* y por qué la *vida humana* es un bien primordialmente protegido.

Por estas mismas razones, parece oportuno que en el marco de estas jornadas sobre los derechos humanos,¹ resulta inevitable referirse al que según muchos es el primero de ellos. Anticipo que por tales motivos, además de mis limitaciones personales, no pretendo aportar ninguna originalidad, ya que me remitiré a varios autores antiguos, medievales y contemporáneos, todos cultores de la filosofía clásica, lo cual no obsta a que en el plano de las interpretaciones mi análisis sea opinable y, por tanto, motivo de posibles controversias. Luego de este introito, la primera cuestión a abordar se refiere a qué clase de entidad es el denominado “derecho a la vida”. La investigación se limitará a autores o doctrinas iusnaturalistas.

2. El derecho a la vida como derecho subjetivo

No hay nada más íntimo al sujeto que su propia vida. En consecuencia, una respuesta bastante difundida, aun en el pensamiento cristiano, tiene como punto de partida la consideración de que el derecho a la vida es un derecho subjetivo. Si bien se han

¹ Exposición del autor el 30 de septiembre de 2009 en las Jornadas sobre Derechos Humanos, realizadas en la Facultad de Derecho de la UCA, Buenos Aires.

brindado infinidad de definiciones sobre esta categorización del derecho, puede entenderse que se trata de una facultad moral o poder de la persona con relación a una cosa o también aunque con matices distintos en relación a otra persona, o una relación entre un sujeto de acción y una acción. Algunos distinguen las facultades subjetivas según el sujeto exprese “tengo derecho de hacer o realizar tal o cual cosa”, lo que implica una posibilidad de obrar o relación de permisión o por la expresión “tengo derecho a tal cosa o tal prestación y aquí se hace referencia a una relación de pertenencia.² Siendo así, se designa con la expresión “derecho a la vida” a la facultad subjetiva por la cual un sujeto de derecho dispone de su vida como su propio derecho con las consecuencias jurídicas que ello implica.

Sin perjuicio del uso metonímico o analógico por el cual se designa con el término a la facultad subjetiva, ella no es de modo propio y esencial derecho, pues precisamente la facultad se posee a partir de que el sujeto es titular de ese derecho. Por lo tanto, aquello que es entitativamente “derecho” precede a la facultad subjetiva. Avala esta conclusión, entre otros, Louis Lachance, quien afirma que para Aristóteles y la escolástica el derecho no surge del Estado, pero tampoco de la libertad o de la interioridad de la persona, ya que estos repliegues sobre la conciencia del sujeto individual o colectivo no cuadran con sus hábitos intelectuales. El derecho está concedido al ser humano en razón de su dignidad, pero no es el poder moral que de ella deriva; en cambio, desciende del orden pero no de la persona que quiere ser ordenada.³

² KALINOWSKY, George: *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pág. 31; MASSINI, Carlos: “El derecho subjetivo, realidad universal o histórica”, *Prudentia Iuris*, nº IX, Buenos Aires, ya citado en el capítulo primero.

³ LACHANCE, Louise: *El derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, s. e., 1953, pág. 13.

Posiblemente no deje de ser extraño, en opinión de muchos, que el derecho no se deduzca de la persona, sino de un orden extrínseco a ella o, mejor dicho, de un conjunto de relaciones sociales. De aquí se puede concluir que, si ellas no existieran, tampoco existiría el derecho. Para el maestro de Montreal, el error de confundir el derecho con la facultad moral o subjetiva –que, a la larga, acabó por difundirse e imponerse– se debe a Suárez, quien en su *De legibus*, luego de dar algunas explicaciones sobre el artículo en el que Santo Tomás analiza la noción de derecho, propone otra definición del vocablo diciendo que “propriamente derecho es cierta facultad moral que cada uno posee sobre su haber o sobre lo que le es debido”. Agrega que es difícil de explicar esta mutación si nos apoyamos en la tradición; Aristóteles no dice una palabra sobre esta facultad y Tomás de Aquino ni sueña situarla entre los sentidos derivados del vocablo derecho... Definir el derecho como la facultad moral de la voluntad... es hacer del querer humano y de la libertad la regla de la moralidad... Esto se parece mucho al kantismo, según el cual, la autonomía del querer sería la regla primera.⁴

También el iusfilósofo italiano Giuseppe Graneris rechaza decididamente que la definición principal del derecho sea la facultad subjetiva. Afirma que este concepto abarca expectativas, exigencias, pretensiones, facultades y potestades, siendo innumerables los autores que se han embarcado en este derrotero.⁵ En la búsqueda del marco adecuado para ubicar el pensamiento de Santo Tomás, luego de analizar la posibilidad –remota, por cierto– de que identificara el derecho con la norma, con firmeza señala que menos aún podemos sindicarlo como partidario del derecho subjetivo, pues el subjetivismo no había nacido todavía

⁴ Ibídem, pág. 315. Cita de SUÁREZ: *De legibus*, l. 5, lec. 1, c. 2.

⁵ GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973, págs. 15 y 23.

en el siglo XIII. Añade que aquel no construyó su sistema sobre el yo, ni sobre la voluntad, ni sobre el pensamiento (todo ello apunta al sujeto), sino sobre el ente; debía basar su concepción jurídica no sobre el yo del sujeto, que afirma la potestad propia, o sobre la voluntad o el pensamiento del legislador, sino sobre el ordenamiento objetivo de las cosas.⁶

Se podría continuar mencionando autores contemporáneos que rechazan la conceptualización del derecho (entre ellos, a la vida) como “derecho subjetivo”, entre los que se cuenta Michel Villey, cuya obra ha tenido y tiene singular relevancia. También se ha expresado que entre las acepciones derivadas del *ius*, Santo Tomás no incluye la facultad subjetiva, pese a que era harto conocida en su época, además de aparecer en otros lugares de su obra.⁷

3. El derecho a la vida como conducta justa

Para otros autores, esencialmente el *ius* tomista es la conducta debida o justa. Creo que, en este sentido, es de ineludible citar la opinión de Kalinowski, para quien “se dice ‘justo’ en lugar de acción justa por antonomasia, pues lo justo es un valor que solo los actos humanos pueden poseer. Si el derecho es el objeto de la justicia, no puede consistir sino en una acción, ya que los objetos de las virtudes son acciones o pasiones. Como quedan excluidas por principio las pasiones como objeto de la justicia, éste debe consistir en acciones”.⁸ En la misma orientación, pero concretándolo en el derecho a la vida, se ha sostenido que esta prestación no puede consistir sino en una conducta de

⁶ Ibídem, pág. 23.

⁷ TALE, Camilo: “El concepto de derecho (*ius*) en Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho*, nº 9803, 29-7-99, Buenos Aires.

⁸ KALINOWSKI, George: ob. cit., págs. 19 y 66-67.

respeto y compromiso para con la vida humana, propia o ajena. De este modo, sería preciso hablar de “derecho a no ser muerto injustamente” o a la “intangibilidad” o “inviolabilidad de la vida”, ya que el objeto propio y formal de ese derecho consiste en un obrar humano de respeto y reverencia a la “vitalidad” o carácter viviente del hombre.⁹ Por tanto, el derecho a la vida sería una conducta ajena que omita todo menoscabo a la vida de una persona humana o la conducta justa que no dañe a otro en algo que le pertenece, en este caso, la propia vida.

Considero que esta segunda conceptualización del derecho a la vida, pese a que a primera vista no parece encuadrarse en los parámetros más difundidos, se acerca más a la realidad que la anterior, ya que su entidad es objetiva y para que exista derecho resulta absolutamente indispensable referirse a la exterioridad y la alteridad, requisitos ambos que pueden ser cumplidos por la acción humana. Sin embargo, me he inclinado siempre por considerar que las acciones humanas, junto con las cosas, pertenecen a la materialidad del derecho, es decir, a su causalidad material, pero no son el derecho mismo, pues para arribar al concepto es necesaria su integración con otras causalidades.

Por otra parte, limitar el derecho a la “conducta justa” implica, en algunas situaciones, una identificación con el acto de la justicia, o sea, una asimilación del acto o actividad con su objeto. Me remito a uno de los textos más paradigmáticos (a mi juicio) de la filosofía clásica sobre la justicia: “Se da el nombre de justo a aquello que realizando la rectitud de la justicia, es el término del acto de ésta, aun sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente”.¹⁰ Según mi interpretación, en este breve párrafo distinguen

⁹ MASSINI, Carlos: “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”, en MASSINI, C. y SERNA, P. (eds.): *El derecho a la vida*, Navarra, Eunsa, 1998, pág. 181.

¹⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1956, 2-2, 57, 1.

claramente tres elementos: a) el objeto debido o derecho, b) la intención subjetiva y c) la actividad del sujeto obligado. Con el riesgo de resultar reiterativo, insisto en señalar que, por un lado, el Aquinate menciona el “acto de ésta”, es decir, la acción justa, diferenciándola así de su término, lo cual le permite arribar a la conclusión: el objeto de la justicia se determina por sí mismo (en tanto objetivo al sujeto que actúa), siendo llamado “lo justo”. Concluye el Santo: “Tal es el derecho. Luego es evidente que el derecho es el objeto de la justicia”.¹¹ En el mismo artículo expresa que “en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro, por ejemplo, la remuneración debida por un servicio prestado”. De estas palabras cabe concluir que también la acción humana puede ser denominada “derecho”. En efecto, según el ejemplo precedente, el derecho de uno de los sujetos es una remuneración y en el otro el servicio que le ha sido prestado, o sea, una actividad. En un célebre párrafo, Graneris expone que la disociación del objeto y el sujeto es lo que permite a Tomás de Aquino identificar indiferentemente el derecho unas veces con la *res*, otras con el *opus* y otras con la *actio*. Usa los tres términos como sinónimos, porque también el *opus* y aun la *actio* tomados en su exterioridad resultan *res*. Como conclusión, el derecho a la vida no puede identificarse sin más con la conducta ajena que respeta la inviolabilidad de la vida propia, pues admite también otras perspectivas.

4. ¿Qué es la vida? Una respuesta antropológica

Un filósofo que no recuerdo dijo alguna vez que las cosas más evidentes son las más difíciles de definir o, al menos, precisar con exactitud, por ejemplo, el movimiento, el tiempo, la infi-

¹¹ Ídem.

nitud y tantas otras realidades. Entre ellas, la vida. En numerosos textos Tomás de Aquino se refiere a la vida en tres sentidos: a) el ser del viviente, b) la misma operación vital y c) el principio directivo de los actos y operaciones vitales.¹² En última instancia, los tres sentidos apuntan al primero, es decir, al viviente, el cual “es la individualidad sustancial que en virtud de su naturaleza es causa eficiente de su propia actividad”, también agrega que la sustancia viviente “es vida en acto primero”. A partir de aquí puede diferenciarse viviente de artefacto, que también puede automoverse, pues el primero es obra de la naturaleza y no de la técnica.¹³ Además, el artefacto no es una individualidad sustancial, sino una serie de elementos mecánicamente yuxtapuestos. Es importante aquí dejar asentado que la vida en determinadas circunstancias es acto segundo, en tanto se traduce en las operaciones del viviente que dependen de sus facultades, las cuales pueden no tornarse operativas sin que por ello desaparezca la vida como acto primero.

Desde sus albores el pensamiento griego –amén de otras culturas– distinguió la superioridad ontológica de la vida, íntimamente relacionada con el alma como coprincipio actuante con la materia. Esta superioridad también tiene su correlato en los distintos tipos de almas. La división aristotélica de los vivientes (vegetativos, sensibles e intelectuales) tiene sus antecedentes en poetas, trágicos y filósofos presocráticos. Como mera ejemplificación, basta con referirse a alguno de estos testimonios. Para los pitagóricos, el ser humano se compone de un cuerpo material y un alma que es parte del *pneuma* infinito. Los pitagóricos creen en la transmigración de las almas, lo cual influye en su carácter ético. Las almas de procedencia celeste, si viven bien y alcanzan

¹² Ibídem, “Índice de materias”, voz “vida”.

¹³ BLANCO, Guillermo: *Curso de Antropología Filosófica*, Buenos Aires, Educa, 2002, págs. 132-134.

su purificación, se reintegrarán luego de la muerte a su estado primitivo. Según Heráclito, la ley universal de las mutaciones era accesible por el conocimiento racional (distinto del sensible), que es el único capaz de conocer la razón que gobierna todas las cosas: “Una cosa es la sabiduría: conocer el *Logos* que gobierna toda las cosas a través de todas las cosas”.¹⁴ De aquí que el viviente racional sea superior a todos los otros vivientes.

En el apogeo del pensamiento griego, Platón exalta la noción de vida, pues la existencia de los vivientes es prueba de la existencia de una vida inmortal divina. Para el maestro de la Academia, “todos los vivientes particulares del mundo terrestre vienen a la vida y después mueren. Pero si no existiera una fuente de la vida inextinguible e inmortal, ya habrían muerto todos los vivientes. Por tanto, es necesario que exista un principio ‘divino’ de la vida”. Por su parte, para Aristóteles el alma humana es la forma más perfecta de todos los vivientes terrestres, ya que posee una facultad intelectiva, por lo cual se distingue de los demás seres pertenecientes a grados inferiores de la escala. No es este el lugar de detenerse en el conocimiento intelectivo ni los dos entendimientos, que han merecido diversas interpretaciones. Pero no hay duda de que el Estagirita cree en la inmortalidad personal del alma, tal como lo expresa en su *Ética a Eudemo*. En *De generatione animalium* se dice que el alma no procede por vía de generación, sino que viene “de afuera”, lo cual hace suponer que sobrevive al compuesto humano. En la *Metafísica* y en *De anima* restringe la inmortalidad a la parte intelectiva del alma.¹⁵

Por lo expuesto, los dos filósofos más grandes de la Antigüedad occidental coinciden en concebir la vida, en especial la humana, como participación, por vías causales diversas, de la

¹⁴ Diels 22B41; 108.

¹⁵ Conf. FRAILE, Guillermo, O.P.: *Historia de la Filosofía*, Madrid, BAC, 1971, t. I, págs. 358 y 504.

vida divina; de aquí su excelencia. Por último, no puedo dejar de citar uno de los párrafos más elevados de la historia de la antropología y de la ética desde una perspectiva natural. Dice Aristóteles: “Si pues el espíritu, por lo que al hombre se refiere es un atributo divino, una existencia conforme al espíritu será, por relación a la vida humana verdaderamente divina. No hay pues, que prestar atención a las personas que nos aconsejan, con el pretexto de que somos hombres, no pensar más que en las cosas humanas y con el pretexto de que somos mortales, renunciar a las cosas inmortales. Sino que en la medida de lo posible, debemos hacernos inmortales y hacerlo todo para vivir de conformidad con la parte más excelente de nosotros mismos, pues el principio divino, por muy débil que sea en sus dimensiones, aventaja con mucho a cualquier otra cosa por su poder y su valor”.¹⁶ Luego de este sintético recorrido por la filosofía clásica occidental, estamos en mejores condiciones de abordar el tema que nos convoca.

5. ¿Qué es, entonces, el derecho a la vida?

Para dar cuenta de que el concepto en estudio no es de tan fácil dilucidación, hay que decir que, al menos semánticamente, la expresión “derecho a la vida” no se encuentra en la obra de Tomás de Aquino. Esta afirmación no se debe a una investigación propia, sino a la opinión de George Kalinowski. El mismo considera que cada época tiene sus propios problemas y también sus propios lenguajes. Por ello, el problema del derecho del hombre a la vida no era debatido en la Europa del siglo XIII en los términos en que hoy hablamos sobre él. Se buscará en vano en los textos del Aquinate *ius vitae*, *ius vivendi* o alguna otra expresión

¹⁶ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco*, en: *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1973, 1177 a/1178 a.

latina susceptible de corresponder al actual “derecho a la vida”. Para nuestro consuelo, Kalinowski añade: “Esto no quiere decir, sin embargo, que Tomás de Aquino no hable de lo que nosotros llamamos de ese modo”.¹⁷

Luego de las reflexiones vertidas en el punto cuarto, creo que estamos en mejores condiciones para afrontar alguna respuesta al tema que nos convoca. Aparece en forma evidente que la vida humana es valiosa y lo es pues es un bien en sí mismo, quizá el mayor bien en este tránsito terreno. Es por todos conocida la frase del Estagirita en el libro I de su *Ética a Nicómaco*: “Todo arte y toda investigación e igualmente toda acción y libre elección *parecen tender a algún bien*; por eso se ha manifestado con razón, que el bien es aquello hacia lo que todas las cosas tienden”.¹⁸ Más allá de lo expuesto, creo interesante especificar la perspectiva epistemológica adecuada por la que se desarrollan las presentes reflexiones, es decir, la juridicidad, ya que uno es el plano del ser en cuanto ser y, en consecuencia, del bien en cuanto perteneciente al ser. Por tanto, una cosa es afirmar “la vida es un bien” y otra “la vida es un bien jurídico y por tanto es un derecho”, pues para arribar a esta última conclusión debemos añadir las diferencias específicas que delimitan lógicamente el concepto a definir, o sea, este derecho en particular. Los bienes jurídicos no son cualquier tipo de bienes, sino aquellos indispensables para la existencia y el desarrollo armonioso de la sociedad y que por ello merecen protección normativa social.

El derecho implica una doble relación: primariamente entre una persona y un bien que le pertenece porque le ha sido atribuido por un título cuyo fundamento puede ser natural o positivo, y, en segundo lugar, esta potencialidad jurídica se actualiza en una

¹⁷ KALINOWSKI, George: “El derecho a la vida en Santo Tomás de Aquino”, en MASSINI, C. y SERNA, P. (eds.): *El derecho a la vida*, ob. cit., pág. 149.

¹⁸ ARISTÓTELES: ob. cit., libro I, 1094 a.

segunda relación que denominamos “de alteridad”, pues el bien debe ser respetado por otro u otros sujetos que deben realizar un acto de justicia. Se puede generalizar esta noción, que está circunscripta a cada relación de justicia en particular, a una perspectiva *comunitaria* abarcadora de toda la sociedad. En consecuencia, desde este punto de vista, derecho es el conjunto de los bienes objeto de relaciones sociales de justicia y por el cual éstas les son debidas a sus titulares.

El marco preceptivo que Santo Tomás desarrolla en su obra está signado por el concepto de bien, ya que, atento al carácter operativo del viviente –en este caso, el viviente humano–, lo primero conocido por la razón práctica es el bien, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene esta naturaleza. Por tanto, el primer principio operativo se funda en el bien. Asimismo, la relación tendencial entre el hombre y las cosas de su entorno también está enmarcada por su naturaleza de “buena” y necesariamente practicable, en las palabras del santo. De este modo, los preceptos de la ley natural, si bien no se identifican con las inclinaciones naturales, son paralelos a ellas: el bien de su conservación, el bien de su especie y el bien específico de su naturaleza racional.¹⁹

De acuerdo con todo lo expuesto, puede concluirse que la materia de los derechos fundamentales –en primer lugar, la vida– está dada por la misma entidad ontológica del bien humano. Ahora bien, la realización del viviente recorre un camino dinámico hasta alcanzar su plenitud. Referida al viviente humano, ésta solo se realiza por su inmersión en el entramado social, desde la familia hasta la polis. Al decir de Cotta, “esta inevitable coexistencialidad en la realización de los bienes propiamente humanos, es la que hace necesaria la existencia de toda la trama de derechos y deberes que ordena el intercambio de prestaciones que es

¹⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, ob. cit., 1-2, 94, 2.

preciso para la existencia y buena vida en la comunidad política”.²⁰ Finnis, uno de cuyos aciertos es ubicar la noción de bien humano en el centro de sus reflexiones iusfilosóficas, señala que “todas las sociedades humanas muestran una preocupación por el valor de la vida; en todas la propia conservación es generalmente aceptada como un motivo adecuado para la acción y en ninguna se permite matar a otros seres humanos sin una justificación bien definida”.²¹

Para finalizar, cabe una mención, aunque breve, de la suerte que corre contemporáneamente el derecho a la vida. Es común la referencia de declaraciones internacionales y constituciones nacionales a su reconocimiento basado en la dignidad y el valor de persona. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1948 se refiere en varios de sus artículos a la “dignidad humana” y especialmente el sexto determina que “todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica”. Sin embargo, al no quedar definidas la personalidad ni la dignidad, aparente fundamento de los derechos humanos, es común encontrarse con la contradicción de que numerosas legislaciones supuestamente “humanistas” violen sistemáticamente el derecho a la vida.

Frente a estos ataques, ha dicho bien Spaemann que la dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una ontología, es decir, en una filosofía de lo absoluto. Por eso, el ateísmo despoja a la idea de dignidad humana de fundamentación y con ello de la posibilidad de autoafirmación teórica en una civilización... La presencia de la idea de lo absoluto en una sociedad es una condición necesaria, aunque no suficiente,

²⁰ COTTA, Sergio: “La coexistencialidad ontológica como fundamento del derecho”, *Persona y Derecho* 9, Pamplona, 1982.

²¹ FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 115.

para que sea reconocida la incondicionalidad de la dignidad de esa representación de lo absoluto que es el hombre.²²

En el mismo sentido, afirma Millán Puelles: “Si la presunta dignidad del hombre es tan solo el emblema de una arrogancia que se nutre de su propia afirmación, todo podría quedar en un puro y simple gesto megalómano. Por el contrario, si se trata de algo cuyo origen rebasa nuestro ser y que se funda por tanto en un principio ontológicamente sobrehumano, el concepto en cuestión sale del círculo de nuestra mismidad y en vez de mirarse en ella como en su propio espejo apunta hacia el ‘original’ del que deriva el valor específico del hombre”... Solo la realidad de que Dios –lo Absoluto– ha querido al hombre como un fin en sí mismo y le ha otorgado también, con la libertad, el carácter de persona y la posibilidad de relacionarse libremente con Él, es capaz de fundamentar de modo incondicional el respeto, también incondicionado que la persona finita merece”.²³

Como lo habían intuido con certeza Platón y Aristóteles, el ser humano es solo inteligible a partir de su participación divina. Prefiero finalizar con una pregunta más que con una conclusión: ¿una cultura que renuncia a lo *Absoluto* está en condiciones de respetar *absolutamente* el derecho a una vida que, en cuanto terrenal, es empíricamente finita?

²² SPAEMANN, Robert: “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASINI, C. y SERNA, P. (eds.): *El derecho a la vida*, ob. cit.

²³ Citado por BARRIO MAESTRE, José M.: *Elementos de antropología pedagógica*, Madrid, Rialp, pág. 138.

CAPÍTULO IV **DERECHO Y MORAL:** **¿SEPARACIÓN O SUBALTERNACIÓN?***

1. Actitudes frente al problema

1.1. Una de las cuestiones que permite distinguir con mayor nitidez a las posiciones iusfilosóficas es precisamente el de las relaciones entre la moral y el derecho. Una primera actitud, ampliamente difundida contemporáneamente, establece una impermeabilidad total entre ambos ámbitos. Sus antecedentes se remontan al empirismo inglés y también al materialismo mecanicista de Hobbes, a quien podemos calificar de precursor moderno del positivismo. Posteriormente Kant, si bien no estableció una separación absoluta entre moral y derecho, con su agnosticismo gnoseológico circunscribió el deber moral al imperativo categórico, estableciendo una distinción que se hizo clásica: la moral es autónoma, el derecho es heterónomo. Distingue dos legislaciones una interna y otra externa;¹ el derecho se ocupa de las acciones externas entre persona y persona, la ética abarca los actos interio-

* Publicado en *El Derecho*, 150-963, UCA, Buenos Aires.

¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio: “Historia del Derecho y del Estado”, Madrid, Revista de Occidente, t. II, pág. 303.

res. Pero la distinción se basa fundamentalmente en el motivo por el que se obedece a esas leyes: en la moral, el deber por el deber; en el derecho por su coercibilidad.

Para Kant, el ser no conduce al deber ser, ya que solo es cognoscible el “fenómeno”; por eso, el orden jurídico será una construcción formal de raíz voluntarista, sin perjuicio de dejar a salvo un solo valor: el de la libertad individual. El derecho tiene por función conciliar los arbitrios individuales.

Es obvia la influencia de Kant en el positivismo del siglo XX. Entre otros que así lo reconocen, Kelsen sostiene que la definición del derecho como un conjunto de normas se ajusta perfectamente a la teoría de Kant, para quien el conocimiento constituye o crea su objeto y ve en el “deber ser” una categoría lógica de las ciencias sociales y de la ciencia del derecho en particular.² El voluntarismo y agnosticismo de Kelsen también se hacen palpables al desarraigar a ambos órdenes, moral y jurídico, de su raíz vivencial: el hombre. Por tanto, para el jurista vienes, el “debe” no tiene ninguna significación moral y por ello “el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativos distintos uno del otro”, y para que ello sea así “es preciso no confundir el contenido de las normas morales con el de las jurídicas y que no haya, por consiguiente, relación de delegación del derecho a la moral o de la moral al derecho.³

Entre los distintos significados y sentidos del positivismo jurídico, Carrión, siguiendo a Bobbio, propone como el más adecuado aquel que consiste en una actitud frente a los problemas teóricos y prácticos suscitados por la existencia de órdenes jurídicos positivos, según el cual no existe una conexión necesaria entre el derecho y la moral. Por eso, según la actitud positivista,

² KELSEN, Hans: *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, cap. I, 3 d) y cap. III, 2 b).

³ Ibídem, cap. II, 1.

que algo sea o no un orden jurídico o una regla jurídica depende de su estructura y función y no de su contenido valorativo. “Derecho injusto” no es una contradicción: “derecho justo” no es una “tautología”.⁴

1.2. Respecto a la relación del orden jurídico y del moral, quienes asumen una actitud positivista epistemológicamente dejan de tener el problema que deben asumir quienes consideran que si bien la practicidad humana presenta un rostro polifacético, por otra parte, forma una unidad difícilmente escindible en fracciones incomunicables. Por el contrario, quienes de una u otra manera continúan la tradición heleno-románica saben que la vida humana se inscribe en un marco en el cual es posible teóricamente demarcar sectores, pero que cuando la consideración estática deja lugar a la dinámica de la praxis, esos sectores, aparentemente distantes unos de otros, pierden sus límites precisos y tienden más a unirse que a distinguirse. No en vano, la *physis* proporcionaba a los griegos una visión cósmica y no caótica. El cosmos no era producto de la casualidad ni era una creación arbitraria, sino el equilibrio inmanente en ese cosmos y a la vez la retribución impuesta a todo lo que existe por un principio supremo inherente a la misma *physis* (*logos, diké*). No es de extrañar, entonces, que la polis fuera concebida como un “microcosmos”, y que en Platón, la justicia, virtud moral suprema, rigiera tanto todas las actividades personales como también políticas. Hasta aquí era impensable la distinción entre ética y política o derecho, y menos aún su oposición.

Será Aristóteles quien, desde su realismo, al conferir substancialidad a las cosas les concede también su autonomía, aunque

⁴ CARRIÓN, Genaro: *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y iusnaturalistas (réplica a Carlos Nino)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, págs. 28 y 32.

no su independencia, ya que toda la realidad forma un orden jerárquico, con relaciones recíprocas y dependencias necesarias. Pero el problema ya queda planteado, pues al señalar su conocida distinción entre lo justo natural y lo justo político, y al distinguir el alcance de la justicia respecto a las demás virtudes, sobre todo al dividirla en general y particular, marcaba a la vez ámbitos de actuación práctica diversos unos de otros, sin perjuicio de reiterar, conexos entre sí.

El horizonte de Aristóteles quedó luego muy atrás con el advenimiento del cristianismo, que resaltó el verdadero puesto del hombre en aquel cosmos limitado, y esta nueva visión del mundo, también por su riqueza, traerá una nueva complejidad en el discernimiento de los diversos ámbitos del actuar humano, frente a la simplificación o reducción al ámbito político, propio del hombre antiguo.

2. La doctrina de la subalternación

2.1. A partir de las dificultades que presenta la comparación entre ética y derecho a los fines de establecer sus relaciones, es conveniente recurrir a una perspectiva epistemológica bastante olvidada: la subalternación de las ciencias. Respecto a la unidad o diversidad del saber científico, básicamente se han asumido tres posiciones. Para unos, no hay diversidad de saberes, sino que los distintos conocimientos son solo matices o perspectiva de una única ciencia. Descartes es una prueba de ello, pues los principios de los saberes son deducciones de un primer principio, negándose así la distinción real entre las ciencias. Desde otra perspectiva, contemporáneamente el empirismo lógico también ha pretendido arribar a la ciencia “unificada”: ciencia es solo el conocimiento de la observación experimental debidamente verificada, o de los entes de razón patrimonio de la lógica. Para otros, cada ciencia tiene su ámbito exclusivo de conocimiento sin

recibir aportes de otras ciencias, de lo contrario se diluiría la distinción entre ellas.

Por otra parte, para el realismo clásico, comenzando por Aristóteles, existe un vínculo fundamental unificador de toda la especulación humana, pero a la vez, cada ciencia cuenta con objetos, principios y métodos propios. Del primer principio a los principios especiales está el pasaje de lo común a lo propio y no el de las premisas a la conclusión. Además, el conocimiento científico no trata sobre principios (parte de ellos) sino sobre objetos, resultando que la diversidad de ciencia se funda en la diversidad de objetos. Hay tantas ciencias como objetos –formales– de conocimiento.⁵

2.2. Esta relación entre las ciencias desde una perspectiva jerárquica, dio lugar a la doctrina de la subalternación, entendida desde la epistemología (con distinta aplicación de la subalternación lógica), ya que no se trata de relacionar entes de razón sino ciencias que tienen por objeto la realidad. Todo conocimiento, y por ende toda ciencia, se encuentra especificado por su objeto. Pero en primer término hay una consideración material del objeto. El objeto material de una ciencia es simplemente la cosa, el ser sobre el cual versa esa ciencia. Pero el objeto material no es el criterio de especificación entre las ciencias, ya que un mismo objeto material puede ser estudiado por una multiplicidad de conocimientos. La distinción se encuentra en el objeto formal, que, como explica Sanz, en la escolástica suele distinguirse como objeto formal terminativo u objeto formal motivo si de lo que se trata es de nominar aquel punto de consideración específico que cada saber recorta del objeto material, o bien si se pone en mira la luz, o nivel de inteligibilidad, desde el cual se capta el

⁵ LACHANCE, Louis: ob. cit., pág. 32.

objeto.⁶ Encontramos entonces en el objeto conocido una primera vinculación entre las ciencias, las que se distinguen entre sí –pese a conocer el mismo objeto material– por la formalidad propia y distinta a las demás de cada conocimiento.

Pero también las ciencias pueden relacionarse por los principios, ya que no todas las ciencias deben elevarse a los primeros principios, sino que la conclusión de una ciencia puede ser el inicio o principio de otra.

Por último, las ciencias pueden relacionarse por su finalidad, pero esta relación se denomina “subalternación impropia”, o más exactamente subordinación, y tiene lugar “cuando una ciencia tiene un fin superior al de la otra; así, las ciencias arquitectónicas sujetan a las ministeriales, como la constructiva de frenos se somete a la ecuestre y la ecuestre a la militar y ésta a la política.”⁷

De esta manera podemos concluir que la subalternación es la relación existente entre una ciencia denominada subalternada, que es tributaria en cuanto a su objeto, y principios de otra denominada subalternante, que también puede relacionarse con otra ciencia por su finalidad (subalternación impropia).

2.3. Subalternación por los principios

Considerando su naturaleza, la ciencia es un hábito demostrativo, o sea, un saber que procede por demostración a partir de un principio de conocimiento que es extrínseco a la ciencia, ya que, como queda dicho, ella es “hábito demostrativo”; por tanto, la ciencia se distingue de sus principios, que son su causa. Para Aristóteles, el proceso de la ciencia es similar al del movimiento;

⁶ SANZ, Carlos R.: “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, *Prudentia Iuris*, diciembre 1983, XI, págs. 15-45.

⁷ JUAN DE SANTO TOMÁS, *Lógica*, art. 1º, II, pág. 36.

éste tiene su punto de partida en el reposo. En forma similar, el conocimiento demostrativo comienza apoyándose en otro conocimiento, que no requiere demostración, pues es evidente que si así no fuese deberíamos también demostrar el primer conocimiento, y así al infinito. Los principios del ser y del conocer son aprehendidos por un hábito intelectual llamado “inteligencia de los primeros principios”. Por eso afirma: “del principio mismo de lo que es objeto de la ciencia no puede existir ciencia”.⁸

Siguiendo los lineamientos que sobre el tema trazó la filosofía clásica, los principios pueden ser o “el entendimiento de los principios”, cuando son verdades cuya manifestación se nos hace patente por sí misma, u otro hábito científico constituido por conclusiones de una ciencia superior. En el primer caso, cuando la ciencia se funda en verdades de evidencia inmediata, surgen las ramas fundamentales y primarias de la sabiduría humana (Metafísica, Matemáticas, Filosofía Natural). Las restantes ciencias, que no tienen como punto de partida los principios evidentes, inicián su conocimiento en un principio que es a la vez la conclusión demostrada por una ciencia superior. Por esto los autores escolásticos daban tanta importancia a las llamadas ciencias subalternadas, es decir, ciencias cuyos principios constituían las conclusiones de una ciencia superior.⁹

2.4. Subalternación por el objeto

Una ciencia puede conocer una realidad asumida en forma más extensa que otra, que tiene por objeto algo específico de

⁸ ARISTÓTELES: *Ética a Nicómaco, Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1973, VI, 6.

⁹ MEINVIELLE, Julio: “La subalternación de la Ética a la Psicología”, Buenos Aires, *Sapientia*, nº 2, págs. 125-135.

aquella. De aquí la relación entre las ciencias cuyo objeto es el mismo, pero para que exista subalternación entre ambas deben darse las siguientes condiciones: que el objeto de la subalternada contraiga al objeto de la subalternante, pues si tomara su totalidad no sería otra ciencia, y además que añada una diferencia que sea en tal materia principio de especiales propiedades y de nuevas y distintas verdades. Podemos ejemplificar con la biología respecto a la medicina. La materia de conocimiento de la medicina es la vida humana, mientras que la biología conoce el viviente sin distinciones, pero además la primera le añade una diferencia específica, pues no estudia al hombre solo para conocerlo, sino para preservar o restaurar su salud.

3. Subalternación del derecho a la antropología y a la ética

3.1. El objeto formal del conocimiento jurídico¹⁰

Las ciencias se especifican por sus objetos y por tanto corresponde delimitar el campo del conocimiento jurídico. Para

¹⁰ Utilizamos el término “conocimiento jurídico” como omniabarcador de los distintos niveles o perspectivas formales gnoseológicas desde las que puede conocerse el “derecho” como realidad. Entendemos acertada la perspectiva tripartita –filosófica, científica y prudencial–, teórica-práctica las dos primeras y práctica-práctica la segunda. La filosofía del derecho, partiendo de la experiencia, tiene como perspectiva formal el conocimiento de la esencia del derecho y por ende su definición, sus principios universales y sus causas últimas. Frente a los que niegan otra perspectiva teórica que la filosófica, entendemos que hay, además de aquella, una perspectiva “científica” que, teniendo como objeto también la realidad jurídica integral, se especifica por el conocimiento del ensamble de las normas positivas legales y jurisprudenciales con los principios brindados por la filosofía del derecho. Como sostiene Massini, no puede hablarse de “ciencia” jurídica, en el sentido aristotélico del término,

el realismo clásico, “derecho” es un término análogo, o sea, que designa entes esencialmente distintos entre sí, pero a su vez semejantes y relacionados por una cierta similitud. La analogía expresa una conformidad, una semejanza entre varias realidades y por ende entre sus significaciones. Así se designa con el término derecho a lo justo, las leyes, la facultad subjetiva, la sentencia, etc. Pero entre éstos hay uno al que le cabe la plena significación del término, o sea, es el analogado principal que comunica la significación a los restantes analogados. Éste es el objeto de la justicia, “lo justo”, que, en definición de Lachance, es la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto (o acción) es ordenado a una persona o sociedad y por la que se torna suya propia: el derecho no designa otra cosa que la demarcación objetiva de lo justo.¹¹

A partir de la definición esencial de derecho podemos delimitar el objeto del conocimiento jurídico, ya que él no se reduce solo al analogado principal, sino que también abarca a todos los analogados menores o derivados (ley jurídica, facultad jurídica y orden jurídico, principalmente).

Por tanto, este conocimiento tiene como objeto un “operable” bajo la perspectiva de las relaciones de justicia. Entonces, el objeto de conocimiento del saber jurídico, materialmente considerado, es abarcado con mayor extensión o amplitud por la ética, ya que ésta conoce los actos libres del hombre considerados en su bondad o malicia, o sea, su conformidad o no con el dictamen de la razón. Tiene por finalidad poner orden en las acciones

sino en la medida en que el estudio de realidades históricas y contingentes –el derecho, en este caso– se efectúa desde la perspectiva de su naturalidad y a la luz de los principios jurídicos universales (cf. MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio: “Querella sobre la ciencia del derecho”, *La Ley*, 31 de diciembre de 1981, año XLVII, nº 254).

¹¹ LACHANCE, Louis: ob. cit.

voluntarias en cuanto relacionadas entre sí y con respecto al fin de la vida humana, que es la felicidad. Por eso la ética esencialmente estudia los medios para lograrlo, ya que dada la imperfección de la naturaleza, se torna necesaria la adquisición de hábitos que faciliten el actuar humano tendiente a ese fin, o sea, las virtudes cardinales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza, y las virtudes anexas a ellas. Pero, a su vez, la antropología es subalternante de la ética, pues su objeto específico es el constitutivo humano, sus facultades y sus finalidades.

De lo dicho se advierte que el conocimiento jurídico es más limitado, más modesto, pues tiene como objeto formal la acción exterior en cuanto debe estar ordenada a otro, rectificada en relación con él por una igualdad signada por la relación misma. A la vez, esa ordenación es debida no en forma graciable sino por una exigencia de la vida personal y social. El objeto de conocimiento jurídico en su significación primaria es el *ius*, que, como dice Graneris,¹² es aquel *iustum imperfectum*, es el objeto de la justicia pero considerado en su posible aislamiento del ánimo del sujeto; es el *bonum opus* en cuanto puede estar separado del *homo bonus*, es la armonía de la vida exterior, que quizás no tenga una digna verificación en la concordia de los ánimos.

Lo jurídicamente debido se determina en vista de lo que reclama el *bien social*. De ahí –explica Lachance¹³ que no todo lo que es debido a los demás, en las relaciones de los hombres entre sí, lo es jurídicamente. Lo legalmente debido es necesario para la existencia de la vida política –considerada en su ser propio–, mientras que lo moralmente debido –equidad, benevolencia, caridad, cortesía, etc.– no es requisito necesario de esa vida; son elementos de la perfección individual que no pueden ser

¹² GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, pág. 22.

¹³ LACHANCE: ob. cit., pág. 264.

coactivamente exigidos por sus semejantes. Jurídica o legalmente debido solo es aquello sin lo cual la existencia de la sociedad no puede concebirse.¹⁴

Hay quienes especifican la norma jurídica a diferencia de la moral por su recurso a la coacción, que está ausente en la segunda. Como consecuencia, una acción o cosa o atributo de la personalidad es derecho en la medida en que la sociedad actúa protegiéndolos o actuando coactivamente contra quien atente contra ellos. Pero esta tesis es errónea pues para definir al derecho debe recurrir a un elemento extrínseco, cual es la coacción, o sea, el derecho queda indefinido en sí mismo. Por el contrario, para el iusnaturalismo clásico, la coacción no es un elemento esencial del derecho, sino accidental, o si se quiere, un accidente necesario. Es así ya que lo justo se determina por lo debido en estricta igualdad por exigencia del bien social y ello es previo a cualquier sanción o coacción. Ésta es una consecuencia al nivel de la efectividad práctica del derecho.

Como sostiene Ballesteros, lo esencial al derecho no es la posesión efectiva de la fuerza, sino la licitud ética del recurso a la misma, a diferencia de lo que ocurre con el resto de la vida ética, que al dirigirse a la perfección integral de la persona, no puede emplear tal recurso. En el orden jurídico hay siempre frente a mi deber de cumplimiento de una obligación, un derecho a exigirla por parte de otras personas y al mismo tiempo frente al deber de los otros de cumplimiento de una obligación, un derecho mío a exigirla de los otros; el derecho aparece como el campo de la reciprocidad.¹⁵

¹⁴ CASARES, Tomás: *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, CCC, 1945, pág. 161.

¹⁵ BALLESTEROS, Jesús: *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tecnos, 1984, págs. 100-101.

3.2. Establecidas así las diferencias formales respecto a ambos saberes, que tienen en común la practicidad humana, cabe considerar si el saber jurídico se encuentra subalternado a otro superior. Si la ciencia jurídica no se subalternara a otra ciencia, debería resolverse en principios evidentes por sí mismos, o sea que su objeto y sus principios demostrativos serían autosuficientes para la manifestación completa o *propter quid* de su verdad.¹⁶

Pero no es así, ya que el orden jurídico establece un orden de repartos, determina lo “suyo” de cada uno, fija los límites del actuar según un criterio de justicia. En última instancia, tiene su fundamento en una concepción antropológica y ética. Por tanto, el conocimiento jurídico nos brinda el *quia* (“que” es lo justo), pero para responder a su fundamento y su “por qué” (demostración *propter quid*), debe recurrir a un principio que pertenece a la ética, que a su vez se subalterna a la antropología, pues ésta es la que estudia el constitutivo humano y sus facultades, así como también el fin de la vida humana.

Por lo tanto, los primeros principios de la ética subalternan a la ciencia jurídica. A partir de éstos y mediante la experiencia de la vida humana, la razón práctica, cuando se aboca a conocer el ámbito jurídico, determina los alcances de lo justo objetivamente considerado. Adviértase que el conocimiento perfecto es conocimiento *propter quid* y que el conocimiento de lo “justo”, si bien surge naturalmente de las relaciones humanas, por sí solo no nos da su fundamento o explicación causal. En consecuencia, el saber jurídico no conocería su objeto en sus fundamentos últimos sino fuera mediante las conclusiones de la antropología que, a su vez, subalterna a la ética.

¹⁶ Este argumento sobre la subordinación de las ciencias en general se encuentra desarrollado por Santo Tomás en I Post. Anal. Lect. 41, citado por MEINVIELLE, J.: ob. cit.

También la subalternación del derecho tiene lugar por el objeto de conocimiento, aquí específicamente a la ética, ya que las acciones humanas y su rectitud en orden al fin de la vida son la materia de la segunda, que las contempla en su máxima extensión, tanto en su intencionalidad (principalmente desde ella) como también en su exterioridad. Por su parte, el derecho contrae la extensión de ese objeto, pues no toda la materia moral es jurídica, y le añade diferencia específica. Esta diferencia está dada por la correlación entre derecho y obligación en estricta igualdad y por las exigencias del bien social, como se dirá luego.

Como explica Sanz,¹⁷ la actividad jurídica está llamada a una tarea que se desarrolla en el ágora, en el foro, en medio de las contiendas que son fruto del egoísmo de los hombres. Proponiendo arquitectónicamente formas de relación adecuadas al espacio y tiempo, guardando las proporciones establecidas por el momento distributivo de la justicia, corrigiendo conmutaciones que alteran la entidad de los patrimonios. Lo propio de su oficio es el justo reparto de bienes, el justo equilibrio de bienes y servicios que pueden ser dispensados y requeridos a los miembros de la ciudad, o, como lo dice el propio Santo Tomás, un cierto *opus –obra–* adecuado a otro según algún modo de igualdad.

Asimismo, si bien no se trata de una subalternación en el significado preciso del término, el derecho se encuentra subordinado por sus fines tanto a la ética como a la política, ya que la primera persigue el bien último o felicidad y la política tiene por fin la realización comunitaria de las condiciones que posibiliten esa felicidad.

¹⁷ SANZ, Carlos R.: ob. cit.

4. Conclusiones

De acuerdo con las pautas expuestas, el punto de partida del saber jurídico son las conclusiones de la ética (fin del hombre y medios para lograrlo) y también de la antropología (sobre la esencia de la naturaleza humana). En consecuencia, cabe afirmar la “moralidad objetiva” del derecho, pues, como dice Graneris,¹⁸ considerada la cosa justa en sí misma, no puede ser nunca inmoral: el derecho es algo debido a otro, o sea, algo a lo cual va unido el deber y el deber emerge siempre de la moralidad. Nótese que este nexo es originario, intrínseco, constitutivo del derecho mismo y por consiguiente no puede nacer ni vivir sino bajo la forma de cosa justa o debida, o sea, hundiendo sus raíces en el *humus* de la justicia. Pero a la vez, continúa Graneris, puede considerarse una dimensión “amoral” en el derecho: ésta proviene del ánimo o intención del agente u operante; nace del contacto de la *res iusta* o derecho con el sujeto en el momento de la ejecución: puede pagar o exigir lo debido con sentido de avaricia, con corazón de ladrón. La cosa permanece justa y la solución del débito es aún un acto de justicia; solo que el ánimo humano no se adecua a la moralidad objetiva del acto.

Como conclusión, y como respuesta a la pregunta que titula estas líneas, debe afirmarse que el derecho no es independiente de la moral, ya que tanto sus principios, objeto y fines guardan una dependencia con aquélla, lo cual surge claramente de la doctrina de la subalternación que hemos expuesto. Pero, a su vez, el saber jurídico se constituye como saber específico, pues le compete el conocimiento de cada sistema u orden jurídico particular a la luz de los principios de la filosofía del derecho. Este conocimiento científico a la vez orienta la determinación precisa de lo justo en el “aquí y ahora”, de cada circunstancia de tiempo y

¹⁸ GRANERIS, Giuseppe: ob. cit., cap. IV, págs. 43-59.

lugar, tarea propia de la prudencia. La diferencia entre ambos, como dice Olgiaatti,¹⁹ no es de grado sino de naturaleza, y depende de que, más allá del carácter de racionalidad y de eticidad, el imperativo jurídico tiene como nota específica propia el carácter de politicidad, que lo distingue (no lo separa), en el mundo de la actividad humana, de la actividad ética con una fisonomía completamente especial. Si cada hombre viviera en una isla como Robinson, la palabra derecho no se habría jamás pronunciado.

La especificidad del derecho respecto a la moral viene entonces dada por las exigencias y necesidades de la vida política (en el sentido aristotélico del *zoon politikon*), que acota el ámbito de la moral restringiéndolo a aquel mínimo necesario para la existencia de la propia convivencia. Por eso se ha dicho de la “grandeza y miseria” del derecho; lo primero, pues sin él la sociedad es impensable; lo segundo, pues su misión no es la realización de la plenitud de la comunidad (tarea reservada a la política) y de sus integrantes (misión reservada a la moral) sino coadyuvar para que ello se realice a partir de un mínimo, que es nada más que –pero también nada menos– que cada hombre tenga lo suyo. Por ello, el orden jurídico renuncia a la investigación de las intenciones (salvo situaciones muy particulares) como también a reglar la totalidad de la vida virtuosa. Se conforma con mucho menos y desde el punto de vista de la interioridad del sujeto operante, asume un juicio “amoral”, ya que poco le interesa si el deudor paga con buen o mal ánimo o si el contribuyente que abona sus impuestos pensó en evadirlos.

De aquí que el saber jurídico cuente con su propio método, que no es similar al de la moral; con sus propias normas, que si bien deben asumir un contenido ético, son de un tenor distinto, ya que la intencionalidad queda limitada y su finalidad no es la

¹⁹ OLGIATTI, Francesco: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, pág. 335.

perfección del sujeto que obra, sino la de la obra entendida como relación jurídica; de aquí también su especificidad. Pero a la vez su dependencia y su subalternación, ya que los integrantes del orden jurídico son las personas, y el marco del obrar humano pertenece “por derecho propio” a la ética.

CAPÍTULO V

DERECHO Y MORAL EN MICHEL VILLEY*

1. Las principales tesis de su obra

1.1. Muchos años atrás, cuando era estudiante, no dejó de sorprenderme lo afirmado por un filósofo existencialista: la evolución y madurez de la persona humana no sucede gradualmente, como el resto de la naturaleza, sino a saltos, y el tránsito de una etapa a otra de la vida solo es posible si en algún momento descubrimos una dimensión antes ignorada y oculta. En lo que se refiere a la vida intelectual, esta afirmación goza de plena veracidad. La madurez intelectual no se produce por acumulación de lecturas y datos –que pueden servir de sedimento– sino al “darse cuenta” y “ver” lo que antes estaba velado; es allí cuando se produce un verdadero avance que nos sitúa en otra perspectiva más esclarecida. Es aquí donde se inserta la misión socrática del maestro: iluminar la realidad para que pueda ser conocida. Posiblemente muchos guardemos un recuerdo agradecido hacia uno o varios autores desde quienes hemos vuelto con otra mirada a releer a los clásicos. En Filosofía del Derecho, lo dicho vale para

* Publicado en *El Derecho*, el 9 de enero de 1992, nº 7907, Buenos Aires, UCA.

Michel Villey. Vayan entonces estas líneas como reconocimiento para el maestro de París, más allá del acuerdo o discrepancia que podamos tener con muchas de sus tesis, varias de las cuales tampoco pueden encasillarse en moldes demasiado rígidos, dadas las características tanto de su personalidad como de su obra.

1.2. Cronológicamente, Villey arriba a la Filosofía del Derecho desde sus estudios del Derecho Romano y sus investigaciones sobre la Historia de las ideas filosóficas.¹ Precisamente, lo que podría denominarse el núcleo de su pensamiento arraiga tanto en el estudio del concepto de derecho en la historia de Roma, su derivación de la filosofía aristotélica y el rescate del método del derecho –el arte jurídico–, como también en la crítica a la formación del pensamiento jurídico moderno, sobre todo las fuentes del positivismo contemporáneo. Conviene tener presente este derrotero pues Villey continuó siendo siempre más historiador de las ideas filosóficas que filósofo del derecho.

También importa destacar que su obra –y la radicalidad de algunos de sus postulados– solo puede comprenderse a partir del ambiente iusfilosófico de mitad del siglo XX, impregnado del más crudo legalismo positivista, frente al cual se hallaba un iusnaturalismo de escasa o nula difusión. No es arriesgado afirmar, sin temor a equivocarnos, que desde entonces, Villey mediante, el iusnaturalismo ha retomado las fuentes del realismo primigenio y ha vuelto a ocupar un lugar de preponderancia.

Puede decirse que el tratamiento de la diáda moral-derecho implica en su obra, más que un estudio puntual, una constante, a veces explícita pero la mayoría de las veces implícita, en el trasfondo de sus tesis. Por eso, y dejando a salvo que Villey no es un

¹ RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato: *La Filosofía Jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990, pág. 39.

autor sistemático, se impone una breve síntesis introductoria sobre los temas principales de su pensamiento relacionada con nuestro estudio.

1.2.1. Si tuviera que elegir la principal, no dudaría: Villey, pese a su visión parcial del tema (por los motivos que señalaré luego), retomó con fuerza la noción clásica y realista del derecho. Demostrará largamente que el *to dikaios* aristotélico y la *ipsa res iusta* tomista fueron metamorfoseados desde la decadencia medieval hasta que su significado quedara diluido en el de la ley y en el de facultad subjetiva. Desde la modernidad, Derecho será “derecho subjetivo” o “derecho normativo”.

Retomando aquellas fuentes, el maestro de París señala que el “Derecho” en su sentido más importante se nos presenta como una cosa provista de una existencia propia que el jurista busca, cosa que no nos resulta fácil de definir;² el Derecho no se sitúa en el sujeto, está “en las cosas”, en la realidad externa; es el objeto de la justicia –que en su acepción específica tiende a dar a cada uno lo suyo–. Por eso Santo Tomás sostiene en su vocabulario técnico que la justicia busca un medio objetivo, un medio en las cosas mismas, *medium rei*; busca determinar una relación, la relación conveniente entre las cosas distribuidas entre las personas.³ Así, en la más prístina corriente aristotélica, también señalará que el *to dikaios* es una proporción entre cosas repartidas entre personas, un proporcional, un *analogon*, una igualdad.⁴

A los efectos de nuestro tema específico, dejemos apuntado desde ya que Villey excluye las acciones humanas del concepto

² VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979, t. I, pág. 83.

³ VILLEY, M.: *Consideraciones en pro del Derecho Natural Clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, págs. 30-31.

⁴ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 87.

de derecho. “La conducta” es el objeto propio de la moral; el derecho en su acepción primaria es “la cosa exterior” debida a otro; relaciones y proporciones entre las cosas.

1.2.2. En su segunda acepción digna de mencionar como otra de sus tesis, el “Derecho” es el arte jurídico de descubrir lo justo en las relaciones sociales. Este arte requiere una metodología especial, totalmente diversa a la de común usanza, el legalismo deductivo. Comentando a Santo Tomás, Villey sostiene que el término *ius* significa el arte mediante el cual está determinada esa buena proporción entre las cosas (*ars qua cognoscitur quid sit iustum*). El jurista extrae el Derecho natural de la observación de las cosas (*consideratio rei*), es decir, de las relaciones sociales.⁵ Pone especial énfasis en excluir de esta metodología cualquier referencia a la ley natural, punto sobre el que volveremos luego. Para él, al método subjetivo que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna se acaba de oponer otro método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior, y éste es el corazón de la doctrina del derecho natural. Ejemplificando con la familia, muestra cómo es posible advertir que en algunas se han establecido relaciones justas entre el padre, la madre y los hijos; y hay otras que, por el contrario, se han desviado de ese orden, en donde la autoridad paterna es excesiva o demasiado débil. Entre las sociedades que existen, pueden servirnos de modelo aquellas que han cumplido efectivamente sus fines existenciales.⁶

Si bien hay quienes entienden que en Villey también caben otras acepciones del término Derecho,⁷ creemos que las dos des-

⁵ VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, ob. cit., págs. 62-63.

⁶ VILLEY, M.: *Consideraciones en pro del Derecho Natural Clásico*, ob. cit., págs. 67-68.

⁷ RABBI-BALDI CABANILLAS, R.: ob. cit., pág. 361.

criptas, además de relacionarse más íntimamente con nuestro tema, son suficientemente explícitas de su pensamiento.

1.2.3. La tercera de las tesis fundamentales de Villey –íntimamente ligada a la primera: *ius est res*– es la ubicación en ámbitos totalmente diferentes de la justicia general y de la justicia particular. La primera pertenece a la moral; solo la segunda tiene como objeto al derecho, a la “cosa justa”. Ésta es la justicia “jurídica”. Según Villey, para Aristóteles “justicia” expresa generalmente moralidad, la conformidad de la conducta de un individuo con la ley moral. Llama a esta justicia “justicia legal”. Dicho de otro modo: la ley moral, al dominar a todas, es “la suma de todas las virtudes” o la “virtud universal”.⁸ No obstante, concede que no se trata de toda la moralidad, sino que si bien reúne todas las virtudes, las considera desde el punto de vista de las ventajas que los demás y el cuerpo social obtienen de ella: es una virtud social.⁹

De acuerdo con ello concluye que para el Estagirita, las leyes que forman el armazón de la justicia general (sean, por lo demás, escritas o no, naturales o positivas) no son el Derecho (*to dikaios*). Debe resaltarse la importancia de esta conclusión de Villey: las leyes son morales, no jurídicas, pertenecen a esta primera clase de justicia, general o moral.

Queda entonces reservado el reino jurídico para la justicia particular. Ella es la que se ocupa de los repartos concretos, exteriores; en palabras de Villey, sus contornos son mucho más claros y definidos: una virtud que no deja confundirse con la suma de todas las virtudes.¹⁰ Prueba su afirmación por el fin de esta actividad propia de justicia particular: ¿A qué tiende el hombre jus-

⁸ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 75.

⁹ Ídem.

¹⁰ Ibídem, pág. 78.

to? A no quedarse ni con más ni con menos de lo que le corresponde; a que cada uno tenga lo suyo; a que sea bien realizada en una comunidad social la repartición de los bienes y de las cargas. Según Villey, para Aristóteles, el *dikaios* no se concibe en el sentido riguroso de este término más que en la justicia particular; solo ella presenta esta singularidad: buscar un fin objetivo, la igualdad o armonía en la repartición de los bienes inherentes al cuerpo político.¹¹

1.2.4. Otro de los temas claves en Villey que debe ocupar un lugar en esta síntesis es el del método jurídico. Sobre este tema se pueden discernir en su obra dos tratamientos: en primer lugar el “método” del derecho natural entendido como observación objetiva de la naturaleza de las cosas. Rescata la terminología clásica que englobaba todo lo que existe en nuestro mundo, la integridad del hombre, espíritu y cuerpo, las instituciones humanas y las instituciones sociales: la ciudad, la familia, los grupos familiares, los grupos de intereses. Señala que Aristóteles ve en la naturaleza las formas, las esencias generales, por las que se pone de manifiesto el orden del mundo y que los movimientos de todos los seres tienen un sentido, que existen en la naturaleza causas finales.¹² Pero además, en segundo lugar, Villey, desde su aversión al racionalismo, rescata la dialéctica en sentido clásico como camino para hallar la solución justa al conflicto judicial, demostrando la futilidad del deductivismo silogístico, propio de otras ciencias, como las llamadas exactas. En este sentido se inscribe en una amplia corriente que, desde perspectivas parcialmente distintas (entre otros, Recasens Siches, L. y Perelman, Ch.), también han recusado la metodología del legalismo positivista. Villey recuerda que la búsqueda del derecho se hace entre

¹¹ Ibídem, págs. 79 y 88.

¹² VILLEY, M.: *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*, ob cit., págs. 49-51.

muchos. Es una obra polifónica.¹³ Su materia de conocimiento no es necesaria, sino contingente, opinativa. De aquí el rescate de la *Retórica* y la *Tópica* aristotélica.

Si bien este tema de lógica jurídica escapa al propósito de este estudio, caben dos puntualizaciones: como señalaremos luego, Villey circunscribe el derecho y lo jurídico preferentemente al ámbito propiamente judicial; en segundo lugar, desde nuestra perspectiva, dada la relación entre la ley natural y el derecho –entendido en su acepción principal como cosa justa–, no todo lo jurídico puede entrar en el campo opinativo a resolver mediante el procedimiento tópico y retórico.

1.2.5. Por último, también merece nuestra atención, por su relación con el tema que nos interesa, el tratamiento de Villey sobre el lenguaje jurídico. A diferencia del moral y sus proposiciones, el jurídico tiene una función descriptiva, ya que es el juez quien al descubrir lo justo “dice” lo suyo de cada uno. Según su interpretación del derecho romano, los juristas distingúan el *imperium* de la *jurisdictio*: es cierto que el edicto del pretor y frecuentemente la ley pública se expresan mediante imperativos. Pero ésta no es la forma de la *jurisdictio*. Los actos se ordenan, el derecho se “dice”.¹⁴ De esta manera, Villey intenta fortalecer su tesis respecto a la moralidad de todas las leyes, creando un ámbito propio para la labor específicamente jurídica: ella se reduce a “decir” (función del juez) lo que es derecho.

Con esta reseña finalizamos nuestra síntesis sobre las principales tesis de Villey. Pueden incluirse otras de significativa trascendencia, pero creemos que los textos transcritos son suficientes para afrontar el análisis de su visión sobre la relación moral-derecho.

¹³ Ibídem, pág. 80.

¹⁴ Ibídem, pág. 150.

2. Interpretación histórica de la relación entre moral y derecho

2.1. El pensamiento sistemático nacido en la era cartesiana es uno de los blancos de ataque preferidos por Villey. Resulta entonces coherente que él no haya asumido un “sistema” con conclusiones claras y distintas al modo cartesiano como método de investigación. Siendo así, como veremos luego, en el siempre conflictivo tema de las relaciones entre moral y derecho, el pensamiento de nuestro autor tampoco puede resumirse en una conclusión apodíctica. De la reseña precedente podemos extraer algunos datos que nos brindan un panorama: las acciones o conductas humanas no son “derecho”; toda regulación de la conducta, incluidas las leyes –aun las “humanas”, en el lenguaje de Santo Tomás–, son morales y no jurídicas; el “derecho” pertenece a la órbita de la justicia particular, pues la general se identifica con la moralidad; la “naturaleza del hombre” no es fuente de lo justo: ella está guiada por la ley natural, que es moral; todo lenguaje prescriptivo o normativo es moral y no jurídico.

2.1.2. Por el asistemátismo antes referido, y quizás también por su falta de apelación a la metafísica, sobre el tema podemos hallar en Villey textos que nos conducen a conclusiones dispares entre sí. Desde su óptica de historiador, para Villey, el decurso de la cultura judeo-cristiana concluyó en que el derecho fuera absorbido por la moral, perdiendo su autonomía. La consecuencia negativa fue que la juridicidad fue monopolizada más tarde por el voluntarismo y el positivismo, quienes procediendo a la inversa, vaciaron al derecho de todo contenido moral. Para Villey, desde la antigüedad, la concepción aristotélica de la justicia fue avasallada por el “moralismo” de raíz estoica, asumido luego por el judeo-cristianismo. Estima que el estoicismo había creado una moral de carácter universal, dictada por la Razón, el *Logos*; no se trata de un orden político, ya que los estoicos eran cosmopolitas, sino simplemente de una moral universal que

incluía al derecho,¹⁵ y así éste queda diluido de su realidad objetiva. Otro tanto sucede en las fuentes bíblicas: la *Torah* del Antiguo Testamento comprende un conjunto de instrucciones morales, de normas de conducta, pues la vida del judío es una marcha hacia la tierra prometida y la Ley es su guía.¹⁶

Encontramos ejemplo más claro en las traducciones griegas y latinas de la Biblia. *Dikaios-justus* es el “santo”; estos términos han servido para traducir la palabra hebrea *tsedaka*, ligada a santidad. Poco hay de jurídico en estas nociones: evocan la adhesión a Dios y a la ley divina. El equívoco fue luego asumido por la patrística, ya esbozada en la obra de San Ireneo o de Clemente de Alejandría, y sólidamente constituida en San Agustín: ley eterna, ley natural, ley antigua, por fin la ley del Evangelio. Para Villey, de un límite al otro del sistema, no se trata aquí más que de moral, de dirección de conducta.¹⁷ Esta interpretación se ahondará más en la Edad Media mediante el agustinismo político, y la encontramos luego en el Decreto de Graciano o en el Libro de las *Sentencias* de Pedro Lombardo. Asimismo, resalta de qué manera el trasvasamiento lingüístico se operó a través de las lenguas romances. De esta forma *droit*, *diritto*, “derecho”, *Recht*, que son traducciones del *ius*, hacen referencia, no a la cosa justa, objetiva, sino a la rectitud de la conducta del individuo. El jurista emigrará a la moral; al menos así lo indica la etimología.¹⁸

2.1.3. El único momento luminoso de esta historia de desfasajes lo constituye para nuestro autor la obra de Santo Tomás de Aquino, quien rompe con toda la tradición del agustinismo político: libera al

¹⁵ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 116.

¹⁶ Ibídem, pág. 118.

¹⁷ VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, ob. cit., págs. 28-29.

¹⁸ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 136.

derecho de la égida de la ley religiosa y demuestra que los preceptos jurídicos de la ley antigua no han sido sustituidos por otros en la ley nueva; el derecho vuelve a ser oficio profano; derecho que el jurista debe perseguir *per sua naturalia*.¹⁹ Según Villey, en la obra de Santo Tomás encontramos el estudio de la palabra “derecho” en el “Tratado de la Justicia” (II-II) y no en el “Tratado de las Leyes” (I-II). Las leyes son las reglas de las acciones humanas: gobiernan la conducta humana, el conjunto de la moralidad; no hay que confundirlas con el derecho considerado en su acepción propia.²⁰ Pero tampoco concede que todo el tratado de la justicia sea “jurídico”. Este tema se reduce a la justicia particular, ya que la justicia general no es la justicia en sentido específico, sino considerada bajo un prisma muy concreto, la suma de la moralidad, la obediencia a toda clase de leyes morales.²¹ Efectuar un análisis de la interpretación tomista de Villey requeriría un estudio específico que excede el marco de estas líneas. Sin perjuicio de ello, en las conclusiones críticas sobre el tema que nos ocupa, volveremos sobre el particular.

Para Villey, el redescubrimiento de Aristóteles y del *ius* como *ipsa res iusta* tuvo breve viabilidad, ya que la Escolástica decadente y el final del medioevo señalan el inicio del subjetivismo y el voluntarismo (D. Scoto y en especial G. de Ockam), que eclipsaría nuevamente la objetividad de Santo Tomás. La doctrina clásica tampoco tuvo mejor suerte en la Escolástica Española, ya que sus maestros, de Cayetano a Belarmino, pasando por Vitoria, de Soto, Suárez, son activos; casuistas, directores de conciencias; su resultado fue atar la doctrina del derecho al “Tratado de las Leyes”.²² La ruptura con la doctrina clásica será total des-

¹⁹ VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva, griega, judía y cristiana*, ob. cit., pág. 52-53.

²⁰ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 136.

²¹ Ibídem, ob. cit., pág. 135.

²² VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva, griega, judía y cristiana*, ob. cit., pág. 70.

de la Escuela del Derecho Natural Moderno, imputando Villey, sobre todo a Grocio, el olvido de la función especulativa de la inteligencia, produciéndose así un corte con la realidad exterior, abriéndose como único camino la introspección. Para él, la metodología moderna que se sustenta en “principios claros y evidentes”, conocidos por vía deductiva, implica la ruptura más completa con el empirismo de Aristóteles y Santo Tomás.²³

3. El derecho fuera de la moral

3.1. Este subtítulo puede resultar equívoco para calificar la doctrina de un iusnaturalista. Posiblemente lo sea, pues su justicia depende del ángulo desde el cual se lo valore. De acuerdo con la reseña histórica precedente, no es errado pensar que en líneas generales del pensamiento de Villey se concluye no solo una distinción entre ambos ámbitos (como también lo entendieron los clásicos) sino además una cierta incomunicabilidad. Ahora bien, resulta importante señalar cuál es el significado que le asigna al concepto de “moral” para efectuar una evaluación correcta de sus tesis. Rechazando la separación kantiana entre las reglas “internas” que provienen de nuestra subjetividad, calificadas como “autónomas”, carentes de sanción, y las “externas” o “heterónomas”, provistas de sanción pública (las primeras serían las morales, las segundas jurídicas), Villey se atiene a la definición que denomina clásica, que atribuye a la moral un dominio más amplio: la dirección general de la conducta de los individuos; porque vaya acompañada de sanción (pública) una regla de conducta no deja de depender de la moral.²⁴

²³ VILLEY, M.: *Los fundadores de la Escuela del Derecho Natural Moderno*, Buenos Aires, Ghersi Editor, 1978, págs. 20-21. Trad. Carlos R. Sanz.

²⁴ VILLEY, M.: *Compendio de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 115.

Para establecer la separación entre moral y derecho, Villey hace hincapié en la distinción o diferencia entre la fuente de la moralidad y la de la juridicidad o “derecho” propiamente dicho. La primera es la ley natural; la segunda es la “naturaleza de las cosas” o “naturaleza de los grupos sociales”. Creo que este punto es crucial para entender su pensamiento.

Respecto a la ley natural según Villey, Santo Tomás extrae su contenido de las tendencias naturales del individuo (de la naturaleza del hombre), de donde pueden inferirse deberes.²⁵ La naturaleza del individuo, su vocación personal, los deberes que le dicta su conciencia o la ley moral (conservarse en el ser - cultivarse - amar al prójimo) no ilustran para nada sobre las relaciones que existen en el seno de un grupo social, entre individuos; no da de ningún modo las medidas de esta proporción (derecho).²⁶ En cuanto a la ley humana, estima que si bien para el autor de la *Suma* es un complemento de la ley natural, nada dice éste sobre el “derecho”; el “Tratado de las Leyes” es todo un tratado de moral.²⁷ Se concluye así que para Villey la ley natural cumple una función moral, dicta deberes, rige la conducta, mientras que el “derecho” es una relación entre cosas repartida entre personas; no se encuentra en el individuo; su fuente se halla en la realidad social, en la “naturaleza de las cosas”. Como se verá luego, esta dicotomía de fuentes no es genuina de Santo Tomás, sino que responde a una interpretación personal de Villey.

3. 2. Frente a estos textos, encontramos en Villey otros (cronológicamente anteriores a los ya citados) en los que afirma que la ciencia de lo justo no es más que un momento de la moral y

²⁵ VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, ob. cit., pág. 55.

²⁶ Ibídem, págs. 63-64.

²⁷ Ibídem, pág. 56.

que sin ser toda la moral, el derecho se inserta en el interior de la ciencia moral, de la que constituye un sector bien determinado. Agrega que no es necesario demostrar cuán rápidamente se disolvería la autoridad del derecho si cesara de recibir la fuerza que le delega la moral, si las reglas del derecho no encerrasen algo de justicia.²⁸ Estas citas pueden resultar contradictorias con otras tantas, situación a veces común en autores que no se ciñen a un orden sistemático. Posiblemente obedezcan a que su intención en los trabajos posteriores ha sido fortalecer la autonomía del derecho frente a la absorción por la moral.

Respecto a la ley, también hace algunas concesiones. A Villey no le podía pasar desapercibido que las leyes no solo rigen conductas, como tampoco que la justicia distributiva (o sea, una parte de la justicia particular) requiere de leyes. Entonces parece sustraer al ámbito moral al que ha confinado a todas las leyes, incluso jurídicas, a algunas de ellas. Por eso aclara que la palabra ley es demasiado amplia para no prestarse a otros usos que no sean regir conductas; hay textos para instituir el reparto de bienes y de cargas en un grupo social; los cuales, nos recuerda Santo Tomás, constituyen, si no el derecho, una de las “razones” del derecho.²⁹

4. Reflexiones críticas y complementarias

Para Villey, moral y derecho son ámbitos de acción distintos, a los que les corresponden en consecuencia distintos tipos de saberes y metodologías. Pienso que éste es el gran mérito de Villey: ha intentado esclarecer el ámbito específico jurídico señalando sus límites y objetivos: las conclusiones del iusnaturalismo pue-

²⁸ VILLEY, M.: *Consideraciones en pro del Derecho Natural Clásico*, ob. cit., págs.. 50-51.

²⁹ VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, ob. cit., págs. 64-65.

den ser corroboradas en la exterioridad y alteridad de las relaciones y grupos sociales. De esta manera, no solo ha esclarecido el camino de los propios iusnaturalistas, sino que frente a otras corrientes filosóficas, demuestra la existencia de pautas objetivas que se encuentran en la naturaleza de las relaciones sociales. Sin embargo, en la obra de Villey no aparece explícita la conexidad entre todos los saberes, conexidad que podemos denominar como próxima o estrecha en aquellos que comparten el mismo objeto de conocimiento –en el caso, la praxis–, como sucede a la moral, el derecho y la política. Como decía Maritain, siguiendo a Santo Tomás, “distinguir para unir”; posiblemente esto último es una de las carencias del maestro de París. Una lectura genérica sobre el tema nos da la impresión de que ubica a la moral y al derecho en compartimientos estancos. Villey, para salvar la autonomía del derecho, exagera la distinción sin señalar los vasos comunicantes que existen entre todos los saberes prácticos.

Por ejemplo, según Villey, uno es el papel de la conciencia que convoca a la pura virtud; otro, el papel del Príncipe y de sus leyes, cuya función primaria permanece siendo el controlar la corrección de los actos exteriores; otro –por fin–, el papel propio del juez, que procede a la atribución de cargas y bienes temporales. Un arte del derecho, una función específicamente jurídica se manifiesta, independientemente de la moral y la política.³⁰ Si bien de esta afirmación caben varias interpretaciones, pensamos que pueden llevar a equívocos, ya que no obstante las funciones son diversas, existe una comunicación real entre todas ellas.

Como reflexiones críticas cabe señalar las siguientes: en primer lugar consideramos que el concepto de “derecho”, entendido en su acepción primaria o analogado principal, no se reduce a una “cosa” ni a una relación entre cosas, sino que también abarca ciertas y determinadas conductas; no la conducta en general, sino

³⁰ Ibídem, pág. 67.

las signadas por un débito, las que pueden reclamar de nosotros aquellos de quienes somos deudores de una prestación, más allá del ánimo con que se cumpla la prestación: éste es “su derecho”.

Estas acciones humanas, más allá de su valoración estrictamente moral, caen bajo la órbita jurídica. Así lo entiende Santo Tomás y en este sentido es exacta la interpretación de Graneris sobre los distintos términos con que designa al *ius*: la disociación del objeto y del sujeto es lo que le permite identificar indiferentemente el derecho a veces con las *res* o con el *opus* o con la *actio*. En este campo usa los tres términos como sinónimos, porque también el *opus* y aun la *actio*, tomadas en su exterioridad, resultan *res*. Nuestros actos, separados del ánimo, caen al nivel de las cosas y solo son derecho en cuanto pueden ser equiparados a una cosa y tratados como cosa. Por eso se entiende la sinonimia tomista de los tres términos y la predilección por la *res* al definir al derecho: *ipsa res iusta*.³¹

Tampoco la función jurídica puede reducirse a la judicial, pues, si bien, como dice Aristóteles, “el juez es la Justicia viviente”, el marco de actividad jurídica es mucho más amplio, sin que por ello desaparezca diluido en la moral o la política. Es innegable y de alto valor el rescate que Villey hace del derecho como la “cosa”, pero esta denominación también alcanza a otras realidades semejantes. Pienso que con relación a nuestro tema, la más importante se refiere tanto a la relación entre ley natural, ley humana y derecho, como a los alcances de la justicia general. Por último, referido a todo ello, cabe otra reflexión sobre el lenguaje jurídico. Por ello, resulta necesario efectuar unas consideraciones complementarias a la doctrina de Villey, fundadas en algunas nociones de filosofía clásica. Nos referimos a la participación causal, a la doctrina de la analogía y a la subalternación de los saberes.

³¹ GRANERIS, Giuseppe: ob. cit., pág. 22.

4.1. Participación causal

Si bien la realidad existencial presenta un rostro polifacético, por otra parte forma una realidad difícilmente escindible en compartimientos estancos. Para la tradición heleno-romana-cristiana la vida humana se inscribe en un marco en el cual es posible teóricamente demarcar sectores precisos; pero cuando la consideración especulativa deja lugar a la dinámica de la *praxis*, esos sectores distantes pierden sus límites y tienden más a integrarse que a separarse, lo cual no implica negar su distinción. No en vano la *physis* proporcionaba a los griegos una visión cósmica (integrada) y no caótica. El cosmos no era producto de la casualidad ni de la arbitrariedad, sino del *logos* o *nomos*, el que se expresaba mediante *diké* o equilibrio inmanente en ese cosmos, *diké* que a su vez ejercía la distribución y retribución de partes. Por ello, *diké* y *nomos* están íntimamente relacionadas.

Estas relaciones tienen su base en el principio de causalidad que, como veremos, implica simultáneamente la participación de la causa en lo causado. Según Villey, la moralidad surge de la ley natural, mientras que el “derecho” y la juridicidad tienen su fuente en la “naturaleza de las cosas”, entendida como naturaleza de las relaciones sociales. Pero falta dar un paso, que está a la vista: esta segunda fuente no es otra cosa que la misma ley natural en cuanto operativa de las acciones sociales y por tanto la vinculación entre la ley natural y la ley humana –como su complemento y determinación– implica una relación causal, denominada en la Escolástica “eficiente” (principal para la primera ley e instrumental para la segunda).

Ahora bien, desde una perspectiva solo parcial, podría admitirse la causalidad, pero negando la semejanza o comunicación. Decimos parcial pues este aserto implica una contradicción, ya que lo causado participa de alguna perfección propia de la causa; de allí la comunicación entre ambos, lo cual no significa que la

causa se empobreza ontológicamente al causar, pues lo causado posee su propio ser.

González Álvarez, en su *Tratado de Ontología*, siguiendo a Raeymaecker, señala que el efecto es una realidad que resulta de la eficiencia de la causa y que, por consiguiente, “participa” de su perfección: el efecto reproduce de una manera nueva e individual una determinación que la causa posee en propiedad. La causalidad no se comprende más que en función de la participación. Quien no admite ésta, no puede dar sentido a una eficiencia real de los seres.³² Podemos agregar con Fabro que participar debe entenderse como tomar parte el participante en la perfección del ente que se comporta como de orden superior según la perfección circunstancial considerada, participación que es del orden del ser, más allá de que se comunique al obrar, por aquello de que ser y obrar es siempre una única realidad inescindible.³³

Es correcto afirmar con Villey que la ley no es el derecho; son dos realidades esencialmente diferentes. Pero pese a que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, empero es cierta razón del derecho; la ley es entonces causa eficiente –y también ejemplar– del derecho. Consideramos que no es acertado limitar los efectos de la ley natural solo a las conductas desgajadas de juridicidad, o sea, de relaciones jurídicas. Estas relaciones tienen también su fuente en la ley natural. Como expresa Lachance, el orden de las sociedades humanas es el fruto de la naturaleza, de la reflexión y del sentimiento libre. La naturaleza da los principios del orden comunitario. La reflexión determina su modo, sea por la observación de las leyes de la naturaleza, sea por tomar conciencia del embrión natural de orden que rige siem-

³² GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel: *Tratado de Metafísica (Ontología)*, Madrid, Gredos, 1967, pág. 418.

³³ FABRO, Cornelio: *La nozione metafisica di partecepazione secondo S. Tommaso d'Aquino*, Soc. Editrice Internazionale, 1963, pág. 145.

pre los grupos espontáneos, pues no se obra de acuerdo con la razón sino con la condición de conformarse con la naturaleza.³⁴ En realidad, es la misma naturaleza humana, mediante las tendencias de la ley natural, que genera el orden social, constituido por las relaciones entre los hombres, considerados individualmente o como partícipes de una asociación; estas relaciones comprenden a las nacidas de la familia y la amistad hasta los ámbitos político, jurídico y económico.³⁵ En este sentido, todas las inclinaciones naturales reseñadas por Santo Tomás tienen una necesaria inserción social, tales como las relaciones sexuales, la educación de la prole y la necesidad de vivir en sociedad. Aun la primera inclinación –conservar la vida–, que podría interpretarse ajena a la sociedad, es también social en el pensamiento del aquinatense, en el que cada parte “se ordena al todo” como a su bien y perfección, y por ello la vida individual tiene un valor social.³⁶

4.1.1. Con estas pautas estamos en condiciones de extraer algunas conclusiones. En primer lugar, y aunque parezca a primera vista discutible, Villey está plenamente en lo cierto al sostener que todas las leyes –incluidas las positivas– son morales, en sus palabras, “porque regulan conductas”, lo cual no significa que la ley específicamente moral o ley natural no tenga una extensión mucho más amplia que aquellas cuyo objeto es regir “determinadas” conductas, aquellas imprescindibles para el bien social.

De aquí la necesaria moralidad de las leyes positivas. Como bien sostiene Graneris, quien se propone hacer obrar al hombre o inhibirle la acción debe tener presente la propia naturaleza del obrar humano, que, considerado en su concreción, es esencial-

³⁴ LACHANCE, Louis: ob. it., pág. 137.

³⁵ QUINTANA, Eduardo M.: *Notas sobre el concepto de derecho*, Fundación Centro Cultural Universitario, 1981, pág. 15.

³⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1956, I-II, 94, 2.

mente ético. Impulsar al hombre a la acción, obstruirle la vía y desentenderse de las normas morales a las que está esencialmente sometida su actividad equivaldría a querer manejar un instrumento sin tener en cuenta su estructura.³⁷

Pero a la vez, nuestro desacuerdo con Villey reside en que el “derecho”, la misma cosa justa, sea ajena a la conducta y no guarde una dependencia directa con la ley natural, o sea, con la ley moral. Al respecto también dice Graneris: si el eje de todo ordenamiento jurídico está en la cosa justa, significa que nace del mismo seno de la justicia y, por lo tanto, de la moral. El derecho es *id quod alteri debetur*, o sea, algo a lo cual va unido el deber, y el deber emerge siempre de la moralidad. Nótese que este nexo es originario, intrínseco, constitutivo del derecho mismo, y por consiguiente no puede nacer ni vivir sino bajo la forma de cosa justa o debida, o sea, hundiendo sus raíces en el *humus* de la justicia.³⁸ Por los dos caminos señalados –ley natural y esencia del derecho– el maestro italiano concluye en la moralidad intrínseca, conceptual del derecho.

4.2. La doctrina de la analogía

Villey asumió más su calidad de historiador de las ideas jurídicas que la de filósofo, al menos la de metafísico: Es de advertir que en su obra falta una aplicación de la doctrina de la analogía, ampliamente desarrollada por numerosos iusnaturalistas contemporáneos.³⁹ Como ya se indicó antes, admite dos acepciones

³⁷ GRANERIS, G.: ob, cit., pág. 43.

³⁸ Ibídem, pág. 44.

³⁹ Con respecto a la aplicación de la analogía al ámbito jurídico, ver la obra de Lachance citada y la de KALINOWSKY, G., *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, ob. cit.

principales del término “derecho: la misma cosa justa, objetiva y el arte jurídico. Dada su postura, queda fuera de los derivados análogos, la ley, motivo por el cual falta el nexo entre moral y derecho. En el punto anterior hemos desarrollado el tema de la participación y comunicación existente entre ley y derecho. Por tanto, ‘derecho’ no es solo una ‘cosa’ sino también la ley en cuanto eficiente y en cuanto ejemplar: así como el artista posee en su mente cierta idea de la obra a realizar, que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento”.⁴⁰

La ausencia explícita de la doctrina de la analogía hace que Villey circunscriba el “derecho” a las relaciones o repartos entre cosas, o entre cosas y personas, pero siempre desvinculado de la realidad legal. Es insistente en señalar que para Santo Tomás el “derecho” es estudiado solo en el “Tratado de la Justicia” y no en el de las “Leyes”. Sin embargo, en este último, Santo Tomás sostiene que “la ley que no es justa no parece que sea ley [...] la fuerza de la ley depende del nivel de su justicia [...] toda ley humana tendrá carácter de ley en la medida en que se derive de la ley de la naturaleza”.⁴¹ Aquí podemos observar la ligazón entre ley y justicia, sucediendo otro tanto pero a la inversa (entre justicia y ley) en el tratamiento de la justicia distributiva, ya que no hay distribución o reparto sin leyes que los determinen, al menos en la complejidad de las sociedades contemporáneas.

También por la vía de la analogía de atribución intrínseca cabe denominar a la facultad moral “derecho subjetivo”, denominación que es válida siempre y cuando participe de la realidad objetiva propiamente llamada “derecho” a la cual le está subordinada. Como sostiene Lachance, la facultad no es el derecho ni el título pues las supone, surge como un efecto natural de aquél,

⁴⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, ob. cit., II-II, 57, 1.

⁴¹ Ibídem, I-II, 95, 2.

como una consecuencia necesaria. La acción no es justa porque se tenga la facultad de cumplir sino que se tiene la facultad de cumplirla porque es justa. Por lo tanto, por la vía de la analogía encontramos nuevamente la relación entre la moral (como ley natural y como facultad subjetiva) y el derecho.

4.3. La subalternación de los saberes

Respecto a la unidad o diversidad de los saberes científicos, se han asumido tres posiciones: según la primera, no hay diversidad de saberes, sino que los distintos conocimientos son solo matriciales o perspectivas de una única ciencia (es el caso del deductivismo cartesiano o de la pretensión de la “ciencia unificada” de los positivistas lógicos). Según una segunda posición, cada ciencia tiene su ámbito exclusivo de conocimiento sin recibir aportes de otras ciencias; de lo contrario, se contaminarían perdiendo su especificidad (Kelsen). Por último, para el realismo clásico, comenzando por Aristóteles, existe un vínculo fundamental unificador de toda la especulación humana, pero a la vez cada ciencia cuenta con objetos, principios, fines y métodos propios.⁴²

Con acierto dice Carlos Sanz que en medio de los grandes descubrimientos que ha realizado Villey para el renacimiento del derecho natural clásico encontramos dos falencias. En primer lugar, parece desconocer el tema de la analogía... En segundo lugar, parece desconocer los principios de la subalternación de los saberes, tema capital que ya en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles se encuentra preludiado. Por ello, cuando Villey afirma que el “moralista no puede pretender dictar sus principios al derecho”, está desconociendo este principio de la subalternación –en este caso en función del fin–, pues el moralista, aun en la

⁴² LACHANCE, L.: ob. cit.

hipótesis de que no pueda dictar sus principios (la postura más favorable al pensamiento de Villey), siempre puede juzgar sobre ellos y sobre los fines del orden político y jurídico.⁴³

Pero además, el saber jurídico se encuentra subalternado a la antropología y a la moral por sus principios, pues toda ciencia que no parte de primeros principios absolutos (metafísica, matemáticas y filosofía natural) debe tomar sus principios de las conclusiones de otra ciencia. Por eso el saber jurídico comienza su disquisición, aun, como dice Villey, para efectuar un recto reparto de bienes sociales, desde una concepción del hombre y de sus fines. También hay una subalternación específica a la moral por el objeto, ya que dos ciencias se dicen subalternadas desde esta perspectiva cuando la subalternante abarca el objeto en su máxima extensión (en el caso, lo suyo de cada uno en las relaciones sociales es máximamente conocido por la moral que atiende no solo a los actos exteriores, sino también a la interioridad), objeto que también es conocido por otra ciencia que reduce esa extensión agregándole diferencias específicas, pues las determinaciones de lo justo pertenecen por su contingencia al saber jurídico.

4.4. Una consideración aparte en este análisis merece el tratamiento de Villey sobre el lenguaje jurídico: el derecho se expresa en indicativo, “su función es decir lo que es de cada uno”; por el contrario, el lenguaje normativo o prescriptivo es propio de la moral. Consideramos que estas conclusiones deben visualizarse a la luz de la tesis genérica sobre el tema. Para Villey, el derecho fue absorbido por la moral a lo largo de la historia de nuestra era (concepción de Santo Tomás) y su preocupación y desvelo fue devolverle su entidad propia y su autonomía.

⁴³ SANZ, Carlos R., nota 50, en VILLEY, M.: *El Derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, ob. cit. pág. 65.

Por lo tanto, no cabe extrañarse de que su investigación tienda a resaltar todos los matices diferenciadores de uno y otro ámbito, aun en el lenguaje.

En su trabajo *Sobre el indicativo en el Derecho*, al efectuar la génesis del normativismo, expone cómo en la modernidad, el discurso de la moral sufre una metamorfosis, ya que se reduce a preceptos de acción, sea bajo la forma de “imperativos”, sea bajo la forma de “normas”, y que bajo el contagio de la filosofía moral, esta forma de lenguaje invade el derecho. Como consecuencia, el derecho no es más lo justo, no se puede expresar en enunciados indicativos, verdades sobre el ser.⁴⁴

Ahora bien, ¿cabe razón a Villey al sostener el indicativo como modo específico del derecho opuesto al imperativo o prescriptivo de la moral? Entendemos que solo parcialmente. En efecto, el gran mérito de Villey es poner a la luz la metamorfosis sufrida sobre la moral de la *Suma* de Santo Tomás, motivada por la expansión e influencia de la filosofía kantiana, que reduce la moral a un catálogo de “deberes” deducidos subjetivamente del imperativo categórico. Es exacta y esclarecedora su denuncia sobre el reduccionismo que padece esta moral, desvinculada de finalidades objetivas y encerradas en la individualidad.

Pero por los mismos motivos que brinda Villey, cabe concluir que la moral clásica no se reducía a una enunciación de deberes. Las *Éticas* de Aristóteles y los “Tratados” sobre moral de la *Suma* de Santo Tomás, no se limitan a enunciar deberes y por lo tanto su lenguaje no es específicamente prescriptivo, lo cual no quita que desde las descripciones de la realidad moral surjan luego los deberes. Otro tanto cabe acotar respecto al lenguaje jurídico, que se expresa tanto en indicativo como en modo prescriptivo; a veces solo indica, otras solo permite; otras por fin se enuncian en indicativo, pero con claro destino prescriptivo. Por

⁴⁴ VILLEY, M.: *Método, fuente y lenguaje jurídicos*, ob. cit., pág. 143.

otra parte, si bien el juez “dice” el derecho, el mundo jurídico no se reduce a la función judicial y además la importancia de la decisión judicial reside en que se concreta en una norma que debe ser cumplida por las partes. Estas apreciaciones no restan valor a las observaciones de Villey, ya que su propósito es claro: lo justo no depende de la conciencia, ni de las intenciones morales del agente, sino de una relación objetiva que puede ser descripta y expresada en indicativo.

5. Conclusiones

Se ha visto que Villey no es un autor sistemático; tampoco sus tesis son el resultado de un silogismo. Por tanto, no debe extrañar que sobre la relación entre moral y derecho su pensamiento presente ambigüedades y ciertas contradicciones. Es posible que ello obedezca a que su interpretación de los clásicos es más aristotélica que tomista.

Pero más allá de ello, el alto valor de su obra ha sido redescubrir el auténtico sentido del derecho y de la justicia y los claroscuros apuntados quedan salvados a la luz de la participación causal y de la subalternación, como queda expresado antes. También tiene relevante importancia su distinción entre la metodología de la moral y de la ciencia jurídica, ya que ésta tiene su punto de partida en la exterioridad y no en la intención del agente. Sus conclusiones se apoyan en una exhaustiva investigación histórica que pone al descubierto la transformación del concepto de derecho desde la decadencia medieval. Acierta Villey al poner en descubierto la hiperinflación del derecho desde la modernidad y el humanismo ilustrado: desde la modesta, pero a la vez imprescindible, función jurídica de los clásicos, el derecho se transformó en una catarata de promesas prometeicas a través de las declaraciones de los derechos del hombre. Así, Villey describe correctamente el camino pendular, de un extremo a otro, que recorrió esa

relación: la absorción del derecho por la moral sufrida antaño se metamorfoseó en sentido contrario: el derecho y también la política se constituyeron en los únicos responsables de la felicidad humana, pero paradójicamente la justicia legal quedó en manos del arbitrio positivista y se diluyó la función de la justicia distributiva ejercida las más de las veces como un reparto demagógico de prebendas.

La personalidad intelectual de Villey ha sido la de un intuitivo; su mérito es “darse cuenta” de la realidad de las cosas. Desde allí elabora las justificaciones que avalan su conclusión. En este sentido, resultan más valiosas sus intuiciones que sus justificaciones: aquéllas han reafirmado el camino que debe transitar el iusnaturalismo. Por eso y por la trascendencia de su obra, nuestro agradecido recuerdo.

CAPÍTULO VI

FUNDAMENTOS DEL DERECHO. LA NATURALEZA SOCIAL DEL HOMBRE. LA LEY NATURAL

1. Introducción

El *fundamento* de una realidad es aquello que explica su existencia. Responde a la pregunta “¿por qué tal cosa es como es?”. Por eso se utiliza en varios sentidos: principio, razón suficiente, origen y causa. Aquí tomaremos el término “fundamento” como causa. Por lo general, se entiende por causa aquello que produce un efecto, que pone en movimiento a otra cosa (causa eficiente), pero también todo ser tiene una finalidad, existe “para algo”, es decir, para cumplir un objetivo. Por ello, *el fin* es asimismo una causa (final). Ambas causas, *eficiente* y *final*, se integran con la material y formal.¹

¹ Aristóteles fue el primer filósofo en determinar que todo ente no tiene solo una causa, entendida como origen o principio, sino que la explicación causal requiere de cuatro causas, dos intrínsecas, denominadas “material” y “formal”, y dos extrínsecas, “eficiente” y “final”. Además, cabe agregar una quinta: la causa formal extrínseca o modelo. *Causa material*: es aquello de lo que está hecho una cosa, aquello que lo constituye en cuanto materia. Respecto del derecho, su causa material está dada por cosas materiales o inmateriales que son

2. El concepto de naturaleza: origen (eficiencia) y finalidad

Para el *iustnaturalismo*, el término “naturaleza” es análogo,² o sea, se predica de múltiples realidades que, si bien son diferen-

bienes para su titular. Como dice Hervada, lo que puede constituirse en derecho es muy vario: materia inerte –fundos, casas, objetos de arte, dinero, máquinas, etcétera–, semovientes o animales, cosas inmateriales –funciones, cargos, etcétera–. Asimismo, pueden ser conductas, o sea, acciones humanas. *Causa formal*: es la que determina a la materia a ser lo que es y no otra cosa. Por la forma distinguimos una cosa de otra; por lo tanto, es la causa determinante. Respecto del derecho, la forma es la igualdad que debe existir en la relación entre cosas y personas. Cosas en cuanto que la relación de justicia se determina por dar a otro lo suyo, o sea, lo igualmente debido; por ejemplo, en una compraventa la forma está dada por el equilibrio o igualdad entre las prestaciones. Con relación a lo debido a las personas, hay una igualdad fundada en la naturaleza humana y, por tanto, en los intercambios de acciones o conductas debe darse a los demás la igualdad fundada en su humanidad. Además de esta igualdad fundada en la naturaleza, hay otra igualdad denominada “geométrica” o “proporcional”, ya que no todas las personas tienen los mismos derechos y, por ende, la igualdad no es de tipo aritmético, sino, como queda dicho, proporcional a los méritos de las personas. *Causa eficiente*: es aquella de la cual algo proviene, es la que le da origen y la pone en existencia. Se divide en dos: causa eficiente principal, y causa eficiente instrumental o instrumento por el cual la primera realiza su eficiencia (por ejemplo, el pincel respecto al pintor). La causa eficiente principal del derecho es la naturaleza social del hombre y la que prescribe las obligaciones fundamentales es la ley natural. La causa instrumental son las normas positivas creadas por la sociedad a través de distintos mecanismos. Tales son las leyes, las sentencias, los contratos o actuaciones autónomas, la costumbre. *Causa final*: es aquello para lo cual algo existe. Considerados en su inmediatez, los derechos son bienes necesarios para el desarrollo de las personas, pero mediáticamente son también necesarios para la existencia del bien común o bienestar general. *Causa formal extrínseca*: es la idea preexistente que ha servido como modelo. El derecho o lo justo es discernido por la razón conforme a una cierta medida o regla de prudencia.

² Ver analogía en capítulo primero, punto 2.2., “Origen y desarrollo de la doctrina de la analogía”.

tes, guardan semejanza, pues participan de un elemento común. Esta primera consideración es fundamental para un correcto entendimiento del tema, ya que desde la Edad Moderna, la palabra “naturaleza” significó únicamente a los entes irracionales, o solo lo sensible e instintivo del hombre. Por el contrario, como veremos, la naturaleza abarca todos los seres que no son producto del quehacer técnico del hombre, entre ellos, el mismo hombre. Por eso corresponde hablar también de “naturaleza humana” con tanta propiedad como mencionamos la restante naturaleza.

El elemento común que especifica a todo ente natural es su dinamismo intrínseco, que lo impulsa a su desarrollo y crecimiento para lograr su plenitud, ya sea como vegetal, animal o humano. Podemos decir, entonces, que la naturaleza es el “motor” dinámico del ser. Sostiene Graneris que en la naturaleza vemos la raíz del primer movimiento de los seres hacia su propio fin y por esto afirma que para que una cosa pueda ser natural a un determinado sujeto se requieren dos condiciones: origen íntimo o causalidad intrínseca dada por la tendencia espontánea y la finalidad colocada en aquellos bienes que exige el sujeto para su propio desarrollo. Por lo tanto, es natural lo que se encuentra en el punto de confluencia de los dos requisitos: génesis y fin,³ o, como queda dicho, “eficiencia” y “finalidad”.

Las doctrinas científicas desde el siglo XVIII entendieron que el universo era una máquina en la que cada movimiento posterior es movido por uno anterior. Esta visión mecanicista del mundo nos ha acostumbrado a pensar o sentir así. El ser humano sería una máquina movida por las impulsiones de sus apetitos (Hobbes, Newton). Como explica con acierto Francisco Carpiñero, por el contrario, el iusnaturalismo clásico entendía el movimiento de otra manera. Las “cosas” están en continuo movimien-

³ GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.

to propio porque nada las empuja violentamente: son ellas las que tienden hacia lo suyo con fuerza o poder propio. En especial, los vivientes, es decir, “las cosas animadas”, tienen un movimiento que es interno a ellas mismas y que las orienta a su propio fin. La mentalidad moderna considera únicamente la causalidad eficiente (fuente u origen), lo mismo en la física que en derecho y en la moral. En cambio, el estilo clásico de considerar la normatividad de las conductas partía de que cada ser tiende a su fin (aunque inconsciente o voluntariamente no se lo logre). En consecuencia, mientras los modernos situaron la razón de las normas al comienzo del proceso, la filosofía del derecho y la jurisprudencia clásica tendían a situar la razón de ser de las normas al final del proceso, es decir, la actuación o conducta del ser se encuentra guiada por fines o finalidades a las que tiende su propia naturaleza, tanto para subsistir como para desarrollarse.⁴

Este concepto de fin es clave, pues los bienes tienen función de fines, o sea, los buscamos como fin de nuestras acciones. Tanto los irracionales como los humanos requieren determinados bienes. Pero se los conoce y consigue de distinta manera. En la persona humana es natural su deseo de felicidad, de amar, de conocer intelectualmente, de divertirse, de querer elegir y ser elegido, de ser libre. Estas tendencias son tan naturales como las sensibles (nutrirse y reproducirse), pero para realizarse se requiere la intervención de sus facultades racionales: por la *inteligencia* se conoce la verdad de las cosas y el bien, y se las quiere por la *voluntad*.

⁴ CARPINTERO, Francisco: *La ley natural, historia de un concepto controvertido*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008, págs. 52-59.

2.1. *Naturaleza humana*

2.1.1. Sensibilidad y racionalidad (sentidos, emociones, inteligencia, voluntad)

El ser humano ocupa el lugar superior en la escala de los cuerpos vivientes. El viviente se diferencia del inerte en que posee el principio del movimiento en sí mismo, lo que le permite realizar diversos. Por eso, la noción de vida se emparenta con la de movimiento espontáneo. La vida no proviene de la materia, pues esta no posee en sí misma esa cualidad, sino del alma respecto a la cual debe establecerse la siguiente clasificación tripartita según las facultades de cada una: alma vegetativa (plantas), alma sensitiva (animales) y alma intelectiva (humanos), con la característica de que cada una posee las propias, además de las facultades de las inferiores. De esta manera, el ser humano tiene las potencias propias de la vida vegetativa –nutrición, crecimiento y generación– de la vida sensitiva –conocimiento sensible– y de la vida intelectual –inteligencia y voluntad o apetito racional–.

Su especificidad reside en que no es solo racionalidad ni solo sensibilidad. Es un cuerpo animado y un espíritu encarnado. No se explica ni se entiende sin advertir esta extraña simbiosis distinta a todos los seres existentes. El materialismo pretende explicarlo solo a través de instintos y pulsiones físicas. El racionalismo, por el contrario, lo considera una fría razón instrumental que construye el mundo circundante.

A diferencia de todos los irracionales, en los que el núcleo de potencialidades naturales se despliega en forma necesaria mediante tendencias físicas, vegetativas o sensitivas, el hombre, si bien es portador de tendencias que lo impulsan hacia su realización, ésta depende en última instancia de él mismo. Sin perjuicio de ello, también reviste gran importancia su medio social.

Las facultades racionales del hombre son la inteligencia, denominada también “razón”, y la voluntad. La primera función de la inteligencia es conocer las esencias de las cosas materiales

como universales y abstractas. A partir de allí puede formular juicios y razonamientos. La voluntad es la facultad de querer el bien entendido como finalidad última o tendencia a la felicidad. Este ejercicio se concreta en múltiples actos particulares. La indeterminación de la voluntad es la fuente de la libertad. Si la voluntad se determinara necesariamente por un bien, carecería de libertad. Con respecto a los bienes particulares, existe una prelación de la inteligencia, pues por ella conocemos las cosas y recién entonces podemos apetecerlas y elegirlas. Pero, como constitutivo ontológico, la voluntad es concomitante a la inteligencia, pues es la tendencia a la realización y a la felicidad, y este impuso nos lleva, a su vez, a conocer. Es decir, hay una influencia recíproca entre la inteligencia y la voluntad.

2.1.2. Socialidad y juridicidad

En todo ser, su forma (causalidad formal) y su fin (causalidad final) se encuentran íntimamente imbricados. Cada forma “es” para un fin determinado. Y el fin se alcanza con la plenitud de la forma. Aristóteles, partiendo de la experiencia, concluye que el hombre aislado no lo puede alcanzar y que solo lo logra asociado a otros semejantes: “Sin ninguna duda es absurdo querer hacer del hombre feliz un solitario. El hombre en efecto es un ser social y naturalmente hecho para la vida en sociedad”.

Esta tendencia se concreta primeramente en la vida en pareja antes que en sociedad política; tanto más cuando la familia es anterior a la ciudad y más necesaria que esta última, pues la reproducción es común a todos los seres vivientes. De estas premisas vitales, Aristóteles concluye que la comunidad que nace naturalmente es la casa o familia; la comunidad primaria constituida por varias familias es el pueblo o aldea y, finalmente, la comunidad compuesta por varios pueblos o aldeas es la ciudad-estado. La experiencia política se manifiesta primariamente por la amistad y comunitariamente por la concordia, a la que llama

“lazo” entre las ciudades y que, según su opinión, debe merecer continuamente la atención de los legisladores.

La naturaleza humana mediante estas tendencias genera el orden social, constituido por las relaciones entre los hombres, considerándonos individualmente o como partícipes de una asociación; estas relaciones incluyen desde las nacidas de la familia y la amistad hasta la economía y la política. Recordando la distinción fundamental de los entes en substancias (lo que existe en sí) y accidentes (lo que existe en otro), las substancias son los individuos, pero cuando éstos se relacionan entre sí surge una realidad que es la relación social, que pertenece a la categoría de accidente.

Todo ente integrado por partes requiere un orden como presupuesto fundamental de su existencia, también la realidad social debe poseer el suyo propio. Como todo lo humano, la naturaleza brinda los principios (tendencias) y el fin, pero su realización depende de la inteligencia práctica y de la voluntad, según las circunstancias de cada tiempo y lugar.

Como expresa Lachance, el orden en las sociedades humanas es el fruto de la naturaleza, de la reflexión y del asentimiento libre. La naturaleza da los principios del orden comunitario. La reflexión determina su modo, sea por la observación de las leyes de la naturaleza, sea por tomar conciencia del embrión natural de orden que rige siempre los grupos espontáneos, pues no se obra de acuerdo con la razón sino con la condición de conformarse con la naturaleza.⁵

Con todos los elementos precedentes, estamos en condiciones de precisar la noción del orden jurídico. Como aclaración es conveniente resaltar que él es el objeto del conocimiento jurídico, pues si bien su existencia está especificada por el “derecho”, que

⁵ LACHANCE, Louis: *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, s. e., 1953.

otorga sentido a todos sus componentes, no debe circunscribirse el conocimiento de la realidad jurídica al derecho. Si se pierde de vista que este especifica el orden jurídico, fácilmente se desvía el camino del realismo para caer en el normativismo, subjetivismo o idealismo. Pero, a su vez, reducir toda noción jurídica a la de “derecho” implica cercenar su misma riqueza y dejar sin explicación su contenido.

El orden jurídico es la cualidad o disposición inherente a la sociedad por la cual se otorga a cada uno lo suyo propio, o sea, lo que le corresponde, teniendo en cuenta el bien común. Este *suum* no se reduce a una cantidad material, sino que también comprende el “estado” de las personas y grupos sociales y su funcionalidad. La juridicidad es una cualidad indispensable para que la sociedad cumpla sus fines, pues si bien, como dice Aristóteles, cuando hay amistad no es necesaria la justicia, por otra parte, todas las relaciones sociales que no se fundan en la gratuidad (que son la inmensa mayoría) necesitan una regulación que es impartida por la justicia entendida como ordenamiento social.

La juridicidad como calidad del orden social participa también del mismo fundamento, es decir, de la naturaleza. En primer término, la naturaleza social del hombre es fuente o causa eficiente, pues implica la realización del orden humano en todas sus dimensiones. En segundo lugar, es causa formal intrínseca o modelo, pues el jurista observando las relaciones naturales obtiene los principios ejemplares básicos para elaborar a partir de ellos el reparto de lo justo. Este “modelo” no se encuentra en la razón, sino en la realidad misma de las actividades sociales naturales; por eso, el realismo clásico no es subjetivista, sino que parte de una actitud objetiva: la observación de la realidad.

En la naturaleza de las cosas hay un sentido que se encuentra oculto en la pura materialidad, pero que puede ser descubierto por el entendimiento. La actitud objetiva del conocimiento significa que el entendimiento humano conoce ante todo el ser que se encuentra presente ante él, luego el acto de conocer, la facultad de

conocer y, por último, el sujeto como sujeto. Como lo expone Villey, según Aristóteles “nosotros extraemos ante todo lo justo de la observación de la naturaleza: hay leyes constituidas según la naturaleza. Hay un justo y un derecho natural. Al método subjetivo que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna, se acaba de oponer otro método que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. Henos aquí en el corazón de la doctrina del derecho natural. [...] Aquí es necesario liberarnos de la dicotomía que la filosofía moderna establece entre el ser y el deber ser. Descartes y Kant nos han habituado a considerar la naturaleza como formada por materia inerte regida por leyes mecánicas; el espíritu sería el único que posee sentido y valor. Nosotros sostenemos por el contrario, que el mundo que tenemos frente a los ojos es, en sí mismo, rico en valores. [...] Sin duda, el orden de nuestras sociedades no es totalmente similar al del mundo físico: el hombre tiene el privilegio enorme de ser libre, es decir libre de apartarse del plano de la naturaleza. [...] Nuestras sociedades están constituidas solo más o menos según la naturaleza. Así, por ejemplo, existen familias en donde se han establecido relaciones justas; hay otras que por el contrario, se han desviado del orden, en donde la autoridad paterna es excesiva o demasiado débil. Nuestra razón tiene que discernir cuáles pueden servir de modelos; entre las sociedades que existen, lo serán aquellas que han cumplido efectivamente con sus finalidades naturales”.⁶

Pero, además, la naturaleza no es solo fuente y modelo, a partir de lo cual se construye independientemente el orden jurídico, sino que participa también en la realidad misma de sus elementos (“participar” significa que integra existencialmente esa entidad). Como bien señala Graneris,⁷ “un ordenamiento jurídico

⁶ VILLEY, Michel: *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966, págs. 66-68.

⁷ GRANERIS, Giuseppe: ob. cit.

concreto es siempre una solidificación o incrustación de elementos positivos en torno a un núcleo natural; la parte positiva es el revestimiento dado por el hombre a una cosa justa *ex natura sua*, es una demarcación exacta de los límites de una cosa naturalmente justa, pero no bien delimitada naturalmente. Agrega que el derecho natural y el positivo no son dos derechos que puedan yuxtaponese y mucho menos contraponerse, pues son dos tejidos sólidamente trenzados en el mismo organismo. El derecho natural es la raíz de la cual vive, la base sobre la cual se rige el derecho positivo”.

3. Nociones introductorias al concepto de “ley natural”

3.1. La ley: orden y medida de una realidad. La deformación moderna del concepto de ley natural

Genéricamente, el concepto de ley remite a los conceptos de regulación y ordenamiento. Cualquier ley (física, moral, jurídica, religiosa, etc.) es una regla y medida de un ser y de su actividad; a la vez, la ley ordena intrínsecamente a ese ser y a sus actividades. Pero debe advertirse la diferencia entre la primera y las restantes, pues aquella se cumple de manera determinada y necesaria, mientras que las segundas están dirigidas al ser humano que puede libremente acatarlas o desobedecerlas.

La ley natural se distingue así de las leyes físicas, pues lo humano se especifica por sus facultades sensibles y racionales. Por lo tanto, no se trata de impulsos o tendencias físicas ni instintivas, sino que es un conocimiento que debe ser adquirido primero por los sentidos y luego conjuntamente con la razón. Tampoco cabe entenderla en forma idéntica a las leyes positivas, como un código de normas explícitas y precisas.

Las deformaciones históricas sufridas por el concepto de la ley natural a partir de la Edad Moderna lo tornaron irreconocible

comparado con el sentido clásico. Desde una perspectiva jurídica, o sea, por vía inductiva y dialéctica (clásica), ha sido a los juristas más accesible recuperar el sentido primigenio, lo cual no significa que el camino recorrido no haya sido (y siga siendo) arduo.⁸ La confusión –y error– más extendida tiene sus raíces más fuertes en el *racionalismo filosófico* y su correlato jurídico, que no solo mutó el significado de la ley natural, sino que identificó el concepto de derecho con el de ley, cuestión que hasta un pasado no tan lejano pasó inadvertida aun en cierta doctrina iusnaturalista. En efecto, sobre todo entre los siglos XVII y XIX va a plasmarse una contradicción irreductible entre el iusnaturalismo (asumido por el racionalismo) y el positivismo que, desde raíces hobbesianas y roussonianas (culto a la voluntad general expresada por las leyes), se conjugó con el constructivismo sociológico de corte comptiano.⁹

Cabe también una especial referencia a Hugo Grocio, para quien “la ley natural existiría aunque Dios no existiese (*etsi Deus non daretur*)”, estableciendo así la paradoja de proponer la existencia de un mundo normativo absoluto y concomitantemente relativizar la causalidad divina.¹⁰ Avalando plenamente lo

⁸ Los juristas de nuestra generación (graduados en la década del sesenta del siglo pasado) debemos expresar nuestro agradecimiento, entre tantos otros, a Louis Lachance (*El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, ob. cit.) y Giuseppe Graneris (*Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, ob. cit.), ya que las lecturas de las obras citadas nos aclararon el significado auténtico de los términos “ley” y “derecho” y, como consecuencia, las diferencias ontológicas, gnoseológicas y semánticas existentes entre “ley natural” y “derecho natural”, así como también las distinciones y relaciones entre “justicia” y “derecho”, y entre “moralidad” y “juridicidad”, sin los cuales el iusnaturalismo clásico es inentendible.

⁹ QUINTANA, Eduardo M.: “La percepción de los valores morales”, *Praudentia Iuris*, 2011, Buenos Aires.

¹⁰ *En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la Ley Natural*, nº 32, Comisión Teológica Internacional, 2008.

expuesto, desde una perspectiva jurídica, me permito referirme a la excelente reseña de Truyol y Serra, para quien “el sesgo racionalista de Grocio reaparece en su teoría de la cognoscibilidad del derecho natural, según la cual los principios del derecho se deducen *a priori*, con precisión matemática, de verdades axiomáticas evidentes por sí mismas. Esta fe en la exactitud matemática de los principios prácticos contrasta con la afirmación de Santo Tomás y sus seguidores, de que la evidencia de las conclusiones es mucho menor en el orden práctico que en el teórico, dada la contingencia de las acciones humanas. De ahí se afirma con Grocio la tendencia a construir “sistemas” de derecho natural universalmente válidos.¹¹

Por el contrario, para el realismo clásico, la ley natural no es un conjunto cerrado de normas, ya que se integra por principios vitales que son paralelos las inclinaciones del ser humano atraído por los bienes necesarios para su subsistencia y desarrollo tanto personal como comunitario.

3.2. Conocimiento de la ley natural: a) la sindéresis, hábito de la razón práctica; b) experiencia; c) bienes objetivos

La ley natural es un conocimiento adquirido que se encuentra en la razón (práctica), en tanto cumple la función de conocer para obrar, para guiar la conducta hacia fines.¹² En tanto que esta función conoce la “praxis” u operatividad de las acciones, se denomina “práctica”. Antes de desarrollar los medios específicos

¹¹ TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia de la filosofía del Derecho y del Estado*, Madrid, Biblioteca de la Revista de Occidente, 1975, t. II (*Del Renacimiento a Kant*).

¹² La otra función de la razón es conocer por conocer, denominada “teórica” o “especulativa” (ver capítulo VII, “El conocimiento jurídico”, punto 4).

por los que se conoce el contenido de la ley natural, cabe recordar que todo el conocimiento humano¹³ comienza siempre por los sentidos externos (vista, tacto, oído, gusto, olfato) y los internos, que se conjugan con la inteligencia, teniendo gran importancia las emociones y pasiones que inciden en la vida moral.

La conclusión anterior a veces es olvidada por quienes piensan que la “razón” es una potencia separada de las restantes facultades y tendencias humanas. Según Donadío de Gandolfi, hay una relación íntima entre cuerpo y cerebro, en donde el cerebro estimula al cuerpo y recibe, a su vez, información de todos los cambios y estados del mismo, vale decir, ambos sienten e interaccionan de modo constante. El cerebro tiene siempre una imagen de todas y cada una de las partes del cuerpo, una imagen dinámica, viva; podría decirse que es un “cuerpo-cerebro”. Vemos así un cuerpo humano informado por un alma humana, esto es, racional, dando vida a todo el cuerpo, y esta vida es vegetativa, animal y racional, que siente y tiene emociones y, por último, conoce y ama, que es el modo humano de vivir. Dicha autora agrega que la vida afectiva en el ser humano, a diferencia del animal, está impregnada de racionalidad. Por lo tanto, las interrelaciones que guarde con el psiquismo superior no pueden ser meramente instrumentales o “despóticas”, siendo que la afectividad sensible goza de una cierta autonomía, aunque imperfecta, en lo que llamamos “emociones primarias”, por esa unidad sin fracciones entre cuerpo y alma y, por ende, entre razón, voluntad y vida sensible. Sin embargo, esos movimientos espontáneos y originarios pueden ser “prevenidos”, porque participan del dinamismo libre de la voluntad, y de ahí susceptibles de aprobación o reprobación moral.¹⁴

¹³ Ver capítulo VII, punto 2.

¹⁴ DONADÍO DE GANDOLFI, María C.: “Participación del dinamismo emocional en la función de la prudencia”, y “Nueva lectura del concepto de ley natural en Tomás de Aquino”, *Prudentia Iuris*, 2011, Buenos Aires.

Cabe tener en cuenta que la persona accede a la experiencia moral de modo progresivo. Por lo tanto, los valores morales son innatos y solo pueden adquirir pleno desarrollo en la relación social: “Se consigue en la medida en que, desde su nacimiento, ha sido insertada en una red de relaciones humanas, comenzando desde la familia, que le han permitido, poco a poco, tomar conciencia de sí misma de lo real que lo rodea”.¹⁵ Es de relevancia la mención de lugares comunes que, por serlo, por lo general son obviados en el tratamiento filosófico del tema, por ejemplo, la referencia a la lengua materna; las personas que rodean desde la infancia y adolescencia, edades críticas en la formación de la conciencia moral; el medio ambiente, pues en él la persona “reconoce ciertos modos de comportarse y de pensar como valores a conseguir, leyes para observar, ejemplos a imitar, visiones del mundo a acoger; “el contexto social y cultural ejerce un papel decisivo en la educación de los valores morales”.¹⁶

Sin embargo, la poderosa influencia del entorno sociológico no condiciona por completo la libertad de la persona y, por ende, tampoco su capacidad para percibir el verdadero valor moral. Pero, de todas maneras, la experiencia social es el camino para la reflexión sobre el bien y el mal, sin perjuicio de que una cultura que invierta los valores suele impedir el discernimiento correcto, atento a la impronta social de la naturaleza humana.

3.2.1. Definición de ley natural

Como conclusión, se define la ley natural como la participación de la ley eterna en la humanidad, para que esta conozca y realice su bien y su fin, la cual se expresa mediante juicios prescriptivos emitidos por la razón práctica, que indican la conve-

¹⁵ Ídem.

¹⁶ *Ética universal y ley natural*. Comisión Teológica Internacional, 2008.

niencia o inconveniencia, la bondad o maldad de las acciones humanas en orden a la felicidad o plenitud de la naturaleza. Estos juicios se refieren tanto a la conducta personal o privada como a la social, y en esta dimensión alcanzan también a las conductas jurídicas,¹⁷ lo que no significa la imposibilidad de conocer los principios universales, sino a veces saber discernirlos.

3.2.2. La sindéresis como hábito de la razón práctica

Analizaremos ahora los elementos que se conjugan en el conocimiento de la ley natural. La primera característica o propiedad de la ley en general es su pertenencia a la razón, ya que es propio de toda ley mandar y prohibir, y la potestad imperativa pertenece a la razón.

La predicación de bien y verdad a las acciones humanas tiene su fuente próxima en la ley natural que es producida por la razón, mediante la *sindéresis*, como idea y que se formula mediante proposiciones o enunciados, pues se trata de juicios normativos. Por ello, no es un hábito en sentido propio y solo por derivación podemos denominarla de ese modo, en cuanto aquello que poseemos por el hábito. Sin embargo, como se ha explicado antes, la potencia intelectiva (racional), como toda potencia, requiere hábitos que la cualifiquen para obrar con facilidad y naturalidad. Con el sentido didáctico que le es propio, Tomás de Aquino trae el ejemplo de la gramática como hábito para componer correctamente un discurso. Por tanto, la sindéresis es el hábito que contiene los preceptos de la ley natural que son los primeros principios del orden moral.¹⁸

¹⁷ Francisco Carpintero expresa que “la razón humana no puede participar plenamente del dictamen de la razón divina sino a su modo e imperfectamente”, ob. cit., pág. 108.

¹⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1956, 1, 2, 94, 1.

Sin duda uno de los ejes de toda la doctrina clásica sobre el obrar moral se encuentra en el texto que se refiere al conocimiento del primer principio de la razón práctica *quod bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum*¹⁹ (“se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal”) y su relación con los restantes preceptos de la ley natural y su vinculación con las inclinaciones naturales.

Los primeros principios del conocimiento son indemostrables, ya que son evidentes por sí mismos y por eso mismo reciben el nombre de “primeros principios”. De dos maneras puede ser evidente una cosa, considerada en sí misma y considerada para nosotros. Considerada en sí misma, es evidente toda proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto pero puede haber alguno que ignore la definición del sujeto como “el hombre es animal racional”. Por eso hay proposiciones universalmente evidentes en sí mismas para todos, cuyos términos nadie desconoce, como que el todo es mayor que las partes o dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí.

A partir de esta conclusión se advierte que en el proceso del conocimiento se da un cierto orden, ya que lo que primeramente se conoce es *el ser* y por eso el primer principio indemostrable se expresa: “No se puede afirmar y negar a la vez una cosa”. De la misma manera, *el bien* es lo primero que aprehende la razón práctica ordenada a la operación, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene naturaleza de bien. Por eso, el primer principio de la razón práctica se funda en la naturaleza de bien: “*Bien es lo que todos los seres apetecen*” y, por tanto, el primer precepto de la ley es: “*Se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal*”.²⁰

¹⁹ Ibídem, 1, 2, 94, 2.

²⁰ Ídem.

3.2.3. Las inclinaciones o tendencias naturales

A partir del primer principio enunciado precedentemente en bastardilla, se encuentran otros preceptos de la ley natural, pues las cosas hacia las que el hombre siente inclinación son aprehendidas como bienes y sus contrarias como males; por eso, los preceptos de la ley natural son paralelos a las tendencias naturales. En primer lugar, existe una tendencia en común con los demás seres a conservar la propia existencia y por ello se integran en la ley natural todos los preceptos que contribuyen a conservar la vida. En segundo término, hay otra inclinación común con los animales a conservar la especie y de aquí resulta natural la procreación y el cuidado de la prole. Por último, se encuentra en los hombres una tercera tendencia a conocer la verdad y vivir en sociedad, de la que surgen los preceptos que obligan a una convivencia armoniosa para el desarrollo de todos los integrantes de una comunidad.²¹

3.2.4. La ley natural y el conocimiento de los bienes objetivos

Una de las objeciones que se plantean al iusnaturalismo es la relativa a si, previamente al conocimiento del bien y el mal moral de la ley natural, resulta necesario conocer la naturaleza humana, o sea, si se requiere un conocimiento antropológico. La respuesta es negativa: la razón práctica conoce los preceptos de la ley natural en forma evidente e inmediata sin necesidad de ningún conocimiento previo sobre la naturaleza humana.

El primer principio de conocimiento de la praxis no es metafísico ni antropológico, sino práctico, y su carácter es autoevidente. Frente al subjetivismo, para el realista primero se conoce el objeto, luego el acto, por el acto la potencia y, por último, el

²¹ Ídem.

sujeto.²² En consecuencia, el punto de partida del conocimiento práctico es la objetividad de las acciones, que siempre se dirigen a algún fin que tiene carácter de bien para el agente. Es natural a la razón efectuar valoraciones, pues la praxis está cargada de sentido y de teleología. Cualquier experiencia empírica confirma la frase con que Aristóteles comienza su *Ética nicomaquea*: “Todo arte y toda investigación, al igual que toda acción y toda deliberación, tienden al parecer, hacia algún bien: por eso mismo se ha definido con razón el bien: aquello a que tienden todas las cosas”²³ El escepticismo ético, propio del positivismo, ha pretendido la función valorativa de la razón, a la que atribuyen un carácter emotivo-irracional. Sin embargo, como lo han precisado, desde perspectivas diferentes, Kalinowski,²⁴ Soaje Ramos²⁵ y

²² Conf.: “La potencia en cuanto tal se ordena al acto; es necesario que la diversidad de naturaleza de las potencias se establezca en razón de la diversidad de los actos, los que a su vez se establece en razón de la diversidad de los objetos [...] toda acción o bien lo es de una potencia activa o de una pasiva. El objeto con respecto al acto de la potencia pasiva es como principio y causa motora [...] y con respecto al acto de la potencia activa el objeto es como su término y fin [...]. La acción, por tanto se especifica por estas dos cosas a saber: por su principio y por su fin o término”, Santo Tomás de AQUINO, ob. cit., 1, 77 c.

²³ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Madrid, Aguilar, 1973, libro 1, 1, 1094.

²⁴ KALINOWSKI, Georges: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979, pág. 113. “Las proposiciones estimativas, normativas e imperativas parecen formar un grupo que se distingue por el carácter y la importancia del papel desempeñado en la dirección de la acción. [...] Es práctico el conocimiento contenido en los juicios significados por las proposiciones prácticas. Los juicios prácticos son las estimaciones, las normas y los imperativos. Los razonamientos prácticos cuando sus conclusiones –*e ipso facto*– al menos una premissa son juicios prácticos. Entre estos razonamientos podemos distinguir tres especies de silogismos prácticos (el término pertenece también a Aristóteles): silogismos estimativos, silogismos normativos y silogismos imperativos”.

²⁵ SOAJE RAMOS, Guido: “Elaboración del problema del valor”, *Ethos*, nº 1, año 1973, pág. 105, Buenos Aires.

Finnis,²⁶ la razón (no la sensibilidad) efectúa valoraciones y estimaciones.

Como afirman los dos primeros, las proposiciones no se dividen solo en enunciativas y prescriptivas, pues respecto del obrar humano tienen especial relevancia las proposiciones estimativas, llamadas también “valorativas”, derivadas de los denominados “juicios de valor”. Sin perjuicio del vasto y dispar espectro de pensadores que se han ocupado del tema, en especial desde la fenomenología, ambos autores afirman que el juicio estimativo tiene carácter racional y cognitivo, además de potenciales componentes afectivos. Soaje Ramos, en el estudio ya citado, incluye en su clasificación de los diversos “valorativismos” al “realismo axiológico moderado” y señala que algunos de los elementos de esta posición se encuentran en Aristóteles, quien se refiere al bien y la bondad en equivalencia al valor como valiosidad en las diversas categorías e incluso al valor de la existencia de los entes.

La razón práctica conoce el bien y el mal, lo justo y lo injusto, sin recurrir a conclusiones de saberes teóricos. Así lo entendieron Aristóteles y Santo Tomás, ya que la ética filosófica, en cuanto saber práctico-normativo, se expresa principalmente en proposiciones que dependen propiamente de los principios práctico-normativos *per se nota*, que son el objeto del intelecto práctico perfeccionado por la sindéresis.²⁷

No obstante, si bien el conocimiento de los primeros principios del obrar moral no requieren una fundamentación antropológica, ya que son autoevidentes, no sucede otro tanto con la explicación de diversas propiedades de las acciones humanas que

²⁶ FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, caps. III y IV.

²⁷ SOAJE RAMOS, Guido: “Ética y antropología filosófica”, *Ethos*, nº 16/18, Buenos Aires, 1988/1990.

dependen de principios y conclusiones antropológicas que la ética debe tener en cuenta, ciencia que, a su vez, es subalternante de la política y del conocimiento del jurista.²⁸ En efecto, como advierte Soaje Ramos –al igual que Graneris–, si la ética filosófica es un saber práctico, es principalmente normativa o regulativa y, por tanto, como afirma Juan de Santo Tomás, “la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado [...] y entonces supondrá el conocimiento especulativo de lo que ha de ser ordenado”.

A su vez, conocer la naturaleza del hombre requiere el conocimiento de sus causas y, de modo principal, el de su fin más alto, ya que la naturaleza de un ente implica orden a su fin... Por tanto, la ética filosófica en su abordaje epistémico de varios de sus problemas depende de principios y conclusiones que pertenecen al campo de la antropología filosófica.²⁹ En consecuencia, sin ninguna referencia a este saber, queda parcialmente sin explicación última la misma ética y también la filosofía jurídica, máxime en el tratamiento de los denominados “derechos humanos”,³⁰ en tanto son los bienes necesarios para su realización y que, por su naturaleza social, le son debidos al hombre no solo

²⁸ Según Aristóteles, “es necesario que el hombre político conozca de alguna manera lo que se refiere al alma”, *Ética a Nicómaco*, ob. cit., libro 1, 13, 1102 a.

²⁹ SOAJE RAMOS, Guido: “Ética y antropología filosófica”, ob. cit. Este autor señala la necesidad de ese concurso para el conocimiento de los siguientes asuntos: a) la índole de las potencias humanas; b) de los actos, fenómenos afectivos, hábitos, disposiciones y, de un modo muy especial, de la libertad humana; c) los bienes humanos y su dimensión finalista en el dinamismo humano; d) la capacidad de la razón de dirigir a la voluntad y a la afectividad. En el mismo sentido, GRANERIS: ob. cit. (cap. IV, “Moralidad del derecho”).

³⁰ Desde una interpretación actualizada de los clásicos iusnaturalistas (en los que no se halla tal denominación) los derechos humanos, con mayor propiedad los “derechos fundamentales o primarios”, son los bienes objetivos

como individuo, sino por exigirlo también la existencia armoniosa de la sociedad.

3.3. Gradación de los preceptos de la ley natural

La experiencia cotidiana nos demuestra que el conocimiento de cualquier realidad brinda a la vez la posibilidad de continuar acrecentándolo indefinidamente. Esta conclusión se hace más patente si comparamos el conocimiento de alguna entidad ontológicamente superior a otra, como una persona respecto a un mineral. Pero en el proceso de conocimiento también influye la capacidad y la experiencia del cognoscente, como sucede en los temas y las materias de estudio de una ciencia, que en sus inicios resultan dificultosos pero luego, al entenderlos y profundizarlos, las dificultades se allanan.

Por último, incide la educación, tanto en el orden teórico como en el práctico, que se haya recibido y se continúe recibien-

cualificados por *una relación social signada por la justicia*, que tienen su fundamento próximo –vale la tautología– en la naturaleza social del hombre (*la ipsa res iusta es* en estos casos *ex ipsa natura rei*). Al referirnos a “bienes objetivos”, deseamos resaltar la inversión que ha producido la modernidad –no superada hasta ahora– del concepto principal de derecho, al visualizarlo subjetivamente “desde” el propio yo, en vez de “hacia el otro”, como se entendió clásicamente: “El derecho es el bien del otro”, pues es de su esencia ser *ad alterum*. Ernesto Pueyrredón, interpretando correctamente a Santo Tomás, expresa que para Aristóteles y los jurisconsultos romanos la “cosa” es un bien para el otro: *pròs eterón, ad alterum*. Es necesario tener en cuenta el significado de la preposición griega *pròs* y de su equivalente latina *ad*, que es “en favor de”, para no incurrir en la ligereza de algunos subjetivistas que afirman ser *ad alterum* el derecho subjetivo. El derecho subjetivo es *contra alterum* y por esa razón entendemos que no es derecho a no ser en un sentido impropio y analógico. “El Derecho (aproximación a su esencia)” en *Prudentia Iuris* n° II, Buenos Aires, diciembre 1980.

do. Estas nociones son aplicables, asimismo, al conocimiento del obrar moral guiado por la ley natural, ya que es gradual y progresivo. Por distintas circunstancias, no todos los hombres conocen la totalidad de los preceptos de la ley natural. Estos presentan una gradación que implica capacidad, experiencia, hábitos morales y educación. El primer principio –que es también un precepto– de la ley natural, “se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal”, como se ha explicado, es connatural y evidente por sí mismo. Pero que es el bien y el mal, y luego su aplicación a cada circunstancia concreta, no resultan de evidencia inmediata. Por eso, cabe efectuar una gradación entre los preceptos de la ley natural.

En primer lugar, en los actos humanos hay cosas tan claras que con una pequeña consideración se pueden aprobar o desaprobar, mediante la aplicación del primer principio. Como expone Finnis,³¹ no son solo preceptos como los fines o el sentido de los preceptos; ellos expresan las formas básicas del bien humano, por lo menos, en la medida en que se refieren al bien propio de cada uno. Son reconocidos por cualquiera que tiene uso de razón y suficiente experiencia para saber a qué se refieren y, en este sentido, no pueden ser eliminados del corazón humano. Equivale nada más que a decir que cualquier persona mentalmente sana es capaz de ver que la vida, el conocimiento, el compañerismo, la prole y otros pocos aspectos básicos de la existencia humana similares a éstos son, en cuanto tales, buenos, dignos de ser poseídos, dejando de lado todas las implicaciones y dilemas particulares, todas las cuestiones acerca de si acaso y cómo ha de dedicarse uno mismo a estos bienes. Sin embargo, estos conocimientos pueden quedar oscurecidos o distorsionados en personas individuales o pueblos enteros.

En segundo lugar, hay otros preceptos que requieren un esfuerzo individual y cultural para conocerlos y asumirlos moral-

³¹ FINNIS, J.: ob. cit., pág. 64.

mente: la necesidad de la unidad y permanencia familiar para el mejor desarrollo tanto personal como social, la conveniencia de que la propiedad pueda ser poseída privadamente para una mejor administración de los bienes, pero a la vez hacer cumplir su función social, son ejemplos de juicios de la razón práctica que son fruto de la reflexión y el razonamiento. No todos los conocen y se requiere una evolución cultural y personal. García Huidobro se plantea algunos problemas de legítimo interés, ya que si la ley natural se integra de principios de conocimiento evidentes, ¿cómo es que hay tantos que niegan su existencia, y cómo entre quienes la aceptan existen diferencias tan importantes? Además, esos principios son, a todas luces, demasiado generales y muy poco aptos para resolver los complejos conflictos morales que aquejan a nuestras sociedades. Hay que señalar que los primeros principios no resultan suficientes para guiar, por sí solos, nuestra acción. Se necesita algo más. Por una parte, se requiere de ciertos preceptos más particulares o determinados, que nos vayan orientando acerca de las acciones que son buenas y malas. Por otra parte, se necesita una especial habilidad en el hombre, que le permita discernir en presencia de qué acto se halla y cuáles son sus circunstancias más relevantes. Además, está el hecho de que muchas veces el problema no reside tanto entre elegir entre lo bueno y lo malo, sino entre lo mejor y lo peor. Los preceptos secundarios derivan de los principios universalmente conocidos. Para llevar a cabo la acción se requiere –en mayor o menor medida, según la materia– de una habilidad o virtud que los clásicos llamaban “prudencia”.³²

³² Conf. GARCÍA HIDOBRO, Joaquín: “El acceso a la ley natural”, *Persona y Derecho* nº 37, Pamplona Universidad de Navarra, 1997.

4. Conclusiones

4.1. La paideia³³ o educación del ser humano

La primera gran división de los seres materiales se encuentra entre artificiales (realizados por el hombre) y naturales. Entre estos encontramos: 1) *los inorgánicos* o solo físicos; 2) *vivientes*, a) con vida solo vegetativa, b) con vida vegetativa y sensitiva y c) *con vida vegetativa, sensitiva e intelectiva*. No me detendré aquí en reseñar la substancia de la naturaleza humana.³⁴ Los vivientes irracionales (vegetales y animales) tienen inscriptos en sus tendencias e instintos los códigos de su “actividad”, la que desarrollan a la perfección y casi sin necesidad de aprendizaje previo. La naturaleza ha sido su gran maestra. Aun los animales llamados “superiores”, que poseen un alto grado de conocimiento sensitivo, es ínfima la necesidad del auxilio de sus progenitores, ya que estos apenas inician a la prole en el mundo circundante y luego aquellos ya están en condiciones de sobrevivir y, al poco tiempo, realizar verdaderas obras de “ingeniería”, como las abejas u hormigas; claro está, solo aquellas “obras” a las que tienden forzosamente y poco más.

Por el contrario, el ser humano, o viviente con alma intelectiva, tiene que aprender absolutamente todo, pero no solo para su supervivencia biológica, sino que también es casi nulo su conocimiento intelectivo, tanto teórico como práctico. Basta recurrir a nuestra experiencia personal y a la de nuestro entorno para advertir que la abrumadora mayoría de nuestros conocimientos son adquiridos mediante educación o *paideia*, las más de las veces *por simple imitación* (la más importante).

³³ Palabra griega que significaba la tarea orientada a la formación popular, conforme ciertos parámetros de larga tradición cultural.

³⁴ Ya tratada en este capítulo.

Lo anterior tiene estrecha relación con la ley natural, ya que, como se ha explicado, difiere esencialmente de las leyes “naturales biofísicas” del mundo irracional y, por tanto, ella sola es insuficiente para conocer el difícil camino del desarrollo humano, pues éste requiere de un entorno cultural y social. En otros términos, es preciso que ella se complete con una educación que se instrumenta con hábitos operativos que coadyuven a su fin.

4.2. *¿La moral es subjetiva u objetiva?*

La pregunta encierra un cierto equívoco, ya que cualquier respuesta asertiva sin discernir desde qué nivel se responde puede llevar a errores y a discusiones estériles e interminables. En consecuencia, es necesario establecer por lo menos tres planos: a) el deber ser universal, conforme a la realidad de la naturaleza humana; b) el conocimiento de ese deber ser; c) el obrar concreto en el aquí y ahora de acuerdo con el deber ser. A partir de este discernimiento, la proposición a) es *objetiva*, ya que la naturaleza humana es universal y comprende a todos los individuos de la especie. La negación de esta objetividad implica negar, a la vez, la existencia de la humanidad y afirmar que cada individuo es una “especie” distinta a los demás individuos. Respecto de lo formulado en b), cabe responder que, si bien el sujeto ejerce la actividad cognoscitiva *subjetivamente*, tal actividad recae siempre en un objeto (exterior a la mente) y, por tanto, también es *objetiva*, ya que todo lo que conocemos reviste la condición de un *objeto* aprehensible por nuestras potencias y poseer la verdad no es otra cosa que la adecuación de nuestra sensibilidad e inteligencia a la realidad. Finalmente, en cuanto a lo expuesto en el punto c), el obrar en cada caso concreto depende del conocimiento y voluntad de cada sujeto, pues una persona puede saber que debe obrar tanto desde el punto de vista moral como desde una perspectiva jurídico-positiva, de una manera determi-

nada (por ejemplo, no causar daño a un inocente) y asumir una conducta contraria a sabiendas de que es incorrecta. En consecuencia, el obrar de la praxis conjuga “objetividad y subjetividad”, la primera en cuanto a que el conocimiento y la libertad humana tienen un marco exterior al sujeto al cual debe atenerse, marco que fija los “límites” éticos de la conducta y que, en definitiva, es la propia naturaleza de la humanidad. La subjetividad consiste en que las potencias cognoscitivas e intelectivas de cada hombre deben realizar la tarea de encontrar en la exterioridad (objetiva) los lineamientos correctos de la acción y también pertenece al sujeto la decisión de obrar de una manera u otra.

4.3. La relación entre ley natural, ética y conducta jurídica

La ley natural principia orientando la conducta personal de cada individuo pero, como el desarrollo humano solo se realiza en sociedad, sus preceptos tienen significación jurídica en todas las relaciones sociales signadas o especificadas por un *débito social y político*, que excede a la moral individual. Así es, ya que la justicia puede ser considerada como cualidad que perfecciona al acto exterior, no necesariamente la intención del sujeto actuante, sino el débito al otro que es el acreedor, o sea, la medida del acto no está dada por la subjetividad del actuante, sino por la objetividad de lo debido.³⁵

En este segundo caso, se cumple plenamente lo que denominamos “juridicidad” de la justicia, es el acto prescripto obligatoriamente para el bien del orden social, con sus características propias: alteridad, proporción a lo debido y coacción, aunque no sea acompañado con la buena intención ni el deseo del actuante. Igualmente se ve satisfecha la justicia, pero solo desde su pers-

³⁵ Ver capítulo II.

pectiva objetiva. Los primeros principios de la ley natural por sí solos son insuficientes para lograr el recto obrar individual y jurídico, y de aquí la necesidad de la subalternación del derecho a la moral referida también a hábitos personales que ayuden a tal fin.

Al respecto sostiene García Huidobro que la ética en el realismo clásico “afirma a la vez tres cosas que parecen difícilmente conciliables: i) la posibilidad del conocimiento de los principios morales, ii) el que para conocerlos muchas veces no baste el empeño individual, sino que es una obra colectiva, y iii) que las disposiciones del sujeto no son indiferentes para determinar su aptitud cognoscitiva en el terreno moral. Por el contrario, las éticas modernas cayeron muchas veces en la ilusión de que los principios de la ley o el derecho natural eran susceptibles de ser conocidos y expuestos de modo indubitable, en una tarea que lleva a cabo el individuo aislado y cuyo éxito depende exclusivamente de sus habilidades especulativas. Hay una estrecha y no siempre suficientemente destacada conexión entre la teoría tomista de la ley natural y su doctrina acerca de las virtudes. El conocimiento de la ley natural se facilita o dificulta según el modo de vida que se siga. Y el vivir en forma digna o virtuosa no es algo que se aprenda de una vez para siempre, sino que requiere el ejercicio, en una tarea en la que la experiencia, los consejos ajenos, la educación y los ejemplos juegan un papel decisivo”.³⁶

Por tanto, la ley natural implica el dinamismo que oriente el obrar (y, a la vez, fije sus límites), pero ella sola es insuficiente para lograr plenamente la realización humana. Son precisos, por tanto, los hábitos que proporciona la ética, la educación y/o cultura y las normas positivas que determinan todo aquello indeterminado por la naturaleza.

³⁶ GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín: ob. cit.

CAPITULO VII

EL CONOCIMIENTO JURÍDICO

PRIMERA PARTE:

El conocimiento: generalidades

1. Introducción

La ciencia es un conocimiento causal y demostrativo de las cosas por sus causas a partir de primeros principios aprehendidos en forma evidente. Por ello, antes de comenzar el estudio de la realidad jurídica es conveniente esclarecer qué tipo o clase de conocimiento es el que constituye nuestro saber, si realmente es ciencia, y en caso afirmativo, qué relaciones o dependencias guarda con otras clases de saberes. Como introducción al tema, es necesario recordar en qué consiste el conocimiento y el proceso que nos lleva a conocer.

En primer lugar, debemos tener presente que existen diversos grados de conocimiento. Así encontramos el conocimiento “vulgar”, que conoce lo que las cosas son simplemente por la experiencia, pero sin poder dar razón de sus causas, ni explicar la realidad de ellas. A diferencia de este conocimiento vulgar, el conocimiento científico establece cuáles son las causas del objeto propio que analiza y obtiene datos ciertos, mediante la expli-

ción de las leyes que regulan a ese objeto o sector de la realidad en estudio. Ya Platón hacía la distinción entre el saber científico y la opinión. Solo el primero era un conocimiento cierto, pues el segundo no otorgaba certeza.

A su vez, el conocimiento científico admite dos grados, según se estudie por sus causas últimas y primeros principios o por sus causas segundas e inmediatas. El primer tipo de conocimiento corresponde a la filosofía, que es ciencia de todo lo real, estudiado en cuanto a sus primeras causas, y el segundo es el propio de las ciencias particulares, que estudian cada una un sector de la realidad, enfocado a la vez desde distintos ángulos o perspectivas (objeto formal propio). Por eso se da a la filosofía el nombre de ciencia primera o sabiduría, pues da la respuesta a la causas últimas de toda la realidad, encontrándose subordinadas a ella las demás ciencias.

La inteligencia persigue aprehender la realidad de las cosas y en esto consiste *la verdad, en la conformidad o acuerdo de nuestro intelecto con la realidad que se encuentra fuera nuestro. Por ello, la verdad es objetiva a nosotros, la verdad está en las cosas y nuestra mente encuentra la verdad cuando descubre lo que las cosas son*. Zubiri dice que “la verdad es la posesión intelectual de la índole de las cosas y no consiste sino en que la inteligencia revista la forma de aquéllas. Todo el problema de la ciencia estriba en llegar a un acuerdo cada vez mayor con la mayor cantidad de cosas”.¹

De acuerdo con esto –la verdad es la conformidad de nuestro intelecto a la realidad–, debemos establecer en qué consiste el conocimiento. Antes de efectuar un análisis filosófico, conviene que interroguemos a nuestro sentido común, quien nos proporcionará varios datos que son confirmados por aquel análisis y

¹ ZUBIRI, Xavier: *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Editorial Nacional, 1974, pág. 13.

que por provenir de la experiencia veremos con mayor claridad. Según Grenet, el sentido común nos evidencia que en el proceso del conocimiento se enfrentan dos seres: el congnoscente y lo conocido, estableciéndose entre ambos una relación dinámica, pues el segundo de alguna manera influye o impacta al primero. Asimismo, en el conocimiento se da un proceso de asimilación, en cierta medida análogo a la asimilación física o material, ya que se produce una apertura del congnoscente hacia lo conocido y una penetración de éste en aquél. El lenguaje cotidiano nos muestra este proceso a través de numerosos términos. Así se dice que “dominamos un tema”, “el alumno traga una materia”, “tal estudio es indigesto”, “asimilamos un conocimiento” o “lo metemos en la cabeza”.²

Partiendo de estos datos, podemos establecer ya que el conocimiento consiste en que el congnoscente se une con lo que conoce. Por eso, Parménides (s.v a. C.) sostenía que conocer y ser es lo mismo, pues advertía esta identificación, pero se equivocaba al no captar que el modo de ser de lo conocido en sí mismo es distinto al modo de ser de lo conocido en el congnoscente. Otro filósofo presocrático, Demócrito (s.v a. C.) –quien no admitía la existencia del espíritu–, sostenía que pensamos merced a pequeñas reproducciones de las cosas (semejanzas), que se desprenden de éstas y que penetran en nosotros. Según él, el congnoscente conoce, por ejemplo, una silla, pues de ésta ha emanado la reproducción de la silla en pequeño y ha penetrado en el congnoscente. Tampoco esta solución daba respuestas correctas al problema, pues sin perjuicio de errar en la consideración de que el conocimiento no es un proceso enteramente material y distinto, por ello, a todo tipo de asimilación material, tampoco explica cómo el congnoscente, una vez en posesión de esa semejanza material, la conocía. O sea, el problema subsistía, trasladado del

² GRENET, P. B.: *¿Qué es el conocimiento?*, Buenos Aires, Columba, 1967.

exterior del congnoscente a su propio interior, ya que una vez dentro de éste se repetía la dificultad: ¿cómo conoce la inteligencia esa reproducción?

2. Doctrinas sobre el conocimiento

2.1. Realismo clásico (*Aristóteles*)

Aristóteles (s. IV a. C.) utiliza las propuestas de sus antecesores, admitiendo como cierto que “conocer lo otro es ser lo otro de alguna manera”, pero corrige tanto a Parménides como a Demócrito. La respuesta al problema según Aristóteles consiste en que en el conocimiento, el congnoscente solo recibe en sí la forma inmaterial de lo conocido, pues no asimila la materia del objeto sino su forma, como dice Grenet (ob. cit.), “la forma de lo conocido en cierta manera se desdobra y, sin dejar de estar en él, imprime una semejanza suya en el cognoscente”.

Veamos que el proceso del conocimiento es distinto de toda otra forma de asimilación, pues cuando hay unión de dos substancias, o bien ambas se fusionan formando una tercera (hidrógeno y oxígeno: agua), o bien una de ellas absorbe a la segunda, que desaparece. El proceso cognoscitivo mantiene la diferencia entre los dos seres –cognoscente y conocido– pese a que lo conocido ha sido asimilado por el cognoscente. Por ello, conocer significa aprehender la forma inmaterial del objeto conocido.

2.2. Proceso del conocimiento en el realismo clásico

Hemos explicado en qué consiste el conocimiento. Cabe ahora la explicación del proceso o forma como se realiza esta unión entre lo conocido y el cognoscente. Antes de proseguir, hay que advertir que existen dos tipos de conocimiento: *el cono-*

cimiento sensible, por el cual conocemos cada cosa en particular y cuya fuente de recepción son los sentidos, y *el conocimiento intelectual o racional*, en el cual captamos las esencias de las cosas y cuya facultad no es sensible, sino racional: la inteligencia. Sin embargo, para arribar al conocimiento intelectual no podemos prescindir del conocimiento previo de los sentidos, pues el alma no posee ideas innatas, o sea, “*a priori*” de la experiencia sensible. Como ha sostenido Aristóteles, la inteligencia es como una “tabla rasa” en la que no hay nada escrito. Esto lo afirma en contra de la teoría platónica que sostenía, por el contrario, que el alma poseía en sí los conocimientos, los cuales eran develados por la “reminiscencia” o recuerdo de la vida anterior en un mundo perfecto, donde el alma había contemplado las esencias perfectas de los seres.

El conocimiento formal propio de la inteligencia es la esencia de las cosas representadas por la imaginación como abstractas y universales. Para arribar a estas esencias, el proceso es el siguiente: el ser humano posee dos entendimientos, uno llamado potencial o posible, pues está en potencia o capacitado para conocer, pero que todavía no conoce –tabla rasa– y otro llamado entendimiento agente, pues es el principio activo que posibilitará que el entendimiento posible entienda.

Por medio de los sentidos, nos formamos una semejanza o representación del objeto conocido (hemos captado la forma inmaterial); ésta es una imagen o “retrato” de aquél. Si bien se trata de una representación inmaterial (por ejemplo, de un hombre llamado Juan), esta imagen se encuentra todavía individualizada con esa persona y con todos sus datos característicos, o sea que todavía no tengo el concepto hombre, sino simplemente “Juan”. Esta imagen es llamada “especie impresa” y es, como hemos dicho, la imagen del objeto, que nos ha sido proporcionada por los sentidos (por ejemplo, la vista).

Una vez obtenida la imagen especie impresa, el intelecto agente procede a desmaterializar a esa imagen de sus particulares

y concretos, abstrayendo lo que hay en ella de universal y abstracto, mediante una función parecida a la que efectúa la luz al iluminar, y por eso recibe el nombre de “iluminación” del intelecto agente.

Procedida esta iluminación, el entendimiento posible o potencial reacciona y aprehende la esencia de ese objeto, ya desmaterializado por completo de lo particular del mismo, y forma el concepto, o sea, el universal o la esencia de la cosa: ha aprehendido lo que la cosa es. Ya no solo posee la imagen de Juan, sino que ha captado lo que Juan es: un hombre, pues ha captado su esencia o naturaleza.

Ésta es la función propia de la inteligencia, pues como su nombre lo indica, “*inter-legere*” significa dentro, o sea, penetrar la materia y particularidades del objeto para captar la esencia o inteligencia que se encuentra revestida de la materia. Esta función que hemos descripto se denomina de “abstracción”, que consiste, según Verneaux, “en considerar en el objeto sensible particular su naturaleza aparte de los caracteres que lo individualizan”.³

Esta doctrina recibe el nombre de “Realismo Aristotélico-escolástico” (a diferencia de otros realismos), que es del caso considerar aún, pues resume los principios que sobre el tema del conocimiento fueron elaborados por Aristóteles y la escolástica, continuando viva hasta nuestros días a través de numerosos autores.

Como se encuentra explicado, los postulados fundamentales sostienen, en primer lugar, que el conocimiento es regulado por el ser objetivo a la inteligencia, o sea, la realidad. En segundo lugar, que el método del conocimiento comienza siempre por la experiencia sensible, pues es a través de los sentidos como tomamos contacto con ese mundo real, y a partir de allí, la inteligen-

³ VERNEAUX, Roger: *Filosofía del hombre*, Barcelona, Herder, 1970, pág. 126.

cia, de acuerdo con el proceso expuesto, realiza la abstracción que nos conduce a la esencia de las cosas, la cual es captada como universal y abstracta. Por ello el método realista es inductivo-deductivo pues, como sostiene Aristóteles, “debe observarse en primer lugar los hechos concretos y proceder a continuación a la luz de una tal experiencia, al estudio de las cosas”. En el análisis, tanto de la facultad intelectiva como del acto del conocimiento, los filósofos más característicos de esta doctrina –Aristóteles y Santo Tomás de Aquino– han partido de lo empírico, sometiéndolo a prueba, pues, como dice Derisi,⁴ es un método inductivo-deductivo, por una parte –comenzar por los fenómenos sensibles y empíricos–, para llegar a sus causas inteligibles, y método crítico, por otra, una inteligencia vigilante que comienza por dudar metódicamente y objetarse las razones en contra de su tesis, a fin de atenerse y no admitir sino las causas irrecusablemente exigidas por los hechos iniciales del discurso.

2.3. Entendimiento y razón. El hábito de los primeros principios

Si bien la potencia intelectiva es única, realiza dos actividades diferentes y complementarias: entender y razonar. Entender consiste en la simple aprehensión de la verdad inteligible; raciocinar, en cambio, es discurrir de un concepto a otro para conocerla... Está claro, por tanto, que el raciocinar con respecto al entender es como el moverse con respecto al reposar, o como el adquirir al poseer. Lo primero es propio del ser imperfecto; lo segundo, del ser perfecto. Y puesto que el movimiento parte siempre de la inmovilidad y termina en el reposo, se sigue que el raciocinio humano, cuando sigue un proceso de investigación o

⁴ DERISI, Octavio N.: *La doctrina de la inteligencia de Aristóteles a Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, CCC, 1945.

invención, *parte de ciertas verdades de inmediato entendidas, que son los primeros principios*, para volver después por vía de juicios resolutorios a comprobar con esos mismos principios las verdades halladas”⁵.

Estas verdades evidentes por sí mismas son las captadas por el hábito de los primeros principios, tanto en el orden teórico –*intellectus* o inteligencia de los primeros principios– como en el orden de la praxis –sindéresis–. El argumento es claro e irrefutable ya que el razonamiento necesita de un primer conocimiento que no sea razonamiento (demostración) pues de lo contrario ningún razonamiento sería posible ya que habría que regresar al infinito para poder comenzar a conocer.

Esta conclusión es innegable desde cualquier perspectiva científica o filosófica, pero la diferencia del realismo clásico con otras doctrinas es que éstas o bien se limitan a un conocimiento únicamente empírico –al que, por lo general, contemporáneamente tampoco se otorga certeza ya que el principio de verificación empírica necesita también ser verificado, lo cual resulta imposible desde una postura antimetafísica–, o bien a una categoría “*a priori*” de la experiencia o un axioma, o sea, un principio puramente formal, solo “pensado” y por ende vacuo de contenido, pero que sirve como premisa inicial del discurso lógico-científico.

Contrariamente a las doctrinas axiomáticas, el realismo confía en que la razón es capaz de aprehender en forma evidente un primer conocimiento real y no simplemente construido desde la propia inmanencia del pensamiento. En efecto, con justeza expone Millan Puelles que “así como la razón teórica conoce en forma inmediata y evidente el primer principio indemostrable, que consiste en la formulación de la mutua irreductibilidad de aquellas dos nociones que sean mutuamente primarias: ente y no

⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, ob. cit., I, 79, 8.

ente (principio de no contradicción), sin ellas no es posible negar cosa alguna; de la misma manera, la razón práctica que tiene por objeto de conocimiento una acción motivada por un fin conocido como bien para el operante se funda en un principio cognoscitivo producido por un hábito práctico que afirma “el bien, sea cual fuere éste, deberá ser, y su contrario, el mal evitado”.⁶

2.4. Innatismo

Para el innatismo en el alma, antes de toda experiencia, existen ideas o conocimientos innatos, o sea “*a priori*” (antes) de conocer la realidad. En la antigüedad, el innatismo fue defendido por Platón, según el cual conocemos por la “reminiscencia” o recuerdo de una vida pasada, donde el alma ha contemplado los arquetipos perfectos o modelos de las cosas contingentes de este mundo. Sin embargo, Platón no desdeña la intervención del conocimiento de las cosas sensibles, pues ellas son una semejanza, aunque sea borrosa, de la verdadera realidad ultramundana. En consecuencia, la realidad sensible sirve para despertar el recuerdo de lo que ya se conocía antes, pero para que este proceso sea eficaz es necesaria la intervención de la experiencia filosófica, que aúna lo moral con lo místico.

2.5. Racionalismo

En la edad moderna, se encuentran en crisis las doctrinas escolásticas (realismo clásico), expandiéndose el materialismo y el escepticismo. Renato Descartes (s. XVII) es el gran contradictor de estas corrientes, pues confía en la capacidad intelectual de

⁶ MILLÁN PUELLES, Antonio: ob. cit.

conocer la verdad, pero en vez de retomar los conceptos fundamentales de la doctrina realista construirá un sistema que signará toda la época moderno-contemporánea: el racionalismo. Según Descartes, el conocimiento cierto solo reside en las ideas que posee la razón en sí misma, y que no le son dadas por la experiencia, pues todo lo proveniente de los sentidos del mundo físico está sujeto a mutación y a error. Como camino para fundar su doctrina utiliza la “duda metódica” expuesta en el *“Discurso del método”*, mediante la cual descalifica como medios para conocer a la imaginación y la sensibilidad, y por tanto a cualquier dato extraído de la realidad extramental.

“Así, puesto que los sentidos nos engañan, quise suponer que no hay cosa alguna que sea tal y como ellos nos la presentan en la imaginación; y puesto que hay hombres que yerran al razonar, aun acerca de los más simples asuntos de geometría, y cometan paralogismos, juzgué que yo estaba tan expuesto al error como otro cualquiera y rechacé como falsas todas las razones que anteriormente había tenido por demostrativas; y en fin, considerando que todos los pensamientos que nos vienen estando despiertos pueden también ocurrírseños durante el sueño, sin que ninguno entonces sea verdadero, resolví fingir que todas las cosas que hasta entonces habían entrado en mi espíritu no eran más verdaderas que las ilusiones de mis sueños. Pero advertí luego que, queriendo yo pensar de esa suerte que *todo es falso*, era necesario que yo, que lo pensaba, fuese alguna cosa; y observando que esta verdad: “*Yo pienso, luego soy*”, era tan firme y segura que las más extravagantes suposiciones de los escépticos no eran capaces de conmoverla, juzgué que podía recibirla sin escrúpulo, como el primer principio de la filosofía que estaba buscando”.

El célebre principio “Pienso, luego existo” será la piedra angular de la filosofía racionalista, ya que hace del sujeto pensante la fuente de todo conocimiento verdadero. Las consecuencias serán fundamentales para la expansión del subjetivismo

tanto filosófico como moral y político: la verdad será entendida como subjetiva y no proveniente de la realidad objetiva.

Descartes llamaba a las ideas principales “claras y distintas” y las combinaba con el método deductivo de la ciencia matemática, deduciendo así las conclusiones en una forma similar a los teoremas geométricos. A partir de esta metodología deductiva surgirán los sistemas racionales que serán aplicados a la realidad no solo técnica sino política y jurídica.

2.6. *Empirismo*

Otro grupo de doctrinas difiere del realismo en cuanto considera que el único medio de conocimiento es la experiencia sensible: son los diversos empirismos. Por ello, el empirismo se contrapone al innatismo y al racionalismo, ya que según el primero las ideas son innatas y para el segundo es la razón el único vehículo del conocimiento, emparentándose así estas dos posiciones. Contra ambas, el empirismo sostiene que el conocimiento proviene únicamente de los sentidos.

El empirismo tiene diversas variantes, pero fundamentalmente todas coinciden en afirmar que la única realidad cognoscible es la verificable sensiblemente y a la vez que la única validez del conocimiento se encuentra en la experiencia. En la antigüedad, esta teoría se encuentra en el sofista Protágoras y en Epicuro. Ambos eran sensualistas, reducían todos los conocimientos a los sentidos y a la experiencia humana, a la materia. En la edad media, será Ockam su principal representante, pues niega que existan las esencias universales, ya que son nombres con que designamos a las cosas, las que solo conocemos individualmente. Por eso su doctrina se llama “nominalismo”.

El padre del empirismo sistemático en la edad moderna es *David Hume* (1711-1776), quien sostiene contrariamente al racionalismo cartesiano que en el espíritu no hay ideas innatas y

que todo conocimiento se reduce al sensible, que impone así ideas o imágenes que se relacionan mediante asociaciones. Por ello la imposibilidad de toda metafísica.

El empirismo de Hume influyó en el positivismo filosófico que es la fuente del positivismo jurídico. Como expone Ferrater Mora,⁷ Hume se propone la investigación del origen de nuestras ideas, que puede resumirse en las siguientes proposiciones: en primer lugar todo lo que el espíritu contiene son percepciones sensibles, que divide en impresiones o ideas. La única diferencia entre ellas consiste en el grado de fuerza y vivacidad: las impresiones son las percepciones que poseen mayor fuerza y violencia, por ejemplo, las sensaciones, las pasiones y emociones. Las ideas son solo copias o imágenes desvaídas de las impresiones, tal como las posee el espíritu en los procesos de pensamiento y del razonamiento. Por otro lado, las percepciones pueden ser simples o complejas. Las simples, tanto impresiones como ideas, son las que no admiten distinción ni separación. Así, la percepción de una superficie coloreada es una impresión simple y la idea o imagen de la misma superficie es una idea simple. Las percepciones compuestas, tanto las impresiones como las ideas, son aquellas en las que pueden distinguirse partes. Así, la visión de París desde la colina Montmartre es una impresión compleja y la idea o imagen de tal impresión es una idea compleja. Este proceso de conocimiento puede sintetizarse en que todas las ideas simples se derivan de impresiones simples que corresponden a ellas y que representan exactamente.

Por lo que puede advertirse de esta exposición de Ferrater Mora sobre la doctrina de Hume, la inteligencia no efectúa ningún proceso de abstracción ni por ende hay formación del concepto universal tal como lo explicaba Aristóteles. Solo existen

⁷ FERRATER MORA, José: *Diccionario Filosófico*, Buenos Aires, Sudamericana, 1965, t. I, págs. 879-882.

impresiones sensibles y las ideas no son otra cosa que las mismas impresiones pero más diluidas. O sea que no hay una participación específicamente intelectual y por consiguiente el conocimiento se limita a lo sensible. La razón solo ordena las impresiones y razonar es pasar de una idea (sensible) a otra.

Las proposiciones verdaderas sobre hechos están fundadas en la experiencia; las proposiciones verdaderas sobre relaciones están fundadas en la no contradicción (lógica). No hay otras proposiciones posibles; por tanto, dice Hume, todos los libros que contengan enunciados que no sean “razonamiento demostrativo” (como el de la lógica o la matemática) o “razonamiento probable” (como la experiencia sensible) deben “arrojarse a las llamas” (por ejemplo, los libros de metafísica).

La filosofía moral de Hume es una derivación de estos postulados. Su concepción ética influirá también poderosamente en el positivismo jurídico y por ello nos interesa especialmente. También, como explica Ferrater Mora, Hume considera que la percepción moral no es cosa del entendimiento sino de los “gustos” o “sentimientos”; éstos no derivan de unos supuestos principios absolutamente evidentes, sino de cada cosa en particular, en tanto constituyen juicios del individuo al aprobar o reprobar una acción, un sentimiento, etc. No se puede demostrar que algo es bueno o malo mediante un argumento racional, por tanto, no se puede convencer a nadie de que algo es bueno o malo mediante tal tipo de argumento. La razón no es la maestra de las pasiones; al contrario: es su esclava. Hay dos tipos de experiencias morales: el placer y el desplacer, y por ello la teoría moral de Hume es hedonista. Pese a que este panorama necesariamente debe conducir a un total subjetivismo, Hume admite que hay una “naturaleza humana” que al ser igual en todos los hombres muestra cierta regularidad en la conducta moral; asimismo, sostiene que la vida social requiere de la existencia de virtudes, entre ellas la justicia. Pero ellas no son entidades naturales sino construidas “artificialmente” para mantener la armonía social y no porque tengan valor

en sí mismas; en última instancia, las virtudes no son más que producto del egoísmo humano que las acepta para su propia seguridad social.⁸

Para Hume no puede inferirse el “deber ser moral” del “ser”, o sea, del concepto de naturaleza humana, tildando entonces de falsas a todas las teorías morales que del análisis de la naturaleza deducen que deben realizarse determinadas conductas. Sostiene que: “En muchos sistemas de moral el autor procede durante algún tiempo según la forma ordinaria de razonar, que establece la existencia de Dios o que hace observaciones sobre la condición humana; después he tenido de pronto la sorpresa de que en lugar de las cópulas “es” o “no es” habituales en las proposiciones, no encuentro sino proposiciones donde el vínculo está establecido por “debe” o “no debe”. Este cambio es imperceptible pero resulta sin embargo de la mayor importancia. En efecto, como estos “debe” o “no debe” expresan una nueva relación y una nueva afirmación, resulta necesario explicarlas; y que al mismo tiempo se dé la razón de lo que parece inconcebible por completo: cómo se puede deducir esta nueva relación de otras que son enteramente diferentes”.

Desde entonces han sido numerosos los autores que han esgrimido en contra del objetivismo ético “el problema de Hume” (que no puede inferirse lo normativo de lo indicativo, para rechazar todo valor objetivo a las proposiciones morales). Adelantamos que los autores realistas jamás dedujeron los principios normativos de la moral de un análisis previo de la naturaleza humana (del ser) ya que éstos son aprehendidos de manera evidente, o sea, sin demostración.

⁸ FERRATER MORA, J.: ob. cit.

2.7. Escepticismo

Todas las doctrinas que hemos descripto –realismo, innatismo, racionalismo, idealismo, empirismo– sostienen que debemos conocer con certeza. Difieren entre sí, en cuanto al objeto de conocimiento –para unos, solo materia, sensible; para otros, solo las ideas metafísicas; ambos para la primera–, y también la diferencia radica en el modo de conocer. Pero ninguna niega la posibilidad de conocer. Frente a todas ellas, nos hallamos con el escepticismo, para el cual no se puede afirmar ninguna posición como verdadera: hay imposibilidad de conocer la verdad. En el orden práctico, el escepticismo implica la suspensión del juicio, o sea, la abstención de toda decisión.

Como dice Verneaux,⁹ fue Aristóteles el primero en refutar el escepticismo, afirmando que “la acción implica un juicio sobre lo que es bueno o malo, útil o perjudicial, y también sobre lo que es o no es. ¿Por qué el escéptico se pone en camino hacia Megara, en lugar de quedarse en su casa y pensar solamente que va allá?. ¿Porque, si encuentra un precipicio, no se dirige hacia él y porque debemos por el contrario evitarlos como si pensara que no es igualmente bueno o malo caer en él?. La evidencia más elemental y el sentido común nos demuestra que siempre se piensa que una cosa es mejor y otra peor. La indiferencia absoluta fundada en el escepticismo no es posible en la práctica: llevaría consigo la inacción más absoluta.

3. División de las ciencias por su finalidad (realismo clásico)

De las diversas clasificaciones de que pueden ser objeto las ciencias, la primera y más general es la división por su finalidad.

⁹ VERNEAUX, Roger: *Epistemología general o Crítica del conocimiento*, Barcelona, Herder, 1970.

Las ciencias se dividen en especulativas o teoréticas (teoría en griego significa contemplación), cuyo fin es solo conocer por conocer, y en prácticas, cuyo fin es conocer para dirigir la acción en una operación. Como expone Derisi,¹⁰ “en el primer caso se trata de una actividad pura y exclusivamente intelectual; no así en el segundo, en que la actividad del entendimiento no tiene sentido sino como medio subordinado a la actividad, que es esencialmente práctica de la voluntad [...] El primero, conocer por conocer, se detiene en la contemplación de un objeto, en el ser; el segundo contempla para dirigir la actividad práctica de la voluntad y sus facultades subordinadas”.

La distinción entre ambos tipos de ciencia radica en los diferentes objetos formales de las mismas. El objeto formal de la ciencia especulativa o teorética está dado por la esencia de los seres. Por lo tanto, lo que interesa al conocimiento teórico es simplemente conocer las esencias, lo que las cosas son, agotándose en esta captación sin otro fin posterior. La ciencia práctica, por el contrario, se especifica por el sentido de bien o de bueno que tienen las cosas que nos atraen para poseerlas o tener una determinada conducta. En el conocimiento práctico se persigue la captación no solo de la verdad de un objeto, sino su bondad o maldad, su conveniencia o inconveniencia, pues se trata de conductas humanas. Por tanto, el objeto del conocimiento práctico es el obrar humano, la conducta.

Según expresa Abelardo Rossi,¹¹ “las ciencias se encuentran especificadas por sus fines y desde sus principios hasta sus últimas consecuencias serán o teóricas o prácticas. La diferencia entre ambas la encontramos en la intencionalidad del conocimiento: el práctico se halla desde sus primeros principios en una

¹⁰ DERISI, Octavio N.: ob. cit., pág. 216.

¹¹ ROSSI, Abelardo: *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, Mendoza, Universidad de Cuyo, 1949, pág. 1195.

línea totalmente distinta del especulativo, lo que determina dos movimientos distintos en el alma: el movimiento del saber teórico termina en la propia alma y se perfecciona en ella por la posesión intencional del objeto. Por el contrario, el conocimiento práctico, por cuanto se encuentra orientado hacia el objeto conocido, conduce al sujeto a la posesión existencial de ese objeto”.

4. Objeto de conocimiento: división

De acuerdo con lo dicho hasta aquí, se advierte que hay dos tipos de objetos:

a) *Inoperable o especulable*: Es el objeto que el hombre no hace ni puede hacer y que solamente puede conocer: todo el mundo de la naturaleza, lo dado. En consecuencia, son conocimientos teóricos los propios de la filosofía especulativa, esencialmente la metafísica, las matemáticas, las ciencias de la naturaleza como la física, la química, la biología, la astronomía, etc., ya que su objeto es especulable.

b) *Operable*: Son aquellas entidades que el ser humano puede obrar, o sea, sus conductas, las acciones humanas tanto personales como sociales. A este objeto operable se lo denomina agible (obrar) y las ciencias que se avocan a su conocimiento son la ética, la política, la ciencia jurídica, la economía. En cuanto a los conocimientos que se adquieren con alguna finalidad útil, se los denomina factibles y se refieren a las técnicas.

SEGUNDA PARTE: El conocimiento jurídico

1. Introducción

No en vano precedentemente hemos resaltado el valor de una filosofía realista, pues ella parte de la experiencia para luego elevarlas mediante el proceso de abstracción, a las verdades universales. Aquí también aplicaremos el mismo método, pues para arribar al concepto del derecho y a todos los elementos que pertenecen a la ciencia del derecho, partiremos también de la experiencia concreta, ya que es allí donde suceden las relaciones jurídicas. Por eso deseamos todo punto de partida apriorístico de la experiencia, como sucede con las doctrinas racionalistas según las cuales el concepto del derecho es una categoría mental anterior a la experiencia misma.

Según Recasens Siches,¹² la experiencia jurídica está formada por “un conjunto complejo pero unitario de diversos datos consistentes en hechos de relaciones interhumanas, propiamente sociales, hechos en los que se encarna una dimensión conflictiva, esto es, un problema práctico, una cuestión de conducta, en la que se da una tensión dramática, un choque entre diversas aspiraciones humanas y entre éstas y las limitaciones que la realidad impone, todo ello en el área de la vida social.

Este autor sostiene, además, que estas relaciones no se encuentran condicionadas solo por necesidades y deseos, sino que se encuentran marcadas por valoraciones que responden a ideales, los cuales pertenecen a lo más hondo de la vida humana (por ejemplo, el deseo de justicia, paz, solidaridad, etc.). Por eso sos-

¹² RECASENS SICHES, Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica “razonable”*, México, FCE/UNAM, 1971, pág. 101.

tiene que para la producción del derecho hay que atender a esta experiencia, pues el derecho no se produce ni nace “desde arriba hacia abajo por vía de deducciones, mediante la construcción de un sistema [...] sino que las operaciones mentales del legislador, del juez, del jurisconsulto y del filósofo del derecho, no constituyen un pensamiento sistemático, antes bien, por el contrario un pensamiento sobre problemas, un pensamiento aporético [...] o sea, un pensamiento que no parte de primeros principios como de premisas para extraer consecuencias, sino que arranca del análisis de los problemas prácticos suscitados en la vida social”.¹³

2. Los grados del conocimiento jurídico

Cualquier realidad puede ser conocida desde distintos grados o perspectivas. Una primera aproximación nos es brindada por el conocimiento experiencial. Conocemos una persona, un vegetal o animal, o una simple cosa. La experiencia nos brinda múltiples datos, por ejemplo, que los cuerpos son atraídos hacia la tierra, pese a que no conocemos la ley de la gravedad.

Un segundo grado de conocimiento está dado cuando a raíz del interrogante sobre por qué suceden los hechos o cómo es la cosa, indagamos las causas de las cosas avanzando sobre los simples efectos o apariencia de la realidad. En la medida en que develamos la causa de esa cosa y sistematizamos los diversos conocimientos causales, poseemos el conocimiento científico.

Por último, cuando el conocimiento se dirige a la razón última de la existencia de la cosa y a encontrar su fundamento, relacionándolo con la totalidad de lo real, ese conocimiento tiene el carácter de filosófico.

¹³ Ibídem, págs. 103-104.

Integran el objeto del conocimiento jurídico realidades diversas entre sí. En primer lugar el derecho considerándolo en su analogado principal, o “lo justo”, denominación que significa tanto la conducta exterior en tanto que ésta misma como la cosa de que se hace uso. Es en la vida social donde aflora la realidad de los derechos que deben ser regidos por las relaciones de justicia.

Pero también integran este ámbito, que debe ser conocido, todas las otras realidades significadas con el término derecho. En primer lugar las normas jurídicas, y en especial las leyes, pues toda agrupación humana hállase como sostenida en su existencia por normas de convivencia superpuestas al arbitrio individual (en esas normas está la razón de su subsistencia).¹⁴ Asimismo, son objeto del conocimiento jurídico las facultades subjetivas, pues éstas son las “acciones”, o sea, las potestades mediante las cuales se ejercen los derechos o se reclaman cuando son conculcados. Por último, todo este conjunto de realidades tiene un fundamento que lo justifica y le da su razón de ser, y por ende debe ser conocido filosóficamente.

Para una correcta inteligencia de éste tema, debe recordarse que el objeto del conocimiento jurídico es siempre un “operable”, o sea, una actividad humana, o una cosa relacionada con ella, o una determinada situación o *status* de una persona con relación a otra o a la sociedad, y también todos los análogos relacionados con estas realidades. Por tanto, se trata siempre de un conocimiento práctico.

El objeto de conocimiento jurídico puede ser conocido mediante dos formalidades: o bien es conocido especulativamente (teóricamente) con el solo fin de analizarlo y entenderlo. Se trata de un conocimiento teórico-práctico del derecho que se integra a su vez con dos niveles: la ciencia del derecho y la filosofía

¹⁴ CASARES, Tomás: *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, CCC, 1945, pág. 111.

del derecho. O bien es conocido en su concreción existencial, en el aquí y ahora de las acciones humanas, por ejemplo, para realizar o para juzgar una conducta. Este conocimiento es práctico-práctico y se denomina prudencial o prudencial-jurídico.

2.1. El conocimiento práctico de lo práctico: la prudencia jurídica

Como dice Martínez Doral,¹⁵ hay por de pronto un tipo de conocimiento jurídico, tan inmediatamente orientado a la práctica y a la existencia concreta, que trasciende totalmente el orden de la conceptualización: es el conocimiento prudencial. En este caso, el entendimiento práctico, íntimamente potenciado por la virtud de la prudencia, “considera” tan próximamente la acción y la conducta, que ya no conceptualiza ni define. En la decisión a tomar aquí y ahora, que es su único cometido, no hay nociones que analizar ni conceptos que constituir.

Este conocimiento recibe el nombre de prudencial pues, como dice el autor citado, el entendimiento práctico para acertar en la elección de la acción a realizar debe estar orientado por la virtud de la prudencia.

La prudencia como hábito perfectivo

Ya Aristóteles la calificaba como “el ojo del alma” respecto al obrar y la definía como “una disposición acompañada de razón y verdad dirigida a la acción y con referencia a los bienes humanos”. Para Aristóteles y Santo Tomás es la virtud más necesaria para la vida humana, pues “vivir bien consiste en obrar bien”. Para ello deben tenerse en cuenta los fines de la acción y los medios respecto a los cuales debe recaer la elección conducente al logro de esos fines.

¹⁵ MARTÍNEZ DORAL, José M.: *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Univ. Navarra, 1963, pág. 23.

Los fines de la vida humana son conocidos por la sindéresis, y en cuanto a los medios, es necesario también que la razón práctica sea perfeccionada por una virtud, pues “deliberar y elegir son operaciones racionales y de ahí la necesidad de que en la razón radique un hábito por el cual el hombre elija los medios sin error”.

Se define a la prudencia como un hábito operativo de la razón práctica inmediatamente ordenado a regular y medir todas las acciones humanas a su fin, no de una manera indeterminada, sino totalmente individual, concreta y circunstanciada.

La prudencia reside en el entendimiento, pues es propio del prudente “conocer con certeza a través de la incertidumbre de los sucesos”, y conocer el futuro no pertenece a los sentidos, sino al entendimiento, ya que se hace por deducción y específicamente reside en el intelecto práctico, pues, como decía Aristóteles “es propio del prudente aconsejar bien”, y el consejo se refiere a la acción que pertenece a la praxis y no al conocimiento especulativo.

La prudencia tiene por misión los medios ordenados a la acción regulando y ordenando los actos hacia su fin. Hay en ella una faz cognoscitiva y otra imperativa. En cuanto a la primera, “el prudente necesita conocer los principios universales de la razón y los particulares en los cuales se da la acción”. Los primeros son conocidos por la sindéresis o “principios naturalmente conocidos, que son los fines de las virtudes morales”; por tanto, el objeto propio de la prudencia es el conocimiento de los medios para alcanzar el fin, pues aplica “los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción”.

La prudencia jurídica. La jurisprudencia

La prudencia, como se ha expuesto, es un hábito perfectivo de la razón que la cualifica para conocer el obrar correcto en forma particular y circunstanciada. Tanto las conductas personales como sociales, están orientadas por normas, pero éstas tienen como característica su generalidad. La prudencia interviene en el

paso de lo general a lo concreto, al aquí y ahora. Trasladando estas nociones al orden jurídico, las leyes tienen su fuente en la actividad política, que requiere una especial aplicación de la prudencia, pero se denomina específicamente prudencia jurídica no a la actividad legislativa, que siempre es general y abstracta, sino a la tarea del jurista que debe prevenir un conflicto o asesorar y defender a las partes si éste se ha producido, y principalmente a la actuación del juez que debe resolverlo. Precisamente estas actividades requieren no solo el conocimiento general de la normas, sino principalmente el conocimiento de los hechos y circunstancias particulares del caso, como también el discernimiento de lo que es justo en el reclamo de las partes.

Por eso la prudencia debe alcanzar su máxima expresión en la decisión judicial, pues es en el conflicto particular donde resultan insuficientes tanto el marco legal como los principios orientadores de la vida jurídica; en múltiples situaciones, el caso a decidir presenta matices y facetas únicas e irrepetibles. Solo la prudencia del sentenciante puede encontrar el camino que arribe a esclarecer lo justo, o sea, lo suyo de cada parte en litigio. Asimismo, es la prudencia la que permite alcanzar una interpretación adecuada y no mecánica de la ley. Quien carezca de prudencia jurídica y sentencie solo encuadrado en esquemas normativos, difícilmente imparta justicia ya que la verdadera interpretación judicial de la ley es totalmente práctica, orientada a la solución justa del conflicto.

Lo que define la imprescindibilidad de la prudencia es que el conocimiento práctico no tiene por objeto algo que ya “es”, que ya “existe”, sino algo que debe ser actuado. El conocimiento de las leyes no es prudencial, sino teórico, las leyes ya “son”. Pero cuando al jurista se lo consulta y se requiere su intervención es ante una situación en la que debe efectuarse una actividad futura: promover una demanda, prevenir un conflicto, contestar una acción, producir una prueba en un juicio, etc. Otro tanto sucede con la actividad del magistrado judicial: si bien las partes

aportan sus argumentos y sus pruebas, una vez que éstas ya “son”, debe conocer y producir una obra que aún no es: la sentencia. En este sentido, bien señala Massini¹⁶ que la pregunta del juez no debe ser cuál es la interpretación que está más de acuerdo con los principios de la ciencia del derecho, sino cuál de ellas es la que sirve al fin de la solución justa del caso en examen. Lo contrario sería confundir su función con la de un catedrático o la de un publicista.

Aun en sistemas jurídicos como el argentino donde se sigue el modelo europeo-continental de corte racionalista (distinto al anglosajón) y la ley es prácticamente la única fuente de los derechos, el conjunto de los fallos judiciales denominado “jurisprudencia” constituye un elemento de peso trascendental en la vida jurídica y es también fuente permanente de evolución normativa y causa de modificaciones legislativas, ya que muchas de estas suceden a raíz de fallos judiciales. La jurisprudencia es consultada indefectiblemente tanto por jueces y por abogados; es ella la que indica y orienta sobre cómo se interpreta y aplica la ley en los casos individuales, y en muchas situaciones no regladas legalmente aporta la solución.

En la tarea judicial es donde se deben encontrar amalgamadas las dos virtudes que constituyen el quicio de la vida jurídica: la justicia y la prudencia. Bien se ha dicho entonces que es en las sentencias donde mejor se refleja la esencia del orden jurídico pues, si bien las resoluciones judiciales (salvo excepciones) solo son obligatorias para las partes intervenientes en cada juicio, ellas son expresión de la aplicación de una ley general al caso particular. Como expone Casares,¹⁷ la ley impera mediante la autoridad de los jueces y por eso el orden jurídico no se manifiesta solo por

¹⁶ MASSINI CORREAS, Carlos: *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pág. 130.

¹⁷ CASARES, Tomás: ob. cit., págs. 242-243.

el conjunto de leyes vigentes, sino también por la actuación de ellas en las sentencias de aquéllos. Concreta y vitalmente, las leyes son lo que la jurisprudencia pertinente va haciendo que sean al fijar lo que entienden por contenido y finalidad de ellas.

2.2. *El conocimiento teórico de lo práctico: ciencia y filosofía jurídica*

El “operable” (la relación jurídica en sus distintas variantes) también puede ser conocido especulativamente o teoréticamente. A diferencia del conocimiento prudencial, este conocimiento no tiene por fin realizar una acción o juzgarla, sino analizarla conceptualmente, en un nivel de abstracción en el que quedan afuera los casos particulares, el aquí y el ahora. Ese grado se integra con dos niveles: a) ciencia jurídica: investiga sus causas próximas y los elementos que integran un orden jurídico nacional o internacional, analizando los sistemas interactivos; b) filosofía jurídica: conoce los fundamentos y causas últimas que deben guiar a todo orden jurídico.

2.2.1. La ciencia jurídica

Toda ciencia posee ciertas características que la definen como tal. Según Aristóteles,¹⁸ “creemos poseer la ciencia de una cosa absolutamente y no a la manera de los sofistas de modo accidental, cuando creemos conocer la causa por la que dicha cosa es y sabemos que esta causa es la de la cosa y que no es posible que la cosa sea de otro modo de como es”.

Entonces, la primera característica del conocimiento científico es que es un conocimiento por la causa. La segunda nota de la ciencia es su universalidad y su necesidad: este conocimiento

¹⁸ ARISTÓTELES: *Analíticos posteriores*, I, 2, 71 b.

y su objeto difieren de la opinión en que es universal y procede por nexos necesarios.

De esta nota parecería deducirse que solo es posible la ciencia de los objetos conocidos por la metafísica y la matemática, pues ellos son universales y necesarios, quedando afuera de esta calificación todo conocimiento sobre el obrar humano, incluido el jurídico. Sin embargo, Aristóteles concede carácter científico en cuanto se encuentre ligado a los primeros principios del obrar moral pues éstos gozan de tanta certeza como los principios teóricos. La diferencia radica en la estructura de la ciencia práctica (incluida la jurídica), ya que en cuanto a sus conclusiones requiere de la prudencia, pero en sus principios tiene universalidad.

La ciencia práctica, si bien tiene por objeto un operable y es práctica por su finalidad, pues conoce para obrar, conoce de modo teórico o explicativo y considera el universo del obrar humano y de los valores desde el punto de vista de la naturaleza del hombre y su finalidad. En este orden los fines desempeñan la función de los principios de la ciencia teórica.

La diferencia entre el conocimiento especulativamente-práctico, propio de la ciencia moral y de la jurídica, y el práctico-práctico, propio de la prudencia, radica en que el primero se dirige a conocer lo bueno y conveniente como verdadero, únicamente para conocerlo pero no para ponerlo en acción, mientras que el segundo conoce para obrar operativamente, por ejemplo, el juez que conoce las circunstancias del litigio para dictar sentencia.

Podemos concluir entonces que existe una ciencia jurídica cuyo objeto está dado por los elementos que integran un orden jurídico, o sea, todas aquellas realidades necesarias para el desarrollo de la convivencia en justicia, y esta ciencia abarca las distintas actividades humanas signadas por un débito exigible en vistas al bien común: En primer lugar, el orden social considerado en su conjunto, regido por el “derecho constitucional”. Luego, todos los derechos inherentes a la personalidad y su relaciones

con otras personas (familiares, contractuales, con relación a las cosas, etc.) y que denominamos “derecho civil”. Concomitante-mente, la sociedad se protege a sí misma y a sus integrantes de aquellos hechos ilícitos de singular gravedad: este ámbito per-
nece al “derecho penal”. También pertenecen a la ciencia jurídica otros sectores de las relaciones humanas, que tienen una especifi-
cidad, entre otros, el derecho laboral, el comercial, etc.

Sin embargo, este planteo presenta una dificultad que es necesario esclarecer. Anteriormente se ha afirmado que la ciencia es un conocimiento universal y necesario. Por el contrario, adver-
timos que las realidades parciales que integran un orden jurídico –constitucionales, civiles, penales, laborales, comerciales, etc.– y las normas que las rigen se encuentran en permanente mutación y la mayoría de ellas no revisten universalidad.

Frente a esta aporía de no poco peso, cabe reflexionar lo siguiente. Muchas normas y relaciones que integran sectores de la vida jurídica no son susceptibles de un conocimiento científico, sino simplemente técnico. Puede tomarse como ejemplo la permanente variabilidad de las normas fiscales: una actividad lucrativa puede estar gravada o desgravada según la política fisc-
al de turno y a veces según el funcionario de turno, y otro tanto cabe opinar de otros ámbitos de la vida jurídica. Por lo tanto, no es la normativa contingente y variable la que se estudia científicamente.

No obstante, en todo sector de la vida jurídica encontramos ciertos principios de la ley natural que deben guiar e iluminar las actividades específicas. En efecto, como sostiene Massini,¹⁹ el estudio de un sistema o de una institución jurídica puede efec-
tuarse desde la perspectiva de los principios jurídicos naturales, abriéndose a la filosofía del derecho en una labor crítica y refle-

¹⁹ MASSINI CORREAS, Carlos: “Querella sobre la ciencia del derecho”, *La Ley*, Buenos Aires, 31 de diciembre de 1981.

xiva; en otros términos, observando una conexión orgánica con los principios jurídicos superiores, lo que supone el tratamiento de un sistema o una institución –de por sí históricos y contingentes– desde un ángulo de mira de principios universales y necesarios.

Como ejemplo podemos analizar desde esta perspectiva si las normas que rigen la actividad laboral contemplan los principios de justicia, si el salario es el adecuado teniendo en cuenta la dignidad del trabajador, si existen condiciones de seguridad e higiene, si hay protección social, si el trabajador tiene su vejez protegida por un sistema de previsión. De la misma manera podemos exemplificar con el derecho de familia que integra el derecho civil (reconocimiento y protección de la vida; solidez del matrimonio; régimen de obligaciones paternales y filiales; régimen de bienes, sucesiones, etc.).

Por ello, toda ciencia jurídica se encuentra con los principios de la filosofía del derecho, último y más elevado de los grados del conocimiento jurídico.

2.2.2. El conocimiento jurídico filosófico

a) Filosofía y ciencias

En el punto anterior hemos señalado la íntima necesidad que tiene la ciencia jurídica para recibir tal estatuto epistemológico y no quedar reducida a una simple técnica normativa de relacionarse con la filosofía del derecho. Ahora bien, si esto es así, surge un primer problema: ¿la filosofía del derecho integra el ámbito del conocimiento jurídico y es por tanto necesario que el jurista lo asuma como propio o, por el contrario, es un área de conocimientos que pertenece exclusivamente a los filósofos?

Antes de intentar una respuesta, recordemos brevemente la definición tanto nominal como real de la filosofía. El nombre “filosofía” indica amor a la sabiduría. La tradición atribuye la denominación a Pitágoras de Samos (siglo VI a. C.), quien, a diferencia de los que se dedicaban a conocer la naturaleza de las

cosas que se autollamaban *sophoi* (sabios), dijo que ese nombre superaba lo humano, pues sabios eran solo los dioses y por lo tanto él solo era un *philosophoi*. Para explicar su conclusión decía que los concurrentes a la olimpiadas podían dividirse en tres clases: los que apetecían el honor del triunfo en las competencias, los que aprovechaban esos eventos para comerciar y obtener lucro y aquellos que solo deseaban contemplar y conocer. El *philosophoi* es por tanto similar a estos últimos: su deseo es conocer aunque carezcan de las destrezas de los competidores y no obtengan otro provecho como los comerciantes.

Posteriormente, Platón retomará esta idea y comparará a la filosofía con Eros, que era el dios del amor, ya que el amante siempre está necesitado del amor de su amada y por tanto se encuentra entre la indigencia de necesitar el amor y la riqueza de poseer lo amado. Por su parte, Aristóteles afirma que “se puede estimar con razón que la posesión de la sabiduría es algo más que humano. En efecto, la naturaleza humana está tan limitada en tantos aspectos que solo Dios puede alcanzarla”. Vemos entonces que nominalmente la filosofía implica una búsqueda permanente y amorosa de aquello que se entiende por conocimiento superior y último; es una tendencia hacia la sabiduría.

Afrontando ahora la definición real, aquella que indica la esencia de lo designado con el término “filosofía”, encontramos que desde la antigüedad se la entiende como un saber que no se conforma con el “qué” de las cosas sino que desea encontrar el “porqué”, o sea, su causa, pero no una causa inmediata sino la causalidad última. A la vez, el filósofo no se limita a la causalidad de tal o cual región o aspecto del ser sino de todos los seres, a la universalidad de todo lo que existe. Por lo tanto, la filosofía puede definirse esencialmente como el conocimiento natural (distinguiéndolo del revelado o sobrenatural) de toda la realidad universal por las causas últimas y principios supremos.

Vemos así la diferencia entre filosofía y ciencias, ya que éstas también son conocimientos causales, pero con respecto a la

primera presentan dos distinciones: a) se limitan solo a un ámbito de la realidad; b) su conocimiento causal por tanto no es último, sino que corresponde a una causalidad segunda, ya que las primeras causas son comunes a todo lo existente y por tanto son patrimonio de la filosofía, que es un conocimiento universal, mientras que la ciencia siempre se avoca a lo particular.

b) Filosofía y conocimiento jurídico

Al describir el objeto del conocimiento jurídico hemos resaltado que su centralidad gira en torno a las relaciones de justicia y todas las entidades que la integran: sujetos jurídicos, derechos, normas, facultades subjetivas; y a la vez también se ha puesto de manifiesto su carácter práctico y concreto: la actividad jurídica consiste en el discernimiento de lo justo en el aquí y ahora, por ello la realidad jurídica existencial requiere de la prudencia.

Pero si nos detenemos un instante en analizar todos estos elementos que constituyen la materialidad de la vida jurídica, su “qué”, advertimos a la vez que todas ellas obedecen a un “por qué” o fundamento, que no se limitan al mero “fenómeno” (lo que aparece, lo meramente normativo) sino que descansan en una respuesta a interrogantes que exceden la sola juridicidad. Bien dice Graneris²⁰ que el jurista afronta temas y problemas que exceden la capacidad de la ciencia y que solo en el campo filosófico pueden ser planteados, discutidos y quizás resueltos. Así como no es arbitrariedad del filósofo sino exigencia de la filosofía el abarcar el derecho en la visión universal del mundo, del mismo modo no es el capricho del jurista sino la misma ciencia jurídica que invoca un rayo de luz de las más altas regiones del pensamiento, donde habita la filosofía.

En efecto, cualquier orden jurídico reposa en una concepción antropológica y a la vez, por tratarse de acciones humanas,

²⁰ GRANERIS, Giuseppe: ob. cit.

también se relaciona con la ética. Toda actividad humana está regida por fines que están regidos a su vez por una determinada concepción del mundo y de la existencia. Por lo tanto, aun para obtener la misma definición del derecho, el jurista debe recurrir a conceptos que no pertenecen precisamente a su campo científico, sino que se debe elevar a buscar una respuesta en una dimensión antropológica y sociológica que lo excede. En efecto, se advierte pronto que el ámbito del “deber ser” que signa las relaciones jurídicas está cargado de una universalidad que excede el imperativo particular de cada norma. Cada una de ellas encuentra su justificación en otra superior del ordenamiento, pero llegando un punto, el jurista advierte que la respuesta no es solo normativo-positiva, sino que necesariamente debe abordar un terreno de universalidad propio de la filosofía. Por eso las respuestas sobre qué es la justicia y su objeto, el derecho, exceden el marco científico pues son filosóficas, propiamente pertenecen a la filosofía práctica.

Como expone Hervada,²¹ la filosofía del derecho tiene en primer lugar una *función fundamentadora* ya que proporciona a la ciencia jurídica los conocimientos metacientíficos básicos y fundamentales, que ella no es capaz de obtener por su estatuto epistemológico, pero que le son necesarios para conocer correctamente la realidad jurídica. En este sentido hay una dependencia de la ciencia del jurista respecto a los fundamentos filosóficos de la realidad jurídica. En segundo término, la filosofía del derecho ejerce una *función valorativa y crítica* del hecho jurídico tal como aparece en sus fuentes de positivización y formalización pues es capaz de juzgar y valorar un ordenamiento jurídico dado, según su corrección o incorrección, de acuerdo con las exigencias más fundamentales del ser humano y la vida social.

²¹ HERVADA, Javier: ob. cit.

c) Filosofía del Derecho y experiencia jurídica

Retomamos en este tercer apartado la cuestión planteada en el primero: ¿la Filosofía del Derecho es competencia exclusiva de los filósofos o de los juristas? Hemos respondido en el punto anterior que por su objeto y finalidad pertenece a la filosofía práctica. Por ello, si planteamos la cuestión desde el plano de los estudios jurídicos, debemos afirmar que el jurista debe poseer una base filosófica y que quienes se dediquen a la filosofía del derecho deben saber también los conceptos fundamentales de las grandes áreas de conocimiento de la filosofía: metafísica (ontología y teodicea), filosofía de la naturaleza (cosmología y antropología), gnoseología, epistemología, ética y lógica.

Sin embargo, entendemos que la plenitud del conocimiento jurídico filosófico requiere también la experiencia jurídica o sea el conocimiento de la praxis prudencial concreta y la valoración experiencial de la aplicación y sus resultados de los sistemas normativos. La denominación “Filosofía del Derecho” fue acuñada a finales de la edad moderna y principios de la contemporánea exclusivamente por filósofos que posiblemente jamás se habían avocado a entablar una demanda jurídica o efectuar una defensa en los tribunales, y tampoco habían analizado la justicia o injusticia de las normas concretas, ni resuelto ningún conflicto judicial dictando una sentencia. Entre estos filósofos encontramos a Kant, Fichte o Hegel, que desde una perspectiva racionalista o idealista crearon todo un aparato conceptual que poco tenía que ver con la experiencia. No en vano estos filósofos no han dedicado estudios especiales en este campo a la la prudencia ni a la lógica práctica, o sea, a la Tópica, Dialéctica y Retórica. Por el contrario, el realismo clásico tiene como punto de partida del conocimiento la observación de la experiencia, pues es en ella donde se sitúan las relaciones de justicia y su conflictividad.

d) El objeto de conocimiento de la Filosofía del Derecho

Como hemos señalado antes, el conocimiento filosófico

tiene por objeto la realidad en su universalidad, en nuestro caso, la realidad operable, o sea, constituida por relaciones humanas especificadas por la justicia. Es entonces desde la experiencia que debe partir una correcta filosofía del derecho. Como afirma Martínez Doral,²² este conocimiento que comienza con la experiencia no termina en ella; la trasciende y se dirige a captar lo inteligible que está envuelto en lo sensible. El objeto que se considera es el derecho, o mejor dicho, la realidad jurídica tomada en su conjunto; pero la perspectiva formal que se contempla, los principios de toda explicación, toda la estructura de las nociones empleadas es típica, ya que se dirige a develar el fundamento último de la realidad jurídica.

En primer lugar, corresponde a la filosofía del derecho la definición de las distintas realidades que integran el orden jurídico. La mayor trascendencia es obviamente la definición del derecho, lo que implica la determinación de su esencia, o sea, la respuesta a la pregunta: ¿qué es el derecho? Adviértase que esta respuesta trasciende a cualquier otro tipo de conocimiento jurídico, ya que según cuál sea su contenido, se edificará todo el orden jurídico. Hay un abismo entre la definición de derecho como “un conjunto de normas coactivas que rigen a la sociedad” y responder que “el derecho es lo justo”.

Pero toda definición conlleva el estudio de las causas de lo definido, o sea, de su causa eficiente u origen o fuente de producción; causa material, o sea, de qué está formado el derecho; causa formal o determinación por la cual cierta realidad puede ser llamada derecho y causa final, o sea, el fin por el cual y para el cual el derecho existe.

Otro tema de capital importancia en la filosofía del derecho e integrado en la causa eficiente es el fundamento del derecho o la respuesta a su justificación. Posiblemente sea éste el corazón

²² MARTÍNEZ DORAL, José M.: ob. cit., pág. 29.

de la filosofía jurídica, ya que responde a la esencia misma de la pregunta filosófica.

Los temas de la filosofía del derecho pueden dividirse en ontológicos (respecto al ser del derecho), y gnoseológicos (respecto al conocimiento del derecho). Como afirma Hervada,²³ por una parte, la filosofía del derecho se pregunta qué es el derecho y qué es la ley, cuáles son sus últimas causas, qué es la justicia, cómo se divide el derecho (y con ello se plantea la cuestión del derecho natural), qué relación existe entre justicia y derecho, etc., cuestiones todas ellas que son ontológicas y más precisamente metafísicas. Junto a esto, a la filosofía del derecho corresponde tratar una serie de problemas gnoseológicos, teoría del conocimiento y del razonar –que superan el estatuto epistemológico de la ciencia jurídica–. Aquí ya no estamos ante temas de ontología o metafísica, sino ante cuestiones de gnoseología y lógica, que son otras ramas de la filosofía.

3. Integración y conexión de los tres grados del conocimiento jurídico

Hasta aquí hemos procedido analíticamente, partiendo de un todo cognoscible, la realidad jurídica, y descomponiéndola en distintos niveles o grados de conocimiento. Para concluir, procederemos de modo inverso, o sea, sintéticamente, integrando los distintos niveles. En efecto, el conocimiento jurídico integral presupone que el verdadero jurista dirige su inteligencia a la realidad con capacidad prudencial y a la vez científico-filosófica.

Integración del nivel prudencial: La prudencia ilumina el obrar para elegir los medios que lo conduzcan al bien de la vida y ésta es dada por la conciencia (sindéresis). De igual manera, el

²³ HERVADA, Javier: ob. cit., pág. 58.

jurista prudente, al tomar decisiones en lo inmediato, debe deliberar y elegir cuidadosamente los medios idóneos, no en abstracto sino en concreto, para efectuar un asesoramiento, iniciar una demanda o una defensa judicial, o el juez para dictar una sentencia justa. Pero a la vez debe contar con un exhaustivo conocimiento de la ciencia del derecho y de las especificidades normativas del área concreta en la que se desenvuelve el conflicto (penal, civil: familiar o patrimonial, laboral, empresarial, financiero, administrativo, etc.). Asimismo, debe estar orientado por los principios de la justicia que a su vez se enmarca en concepción antropológica y ética, o sea, filosófica.

Integración de los niveles teóricos, ciencia y filosofía con la prudencia: De similar manera, el científico que desea conocer y crear el orden concreto en un determinado ámbito de la vida jurídica, debe partir de la experiencia, o sea, haber conocido las necesidades humanas que requieren solución jurídica; la ciencia práctica no se elabora desde los laboratorios y gabinetes, sino a partir de las tensiones existenciales de la vida social. Otro tanto cabe decir del filósofo del derecho, ya que nunca debe olvidarse que el conocimiento práctico es tal pues su objeto son las relaciones humanas y éstas no son entidades lógicas sino reales. Sin experiencia no hay verdadera filosofía del derecho, ni ciencia del derecho. Concluimos con la afirmación de que los niveles antes descriptos son distintas formalidades o perspectivas de análisis de una única realidad jurídica existencial; todos ellos son necesarios, pero se conjugan en una única respuesta sobre la realidad jurídica.

Capítulo VIII

HERMENÉUTICA JURÍDICA

Si bien pueden efectuarse diversas clasificaciones de las diferentes metodologías jurídicas utilizadas en la historia occidental, entendemos que a grandes rasgos hay dos que resultan paradigmáticas: la metodología clásica, vigente en la antigüedad y edad media, que ha mostrado un resurgimiento en el siglo veinte, y la metodología moderna, que aparece como consecuencia de la expansión del racionalismo desde el siglo dieciocho. Trataremos ambas por separado.

La hermenéutica moderna (siglos XVIII-XX)

La concepción cultural moderna tiene no solo bases filosóficas, sino también político-jurídicas que comienzan a visualizarse en la metamorfosis de los ordenamientos respectivos a partir del siglo XVIII y se afianzan plenamente a lo largo de los siglos XIX y XX. Sintetizamos sus repercusiones jurídicas en las siguientes características: a) racionalismo, b) científicismo, c) normativismo legalista y d) interpretación exegética.

1. Racionalismo

El siglo XVIII tiene una significativa importancia en la historia de la cultura occidental, ya que en todos los órdenes de las actividades humanas se produjeron grandes transformaciones, producto de las nuevas ideologías que sustituyeron las antiguas instituciones y edificaron una nueva concepción filosófica, política, social, económica y jurídica. El acontecimiento puntual de mayor trascendencia fue el triunfo de la Revolución Francesa, que constituyó al mismo tiempo el apogeo y expansión de la *ideología racionalista*, cuyo antecedente fue el pensamiento de Renato Descartes, quien vivió en el siglo anterior (1596-1650). Frente al escepticismo de su época, Descartes quiere restablecer la confianza en la capacidad humana para encontrar la verdad, pero el cambio fundamental aportado por este filósofo consiste en afirmar que “la verdad” no se encuentra en la realidad exterior, sino en la propia razón, en ideas preexistentes a la experiencia, y por ello la denominación de “racionalismo” dada a su pensamiento.

Parte de la duda llamada “metódica”, o sea, no escéptica, sino utilizándola como método. Afirma que las percepciones de los sentidos no contienen certeza, pues estos nos engañan y, en consecuencia, duda de todo. Pero en medio de la duda, según él, surge una verdad indubitable: la existencia del propio yo pensante y elabora la frase que se hará famosa: “Pienso, luego existo”, o sea, primero es el pensamiento, quedando relegada la realidad, ya que de ella no se extraen certezas. Para Descartes, el único conocimiento verdadero es el evidente y solo son evidentes las ideas que denomina “claras y distintas”.

Desde esta premisa asume como metodología la deducción, que es pasar de un término a otro extraído por conclusión del primero, y así sucesivamente. La consecuencia más importante del racionalismo es que la razón deja de conocer la realidad tal como es, para “crearla”; por lo tanto, verdaderas serán solo las deduc-

ciones de la razón. Así nacen los “sistemas”, o arquetipos ideales, creados por la razón y aplicados a la realidad, tanto social como política, económica y jurídica.

A partir de la modernidad, la función de la razón sufrió una metamorfosis, que consistió en separar absolutamente el conocimiento metafísico de la experiencia. Desde la antigüedad clásica, la experiencia era el inicio del conocimiento (ya sea por despertar la reminiscencia en Platón o ser la fuente en la cual abrevaba el intelecto para abstraer el universal en Aristóteles), que concluía en la aprehensión de las entidades metafísicas. El primer paso de la modernidad fue abrir una brecha insalvable entre el conocimiento sensible y el intelectual, que quedó relegado a las ideas “claras y distintas” contenidas en la razón. Todo conocimiento de la realidad objetiva se redujo a lo empírico con una finalidad utilitaria.

Según expone Chaim Perelman, los razonamientos analíticos son aquellos que parten de unas premisas necesarias o, por lo menos, indiscutiblemente verdaderas y conducen, gracias a inferencias válidas, a conclusiones igualmente necesarias o verdaderas. Los razonamientos analíticos transfieren la necesidad o veracidad de las premisas a las conclusiones. Es imposible que la conclusión no sea verdadera si se razona correctamente a partir de unas premisas verdaderas.

El tipo de razonamiento analítico es el silogismo, cuyo esquema clásico se enuncia de este modo: “Si todos los B son C y todos los A son B, todos los A son C”. Este razonamiento es válido cualesquiera que sean los términos que se coloquen en lugar de las letras A, B y C.

La validez de la inferencia no depende para nada de la materia sobre la cual se razona, que puede tomarse de los más diversos campos del pensamiento. Lo que garantiza la validez del razonamiento es su forma. La lógica que estudia las inferencias válidas, en virtud únicamente de su forma, se llama “lógica formal”, porque la única condición que exige para garantizar la veracidad de la conclusión, si las premisas son ciertas, es que los

símbolos A, B y C se reemplacen, cada vez que se presentan por los mismos términos, de la misma manera que en álgebra la veracidad de la ecuación X igual a X presupone que se reemplace la letra X por el mismo valor numérico.

2. *Cientificismo*

También debemos señalar el desarrollo de los métodos de las ciencias físico-matemáticas y los logros obtenidos en el dominio sobre la naturaleza, que darán origen a una concepción del mundo denominada “progresismo científico”. Esta, en realidad, más que fundarse en las conclusiones de las ciencias empíricas o lógico-matemáticas, lo hacen en una ideología o “nueva filosofía”, cuya misión ya no será más la búsqueda de las causas o fundamentos, sino aportar elemento lógicos o lingüísticos para el desarrollo de aquellas ciencias. A partir de entonces, cobra fuerza la idea de que lo que caracteriza a un conocimiento como científico es la exactitud de las conclusiones. El principio que rige a estas ciencias físicas se denominó “principio de verificación empírica”, según el cual solo es verdadero lo mensurable en forma empírica o sea sensible. Posteriormente, en el siglo XX se demostró por diversas vías, entre ellas, la teoría de la relatividad, que este principio carece de fuerza dogmática, ya que, aun en el ámbito de las ciencias naturales, su aplicación es restringida.

La conclusión más trascendente de la ideología científico-filosófica fue la pretensión de circunscribir el concepto de ciencia a las fisiocomatemáticas, negando tal carácter a las ciencias llamadas “humanas” (ética, política, filosofía), ya que su objeto de conocimiento (las conductas individuales o sociales) presenta un carácter contingente y variable, según el cual no se arriba a la exactitud pretendida. Por ello, comenzaron a surgir diversos autores y corrientes doctrinarias que, en vez de reivindicar la posibilidad de conocer científicamente a la praxis humana utilizando méto-

dos propios de estas ciencias, sostuvieron que se podían aplicar los métodos propios de la lógica formal, las matemáticas y la física, y para ello modificaron el objeto del conocimiento de las ciencias prácticas, entre ellas, la jurídica. Antes era la praxis humana, desde el predominio de esta ideología será la norma formalmente considerada, o sea, sin interesarle su contenido.

3. Normativismo legalista

Como consecuencia del ideal racionalista, en los ámbitos político y jurídico desde fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se va imponiendo la idea de que las normas son el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica y que ellas mismas son “derecho”.¹ El origen de esta tesis se encuentra políticamente en los absolutismos modernos, que necesitaban eliminar a las sociedades y cuerpos intermedios entre el Estado y el ciudadano, pues estas instituciones limitaban su poder. Como dice Fassó, de ahí la necesidad de quitar validez a las normas de dichos cuerpos, atribuyendo solamente obligatoriedad jurídica a la ley, es decir, al mandato establecido por el Estado... De allí arranca la inclinación de los déspotas ilustrados –cuyo ejemplo típico es Federico II de Prusia– a la codificación, es decir, a la reducción precisamente de todo derecho a ley, que elimine cualquier otra forma de derecho –costumbres, precedentes jurisprudenciales, opiniones de jurisconsultos, estatutos de las ciudades o corporaciones, etcétera–. Motivos de tipo doctrinal, técnico y político obraron a veces simultáneamente en el planteamiento del que fue el más grande problema jurídico político del siglo XVIII: el problema de la legislación. Se sentía la necesidad de una racionalización de las nor-

¹ MASSINI, Carlos: *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978, pág. 114.

mas jurídicas que condujera a la instauración de un orden que diera efectividad para siempre a los dictámenes universales y eternos de la razón, traduciéndolos en normas positivas y claras.²

4. Interpretación exegética

Tiene su apogeo en la denominada “Escuela de la Exégesis” que se desarrolló en Francia y se extendió luego a otros países. Es la consecuencia de entender el orden jurídico como una totalidad normativizada, cerrada y completa, cuya única fuente estaba constituida por leyes unificadas en los códigos, idea que se concretó en el Código Civil de 1804, llamado “Código de Napoleón”. Explica Fassó que esta escuela entiende el estudio del Derecho exclusivamente como un estricto comentario del código, artículo por artículo, según el orden de la materia seguido por el legislador. El código, interpretado literalmente, daría respuesta a cualquier problema de contenido, y en cuanto a la sistemática de los conceptos jurídicos, esta se encontraba ya realizada en la estructura lógica del código... Se sintetizó el espíritu de la doctrina del Derecho de la época, en la afirmación que se considera realizada en sus lecciones uno de los exponentes de la escuela de la exégesis, Juan José Bugnet, cuando decía: “Yo no conozco el Derecho Civil, yo enseño el Código de Napoleón”.

5. Conclusiones

Como consecuencia de todo lo expuesto, la metodología jurídica moderna presenta las siguientes características: 1) su

² FASSÓ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Pirámide (Biblioteca Eudema), 1996, pág. 15 y ss.

objeto de conocimiento es la ley considerada como una entidad general y abstracta bajo cuyo marco deben subsumirse las circunstancias variables de la vida concreta. Como explica Massini,³ el normativismo es perfectamente coherente con los supuestos del pensamiento moderno; en efecto, la norma es la única dentro de las realidades jurídicas que puede ser ordenada en sistemas; la única con la que puede trabajarse racionalmente, abstracción hecha de la realidad concreta; la única que puede pensarse de modo teórico con prescindencia metodológica de los fines humanos. Con las normas consideradas abstractamente, pensadas en sí mismas y desvinculadas de toda realidad humana social, se puede realizar cualquier tipo de elucubración ideal; se pueden construir doctrinariamente sistemas perfectos o esquemas lógicamente coherentes y acabados. 2) El orden legislativo se integra en un sistema cerrado y completo, por lo que debe el juez ser simplemente un instrumento de la ley sin ninguna capacidad creativa. 3) El método es racional-deductivo y la ciencia jurídica se transforma en operaciones de lógica formal, tomando siempre y únicamente como premisa mayor la norma general. Su objetivo es el perfeccionamiento de un sistema normativo, sin tener en cuenta el contenido de justicia ni las circunstancias variables y concretas del caso.

La hermenéutica en el iusnaturalismo clásico

1. Introducción

Un proceso de conocimiento correcto sigue un cierto camino, un cierto orden, conoce unas cosas antes y otras después. A veces, este conocimiento sucede en forma desordenada, caótica,

³ MASSINI, Carlos: ob. cit.

y el resultado suele ser negativo. Cuando se conoce algo “a medias”, o se conoce lo posterior desconociéndose lo anterior, lo más probable es que el resultado del conocimiento sea erróneo o solo parcialmente verdadero, o que se arribe a un estado de confusión a veces peor que la misma ignorancia.

Hasta en el conocimiento vulgar es necesario emplear cierto orden que por lo general nos es impuesto por la misma naturaleza de la vida cotidiana. Por ello, con más razón aún, resulta necesario ordenar el conocimiento cuando la realidad que deseamos conocer tiene entitativamente mayor relevancia y cuando nuestro conocimiento sobre ella pretende ser superior al vulgar para adentrarse en las razones y fundamentos que la constituyen; otro tanto sucede cuando el resultado de ese conocimiento se traduce en una consecuencia de gran trascendencia.

Por ello, toda ciencia tiene su método, que podemos definir como el camino adecuado para arribar al fin correcto del conocimiento y los medios o reglas que nos permiten ordenar los conocimientos en vistas a ese fin. Hay una multiplicidad de métodos pues múltiple es también la composición del mundo real, y según como sea el ámbito de la realidad que se desea conocer, será el método a elegir.

Por lo tanto, lo primero que hay que tener en claro es que la elección del método está supeditada a la *naturaleza del objeto a conocer*. Lo dicho tiene enorme importancia, pues la elección de un método inadecuado necesariamente conduce a resultados erróneos. Hay objeto ideales, como los entes de razón estudiados por la lógica o las proposiciones de las matemáticas; o reales, como la existencia de Dios o la naturaleza. A la vez, en ésta también podemos hacer infinidad de distinciones según sea el ser de que se trate.

También resulta importante en la elección del método la naturaleza de la ciencia en cuestión, o sea, si es teórica o práctica, distinción que también se encuentra íntimamente vinculada con los objetos, pues esta división se realiza por el fin del cono-

cimiento, el cual también se relaciona con el objeto conocido. En consecuencia, el método queda especificado por el objeto de conocimiento y por la naturaleza de la ciencia que se aboque a conocerlo.

1.1. Método práctico

Sentadas estas pautas, nos abocaremos a investigar cuál método es el adecuado al conocimiento jurídico. No debe sorprender que sobre este tema se propongan y utilicen métodos totalmente diferentes, lo cual no quiere decir que todos sean correctos, sino que la diversidad proviene de las distintas concepciones que existen sobre lo jurídico. Si se define al derecho como un conjunto de normas coactivas dictadas por quien detente el poder en la sociedad, sin agregar otra característica, o sea, desde una posición positivista, la elección del método será muy distinta de la de quien entiende que el derecho es lo justo, lo que le corresponde a cada integrante de la sociedad, en cada situación concreta, tarea que requiere una valoración que supera a la simple aplicación de una norma positiva, ya que ésta puede resultar injusta, ya sea en sí misma o universalmente, ya sea aplicada al caso circunstanciado o concreto. De acuerdo con lo expuesto podemos adelantar que según el iusnaturalismo, el método jurídico es práctico pues se define por su objeto, que también es práctico, o sea, una acción humana o una cosa referida a otro conforme una exigencia de justicia.

El objeto del conocimiento jurídico

1.2. Materia del conocimiento jurídico

Para no proceder apriorísticamente, y dejando momentáneamente de lado la distinción efectuada en el punto anterior, debemos delimitar el objeto del conocimiento jurídico. Observando la realidad social, vemos que la “materia” jurídica “está formada por un conjunto complejo pero unitario de diversos datos consis-

tentes en hechos de relaciones interhumanas, propiamente sociales, hechos en los que se encarna una dimensión conflictiva, un problema práctico, en que se da una tensión entre diversas aspiraciones humanas y entre éstas y las limitaciones que la realidad impone, todo ello en aras de la vida social. Estas relaciones no se encuentran condicionadas solo por necesidades sino también por valoraciones de justicia y solidaridad. Por eso la efectivización de la vida jurídica debe atender a esa experiencia, pues el orden jurídico no se produce ni nace desde arriba hacia abajo por vía de deducciones, mediante la construcción de sistemas, sino que las operaciones del legislador, del juez, del jurisconsulto y del filósofo del derecho constituyen un pensamiento sobre problemas prácticos suscitados en la vida social".⁴

Por tanto, la materia jurídica está constituida por relaciones sociales, por acciones humanas especificadas por lo social y por las cosas (entendiendo tanto materiales como inmateriales) a que estas acciones se refieren. La existencia de un derecho implica correlativamente la existencia de una obligación por parte de otro.

1.3. Forma del conocimiento jurídico

Tenemos la materia o "causa material" de nuestro objeto de conocimiento, pero siguiendo la teoría hilemórfica, no hay materia sin forma. La forma es lo que determina a la materia, de tal manera que el ente resultante queda especificado en su naturaleza. Esta determinación está dada por la justicia, que en su sentido objetivo es la cualidad del acto por el cual se da al otro lo suyo, o sea, lo que le corresponde. Esta especificación de la justicia está, consiste, en la igualdad, pues lo justo es lo igual, la medida que corresponde a ese acto referido al otro o a la cosa con que debe guardar reciprocidad en el cambio.

⁴ RECASENS SICHES, Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, México, FCE, 1971, págs. 103-105.

1.4. Fuentes y finalidad del conocimiento jurídico

Por último, el fundamento de lo justo tiene un origen o causa fuente y una finalidad. Su fundamento originario reside en la naturaleza humana y sus tendencias sociales. Hay cosas justas por naturaleza; pero también hay cosas justas porque así lo exige el orden social, aunque pueden ser por sí mismas indiferentes, como el sentido del tránsito, la edad de la mayoría de edad, el número de testigos necesarios para acreditar un acto, etc., determinaciones que son propias de lo justo positivo. Además, la existencia de la justicia apunta a un fin que en lo inmediato es el derecho de cada uno y en lo mediato resulta el bien de la sociedad, que solo se logra mediante la armonía, consecuencia, precisamente, de la justicia.

De acuerdo con Massini, podemos afirmar que visto desde esta perspectiva práctica, el orden jurídico no puede consistir sino en el orden introducido en las relaciones sociales para orientarlas a la perfección societaria; radica –en última instancia– en el concreto obrar social del hombre rectificado al bien común a través del bien del otro. Todo el proceso práctico culmina en el obrar concreto y circunstanciado; todo el orden de la praxis se encamina a lograr este último resultado, que es el objetivo y fin inmediato que da razón de ser a todas las realidades que conforman un determinado ámbito de lo operable.⁵

2. Características

Antes de precisar las características del objeto de conocimiento sobre la base del análisis efectuado, cabe precisar que nos referiremos al método que corresponde emplear en la existencia

⁵ MASSINI CORREAS, Carlos I.: *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.

real del ámbito jurídico, no al que le corresponde al estudio a modo especulativo del derecho, pues si bien al derecho le corresponde siempre un conocimiento práctico, este conocimiento puede ser especulativamente práctico, por ejemplo, cuando se estudian las teorías acerca de la naturaleza de los derechos reales o de los contratos. Aquí nos ceñiremos a la investigación del método adecuado en la existencia concreta de lo jurídico. Es el método que debe usar el abogado o el asesor jurídico ante la consulta conflictiva; el que usa el legislador para encauzar y ordenar la realidad social legislada; el juez, para determinar en la sentencia lo justo de cada parte.

Mediante la delimitación del objeto de conocimiento del saber jurídico estamos en mejores condiciones para precisar su método. Cabe recordar que ese objeto se integra con acciones humanas sociales y por ello se lo puede calificar como un “operable”, algo que debe ser puesto en acto, algo que antes no existía; a) es *problemático o aporético* (*aporía* en griego significa dificultad, conflicto de difícil solución); b) es *dialéctico*, o sea, implica una alteridad, una relación con otro, una relación “diálogica”; c) es *sintético*, va de las partes al “todo”, que es la solución justa; d) es *deliberativo*, pues la solución generalmente no se presenta como necesaria y apriorística sino que es fruto de una deliberación; e) *valorativo*: la acción humana tiene un sentido, ya que, como dice Aristóteles, todo hombre obra por un fin que tiene razón de bien; pero el bien o la felicidad pueden perseguirse desordenadamente y por tanto la acción tendrá carácter valioso o disvalioso.

De acuerdo con lo expuesto, analizaremos cada una de las características del método jurídico.

2.1. Problemático o aporético

Dividiremos esta cuestión en dos puntos: a) naturaleza del pensamiento aporético y b) sus límites.

a) Resulta posiblemente la nota más específica del objeto de conocimiento práctico (la acción humana), pues ésta es variable y contingente. Por el contrario, para el positivismo, influido por el racionalismo, el objeto principal del conocimiento jurídico, y por ello su medida y parámetro, es la norma, y como ésta es universal y abstracta, olvida las notas de contingencia y variabilidad.

Como explica Hennis, nuestras acciones tienen un carácter contingente y casi ninguna está determinada por la necesidad. La mayoría de las cuestiones en las que tenemos que tomar una decisión nos ponen ante posibilidades alternativas, son un “problema” en el sentido riguroso de la palabra. La conducción de la vida, del particular y de la comunidad, es un intento permanente de una solución adecuada a los problemas que se presentan incesantemente; es una realización ininterrumpida de respuestas a los cuestionamientos de la vida.⁶

Frente a este tipo de problemas corresponde la utilización del pensamiento aporético, distinto del pensamiento sistemático. El “sistema” tiene como punto de partida una proposición verdadera y primaria que a la vez es indubitable: sus premisas son “apodícticas”, o sea, que contienen la verdad sin defecto. Por el contrario, como sostiene Recasens Siches, el pensamiento aporético, problemático, argumentativo puede contar solo con conocimientos fragmentarios, y al abordar un problema, puede seleccionar un número mayor o menor de puntos de vista, que parezcan ser de algún peso o dotados de alguna fuerza de convicción... Lo que hace es ir dando vueltas al problema una y otra vez; ir iluminando las varias facetas o vertientes del problema, ir ponderando, sopesando, apreciando, estimando, los diversos componentes y las varias dimensiones que en el problema intervienen, para llegar al fin al hallazgo de una conclusión que aparezca como la

⁶ HENNIS, Wilhem: *Política y Filosofía práctica*, Buenos Aires, Sur, 1973, págs. 116-120.

más plausible, la que ofrezca mejores visos de prudencia, de adecuación, de mayor acierto en cuanto a los resultados prácticos.⁷ El tratamiento filosófico y lógico del pensamiento aporético tiene en Aristóteles a su mejor representante en la antigüedad, pues si bien continúa la metodología dialéctica de Platón, lo incluirá como una parte de sus obras de lógica. En efecto, así como divide las funciones de la razón en teórica (cuyo objeto es lo metafísico o físico-matemático) y práctica (la actividad humana), también dedica su obra lógica denominada “Organon” a la primera función, mientras que a la segunda le dedica la “Tópica”, que debe ser completada con la “Retórica”.

En la “Tópica” se propone encontrar un método para tratar aquellas cuestiones cuyas premisas son opiniones, o sea, no verdades evidentes e indubitables, sino proposiciones razonables pero que admiten un más y un menos.

b) Límites del pensamiento aporético. Pese a lo dicho, no todo el conocimiento jurídico tiene características aporéticas, no todas sus premisas son “opinables”. En muchas cuestiones y conflictos de la vida jurídica nos hallamos en presencia de principios de la ley natural, ya sea de los primeros principios o de conclusiones que se derivan de ellos. Respecto a éstos, la cuestión no pasa por lo opinable, pues esos principios tienen carácter necesario, por ejemplo, el homicidio de un inocente es siempre un crimen. Por lo tanto, el razonamiento jurídico en estos supuestos no parte de premisas aporéticas sino necesarias, lo cual no quita que luego se pongan en juego y se valoren diversas circunstancias que rodean al hecho sobre las cuales puede haber opiniones y ponderaciones diversas, por ejemplo, la existencia de alguna excusa absolvatoria, o la graduación de la pena.

⁷ RECASENS SICHES, Luis: ob. cit., págs. 336-348.

2.2. Dialéctico

Al razonamiento “tópico” también se lo denomina “dialéctico”, conforme la propia terminología utilizada por Aristóteles. Como sostiene Recasens Siches, para el Estagirita, la dialéctica nunca es filosofía o ciencia en sentido estricto, pues la dialéctica no investiga la verdad tal y como es buscada y establecida en las ciencias teóricas. Aristóteles concibe la dialéctica como una especie de argumento o de argumentaciones sobre la base de opiniones y probabilidades, en contraste con la demostración científica, la cual se fundamenta sobre principios que enuncian las causas y definen la naturaleza de las cosas de un modo unívoco... El pensamiento dialéctico arranca no de premisas indiscutibles y evidentes, sino, antes bien, de opiniones respetables; e intenta, ponderando a cada una de ellas, darse cuenta de a cuál corresponde un mayor grado de probabilidad o de prudencia; o se propone hallar una síntesis que armonice o que lleve a cabo un compromiso aceptable y conveniente entre posiciones que parecían irredimiblemente antitéticas.⁸

En muchas ocasiones, se dan interpretaciones diversas sobre el texto de una ley y en principio a veces también todas ellas son razonables; o en otras circunstancias, se presentan dudas sobre cuál es la ley aplicable. Otro tanto sucede con la interpretación de las cláusulas contractuales, o con la pregunta de si a determinados hechos debe darse un encuadre jurídico o no; o se pueden presentar dudas sobre el alcance que puede darse a determinada actitud, por ejemplo, en el llamado consentimiento “tácito” en los contratos. Se puede poner en tela de juicio la constitucionalidad de una ley, y en muchos supuestos tanto esa opinión como la contraria gozan de razonabilidad.

El proceso judicial es un ejemplo claro del carácter dialéctico de lo jurídico. Intervienen varias partes que alegan derechos

⁸ Ibídem, pág. 340.

contrapuestos, entablándose un diálogo que, si bien tiene características de contradicción y de discusión, se torna necesario para que el juez forme su opinión. A la vez, éste también “dialoga” con las partes, respondiendo a sus requerimientos mediante las providencias o resoluciones, o haciendo uso de sus facultades instructorias e inquisitorias. Por fin, la sentencia es el resultado de este intercambio, de fundamentos y pruebas en pro o en contra de los derechos aducidos.

2.3. Sintético

El análisis y la síntesis son los dos métodos clásicos por excelencia. De su propio nombre extraemos su significado: en griego, “análisis” quiere decir resolución y “síntesis” composición. El análisis procede del todo a las partes; la síntesis procede en sentido inverso: de las partes al todo.

Cuando nos enfrentamos a una realidad que es un todo compuesto y queremos investigarla, comenzamos a descomponerla, conociendo así luego las partes que la integran. Pero a veces no se nos presenta una realidad integrada, sino que nuestra tarea cognoscitiva es precisamente una integración. Cuando un crimen está rodeado de misterio, ignorándose al asesino como a sus móviles, la policía realiza una tarea sintética: comienza a efectuar averiguaciones que poco a poco van dando ciertos elementos que, si bien cada uno por separado no tendría gran valor, su coordinación y vinculación hacen que pueda posibilitarse su esclarecimiento. De esta manera se ha llegado a reconstruir “el todo” encontrando sus “partes”, un “todo” antes ignorado.

Similar camino recorre el juez. Al comienzo del litigio, “lo justo” no aparece en forma luminosa e indubitable. Cada parte esgrime sus argumentos; luego produce sus pruebas. El juez debe realizar una función sintética acogiendo y desecharndo fundamentos, valorando las pruebas, hasta formarse una convicción y hallar lo justo. También el legislador antes de dictar una ley debe reunir diversos elementos y efectuar valoraciones prudenciales

sobre la oportunidad, conveniencia y funcionalidad de la norma. Ésta es la tarea sintética.

2.4. Prudencial-deliberativo

El método que asume el jurista para determinar lo justo en cada circunstancia concreta tiene en la prudencia su elemento fundamental. Éste es el gozne o cardo en torno al cual giran todas las otras notas reseñadas; asimismo, la deliberación es una parte de la prudencia, de relevancia principal en el tema que nos ocupa. Aristóteles la calificaba como “el ojo del alma” respecto del obrar y la definía como “una disposición acompañada de razón y verdad dirigida a la acción y con referencia al bien humano”.⁹

Conforme a esta breve definición, vemos que la prudencia radica y perfecciona al intelecto práctico, o sea, por una parte perfecciona el conocimiento, pero por otra, su finalidad no es solo cognoscitiva sino práctica, pues rectifica el obrar en orden a la acción. Por ello se la ha calificado como “hábito especial” pues es intelectual y moral a la vez; no obstante ello, tradicionalmente se la ubica junto a los hábitos morales pues tiende al bien obrar humano. Siguiendo el pensamiento aristotélico, Ramírez la define como “hábito operativo de la razón práctica inmediatamente ordenado a regular y medir todas las acciones humanas a su fin no de una manera indeterminada, sino totalmente individual, concreta y circunstancialmente”.¹⁰

Por ello, la prudencia tiene por misión conocer los medios ordenados a la acción, regulando y ordenando los actos hacia su fin. Hay en ella una faz cognoscitiva y otra imperativa. En cuanto a la primera,¹¹ el prudente necesita conocer los principios univer-

⁹ ARISTÓTELES: ob. cit., libro VI, cap. 6, 1140 a.

¹⁰ RAMÍREZ, Santiago: *Introducción al tratado de la prudencia en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, BAC.

¹¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, ob. cit., II-II, 47, 6.

sales de la razón y los particulares en los cuales se da la acción. Los primeros son conocidos por medio de la sindéresis o principios naturalmente conocidos, que son los fines de las virtudes morales; por tanto, el objeto propio de la prudencia es el conocimiento de los segundos, pues aplica los principios universales a las conclusiones particulares del orden de la acción.

Pieper¹² comenta que la más característica función de la prudencia es su referencia al plano de los caminos y medios, que es el de la última y concreta realidad; la prudencia, o mejor, la razón perfeccionada por esa virtud, es la conciencia de situación a diferencia de la sindéresis o conocimiento de los principios.

Luego de esta breve síntesis sobre las nociones fundamentales respecto a la prudencia, se advierte su incardinación en el ámbito operativo jurídico, ya que ella es el único camino que conduce a la determinación de lo justo concreto y circunstanciado.

El jurista, ya sea abogado, juez o legislador, además de los fines del orden jurídico brindados por la filosofía práctica y de los conocimientos sobre el orden jurídico y su orquestación normativa, luego debe avocarse a lo existencial, al aquí y ahora, para determinar en el complejo mundo de las acciones humanas lo que le corresponde a cada uno.

Se ha dicho precedentemente que la prudencia consta de dos fases: una cognoscitiva y otra imperativa. Mediante la primera toma conocimiento de las circunstancias que especifican la cuestión a resolver, y en esta etapa, conforme lo reseñado y el carácter aporético y dialéctico de la realidad jurídica, se enfrentará con varias opiniones diversas, a veces contradictorias, deberá sopesar sus argumentos teniendo en cuenta las consecuencias que acarearán su decisión.

Para lograr eficacia en la solución del problema, el momento deliberativo es fundamental. Cabe resaltar la necesidad de la deli-

¹² PIEPER, Joseph: *Prudencia y templanza*, Madrid, Rialp, págs. 52-53.

beración en estas circunstancias, pues las más de las veces, *a priori* no aparece la solución exacta, y además, por tratarse de la praxis humana, siempre hay un “más y un menos” que valorar y sopesar. Como dice Aristóteles, “nadie delibera sobre las cosas que no pueden ser de otro modo”,¹³ por ello no es propio de la ciencia la deliberación, pues ella procede mediante la utilización de premisas con verdad necesaria para arribar a una conclusión exacta. Massini, siguiendo a Carlos Sacheri, expone que por medio de la deliberación el juez toma conocimiento de las realidades que debe ponderar, las analiza, las evalúa, indaga cuál es la verdad del caso y estudia las posibles soluciones.¹⁴ Mediante el proceso, el juez realiza constantemente una deliberación escuchando los argumentos de las partes, de los peritos, de los terceros informantes, de los testigos, del ministerio público; recién luego de sopesadas las pruebas y evaluados los argumentos, pronuncia su sentencia.

2.5. Valorativo

La vida humana tiene un sentido, una finalidad. En realidad todo lo existente lo tiene, pero ese sentido en los irracionales les está dado por el impulso vital o el instinto. El ser humano, mediante su inteligencia y voluntad, es libre y puede dirigir sus acciones conforme a los fines que se proponga. Este sentido se hace presente en todas las acciones humanas, acciones tanto privadas como sociales, y dentro de éstas, las de mayor trascendencia, por referirse al bien de otros, son las regidas por la justicia.

Esta trascendencia es destacada por Aristóteles en la “Política”, cuando, al definir lo distintivo en el hombre de los demás animales, afirma que se encuentra especificado por el sentido de lo justo y de lo injusto. También la Política para Aristóteles es

¹³ ARISTÓTELES: ob. cit., libro VI, caps. 7 y 8.

¹⁴ MASSINI CORREAS, Carlos I.: ob. cit., pág. 133.

una ciencia valorativa, pues no cualquier estructura y tipo de vida en sociedad hace a la felicidad de sus integrantes, sino aquella que permita lograr su felicidad desarrollando sus facultades, o sea, toda su naturaleza. Por eso, su concepción política es ética. Así, en *Ética a Nicómaco* afirma que su tratado es de ciencia política y que la meta de la política es la felicidad del pueblo, por tanto, “es preciso poseer ya una buena formación moral si se quiere oír hablar con provecho de lo honesto, de lo justo; en una palabra, de la Política”.¹⁵

Cuán lejos se encuentran quienes sostienen que tanto la política como el derecho son “técnicas sociales” y lo jurídico está especificado simplemente por la sanción. Los que así piensan son fruto de una concepción agnóstica, o sea, escéptica, sobre la inteligencia humana, que queda reducida a un simple instrumento para computar datos empíricos. Negada la capacidad para inteligir lo esencial, lo meta-empírico, la ética queda reducida a una opinión subjetiva, sentimental, sin ningún fundamento objetivo y, por tanto, sin posibilidad de emitir juicios objetivos de valor sobre el bien y el mal: para ello, hay tantas de estas categorías como personas opinantes.

Sin embargo, los juicios valorativos son objetivos tanto en ética como en política y derecho, pues el hombre está capacitado por naturaleza para percibir como evidentes ciertas verdades de tipo práctico que se refieren al bien de su vida, tanto personal como social. Esta captación inmediata del bien y del mal solo se limita a los primeros principios de su obrar, siendo necesario, además, un esfuerzo consiguiente para continuar conociendo y perfeccionando su capacidad humana.

Por lo tanto, la vida jurídica está impregnada de sentido, pues por su intermedio los hombres pueden realizar que su vivencia comunitaria apunte al bien humano. Para Lachance,¹⁶ el

¹⁵ ARISTÓTELES, ob. cit., libro VI.

¹⁶ LACHANCE, Louis: ob. cit., pág. 60.

derecho (entendido como orden jurídico) tiene por misión disponer y reglar la actividad en la comunidad política, de manera de producir o conservar la felicidad de la misma manera como es de su naturaleza el promoverla. Tiene como función primera la de asegurar el desarrollo normal de nuestra naturaleza, debe sobre todo mirar de proporcionar todos nuestros rumbos para la obtención de nuestro bien natural.

En especial el conocimiento del juez y su consecuencia, la sentencia, son producto de una valoración que descansa en último término en una concepción de la vida o concepción ética. Esto no significa que el ámbito de lo jurídico no tenga su propia especificidad respecto a la ética,¹⁷ pero el juez efectúa una valoración sobre la norma y en muchas circunstancias debe ejercer una función creadora. Además, está en sus manos decidir sobre la mejor norma aplicable al caso, y cuando suceda un conflicto entre ellas deberá valorar y efectuar la elección con un criterio que apunte al fin de todo el ordenamiento jurídico, o sea, los valores de justicia que deben imperar en una comunidad.

Podemos exemplificar al infinito, pero adviértase que en muchas oportunidades la norma jurídica remite a la prudencia del juez conforme a las circunstancias del caso, sin establecer reglas taxativas. Así, en caso de decidir sobre la tenencia de los hijos en un matrimonio separado, debe decidir teniendo en cuenta el mayor bien de los menores.

3. Conclusión

La conjunción de todas las características del método jurídico propuesto por el realismo clásico, y que se han sintetizado brevemente en estas líneas, representa por sobre todas las cosas una

¹⁷ GRANERIS, Giuseppe: ob. cit., cap. IV.

respuesta a las exigencias de justicia existencial que palpita en toda la sociedad. No se trata de filosofar acerca de un nebuloso empíreo para hallar a la justicia absoluta e ideal, como a veces creen los críticos del iusnaturalismo; tampoco la aplicación mecánica y silogística de las normas, como pretenden los positivistas, ya que, el derecho es, ante todo, un producto de la *prudentia iuris*, es decir, de la ciencia propia de especialistas con autoridad en el campo de la resolución de conflictos interpersonales y de allí la necesidad en la formación de los prudentes de hoy, como desde siempre lo ha asumido el derecho romano.

BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES: *Obras completas*, Madrid, Aguilar, 1973.
- BALLESTEROS, Jesús: *Sobre el sentido del derecho*, Madrid, Tec-nos, 1984.
- BLANCO, Guillermo: *Curso de Antropología Filosófica*, Buenos Aires, Educa, 2002.
- CARPINTERO, Francisco: *La ley natural, historia de un concepto controvertido*, Madrid, Ediciones Encuentro, 2008.
- CARRIÓN, Genaro: *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas (réplica a Carlos Nino)*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986.
- CASARES, Tomás: *La Justicia y el Derecho*, Buenos Aires, CCC, 1945.
- COROMINAS, Joan y PASCUAL, José A.: *Diccionario crítico etimo-lógico castellano e hispánico*, Madrid, Gredos, 1989.
- COTTA, Sergio: “La coexistencialidad ontológica como funda-
mento del derecho”, *Persona y Derecho*, nº 9, Universidad de
Navarra, Pamplona, 1982.
- DERISI, Octavio N.: *La doctrina de la inteligencia de Aristó-
teles a Santo Tomás de Aquino*, Buenos Aires, CCC,
1945.
- DONADÍO DE GANDOLFI, María C.: “Participación del dinamismo
emocional en la función de la prudencia”, *Prudentia Iuris*,
2011, Educa, Buenos Aires.

- FABRO, Cornelio: *La nozione metafisica di partecepazione secondo S. Tommaso d'Aquino*, Torino, Soc. Editrice Internazionale, 1963.
- FASSÓ, Guido: *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Madrid, Pirámide (Biblioteca Eudema), 1996.
- FERRATER MORA, José: *Diccionario Filosófico*, Buenos Aires, Sudamericana, 1965.
- FINNIS, John: *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000.
- GARCÍA HIDOBRO, Joaquín: "El acceso a la ley natural", *Persona y Derecho*, nº 37, Universidad de Navarra, Pamplona, 1977.
- GONZÁLEZ ÁLVAREZ, Ángel: *Tratado de Metafísica (Ontología)*, Madrid, Gredos, 1967.
- GRANERIS, Giuseppe: *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1973.
- GRENET, Paul B.: *¿Qué es el conocimiento?*, Buenos Aires, Columba, 1967.
- HENNIS, Wilhem: *Política y Filosofía práctica*, Buenos Aires, Sur, 1973.
- HERRERA, Daniel A.: *La noción de Derecho en Villey y Kalinowski*, Buenos Aires, Educa, 2000.
- HERVADA, Javier: *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1980.
- JUAN DE SANTO TOMÁS: *Lógica*, art. 1º II q. 36.
- KALINOWSKI, George: *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982.
- : *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1979.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1960.
- : *¿Qué es la Justicia?*, Buenos Aires, Leviatán, 1981.
- LACHANCE, Louis: *El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, s. e., 1953.

- LAMAS, Félix: *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991.
- MARTÍNEZ DORAL: José M., *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1963.
- MASSINI, Carlos I.: “La concepción analógica del derecho según Georges Kalinowski”, *Prudentia Iuris*, nº 16, 1985.
- : *Querella sobre la ciencia del derecho*, Buenos Aires, La Ley, año XLVII, nº 254.
- : *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1978.
- MEINVIELLE, Julio: “La subalternación de la Ética a la Psicología”, *Sapientia*, nº 2, Buenos Aires.
- MILLÁN PUELLES, Antonio: *Fundamentos de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1966.
- : *La libre afirmación de nuestro ser*, Madrid, Rialp, 1994.
- MONTEJANO, Bernardino: *Curso de Derecho Natural*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994.
- OLGIATI, Francesco: *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1977.
- PIEPER, Joseph: *Las virtudes fundamentales*, Madrid, Rialp, 1980.
- PUEYRREDÓN, Ernesto: “El Derecho (aproximación a su esencia)”, *Prudentia Iuris*, nº II, Buenos Aires, 1980.
- QUINTANA, Eduardo M.: “La percepción de los valores morales”, *Prudentia Iuris*, nº 72, noviembre de 2011, número especial de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, Educa, Buenos Aires.
- RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato: *La Filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona, Eunsa, 1990.
- RAMÍREZ, Santiago: *Introducción al tratado de la prudencia en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, BAC, 1959.
- RECASENS SICHES, Luis: *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*, México, FCE, 1971.
- ROSSI, Abelardo: *Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía*, Mendoza, Universidad de Cuyo, 1949.

- SANTO TOMÁS DE AQUINO: *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1959.
- SANZ, Carlos: “Apostillas en torno al tema de la responsabilidad”, *Prudentia Iuris*, nº XI, Buenos Aires, 1983.
- SOAJE RAMOS, Guido: “Elaboración del problema del valor”, *Ethos*, nº 1, Buenos Aires, 1973.
- : “Ética y Antropología filosófica”, *Ethos*, nº 16/18, Buenos Aires, 1990.
- SPAEMANN, Robert: “Sobre el concepto de dignidad humana”, en MASSINI, Carlos y SERNA, Pedro (eds.): *El derecho a la vida*, Pamplona, Eunsa, 1998.
- TALE, Camilo: “El concepto de derecho (*ius*) en Santo Tomás de Aquino”, *El Derecho*, nº 9803, 29 de julio de 1999, Buenos Aires.
- : “Los primeros principios del conocimiento práctico según John Finnis” y “La epistemología del derecho natural en John Finnis, especialmente la relación epistémica entre la filosofía práctica y la antropología”, en TALE, Camilo (dir.): *Persona, Sociedad y Derecho*, Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política, Córdoba, Ediciones del Copista, 1998.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio: *Historia del Derecho y del Estado*, Madrid, Revista de Occidente, 1975.
- VERNEAUX, Roger: *Epistemología general o crítica del conocimiento*, Barcelona, Herder, 1970.
- : *Filosofía del hombre*, Barcelona, Herder, 1970.
- VIGO, Rodolfo: *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1991.
- VILLEY, Michel: *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona, Eunsa, 1979.
- : *Consideraciones en pro del derecho natural clásico*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1966.
- : *El derecho: perspectiva griega, judía y cristiana*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.
- : *Los fundadores de la Escuela del Derecho Natural Moderno*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

—: *Método, fuentes y lenguaje jurídico*, Buenos Aires, Ghersi, 1978.

ZUBIRI, Xavier: *Naturaleza, Historia, Dios*, Madrid, Editorial Nacional, 1974.

ÍNDICE

Introducción aclaratoria.....	7
CAPÍTULO I	
El concepto de derecho en el iusnaturalismo	9
1. Etimología del término derecho.....	9
2. La analogía y el término derecho.....	13
3. Concepción iusnaturalista clásica del derecho como lo justo	17
4. Interpretaciones iusnaturalistas contemporáneas sobre el concepto de derecho	20
5. Características	33
6. Analogados menores o derivados del derecho.....	36
CAPÍTULO II	
La justicia: moralidad y juridicidad	41
1. Teorías negatorias de la juridicidad de la justicia	41
2. Teorías justificatorias de la juridicidad de la justicia.....	46
CAPÍTULO III	
El derecho a la vida primordialmente protegido	51
1. Encuadre epistemológico	51
2. El derecho a la vida como derecho subjetivo	52

3. El derecho a la vida como conducta justa.....	55
4. ¿Qué es la vida? Una respuesta antropológica	57
5. ¿Qué es, entonces, el derecho a la vida?.....	60
CAPÍTULO IV	
Derecho y moral: ¿separación o subalternación?	65
1. Actitudes frente al problema.....	65
2. La doctrina de la subalternación	68
3. Subalternación del derecho a la antropología y a la ética...	72
4. Conclusiones	78
CAPÍTULO V	
Derecho y moral en Michel Villey	81
1. Las principales tesis de su obra	81
2. Interpretación histórica de la relación entre moral y derecho	88
3. El derecho fuera de la moral	91
4. Reflexiones críticas y complementarias	93
5. Conclusiones.....	104
CAPÍTULO VI	
Fundamentos del derecho. La naturaleza social del hombre.	
La ley natural	107
1. Introducción	107
2. El concepto de naturaleza: origen (eficiencia) y finalidad.	108
3. Nociones introductorias al concepto de “ley natural”	116
4. Conclusiones	130
CAPÍTULO VII	
El conocimiento jurídico	135
Primera parte: El conocimiento: generalidades.....	135
1. Introducción	135
2. Doctrinas sobre el conocimiento	138

3. División de las ciencias por su finalidad (realismo clásico)	149
4. Objeto de conocimiento: división	151
Segunda parte: El conocimiento jurídico	152
1. Introducción	152
2. Los grados del conocimiento jurídico.....	153
3. Integración y conexión de los tres grados del conocimiento jurídico	168
CAPÍTULO VIII	
Hermenéutica jurídico	171
La hermenéutica moderna (siglos XVIII-XX)	171
1. Racionalismo	172
2. Cientificismo	174
3. Normativismo legalista	175
4. Interpretación exegética	176
5. Conclusiones	176
La hermenéutica en el iusnaturalismo clásico	177
1. Introducción	177
2. Características	181
3. Conclusión	191
Bibliografía	193

El presente libro tiene una finalidad didáctica: acercar al lector a los grandes temas que constituyen la filosofía del derecho, sin la pretensión de agotarlos. En primer lugar, se aborda el concepto de derecho desde el iusnaturalismo, asumiendo la doctrina de la analogía y desarrollando los presupuestos básicos de esa noción en los autores clásicos y luego su interpretación en destacados juristas contemporáneos. Respecto de la justicia, se ofrece la distinción entre su abordaje moral, por una parte, y como cualidad del acto jurídico, por otra. Los dos trabajos relativos a la relación entre moral y derecho han sido publicados con anterioridad por la editorial El Derecho, el primero de ellos desde la perspectiva de la subalternación entre las ciencias y el segundo referido al análisis –no exento de matices polémicos– del prestigioso iusfilósofo francés Michel Villey. Posteriormente, se aborda el tema del fundamento del derecho visualizado desde su causalidad, haciendo hincapié en la naturaleza social del hombre y en la ley natural, respecto de la cual, además de las definiciones clásicas, también se ofrecen perspectivas actuales. Finalmente, se desarrolla el tema del conocimiento jurídico, con una introducción referida al conocimiento en general y a las grandes doctrinas que marcaron rumbos tanto en la edad clásica como moderna, lo cual, a su vez, es una divisoria de aguas. Culmina la entrega con el método jurídico en el iusnaturalismo, en el cual se hace referencia también a otros autores afines a esta doctrina.



ISBN 978-987-620-237-4

9 789876 202374