



PRUDENTIA IURIS

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia
Universidad Católica Argentina Santa María de los Buenos Aires*

AGOSTO 1985

AUTORIDADES DE LA FACULTAD:

Decano:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

C O N S E J O D I R E C T I V O :

Por los Departamentos y Cursos de Doctorado:

Mons. JUAN DAN

Suplentes:

Dr. FEDERICO MIHURA SEEBER y Dr. JUSTO LÓPEZ

Por los profesores titulares:

Dr. BERNARDINO MONTEJANO, Dr. ALFREDO BATTAGLIA
y Dr. ALFONSO SANTIAGO

Suplentes:

Dr. FRANCISCO M. BOSCH, Dr. JUAN CARLOS CASSAGNE
y Dr. JOSÉ MARÍA MEDRANO

Por los profesores pro titulares y adjuntos:

Dr. ROBERTO PUNTE

Suplente:

Dr. ERNESTO POLOTTO

Secretario Académico:

Dr. EDUARDO MARTÍN QUINTANA

AUTORIDADES DE LA REVISTA:

Director:

Dr. ALFREDO DI PIETRO

Subdirector:

Dr. BERNARDINO MONTEJANO

Consejo de Dirección:

Dr. CARLOS M. BIDEGAIN, Dr. LUIS C. CABRAL
y Dr. LINIERS DE ESTRADA

Secretario de Redacción:

Dr. JOSÉ LUIS RINALDI

Junta Asesora:

R. P. DOMINGO BASSO. O. P., Dr. JAIME LUIS ANAYA
Dr. JUAN BARGALLO CIRIO, Dr. JUAN ALFREDO CASAUBÓN
Dr. WERNER GOLDSCHMIDT, Dr. JUSTO LÓPEZ, Dr. JORGE A. MAZZINGHI
y Dr. LUIS M. DE PABLO PARDO

MEDIOS DE COMUNICACIÓN, LIBERTAD Y ORDENAMIENTO JURÍDICO

El presente número de nuestra revista aparece en momentos cada vez más sombríos para la salud moral de la Argentina. Asistimos a una ola de impudicia y desenfreno bajo el disfraz de autenticidad y liberación. Día a día se envenena, se engaña, se pervierte a un pueblo dócil e ingenuo, cuyos hombres desvitalizados se transforman poco a poco en robots.

Este plan de aborregamiento colectivo, si bien es cierto que provoca resistencias en minorías despiertas y arraigadas, cuya formación interior las habilita para discernir, juzgar y actuar con libertad, hace estragos entre una niñez y una juventud que inicia su vida alimentada con ponzoña; ponzoña inoculada por individuos que no respetan su inocencia ni su candor.

En este ámbito la responsabilidad de los medios de comunicación social en su conjunto, es tremenda. Y la del Estado, también.

Preocupados por el presente y el futuro argentino y ante la gravedad de la situación actual, estimamos que ella debe modificarse en forma drástica, corrigiendo sus groseras injusticias mediante un adecuado régimen que regule este campo de las conductas humanas.

En primer lugar, es preciso aplicar lealmente el principio de subsidiariedad. Su consecuencia es sencilla: el Estado debe transferir a manos privadas sus medios de comunicación para que a través de ellos la sociedad se exprese con libertad y responsabilidad. Este principio, bien entendido, admite razonables excepciones a la privatización: un diario (el Boletín Oficial), una radio (Radio Nacional), un canal de televisión, una editorial (Ediciones Culturales Argentinas)... deberán quedar a cargo del Estado para prestar servicios informativos y promover obras culturales.

En segundo lugar, entra en juego el principio del bien común como principio supremo del orden social, primero en la importancia: el Estado debe establecer mediante normas claras y eficaces un contexto dentro del cual todos los medios de comunicación puedan desenvolverse con libertad dentro de las exigencias del orden moral objetivo, que se manifiesta a través de la ley natural y de la ley divina positiva. Esos límites deben surgir de disposiciones generales para evitar los abusos de la discrecionalidad administrativa individual, por una parte y del autocontrol, por otra.

Las exigencias del orden moral consagran el derecho a la verdad, como primer derecho fundamental de este orden, derecho al cual debe subordinarse para ser lícita, la libertad de los medios de comunicación. Por ese motivo, como expresa Juan XXIII en el importante texto que elegimos para este número,

no es lícito a la prensa —bajo el pretexto de que ésta debe ser libre— atentar diaria y sistemáticamente contra la salud religiosa y moral de la humanidad.

Esto es extensivo a todos los demás medios.

El principio del bien común obliga a la autoridad pública a tratar de orientar a los hombres para que sean mejores; para ello debe establecer un clima favorable al bien, a la honestidad, a la virtud. Mienten los sofistas que hoy propugnan la neutralidad, la indiferencia, la abstención del Estado en este campo para afirmar que ese es un espacio reservado a la sociedad, pues saben que atento el poder del primero, la imparcialidad es aquí imposible; si el clima no es positivo será negativo, y el mal, la deshonestidad y el vicio, serán favorecidos.

Es verdad que el Estado no puede imponer la santidad o el heroísmo por decreto; también es cierto que el Estado debe tolerar males pues si pretendiera eliminarlos a todos eliminaría muchos bienes. Pero asimismo es innegable que la autoridad pública, gestora principal del bien común, es responsable de establecer las condiciones sociales en las cuales la santidad y el heroísmo puedan florecer y también es verdad que esa tolerancia debe efectuarse con dolor por el mal que se permite teniendo en cuenta la imperfección de las cosas humanas, la mezcla que existe entre ellas y la relativa esperanza que hay que poner en las realizaciones temporales, ya que el bien absoluto no es de este mundo.

Si el Estado no cumple con su deber, habrá que inducirlo a ello, con peticiones, demandas, quejas, boicot...

Pero también existe el deber de desenmascarar el juego de ciertos periodistas muy de moda: detrás de su adular al hombre "moderno y progresista" de este tiempo, existe una manipulación que esclaviza y degrada al mismo sujeto adulado. Ya lo señaló Pío XII:

el hombre moderno adopta gustoso posturas independientes y desenvueltas. Estas no son, la mayoría de las veces, sino una fachada, detrás de la cual se esconden pobres seres, vacíos, inconsistentes, sin fuerza de espíritu para desenmascarar la mentira, sin fuerza en el alma para resistir la violencia de los que con habilidad saben poner en movimiento todos los resortes de la técnica moderna, todo el arte refinado de la persuasión para despojarlos de su libertad de pensamiento y hacerlos semejantes a las frágiles "cañas agitadas por los vientos" (Mt. 11,7) (Discurso del 7/2/1950).

Finalmente, respecto de los medios de comunicación que pervierten y degradan, debemos poner en práctica con firmeza, los criterios que Juan XXIII recomienda en el texto ya citado para tratar a la prensa que "degenera":

no comprar, no acreditar, no favorecer y ni siquiera nombrar a la prensa perversa. No temer valerse de todos los medios para hacer entrar a este sector dentro de la disciplina humana y civil, que es anterior a la cristiana. A esta obra de defensa y de firmeza están llamados principalmente los católicos y todos cuantos tengan una recta conciencia y una sincera voluntad de ser útiles a la sociedad porque sobre todo en este campo se debe sentir la gravedad del pecado de omisión.

B. M.

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL DERECHO SUBJETIVO*

SUMARIO: I. PRINCIPALES ACEPCIONES JURÍDICAS DE "DERECHO". — II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACEPCIONES: LA TESIS DEL "D" COMO CONCEPTO UNÍVOCO. — III. BREVE OBSERVACIÓN CRÍTICA SOBRE LA TESIS DE LA UNIVOCIDAD. — IV. PRINCIPAL ACEPCIÓN. — V. CONSECUENCIA DE LA PLURALIDAD DE ACEPCIONES. — VI. OBJETO DEL DS: 1. Orden de este trabajo. 2. El término "objeto". 3. Objeto del DS. 4. Importancia del objeto: la especificación — VII. DS Y USO DEL DS: 1. DS y ejercicio. 2. DS y capacidad. 3. DS y uso de la cosa que es su objeto. 4. DS y "goce". — VIII. OTRAS DISTINCIONES: 1. DS y "haz de DDSS". 2. DS, uso y DDSS "derivados" — IX. DISTINTOS CASOS DE DS. — X. EN TORNO A LA NOCIÓN DE "PODER JURÍDICO" — XI. IMPLICACIONES: PROBLEMAS DE CLASIFICACIÓN, EXISTENCIA, CONCEPTO Y NATURALEZA ENTITATIVA. — XII. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LOS DDSS: 1. Enunciación. 2. Conclusiones. — XIII. LA POSICIÓN DE D. COMPOSTA. — XIV. EN TORNO A LAS NOCIONES DE "POTENCIA" Y DE "RELACIÓN": 1. Consideraciones. 2. Conclusión. XV. LAS POSICIONES QUE NEGARÍAN EL DS: 1. Duguit. 2. Kelsen. 3. Villey. 4. Lachance. 5. Marx. — XVI. OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE TALES DOCTRINAS: 1. Relación entre "si es" y "qué es". 2. Bases gnoseológicas y metafísicas. 3. Presupuestos filosófico-políticos en Duguit. 4. Idem en Villey. 5. La experiencia jurídica. 6. Planteo filosófico. 7. Doctrina del DS y resultados prácticos. 8. Sobre Kelsen. 9. Sobre Villey. 10. "Derecho", "jurídico" y DS. 11. Sobre Lachance. 12. Sobre Santo Tomás y el DS. 13. Sobre Marx. 14. Admisión del DS bajo otros nombres.

I. PRINCIPALES ACEPCIONES JURÍDICAS DE "DERECHO"

Parece hoy pacíficamente admitida la pluralidad de acepciones de la palabra "derecho", cualquiera sea la relación que se establezca entre dichas acepciones, o entre los objetos por ellas denominados. Es habitual entre los juristas admitir y distinguir en nuestros días entre el así llamado "derecho objetivo" = la norma jurídica, o el conjunto de normas jurídicas o el ordenamiento normativo jurídico por una parte; y por otra el "derecho subjetivo" = el poder jurídico (o la facultad, la potestad, la prerrogativa, etc.); (mas adelante se verá por qué todas estas palabras no serían en rigor sinónimas). La segunda acepción es la usada para decir, por ejemplo, "tengo derecho al respeto de mi vida" o "tengo derecho a que se me pague tal indemnización" o a demandar, o a salir a caminar, etc.¹

Es mucho menos usada una tercera acepción: derecho como *conducta jurídica*. Esta acepción, que tiene ilustre prosapia (Aristóteles y Tomás de Aquino),

* El presente trabajo forma parte de uno más amplio ("Abuso del derecho y derecho subjetivo") realizado dentro de las actividades del Instituto de Filosofía Práctica de Buenos Aires, como investigador del Conicet. Lo que damos a conocer en dos entregas de *Prudentia Iuris* es un esbozo de doctrina iusfilosófica del DS. Queda para otra publicación el análisis de la doctrina de los juristas sobre el llamado "abuso de derecho" y su crítica a la luz de la que tenemos por recta doctrina sobre el derecho subjetivo (EL DERECHO, 9/5/1986).

¹ Dado que para nosotros la principal acepción de "derecho" es la que refiere a la conducta jurídica (CJ) y una nota de ésta es la objetividad, es por lo menos motivo de confusión la aceptación de la expresión DO referida al ordenamiento jurídico normativo.

es de algún modo admitida entre nosotros por Cossio cuando define al derecho como "conducta en interferencia intersubjetiva".²

Pensamos que es fácilmente admisible la existencia de una diferenciación marcada o fuerte entre las "cosas" designadas por las tres acepciones que hemos señalado: "d" como *conducta jurídica* es precisamente una acción, una operación o una obra, vgr., el acto de pagar una deuda (conducta jurídica debida, CJD), o el realizar algo no prohibido, sea salir a caminar, o remitir una deuda³; "d" como *derecho subjetivo* es el poder jurídico, por ejemplo, de realizar algunas de las conductas antes señaladas: no es la conducta, es el poder-de o poder-para conductas, aunque no todo DS está en la misma situación⁴; "d" como *norma jurídica* es "algo" que está, ante todo, en el normador, aunque se signifique por elementos materiales como la escritura. Podemos hablar de un "dictamen" de la razón.⁵

II. PRIMERA APROXIMACIÓN A LA RELACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACEPCIONES: LA TESIS DEL "D" COMO CONCEPTO UNÍVOCO

Para clarificar mejor nuestra posición perfilaremos someramente la de un jusfilósofo que, aunque con cierta originalidad, expresa una concepción bastante habitual del problema. *Widar Cesarini Sforza* considera a "derecho subjetivo" (DS) y "derecho objetivo" (DO) como dos significados de derecho, que reproducen en el campo de la juridicidad la existencia de los dos "momentos" de "cualquier actividad espiritual". "DO" sería algo externo al pensamiento que la piensa, "DS" indica una realidad interna. Los compara con el momento creativo de la obra de arte y la obra realizada. Se plantea luego el problema de la "deducción", especie de tránsito dialéctico entre ambos, del DO respecto del DS o viceversa. Y llega a sostener —manteniendo el parale-

² CARLOS COSSIO, *El Derecho en el Derecho Judicial*, 3ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1967, pp. 81-85; *La Teoría Ecológica del Derecho y el concepto jurídico de la libertad*, 2ª ed., Abeledo-Perrot, 1964, pp. 284-308; *Teoría de la Verdad Jurídica*, Buenos Aires, Losada, 1954, pp. 78 y 83; *La Teoría Ecológica del Derecho. Su problema y sus problemas*, 2ª ed., Buenos Aires, Arayú, 1954, pp. 22-26. Para la crítica de la posición de Cossio véase CASAUBÓN, "Estudio crítico sobre Lógica del Ser y Lógica del deber ser en la Teoría Ecológica", en *Ethos*, revista del Instituto de Filosofía Práctica, nº 2-3, Buenos Aires, 1974-75, p. 11 y nuestro trabajo *La Justicia en la "Teoría Ecológica del Derecho"*, Buenos Aires, 1980, nº 125, p. 86.

³ Hay matices diferenciales entre "no prohibido", "permitido", "tolerado".

⁴ *Infra IX in fine YX*, desarrollaremos la tesis de que no todo DS es poder jurídico (PJ).

⁵ *Quaedam rationis ordinatio* (Tomás de Aquino, I-II, 90, 4, c). Tenemos, entonces, sin perjuicio de otros objetos: *acto* (o conducta de un sujeto humano; para ser jurídica se requiera cierta exterioridad de ella); *poder-para-conductas* (como tal, no tiene tal exterioridad): *dictamen de la razón* del normador o normadores (vgr., el legislador o los contratantes). Para entender lo que sea la norma ("norma" es más amplio que "ley") es útil la comparación con las realidades del mundo físico, captables por los sentidos. En las operaciones externas tenemos la operación y su efecto: el edificar y el edificio; de la misma manera en los actos de la razón: el calcular y el cálculo, el acto de entender y lo entendido. En la razón práctica el acto normativo y la norma, que es como el fruto de ese acto. Seguimos a *Tomás de Aquino*, I-II, 90, 1 ad 2, para quien "estas proposiciones universales de la razón práctica en orden a la operación tienen razón de ley".

lismo del campo artístico antes señalado— que las reglas de comportamiento social representan la *objetivación* (= proyección en una realidad objetiva e impersonal) de las acciones y voliciones, individuales y subjetivas.⁶

Aparte su peculiar posición filosófica de fondo, este autor expresaría en definitiva que la relación “DO”-DS es la que habría entre dos partes de un todo unívoco.⁷ En seguida volveremos sobre él, para formular algunas precisiones.

Acudiendo por un instante a los juristas, recordemos que el civilista francés Josserand, por ejemplo,⁸ sigue a Picard, quien encuentra en la *juridicidad* la palabra adecuada para señalar el todo (el derecho *total*), con el fin de distinguirlo de la *parte* (el derecho “aislado”). En el párrafo 1 de *El Derecho Puro*, este último busca distinguir el “derecho total” del “derecho aislado”. Parece, hasta allí, que la relación entre “D” y “d” sería la de *todo y parte*. Recuerda en seguida que a ambos aspectos se referirían los ingleses diciendo *law* para lo primero y *right* para lo segundo. Pero rechaza el término *law* para la nomenclatura que él busca, porque advierte, con razón, que esta palabra tiene ya un sentido mucho más restrictivo de *ley*. Entonces —y he aquí un momento decisivo de su discurso—

puesto que se dice hombre, humanismo y humanidad, ¿por qué no decir derecho, jurismo, *juridicidad*?

Según esto la relación pareciera ser la que hay entre abstracto y concreto (humanidad-hombre). Pero en seguida vuelve a modular: el D (con mayúsculas) aparecería como el todo (usa la metáfora del paisaje) frente a sus elementos componentes (árboles, llanuras, colinas). Echamos de menos un mayor rigor en la dilucidación de este punto. (Edición española, pp. 59-61).

Su definición “ontológica” abstracta de un *derecho* (se ve que refiere al DS) es:

una relación de goce de un sujeto, sobre un objeto, protegida por la coacción social (p. 67).

La coacción sería el elemento característico del Derecho (con mayúscula). Es que el Derecho es para Picard una “fuerza social” (p. 24). Su esencia característica o *criterium* anatómico (sic) sería la “protección coactiva” (libro I, párr. 17). Sin embargo, para caracterizar la coacción se ve obligado a usar el término “derecho”: la define como garantía *del derecho* (“garantía ofrecida por el Estado de que cualquier derecho será respetado”, libro III, párr. 48).

⁶ WIDAR CESARINI SFORZA, voz “Diritto soggettivo”, en *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, t. XII, 1964, pp. 659 y ss: (Se advierte cierto “idealismo”, “historicismo” y “voluntarismo” en la doctrina de este autor).

⁷ Vimos confirmada esta sospecha en su *Guida allo studio della Filosofia del Diritto*, 2ª ed., Roma, Ed. Italiane, 1946, p. 131: “Poiché i diritti soggettivi non rappresentano che la soggettivazione o, como può anche dirsi, la individualizzazione di quello oggettivo, essi hanno la sua medesima essenza, vale a dire sono atti (virtuali o reali) di volontà”. (Bastardilla nuestra, H. H.).

⁸ LOUIS JOSSERAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité*, 2eme. ed. Dalloz, 1939, (trad. esp. Sánchez-Cajica, Puebla, México, 1946, París). Consultamos también la edición original francesa.

El derecho, pues, decimos nosotros, existe antes que la garantía. Esta no es, entonces, esencial a él.⁹

En la misma línea, en definitiva, aunque no con la misma terminología, se movía Luis Legaz y Lacambra en la 2ª edición de su *Filosofía del Derecho*: el DS (*facultas agendi*) deriva del “DO” (“norma agendi”), pero “no es cosa distinta del DO” y esto

no porque lo subjetivo haya de absorberse en lo objetivo, sino porque son la misma realidad.¹⁰

En la página 246 señalaba que se trata de un término “equivoco”, aunque luego hablaba de “análogo”, buscando un “concepto unitario” de derecho. En rigor, si DO y DS “son la misma cosa”, habría que hablar en términos de univocidad. En la quinta edición¹¹ Legaz corrigió: en página 253 dice que “d” “no expresa un concepto unívoco”, y en página 254 señala “en términos escolásticos” que “expresa un concepto analógico”. Busca (página citada)

una estructura subyacente a las distintas significaciones de la que pueda predicarse la condición de *jurídica* (bastardilla nuestra),

lo que nos hace caer de nuevo en la univocidad. Cabe preguntarse, entonces, si busca la definición de “jurídico” o de “d”. En página 260 responde que el Derecho es “vida humana”, y comienza un laborioso trabajo que termina en la definición: el Derecho es

una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia, que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico (p. 289).

Luego define al DS como

aquella situación del sujeto de derecho en la cual y por virtud de la cual una conducta del mismo significa una participación en el proceso creador del Derecho, porque la imposición de deberes jurídicos de otro sujeto, y la creación de situaciones jurídicas nuevas en beneficio propio o de tercero, se halla a su disposición (p. 731).

Han sido necesarias, entonces, dos definiciones de “d” como parece exigir la analogía, y no una, como parece exigido por la univocidad. La expresión “no es cosa distinta del DO” se halla también en la 5ª edición, pero referida no al DS sino al “acto facultativo”. Se habría subsanado la identidad injustificada entre DS y DO, pero identificando mal “acto” y DO.

Para Del Vecchio DO y DS se reducen en el fondo a un solo concepto; ambos “momentos” “se unen en la realidad y constituyen una sola cosa”.¹²

⁹ PICARD, *El Derecho Puro*, Madrid, Libr. Gutenberg, 1911.

¹⁰ LUIS LEGAZ Y LACAMBRA, *Filosofía del Derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1961, p. 723.

¹¹ LEGAZ, misma editorial, 1979.

¹² *Filosofía del derecho*, 9ª ed. española revisada por Legaz, Barcelona, Bosch, 1974, pp. 339 y 396.

Para Recaséns Siches, el DS es sólo una cualidad que la norma atribuye a las situaciones de unas personas: no se trata de una cualidad real, sino de mera proyección del precepto jurídico.¹³

Sería sustancialmente la misma posición la de quienes sostengan que la diferencia entre la norma jurídica (NJ) y el DS sería entre lo abstracto y lo concreto: *ambas realizarían exactamente una misma esencia*, pero una sería considerada en abstracto, la otra sería la norma considerada en concreto.

III. BREVE OBSERVACIÓN CRÍTICA SOBRE LA TESIS DE LA UNIVOCIDAD

Sin embargo, aun si seguimos a Cesarini Sforza en el paralelismo entre el campo jurídico (norma jurídica - DS) y el campo artístico (actividad artística - obra de arte hecha, "objetivada"), nos parece que debemos arribar a una solución muy distinta. El razonamiento que haremos en seguida, nos parece, no desvirtúa la doctrina de este autor, toda vez que él sostiene, como hemos recordado, no una cierta analogía entre el campo jurídico y el artístico, sino el cumplimiento en ellos de una legalidad que rige en "cualquier actividad espiritual" (Ver *supra* cap. II al principio).

Ante todo, la actividad del artista registra una fuerte diferencia con la propia obra de arte, salvo casos de identidad como sucede, por ejemplo, en el bailarín: su obra es su actividad. No es así en el caso del escultor: el esculpir se distingue de lo esculpido; en un caso está el actuar humano, en otro está, por hipótesis, un trozo de mármol. Esa diferencia nos indica que no se puede hablar de univocidad en los términos que designan ambas realidades.

Volvamos a nuestro punto preciso de interés: la experiencia y los ejemplos que mencionamos en "I" nos revelan que el DS no es una norma, ni es parte de una norma. Constituiría lo que llamaremos un "normativismo desorbitado" reducirlo a la norma jurídica. No son "la misma realidad", contra Legaz (primeras ediciones) y el univocismo.

¿Diremos, entonces, que el DS nada tiene que ver con la norma o con el ordenamiento normativo? (¿equivocidad?).¹⁴

El *artista*, cuando *realiza su obra*, se guía por ciertas "*reglas*", las reglas del arte, por modo tal que no sólo hay una relación de causación entre *el artis-*

¹³ *Estudios de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., t. I, México, Unión Tipográfica Hispano Americana, 1946, publicado con la *Filosofía del Derecho*, de DEL VECCHIO, p. 337.

¹⁴ Para la noción de términos y conceptos "unívocos", "análogos" y "equivocos", consúltese cualquier diccionario o manual de filosofía, vgr., ANTONIO MILLÁN PUELLES, *Fundamentos de filosofía*, 5ª ed., Madrid, Rialp, 1967, p. 492 y ss. Cfr. TOMÁS DE AQUINO, *In Metaph.*, lect. 1, nº 535.

ta y su obra, que se ha llamado *eficiente*, sino también entre esas reglas y la actividad y en definitiva la obra: causalidad *ejemplar*.¹⁵

Cuando el agente realiza la conducta jurídica debida, que es en cierto sentido "su obra", se guía por las normas jurídicas (en el sentido más amplio). Cuando el hombre tiene un DS no lo tiene con prescindencia de las normas jurídicas (naturales o positivas).

DS y ordenamiento normativo son realidades de distinta especie: no hay univocidad; pero mantienen una relación de causación que impide hablar de equívocidad. Por eso se ha hablado de la *analogía* del término "derecho".

IV. PRINCIPAL ACEPCIÓN

No podemos extendernos aquí en la distinción que se impone entre "jurídico" y "derecho", y que viene muy a cuento a propósito de las doctrinas de Picard y tal vez de Cesarini Sforza. Nos remitimos para ello a la elaboración de Soaje.¹⁶

Preocupados por el tema del DS, señalamos, sin embargo, que no es esta la principal acepción de "d". A nuestro criterio la principal es la del derecho como *conducta jurídica debida*. Por estas razones:

1. Dicha acepción tiene a su favor la etimología.¹⁷
2. Darle primacía a esta acepción, además, parece estar más de acuerdo con la doctrina de la *primacía del bien común* sobre lo que volveremos *infra*: pues se acentúa, precisamente, el debido actuar hacia el fin, por contraposición a la acentuación, por ejemplo, del poder del sujeto.¹⁸
3. Esto se evidencia como más acorde con una actitud realista, en cuanto privilegia el objeto, la *cosa* justa. Y no la norma, que es "algo de la razón"; o el sujeto o su poder. Para Tomás de Aquino el derecho es ante todo la misma *cosa* justa.¹⁹ Esta expresión, un tanto insólita a

¹⁵ Para la noción de *causa ejemplar*, cfr. TOMÁS DE AQUINO, *De Veritate*, q. 3 a. 1: "Forma alicuius ad quam aliquid formatur, et haec est forma exemplaris ad cuius imitationem aliquid constituitur, et in hac significatione consuetum est nomen ideae accipi ut idem sit idea quod forma quam aliquid imitatur". Cfr. LUIS LACHANCE, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, trad. Cuevillas, Buenos Aires, 1953, p. 167 y ss. (en adelante se citara *El concepto*). La norma, sin embargo, no es sólo causa ejemplar de la conducta jurídica; cfr. LACHANCE, ob. y loc. cit. y SOAJE RAMOS, *El concepto de derecho, la norma jurídica*, Buenos Aires, Infip, 1977; JOSEPH GRANERIS, *Philosophia iuris*, t. I, Torino, Soc. Ed. Internaz., 1943, p. 90 y ss.

¹⁶ SOAJE RAMOS, *El concepto de derecho, la parte: examen de algunos términos pertinentes*, cuadernos didácticos, Buenos Aires, Infip, 1976 (en adelante *Examen de algunos términos*): "jurídico" (adjetivo) es más amplio que "derecho" (sustantivo).

¹⁷ GRANERIS, ob. cit. en n° 15, pp. 30-42; SOAJE RAMOS, *Examen de algunos términos*, Buenos Aires, Infip, 1976; URDÁNOZ, *Introducción al tratado de la justicia de la Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1956, t. VIII, pp. 180-183.

¹⁸ *Infra*, en el segundo trabajo citado en la nota inicial, haremos una contraposición entre egoísmo-solidarismo. La acentuación del DS como principal acepción parece más afín con la primera actitud.

¹⁹ *Ipsam rem iustam* (II-II, 57, 1, c).

- nuestros oídos, no significa una cosa material. Tampoco, nos parece, el patrimonio de un sujeto o la parte que le toca en una distribución (puede ser debida no sólo por acto “justo-distributivo”), como parece entenderlo Villey. Sino ante todo la conducta justa objetivamente considerada.²⁰ A su vez, dentro de la CJ, entendemos que lo que corresponde a la principal acepción sería la CJ *debida*.
4. Así como la *salud*, que es la formalidad indicada por el término “sano” (ejemplo caro a los clásicos de término y concepto “análogo”), se da propia y formalmente en el *viviente* sano, así también la *juridicidad*, indicada con el término *jurídico*, parece darse principalmente en la *conducta jurídica*. Como la vida jurídica se da ante todo en las conductas jurídicas, el “d” se da en la vida humana, y la vida se da ante todo en las conductas humanas. Es común decir *ubi societas ibi ius, ubi homo ibi ius*. Pero la *societas* es realizada por los *socius*, los “secuaces”, los que siguen a alguien en pos de un fin común. Se trata de algo eminentemente *práctico*. Además, lo que más patentemente *se opone* al derecho es el delito. Pero el delito *es conducta* (antijurídica). Parece, entonces, que lo que “más” es “d”, si se permite la expresión, es la conducta jurídica.²¹
 5. La doctrina de la principalía de esta acepción tiene, por lo demás, una luminosa tradición.²²
 6. En suma, esta posición concuerda con la noción del derecho como “algo práctico”.²³

V. CONSECUENCIA DE LA PLURALIDAD DE ACEPCIONES

La distinción de acepciones de “d” debiera tener como consecuencia, en un cuidadoso tratamiento del problema, ante todo, distinguir en lo posible a qué acepción uno se está refiriendo, cosa que no es habitual ni en los juristas ni en los iusfilósofos. Por lo demás, la pluralidad de acepciones impide una definición que las abarque a todas ellas.²⁴

²⁰ Cfr. SOAJE, *El concepto de derecho, 2ª parte: La conducta jurídica*, Buenos Aires, Infip, 1976 (en adelante CJ); GRANERIS, *Contribuiti tomistici alla filosofia del diritto*, Torino, SEI, 1949, pp. 30-31.

²¹ Seguimos a SOAJE, *Examen de algunos términos* y, en la derivación “sociedad-socio-secuaz”, *El grupo social*, UCA, Facultad de Filosofía, 1969. Recordemos cómo, por ejemplo, para Legaz el Derecho es “vida humana” o “uso”, (ob. cit. nº 10) y esta expresión traduce de algún modo una cierta convicción común. Entre nosotros recordemos que la escuela egológica ha reivindicado, y fuertemente, la noción de derecho como conducta. (Ver *supra* nº 2).

²² En el libro V de la *Ética Nicomaquea* de ARISTÓTELES lo que sería el derecho está etimológica y conceptualmente ligado a la justicia (*diké, dikaiosyne, to dikaion* = lo justo).

²³ Es el centro de la argumentación de este punto en MASSINI, *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, p. 17 y ss.

²⁴ En general la posición de Picard sobre la “juridicidad” (ver *supra* cap. II) parece expresar el pensar común de los juristas y aun de los muchos iusfilósofos al respecto: se habla de “derecho” “como de un concepto común a la norma (DO) y al DS; no suele distinguirse la acepción a la que se están refiriendo; y no se distingue entre “jurídico” y “derecho”.

VI. OBJETO DEL DS

1. Orden de este trabajo

A lo largo de nuestras meditaciones hemos ido rechazando cierta concatenación de los temas que parecía presentarse *prima facie* como obvia: así, por ejemplo, tratar primero de la cuestión *an sit* y luego de la *quid sit*, o hacer primero una fenomenología y luego un estudio filosófico, como para dar primero una noción y luego una clasificación. El tema nos ha ido como imponiendo el orden que ahora seguimos y que no nos parecía antes el más lógico. Habiendo delimitado las acepciones de “d”, concentramos nuestra atención principalmente en el DS. Mas, ¿todo lo que habitualmente se llama DS es englobable en una misma categoría? Parece que no se puede intentar responderlo sin aproximarnos ante todo al tema del objeto del DS. Pues la distinción de las categorías de DS se basará precisamente en su objeto.

2. El término “objeto”

La palabra latina *objectus*, en una de sus acepciones, indica “lo que se presenta a la vista”. Y el verbo *objicio* indica “echar, colocar delante”. *Jaceo* significa “esta situado”.²⁵ Señala *De Vries* que etimológicamente significa “lo arrojado delante”: “evoca esencialmente relación con alguien frente al cual el objeto se encuentra”. No es filosóficamente, añade, mero sinónimo de “cosa”; en su acepción amplia:

es todo aquello a lo cual se dirige el acto consciente de un sujeto, o todo aquello a que una facultad, una duradera actitud anímica o hábito e incluso una ciencia puede dirigirse, o sea, el fin del acto (de la facultad, etc.), en cuanto tal.²⁶

3. Objeto del DS

En este punto seguimos fundamentalmente a Soaje en su exposición del tema, con la aclaración de que aludimos al objeto de “aquello que comúnmente se entiende por DS”, en forma amplia y usamos “objeto” igualmente, en un sentido amplísimo.²⁷

3.1. *Conductas de otro u otros*

Siempre que hablamos de DS encontramos conductas de otras personas, en cuanto el DS se nos presenta en relación a alguien: no parece que exista un DS mío con respecto a mí mismo, ni con respecto (solamente) a las cosas.

²⁵ Ver las voces respectivas en LUIS MACCHI en *Diccionario de la lengua latina*, 3ª ed., Buenos Aires, Soc. Ed. Internacional, 1948.

²⁶ *De Vries*, voz “objeto” en *Diccionario de Filosofía*, dirigido por Brugger, trad. Vélez Cantarell, Barcelona, Herder, 1962, p. 342. (Usa acepción amplia de “objeto”, que engloba al fin).

²⁷ GUIDO SOAJE RAMOS, *El concepto de derecho, 2a parte: Examen de cada una de las acepciones principales de la palabra “derecho”. El título. El poder jurídico*, Buenos Aires, Instituto de Filosofía Práctica, cuadernos didácticos, n° 4, 1979. (En adelante *El título*). *Infra* se precisa mejor el alcance de la “expresión amplia DS”.

Aquí hacemos aplicación análoga de la nota de *alteridad* propia de la conducta justa, nota que como es sabido afirmara *Aristóteles* frente a *Platón*.²⁸ Cualquiera sea la posición que se tome frente a la cuestión suscitada entre los juristas sobre los “derechos reales”,²⁹ lo cierto es que aún en estos DD existe, se la llame así o de otra manera, una “obligación pasiva universal” de respeto frente al titular.

Las conductas de los otros pueden ser conductas positivas o activas (vgr., el pago de una suma de dinero) o de mera omisión (abstenerse de alguna conducta). Y esas conductas de los otros serán *jurídicamente debidas*. Si no hay otro jurídicamente obligado, no decimos “tengo derecho”.

3.2. Conductas del titular

El DS a accionar judicialmente, por ejemplo, tiene en parte como objeto una acción del propio titular. Pero *no siempre* se dan en el objeto del DS conductas de éste, como lo evidencia el caso del DS al respeto a la vida, en cuyo objeto están conductas del otro u otros pero no del titular del DS.³⁰

Cabe plantear si no puede haber, también, conductas jurídicas *debidas* del titular. Volvamos al ejemplo que dimos al comienzo de este apartado: el DS de accionar judicialmente. Dicho DS puede ser de ejercicio facultativo: si quiero demandar demando, pero no estoy obligado. Tengo DS de demandar, lo que se manifiesta ante todo por el hecho de que nadie me lo debe impedir, y en segundo lugar porque a mi acto de demandar corresponderá la debida “respuesta” judicial.

Pero el DS de demandar puede ser *de ejercicio obligatorio*: por ejemplo si soy abogado del Estado y se me ordena demandar en su nombre.

No se ve que haya una distinción de especie entre ambos casos: demanda optativa-demanda obligatoria, como para dejar “fuera” del DS al último caso. Así las cosas, resulta errónea la postura de los autores que limitan el DS a aquel que sólo versa sobre conductas *optativas* del titular. Así, por ejemplo, el ilustre civilista argentino doctor Jorge Llambías hacía de la *opción* una característica esencial del DS. Por eso para él no serían estrictamente DDSS los personalísimos; aunque admitía DDSS de ejercicio obligatorio (los llama “derechos-deberes”), por ejemplo, la patria potestad, daba como esencial a esta

²⁸ *Ética Nicomaquea*, libro V, cap. I.

—En este desarrollo queremos ser metodológicamente consecuentes con las tesis de la *principalía* de “d” referido a CJ y de la *analogía* del concepto de “D”.

²⁹ Sobre si se trata de DD frente a todas las personas (*erga omnes*) o sobre las cosas.

³⁰ Nuestro desarrollo se hace conforme al criterio de que el DS se especifica por aquello sobre lo que *inmediatamente* versa, o sea, no por su objeto en sentido amplio, sino restrictivamente tomado. Distinguimos, entonces, el DS de que se respete mi propiedad (a) del DS de acción para la protección judicial de aquél (b). Hemos expuesto en “Acerca del DS (reflexiones con motivo de un caso judicial)” y en “Valor de la vida y doctrina del DS, aparecidos en revista *La ley*, 1982-C-956 y 1-IX-83, p. 3, respectivamente. Distinguen también los DDSS en la forma indicada, por ejemplo, Dabín, según surge de su obra *El derecho subjetivo*, trad. Osset, Madrid, Rev. Der. Priv., 1955, p. 125: “La protección sigue al D; pero engendra un D nuevo, formalmente distinto del D protegido, que es el D de acción; y Eduardo García Maynez, *Filosofía del Derecho*, 3ª ed., México, Porrúa, 1980, p. 372: crítica a Kelsen por no distinguir el DS “de acción” del DS “substancial”.

última el elemento de "opción": vgr., el DS del padre de educar al hijo radica en "optar por tal colegio, tal corrección, tal consejo". Coincidentemente definía al DS como "facultad".³¹ Para Castán Tobeñas, en una posición análoga, es esencial al DS *en sentido estricto* (técnico-civilístico) que "la posibilidad de su ejercicio y defensa" "quede al arbitrio" del titular.³²

De la misma manera, no se ve por qué sacar de la especie DS los DDSS de los grupos sociales o del Estado o de otros sujetos de Derecho Internacional; ni exigir para la configuración del DS el "disponer para su propia utilidad", como hace Cathrein³³ o que se trate del D de hacer lo que nos agrada, como hace Rosmini:

facultad de obrar aquello que nos agrada, protegida por la ley moral, que me infunde el respeto a otros.³⁴

3.3. *Cosas materiales*

Puede existir una cosa material en el objeto del DS. No siempre, como se evidencia en el DS de aquel que contrató, por ejemplo, le dieran lecciones de idioma.

3.4. *Un cierto valor jurídico*

En el objeto del DS encontramos también un bien o valor jurídico, haya o no cosa. El DS debe tener siempre de alguna manera una cierta bondad o valiosidad en el objeto. Encontramos, sin embargo, también, en el DS a ejercer la conducta jurídica represiva, un mal: la pena es, para el delincuente o el infractor, un mal; aunque siempre revista una cierta condición de bien para la comunidad.³⁵

3.5. *Exigibilidad de cumplimiento de la conducta jurídica debida*

Es constitutivo del DS el *poder jurídico de exigir* al obligado u obligados el cumplimiento de sus conductas obligatorias. En el objeto en sentido amplísimo, además, podemos a veces, aunque no siempre, tener la *coacción* para obtener dicho cumplimiento.

En general los autores parecen hacer de la coacción un constitutivo esencial del DS; nosotros, transportando de nuevo análogamente lo que decimos de

³¹ LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil-Parte General*, Buenos Aires, Perrot, 1973, pp. 177/78.

³² CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, p. 30.

³³ CATHREIN, *Filosofía del derecho*, 6ª ed., trad. Jardon y Barja, Madrid, Reus, 1950, p. 82.

³⁴ ROSMINI, *Filosofía del derecho*, I, p. 130.

³⁵ Cfr. SOAJE, *El título*, cit. en nº 27, p. 3. La pena es un mal para el delincuente; la aplicación de ese mal encierra un bien para la comunidad política. Dabin sostiene que "todo DS supone un bien o valor ligado al sujeto-persona por un lazo de pertenencia" (*El DS*, cit. en nº 30, p. 100).

la conducta justa, que sólo es “relativamente coercible”, diremos que no se exige que haya efectiva coacción para que haya DS.³⁶

Si tengo DS a circular por las calles de mi ciudad, y alguien intempestivamente y en forma arbitraria, me ata y me lo impide, allí no ha habido efectiva coacción, sobre dicho sujeto, que me permitiera ejercitar mi DS de circular. Recuérdese que la coacción es tomada por nosotros como *un hecho*. Si no es así, estamos en la exigibilidad “de derecho” (por eso hemos hablado, no sin ciertas dudas, en el comienzo de este párr. 3-5, de “poder jurídico de exigir”). No ha habido influencia real que impidiera “conculcar” mi derecho. Pero, ¿hemos de decir por eso que mi DS ha dejado de existir? Si no se quiere destruir la misma noción de “d” y su irreductibilidad a la mera *fuerza*, nos parece que habrá que responder que la coacción, así entendidas las cosas, no es constitutivo esencial del DS.

Manuel Río menciona enfáticamente en su definición que el DS (“esa facultad”) “implica necesariamente la coactividad”, pero no se detiene a explicar el punto.³⁷ No nos parece, sin embargo, que este autor admita el absurdo a que lleva la teoría de la coactividad como requisito esencial (identificación en definitiva del derecho con el hecho o con la fuerza, como hemos señalado). Quizá, por la alusión que hace una página antes a Occam, al mencionar la nota de la coactividad esté señalando lo que exige Dabin: éste entendería que en todo DS habría la *acción*, o sea, “el medio o mecanismo de protección del DS”, consagrado por el ordenamiento jurídico positivo.³⁸ Esto nos lleva a distinguir: a) la exigibilidad del DS; b) la coacción, influencia (“es un hecho”) tendiente a respetar el DS, c) que la norma prevea la coacción; obviamente, la sola previsión normativa no constituye coacción: es sabido que muchas normas no se cumplen y a veces se prevé que no se cumplirán; ch) la acción, o derecho de acudir a las vías judiciales para hacer respetar el DS”.

³⁶ También para Castán Tobeñas el DS en sentido “general” y “clásico” es la facultad “reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico” (ob. cit., nº 32, p. 30). En su contexto parece referirse al ordenamiento jurídico positivo. Para Recaséns Siches “allí donde no cabe la posibilidad de una reclamación que lleve aparejada la imposición al aparato coercitivo no existe positivamente DS como pretensión” (*Estudios de Filosofía del Derecho*, 3ª ed., t. I, México, Unión Tipogr. Edit. Hispano Americana, 1946, p. 342). Es conocida la posición de Ihering al respecto, sobre la que volveremos *infra*. Nos parece correcta la posición de García Martínez al respecto (*Filosofía del Derecho*, cit. nº 30, pp. 74-76).

³⁷ MANUEL RÍO, *La esencia del derecho, la justicia, la ley*, Biblioteca Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, 1970, p. 48. El texto reproducido de Río es la última parte de la definición y constituye el último renglón que el autor destina al DS. Es curioso que a pesar de considerarlo un elemento esencial (“implica necesariamente”), nada haya dicho antes en la explicación previa, de la cual la definición se plantea sólo como “consecuencia (de lo dicho)”.

³⁸ DABIN, *El DS*, cit. nº 30, pp. 121-125. Para este autor, sin protección jurídica puede haber “DS moral” pero no “DS jurídico”; recuérdese que en su pensamiento el “derecho natural” es moral y no jurídico. El verdadero DS sería para OCAM en *Opus nonaginta dierum*, cit. por Villey, aquel en que habría poder de recurrir a la sanción establecida por la autoridad pública: *potestas vindicandi et defendendi in humano iudicio*, el *ius fori* y no el *ius poli* (*La formation de la pensée juridique moderne*, París, Montchretien, 1968, p. 250).

De todos modos, y dejando de lado los problemas que suscita el tema de la acción,³⁹ en la posición de Dabin habría que admitir que no puede hablarse de DS cuando el ordenamiento jurídico positivo no lo reconoce, o aun cuando no reconoce las "vías procesales" para defenderlo. Así, deberíamos pensar que en la URSS yo no tendría verdadero derecho de adorar a Dios públicamente, por ejemplo, por el hecho de que los gobernantes "no me dejan" o porque no hay acción para proteger tal DS, o aun porque la conducta religiosa pública está prohibida. Todo lo cual es, de nuevo, una manera de *reducción del derecho al hecho*.

Cabría pensar, por otra parte, en una comunidad política recién constituida en que aún no se haya organizado el "poder judicial": no podría decirse que allí no haya ningún DS. La Filosofía del Derecho debe tematizar el derecho en forma universal. La posición que no compartimos, por lo demás, resulta incompatible con una doctrina iusnaturalista, entendiéndose por ésta aquí la que admite la existencia de algunos derechos subjetivos aun cuando la norma positiva no los reconozca o establezca.⁴⁰

Con lo dicho, ¿qué queda entonces de la "coactividad" como nota del DP? Hay, decimos, *exigibilidad* de la CJD respecto del titular. Hay necesidad de que se respete el orden jurídico normativo. Y hay este otro "hecho": la facilidad que tienen los hombres para no respetarlo. Por tanto, no es conveniente dejar a la espontaneidad de cada uno el realizar o no las CCJJDD. De ahí la necesidad de la coacción legítima. Pues, si la coacción es un hecho, puede ser legítima o ilegítima. Lo que quiere decir que el derecho (como NJ o DS) está *antes* que la coacción, y que ésta no puede ser entonces constitutiva o definitoria del mismo. La coactividad, pues, no es constitutiva del DS. La posibilidad de coacción legítima es en principio deseable.

La prueba de la tesis que seguimos parece imponerse a sus mismos adversarios: así Dabin, que introduce la coacción o la acción (?) en la definición del DS ("prerrogativa garantizada con las vías de derecho"), al explicar este elemento de la definición señala:

La protección *sigue al derecho* (bastardilla nuestra; p. 125).

Y al criticar a Ihering dirá que

el interés es *prejurídico*, la protección es postjurídica (supone el derecho) (p. 88).

4. Importancia del objeto: la especificación

Nosotros distinguimos un DS de otro por el objeto sobre el cual versan. Así como el poder-de-levantar-pesas se especifica por el levantar pesas, o el

³⁹ Uno de los más interesantes es el del concepto mismo de "acción": el litigante que no tiene razón, ¿tiene en realidad DS de litigar? O, la acción, en rigor, ¿sólo corresponde al que tiene razón? Cfr. PIERO CALAMANDREI, *Instituciones de derecho procesal civil*, trad. Sentís, M., Buenos Aires, 1943, p. 172: doctrina de la acción en sentido "abstracto" y "concreto".

⁴⁰ SOAJE, *El título*, cit. n° 27, p. 20.

poder de ver, precisamente por el ver, o el DS al respecto a la vida por el respeto a la vida, o el DS de demandar desalojo por el demandar desalojo.

En las cosas relacionadas a otro su ser no designa sólo algo interior sino también algo adyacente externo,

señala Tomás de Aquino. El DS, que dice relación a algo distinto de sí mismo, se especifica o determina por su objeto. Así como se especifican por su objeto los actos o los hábitos.⁴¹

Y la especificación individual y concreta de cada DS se hace por su objeto máximamente determinado con todas sus circunstancias, esto es: habida cuenta de las personas, el tiempo, el lugar, etc. Tengo DS a percibir alimentos contra tal o cual persona, en tal o cual situación, en equis tiempo, en tal medida, etc.

El DS de petionar a los tribunales la autorización para donar un riñón para salvar la vida de otro, por ejemplo, se especifica y se denomina por dicho objeto: petionar autorización para donar; o, en su caso, directamente donar.⁴²

Esto tendrá su importancia también para la clasificación de los DDSS.

5. Distinción entre objeto y DS.

Con todo lo expuesto, ha de mantenerse firme sin embargo que el DS *no coincide* con su objeto. El PJ es algo que *está en nosotros* pero no es, por ejemplo, la *cosa* sobre la cual versa. Ni es el *goce* o *uso* de la cosa. Es *nuestro* o *suyo*, pero no es “lo suyo” de la definición tradicional de la justicia. Puede ser “mío” pero no es “lo mío”.⁴³

VII. DS Y USO DEL DS

1. DS y ejercicio

Se hace necesario, antes de seguir adelante, establecer algunas distinciones básicas que la experiencia nos impone. Sea el caso de mi *DS a vender un inmueble de mi propiedad*. Tengo por hipótesis DS de venderlo. Pero puedo venderlo o no venderlo. Sea la primera distinción, entonces, la que corre entre el DS y su *ejercicio*.

Si ejercito el DS de vender, realizo *una conducta*, un acto (jurídico). Pero antes, *tengo el DS, aun sin haber realizado la conducta*. Esto viene a reafirmar la distinción que hemos llamado “fuerte” entre la *conducta jurídica* (en este caso,

⁴¹ TOMÁS DE AQUINO, I, q. 7, 2 ad 1 (“In his autem quae ad aliquid dicuntur, denominatur aliquid non solum ab eo quod inest, sed etiam ab eo quod extrinsecus adiacet”). Escribimos “dice relación” sin que esto implique que *sea* relación. (Ver *infra*, caps. XIII y XIV). Como se sabe, es doctrina común en el tomismo la de la especificación de actos y hábitos por el objeto. Pero adviértase que el DS *no es acto, ni es hábito*.

⁴² Nos ocupamos de un caso judicial concreto en los trabajos citados en n. 30. El primero de esos trabajos fue criticado por Bidart Campos en *La Ley*, 3-XI-82. Replicamos en el segundo, cit. en n. 30.

⁴³ Un ejemplo de discrepancia con lo expuesto en el texto lo tenemos en Dabín, *El DS*, p. 100.

en principio, jurídicamente facultativa) y *el DS*: éste *no consiste* en una conducta. Pero, en el caso que tomamos como ejemplo, se ejercita mediante una conducta.^{43 bis}

Esa conducta, en el caso señalado, integra inmediatamente el objeto del DS.

2. DS y capacidad

Pero también el infante tiene DDSS; y entre ellos el DS de *vender*. Mas no puede ejercerlo por sí mismo: lo podrá hacer por medio de sus representantes, pues no tiene *capacidad*.⁴⁴ De aquí la necesidad de la distinción entre DS y capacidad.

3. DS y uso de la cosa que es su objeto

Asimismo, el infante que es propietario (o el loco que lo es) puede usar de la cosa sobre la cual se ejerce aquel DS de propiedad: servirse de ella. Para distinguir este caso del anterior, reservamos para aquél la palabra *ejercicio* del DS, y en este caso hablamos de *uso de la cosa* que es objeto del D. Quizá podría hablarse de “ejercicio jurídico”-“ejercicio de hecho”.⁴⁵

4. DS y “goce”.

Pensamos que no resulta adecuado utilizar la palabra *gozar* del derecho, para designar el “hecho de tener el derecho, de ser titular” (Dabin). Porque tener un DS puede no significar algo efectivamente grato, a lo que induciría la palabra “gozar”. No cuadra en efecto decir que el padre de familia que a las 3 de la mañana debe interrumpir su sueño para atender a un hijo enfermo, o el gobernante que es competente para la declaración de una justa guerra, “gozan” respectivamente de los DDSS de la patria potestad ni de la autoridad política. La insistencia en la expresión “goce” puede denotar, por lo demás, una acentuación de tipo “hedonista”.⁴⁶

Debe tenerse presente, por lo menos, la existencia de los DDSS que se dan no (o no principalmente) en interés del titular, sino de otro. Los autores han hablado de “DD altruistas” o de “D-función”. Nosotros —repetimos— tratándose de “algo” en que se dan los mismos elementos que en los DDSS mal

^{43 bis} La distinción entre la titularidad del DS y el ejercicio de éste aparece clara en el art. 264 del CC, aun con su reforma reciente (ley 23.264), que refiere a la patria potestad.

⁴⁴ Los padres son los que pueden enajenar, por caso, los bienes inmuebles de los hijos menores, pero previa autorización judicial (art. 297, cód. civil argentino). Los juristas distinguen la capacidad “*de derecho*” = “aptitud para *ser titular* de determinada relación jurídica” (LIAMBIÁS y otros, *Cód. Civ. Anot.*, com. arts. 52 y 53, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978), de la capacidad *de hecho* = “aptitud *para ejercer por sí mismo* los DD. que se tienen” (Ibídem). En el primer caso no hay DS respecto de aquello a que la capacidad “*de derecho*” refiere. Como se comprenderá, en el texto aludimos a la capacidad que los juristas llaman “*de hecho*”.

⁴⁵ Dabin resume en la palabra “uso” la “utilización del derecho”, tanto “por actos materiales” como “por actos jurídicos”, sean de “comisión” o de “acción”. (*El DS*, p. 295).

⁴⁶ Uno de los dos elementos del DS según Ihering será la “utilidad”, “bien”, “valor”, “goce” o “interés”: Con todo, debe tenerse en cuenta que este autor toma un sentido amplísimo de “goce”. Nos referiremos a él en el trabajo que continúa el presente.

llamados por los autores “DD egoístas”, creemos que son verdaderos DDSS y que no hay entonces razones para excluirlos de esa categoría.⁴⁷

Resumiendo lo expuesto en este párrafo, tenemos que debe distinguirse:

- a) el DS: vgr. DS de vender, DS de hacer remisión de una deuda;
- b) su ejercicio “jurídico”, como la “puesta en obra” del DS: vgr., vender, remitir la deuda;
- c) la capacidad de ejercer por sí mismo dichos actos de ejercicio del DS: vgr. el representante en nombre del incapaz vende su cosa;
- ch) los actos materiales de uso de lo que es objeto del DS, como el usar el titular de una cosa de su propiedad, aunque sea un incapaz;
- d) el ser el que goza, o el beneficiario del DS, vgr. el hijo es el principal beneficiario de ciertos DDSS del padre.

Siguiendo a Dabin podemos englobar bajo el término “uso” las nociones indicadas en b, ch y d.⁴⁸

VIII. OTRAS DISTINCIONES

1. DS y “haz de DDSS”

En atención a la especificación del DS según su objeto máximamente determinado (ver *supra* VI. 4), corresponde distinguir entre el DS y lo que es un “haz de DDSS”, o conjunto de DDSS. Así, cuando decimos “el DS de propiedad” o “la patria potestad”, en realidad estamos indicando un conjunto de DDSS (y también, claro está, de deberes).

2. DS, uso y DDSS “derivados”

Pongamos por caso el DS *al respeto a la vida*. Se afirma comúnmente: “Tengo DS al respeto de mi vida”. Dicho DS ya “está todo allí”, con la sola exigencia de una actitud de respeto por los demás.

Pero *también* tengo el DS de legítima defensa, que consiste en el *poder* de repeler una agresión a mi vida. A este “segundo derecho” lo podemos llamar de alguna manera “derivado” del primero.

⁴⁷ La distinción entre “derecho-función” o “altruistas” y “egoístas” en Josserand, ob. cit., p. 21; DABIN, *El DS*, p. 276 y *passim*: tras un laborioso análisis reafirma la tesis de que los derechos - función son DDSS (ibidem, pp. 286-294), por darse los elementos centrales de su definición: “pertenencia-dominio”. En contra de su posición cita a Michoud, Capitant y Hauriou: es lógico -enseña- en quienes definen el DS por el interés (p. 286 y n. 241).

⁴⁸ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, *Filosofía del Derecho*, cita n. 30, p. 382 y ss. Las distinciones efectuadas ayudarán a admitir la noción de DS, despojada de las connotaciones egoístas o hedonistas de la concepción liberal, la que ha suscitado reacciones contra la admisión de la misma existencia de aquél. En especial, debe tenerse presente en el caso de los DDSS de propiedad, que la recta posición connota, moral y jurídicamente, “responsabilidad” y “administración” antes que “goce”. Volveremos sobre el tema.

Pongamos otro caso: el del *DS de crédito*: soy titular de un DS de crédito, vgr. soy acreedor a que se me pague una suma "x" de dinero la semana que viene. O a que se me pague hoy. Tengo la condición o el título de acreedor. Lo tengo *ya*. Ese DS (que refiere —"máxima concreción"— a algo en que hay una mera situación pasiva mía), incluye también *otro* DS "*derivado*": el de perseguir el cobro, el de intimar el pago, el de demandar judicialmente el pago, el negarme a pagar a mi vez otra deuda que yo tenga con mi deudor invocando la "compensación", etc.

En la primera situación, meramente pasiva, "tengo" el DS. No se puede decir que lo ejercito ni que lo uso. Si exijo el pago ejercitaría el derecho "nuevo", "derivado".

Pero piénsese en esta otra situación: yo me puedo beneficiar (y "usar", tal ver "gozar") de mi DS de crédito de otra manera: exhibo el documento que prueba mi crédito para a mi vez obtener un préstamo. Aquí no pareciera que se puede hablar estrictamente de "ejercitar" el DS de crédito, pero sí de "usar" o de "gozar" de aquél. Lo mismo en este otro caso: cuando yo cedo ese DS de crédito. Esto ya no es el mero "tener el DS", pero tampoco sería el caso típico de "ejercitarlo".

Lo expresado puede ilustrar un poco mejor lo expuesto en VI y VII y nos va a servir *infra* para dilucidar esta cuestión: *si todo lo que es llamado DS es englobable bajo una sola categoría*.

Una primera *pista* para la respuesta la tenemos en el propio lenguaje: hay casos en que decimos: "tengo D *de* x" (= de hacer yo algo); y otros en que decimos: "tengo D *a* x" (= a que otros hagan algo con respecto a mí). Vgr., derecho *de* petionar; derecho *a* ser respetado.

IX. DISTINTOS CASOS DE DS

Para intentar una respuesta a la cuestión citada será conveniente continuar con un análisis de distintos casos de DS.

a) Hemos hablado del *DS de crédito* restrictivamente tomado: el acreedor "tiene" el DS. El objeto principal de su DS será una actividad positiva de su deudor.

Es similar la situación del DS al *respeto a la vida*. Aunque no es totalmente idéntica, pues versa *en principio* sobre actitudes *de omisión* por parte de los demás.

No parece que pueda decir que viviendo "ejercito" mi DS al respeto a la vida. Tal vez se pueda decir, en algunos casos al menos, que se "goza" del objeto de ese DS, como no se puede decir en el caso del mero D de crédito. O que el objeto se usa.

Adviértanse las dos fórmulas: "D a la vida" y "D al respeto a la vida": con la segunda formulación indicamos que el objeto de ese DS es que los demás

respeten mi vida. Con la primera formulación estaríamos quizá suprimiendo o al menos dejando en la sombra, la condición de alteridad del DS.⁴⁹

Hasta aquí hemos señalado DDSS que no son susceptibles, en rigor de un *ejercicio* activo por parte del titular.

b) Pero hay otros derechos, en que podemos hablar claramente de un ejercicio activo: vgr., el DS de hacer remisión de la deuda, ya antes mencionado: tengo el DS, pero puedo ejercitarlo o no.

O el derecho de perseguir el cobro (“nuevo” o “segundo” DS respecto del mero DS de ser acreedor).

c) Siguiendo a Dabin, y a falta de otra terminología, podemos llamar a los DDSS indicados en “a” DDSS *estáticos* y a los mencionados en “b” *dinámicos*. El citado autor los caracteriza como aquellos “que no exigen *ningún uso*, ninguna toma de posición, activa o pasiva, por parte del titular, que recoge todas las ventajas de su derecho por el solo hecho de la existencia del mismo”.⁵⁰ Nosotros preferimos decir que los llamados DDSS estáticos son aquellos en que no es dable distinguir entre el DS y su ejercicio, a diferencia de los otros en que sí se puede hacer esa distinción.

Llama la atención que esta distinción no figure en las tres clasificaciones del capítulo IV de la obra del docto Dabin.

La apuntada distinción adquiere importancia por lo que se va a decir a continuación.

ch) Reparemos en un DS estático, vgr., el D al respeto a la vida. Y más concretamente en ese DS en el caso de un feto. El feto es el hombre *menos poderoso* del mundo. No hay duda de que tiene DS, o que hay allí un DS o un título jurídico y, en los demás, claro está, la obligación de respeto. Pero parece que no puede hablarse aquí de un verdadero *poder* jurídico. Ahora bien, la situación del feto es, en cuanto DS que tiene como objeto inmediato la actitud omisiva por parte de los demás hombres,⁵¹ semejante a la de mi DS a la vida. Tampoco en el caso del adulto resulta adecuado hablar aquí de *poder* jurídico.

⁴⁹ El “D a la vida”, se tiene frente a otro hombre (alteridad del DS). Cfr. nuestros trabajos citados en n. 30.

⁵⁰ DABIN, *El DS*, cit. n. 30, p. 339.

⁵¹ El DS “a la vida” incluiría, además, en ciertos casos, actitudes *positivas* por parte de los “deudores”, el incumplimiento de las cuales en ciertos casos configura el delito de “abandono de persona”. Debe señalarse no obstante que el *Código Penal Argentino* lo legisla en el título I (“delito contra las *personas*”), con aquel título (“abandono de p.”, cap. VI) separado de los delitos contra la vida (cap. I); cfr. arts. 106/108, cód. penal.

Parece que en los DDSS “estáticos” no es adecuado hablar de PJ; no así en los DDSS “dinámicos”.

Lo que hace necesario detenernos brevemente en la noción de *poder* y poder jurídico.

X. EN TORNO A LA NOCIÓN DE “PODER JURÍDICO”

a) “*Poder*” es *verbo* transitivo que significa “tener expeditas la facultad o potencia de hacer una cosa”. Como *sustantivo* masculino, significa “dominio, imperio, facultad y jurisdicción que uno tiene para mandar o ejecutar una cosa”; también “fuerza, vigor, capacidad, posibilidad, poderío”. A su vez, “poderío” sustantivo masculino, es “facultad de hacer o impedir una cosa”; “dominio, señorío, imperio”; “vigor, facultad o fuerza grande”. Su origen está en el latín *potere*, formado según *potes*, puedes, de *posse*, poder. A su vez, *potencia* es “virtud para ejecutar una cosa o producir un efecto; se suele distinguir por los adjetivos que los explican: potencia auditiva, visiva”. “Fuerza” es sustantivo femenino, del latín *fortia*: “vigor, robustez y capacidad para mover una cosa que tenga peso o haga resistencia: como para levantar una piedra, tirar una barra, etc.”.⁵²

En latín *possum* es verbo irregular que significa “poder, hallarse en estado de tener facultad o potestad”; “tener poder, ascendente, influencia, autoridad”. A su vez *potestas*, sustantivo femenino, indica “potestad, imperio, poderío, dominación”; “principio”; “facultad, libertad de hacer”; “derecho”; “permiso, ocasión, libertad”. Y *potens*, adjetivo: “potente, que tiene poder y autoridad”, “poderoso, rico, prepotente”. *Potentia*: “potencia, poder, poderío”; “autoridad, crédito”; “fuerza, violencia, vehemencia”.

Fortitudo, sustantivo femenino, indica “fuerza de cuerpo”; “solidez (de un tejido)”; “fortaleza, constancia, grandeza de ánimo”. Y el adjetivo *fortis*: “fuerte, que tiene resistencia”; “robusto, de gran fuerza”; “animoso, varonil”.⁵³

b) Supongamos una persona adulta que tenga las fuerzas físicas como para estrangular a otra; y otra persona, sea un niño muy pequeño, sea un adulto con excesiva debilidad, que no la tenga. En la primera hay *algo real* que no se da en la segunda.

Pensemos en este u otro caso de quien tiene fuerzas físicas para matar a otro, pero distingamos dos situaciones: si mata a otro en el caso de justa guerra o en ejercicio de la legítima defensa o por el contrario (mata) en forma totalmente arbitraria: se puede decir que en ambos casos hay una cierta *identidad* y una cierta *diferencia*: digamos que “materialmente” o “físicamente” los dos casos son iguales; pero hay la *diferencia* que corre entre el delito y el acto lícito o, con otras palabras, entre el delito y el ejercicio de un DS.

⁵² Diccionario Enciclopédico Espasa, 8ª ed., Madrid, Espasa-Calpe, S. A., 1978, voces respectivas.

⁵³ Diccionario Macchi, cit. en n. 25, voces respectivas.

c) Nos parece que queda evidenciada, *en estos casos, cierta sinonimia* entre DS y “poder” o “alguna fuerza”. El DS implica, en efecto, en los casos que hemos señalado, una cierta fuerza, un cierto poder, o principio, o virtud, vigor, facultad, fuerza; o, como dice Lachance, el DS consistiría en un “principio que permite obrar”.⁵⁴

ch) El DS, en los casos señalados, aparece con una cierta “fuerza”, “aptitud” o “facultad”, pero *cualificada* de una manera muy singular.

Y esa “cualificación le viene del *orden normativo jurídico*.”

En efecto, no podríamos hablar de “poder jurídico” sin referencia a las *normas jurídicas*. A esto lo admitirá con facilidad cualquier jurista, aun positivista, que no niegue el DS.⁵⁵ El “hombre de la calle”, por lo demás, tiene la experiencia de que sus DDSS están ligados a normas jurídicas, que le “permiten”, le “autorizan”, etc.

Al hablar de “normas jurídicas” lo hacemos en sentido amplísimo, abarcando las normas naturales y las positivas; y no sólo la ley: también la costumbre, la sentencia, el decreto, etc.

La referencia del poder jurídico a la norma jurídica nos indica que es una relación de cierta *dependencia*, o sea, de causación entre aquél (el DS) y la norma jurídica.⁵⁶

d) Poder y “fuerza”

Hemos visto que hay una gran *diferencia* entre el *mero* poder físico o psicológico y el poder jurídico. La hemos ejemplificado con la presentación de casos en donde se da coincidencia en cuanto hay ejercicio del poder físico: vgr., matar a otro en justa guerra o matar a otro arbitrariamente, pero no se da similitud en cuanto no hay en ambos casos poderes jurídicos: matar en justa guerra es ejercicio de un poder jurídico; el otro caso constituye un asesinato, o sea, un acto ilícito.

⁵⁴ LACHANCE, *El concepto*, cit. en n. 15, p. 313: “De una manera general, el poder nos habla de una perfección ontológica. Esto exige que quien es sujeto del mismo, esté, en acto, abonado por un principio que le permita obrar. El ser potente es el que dispone de excelentes principios de acción, y el ser impotente es aquel cuyas fuerzas no tienen vigor. En segundo término, la idea de poder se refiere a la acción, al *ejercicio de la actividad*. Es únicamente con relación al obrar como puede concebirse la potencia; se la atribuye o niega, a un sujeto, según que éste sea o no capaz de emitir actos con relación a un objeto. Un poder es, pues, un principio que permite obrar”. Ver también, del mismo autor, *El derecho y los derechos del hombre*, trad. Pérez Luño, Madrid, Rialp, 1979, pp. 182-185. Taparelli definía al DS como “poder irrefragable según razón”. (*Saggio teoretico di diritto naturale appoggiato sul fatto*, Roma, La Civiltà Cattolica, 1949, par. 350; *Corso di diritto naturale*, 6ª ed., Napoli, Bousteaux, E. Auh, 1860, par. 68; *Esame critico degli ordini rappresentativi nella società moderna*, Roma, La Civiltà Cattolica, 1854, par. 18, 21, etc.). Cfr. nuestro *Estudio sobre Taparelli (su filosofía jurídica: obligación y DS)*, Buenos Aires, Infip, 1984.

⁵⁵ Es sabido cómo el positivista Kelsen impugna el DS. Ya nos ocuparemos de él (*infra*, cap. XV).

⁵⁶ El PJ está determinado por la norma *jurídica* y por el título. La dilucidación de las causas del PJ tendrá en cuenta las semejanzas entre la CJ y el PJ, pero también la honda diferencia que hay entre una *conducta* y un *poder*. El PJ, recuérdese, no es conducta, aunque sea para-conductas.

Hemos hablado de “gran diferencia”. Pero hemos añadido luego la palabra *mero* (poder físico) para indicar esta situación: sea el caso de aquella persona que no tiene ningún tipo de fuerza ni aptitud para matar a otro. (Insisto, repárese: ninguna fuerza, absolutamente). ¿Qué sentido tiene hablar de su “poder jurídico de matar en guerra?”

Los ordenamientos jurídico-positivos en general contemplan una situación análoga a la que estamos tratando y que nos puede ayudar a esclarecer el tema: por ejemplo, se considera anulable el matrimonio del impotente (“impotente”). O sea, que se considera que no ha habido matrimonio cuando aparentó contraerlo alguien que no tiene la potencia-física, la fuerza física, de consumarlo. ¿Qué sentido adquiere, entonces, desde una perspectiva esencial y rigurosa y aparte de las soluciones judiciales concretas que pudieran darse, hablar de un poder jurídico del impotente para contraer matrimonio? (subrayo: hablamos del sentido riguroso de la palabra y del concepto). Pareciera que, en los “poderes jurídicos”, si no hay cierto poder físico, en el titular (o en su representante en los casos en que se puede ejercitar un DS por medio de representante) *no hay verdadero poder jurídico*. (Que no es sólo poder físico ya lo hemos señalado).⁵⁷

Cabe señalar que aquí tomamos “poder físico” o “potencia” en el sentido más amplio como opuesto a “moral”. Así, decimos que el que puede ver tiene potencia (o “fuerza”) “visiva”.

e) No “otra fuerza” sino “fuerza-más-conformidad con la norma”

En el comienzo de nuestra investigación tendíamos a hacer del DS, concebido en forma muy amplia, una “fuerza”, pero “fuerza de otro tipo”. Era una posición semejante a la de Taparelli.

Con el avance de aquélla se exhibió que dentro de lo habitualmente conocido como DS había al menos dos categorías muy distintas: los PPJJ (= DDSS “dinámicos”) y los restantes DDSS (“estáticos”). Y que en el PJ *hay* una verdadera fuerza o aptitud o potencia del orden físico (en el sentido más amplio); no una “fuerza distinta”. Pero además de esa “fuerza” existe una cualificación de ella por su conformidad con el ordenamiento normativo.⁵⁸

Con todo, no ha de olvidarse que lo que resulta primeramente regulado por la norma jurídica es la *conducta* jurídica y que el PJ, como poder que es,

⁵⁷ El art. 84, inc. 4º de la ley argentina 2393, “de matrimonio civil”: determina la anulabilidad del matrimonio “en el caso de impotencia absoluta y manifiesta de uno de los cónyuges, anterior a la celebración del matrimonio”. Sin embargo, la impotencia no está legislada como impedimento en el cap. III de la citada ley (art. 9º). Ante ello cabe plantearse si el impotente tiene verdadero DS de contraer matrimonio. La respuesta positiva parece probable, en atención a los textos legales, en cuanto por el hecho de ser impotente no se podría quizás negar a alguien la celebración del matrimonio. Mas, ¿qué *sentido* tendría decir que el impotente tiene DS a realizar un acto sexual? Es clásico el debate (*Ihering*) sobre si puede hablarse de DS, de un sordo a oír un concierto. Seguimos en este punto una argumentación sugerida por el doctor Soaje Ramos.

⁵⁸ A la luz de estas consideraciones, nos pareció entonces que, por ejemplo, en Taparelli esa “fuerza” a la que alude parece ser en realidad la fuerza de la obligación o de la norma jurídica, o aun del título, pero *no la del PJ*. (Ver ob. cit., n. 54).

es poder-para-conductas. O sea: nuestra caracterización del PJ, pone especial énfasis en la *conducta*, acorde con la posición tomada sobre la principal aceptación de D. (*supra*, cap. IV).⁵⁹

Añadamos que la expresión "conformidad con la norma" no significa sólo poder para actos meramente lícitos. La expresión es amplia y quizá vaga: refiere a actos meramente lícitos y a actos obligatorios; refiere a actos de *mero hacer* como a los de *exigir algo de otro*: "pretensión" (Legaz).

XI. IMPLICACIONES: PROBLEMAS DE CLASIFICACIÓN, EXISTENCIA, CONCEPTO Y NATURALEZA ENTITATIVA

El análisis de la noción de "poder jurídico" nos confirma en la convicción de lo que páginas atrás habíamos insinuado: no todo lo que se conoce como "DS" es estrictamente un "poder jurídico" (PJ).

Un indicio en este sentido nos lo proporcionan ya las *clasificaciones* de los DDSS, en las que se colocan "cosas" que entre sí registran diferencias importantes.

Pero el problema no atañe solamente a la *clasificación*. Habrá que preguntarse, en efecto, si "todo lo que se conoce como DS" entra como subespecie en la misma noción (en cuyo caso sí nos mantenemos en un mero problema de clasificación) o si por el contrario son nociones *radicalmente diferentes*, cuestionando la unidad del *concepto*.

En este último caso, debemos conectar este tema con otros dos: el de la *existencia o realidad* del DS y también el de su *naturaleza entitativa*: ¿cómo discutir, en efecto, la existencia o no del DS sin considerar si todo lo que es considerado DS es verdaderamente "algo uno" y real? y ¿cómo hacerlo sin aludir someramente a la naturaleza entitativa del mismo: por ejemplo: ¿es una relación?

Los pasos seguidos muestran por qué no se puede metodológicamente proceder en forma esquemática de la forma a la que inicialmente nos inclinábamos (1. Existencia del DS; 2. su esencia; 3. clasificación; 4. naturaleza entitativa). En efecto, sin una labor fenomenológica que incursione en las clasificaciones no es posible precisar el concepto; sin alguna alusión a la naturaleza entitativa no se puede responder fehacientemente a la cuestión del *an sit* ("si existe"). Se debe operar "circularmente".

Esta visión sumaria de las cuestiones implicadas en el tema nos lleva a plantear, por vía de *hipótesis*, entre otros, estos puntos: a) podría ser que tengan razón (parcialmente) los autores que impugnan la existencia del DS,

⁵⁹ Legaz, en cambio, pone más el acento en la *norma*: el DS es mirado ante todo en función de la creación de normas. (*Filosofía del Derecho*, 5ª ed., cit. en n. 10, pp. 730-731). El DS sería "situación" por la que una conducta suya significa participación en el proceso creador del Derecho; o situación caracterizada por tener a su disposición el DO. (Se nota aquí, nos parece, el viejo discípulo de Kelsen).

concebido como algo real *distinto* de la mera situación de “titular” o de “acreedor”, en el solo ámbito de los DDSS “estáticos”, no en el de los “poderes jurídicos”. En tal hipótesis, sin negar la realidad en esos casos de “eso que habitualmente se llama DS”, éste (el DS), no sería algo distinto del título, y en ese caso no se negaría —no se niega— la obligación jurídica estricta del deudor. b) Si la distinción entre PJ y “DS estático” es “fuerte”, como dijimos, cabe preguntarse si el intento de englobar ambas nociones bajo la categoría de “relación” no es una solución excesivamente vaga. c) Si verdaderamente existen poderes jurídicos, pareciera que los mismos no se reducen a la citada categoría de “relación”: en el PJ habría *algo más* que relación.

En lo que sigue haremos una alusión a las clasificaciones que se suelen dar sobre los DDSS, para confirmar cómo bajo lo que suele entender por tal hay “cosas” muy diferentes, y que las soluciones a que apuntamos encontrarían indicios en otros autores. Luego consideraremos un intento muy típico de englobar bajo la relación a todo lo que se conoce por DS y consideraremos brevemente el intento de encuadramiento del PJ en este último predicamento.

XII. ALGUNAS CLASIFICACIONES DE LOS DDSS

1. Enunciación

a) Legaz y Lacambra hacía, entre otras clasificaciones, estas dos: 1) “Como expresión de atributos de la personalidad” (divide los DDSS en “fundamentales de la persona”, “estatutarios” y “DDSS en sentido técnico-jurídico”; 2) “Según la estructura interna del derecho” los divide en: DS como “libertad”, como “poder jurídico” y como “pretensión”. En el primer caso (DS como libertad): “se tiene derecho a hacer aquello cuyo impedimento por los demás constituye un acto ilícito”. “Lo permitido”, para Legaz, no es, en sentido riguroso, un DS. En el segundo caso (poder jurídico): se trata de una idea más concreta que la de libertad. Es algo más que el mero poder hacer. El D confiere a cierto hacer humano una especial eficacia jurídica. Son “derechos a la modificación jurídica o derechos de formación”. En cambio, el DS como pretensión es “la forma típica de DS”, “esto es, la posibilidad de que un acto del sujeto de derecho sea precisamente la causa directa de que el orden jurídico se vuelva contra otro sujeto, haciéndose sufrir las sanciones o consecuencias desfavorables de la infracción de un deber, cuyo contenido ha podido ser fijado o directamente por las normas de Derecho o por la misma voluntad de los sujetos de la relación jurídica”.⁶⁰

b) Windscheid hacía esta sola clasificación: 1) El D “a una cierta conducta, acción u omisión” de uno o de todos con respecto al facultado: es facultativo del titular ejercer el derecho (se ejerce el mandato), que no es sino

⁶⁰ LEGAZ, *Filosofía del Derecho* (2ª ed., cit. n. 10, p. 730 y ss.; en la 5ª ed. cit. n. 10, p. 731 y ss.). Legaz acentúa la *facultad* (5ª ed., p. 728) y la facultad es como el punto de arranque de su discurso sobre el DS (p. 730: acto facultativo). Según esto queda oscurecido si no negado el ejercicio obligatorio del DS. Nos parece que la distinción entre DS y conducta no está clara en Legaz, vgr., “Lo «permitido» no constituye un DS; pero representa siempre un ámbito de actuación libre...” (5ª ed., p. 736). En rigor, “lo permitido” alude al *objeto* del DS.

un mandato que se transferiría del orden jurídico al sujeto; 2) mira a los derechos a poner normas en la existencia (se “crea” el mandato).⁶¹

c) Recaséns Siches clasificaba los DDSS en forma tripartita: 1) DDSS como mero reverso de un deber jurídico de los demás (vgr., derecho a andar por la calle o a que no se me arrebate la cosa de mi propiedad): los caracteriza porque para su actualización forzada no es preciso la intervención del titular; 2) DS *strictu sensu* o “pretensión”: facultad de impetrar el auxilio del aparato coercitivo; 3) poder de formación o de modificación jurídica, vgr. de donar, gravar, etc. Aquí habla de “poder jurídico”. El DS es una *cualidad* que dimana de la norma.⁶²

ch) Sin hacer una clasificación, Del Vecchio aludía a dos “elementos” del DS: 1) Interno: “posibilidad de hacer o de querer conforme al imperativo y dentro de sus límites”; 2) externo: la pretensión o posibilidad de exigir de otros el respeto. Su definición del DS es “facultad de querer y de pretender atribuida a un sujeto, a la cual corresponde una obligación por parte de otros”.⁶³

d) Entre nosotros Guastavino distingue la protección del interés del sujeto como suyo propio, reconociéndole acción e imponiendo deberes de otros sujetos, en cuyo caso hay verdadero DS, de la protección por la norma del interés individual sólo por su coincidencia con un interés general: interés legítimo. Distingue DS perfecto, DS pendiente (vgr., pendiente de plazo), DS supeditado a condición suspensiva, expectativa jurídica (hay posibilidad jurídica de que exista), expectativa de hecho (no protegida por el ordenamiento jurídico) y derecho eventual. Restringe las “potestades o poderes” al caso en que están concedidos en función de cierto oficio, para satisfacer intereses ajenos.⁶⁴

e) Castán Tobeñas distingue entre las facultades jurídicas los DDSS en sentido estricto de las demás facultades que sólo implican situaciones protegidas de carácter secundario.⁶⁵

f) Amplio lugar concede García Maynez a la clasificación de los DDSS. La *primera clasificación* que considera es: derechos a la propia conducta (vgr., derechos reales) y a la conducta ajena (vgr., derecho de crédito). Concede escaso valor a esta clasificación y de algún modo la reduce a esta otra división: en todo DS (en los reales y en los personales) hay dos aspectos: *permisión* (referida a la conducta del propio titular) y *facultad de exigir*. Para el ejercicio de la *facultas agendi* no se recurre a los sujetos pasivos, en cambio, para el ejercicio de la *facultad exigendi* hay que dirigirse al deudor. Pero de todos modos los derechos a la propia conducta implican una *facultas exigendi* y los referidos al comportamiento ajeno requieren, para su ejercicio, una actividad del titular.

⁶¹ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, versión parcial castellana de Jorge Marshall Silva en consulta con Otto Erich Langfelder, apéndice “B” a *La dogmática jurídica* de R. Ihering, Buenos Aires, Biblioteca del Instituto Argentino de Filosofía Jurídica y Social, Losada, 1946, p. 220.

⁶² RECASÉNS SICHES, ob. cit. en n. 36, p. 339 y ss.

⁶³ DEL VECCHIO, *Filosofía del Derecho*, cit. n. 12, p. 305 y ss.

⁶⁴ ELÍAS P. GUASTAVINO, “DS e interés legítimo en materia civil”, en *Jus*, La Plata, n. 22, p. 40 y ss.

⁶⁵ JOSÉ CASTÁN TOBEÑAS, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, p. 43.

Más importante que la clasificación anterior, aplicable a cualquier DS, fundada en un atributo formal y con validez apriorística, es para García Maynez, ésta: *absolutos* y *relativos*. En los primeros la facultad de que se trata es correlativa de una obligación universal de respeto, o sea negativa, en cambio en la segunda hay una o varias personas concretamente obligadas, y puede consistir en una abstención o en un hecho.

Otra clasificación que realiza es entre DD de ejercicio potestativo y DD de ejercicio obligatorio.⁶⁶

g) Otro es el caso de Dabin, que hace tres clasificaciones: 1) según el objeto (DD de la personalidad, reales, de crédito u obligación e intelectuales); 2) interindividuales y corporativos, y 3) "con fin egoísta y derechos-función", sin mencionar en este punto, como dijimos, la distinción "estáticos-dinámicos", la que introduce al tratar el tema del AD.⁶⁷

h) A su vez, Kelsen distingue: D. a disponer libremente de las cosas propias; D a realizar una conducta no prohibida; D a exigir determinada prestación de mi acreedor; D a excluir a los demás de intervenir en mis cosas.⁶⁸

2. Conclusiones

Las clasificaciones que a título ilustrativo hemos reseñado confirman la variedad de objetos que hay detrás de la denominación "DS". Variedad tal que hizo decir a Kelsen, en la obra que acabamos de citar, estas palabras significativas:

la diversidad de elementos que se comprenden bajo el concepto de DS: acaba por hacerlo inutilizable (p. 74).

Sin compartir las de este autor ("inutilizabilidad"), creemos poder arribar por nuestra parte a estas conclusiones:

- a. Parece que tal diversidad avala nuestra preocupación por dilucidar si no hay "cosas" heterogéneas encerradas bajo la habitual expresión "DS".
- b. Si bien es cierto que el desarrollo de la doctrina del DS, y el privilegiar esta acepción de D., es propia de la modernidad, en la que se ha producido también la "inflación" de la misma, se advierte que en autores de este siglo que no niegan la noción de DS (como hacen los que mencionaremos más adelante), hay, sin embargo, intentos de delimitar y clarificar más rigurosamente la noción de DS.⁶⁹

⁶⁶ EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ, ob. cit. en n. 30, p. 382 y ss.

⁶⁷ DABIN, *El DS*, cit. n. 30, p. 205 y ss.

⁶⁸ *Teoría General del Estado*, trad. Legaz, México, Ed. Nacional, 1965, p. 74.

⁶⁹ Toda la obra de ROUBIER, *Droit subjectif et situations juridiques*, Paris, Dalloz, 1963. está destinada a dicha tarea. Lo mismo A. THON, *Rechts norm und subjectives Recht*, (trad. it. Levi, Cedam, Padua, 1939, hay trad. de 1951) trata de probar que con la denominación de "DS" "abrazamos cuatro conceptos distintos", "de los cuales solamente uno, la expectativa de pretensión, merece en verdad ser designado como «D.»" (p. 1).

- c. Aunque la distinción entre PPJJ y DDSS “estáticos”, que tomamos de Dabin, no se ve repetida como tal en otros autores, lo cierto es que la misma estaría contemplada en la clasificación de Recaséns: los “estáticos” (nº 1) serían —dice— *mero reverso* de un deber jurídico de los demás.
- ch. Ahora bien: si allí se trata de un mero reverso del deber de los demás, cabe pensar si no hay ya *carencia* de algo decisivo que se da en los otros casos. Allí no habría *verdadero poder*; esa carencia impediría colocar como meros miembros de una clasificación bajo la misma especie, a los PPJJ y a los dos DDSS que-no-son-poderes, para ubicarlos en *otra especie*.⁷⁰

A esta altura de nuestro desarrollo, cabe enfrentarse, sin embargo, con un intento de reducir la vasta gama de los DDSS a un elemento único que unificaría a todos en una sola categoría.

XIII. LA POSICIÓN DE D. COMPOSTA

a. En su exhaustivo trabajo sobre el DS en Taparelli, D. Composta sostiene la tesis de que DS “no es, estrictamente hablando, un «poder», una «facultad», una «potencia» de acción”. Por el contrario, defiende que se trata de

una *relación* presente en la acción humana con la cual se expresa el nexo de la acción con la ley, o también (como en el caso de mi automóvil estacionado en la vía pública, que tengo DS a que no sea robado) en nexo puro y simple fuera de toda acción.

La razón de su posición podemos expresarla sumariamente así: el DS no es ni un flujo hipnótico, ni una atracción magnética, ni ninguna fuerza física ni síquica que ligue al deudor con el titular, ni voluntad, ni dominio, ni ninguna otra energía espiritual; por lo tanto, está destinada al fracaso toda tentativa de reducción a cualidades morales o síquicas. Decir que “puedo hacer o exigir algo”, no significa aquí nada de real en aquel que lo posee. Sólo metafóricamente se dirá que se posee un “poder”.

La cosa es todavía más obvia cuando se trate de un DS que no implique la acción explícita del sujeto,

vgr., en el caso del DS del propietario del automóvil a que no se lo roben:

aquí en efecto el poder depende en todo del deber.

⁷⁰ Nos parece que los miembros “2” y “3” de la clasificación de Recaséns son englobables bajo el concepto de “poder” o “facultad” (psíquica o física: no necesariamente de uso facultativo). Con lo que se expone en el texto queda claro que no caracterizamos a los poderes como aquellos DDSS que existen en interés de otro, como sostiene, por ejemplo, Roubier (ob. cit., n. 69, p. 19); ni como Legaz (ob. cit. n. 10, p. 730) para quien son los DD a la modificación jurídica.

Es interesante notar que Composta ve en Taparelli, cuando habla del “poder”, “resabios iusnaturalistas” (del iusnaturalismo siglos XVIII-XIX). Y que sostiene, también, que “poder” o “facultad” no significan nada de real en aquel que los posee.⁷¹

b. La posición de Composta nos parece interesante desde varios puntos de vista:

1. Ante todo, corroboraría que cuando se trata de los DDSS “estáticos” no estaríamos ante la existencia de un verdadero “poder”.

2. Su desarrollo no parece que evidencia la necesidad de hacer una *opción*: o se pretende hacer del DS algo *totalmente distinto* de o ajeno a la fuerza o al poder o a la potencia o facultad físicos o al *dominium* o a la *potestas*, en cuyo caso sólo queda la relación a la norma, o sea, la licitud; o, por el contrario, se la hace consistir en cierta *fuerza*, como hemos hecho en X.d y X.e *supra*, si bien *cualificada por la referencia normativa*. Lachance, quien analiza, como pocos lo hacen, el tema del DS en relación con el tema del *dominium*, señala:

El *dominium* se presenta ante todo como un atributo psicológico y natural del hombre; y como tal no entra en la esfera moral y jurídica.

O sea: admite el poder como atributo psicológico pero lo pone fuera de la esfera jurídica.⁷²

3. Aun optando, contra nosotros, por la primera posibilidad, pensamos que no se puede sostener que el llamado poder sea algo *no real*, como sostiene Composta. En este caso el DS sería solamente una *relación de razón* y también lo sería la moralidad, lo que no nos parece admisible.⁷³ Massini, entre nosotros, defiende que el DS sería relación, pero *relación real*.⁷⁴

4. Con todo, a juzgar por un texto de la página 99 de la obra citada, parece admitirse alguna realidad del “poder”, pero no como constitutiva del DS.⁷⁵

5. Es interesante apuntar que no solamente el D como DS consistiría para Composta en una relación, sino también la principal acepción tomista de D correspondería a la relación.⁷⁶

⁷¹ DARIO COMPOSTA, “Il DS secondo L. Taparelli d’Azeglio”, en *Miscellanea Taparelli*, Roma, ed. Università Gregoriana, Roma, 1964, pp. 51-102; en especial, pp. 95 a 100.

⁷² LACHANCE, *El derecho*, cit., n. 54, p. 183.

⁷³ COMPOSTA, en ob. cit., n. 71, p. 95 cita y sigue a Bender: “il «potere» in questione non designa alcunché *nell’agente*, né una *perfezione dell’agente*, ma significa solo alcunché presente nella *azione dell’agente*. Che cosa intento dir allora, quando uso la espressione corrente: «Ho il potere di fare ciò, di exigere ciò, ecc?» Significa che il mio atto è moralmente buono...” (moral o jurídicamente). “Ma allora è chiaro che «potere», (o facoltà) non significa qui nulla di *reale* in colui che lo possiede” (pp. 95-96).

⁷⁴ MASSINI, “El “DS realidad universal o histórica”, en *Prudentia Iuris*, IX, Buenos Aires, abril 1983, pp. 26-29.

⁷⁵ Allí parecería “encontrarse” Composta con el “poder-físico”: “...il D non consiste ontologicamente e cronologicamente e quindi *primariamente* «nel potere», bensì *nell’ordine oggettivo di giustizia concreto*. Da questo rapporto concreto *deriva poi come affetto* il «potere-dovere», sicché —secondo un forte insegnamento *tomistico*— il DS è partecipazione dell’ordine di giustizia”.

⁷⁶ Citamos de memoria, por no tener a mano la *Filosofía del Derecho*, de Composta. Fara FERRER ARELLANO (*Filosofía de las relaciones jurídicas*, Madrid, Rialp, 1963) la

6. La "fuerza" que vincula al obligado respecto del titular del DS no "parte", por así decir, del DS. La obligación no es causada por el DS. La *norma* y el *título* causan, sí, la obligación y el DS. De modo que cuando Composta analiza y descarta que haya fuerza "hipnótica" o de otro tipo colocándose en el tema del DS, en realidad nos parece que se refiere a la obligación: esa cierta "fuerza" que él busca sería el "ligamen" de la obligación. Establecido por la norma jurídica.

La posición de este distinguido autor nos mueve a insistir en algunas consideraciones sobre estos puntos, tomando pie de las nociones de "relación" y de "potencia".

XIV. EN TORNO A LAS NOCIONES DE "POTENCIA" Y DE "RELACIÓN"

1. Consideraciones

En *Metafísica* se habla tanto de potencia "pasiva" como "activa". Esta última es la *facultad* o *poder* de producir un acto⁷⁷; es un poder-hacer.

Capacidad de hacer o de recibir alguna mutación o alteración en un sujeto. (Fabro).

O

principio del movimiento o la mutación en otro, en cuanto otro; la potencia edificativa es la que no está en lo edificado; enseña Aristóteles.

Y explica Fabro:

toda la realidad de la potencia, en cuanto potencia, se ordena al acto, es capacidad de acto.⁷⁷

Esta noción se verifica también en el *campo psicológico*: reconocemos al hombre ciertos poderes o facultades propios de un ente inteligente y *libre*.

Transportemos esta noción al campo *jurídico*.

Aquí se advierte una consecuencia de centrar la consideración del D en la *conducta* jurídica: el DS ("dinámico") se dice en relación a *conductas* propias, a "actos" (en sentido amplio). El PJ no es la conducta, sino cierta aptitud o cierta "potencia", para conductas. Pero, para estar dentro del campo jurídico,

única realidad del DS es la de "una valoración normativa de una conducta posible desde el punto de vista de la licitud" (p. 364, con cita de BENDER, ZAMMIT y LACHANCE). Admite sí un poder *físico*, que no es efecto de la norma, la que se limita a regular su ejercicio (p. 365, n. 109); la norma señalaría la licitud de los "momentos físicos" (p. 366, n. 110). Antes del ejercicio del DS, habría sólo una "relación lógica" (p. 366, n. 110). La "consistencia ontológica" de la juridicidad del DS es "la idealidad de una mera *denominación extrínseca* de 'licitud jurídica' de una conducta *posible* (es decir, de una facultad psíquica) fundada en la *relación jurídica vertical* de conveniencia entre la conducta actual y las normas que la permiten". "Sólo la conducta actual puede ser propiamente jurídica" (p. 368). Aunque surgen del texto nuestras discrepancias con Ferrer Arellano, su obra es de una gran riqueza de planteos en este tema y, entre otros, en el del deber jurídico.

⁷⁷ CORNELIO FABRO, *Curso de Metafísica*, trad. Aguer y otros. Buenos Aires, Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina y Librería del CRS, s/f, p. 77 y ss. ARISTÓTELES, *Metafísica*, IX.

esas conductas tendrán ciertas características: igualdad, exterioridad, objetividad, relativa coercibilidad, etc.⁷⁸ Mi DS a la legítima defensa ante una agresión física implica una potencia: un poder-para, una aptitud-para; física, pero cualificada constitutivamente por su referencia al orden normativo, que la distingue de la potencia o poder que tiene el asesino.

Si así son las cosas (recuérdese lo expuesto en el cap. X), en el PJ habría *algo más* que una *relación*, categoría cuyo ser se reduce a un puro referirse a otro; su entidad (de la relación), como enuncia el Filósofo, es "mínima".⁷⁹ Habría facultades o principios propios de operación, que son algo distinto del titular, y algo distinto de la obligación del sujeto obligado, que son más que la sola relación.

Decir que hay "algo más" que una relación, no significa claro está que se niegue la existencia de relación o relaciones. Sabido es, por lo demás, que según Aristóteles algo puede estar incluido a la vez en distintas categorías. Y ha de tenerse presente que los predicamentos en este último autor han sido elaborados teniendo en cuenta sobre todo los entes físicos más que los espirituales, lo que debe agudizar el cuidado por evitar traspolaciones ilegítimas.

Que el PJ importe alguna forma de relación parece entonces innegable. El PJ está constitutivamente relacionado con conductas propias. E importa la exigencia de conductas ajenas, sea de mera omisión o respeto, sean positivas: reclamo el pago de una suma de dinero: ejercito un DS "dinámico" = PJ. Este conlleva la exigencia de que el deudor realice una conducta jurídica que le es debida: *pagar*. Camino por la calle: realizo por hipótesis una conducta jurídica facultativa: ejercito un PJ. Esto implica la exigencia de que los demás en principio se abstengan de entorpecerme en esa actividad. (Omisión, respeto).

Hay relación pero hay también, como dijimos, *algo más* que relación. Así como entre la potencia visiva y el ver hay relación PERO NO PUEDE DEFINIRSE LA POTENCIA VISIVA SOLAMENTE POR LA RELACIÓN AL VER, sino por la real APTITUD, O CAPACIDAD PARA VER. La potencia se define por el acto del cual es capaz, o en relación al acto, pero no es sólo *relación* al acto, sino *algo más*. La causa (creada) dice relación al efecto, pero la causa no se reduce constitutivamente a ser relación. El padre dice relación al hijo, pero la paternidad no es la sola relación al hijo. Dice bien Fabro:

No es que la realidad de la potencia sea su ordenación al acto o consista en esa ordenación al acto, porque entonces se diluiría en una relación.⁸⁰

⁷⁸ Notas del derecho en su principal acepción como conducta jurídica debida.

⁷⁹ ARISTÓTELES se ocupa especialmente de la relación *Categorías, Tópicos y Metafísica*.

⁸⁰ FABRO, ob. cit., n. 77, p. 77. Recuerda más adelante el gran filósofo italiano: "Hay un acto primero o forma sustancial, al cual corresponde la potencia primera o materia prima. Hay un acto segundo y operación, al cual corresponde el sujeto como potencia receptiva, y el principio operativo inmediato, o sea, la cualidad operativa. Esta se llama potencia (por oposición a la impotencia) y en los seres vivos o cognoscentes, facultad" (p. 78). Señala luego que se da la potencia en el alma humana y en los ángeles (p. 79). Y antes, enseñando la *realidad de la potencia*, expresaba: "Puede devenir o hacer esto o aquello, que otros no pueden. Tiene pues una cierta capacidad o potestad para recibir o hacer algo que los otros no tienen" (p. 72).

Ahora bien, incurriríamos en esa reducción del DS a relación si nos quedásemos, prescindiendo de la realidad “física” o “psicológica” del poder, con la *referencia* al acto y a la norma, olvidando la dimensión cualitativa que hay en el poder, su “virtualidad”. Un defensor de la doctrina “relacionista” como Lachance habla de “facultad virtualmente moral”.⁸¹ Análogamente podrá hablarse, entonces, de verdadera *facultad jurídica*, que no sea mera relación.

2. Conclusión

Las reflexiones realizadas nos confirman en la necesidad de separar, como dos especies diferentes, los PPJJ de los DDSS “pasivos”, rehusando toda tentativa reduccionista a una sola esencia.

Es interesante insistir en que autores como Lachance no niegan la existencia de los poderes “físicos”. Sólo que se rehúsan a llamarles “derecho” o a calificarlos de “jurídicos”. Por nuestra parte, por el contrario, pensamos que ello, si bien analógicamente, es legítimo. Digamos para concluir este párrafo que en el PJ hay implicadas relaciones, claro está, pero *no consisten* en una relación: hay *algo más* que relación: cierta potencia.

Siguiendo con nuestro método “circular”, las cuestiones que vamos examinando quedarán mejor perfiladas luego de analizar la existencia del DS, la vuelta a considerar el DS “estático” y “DS «jurídico» y «derecho»”.

XV. LAS POSICIONES QUE NEGARÍAN EL DS

1. Duguit.

Tenemos en Duguit un claro ejemplo que evidencia la necesidad de conectar el problema de la *existencia* del DS con el de su *naturaleza*: su rechazo de la noción de DS está íntimamente ligado a la concepción del mismo como un “poder de la voluntad”. El esquema de su pensamiento quizá pueda sintetizarse así: 1) el DS sería un poder de la voluntad que se impone o es superior a otras voluntades; 2) tal poder de la voluntad no es verificable empíricamente, y los autores que defienden la existencia del DS no han podido ponerse de acuerdo sobre su noción; 3) por lo que la tendencia a ver la voluntad humana detrás de las situaciones jurídicas es considerada (en el lenguaje comptiano que este autor sigue expresamente), como propio del estadio *metafísico* de la humanidad, y no del estado “positivo”.⁸² Prefiere entonces hablar de *situaciones jurídicas*, objetivas y subjetivas.

Agreguemos que Duguit sólo considera la doctrina *individualista* del DS: existencia de DDSS innatos antes de entrar en sociedad, inalienables e imprescriptibles, a los que las reglas de derecho están destinadas a proteger. Y la critica por “inadmisibles *teóricamente*”: porque no hay derechos anteriores a la sociedad y —esto quiero subrayar— también *prácticamente*: porque la experiencia muestra que ella ha sido impotente para fundar la limitación de los

⁸¹ LACHANCE, *El Derecho*, cit. n. 54, p. 184.

⁸² LEÓN DUGUIT, *Leçons de Droit Public Général*, París, Bocard, 1926, pp. 49-51 y *passim*; y *Traité de Droit Constitutionnel*, 2eme. ed., París, Fontemoing, 1921, en especial “Chap. II: “La situation de droit”, pp. 111 y ss. Hay 3ª edición, la definitiva.

poderes del Estado. La misma crítica (“teórica y prácticamente”) hace de la doctrina *socialista*.⁸³ Resulta muy interesante subrayar cómo Duguit, para abonar su rechazo de las “jerarquías de voluntades” implicadas en la noción de “DS”, se funda también en el *peligro para la libertad del individuo* que entraña la atribución al Estado del “DS de potencia soberana”. En algún lugar la crítica incluye también su escepticismo sobre el conocimiento del alma humana y sus atributos, por su no verificación “positiva”.⁸⁴ En la misma línea de pensamiento, debe recordarse que Duguit niega la causa (eficiente y final) y la libertad.⁸⁵ Estas cosas no suelen ser presentadas por las exposiciones al uso del pensamiento de Duguit; por el contrario, se establece una cierta sinonimia entre la negación del DS y una posición “totalitaria” que se le atribuye y que desde luego se presenta como disvaliosa, sin captar los matices de la doctrina del ilustre y fino positivista francés.

En Duguit figuran ya la mayor parte de las críticas al uso sobre la concepción jurídica abstractista del Liberalismo. Sólo que deben ubicarse las mismas en un contexto comptiano que le impide distinguir entre el derecho de la revolución francesa y la concepción jurídica tradicional: todo es “estadio” (metafísico o teológico) no científico y desde luego “superado”.⁸⁶

Su crítica del DS registra *dos* pasos: *Primero*, crítica del supuesto DS del hombre aislado, que en la concepción individualista daría fundamento al llamado “derecho objetivo”. Rechazada la misma, por argumentos *supra* sintetizados por nosotros, resta saber si el individuo que vive en sociedad y sometido al D de esa ciudad, se encuentra en una situación que signifique ser titular de eso que se llama “los DDSS”.⁸⁷

Es el *segundo* paso: aquí vuelve a rechazar la existencia de DDSS, pues la regla social no puede crear esa superioridad de voluntad que aquéllos significan. Aunque la regla de derecho tenga un cierto carácter subjetivo. De ahí que Duguit hablará de “situaciones jurídicas”, activas o pasivas, que hacen al “carácter individual del derecho”. Pero, y he aquí algo que Duguit repite incansablemente: o el DS es una superioridad de la voluntad o no es nada.

⁸³ DUGUIT, *Leçons*, pp. 43-46. Subrayo la crítica histórica de D al individualismo, hecha precisamente en defensa del hombre frente al Estado (!!!) y su rechazo del contrato social (*Traité*, p. 119 y ss.).

⁸⁴ DUGUIT, *Traité*, p. 178: “La notion de DS n’est qu’un développement de la notion d’ame”. El famoso Decano de Burdeos explica la concepción del DS en la tendencia del hombre a ubicar, detrás de los fenómenos sensibles, “una entidad metafísica invisible”. Detrás de los fenómenos naturales: Dios creador y providente; de los fenómenos del pensamiento: el alma; de los fenómenos de la vida: un principio vital; detrás de las relaciones sociales: el DS (ob. cit., p. 155).

⁸⁵ DUGUIT, *Leçons*, pp. 32 y 33.

⁸⁶ Léase, por ejemplo, este párrafo: “La doctrine individualiste conduit aussi à la notion d’un droit idéal, absolu, qui serait le même dans tous les temps, dans tous les pays, et dont les hommes se rapprocheraient constamment davantage...” (*Traité*, p. 121).

No revelaba Duguit conocer bien las bases de las filosofías clásica y cristiana de la política: en “Préface” al *Traité* señalaba este itinerario histórico de la construcción jurídica *individualista*: Roma-Escolástica-Revolución Francesa (p. VI): la segunda habría sido la transmisora de la primera a la tercera (?). No estaría, sin embargo, muy seguro en su posición, porque en p. 112 opone el individualismo de los estoicos y de la reforma protestante al “solidarismo” (!) y “absolutismo” (?) del catolicismo romano (p. 112).

⁸⁷ *Traité*, cit., cap. II, par. 15.

Aquellas situaciones no determinan tal superioridad; *ergo*: el DS no es nada. Tanto de la realización de un acto lícito, material o jurídico, como de un acto ilícito, no pueden nacer DDSS. Sólo habrá aplicaciones del DO, que podrán implicar ventajas o desventajas para los sujetos, o “cosas” o “bienes” (la propiedad es la cosa), no un DS.⁸⁸

2. Kelsen

El mismo título del capítulo VIII de su *Teoría pura del derecho*⁸⁹ (en adelante TPD) denota ya el propósito de Kelsen respecto de la noción de DS: “El dualismo en la teoría del derecho y su *eliminación* (bastardilla nuestra). Después de analizar el “dualismo”, “derecho natural-derecho positivo” (par. 1), en el par. 2 se ocupa del dualismo DO-DS” (p. 113).

Kelsen refuta así la división en sentido “objetivo” y “subjetivo”: el DO es un *conjunto de normas*, mientras el DS es o *interés* o *voluntad*; o sea, que son cosas “tan diferentes” que

no es posible subsumir el DO y el DS bajo un concepto único (p. 113). ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero,

Kelsen tiene en vista la concepción del DS como anterior al ordenamiento jurídico (cita DERNBURG, *Pandekten*).

La noción de persona, titular del DS, resulta “contradictoria lógicamente” con el DO, en la medida en que se afirme que ambas “existen simultáneamente”: el DO “es una norma heterónoma que impone una obligación y hasta una sanción”, mientras persona jurídica “es por esencia la negación de toda obligación”, “libertad” como “autodeterminación” o “autonomía” (p. 115; cita PUCHTA, *Cursus der Institutionen*).

Ambas nociones (DS y sujeto de derecho) tienen una *función ideológica*: la preservación de la propiedad privada (que Kelsen identificaría con el DS), mediante el rechazo de carácter jurídico a todo régimen que no la defienda (p. 117; cita a Hegel como exponente típico de esta tendencia).

La TPD “coloca en primer plano la noción de *deber jurídico*” (p. 120), que es

la misma norma jurídica considerada desde el punto de vista de la conducta que prescribe a un individuo determinado. Un individuo está jurídicamente obligado a adoptar una conducta determinada en la medida en que una norma jurídica hace de la conducta contraria la condición de un acto de coacción llamado sanción (p. 121).

Si entre “las condiciones de la sanción” existe “una manifestación de voluntad, querella o acción judicial, emanada de un individuo lesionado en sus intereses por un acto ilícito”, tendremos DS “en el sentido específico de la palabra” (p.

⁸⁸ *Traité*, cit., pp. 125, 126, 132, 156 y ss. y *passim*. A partir del par. 21 comienza el análisis de las doctrinas de la voluntad y del interés. Una excelente y exhaustiva síntesis en Dabín, ob. cit., pp. 9-20.

⁸⁹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, trad. Nilve, 10ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1971.

122). Como se advierte, el DS emana del DO, es “creado” por y no puede ser opuesto a éste; su existencia es propia de los regímenes capitalistas y no de todo orden jurídico (p. 122).

¿Cómo resuelve la TPD el dualismo DO-DS? Pues diciendo que ambos derechos son de la misma naturaleza. El segundo no es más que un aspecto del primero que toma a veces forma de deber y otras veces forma de DS (p. 123), cuando al individuo le es “admitido a participar en la *creación del derecho*” (p. 123).

Kelsen había expuesto ya el tema en *Teoría General del Estado*⁹⁰ en que por primera vez desenvuelve su doctrina “en forma acabada y sistemática” (Prólogo). Allí expone las doctrinas del interés y de la voluntad: en ambas

el acento recae sobre un momento metajurídico, obstinadamente situado más allá del Derecho;

en ambos casos —señala—

no es el Derecho como contenido autónomo, sino su realización psíquica lo que viene en cuestión (p. 72).

Al igual que en TPD insiste Kelsen en la “reducción” del DS a DO. Cuando se da lo que “técnicamente” (expresión que usaría Kelsen en *Panorama*)⁹¹ sería un DS, la

norma legal es como un cheque en blanco que se encarga de llenar la parte cuya voluntad ha sido delegada para ello, aceptándose *a priori* el contenido querido por ésta.

En ese caso “la voluntad de la parte” no es sino “un nuevo avance en la formación de la voluntad objetiva del Derecho”.

Ya no es el acto de voluntad real psíquico-subjetiva a lo que se está obligado a prestar obediencia, sino a la norma jurídico objetiva, la cual sólo en algunos casos concretos extrae su contenido del acto psíquico de voluntad de una de las partes. En lugar del querer psíquico real, surge el “deber ser” jurídico (p. 77).

Concluye la exposición de este tema reconduciendo el dualismo de DS-DO al de Derecho Positivo - Derecho Natural que estaría oculto en aquél (p. 78): se advierte que Kelsen tiene presente la doctrina individualista del DS (“derechos innatos e indestructibles”); en cuanto se pretende “derivar” el DS del DO aparece otro dualismo caro a Kelsen: el de ser-deber ser: el DO (como norma y deber ser) se contrapone al DS (considerado como ser del desear y del querer psíquicos”).

3. Villey

Michel Villey se ha ocupado del tema del DS en muchos trabajos. Comenzaremos la consideración de su pensamiento dando cuenta de la sintética expo-

⁹⁰ H. Kelsen, ob. cit., n. 68.

⁹¹ H. Kelsen, “Panorama de una teoría general”, par. 11 y 12, en *Revue du Droit Public et de la science politique*, t. XLIII, 1926, cit. por Dabin, ob. cit., p. 21 y n. 39.

sición que hace en su obra sistemática *Philosophie du droit*.⁹² Allí sostiene que los DDS: 1. son irrealizables; 2. nunca lo son para todos; 3. son contradictorios. Llega a decir que son en gran parte una impostura; que denotan la falta de preocupación por la realidad y por la justicia, y el olvido de la "justicia realizable"; que están impregnados de la idea mítica de la justicia como igualdad, y que son una "falsificación" de la justicia.

En *La formation de la pensée juridique moderne*⁹³ sostiene que en la filosofía moderna, cuyos orígenes ve en el franciscanismo medieval (cap. II: "Le franciscanisme et le droit", pp. 147-172), el

elemento primordial del sistema del derecho viene a ser la noción de DS (p. 154).

La idea del DS procede del nominalismo (p. 225). Para la "doctrina clásica del derecho natural" el D no es pensado como *poder*, lo que implica pensar en función del individuo, sino de la "justa relación objetiva", que es interindividual. Los modernos llaman D al poder, a esa cualidad del sujeto, al dominio que él tiene sobre las cosas. Estos poderes en principio son absolutos. Mientras que la lengua clásica reservaba el sello de jurídico al objeto sobre el cual se debe encaminar ese poder, en los límites que el arte jurídico ha trazado entre los poderes (p. 230). El poder es una noción de hecho previa, prejurídica; es, al contrario, lo que el Derecho limita (ib.). Los romanos conocieron la idea de los poderes del individuo, pero sin darle la cualidad de jurídicos, sin llamarle derechos (p. 233). El Derecho es siempre una cosa y no el poder sobre una cosa (p. 235).

El positivismo jurídico, al que Villey liga la noción de DS estuvo antes en los hechos; para que se operase la mutación del *ius* en poder hacía falta el concurso de una filosofía. Y esa fue la tarea de Guillermo de Occam (p. 239) que es el primero en definirlo y en edificar su teoría (p. 241). Todo el sistema jurídico de Occam construido en la polémica que envolvió a su orden y en la ignorancia del Derecho Romano, descansa sobre la figura central del poder y los poderes. Los DDSS en sentido estricto son aquellos que tienen la garantía de la sanción de la autoridad temporal, los *iura fori*, a los cuales los franciscanos pueden renunciar. (No a los *iura poli*) (p. 261). Tras esta evolución en la lengua jurídica, se abandona toda una forma de pensamiento jurídico (p. 261).

En *Estudios en torno a la noción de DS*⁹⁴ se ha recogido y traducido al castellano el pensamiento de Villey sobre el tema. El trabajo de índole más sistemática de los nueve contenidos en este volumen es el último: *Crítica de los derechos del hombre*, esquema de una conferencia dada en Madrid y publicada en los Anales de la Cátedra Francisco Suárez. En este trabajo comienza Villey "litigando" (es su expresión) "en contra del *lenguaje* de los derechos del

⁹² MICHEL VILLEY, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1975, pp. 165-171, art. IV: "Critique des droits de l'homme".

⁹³ VILLEY, *La formation*, cit. en n. 38.

⁹⁴ VILLEY, "Estudios en torno a la noción de DS", Valparaíso, Editorial Universitaria, Chile, 1976. (Extraídos de *Leçons d'Histoire* y de *Seize essais de Philosophie du Droit*), varios traductores.

hombre". En el *activo* de dicho lenguaje coloca estos méritos: 1) la defensa de nobles causas; 2) el ser el último vestigio deformado que se conserva del derecho natural, en un régimen de positivismo jurídico, en el cual vivimos. En su *pasivo* se limita, según dice, a recoger la crítica de Burke y les critica: 1) ser "metafísicos" según la metafísica racionalista e idealista moderna, individualista; 2) ser inadaptados a la realidad, inaplicables e ilusorios. Estas "falsas promesas" de los derechos humanos suscitan reivindicaciones sin salida; 3) se pretenden universales, dados a todos, y sólo sirven para el provecho de una minoría; Marx probó que jugaban sólo en favor de la burguesía. Se los invoca en favor de todos pero, en realidad, son "en contra de todos" (pp. 241-248).

A su vez, en página 35 de la obra últimamente citada, señala que en el *Corpus Iuris* la "acepción subjetiva de D." no tenía "sino lugar muy secundario" y "que ella no se afirma con suficiente nitidez", pero no podemos decir que no existiera.

En otro lugar, sin embargo, afirma:

lo que nos sorprendería es que se nos aportara la prueba de que en el sistema de los clásicos, el término hubiera alguna vez recubierto, en su comprensión exacta y en su precisa extensión, la noción de DS, la noción general de "facultad de hacer o tener cualquier cosa" (p. 39).

4. Lachance (?).

Luis Lachance se ha ocupado del DS principalmente en dos importantes obras suyas. A través de ellas revela una cierta reticencia a admitir la noción de DS y una cierta actitud polémica en relación a ella. Aunque nos parece que su posición no está exenta de dudas y no es del todo clara al respecto, hacemos por nuestra parte esta interpretación sintética de su pensamiento: 1. admite como una acepción derivada, análoga, nunca como la principal, la de "D" como DS; 2. enseña que si bien Santo Tomás no ignoraba el "poder moral", no lo consideró "derecho"; 3. rechaza fuertemente la concepción liberal del DS.⁹⁵

5. Marx

Aunque Carlos Marx no haya sido un jurista, es sabido que se ocupó en otro contexto de los temas jurídicos. Tiene interés su consideración incidental de "los derechos del hombre" realizada en su obra *La cuestión judía*.⁹⁶ Por eso nos ocupamos de ella.

La obrita es una discusión con Bruno Bauer sobre la situación de los judíos. Podemos sintetizar así su exposición: los judíos alemanes reclaman la emancipación. Bruno Bauer les responde que, no siendo nadie en Alemania políticamente libre, no puede pretender el judío emanciparse si el Estado continúa siendo cristiano y el judío continúa siendo judío. No hay emancipación sin la

⁹⁵ Las obras citadas de LACHANCE son *El concepto*, cit. en n. 15 y *El Derecho*, cit. en n. 54.

⁹⁶ "La question juive" en *Oeuvres philosophiques*, tr. Molitor, París, Costes Ed., 1952, pp. 163 a 214.

supresión total de toda religión. Marx le critica que no se trata de saber solamente quién y de quién debe ser emancipado, sino *de qué emancipación se trata*. Él preconiza la emancipación total, o sea, no sólo política, sino humana; la supresión de la contradicción entre el hombre y el ciudadano, entre el Estado y la sociedad burguesa, para arribar al hombre genérico, a la supresión del conflicto entre la existencia individual y sensible del hombre y su existencia genérica.

La emancipación social del judío es la emancipación de la sociedad del judaísmo" (p. 214).

En este contexto señala que los "derechos del hombre": libertad, propiedad, igualdad, seguridad, son los derechos del miembro de la sociedad burguesa, del hombre egoísta, separado de los otros hombres y de la comunidad. El hombre es considerado mónada aislada, replegada sobre sí misma, en lugar de ser considerado como "un ser genérico" (p. 195). Subsiste una contradicción entre la práctica revolucionaria liberadora de la Revolución y su teoría, pues el fin de ésta, según la Declaración de 1791, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre (p. 196).

Como se advierte, la consideración de Marx es la de los derechos del hombre tal cual los concibieron el Liberalismo y la Revolución Francesa, y él considera el tema en la línea de un proceso de supuesta "emancipación total" del hombre.

Una consideración completa del tema del DS en Marx debiera aludir a las líneas generalés de su pensamiento filosófico y a sus consideraciones político-jurídicas aunque él no haya tematizado como tal el DS. Haremos alusión a esto en el capítulo crítico respectivo (nº XVI).

Sin ánimo de analizar el pensamiento completo de estos autores, lo que constituiría en cada caso un trabajo aparte, formularemos algunas consideraciones "críticas" y otras "constructivas" sobre las posiciones adversas al DS, que contribuirán mejor a perfilar una doctrina sobre el mismo y a facilitar nuestra respuesta a la cuestión de la existencia.

XVI. OBSERVACIONES A PROPÓSITO DE TALES DOCTRINAS

1. Relación entre "si es" y "qué es"

El estudio presentado corrobora lo afirmado en el capítulo XI sobre la íntima correlación del tema de la existencia con el de la esencia de "la cosa", pues no se puede discutir *si existe* algo que no se ha precisado bien *qué es*. Hay que ver, pues, qué cosa tienen en vista, al negarlo, los que niegan el DS: o sea, ver "qué fueron a ver" los que "no encontraron" aquello que acaso querían o no querían ver. El caso de Duguit es muy ilustrativo; él "no encontró" esa jerarquía de voluntades, una voluntad que se impusiera a la otra, según

concebía el DS. Queda hecha la crítica obvia de que no es legítimo negarlo si ya se lo concibe en forma errónea.⁹⁷

2. Bases gnoseológicas y metafísicas

Hay que agregar, sin embargo, esta somerísima alusión a *las bases gnoseológicas y metafísicas* de una doctrina del DS con ocasión del pensamiento de Duguit, ilustre discípulo confeso del positivismo comptiano: sus bases de ese tipo aseguraban de antemano, en rigor, y tal vez no podría ser de otra manera, la respuesta negativa, dado que rechazaba la posibilidad misma de conocer qué es la voluntad humana. Toda doctrina sobre la voluntad al modo de las doctrinas habituales en su época sobre el DS estaba condenada de antemano a ser juzgada por el tribunal sociologista como una rémora del estadio “metafísico” o aun “teológico” de la humanidad. Queda abierta entonces la cuestión de si con otras bases metafísicas y gnoseológicas no se debiera admitir el DS.⁹⁸

3. Presupuestos filosófico-políticos en Duguit

Lo mismo cabe decir sobre el *presupuesto filosófico-político* del DS tenido en vista en la crítica de Duguit. En efecto, es inconcebible hablar de verdaderos “derechos” si no es en vida *social*. Y es impensable el hombre en una vida previa al estado social, al modo de las doctrinas del “estado de naturaleza” y del “contrato social”. De ahí que algunas críticas de Duguit a la doctrina *liberal* del DS sean certeras. Queda abierta, sin embargo, la cuestión de si necesariamente el DS ha de concebirse según dicha orientación, o por el contrario, si no es posible hablar de una concepción “solidarista” del DS utilizando una palabra que sin duda habría agradado especialmente al célebre Decano de Burdeos.⁹⁹

4. Ídem en Villey

Lo dicho aquí sobre Duguit vale, *mutatis mutandi*, para Villey: ¿qué queda, en efecto, de la crítica de Villey, si se suprime su frente polémico que es sin duda el DS en su presentación liberal individualista? O sea: “los DD del hombre y del ciudadano” de la Revolución Francesa.

⁹⁷ Desde ya que cabe admitir grados de fuerza en las voluntades humanas (“gran voluntad”, “poca voluntad”, etc.). Sin embargo, el PJ, si a la “fuerza” de que *supra* hablamos le llamamos por hipótesis “voluntad”, no es sólo y mera voluntad (ver *supra*) y no parece que pueda hablarse de gradación de los PPJJ según los grados de fuerza de las voluntades de sus titulares.

⁹⁸ Con todo, al analizar el mundo jurídico y “olvidarse” de su doctrina antimetafísica de base, Duguit, como no podía ser de otra manera, admite la realidad de la voluntad como algo que se puede conocer. Ver, por ejemplo, las largas páginas destinadas al acto jurídico: cap. III del *traité* cit. en n. 82, cuyo primer párrafo n.º 25, se titula “L’acte de volonté en general”, y comienza así: “Il joue un rôle capital dans le droit; et cependant ils vont très rares les jurisconsultes que ont tenté d’en faire l’analyse” (p. 211) y en seguida distingue los “momentos” del acto voluntario: el “primero” la “concepción” y luego *define* (¡nada menos!) la voluntad.

⁹⁹ Él usaba el término como opuesto a “individualismo” (*Traité*, cit. en n. 82, p. 112) y concebía la solidaridad como el “hecho social” por excelencia: “Le fait de la solidarité sociale n’est pas contesté et à vrait dire ne peut pas l’être...” (ibidem, p. 23).

La crítica de Burke a esas declaraciones de derechos y a su doctrina, que Villey recoge y con la que, si bien en otro contexto, coinciden Marx y de alguna forma Duguit, es en general válida. En cierta medida, entonces, dichas posiciones dejan intacta la posibilidad de una doctrina que conciba al DS no al servicio del hombre egoísta sino que sea eminentemente solidarista, y que no dé una especial primacía al DS sobre su ordenamiento jurídico normativo, ni sobre los deberes jurídicos.

5. La experiencia jurídica

Debe decirse, también, nos parece, que la admisión del DS no puede quedar limitada a admitir que o se lo conciba como un “poder de la voluntad” (*Windscheid*), o un “interés jurídicamente protegido” (*Ihering*) o doctrina mixta (*Michoud*). Esas parecen ser las únicas tenidas en general en miras por Duguit y por Kelsen. La cuestión de la existencia deberá resolverse apelando ante todo a la *experiencia jurídica*, para intentar luego caracterizar “la cosa” y ensayar después una doctrina sobre la misma, y no encasillándonos antes, como ante una opción necesaria, en las doctrinas al uso.

6. Planteo filosófico

La cuestión del DS, añadimos, debe plantearse en forma filosófica, en el sentido de que ha de ser en forma *universal*. Al hilo de una posición filosófica *realista*, esto querrá decir que el objeto de nuestra consideración no son ante todo y principalmente *las doctrinas*, o lo que los hombres dicen, o lo que se suele entender en esta época o en esta otra por DS, sino *el DS en sí mismo*. Nos parece que no cumple con estas exigencias el tratamiento de Villey, que por lo demás es preferentemente histórico, y que muchas veces, en rigor, habla sólo de “las declaraciones de los derechos del hombre” o de la concepción liberal de los derechos del hombre, pero no de nuestro tema en forma *esencial*.

7. Doctrinas del DS y resultados prácticos

Los resultados a que en la vida práctica se llega cuando se ha divulgado o pretendido “aplicar” en ella una doctrina, *pueden* ser un *indicio* de que ella contenga errores. En esa línea de argumentación no carecen de interés las observaciones de Burke, Duguit y Villey en el sentido de que cuando más se declaraban los “derechos del hombre” menos se protegía su dignidad. La cuestión mantiene hoy su vigencia: el hecho de que tanto se hable ahora de los “derechos humanos”, puede bien tener su relación con el comprobado hecho de que hoy menos se los respete, conforme a la aguda y conocida observación de N. Hartmann de que los valores se dejan captar mejor cuando son más escarnecidos.

Precisamente hablando de la historia de “los derechos humanos” Darío Composta, explicando el hecho de la ausencia de las “declaraciones” sobre ellos en la Edad Media, se anima a decir que no había necesidad porque

L'uomo medievale vive i valori della persona,¹⁰⁰

¹⁰⁰ DARIÓ COMPOSTA, *I diritti umani dal medioevo all'età moderna*, separata del vol. “I diritti umani”, editrice Ave, Roma, s/f, p. 3.

Y una persona nunca sospechosa, que sepamos, de "revisiónismo histórico" ni de "medievalismo" como Juan Pablo II, ha dicho:

Nunca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre a una vida hecha a medida del hombre, pero también *nunca como hoy* hay habido afrentas tan patentes a estas declaraciones".¹⁰¹

Y también:

Uno se ve obligado a constatar *divergencias*, al parecer *crecientes*, entre las significativas declaraciones de las Naciones Unidas y el *aumento masivo*, a veces, de violaciones de derechos humanos en todos los sectores de la sociedad y del mundo.¹⁰²

Pero la exactitud de una doctrina no queda ligada necesariamente al hecho del resultado de su aplicación: hay otros elementos que pueden influir para que la realidad no sea como debiera ser. En todo caso, la cuestión bien puede estar no tanto en *lo que se afirma* (ciertos derechos subjetivos del hombre) sino en *cómo se los concibe* (en forma igualitaria, contra lo cual muy bien escribe Villey, o egoísta, o abstracta, etc.), o en *la omisión de otros aspectos*: los deberes del hombre y, por ejemplo, sus fundamentos. En el mundo moderno se vive hablando del hombre y de sus derechos como de un absoluto. Pero hay ahí un fundamento "poco-absoluto" para poder obtener el efectivo respeto. Allí radica, para utilizar una expresión tomada de un título de De Lubac, "el drama del humanismo ateo". Y el mundo moderno, nos parece, aun cuando se titule occidental o si se titula democrático es visceralmente y prácticamente ateo.

Esta somera insinuación de que sólo el Absoluto Trascendente, Dios, es el fundamento de los derechos subjetivos (llamados pleonásticamente "humanos") es una síntesis que no pretende ignorar ciertas distinciones que cabe hacer en el tema del "Fundamento". Nos ocupamos del tema en nuestro *Estudio sobre Taparelli*, citado en nota 54, refiriéndonos a la obligación. En síntesis: que Dios sea el fundamento *metafísico* no quita que haya otros fundamentos, no-últimos, ni supone el conocimiento de Dios para la admisión de la obligación o el DS, ni que el conocimiento de Dios sea punto de partida para ello, ni supone la negación de fundamentos *prácticos*.

8. Sobre Kelsen

Encontramos en Kelsen una corroboración de la tesis defendida *supra* (caps. I-V) de que no es posible, atento a sus fuertes diferencias, una definición del derecho que abarque tanto al DS como a las otras principales acepciones: Kelsen habla sólo del DS y del DO. (Ver texto *supra* XV.2., al comienzo). Pareciera que la evidencia se impone al autor austriaco en dicho lugar. Pero, si es así, parece caer víctima de su "espíritu de sistema" o sea, de su purismo normativista, cuando señala, sin más distinciones, que "ambos derechos

¹⁰¹ JUAN PABLO II, alocución del 22-XI-79, *L'Osservatore Romano*, ed española, año XI, n. 52, 30-XII-78; bastardilla nuestra.

¹⁰² JUAN PABLO II, mensaje del 10-XII-78, *L'Osservatore Romano*, cit., año X, nº 52, 24-XII-78.

son de la misma naturaleza" (TPD, p. 123, loc. reproducida en XV.2).

3. Sobre Villey

Algunas observaciones respecto del pensamiento de Villey: su posición, nos parece, no está exenta de *ambigüedades*: no es lo mismo una cuestión de *lenguaje*, que una cuestión de *concepto*; ni que se trate de una determinada *doctrina* del DS, o del *DS en sí*. Además: hablar de *poder jurídico* no es lo mismo que hablar de la *situación* subjetiva ventajosa del "beneficiario" del ordenamiento jurídico positivo o del goce. Como no es lo mismo el *DS de propiedad* que la *cosa* sobre la que versa, o el goce psicológico que puede tener, o no, el propietario.

Dada la divulgación y prestigio de la doctrina de este autor nos extendemos con alguna precisión sobre lo dicho respecto de ella:

a. *¿Cuestión de lenguaje o de concepto?* En "Crítica de los DD..." (en ob. cit. en nota 91, p. 241), Villey parece circunscribir el problema a un problema de lenguaje, de terminología. Pero esto es muy distinto de decir que ("los Derechos del Hombre") son "una impostura", o aun una "falsificación" de la justicia, como dice en *Philosophie du Droit* (cit. en nota 92, pp. 165-171), o que el DS está "refinado con el principio de la Justicia distributiva" ("Las Instituciones de Gayo y la idea del DS", en *Estudios...* (cit. n. 91, p. 99). ¿Es el concepto mismo de DS, entonces, el que hay que desterrar? Sin embargo, "nadie puede prescindir completamente de la idea de DS", dice dos páginas antes. ("Las Instituciones", en *Estudios*, cit., p. 97).

b. *Si es cuestión de riqueza de lenguaje, ¿cuál es más rico, el viejo o el moderno?* Según "Crítica de los DD..." (p. 241), Villey litiga en contra del lenguaje (se entiende que moderno) de los Derechos del Hombre, como vimos. Pero en "Las Instituciones de Gayo", (en *Estudios*, p. 97) señala:

...qué diferencia hay entre la idea romana del DS, vaga, informe, indiferenciada, expresada por un *vocabulario pobre e impreciso*, y el *rico florecimiento* de DDSS, variados, muy exactamente definidos, que describen los sistemas modernos.

A su vez, en "Orígenes de la noción de DS" (en *Estudios*, cit., p. 43 n. 46) y en "Crítica de los derechos" (en *Estudios*, p. 244 y 246), la riqueza estaría del lado del lenguaje de los romanos y medievales. Quizá haya que interpretar que había una mayor riqueza de instituciones jurídicas en Roma, frente al sistema uniforme de la propiedad capitalista, y que la mayor riqueza moderna refiere sólo al desarrollo del *tema* del DS. (?).

c. *¿Admitieron la noción de DS los romanos?* En el *Corpus Iuris* no figura la acepción subjetiva de Derecho, pero de ello "no debemos concluir su total inexistencia" ("Orígenes...", cit. en *Estudios*, p. 35). O sea: se admitía la acepción en "un lugar muy secundario" y sin "suficiente nitidez" (ob. y loc. cit.). No obstante esto, traducir *ius* por derecho, dice, "se revela como un contrastentido!" ("Orígenes...", p. 39). En "Las Instituciones..." (cit., *Estudios*, p. 84), admite que las cosas eran "objeto de un derecho" (el *dominium*). Pero en "El DS en Ihering" (*Estudios*, p. 237), expresa su convicción de que Ihering en materia de DS marchaba en dirección a la *abolición* pura y simple de esta

noción moderna, es decir, hacia el *verdadero Derecho Romano* (bastardilla nuestra).

ch. ¿Qué entiende Villey por DS? “No intentamos en absoluto discutir que las *situaciones de hecho* actualmente calificadas de DS estén presentes en el Derecho Romano, dice en “Las Instituciones” (p. 95, bastardilla nuestra). Elogia en Ihering la definición de los DD como cosas (“El DS en Ihering”, en *Estudios*, p. 230). Y en “Crítica de los DD” en *Estudios*, p. 245), el D es considerado “la parte atribuida a cada uno en esta distribución social”. Sin embargo, en *La formation...* (cit. *supra* en n. 66, p. 230), parece entender por DS (“los modernos llaman”) al *poder* “cualidad del sujeto”, al “dominio que él tiene sobre las cosas”, a diferencia de los clásicos que entendían por D al *objeto* sobre el cual se ejerce el poder, en los límites que el arte jurídico traza. Los romanos conocieron la idea de los poderes del individuo, dice, pero sin darle la cualidad de jurídica, sin llamarle DD (ob. cit., p. 231 y ss.). En definitiva: a) echamos de menos en la doctrina del DS del profesor Villey una mayor precisión y claridad; b) ella adquiere una cierta importancia como referencia histórica crítica contra la tendencia, que suele ser habitual, a la “inflación”, como él la llama, del DS; c) en general, podemos decir que en ese aspecto recoge las críticas ya acertadamente formuladas, entre otros, por Burke, Duguit y Josserand.

10. “Derecho”, “jurídico” y DS

Tanto a propósito del pensamiento de Lachance como de Villey, como de muchos otros autores, cabe señalar la necesidad de distinguir “*derecho*” de “*jurídico*”, como lo ha hecho entre nosotros Soaje Ramos. “Jurídico” es más amplio que “derecho”. Son jurídicos la conducta jurídica (debidada y facultativa), la norma jurídica, las cosas jurídicas, los signos jurídicos, e incluso, en el sentido amplio, los delitos y las conductas antijurídicas. El jurista o el iusfilósofo, se ocupa no sólo del derecho sino también de lo jurídico.¹⁰³

Ahora bien: a la luz de esta distinción podría pensarse, por hipótesis, que el llamado DS sea “jurídico” (lo que parece innegable), sin ser “derecho”. Si se le llama “derecho”, esto será, en todo caso, *por analogía*. Ya hemos visto cuál es a nuestro criterio el analogado principal. Que no sería lo mismo que llamarlo “d” “impropiamente”, como hace Lachance: llamarse derecho “por analogía” nos parece que importaría un procedimiento válido; “impropiamente” equivaldría a “ilegítimo”.

11. Sobre Lachance

Hagamos un pequeño *excursus* sobre el DS en Lachance: Hemos encontrado en este autor uno de los pocos que se ocupan del problema del *poder* como tal (cfr. al respecto el texto transcrito *supra* en la n. 54). En él se funda en gran parte nuestra elaboración expuesta en el texto al respecto.

Las razones que a continuación indicamos quizá hayan impedido una construcción totalmente acertada de Lachance respecto del DS: a) el tener en

¹⁰³ SOAJE RAMOS, *Examen de algunos términos*, cit. en n. 16.

mira la concepción del derecho ante todo como *relación*; b) el no distinguir “derecho” de “jurídico”; c) ni “analogado secundario” de “denominación impropia”; ch) el tener solamente en vista la concepción liberal y su crítica; d) y tal vez un excesivo apego al esquema iusfilosófico implícito en el tomismo histórico, concretamente en Tomás: evidentemente éste no tematizó el DS, aunque creemos que sí lo conoció.

De lo que expresa Lachance sobre los poderes del hombre y su relación con el campo moral y el campo jurídico (llega a hablar de “poderes morales”), no se ve por qué no admitir la existencia de *poderes jurídicos* (se les llame o no “derecho”). Repárese en este texto:

En consecuencia la facultad moral... designa la libertad de todo hombre con respecto a lo que es honesto. Cuando *se restringe al orden jurídico*, ella es el poder que posee (*sic*) cada uno para ejercer legítimamente su actividad y para usar sus bienes. Como los términos lo indican, ella no es ni más ni menos que el poder racional del individuo o de la sociedad frente a sus deberes. (*El concepto...*, p. 314, bastardilla nuestra).

Conclusión: ¿hay poderes jurídicos? Según el texto anterior pareciera que sí, pero según el que ahora transcribo, de otra obra, no los habría.

Una vez establecido que el poder moral de la persona *no tiene relaciones particulares* con el campo jurídico y que no deriva del derecho, sino en razón de sus propiedades genéricas de valor moral... (*El Derecho...*, p. 194).

No obstante, en el capítulo anterior (p. 191), decía:

Santo Tomás se plantea otra cuestión de la misma naturaleza cuando se pregunta si alguien puede poseer algo como propio. Busca entonces si este poder exclusivo, “potestas procurandi et dispensandi”, puede llegar, en efecto, a ser un derecho. *Su respuesta es afirmativa...* (bastardilla nuestra, *El Derecho...* p. 191. Cfr. la p. 206).

A la luz del texto antes citado ¿por qué rechaza y con tanta seguridad, la tesis de que “Santo Tomás conocía el derecho-facultad moral y que lo utilizaba”? (*El Derecho...*, p. 205, en que replica a Ihering; ver *infra* nº 12).

Acoto, además, que por lo menos no está clara, en Lachance, la distinción entre el PJ y su ejercicio.

El aporte principal de Lachance está indudablemente en la crítica al DS como centro del orden jurídico y de esa forma a cualquier interpretación individualista del tomismo.

12. Sobre Santo Tomás y el DS

A la luz de la historia de la doctrina de nuestro tema, es de interés conocer si autores como Santo Tomás, por ejemplo (o los juristas romanos), conocieron el DS, qué doctrina implícita (el desarrollo doctrinal explícito es sin dudas moderno) sostenían sobre el mismo, y si lo consideraban o no “derecho” llamándolo así (*ius*).

Es sabido que H. Héring, en un tan famoso como breve artículo aparecido en la revista *Angelicum*, defendió, citando 14 textos, que Tomás de Aquino conoció y utilizó la aceptación de D como DS.¹⁰⁴ Lachance dice que ningún texto de los citados autoriza la conclusión a que aquél arriba.¹⁰⁵

Nos parece que la claridad y abundancia de los textos citados por Héring imponían un análisis más severo de su posición, esclareciendo qué otra acepción de “d” utilizaba Tomás de Aquino en los pasajes alegados por aquél.

Por nuestra parte, y mientras ello no se pruebe, pensamos que hay lugares tomistas en que la utilización de *ius* sólo se explica en el sentido de PJ o DS; y en la misma acepción hay que entender la utilización de la palabra *potestas*.¹⁰⁶

13. Sobre Marx

Tres breves observaciones a propósito de Marx:

a. Es evidente que en la *La cuestión judía* él hace una crítica, sobre todo, de la concepción “burguesa” de los derechos del hombre. En ese sentido su crítica tiene *aspectos de validez permanente*. (Que ya hemos señalado *supra* en el par. 4).

b. Pero a la luz de las bases filosófico-generales de su pensamiento cabe decir que él no está en condiciones de admitir la existencia de verdaderos derechos subjetivos, o sea, de admitir la “parte de verdad” que hay en las remanidas “declaraciones de derechos”. En efecto, la existencia de derechos subjetivos supone, por lo menos, la admisión del orden jurídico como un orden de conductas de hombres *libres*, de *personas*, o sea de todos sustantivos *espirituales*, no sometidos totalmente al desarrollo ciego de las relaciones materiales, ni a los avatares de una historia que no sería para Marx el despliegue de las conductas libres de aquellos entes. O sea: en la medida en que rijan las bases materialistas deterministas, historicistas, contenidas en la doctrina de Marx, no es posible hablar, en ningún sentido, de verdaderos derechos subjetivos de los hombres, o de “derechos humanos” a secas.

c. Otra cosa será decir que en forma por demás implícita haya en el marxismo algunos puntos que permitirían hablar, aunque en forma contradictoria con los aspectos que acabamos de señalar, y con un contenido equivocado,

¹⁰⁴ HIACYNTUS HÉRING, “De iure subjective sumpto apud S. Thomam” en revista *Angelicum*, 16 (1939), pp. 295-297 (son menos de 3 páginas).

¹⁰⁵ LACHANCE, *El Derecho*, cit. n. 54, p. 205.

¹⁰⁶ DS en Tomás Aquino. Así, por ejemplo, en suplemento a la *Suma Teológica*, a. 2, tomado como se sabe del *Com. a las Sent.* de Pedro Lombardo, en el cuerpo se habla de “uxor in viro *potestatem*”, refiriéndose al débito matrimonial; en el ad 1 se repite “*potestatem in corpus viri*”; en ad 2: “mulier non habet *ius plus petendi*”. En II-II, q. 66, a.2, c.: “*potestas* procurandi et dispensandi”. En I-II, 96, 4, c.: “*Iuri suo debet cadere*”; y en I-II, 90, se llega a hablar de “*ius iniquum*”; en I-II, 97, 1, c.: “*potestas dandi honores*” (refiriéndose al poder de elegir gobernantes); en Supl. 64, 4, ad 1 se habla de “*subtrahitur uxori ius suum*”; en “*Q. de Virt. in communi*”, 14: “*Reges et principes civitatum dominantur liberis, qui habent ius et facultatem repugnandi quantum ad aliqua praecepta regis vel principis*”; en *Quodl.* II, 8: “*...ius exigendi decimas*”, etc. Nos parece que en estos y en otros casos, la *potestas* o el *ius* no están tomados ni como el acto o “cosa” justa, ni como ley o norma o estatuto, ni como lo que le corresponde a cada uno en el reparto, ni como juez o tribunal, ni como el arte de juzgar, etc., sino como el *poder jurídico*.

de una cierta doctrina de la justicia y, en definitiva, de los DDSS. En ese sentido, la inspiración que el marxismo da en Occidente a los movimientos por los "derechos humanos" por más sospechosa y errónea que fuere la doctrina que la sustenta, es un manifiesto alegato contra las bases mismas del pensamiento marxista.¹⁰⁷

14. Admisión del DS bajo otros nombres

Cabe señalar, también, cómo de una manera o de otra, algunos objetantes de la noción de DS vienen, finalmente a admitirla. Sea bajo otros nombres, como lo ha hecho Duguit; sea como técnica propia de los regímenes capitalistas, como lo ha hecho Kelsen; sea quizá bajo protesta por precisión de lenguaje, como lo ha hecho Villey; sea con las reticencias con que admitiendo la expresión se ha expedido Lachance.¹⁰⁸

Cabe preguntarse, entonces, si la noción de DS (como PJ) no será una noción necesaria, que filosóficamente deba admitirse, sean cuales sean las correcciones que haya que hacer a las doctrinas más al uso sobre el mismo, las restricciones al alcance de la expresión "DS", y las cuestiones sobre el nombre con que la designemos. Estos puntos serán materia de otro trabajo.

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ
Instituto de Filosofía Práctica
Consejo Nacional de Investigaciones
Científicas y Técnicas
Universidad Católica Argentina (Rosario)

¹⁰⁷ Cfr. C. MASSINI, *Ensayo crítico acerca del pensamiento filosófico-jurídico de Carlos Marx*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976; y una cierta rectificación en *Sobre justicia y Marxismo*, separata del Boletín de Ciencias Políticas y Sociales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 1979. Ver nuestra recensión crítica al primer trabajo en *Mikael*, Paraná, nº 16, p. 121, en que defendíamos que en el marxismo habría implícita y contradictoriamente cierto ideal de justicia. En "Marx y el orden natural". *Mikael*, nº 19, 1979, pp. 79-88, mostramos cómo ese cierto ideal implícito de justicia se advierte en la crítica del orden capitalista cotejándolo con el orden medieval, que resulta de algún modo reivindicado por Marx.

¹⁰⁸ Dice con acierto Dabin refiriéndose a Duguit: "...He aquí que el DS, que bajo las especies del sentimiento natural de justicia se encontraba ya situado al principio de la regla de derecho, figura ahora también en su término final: carrera honrosa para una noción declarada inútil y vana". "La verdad es que negar el DS, en el plano en que nos hemos situado, vendría ser negar la justicia. Ahora bien, Duguit, personalmente, está lejos de negar la justicia: con la opinión de la gran masa de los espíritus admite la justicia, y cree servirla con eso. Este es todo el secreto de la contradicción entre el sabio y el hombre..." (p. 56).

HECHO Y DERECHO

Ex facto oritur ius

Cuando el vulgo, el simple hombre de la calle repite irreflexivamente el secular proverbio español que reza:

Del hecho nace el derecho

sin saber nada de cierto sobre su origen, reitera una clásica sentencia proverbial recogida por el *Refranero General Ideográfico Español* bajo el número 15.579; tampoco sabe, por cierto, que así expresa algo decisivo en torno al problema del origen del Derecho; y aún es mucho menos consciente de que tal proverbio no constituye más que una nueva versión vulgarizada del aforismo clásico que sirve de epígrafe a este fragmento iurisfilosófico, y que los prudentes romanos acertaron a expresar en su rigurosa lengua imperial, afirmando que:

Ex facto oritur ius

Pues bien, en la esfera de los entes intramundanos destacan netamente las relaciones interhumanas o interpersonales en el ámbito social, que connotan no ya situaciones contrarias o antagónicas, sino contradictorias o antitéticas, origen de los llamados *conflictos de intereses*, los cuales no sólo explican sino que también justifican la existencia del Derecho y las exigencias jurídicas. Lo cual viene determinado por la conformación esencial del mundo, pues como señala Maihofer:

Este extraño estado de cosas: que el bien de uno sea generalmente el mal del otro, parece tener un fundamento en la estructura misma del mundo.¹

Pero la relación jurídica, en la cual el Derecho tiene su concreción, es apenas un *modo de ser*, una modalidad de las *relaciones sociales*; como que toda *relación jurídica* es necesariamente una *relación social*, aunque no toda relación social sea simultáneamente una relación jurídica. Además de ésta, en efecto, en toda sociedad pueden darse también otras relaciones interpersonales, como ser: las de proximidad, amor, amistad, caridad, etc.

De ahí, entonces, que aquella únicamente pueda darse dentro de una sociedad organizada. Sin embargo, más que de una precedencia histórica de la sociedad sobre el Derecho, trátase más bien de una inherencia natural del

¹ *El Derecho natural como Derecho existencial*, en Simposio dedicado a la ciencia jurídica, La Plata, ed. del Instituto de Filosofía del Derecho y Sociología, 1970, p. 226.

derecho en la sociedad; o sea, que, siendo lo normativo inseparable de lo colectivo, es preciso reconocer la evidente simultaneidad de ambos; en razón de que la sociedad del Derecho es tan indiscutible como la juridicidad de la sociedad. Ésta, en efecto, no podría existir sin cierta organización jurídica, por rudimentaria que fuese. Por tanto, si alguna prioridad ha de reconocerse a la sociedad, no será cronológica ciertamente, sino más bien ontológica o de naturaleza.

Pues bien, desde el momento en que un acto íntimo se exterioriza, queda convertido en un hecho social que, en cuanto tal, cobra existencia en el tiempo y el espacio, al par que cae bajo la regulación jurídica.

En este dominio reina la obligatoriedad intersubjetiva; siendo ésta, en consecuencia, la nota definitoria de lo jurídico: no la coactividad como Kant pretendía.

El *Derecho* es cosa exclusiva del hombre, único sujeto de derechos: en rigor, pues, no hay más que derechos humanos, pues si bien los animales pueden ser objetos del Derecho, nunca deben ser tenidos por sujetos de derechos. Ni el comportamiento instintivo e irracional del animal puede ser jurídicamente regulado, como lo es la conducta del hombre; ni mucho menos aún pueden serlo las plantas sin conciencia. El concepto de lo normativo es, así, tan ajeno al mundo de lo biológico, cuan extraño al universo físico.

En cuanto a la socorrida fórmula *derechos humanos* sobre los cuales tanto declámase ahora entre nosotros, pareceme una expresión absurda y absurdamente redundante.

Pero la idea del *Derecho*, desconocida entre los pueblos salvajes que ignoran la distinción fundamental entre “lo mío” y “lo tuyo”, no es alcanzada sino por aquellas naciones ya muy civilizadas de la tierra. Y, tanto es así, que ni siquiera ciertos reinos de negros ya muy adelantados, han podido adquirir dichas nociones; pues están convencidos de que “la tierra es un bien común”, según datos aportados por Herder, quien sobre dichos reinos añade que:

Anualmente distribuyen entre ellos sus agros y los cultivan con poco trabajo; recogida la cosecha, el suelo vuelve a pertenecerse a sí mismo.²

El *Derecho* en su aspecto positivo —*ius positum*— es una creación humana que, como tal, está ligado a las ciencias del hombre: *Psicología, Ética y Antropología*. Pero con el fin de no salir del terreno de lo jurídico, ha de procederse a distinguir ante todo entre *Derecho natural* y *Derecho positivo*; o sea, entre el *ius naturale*, fundado *in ipsa natura rei*: en la naturaleza misma de las cosas, y el *ius positum*, originado *ex libera voluntate hominis*, en la libre voluntad del hombre, sobre el cual Santo Tomás decía:

Ius positivum derivatur a iure naturali (1 2., q. 95, a. 2 o. y 3.4.c).
versis temporibus (Cfr. *Summa Theol.*, 1 2, q. 91 a ad 1).

De donde se infiere claramente que para el santo doctor medieval el *ius positum* es un derecho histórico.

² *Ideen zur eine Philosophie der Geschichte der Menschheit*, bajo el título: *Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad*, trad. cast., Buenos Aires, Losada, 1939, p. 238.

Sin embargo, aunque *Derecho positivo* y *Derecho natural* se inscriban en la misma categoría lógica, difieren fundamentalmente entre sí; porque mientras éste representa *la idea de justicia en su absolutez*, aquél ofrece solamente sus reflejos participados e imperfectos; o sea, *es el Derecho en su inmediata relatividad e historicidad*.

Con todo, el *ius naturale* y el *ius positivum* no se presentan como dos extremos irreductibles: como un “esto” o un “aquello” entre los cuales haya que optar, ya que no se trata de una alternativa frente a la cual hay que tomar una decisión, sino que más bien ha de procurarse una integración de ambos.

Pareciera, por ende, que el criterio más acertado para distinguir entre *Derecho natural* y *Derecho positivo* no es el de la variabilidad derivada de su historicidad, sino el de la validez; de tal suerte que puede afirmarse con decisión que éste no es válido por sí mismo, como el *Derecho natural*: he ahí la diferencia que realmente los separa: porque mientras el *Derecho natural* fundamenta su validez intrínseca en la naturaleza misma de las cosas —*ex ipsa natura rei*—, el *Derecho positivo* asienta su extrínseca validez en la falible voluntad humana que opera en el tiempo y el espacio. Carente, pues, de validez propia, el *Derecho positivo* vale por el *Derecho natural* que lo sustenta. De ahí que Santo Tomás dijese que:

Ius positivum derivatur a iure naturali (1 2., q. 95, a. 2 o. y 3.4.c).

Así, por ejemplo, la Constitución Nacional, con ser una norma fundamental, pertenece al *Derecho positivo*; y, en cuanto tal, puede ser reformado *in infinitum*.

En definitiva, el *Derecho natural* o *ius naturae* queda inscripto en el dominio de la naturaleza; en el de la *fysis* de Aristóteles; mientras que el *Derecho positivo* —*ius positivum*— resultante de libres decisiones humanas se inscribe en la esfera de lo humano. Trátase, pues, de dos dominios coexistentes, si bien separables. Inconfundibles, en suma.

Ahora bien, todo acto humano admite una doble valoración: moral y jurídica. De ahí el carácter bifronte de la conducta humana y de la Ética que de ella se ocupa. La existencia de actos humanos antijurídicos impone, a su vez, la necesidad de establecer el imperio del *Derecho* mediante el empleo de acertados criterios jurídicos, pues toda rectificación de conductas humanas —*misión del Derecho*— ha de operarse siempre según ciertas ideas y normas.

Mas para llegar a lo que de ordinario denominase “*aplicación del Derecho*” ha de procederse primeramente a aproximar los hechos juzgados al derecho aplicable. Y como el carácter definitivo y definitorio de la norma jurídica radica en que la obligación contenida en ella, no es simplemente propuesta, sino categóricamente impuesta, en ella la obediencia resulta literalmente decisiva, ya que no es meramente indicativa, sino esencialmente imperativa. A diferencia de las leyes causales del orden físico-natural, las leyes jurídicas que regulan la convivencia humana en la sociedad, no son explicativas, sino más bien normativas. La diferencia que media entre unas y otras radica en que mientras aquélas son leyes naturales o físicas de causalidad, éstas son leyes morales de normatividad. La norma viene a ser, así, la ley jurídica por excelencia.

Pero las leyes jurídicas, en cuanto *normas* de conducta, no denotan la realidad de los hechos; ni dicen tampoco de qué modo estos hechos suceden, sino que sólo connotan un determinado *deber ser* que, así, tórnalas prescriptivas o imperativas de cierta conducta como *debida*.

El *Derecho*, en definitiva, reviste un doble carácter; a saber, es tan *hipotético* cuan *categorico*.

La norma jurídica es, en efecto, tan *descriptiva* cuan *imperativa* de una cierta conducta social que así determinase como comportamiento jurídico. De manera, entonces, que la norma jurídica viene a ser la expresión de lo justo tanto como la prescripción de lo debido. "*Lo justo*", *tó dikáion*, en la nomenclatura de Aristóteles, designa lo igual estrictamente debido a otro en cuanto otro y exigible por éste. Aun en su significación más banal la norma jurídica connota obligatoriedad; de ahí que bajo este concepto imponga respeto. La obligatoriedad legal conviértese, así, en un principio de respeto.

Pero pretender que todo derecho se agote en la mera experiencia jurídica, como sostiene Gurvitch, más que una exageración parece una desviación: un craso error en definitiva. Sin embargo, esa es precisamente la falencia del positivismo jurídico, para el cual todo derecho es afirmable únicamente como hecho; o sea, como *Derecho positivo*, ya que el *Derecho natural* sólo representa a sus ojos una simple quimera. A menos de caer, entonces, en esa pura ideología ha de sostenerse que

L'idée de droit est toujours l'idée d'un droit
conforme reza la fórmula preferida de Gurvitch.

Y cuando Duguit, a su vez, viene a decirnos que del hecho social de la interdependencia de los hombres en la sociedad procede la norma jurídica, de modo que la existencia de la misma pende directamente del hecho social, hay que entender que ella constituye la representación del último fin del orden social que ha conducido a los miembros del grupo a erigir el sentimiento de solidaridad en principio de regulación jurídica.

En fin, aquello que confiere su propio perfil a la *regla jurídica* radica en que ésta, más que propuesta es impuesta; siendo, por tanto, menos declarativa que imperativa. La obligación, o mejor, la obligatoriedad es inherente a la norma jurídica; esta es, así, una regla literalmente obligatoria y no meramente declaratoria. Y en virtud de tal inherencia, precisamente, ella difiere de las otras reglas. De la lógica, la aritmética o la geometría, por ejemplo. Con lo cual no quiero significar sino que ella difiere fundamentalmente de éstas por ser un imperativo especificante, al par que fundante de la validez y eficacia de la norma jurídica. Lo cual no significa sino que la razón en cuya virtud la norma jurídica difiere de aquello por la cual resulta *eficiente*. Validez y eficiencia de la norma jurídica tienen, pues, uno y el mismo principio.

El *Derecho*, sin embargo, es esencialmente normativo; pero de aquí no ha de inferirse que sea también necesariamente coactivo, como pretende Kant y sus continuadores; porque de ser así el orden jurídico en nada diferiría del orden policíaco.

Todos los sucesores de Kant, en efecto, coinciden sin excepción en adoptar una misma actitud de adhesión a lo *a priori lógico*, haciendo de éste el punto céntrico de su concepción filosófica y jurisfilosófica, al par que insisten en la necesidad de estudiar la normatividad lógica del conocimiento humano.

Pero, según nuestro modo de ver —arguye Wilhelm Sauer— tal Derecho “meramente formal” es la excepción; es un caso patológico, algo que es preciso superar tan pronto como sea posible. Un Derecho meramente formal es una enfermedad del cuerpo popular.

Pero un poco más adelante dicho autor agrega todavía:

El Derecho meramente formal es un Derecho fosilizado y sin vida si carece de infraestructura social, en tal caso, su vida es sólo aparente.³

¡Paradojal resultado del fenomenismo kantiano!

En definitiva, entonces, ni “Derecho meramente formal” ni Derecho puramente experimental; porque tanto uno como otro son formas extremas del error; y “*los extremos se tocan*”, según advertía el Estagirita, cuya mezótes o “*justo medio*” es la verdad.

Pero he aquí que toda sociedad se rige no sólo por normas ético-jurídicas, sino también por ciertos usos tradicionales que en ciertos casos pueden suplir a la ley misma. Cabe preguntarse, pues, si la costumbre puede ser principio del Derecho. En los hechos, empero, bien puede suceder que la costumbre vigorice o debilite al Derecho; mas nunca puede crearlo o cancelarlo, ya que la razón de ser del mismo está muy por encima de la mera costumbre.

Sin embargo, toda costumbre arraigada en una comunidad durante largo tiempo gracias a un uso continuado, acaba por adquirir fuerza de ley. Tal es el caso de Inglaterra y aun de todo el Imperio Británico.

Esa es, en efecto, una de las características fundamentales del Derecho inglés; y lo que Radbruch ha llamado “*amor inglés a la tradición*”, sobre la cual expresa:

Los viejos usos, las viejas formalidades, procedentes de un antiguo pasado, han seguido heredándose hasta nuestros días. El inglés se complace en esas viejas formas, aun cuando se dé con gusto el aire de menospreciarlas.⁴

Pero los pragmáticos ingleses son también los casuistas del derecho y, como tales, hacen prevalecer en Inglaterra la justicia del caso particular, representada entre ellos por la *equity*, auténtica versión inglesa de la *epieikeia* del

³ W. SAUER, *Filosofía jurídica y social*. Trad. cast. de D. Luis Legaz y Lacambra. Labor, 1933, pp. 215-6.

⁴ *Der Geist des englischen Rechts*. Trad. cast. de Fernando Vela bajo este título *El Espíritu del Derecho inglés*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, p. 21, Biblioteca Conocimiento del hombre.

griego Aristóteles. La *Case-Law* inglesa sólo trata del Derecho en discusión sobre la cual Radbruch dice:

se debe decir que participa a la vez de rigidez y de flexibilidad, de suerte que, según la naturaleza del asunto y según la naturaleza del derecho, tan pronto es rígida como flexible.⁵

Por otra parte, toda injusticia quiebra el orden social existente, y suscita un cierto deseo de venganza entre los individuos asociados.

Nada, empero, resulta más contrario al *Derecho* que la injusticia legalizada; es decir, aquella "*injusticia bajo forma de ley*" de la que nos habla Werner Maihofer, quien empleaba, precisamente, la fórmula paradójal que postula un *derecho supralegal*, en cuya virtud una injusticia no deja de ser tal, aun cuando esté formulada bajo forma legal.

Pero la existencia del Derecho positivo injusto, porque de eso se trata, conduce a muchos a cifrar sus esperanzas en la contundencia de la *ley de Lynch* que, de aplicarse rigurosamente, trocaría el acto de justicia en un hecho de barbarie, ya que todo linchamiento es, precisamente, eso: ¡una barbaridad! Esto mismo sería también una ley positiva que prescribiese dar siempre la razón al más fuerte; es decir, al poderoso, como asimismo la que dispusiese tratar lo igual como desigual o lo desigual como igual.

Mas para superar tan natural reacción humana no hay otro medio que "*digerir la injusticia*", cuyo secreto sólo el Cristianismo conoce. Así, por ejemplo, todo homicidio resúltanos indignante; aunque lo sea más aún el infanticidio, ya que éste implica la máxima violencia contra la suprema inocencia. Su criminalidad, empero, no reside tanto en la indignación que produce cuanto en la injusticia que introduce.

La vida es el supremo valor humano que al Derecho toca tutelar. Y la institución de la legítima defensa no es sino una consecuencia del fundamental derecho a la vida que a todo hombre asiste.

Pero sin aquella "*indignación*" o *némesis*, ese ardoroso sentimiento suscitado en el hombre por la injusticia que sufre, imposible o vana sería la lucha por la justicia, cuya necesidad había sido de antiguo postulada por Platón en su *Politeia*, hace ya más de veinticinco siglos, formulando así un precioso anticipo de la "*lucha por el derecho*", ese ideal jurídico reformulado en nuestro tiempo por Rudolf von Ihering en su célebre opúsculo titulado: *Der Kampf ums Recht*, en el cual revive el viejo ideal platónico: nueva prueba de que los grandes maestros danse la mano a través de los siglos.

La "*lucha por el Derecho*", así entendida, empero, no se agota obviamente en la "*lucha de clases*", tal como el bolcheviquismo la concibe; a saber, como

⁵ Ob. cit., ed. cit., pp. 60-1.

un enfrentamiento entre oprimidos y opresores, sino que se trata de algo mucho más trascendente.

Ahora bien;

todo hecho puede producir derechos: todo hecho irrevocable, derechos irrevocables,

ha dicho con ponderable precisión el P. Luigi Taparelli.⁶

Pero un hecho puede forzar, mas nunca obligar. Y como entre el hecho y el Derecho media un largo trecho, según dice la popular sabiduría paremiológica, si suprimimos toda diferencia entre el hecho que fuerza sin obligar, y el Derecho que obliga sin forzar; de suerte que el uno ya no difiere esencialmente del otro, sino que constituyen una misma realidad, la obligatoriedad de la norma jurídica resultará tan indemostrada cuan indemostrable.

La fuerza es, ciertamente un elemento complementario del Derecho: pero no es el Derecho mismo. Lo complementa, mas no lo constituye; o sea, hace a su efectividad, pero no a su esencia. Y es por esa razón que la fuerza no se incluye en la definición del Derecho.

La fuerza, sin embargo, es más bien antinómica con el Derecho; aunque muchas veces acaezca que, de hecho, se cumpla en la vida social aquel proverbio alemán, tan oportunamente recordado por Stamler, en su obra *Das Recht und seine Wissenschaft* o *La Ciencia del Derecho*, que reza:

Macht ohne Recht gilt nichts auf diser Erden: Recht ohne Macht kann niemals Sieges werden.
o sea: La fuerza sin el Derecho nada vale en esta tierra: el Derecho sin la fuerza no puede triunfar.

En definitiva, pues, si bien en muchos casos viene a ser su complemento, la fuerza no puede ser su fundamento. De ahí que el *Derecho* sin la fuerza sea tan contrario a la eficacia de lo jurídico; como la fuerza sin la justicia contraría la esencia de lo jurídico.

Por fin, es cierto que valido de la fuerza, el Derecho puede imponerse en los hechos; o sea, es posible que los haga prevalecer de hecho, mas nunca en conciencia. Pues bien, la miseria de un derecho positivo injusto radica, precisamente, en que puede imponerse en los hechos: jamás en las conciencias. Por eso, de semejante derecho decimos que no obliga a la persona en su fuero interno.

El derecho no es una esencia, sino que es una dialéctica expresa con acierto Julien Freund.⁷

Según Freund el Derecho sería, entonces, una dialéctica que se ejercita en el dominio de las relaciones interpersonales de la sociedad, en la cual cada uno de los asociados vive su vida propia de persona.

⁶ *Ensayo histórico del Derecho Natural*. Trad. cast. Madrid, 1884, t. II, p. 58.

⁷ *L'Essence du politique*. Trad. cast. bajo el título: *La Esencia de lo político*, Madrid, Editora Nacional, 1968, p. 228 (Col. Mundo Científico, Serie Filosofía).

Y como toda persona está hecha para la verdad, ésta no puede resultar indiferente a nadie. Otro tanto acaece con el Derecho que, en rigor, no es creado por el hombre, sino encontrado por éste como la verdad. Aunque tampoco el *Derecho*, en cuanto cosa de hombres puede permanecer indiferente a la verdad, sino que, por el contrario, lo verídico es inherente a lo jurídico.

Mucho háblase hoy de la igualdad ante la ley. Sin embargo, impónese aquí una aclaración. Al respecto preciso es puntualizar de inmediato que si bien todos los hombres son iguales *en esencia, de hecho* son desiguales. Dicha igualdad no proviene, pues, de la norma, porque ésta no puede crear una igualdad fáctica, ya que como apunta Micelli:

La norma non può creare una eguaglianza di fatto, perche una eguaglianza di fatto non è possibile.⁸

Una igualdad semejante no puede darse jamás en la realidad en cuyo dominio reina la más absoluta desigualdad jerárquica.

La persona es el principio radical tanto de la *moral* cuanto del *derecho*; sólo que éste constituye una *forma específica* de valorar la conducta humana en la cual

esso pone e consacra il carattere assoluto della persona.⁹

La *persona* es, así, el primer elemento que conforma la estructura esencial del *Derecho*, su sujeto y beneficiario, según lo he llamado en otro lugar; la conciencia personal, el segundo, y el deber ser es el tercero.

Pero si admitimos aún que el *Derecho* no es sino un punto de vista de la *Ética*, cuyo objeto no es otro que regular las relaciones interpersonales, la trama de las cuales constituye y define a la convivencia social, debemos aceptar también que la filosofía jurídica es parte integrante de la filosofía moral. Si ello es así no ha de verse en el *Derecho* sino una ordenación moral de la conducta personal en sus relaciones *ad alterum*; mejor dicho, una rectificación moral de la conducta humana, en cuanto referida específicamente a las relaciones de alteridad de las personas.

Pero si a todos los hombres se discierne la misma cantidad de derechos, es simplemente porque cada uno de ellos es reconocible por su calidad de persona. Dado, pues que soy una persona puedo erigirme en sujeto de un derecho tan absoluto cuanto absolutamente inviolable. Inviolabilidad que obviamente connota la personalidad.

En definitiva, la igualdad jurídica no se halla en el terreno de los hechos: ya que allí reina la más absoluta desigualdad. Aquéla no puede ser sino una igualdad de derecho que, como tal, nunca puede ser real, sino legal.

BELISARIO D. TELLO.

⁸ *Principi di Filosofia del Diritto*, Milano, Società editrice libraria, 1914, p. 205.

⁹ G. DEL VECCHIO, *Il concetto della natura e il principio del Diritto*, Bologna, Nicola Zanichelli, ed., 1922, p. 84.

LA CATEGORÍA DE LAS RES MANCIPI

En una nota anterior¹ se puso de resalto que la división de las cosas en muebles e inmuebles constituyó la *summa divisio rerum* del derecho justinianeo; en cambio, tanto en el derecho arcaico como en el clásico, esta distinción tuvo escasa repercusión. Es por ello que los derechos occidentales intermedios y modernos, que han recogido la versión bizantina del Derecho Romano, han adoptado la división de las cosas en muebles e inmuebles, como la básica y fundamental; a lo que debe añadirse una nueva categoría, consecuencia del avance de la ciencia aplicada, que es la de los muebles registrables.

Pero en el Derecho Romano prejustinianeo, la máxima distinción entre las cosas estuvo dada por las categorías de las *res Mancipi* y la de las *res nec Mancipi*. Las primeras estaban sometidas a formas peculiares de enajenación, sujetas a determinadas formalidades (que en comunidades de no muy numerosa población permitían la publicidad negocial), así como en el presente tales solemnidades están reservadas, de algún modo, a los bienes inmuebles y a ciertos muebles de determinadas características.

Acerca de la importancia de la distinción, en épocas del derecho clásico, nos ilustra Gayo, jurisconsulto de dicho período:

Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi (2, 18).

En atención a ello, se procurará formular algunas reflexiones acerca de esta clasificación de las cosas, cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos y que tuvo vigencia en toda la edad clásica. Se sintetizarán, además, las ideas originales de algunos autores que han profundizado el estudio de este importante tema.

I. LA VOZ *Mancipi*

Existe consenso entre los romanistas en pronunciarla esdrújula (*máncipi*), en tanto que los filólogos se inclinan por una pronunciación grave (*mancipi*). En cambio, entre los romanistas, la determinación del significado de este vocablo no resulta pacífica, ya que para algunos, *mancipi* es el dativo de *manceps*, en tanto que para otros es el genitivo de *mancipium*.

Es cierto que de ser genitivo de *mancipium*, la palabra debería ser *mancipii*, pero la no duplicación de la *i* final debe ser un arcaísmo conservado en el lenguaje jurídico. La conservación de la forma arcaica puede explicarse por la antigüedad de la *mancipatio*, lo que se demuestra por la necesidad del pesa-

¹ La expresión "inmuebles" en el Derecho Romano, *Revista Internacional del Notariado*, XXVII, 1977, pp. 151 y ss.

je del *aes rude*, por cuanto no existía aún la *pecunia numerata*: la primera acuñación de la moneda dataría del 289 A.C. Ello explica la supervivencia del genitivo arcaico *mancipi* en lugar de *mancipii*.

Ferratino hace derivar *mancipi* de *manceps*,² para lo que se apoya en un texto de Festo, que dice:

qui quid a populo emit conductive, quia manu sublata significat se auctorem emptionis esse.

Biondi le responde acertadamente que con esta derivación no se aclara cuál sería el valor jurídico del vocablo en cuestión.³

También Volterra⁴ considera que *mancipi* es el dativo de *manceps* y no el genitivo de *mancipium*, invocando en sustento la autoridad de “ilustres filólogos”. Agrega que a partir de este dato adquiere singular valor la definición de Gayo:

Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur: unde etiam mancipi res sunt dictae (2, 22).

Sin embargo, no parece que el argumento de este autor pueda llegar tan lejos como se pretende, ya que el pasaje transcripto en modo alguno se desmerece si se considera a *mancipi* como genitivo de *mancipium*. En la antigua lengua latina no existía la palabra *mancipatio* y este ritual negocio era expresado a través del vocablo *mancipium*, por lo que —a partir de este dato— el párrafo transcripto alcanza especial relieve y aventa toda duda acerca de que se trata del genitivo de *mancipium*.

Cabe también recordar otro argumento esgrimido en pro del genitivo: a partir de un texto de Séneca (de benefic. 5, 19, 1), D’Ors⁵ demuestra que se trata de este caso de la declinación:

(servus) mei mancipii res est.

También recuerda este autor⁶ que se trata del genitivo arcaico, que no duplicaba la *i* y apoya su argumento advirtiendo que para distinguir a las cosas que no eran *mancipi* se empleaba el adverbio anticuado *nec* por *non*.

Refuerza este argumento la circunstancia de que en las Reglas de Ulpiano no aparece el genitivo en su forma arcaica, sino en la clásica:

Omnes res aut mancipii sunt aut nec mancipii (19, 1).

y a la versión de este texto se la toma del *Breviarium Iuris Romani* compuesta por Arangio-Ruiz y Guarino.⁷ Con lo que queda demostrado que en la expresión *res mancipi*, esta última voz constituye el genitivo de *mancipium*.

² SDHI, *Res mancipi, res nec mancipi*, 1937, pp. 434 y ss.

³ Istituzioni di Diritto Romano, Milano, 1932 § 33, p. 160, n. 29.

⁴ Istituzioni di Diritto Privato Romano, Roma, 1980, p. 281, n. 2.

⁵ Derecho Privado Romano, Pamplona, 1983, § 133, p. 182, n. 2.

⁶ Loc. cit.

⁷ Milano, 1974, p. 641.

En cuanto a la etimología del vocablo, el parecer casi unánime lo hace derivar de *manus capere*. Varios textos lo confirman; así, por ejemplo, Varrón (de ling. lat. 5, 8).

Mancipium quod manu capitur.

o Gayo (1, 121).

unde etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur.

II. LA NÓMINA DE LAS *res Mancipi*

Al igual que en muchas otras instituciones, no se encuentra en las fuentes del Derecho Romano una definición o una caracterización que permitan al intérprete —partiendo de ellas— establecer cuáles eran las cosas que estaban incluidas en la categoría de las *Mancipi*. Esta no aparece definida ni descripta; las *res Mancipi* resultan simplemente enumeradas, por lo que cabe establecer cuál ha sido el elenco de estas cosas tan caras a los romanos.

De poco sirve para este menester la compilación justiniana, dado que la distinción había sido suprimida por el propio emperador Justiniano mediante una constitución del año 531, legalizando lo que era un estado de hecho, ya que como se verá en el apartado V, desde mucho antes había caído en desuso. Por eso se observa en el *Corpus Iuris* que la voz *mancipatio* ha sido reemplazada por *traditio*.

Como en otros temas del derecho clásico también es Gayo, a través de sus instituciones, quien proporciona el más abundante material, si bien se pueden recoger también otras referencias en el *Epitome Ulpiani* y los *Fragmenta Vaticana*. Los textos involucrados en esta búsqueda son:

Est etiam alia rerum divisio: nam aut Mancipi sunt aut nec Mancipi. Mancipi sunt veluti fundus in Italico solo, item aedes in Italico solo, item servi et ea animalia quae collo dorsove domari solent, veluti boves equi muli asini; item servitutes praediorum rusticorum (Gayo 2, 14a). Mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item iura praediorum rusticorum, velut via iter actus aquaeductus; item servi et quadrupedes, quae dorso collo domantur, velut boves muli equi asini. Ceterae res nec Mancipi sunt. Elefanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec Mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt (Ulp., 19, 1).

Sobre la base de estos textos, se puede establecer el catálogo de las *res Mancipi*.

1. En primer lugar están los bienes raíces, sean fundos rústicos o edificios urbanos, situados en territorio itálico. Cabe recordar que Italia, en tiempos de los romanos, era un área geográfica de menor extensión que la que hoy tiene la república del mismo nombre: se extendía entre los dos mares, desde el Magra y el Rubicón por el Norte, hasta el estrecho de Mesina. Augusto extendió hasta los Alpes el límite Norte.

En cuanto a los inmuebles sitos en territorio provincial, solamente podían ser considerados como *res Mancipi* cuando estaban asimilados por medio del *ius italicum* a los situados en Italia, siendo en consecuencia objeto de propie-

dad quiritaria. El resto de las tierras provinciales no podía ser objeto de verdadero dominio, aunque el derecho acordado a los particulares en la práctica funcionara como tal.

2. En segundo término se encuentra a los esclavos. Sabido es que éstos carecían en absoluto de capacidad jurídica —si bien a través del tiempo se fue atemperando el rigor de su situación— por lo que eran objeto y no sujeto del derecho. Los esclavos eran simples cosas y como tales, *mancipi*. Institución contraria a la naturaleza, como la misma jurisprudencia lo afirmó por medio de Florentino:

Servitus est constitutio iuris gentium, quae quis dominio alieno contra naturam subicitur (D. 15, 5, 4, 1).

3. También integran la categoría los animales de tiro y carga que se doman por el cuello o por el lomo, a saber: bueyes, caballos, mulas y asnos. El mismo Gayo ilustra acerca de una disputa escolástica referente a estos animales:

Sed quo diximus ea animalia, quae domari solent, mancipi esse, quomodo intelligendum sit, quaeritur, quia non statim ut nata sunt domantur. Et nostrae quidem scholae auctores statim ut nata sunt mancipi esse putant; Nerva vero et Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant, quam si domita sunt; et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi esse incipere, cum ad aetatem pervenerint, in qua domari solent (2, 15).

Este interesante pasaje revela que el juriconsulto estaba enrolado en la escuela de los sabinianos, la que parece aún tenía vigencia a fines del siglo II, por cuanto se supone que Gayo murió en tiempos de Cómodo (180-192). También se aprecia que la tesis sabiniana se impuso definitivamente en la jurisprudencia posterior, ya que ni Ulpiano en el párrafo transcrito al comienzo de este apartado ni Papiniano (Frag. Vat., 259) hacen alusión alguna a que estas bestias recién con la doma pasaran a ser *res mancipi*.

Hay otros animales de tiro y carga de los que se doman por el cuello o por el lomo que no integran la categoría: se trata de los camellos y de los elefantes. Gayo invoca una razón histórica para explicar su exclusión:

Et ideo ad rem non pertinent, quod haec animalia etiam collo dorsove domari solent; nam ne notitia quidem eorum animalium illo tempore fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse, quasdam res nea mancipi (2, 16).

Esta alusión demuestra la antigüedad de la distinción, ya que según Plinio la aparición de elefantes domesticados (de los otros nunca hubo) en Italia data de los tiempos de la guerra de Pirro, o sea, del 280 AC.

En cambio Ulpiano, en el pasaje antes transcrito, excluye a los camellos y elefantes de la categoría, sosteniendo que integran el número de las bestias. Este argumento, por cierto, no demuestra nada. En cambio, si se admitiera la opinión de Nerva y Próculo a la que Gayo alude en 2, 15, si las bestias recién debían ser consideradas *mancipi* a partir de su doma, no habría inconvenientes para que los camellos y elefantes domesticados se integraran a la clase.

Para los que consideran que la existencia de la categoría se fundamenta en las necesidades de la agricultura, está claro que ni los elefantes ni los camellos resultan idóneos para estas tareas, lo que justifica su exclusión. Pero la más acertada resulta ser la opinión de Gayo: cuando aparecieron estos animales en Italia ya hacía mucho tiempo que la distinción existía. Y conviene recalcar que lejos de tender a su desarrollo y ampliación, la división de las cosas en *mancipi* y *nec mancipi* pierde gradualmente su importancia: ello aventa la posibilidad de incorporaciones tardías a la categoría.

4. Por último, están las servidumbres prediales rústicas. Del texto de Gayo (2, 14a) no surgen distinciones, por lo que todas las servidumbres de este tipo integrarían el elenco de las *res mancipi*. Esta interpretación aparece robustecida en párrafos posteriores:

Sed item fere omnia quae incorporalia sunt nec mancipi sunt, exceptis sevitutibus praediorum rusticorum: nam eas mancipio esse constat, quamvis sint ex numero rerum incorporalium (2, 17).

y también en

Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt, rusticorum vero etiam mancipari possunt (2, 29).

en los que el jurisprudente no formula distinción alguna.

Sin embargo, Ulpiano en el pasaje arriba reproducido (19, 1), luego de nombrar a las servidumbres prediales rústicas, añade *velut via iter actus aquaeductus*. Esta enumeración, ¿es simplemente ejemplificativa? Así lo considera Longo⁸ quien interpreta el texto de Ulpiano a la luz de los dos pasajes de Gayo precedentemente transcritos y le atribuye al adverbio (*velut*) un sentido ambiguo. Pese a tan calificada opinión, parece ser que solamente las cuatro servidumbres nominadas por Ulpiano eran *res mancipi*, ya que la distinción se remonta a épocas remotas, en las que solamente estas cuatro servidumbres serían las conocidas.

Pero por otra parte, las *Instituciones* de Justiniano limitan las servidumbres rústicas a las cuatro dichas:

Rusticorum praediorum iura sunt haec: iter, actus, via, aquaeductus (2, 3).

También aquellos autores que ven en la agricultura el origen y el fundamento de la distinción, limitan a estas cuatro servidumbres las incluidas en la categoría, pues consideran que estas son las únicas directamente vinculadas con el quehacer agrario.

Pero en esta cuestión la última palabra la tiene D'Ors, quien con respecto a las cuatro servidumbres rústicas aclara "que, en la concepción originaria, se confundían con la propiedad misma del terreno en que se ejercía el uso, y por eso quedaron incluidas en el grupo de las *res mancipi*".⁹

⁸ Corso di Diritto Romano: le cose-la proprietà e i suoi modi di acquisto, Milano, 1946, pp. 2 y ss.

⁹ Ob. cit., § 192, p. 255, n. 1.

5. Resta considerar si fuera de las cosas enumeradas en los párrafos que anteceden, hay otras que puedan integrar la categoría, lo que podría surgir de algunas fuentes literarias extrajurídicas. Así, Plinio hace referencias a la *mancipatio* de perlas —lo que implicaría que éstas deberían ser *res Mancipi*— si bien en la actualidad no se le concede mayor importancia a esta versión y no ha faltado quien pretendió ver un error de copia, procurando sustituir en el texto *mancipationem* por *nuncupationem*.

También Tácito refiere la *mancipatio* de una estatua, pero los intérpretes solucionan la cuestión sosteniendo que en el caso ésta formaba parte de un fundo.

Mayor importancia se le ha atribuido a un pasaje de Varrón en el que afirma que los bueyes, caballos, asnos y mulas *ut ceterae pecudes, emptioibus et traditionibus dominium mutant*, lo que tomado al pie de la letra echa por tierra toda la doctrina expuesta en el párrafo 3 de este apartado. Hay quienes pretenden zanjar la dificultad afirmando que en tiempos de Varrón las bestias de tiro y carga aún no integraban el grupo de la *res Mancipi*, pero esta interpretación choca con Gayo 2, 16, donde arguye que antiguamente los elefantes y los camellos no eran conocidos en Italia y pese a que se los doma por el cuello o por el lomo no estaban comprendidos en la categoría. Con ello demuestra que los bueyes, caballos, mulas y asnos son *res Mancipi* desde muy antiguo. Bonfante fuerza las cosas cuando explica el pasaje de Varrón argumentando que cuando éste escribió predominaba la tesis proculyana de que previo a la doma todos los animales eran *res nec Mancipi* y que el lingüista se refiere a esta época de la vida de dichas bestias.

Por su parte, Longo¹⁰ considera que Varrón no habla con precisión jurídica, limitándose a describir lo que ocurriría en los medios rurales, donde se enajenarían estas bestias mediante la simple tradición seguida de una estipulación en garantía de evicción, otorgada por el breve lapso de un año, necesario para que se opere la usucapión. Esta última opinión resulta la más coherente, por lo que cabe concluir que no hubo otras *res Mancipi* que las enumeradas por Gayo y Ulpiano.

III. EL RÉGIMEN DE LAS *res Mancipi*

Volviendo al texto de Gayo copiado al inicio

Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi (2, 18).

se procurará establecer cuál ha sido tal gran diferencia, que el mismo jurisconsulto se encarga de precisar:

Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fuit, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem (2, 19).

aclarando que la tradición es una forma de transmitir las cosas propia del derecho de gentes:

Ergo ex his quae diximus apparet quaedam naturali iure alienari, qualia sunt ea quae traditione alienatur (2, 65).

¹⁰ Ob. cit., p. 4.

En cambio, para transferir el dominio de las *res Mancipi*, la simple tradición resultaba insuficiente:

Mancipio vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. Quod autem valet Mancipatio, idem valet et in iure cessio (Gayo 2, 22).

Parecido concepto es el que registra Ulpiano:

Mancipatio propria species alienationis est rerum Mancipii, eaque fit certis verbis libripende et quinque testibus presentibus (19, 3).

Faltando alguna de estas dos solemnidades —*mancipatio* o *in iure cessio*— los efectos de la mera tradición de una *res Mancipi* no llegan a constituir una verdadera transmisión de la cosa en propiedad. Así lo afirma el propio Gayo:

Nam si tibi Mancipi neque Mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur, ex iure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias; semel enim impleta usucapione proinde pleno iure incipit, id est et in bonis et ex iure Quiritium, tua res esse, ac si ea Mancipata vel in iure cessa esset (2, 41).

No solamente la gran diferencia entre las dos categorías está en las solemnidades necesarias para su traspaso: el adquirente de una *res Mancipi* estaba mucho más protegido en caso de evicción que el de una *res nec Mancipi*. En efecto, quien enajenaba una *res Mancipi* debía prestar la *auctoritas*, esto es, intervenir en juicio en favor del adquirente si algún tercero cuestionaba su dominio. El plazo por el que se prestaba la *auctoritas* coincidía —lógicamente— con el de la usucapición:

Usus auctoritas fundi biennium, caeterarum rerum annus esto (L. XII Tab. 6, 3).

ya que no tiene sentido extender la garantía más allá de la usucapción, por cuanto operada ésta el dominio resulta indiscutible. Exceptuando, claro está, a los extranjeros, que no podían usucapir.

adversus hostem aeterna auctoritas est (L. XII Tab. 6, 4).

Si pese a la asistencia del enajenante, el adquirente resultaba vencido en un juicio sobre la propiedad de la cosa, disponía contra aquél de la *actio auctoritatis*, de naturaleza penal, por el doble de lo pagado.

Otra de las diferencias entre las *res Mancipi* y las que no lo eran, estaba dada por la prohibición que pesaba sobre la mujer *sui iuris*, que no podía enajenarlas sin la aprobación del tutor. Tal lo que surge de los siguientes textos:

Nunc admonendi sumus neque feminam neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienari posse; nec Mancipi vero feminam quidem posse, pupillum non posse (Gayo 2, 80).

Tutoris auctoritas necessaria est mulieribus quidem in his rebus: ...si rem Mancipi alienent; pupillis autem hoc amplius etiam in rerum nec Mancipi alienatione tutoris auctoritate opus est (Ulpiano 11, 27).

Faltando la *auctoritas tutoris* en la tutela ejercida por los agnados, la cosa así enajenada era equiparada a las furtivas o a las habidas con violencia, por lo que la L.XII.Tab. vedaba su usucapión, tal como lo enseña Gayo:

Item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res Mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipso tutore auctore traditae essent; id ita lege XII tabularum cautum erat (2, 47).

Y en otro orden de cosas parece que hasta el siglo IV A.C. solamente las *res Mancipi* debían declararse a los fines del censo.¹¹

Todo esto demuestra que se trata de una categoría de cosas sujetas a un régimen rigurosamente regulado en su enajenación y transmisión, en vista, seguramente, a la publicidad de los negocios. Y producida la enajenación de un modo normal, estaba el acto estrictamente protegido y garantizado.

Este régimen tan poco elástico, que seguramente tuvo su razón de ser cuando Roma no era nada más que una reducida comunidad agrícola —una más entre sus congéneres del Lacio— no podía conservarse con todo su rigorismo con el transcurso de los siglos, que la llevaron a convertirse en cabeza de un imperio inigualado. El desarrollo económico, político y social, fruto preponderante de la victoria sobre Cartago, pese al acendrado conservadurismo de los romanos, hizo que se mantuvieran inmutables todas las consecuencias de esta clasificación. Por lo que ya a fines de la república se advierten signos de decadencia en el rigorismo que acompañaba al régimen jurídico de las *res Mancipi*.

Así, en supuestos de adquisición de una de estas cosas sin haber acudido a alguno de los medios válidos —*mancipatio* o *in iure cessio*— el derecho honorario neutralizó las consecuencias que el derecho quirritario ponía a cargo del adquirente, concediéndole hasta tanto se cumpliera el plazo de la usucapión, distintos remedios jurisdiccionales.

Contra la injusta reivindicación del enajenante, el adquirente dispuso de una excepción, la *rei venditae et traditae*:

Marcellus scribit, si alienum fundum vendideris, et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum (D. 21, 3).

Y si el despojo provenía de un tercero, el adquirente dispuso de la *actio Publiciana*:

Item usucapio fingitur in ea actione quae Publiciana vocatur. Datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse et ita quasi ex iure quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: *iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit et traditus est, anno possideisset, tum si eum hominem de quo agitur, eius ex iure quiritium esse oporteret et reliqua* (Cayo, 4, 36).

¹¹ Cfr. DE FRANCISCI, *Síntesis histórica del Derecho Romano*, Madrid, 1954, p. 162.

También la *auctoritas tutoris* que pasaba sobre la enajenación de las cosas *mancipi* de las mujeres sujetas a tutela, tornóse en una mera formalidad y la abolición de la tutela de los agnados hizo caer la prohibición de usucapir las *res mancipi* enajenadas sin la auctoritas de éstos. Ya la jurisprudencia había considerado usucapibles a todas las cosas enajenadas por la mujer sin la correspondiente *auctoritas*, argumentando que la usucapion estaba vinculada a la posesión y ésta no estaba vedado transferirla:

Qui a muliere sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit, vel falso tutore auctore quem scit non esse, non videtur bona fide emisse; itaque et veteres putant, et Sabinus et Cassius scribunt. Labeo quidem putabat nec pro emptore eum possidere, sed pro possessore. Proculus et Celsus proemptore, quod est verius; nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit, et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare posset. Iulianus, propter Rutilianam constitutionem, eum qui pretium muliere dedisset, etiam usucapere, et, si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere (Frag. Vat. 1).

No obstante estas atenuaciones, la distinción entre las *res mancipi* y las que no lo eran, perduró durante todo el período clásico. Pese a la mejora obtenida con los remedios honorarios antes señalados, el adquirente de una *res mancipi* sin haberse cumplido las debidas formalidades, se veía privado de enajenarla válidamente o de legarla *per damnationem*; y si de un esclavo se trataba, no podía manumitirlo. Y para el enajenante perduraba ese riguroso medio de garantía que fue la *auctoritas*.

IV. LOS FUNDAMENTOS DE LA CATEGORÍA

Luego de haber reseñado el diferente régimen jurídico a que estaban sujetas las *res mancipi*, resta considerar cuál fue el fundamento de esta distinción, cuestión sobre la cual existen opiniones encontradas. Como lo señaló Longo¹² esta clasificación no responde a diferencias naturales de las cosas, como, por ejemplo, las hay entre las cosas muebles e inmuebles, distinción que —como se dijera— y en su calidad de *summa divisio rerum* sustituyó en el derecho justiniano a la que acá se trata. Añade el autor nombrado, que la distinción se funda en la diferente función económico-social que cumplían las *res mancipi*.

Este autor sigue en la materia una de las más difundidas teorías acerca de los fundamentos de la categoría, que tiene como cabeza a Bonfante,¹³ quien pone de resalto que en todo ordenamiento jurídico, sea antiguo o moderno, se distinguen las cosas en base a un criterio económico-social. Proporciona al respecto algunos ejemplos, como ser la distinción entre las cosas visibles e invisibles del derecho ático, entre bienes reales y personales del antiguo derecho anglosajón, etc., de las que es hermana la antigua distinción romana. Precisa que el carácter netamente agrícola de la economía romana primitiva condujo a que algunas cosas muy importantes para dicha actividad, constituyeran una propiedad social del consorcio gentilicio, por lo que desde antiguo recibieron un tratamiento especial: tales son las *res mancipi*. Y puntualiza que

¹² Ob. cit., p. 7.

¹³ *Scritti Giuridici vari*, Torino, 1918, pp. 14 y ss.

ha sido el ulterior desarrollo político-económico de Roma, con el consiguiente desenvolvimiento del comercio, que hizo pasar a la agricultura a un segundo plano, lo que provocó la decadencia de la categoría.

A pesar de la gran autoridad de su autor y si bien no le faltan profundidad y sentido común, esta hipótesis no resulta muy convincente. Fundamentalmente, porque no parece que haya sido la vinculación con la agricultura la razón de la inclusión de algunas cosas en el patrimonio colectivo del grupo social, sometiéndolas a un régimen jurídico de excepción. Partiendo del hecho incuestionado de que la clasificación es muy antigua y de que no se han descubierto, con el devenir de los siglos, signos de una evolución en la categoría, antes al contrario, con el correr del tiempo los síntomas son de decadencia, cabe concluir que algunas de las cosas que integran resultan ajenas a la agricultura y que debe descartarse una incorporación tardía a la clase. Tal el caso de la propiedad urbana, de la que no hay pruebas de que se haya incorporado al grupo de las *res Mancipi* en épocas más recientes. También es sabido que el cultivo de la tierra fue la gran actividad de los antiguos romanos, a la que se dedicaban de un modo personal, relegando a los escasos siervos que por entonces había a las tareas manuales y de servicio impropias de los *cives*, lo que prueba que no se trata tampoco en este caso de algo relacionado con la agricultura. Con respecto a los animales, tampoco parece que asnos y mulas sean apropiados para el cumplimiento de labores agrícolas, siendo su ordinaria finalidad la de constituir un medio de transporte de personas y de cosas. Y de las cuatro servidumbres rústicas arcaicas, la de *actus* —pasar ganado por fundo ajeno— tampoco tiene vínculo con la agricultura. Lo que conduce a descartar que éste haya sido el fundamento de la categoría.

De los textos que en el curso de esta monografía se han citado, está claro que para la jurisprudencia clásica la razón de ser de la categoría le era completamente desconocida, por lo que nada aportan de utilidad para su comprensión. Por otra parte, cabe tener en cuenta que la distinción se remontaría a tiempos anteriores a la constitución de la *civitas*, lo que importa una absoluta carencia de datos históricos y de elementos de juicio indubitables que permitan dilucidar la cuestión. No obstante ello, una hipótesis distinta de la de Bonfante ha venido a esclarecer el panorama, recibiendo la adhesión de numerosos estudiosos.

Se trata de la construcción formulada por De Visscher¹⁴ quien sostiene que el *Mancipium* era un poder único detentado por el *paterfamilias*, el que se ejercía tanto sobre personas como sobre cosas; y estas eran las *res Mancipi*. Integraban la categoría aquellas cosas más indispensables para el grupo y que resultaban de mayor importancia en el consenso social; en otras palabras, cosas que en edades antiquísimas constituyeron la parte más valiosa del patrimonio y por ello sujetas al poder del *paterfamilias* y sometidas a un singular régimen jurídico.

¹⁴ SDHI, *Mancipium et res Mancipi*, 1936, pp. 263 y ss.

La hipótesis precedentemente resumida se fundamenta en la distinción entre familia y pecunia que se encuentra en la L.XII Tab.:

Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto (5, 3). Si intestato moritur, cui suus heres nec sit, adgnatus proximus familiam habeto (5, 4).

Distinción que Gayo renueva cuando proporciona la fórmula del testamento *per aes et libram*, tal como se lo otorgaba en su tiempo:

Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio et ea. Quo tu iure testamentum facere possis secundum legem publicam (2, 104).

Esta distinción importa que *familia* (que en sus orígenes debió ser solamente el conjunto de los esclavos) eran los bienes comunes del grupo, sometidos al poder —*mancipium*— del *paterfamilias*, de allí su denominación de *res Mancipi*. En cambio, *pecunia* designa a aquellos otros bienes que son del dominio particular del *paterfamilias* y que dieron origen a la clase de las *res nec Mancipi*.

Precisamente, por ser componentes de la *familia* es que se sometió a las *res Mancipi* a un régimen riguroso, ya que habría un claro interés social en la preservación del patrimonio común. En tanto que las cosas que formaban parte de la *pecunia* del *paterfamilias* podían ser enajenadas libremente, sin otro requisito que el de la mera entrega: estas eran las *res nec Mancipi*, o sea, no sujetas al *mancipium* del *paterfamilias*.

V. EL FIN DE LA CATEGORÍA

Por esa tenaz tendencia conservatista que es dable advertir en casi todas las instituciones jurídicas romanas y pese a la decadencia antes señalada (ap. III), la categoría de las *res Mancipi* perduró durante todo el Principado. Pero con el advenimiento del Bajo Imperio, a partir de Diocleciano, el centro de gravedad del mismo se traslada al Oriente, y Bizancio desplaza a Roma como capital. Ya a partir del año 212 y en razón de la Constitución Antoniniana, el *ius civile* era aplicable a todos los súbditos. Esto importó que unas instituciones jurídicas genuinamente romanas, entre ellas la clase de la *res Mancipi*, resultaran incomprensibles en un medio donde primaban otras ideas y otros intereses.

Ello condujo al paulatino desuso de la *mancipatio* y como consecuencia de ello, la pérdida de la importancia de la distinción. Cuando el emperador Justiniano, en el año 531, poco antes de emprender la compilación, dispuso la supresión de una clasificación considerada como inútil, no hizo más que recoger la realidad del medio:

Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est et merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentis sublati (CL, 7, 31, 1, 5).

Las palabras empleadas revelan que la antigua concepción de los romanos era para los bizantinos, anacrónica y fuera de lugar. En favor del emperador hay

que tomar en consideración que obra como legislador y no como historiador del derecho, no mereciendo, por lo tanto, reproche alguno por haber señalado que en su época era una distinción inútil. La distinción entre muebles e inmuebles pasa a ser desde entonces —y así continúa— la *summa divisio rerum*.

La *mancipatio* —lo que importa la existencia de *res Mancipi*— subsistió aisladamente en algunas zonas de la alta Italia postjustiniana, sometidas a los francos y a los longobardos.¹⁵ También aparece, como cláusula ajena a la realidad, en algunos documentos italianos del medioevo.¹⁶

EDMUNDO J. CARBONE

¹⁵ ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, Madrid, 1977, I, § 60, p. 104, n. 124.

¹⁶ ARANGIO-RUIZ, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, 1973, p. 225.

LA CONCEPCIÓN ANALÓGICA DEL DERECHO SEGÚN GEORGES KALINOWSKI

I

PERFIL INTELECTUAL DE GEORGES KALINOWSKI

1. *El filósofo*

Gran parte del descrédito sufrido por la filosofía jurídica clásica se debe al menosprecio, por parte de muchos de sus cultores, del rigor investigativo, la precisión terminológica y conceptual y la coherencia lógica de las exposiciones. Amantes varios de ellos de la literatura, se explayaron largamente —a veces en páginas de singular belleza— acerca de los derechos y los deberes del hombre, pero sin cuidar demasiado la exactitud del lenguaje y la corrección de las inferencias demostrativas. Contra estos autores, en su gran mayoría de origen español, ha dirigido Michel Villey páginas demolidoras,¹ que si bien a veces pecan por lo excesivo, no dejan por ello de encerrar una verdad fundamental.

Pero la filosofía práctica de raíz aristotélica no está sólo representada por estos intelectuales hispánicos amantes de las bellas letras y menospreciadores de la lógica, sino que también cuenta con algunos cultores de los estudios lógicos y metafísicos, obsesionados por el rigor y la seriedad de las investigaciones. En este último grupo se destaca notablemente el filósofo franco-polaco Georges Kalinowski.

Nacido en 1916 en Lublin, Polonia, estudió en este último país y en Francia, derecho, filosofía y lógica. Terminada la Segunda Guerra Mundial obtuvo el Doctorado con una tesis sobre “La teoría de la regla social y de la regla jurídica de León Duguit” y comenzó a enseñar filosofía en la Universidad Católica de Lublin. En esta universidad fue designado, en 1962, Decano de la Facultad de Filosofía, en cuyo carácter le tocó contratar como profesor de ética a un todavía oscuro sacerdote de Cracovia llamado Karol Wojtyła.

En este período de su enseñanza en Polonia, Kalinowski publicó dos libros: su tesis sobre León Duguit y *La teoría del conocimiento práctico*, como asimismo un estudio de especial importancia: “Théorie des propositions normatives”, resumen de su tesis de habilitación. Este trabajo, publicado en el primer número de *Studia Logica* correspondiente a 1953, lo constituyó, junto con G. H. von Wright y O. Becker, en uno de los fundadores de la lógica deóntica contemporánea. Es necesario destacar, respecto de este último trabajo, que fue redactado con total desconocimiento de los desarrollos que contemporánea-

¹ Entre otros lugares, ver MICHEL VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, París, Dalloz, 1976, p. 72 y *passim* y “Un nouveau produit du néothomisme dans la doctrine catholique du droit naturel”, en *A.P.D.*, n° 18, París, Sirey, 1973, pp. 323 y ss.

mente llevaban a cabo Von Wright y Becker, lo que confiere a las elaboraciones de Kalinowski un estricto carácter de originalidad.²

La obra escrita de nuestro autor —correspondiente siempre a su período en Polonia— se completa con varios cursos publicados en forma mimeografiada y en idioma polaco: “Elementos de lógica formal”, “Filosofía del Derecho” e “Historia de la Filosofía”; además, publicó varios artículos en francés y en polaco, los primeros fundamentalmente en *Logique et Analyse*, la prestigiosa revista del Centre National Belge de Recherches de Logique.

En 1959, Kalinowski trasladó su residencia a Francia, en donde inició su actividad intelectual como profesor de Filosofía Moral en la Universidad Católica de Lyon; sobre la base del contenido de estos cursos publicó, en 1966, una breve *Initiation a la philosophie morale*, en la que ofrece, de modo condensado y sintético, una precisa exposición de los problemas fundamentales de la ética filosófica; una prueba del valor de este pequeño volumen, lo constituye el hecho de haberse agotado completamente la edición en poco tiempo. En este período de su docencia lyonesa, Kalinowski continuó publicando numerosos artículos en revistas especializadas de Francia, Bélgica y Canadá.

Pero la etapa de mayor producción y creatividad del filósofo polaco, se sitúa a partir de su ingreso como investigador en el Centre National de Recherche Scientifique (C.N.R.S.), ocurrido en 1961; en 1977 fue elevado a la categoría de Director de Investigación de ese organismo, desempeñándose también como miembro del Centre de Philosophie du Droit de la Université de París, que dirige Michel Villey, y como integrante del Consejo de Redacción de los Archives de Philosophie du Droit.

Durante todo este lapso, las preocupaciones de Kalinowski han oscilado desde la lógica de las normas a la metafísica, pasando por la filosofía del derecho y la ética filosófica. Prueba de la amplitud de su interés científico son los títulos de los libros publicados durante ese período: *Introduction a la logique juridique* (1965); *Logique des normes* (1972); *Etudes de logique déontique* (1972); *Initiation à la philosophie morale* (1966); *Le problème de la vérité en morale et en droit* (1967); *La philosophie à l'heure du Concile*, redactado en colaboración con Stefan Swiezawski (1965); *Querelle de la science normative* (1969) y *L'impossible métaphysique* (1981). A estos volúmenes se agrega más de un centenar de artículos y notas, publicados en las mejores revistas científicas de Europa y de América, como asimismo la traducción de varias de sus obras al español, al alemán y al italiano.

2. Los maestros y la síntesis personal

Georges Kalinowski se formó originariamente bajo la dirección del filósofo del derecho polaco Czeslaw Martyniak, muerto por las tropas alemanas en 1939; discípulo a su vez de Jacques Maritain, Martyniak había publicado, en 1931, un enjundioso estudio sobre *Le fondement objectif du droit d'après Saint Thomas d'Aquin*,³ este trabajo es fundamentalmente un comentario al *Tratado*

² Sobre esto: GEORGES KALINOWSKI, *Etudes de Logique Déontique*, París, L.G.D.J., 1972, pp. 6-10.

³ CZESLAW MARTYNIK, *Le fondement objectif du droit d'après Saint Thomas d'Aquin*, París, etd. Pierre Bossuet, 1931 (se trata de su tesis doctoral).

de las Leyes de la Suma Teológica del Aquinate y aparecen en él ciertas nociones que veremos reiteradas en las obras de Kalinowski: el carácter analógico del término "derecho",⁴ la división de las leyes en prescriptivas, prohibitivas y permisivas,⁵ el carácter evidente de las normas naturales primarias⁶ y varias más, que manifiestan la gran influencia de este pensador sobre las ideas de Kalinowski, sobre todo en su formación originaria. Éste reconoce dicha influencia al dedicarle su última obra, con una frase cuya calidez hace que merezca ser transcripta:

A la memoria... de Czeslaw Martyniak, muerto bajo las balas de los SS el 23 de diciembre de 1939, quien, discípulo él mismo de Jaques Maritain, me inició el primero en la obra filosófica de Santo Tomás de Aquino, en testimonio de afectuoso reconocimiento.⁷

Esta dedicatoria nos reenvía, entonces, a otros dos pensadores: Jacques Maritain, quien le dedica el libro *La philosophie à l'heure du Concile* y Santo Tomás de Aquino. El influjo de Jacques Maritain es una constante en buena parte de los tomistas contemporáneos y en Kalinowski se deja ver en varios puntos, entre otros en su doctrina de la analogía, acerca de la cual habremos de escribir más adelante.

Y con referencia a Santo Tomás, el mismo Kalinowski ha precisado explícitamente el alcance de su contribución al desarrollo de su propio pensamiento; en *La philosophie à l'heure du Concile*, distingue entre tres tipos de tomismo: ante todo, el que puede llamarse "tradicionalista", que interpreta el pensamiento de Santo Tomás a la luz del comentario de Cayetano e insiste en negar todo valor a las investigaciones filosóficas contemporáneas; pero

en la medida en que los tomistas tradicionalistas identifican el pensamiento de Santo Tomás con el comentario de Cayetano, se arriesgan a faltar tanto a la verdad histórica, cuanto a la verdad filosófica. Sea como sea, su tomismo no parece ser integralmente el de Santo Tomás, ya que se separa de él en un punto capital: en la concepción más fundamental de toda filosofía, en la concepción del ente, que es en Santo Tomás existencial, mientras deviene en Cayetano, bajo la doble influencia de Duns Scott y de Avicena, en cierta medida esencialista.⁸

En segundo lugar, el que podría denominarse "neotomismo", que se sitúa ante todo en el presente, en un deseo de fidelidad al hombre moderno, pero sin lograr discernir los valores

de la filosofía antigua, en primer lugar del pensamiento auténtico de Santo Tomás. En esta síntesis de *nova* y *vetera* que ambiciona, los *nova* preponderan sobre los *vetera* (...). Por otra parte, si bien se busca una síntesis, no se llega en realidad sino a una yuxtaposición de lo "antiguo" y de lo "nuevo" o, lo que es peor, a una deformación radical del pensamiento de Santo Tomás.⁹

De este modo, el intento de una excesiva fidelidad a lo moderno, concluye por constituirse en una infidelidad fundamental, no sólo a lo antiguo, sino a las verdades eternas.

⁴ *Ibidem*, pp. 9 y ss.

⁵ *Ibidem*, p. 40.

⁶ *Ibidem*, p. 56.

⁷ GEORGES KALINOWSKI, *L'impossible métaphysique*, París, Beauchesne, 1981, p. 5.

⁸ GEORGES KALINOWSKI y STEFAN SIWIEZAWSKI, *La philosophie à l'heure du Concile* París, Société d'Éditions Internationales, 1965, p. 149.

⁹ *Ibidem*, p. 150.

Entre estos dos "tomismos", Kalinowski sitúa el de los dos autores que considera "los más eminentes tomistas contemporáneos": Jacques Maritain y Etienne Gilson. Estos autores —afirma—

buscan permanecer fieles a los textos de Santo Tomás y de los tomistas, no a una *escuela* en tanto que una abstracción, a una *communis opinio thomistarum*, ecléctica, exangüe, hasta incoherente (...) No se trata aquí de ser tomista o de ser moderno, sino de ser filósofo y de permanecer en la verdad. Se acerca a Santo Tomás y se inspira en él en la medida en que se encuentra en la verdad. Y si se eleva al Aquinate —en un cierto sentido— por sobre el resto de los filósofos, es porque su intuición del rol óntico del existir, intuición capital para la filosofía y su desarrollo, es un fenómeno único en la historia de la filosofía y le confiere a su autor un lugar aparte.¹⁰

Kalinowski llama a este tomismo "existencial" y se ubica expresamente en él, tal como se desprende de lo afirmado en el prólogo de *L'impossible métaphysique*; allí escribe que si bien ha heredado de Santo Tomás el legado que en ese libro se recoge, su metodología le es propia y compromete sólo su responsabilidad intelectual. Por otra parte, su gran cantidad de citas de uno de los más eminentes representantes de esta corriente, Etienne Gilson,¹¹ torna inequívoca su adhesión a ella.

Pero además del influjo de Santo Tomás y de los tomistas existenciales, Maritain y Gilson, a los que habría que agregar los polacos Krapiec y Swiezawski,¹² está presente en Kalinowski la influencia de la escuela polaca de lógica matemática, de Lukasiewicz a Tarski. Ha escrito a este respecto Rodolfo Bozzi, que es preciso agregar "el influjo de los lógicos polacos, que justo en esos años hacían florecer una escuela de repercusión mundial; basta recordar a Lukasiewicz, Lesniewski, Ajdukiewicz, Kotarbuski, Cluvislek y Tarski, todos ellos citados por Kalinowski".¹³ Sus desarrollos de lógica jurídica, lógica de las normas y lógica general, se inscriben en esta tradición lógica polaca; incluso la notación lógica que generalmente adopta es la elaborada por Jan Lukasiewicz.¹⁴

Todos estos influjos cristalizan en una síntesis personal, que puede resumirse como un intento de reformular la filosofía realista de base tomista en los términos de la contemporánea metodología de la ciencia y de la lógica matemática. El mismo Kalinowski lo afirma cuando escribe que

cada generación, lo que es más, cada filósofo, retoma por su cuenta los problemas que preocupaban ya a sus antecesores. Pero si éstos los resolvieron de modo satisfactorio, no es necesario buscar una solución diferente, simplemente por ser original, ya que lo que cuenta es lo verdadero y no lo personal. Va de suyo que la asimilación del aporte del pasado no dispensa del esfuerzo de ir más adelante, a costa del propio trabajo. Nos proponemos realizarlo buscando un rigor de pensamiento y de palabras inconcebible e inaccesible antes de la constitución, en nuestra época, de la metalógica (semiótica).¹⁵

¹⁰ *Ibidem*, p. 151.

¹¹ Sobre el pensamiento de Etienne Gilson, ver RAÚL ECHAURI, *El pensamiento de Etienne Gilson*, Pamplona, EUNSA, 1980, *passim*.

¹² Ver GEORGES KALINOWSKI, "La personne humaine et le droit naturel" en *A.P.D.*, n° 21, Sirey, 1976, pp. 239 y ss.

¹³ RODOLFO BOZZI, *La fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*, Napoli, ed. Jovene Napoli, 1981, p. 3.

¹⁴ Ver JAN LUKASIEWICZ, *La silogística de Aristóteles, desde el punto de vista de la lógica formal moderna*, Madrid, Tecnos, 1977, pp. 70 y ss.

¹⁵ GEORGES KALINOWSKI, *L'impossible métaphysique*, cit., p. 8.

En otras palabras, el aporte que intenta realizar Kalinowski a la tradición tomista es el de formular y replantear sus cuestiones desde las perspectivas proporcionadas por las contemporáneas teorías de la ciencia y por la lógica matemática, en especial en la versión que de ellas ha elaborado la escuela polaca. Y esta contribución la intenta en un amplio campo, que va desde la Filosofía del Derecho de sus inquietudes originarias, hasta la Metafísica de sus últimas especulaciones; pero antes de llegar a la Metafísica, lo realizó en el campo de la Ética general y de la Lógica deóntica, en lo que conforma una ambiciosa empresa intelectual, destinada a poner el rigor de la lógica al servicio de una más correcta formulación de la Filosofía. Para Kalinowski,

la filosofía, sin el rigor de pensamiento y de lenguaje que sólo la lógica puede desarrollar, se reduce rápidamente a una mera literatura, a la que podemos aplicar, aunque en un sentido totalmente diferente, la frase célebre de Russell para caracterizar a las matemáticas: "Ya no se sabe de qué se habla ni si lo que se dice es verdadero".¹⁶

Este periplo intelectual puede ser descrito como una búsqueda de autenticidad y de los fundamentos últimos. En efecto, de sus preocupaciones filosófico-jurídicas del comienzo y acuciado por la necesidad de encontrar un utilaje lógico a su medida, pasó al desarrollo de una lógica de las normas; comprendiendo que el derecho se inserta en el orden ético, sintió la necesidad de profundizar en los principios generales de la Ética filosófica; pero como el bien que la razón impera se funda en el ser que el intelecto contempla, no podía sino pasar de la filosofía del deber a la filosofía del ser o Metafísica, donde se centran sus últimas investigaciones.

En el presente trabajo intentaremos alcanzar un objetivo limitado, vista la vastedad de la obra de Kalinowski: sólo la exposición y valorización de su concepto del derecho. Los aspectos estrictamente lógicos de su obra escapan a nuestra competencia y, por otra parte, sabemos de otros investigadores que los tienen por objeto de sus preocupaciones. En cuanto a la dimensión metafísica, no sólo ya ha sido objeto de un largo estudio, por nosotros reseñado,¹⁷ sino que excede en mucho el ámbito de nuestra área de interés. Por lo tanto, nos circunscribiremos a la búsqueda de sus contribuciones más notables al pensamiento filosófico-jurídico, con las inevitables referencias a los puntos de la filosofía general que aparezcan como pertinentes.

II

CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA TEORÍA DE LA ANALOGÍA

1. *La noción de analogía*

La afirmación central de Kalinowski acerca del derecho es la que se refiere al carácter analógico de su noción; esta tesis es reiterada por el autor en varios

¹⁶ GEORGES KALINOWSKI, *Introducción a la lógica jurídica*, trad. de J. A. Casaubon, Buenos Aires, Eudeba, 1973, p. XIII.

¹⁷ CARLOS I. MASSINI, "Reseña del libro de Rodolfo Bozzi: *La fondazione metafisica del diritto in Georges Kalinowski*", en *Ethos*, nº 9, Buenos Aires, I.F.I.P., 1981, pp. 319-321.

lugares,¹⁸ razón por la cual puede considerársela como cardinal y definitiva en su pensamiento, del mismo modo que es cardinal en la Filosofía del Derecho considerada en sí misma. Para su estudio, comenzaremos por exponer a grandes rasgos y en general la doctrina de la analogía, para pasar luego al examen de la aplicación de esa doctrina al caso particular del término y del concepto de "derecho".

Ante todo, es preciso destacar que la noción de analogía es una cuestión disputada entre los autores; lo que es más, arduamente disputada, arribando varios de ellos a soluciones diametralmente opuestas. No vamos a efectuar aquí una reseña de esta polémica, sino a intentar una síntesis del tema; en este intento, haremos mención a algunas de las posiciones sostenidas en la disputa, en especial la de Kalinowski, pero siempre con el objeto de precisar qué cosa es la analogía y no el de historiar las controversias sobre su concepto.

Si bien pareciera que el primero que introdujo la temática de la analogía en el ámbito filosófico fue Platón,¹⁹ tomaremos como punto de partida el conocido texto de Aristóteles en la *Metafísica*, IV, 2, 1003 a 33, donde escribe que

el Ente se dice en varios sentidos, aunque en orden a una sola cosa (*ad unum*) y a cierta naturaleza única y no equívocamente, sino como se dice sano en orden a la sanidad: esto, porque la conserva; aquello, porque la produce; lo otro, porque es signo de sanidad y lo de más allá, porque es capaz de recibirla.²⁰

El más notable de los comentaristas del Estagirita, Tomás de Aquino, precisó la doctrina expuesta en este texto en las páginas finales de su opúsculo *De Principiis Naturae*, redactado alrededor de 1254;²¹ allí escribió el teólogo dominico que

hay tres maneras de predicar algo de muchos: en sentido unívoco, equívoco, y análogo. De manera *unívoca* se predica algo empleando una sola y misma palabra y según una sola y misma significación, es decir, definición, así como "animal" se predica del hombre y del burro (...). De modo *equívoco* se predica lo que se aplica a varios, según el mismo nombre pero con sentidos diferentes; así como "can" se aplica al animal que ladra y a la constelación (...). Se predica *analógicamente* lo que se dice de varios cuyas definiciones son diversas, pero se consideran bajo algo que les es común; es así como "sano" se dice de varios cuyas definiciones son diversas, pero se consideran bajo algo que les es común; es así como "sano" se dice tanto del cuerpo animado como de la orina o de un medicamento, sin que signifique lo mismo en los tres casos; se dice de la orina como de un signo de la salud, del cuerpo como de su sujeto, del medicamento como de su causa. Sin embargo, todos estos sentidos se refieren a un único fin, que es la salud.²²

¹⁸ Entre otros: "La pluralité ontique en philosophie du droit", en *Revue Philosophique de Louvain*, t. 64, 1966; "Essai sur le caractère ontique du droit", en *Revue de l'Université d'Ottawa*, V, n° 34, Ottawa, 1964.

¹⁹ BATTISTA MONDIN, *El lenguaje teológico. Cómo hablar de Dios, hoy*. Madrid, Paulinas, 1979, p. 163.

²⁰ ARISTÓTELES, *Metafísica*, IV, 2, 1003 a 33; se cita conforme a la versión de Valentín García Yebra, Madrid, Gredos, 1970; Guillermo de Moerbeke, tradujo este modo de analogía con la locución *ad unum*; ver, en la edición citada, t. I, p. 151.

²¹ Cfr. JACQUES MARITAIN, *El Doctor Angélico*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1979, p. 152.

²² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De principiis naturae*, VI, n° 29; se cita conforme a la edición de Jean Madiran, París, Nouvelles Editions, Latines, 1963.

Dicho en otras palabras, analógico es un término que se predica de varias realidades esencialmente distintas, pero que guardan entre sí una cierta relación, la que justifica se atribuya un mismo nombre a todas ellas. No se trata aquí de una predicación idéntica, como en el caso de la univocidad, sino de una predicación parcialmente igual y parcialmente distinta; así, por ejemplo, la palabra "principio" designa a lo que es primero, ya sea en el orden lógico, en el ontológico o en el cronológico;²³ la predicación es en este caso diversa, pues se trata de distintos órdenes de realidades, pero es idéntica en cuanto a la relación de prioridad que designa; la predicación es igual en un cierto sentido: en cuanto hace referencia a una relación de prioridad, pero es diversa en otro sentido: en cuanto se trata de prioridades de distinto orden.

Habiendo constatado que existen *nombres* analógicos, es preciso preguntarnos si existen también *conceptos* analógicos, es decir, si las *nociones* significadas por los términos análogos, pueden revestir ese carácter especial que se designa con la palabra analogía. Dicho con otras palabras, se trata de saber si existen conceptos —y no sólo nombres— que se refieran a entes específicos o genéricamente distintos, guardando una cierta unidad nocional.

La respuesta no es fácil, ya que debe sortear una dificultad de peso, cual es la de explicar cómo se puede aplicar un mismo concepto a realidades esencialmente distintas o que poseen una misma perfección de modo radicalmente diferente. Esta dificultad está concisamente expresada por Battista Mondin, cuando se pregunta:

¿cómo es posible que este mismo concepto represente muchos objetos que no participan de una perfección del mismo modo, sino en modos esencialmente diversos? Está claro que el mismo concepto, por ejemplo el concepto de vida, no puede representar adecuadamente y al mismo tiempo a los hombres, a los leones y a las plantas;

y plantea a continuación la siguiente alternativa

debemos, pues, concluir que o bien el concepto análogo representa perfectamente a uno de los analogados e imperfectamente a los otros, o bien que los representa a todos de modo imperfecto.²⁴

En otras palabras, en el caso de la analogía, la atribución de un concepto a cada uno de sus inferiores no puede tener la misma perfección que en el caso de la univocidad; en esta última, la perfección unívoca del concepto proviene de una limitación en su comprensión, ya que se prescinde de las notas o modalidades con que dicho concepto se verifica en sus inferiores. Por el contrario, en el caso de la analogía,

²³ Ver SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. T., I, q. 33, a. 1.

²⁴ BATTISTA MONDIN, ob. cit., p. 177.

la unidad imperfecta le viene al concepto análogo de no prescindir enteramente de las diferencias con que se realiza en los inferiores. Estas diferencias con que la noción análoga se realiza están contenidas implícita, pero formalmente, en la comprensión de aquélla; y por eso no puede prescindir totalmente de ellos, como fuera necesario para alcanzar la unidad perfecta del concepto unívoco. Tales diferencias son modos distintos de la misma noción análoga, de los que ésta no puede prescindir sin prescindir de sí misma. Podemos decir que el concepto análogo tiende a una unidad no perfectamente lograda, precisamente por no poder dejar de lado enteramente las diferencias con que él se realiza en sus inferiores, por estar tales diferencias contenidas en la comprensión misma del concepto uno.²⁵

Se trata, en otras palabras, de un tipo de concepto cuya riqueza atenta contra su perfección y su unidad; así, por ejemplo, la noción de ente se aplica al ente sustancial y al ente accidental, al ente vivo y al ente inerte, al ente real y al ente de razón, pero en todos los casos analógicamente, con una unidad sólo imperfecta, pues la entidad corresponde de distinto modo a cada uno de esos tipos de ente: el ente sustancial es un ente autónomo y el ente accidental no lo es, por lo que la unidad con que se aplica la noción de ente a ambos no es una unidad perfecta.

Pero lo que nos importa rescatar en este punto es que, a pesar de su unidad imperfecta, es posible aplicar un concepto análogamente a todos sus inferiores. Por lo tanto, resulta indudable que existen *conceptos* analógicos y no sólo *nombres* analógicos, posición esta última sostenida por el filósofo norteamericano Ralph Mc Inerny en una conocida obra sobre el tema; para este mismo autor, la predicación analógica

es siempre una denominación extrínseca de las cosas, no algo que les pertenece tal como existen *in rerum natura*. Es algo que atañe a las cosas en tanto conocidas y, en este nivel, la razón es siempre la misma: muchas cosas reciben un nombre común en la medida en que son denominadas a partir de lo que significa principalmente el nombre.²⁶

Pero aceptar esta posición —sólo *nombres*, no *conceptos* o *nociones* analógicas— significa, ni más ni menos, hacer imposible la Filosofía y sobre todo su parte principal, la Metafísica. En efecto, de no existir conceptos análogos, las nociones de ser, de ente, de causa, de esencia, de materia y, en general, todas las nociones metafísicas serían, tal como lo propone Wittgenstein, meros nombres carentes de sentido y que sólo sirven para plantear seudoproblemas. Frente a esto, la tarea de la Filosofía quedaría reducida a la de una mera crítica del lenguaje, con la función “terapéutica” de desenmascarar las equivocidades y confusiones del idioma, sea este “científico” o “vulgar”.²⁷

²⁵ OCTAVIO N. DERISI, “El Ser. Su constitución, su expresión conceptual”, en *Sapientia*, nº 148, Buenos Aires, 1983, pp. 84-85.

²⁶ RALPH M. MC INERNY, *The logic of analogy. An interpretation of St Thomas*, The Hague, M. Nijhoff ed., 1961, pp. 125.

²⁷ Ver LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, nos. 4.003, 4.0031 y 6.53, entre varios otros lugares; ver sobre Wittgenstein: TEÓFILO URDÁNOZ, “La filosofía analítica actual”, en *Sapientia*, nº 133/134, Buenos Aires, 1979, pp. 107-230.

2. Clasificación de la analogía

Lo que hemos expuesto hasta ahora nos lleva como de la mano al tema de la clasificación de la analogía, el que habremos de exponer dejando de lado la serie interminable de disputas que ha generado entre los diferentes autores. Conforme a la doctrina que nos parece más aceptable, la analogía podría dividirse, en primer lugar, en aquella que es sólo de nombres y que se denomina “extrínseca” y la que lo es además de conceptos y que es llamada “intrínseca”. A su vez, cada uno de estos tipos de analogía es susceptible de revestir dos formas, denominadas “de proporcionalidad” y “de atribución”. Esta última es aquella conforme a la cual un nombre, o un concepto en los casos de analogía intrínseca, se aplica perfectamente a una realidad y a otras imperfectamente, en razón del vínculo que guardan con la primera.

Afirma sobre esto Santo Tomás, que algo puede predicarse analógicamente de dos maneras:

La primera, cuando muchos guardan relación con uno sólo; por ejemplo, respecto a una única salud, se dice *sano* al animal como a su sujeto, a la medicina como a su causa; al alimento como su conservador y a la orina como a su señal;²⁸

en otras palabras, el término *sano*, que propia y perfectamente se predica del cuerpo animado, se aplica, en razón de ciertas relaciones de distinto tipo (eficiencia, significación, condicionamiento, etc.), a otras realidades esencialmente diversas: alimento, remedio, clima, rostro, zona, etc. Cuando se trata de una analogía puramente extrínseca, es decir, sólo de nombre, la atribución a los analogados derivados del término que tiene como sujeto perfecto al principal, es el fruto de una figura retórica llamada “metonimia”, por la cual un nombre, originalmente aplicado a una cosa, se predica por derivación de ciertas realidades diversas, en razón de la relación que guardan con la primera. Así, “militar” es un término que designa ante todo al sujeto que integra la milicia, pero se aplica derivativamente a todas aquellas realidades que con él se encuentran vinculadas, ya sea como instrumentos (avión militar), lugares propios (destacamento militar), signos (pabellón militar) o virtudes (honor militar).

En el caso de la analogía llamada de “proporcionalidad”, el nombre, o el concepto en su caso, se aplica a varias cosas con una razón proporcional pero no absolutamente idéntica, en virtud de una semejanza de relaciones entre los diversos sujetos y el nombre o concepto análogo. Así por ejemplo, la relación entre:

	=	
conocimiento sensible		conocimiento intelectual
animal		hombre
o entre:		
ciencia		ciencia
conocimiento especulativo		conocimiento práctico

²⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra gentiles*, I, 34.

es una relación similar, aun cuando el concepto análogo (conocimiento, ciencia) no puede atribuirse del mismo modo a los diferentes sujetos; en efecto, el animal no conoce de modo idéntico al hombre, ni la ciencia práctica lo es de modo idéntico a la especulativa; no obstante, puede atribuirse *analógicamente* el concepto de “conocimiento” al acto aprehensivo del animal y al del hombre y el de “ciencia” a un saber especulativo y a un saber práctico, aunque la atribución se haga de modo sólo proporcionalmente uno.

La analogía de proporcionalidad —escribe Kalinowski— consiste una vez más en una similitud. Lo que es más, tal como en la analogía metafórica, se trata de una similitud de proporciones. La diferencia es, no obstante, esencial:

La similitud de las proporciones que definen las funciones comparadas en la analogía metafórica, en nuestro ejemplo la similitud entre:

$$\frac{\text{alas de pájaro}}{\text{cuerpo de pájaro}} = \frac{\text{edificio lateral}}{\text{edificio central}},$$

es extrínseca, mientras que es intrínseca en cada una de las variantes de la analogía de proporcionalidad.²⁹

Kalinowski pone como ejemplos los casos siguientes: si tomamos la noción de “existencia” y la aplicamos al hombre y a Dios, nos queda:

$$\frac{\text{hombre}}{\text{su existencia}} = \frac{\text{Dios}}{\text{su existencia}}$$

lo que significa que la relación entre el hombre y su existencia es análoga proporcionalmente a la relación entre Dios y su existencia. Por lo tanto, la noción de existencia puede predicarse de Dios y del hombre, no porque sus existencias sean idénticas, ya que no lo son de modo infinito, sino porque es similar la relación que guarda cada uno con su existencia propia.

Luego de lo expuesto, podemos efectuar un cuadro³⁰ que represente los diversos tipos de analogía; es el siguiente:

Analogía	{	Extrínseca (sólo de nombres, no de conceptos)	{ de atribución extrínseca o metonimia
			{ de proporcionalidad impropia o metafórica
	{	Intrínseca (no sólo nombres, sino de conceptos).	{ de atribución intrínseca ³¹
			{ de proporcionalidad propia

²⁹ GEORGES KALINOWSKI, *L'impossible...*, pp. 212-213.

³⁰ El cuadro es similar al de JOSÉ HELLIN, *La analogía del ser y el conocimiento de Dios en Suárez*, Madrid, Editora Nacional, 1947, pp. 27-29.

³¹ Sobre este tipo de analogía es necesario realizar una breve digresión, toda vez que el autor que estudiamos no acepta su existencia; en efecto, en su trabajo sobre “La plura-

3 Los presupuestos de la analogía

Habiendo estudiado qué cosa es la analogía y esbozado su clasificación, es necesario que dejemos en claro los requisitos que deben reunir aquellas realidades que pueden ser conceptualizadas —no sólo ya denominadas— analógicamente. Dicho con otras palabras, es necesario preguntarse: ¿cuándo un cierto tipo de realidades son conceptualizadas analógicamente?; ¿cuáles son las notas que deben compartir para que esto sea posible de modo legítimo? ¿cualquier grupo de realidades puede ser objeto de una noción análoga?

lité ontique en Philosophie du Droit”, escribe que “si no existiera —cualquier cosa sea lo que haya pensado Santo Tomás de Aquino— más que la analogía de atribución, con sus dos formas: predicamental y trascendental, tendríamos en filosofía solamente nombres analógicos, pero jamás conceptos analógicos”; con esto niega expresamente la posibilidad de una analogía de atribución intrínseca, es decir, de conceptos y no sólo de nombres. Esta doctrina la reitera en su trabajo de metafísica más acabado: *L'impossible métaphysique*” (pp. 211 y ss.); allí nos dice que “toda analogía entre los entes no es otra cosa que una cierta unidad en la diversidad. Esta unidad es a veces demasiado laxa para que su captación intelectual se haga con la ayuda de un solo concepto, el que sería un concepto analógico; ello no justifica sino un término común analógicamente predicado de los analogados dados. Tal es el caso de la analogía de atribución y de la analogía metafórica (...). En estos dos casos empleamos un solo término, una vez en sentido propio y otro en sentido figurado, metonímico o metafórico, pero los entes designados por él y los conceptos que los significan permanecen distintos” (p. 215).

Conforme a esto, el esquema de los tipos de Analogía resultaría ser, según Kalinowski, el siguiente:

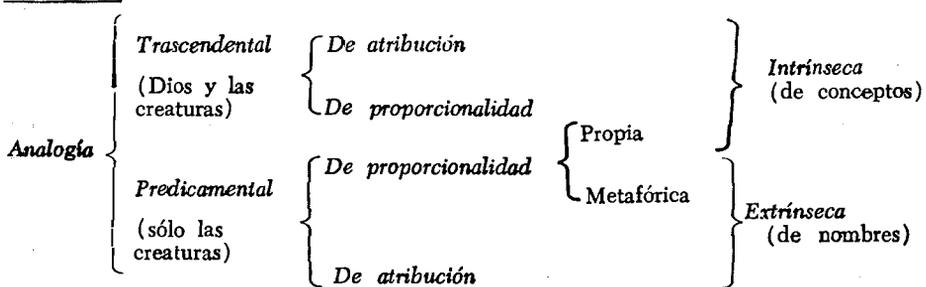
Analogía	{	1. De atribución	}	Sólo de nombres
		2. Metafórica (o de proporcionalidad extrínseca)		o extrínseca
		3. De proporcionalidad	}	De conceptos o intrínseca
a) Predicamental				
		b) Trascendental		

Acerca de esta doctrina, cabe efectuar las siguientes observaciones:

a) Ante todo no parece ser ella tomista. En efecto, los textos que traen a colación Santiago Ramírez (“En torno a un famoso texto de Santo Tomás sobre la analogía”, en *Sapientia*, Buenos Aires, 1953; el texto es el de *In I Sent.*, disp. 19, q. 5, a. 2, ad. 1), Bernard Montagnes (*La Doctrine de l'analogie de l'être d'après Saint Thomas d'Aquin*, Louvain, París, Publications Universitaires, Beatrice—Nawelaerts, 1963) y Cornelio Fabro (“Nuovi orizzonti dell' analogia tomistica”, en: *Essegesi Tomistica*, Roma, ed. della Pontificia Università Lateranense, 1969, pp. 407 y ss.), prueban, a nuestro parecer de modo decisivo, que Santo Tomás reconoció la existencia de una analogía de atribución intrínseca, otorgándole un lugar de preeminencia en su construcción metafísica. “La analogía del ente —escribe Fabro— en la formulación definitiva de Santo Tomás, es una analogía de atribución intrínseca, *secundum intentionem et secundum esse*, que implica, conjuntamente, la dependencia causal de los analogados por relación al primero (de los entes por relación a Dios) y la posesión íntima de la perfección de ser: la relación (de dependencia) *ad unum* es, por lo tanto, esencial a la analogía. De aquí se sigue que la analogía metafísica es del tipo *unius ad alterum* y no *duorum ad tertium*” (ob. cit., pp. 411-412).

Siguiendo los estudios de B. Montagnes, la solución tomista al problema de la analogía podría esquematizarse del siguiente modo:

En su ya citado trabajo acerca del lenguaje teológico, Battista Mondin nos dice que los “presupuestos ontológicos” requeridos por todos los tipos de analogía son: a) la multiplicidad de objetos, b) la desemejanza entre los objetos comparados y c) la participación de todos ellos en una perfección común. La necesaria *multiplicidad de objetos* resulta evidente, toda vez que la analogía es una cualidad de ciertos conceptos —o nombres— universales, los que por su



b) Pero diga lo que diga Santo Tomás, de todos modos resulta necesaria la existencia de una analogía de atribución intrínseca, toda vez que ella es la que sirve de fundamento a la analogía de la proporcionalidad. En efecto, esta última se da en el orden de las *esencias*, no en el del *esse*; en este último, la analogía de atribución la expresión conceptual de la *participación*, de la diversidad de grados como se participa el *esse* en los diversos entes. “A la analogía estática de proporcionalidad —escribe Fabro— se contraponen la analogía dinámica o de “atribución intrínseca”: así como aquella expresa a su modo una relación de semejanza, así esta última expresa, sobre todo, la relación de fundamento y de dependencia de los entes del ser (*esse*)” (“Elementi per una dottrina tomistica della partecipazione” en: *Esseggest...*, cit., p. 445). Sólo luego de haber expresado la existencia de un principio del que se predica una perfección en plenitud, perfección que es participada por los demás derivativamente, es posible establecer semejanzas entre el modo de existir la perfección en el participante y en los participados. Así, por ejemplo, es primero necesario destacar la analogía de atribución intrínseca del concepto de *verdad* (Verdad [de Dios] —, verdad de la inteligencia —> verdad de las cosas), para después comparar las funciones que la verdad cumple en los diversos grados de perfección:

$$\frac{\text{Verdad}}{\text{Dios}} = \frac{\text{Verdad}}{\text{intelecto humano}}$$

Respecto del fundamento de la analogía de atribución intrínseca, escribe Juan José Sanguinetti que éste se encuentra “en la causalidad. La analogía atributiva intrínseca es una consecuencia, para la lógica humana, de las relaciones de causalidad, pues los efectos constituyen una semejanza disminuida de la perfección de su causa propia” (*Lógica*, Pamplona, EUNSA, 1982, p. 61).

c) La fuente de Kalinowski en este punto, parece haber sido Maritain, quien hizo suya la doctrina cayetaniana de la analogía, que sólo aceptaba un tipo de predicación analógica intrínseca: la de proporcionalidad (Ver, JACQUES MARITAIN, *Siete lecciones sobre el ser*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1981, pp. 101-103 y *Los grados del saber*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1968, pp. 653-658). Para Cayetano y sus seguidores, que se movían en una línea esencialista, no podía haber sino analogía de proporcionalidad, que se da en el orden de las esencias; la analogía de atribución, la única que puede expresar el orden de la participación en el *esse*, les parecía ser sólo de nombre, es decir, una simple metáfora. En este mismo sentido, si bien no puede acusarse a Kalinowski de esencialismo —él mismo lo refuta repetidas veces— es de destacar que en su obra no se encuentra un desarrollo de la doctrina de la participación, lo que explica que no haya visto la necesidad y función de la analogía de atribución intrínseca (ver *In Meth.*, I, II, nº 2197, entre otros textos de Santo Tomás en ese sentido. Sobre la doctrina tomista de la analogía, ver también David B. Burrell, *Aquinas-God and action*, London, Routledge & Kegan Paul, 1979, sobre todo, la segunda parte).

propia definición suponen la diversidad de los objetos a los que se atribuyen.³² Respecto del segundo presupuesto,

la analogía exige —escribe el filósofo italiano— algún tipo de *desemejanza entre los objetos* comparados. No podemos, por ejemplo, comparar a Pedro y a Pablo respecto de la faceta humanidad, puesto que la humanidad es el constitutivo esencial de ambos, presente igualmente por esencia en ambos. La analogía tiene lugar sólo allí donde una perfección no es poseída del mismo modo, sino en modos diversos.³³

Por último, es necesario que exista una cierta semejanza entre los objetos, semejanza que proviene de su *participación en una perfección* que le es común, pero que se encuentra distribuida en ellos en grados o modos diferentes.

Si ponemos como ejemplo de lo antedicho al concepto análogo de “principio”, veremos que ese concepto es análogo, ante todo, porque existen varios tipos de principios; en segundo lugar, porque se trata de principios que pertenecen a diversos órdenes: lógico, ontológico, ético, temporal, etc., lo que implica una cierta semejanza; por último, porque existe en todos ellos una cierta perfección, de la que todos participan y que los hace, en cierto modo, idénticos, cual es la de ser primeros, cada uno en su propio orden.

Luego de esta serie de precisiones sobre la teoría de la analogía, considerada en sí misma, estamos en condiciones de estudiar la aplicación que de ella hace Kalinowski en el campo del derecho. Lo haremos en las páginas que siguen, sin seguir el orden y la sistematización efectuada por el filósofo polaco, pero respetando sus tesis principales y el núcleo central de su pensamiento.

III

LA ANALOGÍA DE “DERECHO”

1. *El primer analogado*

La afirmación del carácter análogo de los conceptos y de los nombres jurídicos, si bien tiene sus antecedentes, entre otros, en las obras de Aristóteles y San Isidoro de Sevilla,³⁴ adquiere su formulación explícita en el pensamiento de Tomás de Aquino; al responder éste a las objeciones planteadas a la conceptualización del derecho como objeto de la justicia, reconoce con claridad la analogía del nombre “derecho”:

es frecuente —escribe— que los nombres hayan sido desviados de su primitiva significación, para pasar a significar otras cosas. El nombre “medicina”, por ejemplo, se empleó primeramente para designar el medicamento que se aplica al enfermo para curarle; después pasó a significar el arte de curar. Así también este nombre “derecho” se empleó originariamente 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 “comparece a derecho”; finalmente, es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aun cuando lo que resuelva sea inicuo”.³⁵

³² JUAN JOSÉ SANGUINETTI, *Lógica*, Pamplona, EUNSA, 1982, pp. 41 y ss.

³³ BATTISTA MONDIN, *El lenguaje...*, cit., pp. 181-183.

³⁴ Ver SAN ISIDORO DE SEVILLA, *Etimologías*, II, 10 y V, 2-14.

³⁵ S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad. 1 y 2.

En este párrafo, muchas veces comentado, Santo Tomás descubre cuatro aplicaciones analógicas del nombre "derecho": la obra justa, el arte de conocer lo justo, el tribunal y la sentencia del magistrado. Pero esta enumeración no es, en Santo Tomás, exhaustiva, ya que varias veces aplica el término "derecho" a la norma que determina y prescribe lo que es justo; tal es el caso del párrafo de la *Suma Teológica* I-II, q. 55, a. 4, en el que, tratando acerca de las leyes, afirma que

según esto, el derecho positivo se divide en *derecho* de gentes y *derecho* civil.

Y no pueden quedar dudas acerca de que esta aplicación del término "derecho" a la ley, la realiza el Aquinate con conciencia de que se trata de una aplicación analógica, ya para él "la ley no es el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho".³⁶

Es precisamente al comentar el primero de los textos de Santo Tomás citados, cuando Kalinowski nos da una de sus versiones de la doctrina de la analogía de "derecho"; en un breve trabajo aparecido con el título de *Sur l'emploi métonymique du terme ius par Thomas d'Aquin et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote*, expone la vinculación analógica que permite denominar "derecho" tanto a un cierto modo de conducta humana, como a la regla de esa conducta;³⁷ allí escribe que

son dos los términos latinos que corresponden, cada uno en un contexto distinto, al término francés *droit*: *lex* y *ius*. El primero designa, en el texto de la versión latina de la *Ética Nicomaquea* comentada por Santo Tomás y en el texto de su comentario, la regla de comportamiento de los miembros de la comunidad política. El segundo, sinónimo de *iustum*, designa en los mismos textos "aquello que es igual", tal como lo indica oportunamente Santo Tomás en la *Tabula libri Ethicorum*. Ahora bien —continúa Kalinowski— las reglas de la retórica referentes al uso metonímico de los nombres, autorizan a emplear el término *ius*, precisamente a título de metonimia, en lugar del término *lex*.³⁸

Al analizar este primer caso de analogía, el filósofo polaco hace referencia a la metonimia, es decir, al uso derivativo de un término a partir de un uso principal, lo que significa que nos encontraríamos ante un caso de atribución extrínseca, ya que tal es la expresión filosófica del uso metonímico de los nombres. Pero si esto es así, se vuelve necesaria la búsqueda del analogado principal o, en otras palabras, de aquella acepción propia y formal del término, por relación a la cual se explican todas las demás. Habría que indagar, en definitiva, la respuesta a la siguiente pregunta: ¿cuál es la realidad a la que corresponde propiamente el vocablo "derecho" (en latín *ius*) y por referencia a la cual se aplica a otras realidades esencialmente distintas? Kalinowski responde, en el mismo lugar, que

³⁶ S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad. 2.

³⁷ GEORGES KALINOWSKI, "Sur l'emploi métonymique du terme *ius* et sur la muabilité du droit naturel selon Aristote" en: A.P.D., n° 18, París, Sirey, 1973, pp. 331-339.

³⁸ Ibidem, p. 334.

estas consideraciones del filósofo referentes a lo justo, se encuentran sintetizadas por el autor en la *Suma Teológica*, en esta definición, tan lapidaria como rigurosa: "ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum". Importa subrayar que, tanto para Aristóteles como para Tomás de Aquino, lo justo es una obra (*opus*) en el sentido de una acción, tal como lo indica esta frase extraída precisamente del lugar de la *Ética Nicomaquea*, donde el Estagirita determina aquello que es justo: "si el hombre injusto es desigual y si, por otra parte, la noción de injusticia corresponde a la de desigualdad, salta a los ojos que existe también un cierto medio por relación a lo desigual y este es precisamente lo igual; porque en toda acción donde hay de más y de menos, hay también lo igual". Tal como se ve, hablando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás piensan no en una cosa, en un objeto considerado en sí mismo sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la acción por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro hombre. Es esta acción —concluye Kalinowski— la que iguala o no una cierta medida y es por ello justa o injusta".³⁹

Esta afirmación, central en el pensamiento de nuestro autor, del carácter de analogado principal de "derecho" que reviste la conducta o acción humana justa, es reiterada por Kalinowski en un trabajo en el que intenta precisar el concepto de derecho, frente a ciertas afirmaciones del profesor de París, Michel Villey. Allí sostiene el pensador polaco que

el derecho no es una regla. No es aquello que piensan los partidarios de la ontología jurídica a que hace referencia Villey en su trabajo; ¿qué es el derecho entonces? El derecho es lo que fue para Aristóteles *to dikaion* y para Tomás de Aquino *ius sive iustum*. Ahora bien, Santo Tomás de Aquino veía en el derecho al objeto de la justicia, porque lo consideraba "una cierta obra adecuada a otro según cierto modo de igualdad" (II-II, q. 57, a. 1 y 2). El derecho es una obra "recta", "adecuada", "ajustada"; es un *acto*, no en el sentido de una *actio* sino de un *actum*.⁴⁰

Y agrega luego un argumento decisivo para la prueba de esta afirmación, al menos en una óptica realista: 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 posible objeto de la justicia, éste debe consistir en acciones, en actos humanos deliberados y, por ende, libres. Además, no podría ser de otra manera, en razón de pertenecer el derecho al orden práctico, aquel que corresponde a la perfección propia del hombre. Esta perfección se logra —o al menos se intenta— a través de acciones concretas y singulares, a cuya consecución se ordenan todas aquellas realidades que se estructuran bajo ese orden; en el ámbito de la *praxis*, todo se dirige a la rectificación de la conducta humana: normas, principios, criterios, autorizaciones de obrar, hábitos, etc. En el derecho, ordenado a la perfección humana social, las cosas no pueden ocurrir de otra manera: todos sus elementos han de estructurarse al servicio y en orden al logro de una conducta

³⁹ *Ibidem*, pp. 334-335.

⁴⁰ *Lex y ius* ("Ley Derecho"), en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1962, p. 19. La traducción de este trabajo es del autor de estas líneas.

rectificada en las relaciones con otros. La conducta justa es, entonces, el núcleo, el centro, de toda esa realidad práctica que denominamos “derecho”.⁴¹

2. Las acepciones derivadas: la ley

Habiendo establecido tanto el carácter analógico del nombre “derecho”, cuanto la condición de primer analogado que le corresponde a la conducta humana justa en esa analogía de atribución, pasa Kalinowski a tratar otra de las acepciones del nombre: aquella que denomina a la regla o norma de lo justo, en otras palabras, a la ley.

Es este principio terminológico —escribe, refiriéndose a la metonimia— el que sigue Tomás de Aquino cuando reemplaza *lex* por *ius*. Porque existe entre *lex* y *ius* —y aquí retomamos nuestro tema— una relación de causa a efecto y de efecto a causa, que justifica en ambos casos la metonimia (...); nos enfrentamos a una relación de causa a efecto; sea que la acción justa en sí misma (intrínsecamente justa) sea la causa de la evidencia con que se impone la ley que la prescribe, sea que la ley constituya la causa del carácter justo de la acción y lo que la hace ser tal. Y es en razón de esta relación que *ius* —nombre propio de la acción justa— lleva a designar metonímicamente a la ley.⁴²

Es esta la acepción analógica de “derecho” que más ha desarrollado Kalinowski, probablemente por su mayor facilidad para ser trabajada desde el punto de vista lógico, siendo la lógica una de sus preocupaciones intelectuales más desarrolladas. Oponiéndose en esto al antinormativismo radical de Michel Villey⁴³ pone de relieve, en primer lugar, el uso analógico de “derecho” en el sentido de ley, efectuado por Tomás de Aquino:

la segunda significación metonímica de nuestro término —afirma— y que puede ser sumada a las tres primeras explícitamente citadas por Santo Tomás, se relaciona con la determinación de lo justo. En efecto, el problema se centra en saber cuáles actos son justos. En ciertos casos, es la naturaleza de las cosas la que allí se decide: hablamos del derecho natural. Pero, en otros, lo justo es determinado, sea por convención privada, sea por un ordenamiento público; se relaciona en este caso con el derecho positivo (...). Afirmando que la ley no es el derecho propiamente dicho, Santo Tomás admite implícitamente que aquélla puede ser, sin embargo, llamada “derecho” en sentido derivado, incluso metonímico, por analogía de atribución.⁴⁴

Luego de haber destacado el uso analógico de “derecho”, en el sentido de ley, por Tomás de Aquino, Kalinowski desarrolla las razones por las que ese uso es legítimo. Esto es una constante en el pensamiento del filósofo polaco, quien nunca se conforma con la remisión a las “autoridades”, por importantes que ellas sean, sino que intenta siempre la demostración racional de todas sus

⁴¹ *Ibidem* pp. 12-20. Ver, sobre esto, nuestro trabajo “La categorización del derecho según Santo Tomás”, en *Sapientia*, n° 143, Buenos Aires, 1982, pp. 11-20.

⁴² GEORGES KALINOWSKI, “El fundamento objetivo del derecho en la *Suma Teológica* de Santo Tomás de Aquino”, en *Concepto*..., cit., p. 74.

⁴³ Ver de MICHEL VILLEY, “Bible et philosophie gréco-romaine, de Saint Thomas au droit moderne”, en *Archives de philosophie du droit*, t. XVIII, París, Sirey, 1973, pp. 27-57, como así también *Critique de la pensée juridique moderne*, París, Dalloz, 1976, pp. 71 ss. y *passim*.

⁴⁴ GEORGES KALINOWSKI, “*Lex y ius*” (“Ley y derecho”), cit., p. 20 (en adelante G. K.).

afirmaciones. Para él, Santo Tomás es un punto de partida que determina las posiciones filosóficas iniciales, pero sostiene que

sin abandonar a Santo Tomás, se puede —y se debe— ir más adelante, más lejos que él si es posible, tan lejos como se lo permitan a cada filósofo sus dotes intelectuales, por una parte, y el estado actual de la filosofía, por el otro. Este progreso en filosofía no tiene, naturalmente, límites definidos; no concluirá sino con la humanidad, cuando acaben las condiciones de su existencia mundana.⁴⁵

Volviendo a nuestro tema, la razón fundamental por la que Kalinowski considera aplicable a la norma jurídica el nombre “derecho”, radica en que ella hace posible la determinación de lo justo.

La importancia de la ley, de toda ley, sea positiva humana o divina natural, de la verdadera ley, bien entendida, la que lo es por esencia y no “corrupción” de la ley, según la expresión de Santo Tomás, es primordial: la ley determina lo justo (...); nadie puede pronunciarse sobre lo justo o injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho (...). Sólo una ética de situación o una ética del valor pueden dejar de lado a la ley. La primera, porque la libertad absoluta del hombre le basta para fundamentar la regla de la conducta humana, la segunda, porque ella basa la acción sobre un valor efectivamente percibido en la persona que lo encarna y que deviene un modelo a imitar.⁴⁶

Kalinowski no se extiende acerca del carácter de esta determinación del “derecho”, en su sentido primario, por parte de la ley; en otros párrafos⁴⁷ reitera que la ley es “causa” del “derecho” en cuanto conducta justa, pero tampoco precisa el modo propio de esta causalidad. Otros autores tomistas, siguiendo en esto las huellas de Louis Lachance,⁴⁸ afirman que la causalidad de la ley sobre el derecho reviste dos formas: primero, la de una causalidad ejemplar o formal extrínseca, por la que determina desde fuera la formalidad que debe revestir una conducta para ser “derecha”; segundo, la de una causalidad eficiente moral, en cuanto no sólo determina sino que mueve espiritualmente al agente a obrar en un sentido preciso. Esta doble causalidad se corresponde con una doble dimensión de la norma de conducta: ésta contiene un elemento determinativo, precisivo de aquello que es justo y otro directivo, que expresa la necesidad deontológica de que esa determinada conducta se realice por algún o algunos sujetos. Pero no obstante no explayarse en este aspecto, es evidente que Kalinowski supone esta distinción, ya que luego de haber evidenciado la función determinadora de la norma, hace referencia también a su otra función impositiva de deberes.⁴⁹

⁴⁵ G. K., “La pluralité des philosophies et l’actualité de Saint Thomas d’Aquin”, en *Sapienza*, Napoli, t. 20, 1967, n° 2, p. 161.

⁴⁶ G. K., “*Lex y ius*”, cit., p. 23.

⁴⁷ G. K., *La pluralidad óntica...* cit., p. 56.

⁴⁸ LUIS LACHANCE, *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, S. F., 1953, *passim*; ver, también, RODOLFO LUIS VIGO (H.), *Las causas del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 97 y ss.

⁴⁹ G. K., *Essai sur le caractère...*, cit., p. 92.

Pero es necesario destacar la relevancia que el investigador polaco confiere a la ley en el cuadro de las acepciones analógicas de "derecho";

con todo —afirma— resta el hecho de que las cuestiones sobre la ley preceden a las que versan sobre el derecho. Pero este orden se explica muy simplemente en virtud de que la ley es causa del derecho (...). Y porque el mismo término "derecho" designa hoy, a la ley y a lo justo estamos autorizados a dar el nombre de filosofía del derecho a la filosofía de la una y del otro. Pero en razón del vínculo existente entre lo justo y la ley, incumbe a la filosofía del derecho tratar, en primer lugar, a la ley y solamente en segundo término al derecho entre los efectos de la ley.⁵⁰

Evidentemente, la primacía de la ley de que habla Kalinowski en estos párrafos, no lo es sólo en cuanto a su estudio, sino que se trata de una prioridad que podríamos llamar ontológica, fundada en la primacía (ontológica) de la causa sobre el efecto; ello es así, porque

toda causa es anterior a su efecto *según un orden de naturaleza*, en cuanto aquella perfección que la causa otorga o produce en el efecto tiene que encontrarse de algún modo "antes" en la "causa".⁵¹

Por nuestra parte, consideramos que esta "primacía" de la ley sobre la conducta jurídica debe ser rectamente comprendida, toda vez que si bien ella se da efectivamente en el orden ontológico, no sucede lo mismo en el orden práctico, en el que se inscriben la ley en cuanto tal y, desde luego, la conducta jurídica que es su efecto. En este segundo orden, el de los actos humanos en cuanto ordenados a la perfección del hombre en cuanto tal,⁵² la primacía le corresponde a la conducta, toda vez que la bondad o perfección práctica se da en ella y no —propia y formalmente— en la norma que la determina e impera. Esta última tiene, en este nivel de consideración, un valor sólo instrumental, el de un medio ordenado a la consecución de un fin, fin éste que se logra a través de una cierta conducta del hombre. En una perspectiva práctica, la ley existe "para" que se realice una cierta conducta, que es lo que en definitiva importa; no es la conducta la que existe "para" que se cumpla la ley. La posición de Kalinowski en este punto debe, por lo tanto, ser matizada a los efectos de no incurrir en un legalismo a ultranza; legalismo que este autor ha rechazado cuando nos dice que

el derecho no es la ley. No es aquello que piensan los partidarios de la ontología jurídica a que hace referencia Villey en su trabajo mencionado;⁵³

si esta ontología jurídica legalista es falsa, es preciso determinar rigurosamente el sentido de la primacía de la ley y reconocer su instrumentalidad respecto de la obra justa.

⁵⁰ G. K., "Lex y ius", cit., pp. 25-26.

⁵¹ TOMÁS ALVIRA, LUIS CLAVELL y TOMÁS MELENDO, *Metafísica*, Pamplona, EUNSA, 1982, p. 186.

⁵² Ver nuestro trabajo, "El conocimiento práctico. Introducción a sus cuestiones fundamentales", en *Prudentia Iuris*, nº 1, Buenos Aires, 1980, *passim*.

⁵³ G. K., "Lex y ius", cit., p. 19.

3. Las acepciones derivadas: el poder jurídico

La segunda de las acepciones derivadas de "derecho" que estudia Kalinowski, es la que se llama comúnmente "derecho subjetivo"; así como de "derecho", considerado como conducta humana, se derivaba la acepción normativa de esta palabra, de su atribución a la ley se sigue directamente este nuevo significado.

Siendo la conformidad del comportamiento humano (con la ley) —escribe— la causa de su carácter justo o "derecho", el nombre "derecho" se atribuye por metonimia a la ley. Y al imponer ésta a algunos sujetos deberes y conferir a otros la facultad de obrar (comprendida la de exigir el cumplimiento de los deberes de los primeros) se ha tomado el hábito de llamar "derecho" —nuevamente por metonimia— precisamente a esta facultad. Es así que ha nacido el término "derecho subjetivo" que confiere al nombre "derecho" un sentido diferente de los anteriores.⁵⁴

En un trabajo dedicado específicamente al tema, Kalinowski desarrolla la lógica y la filosofía del llamado "derecho subjetivo", comenzando por clasificar a las normas de derecho en tres grupos principales: imperativas (que ordenan), prohibitivas (que prohíben) y permisivas (que autorizan). Para el filósofo polaco, los tres tipos de normas contienen una permisiva o autorización de realizar algo: en el caso de las reglas permisivas ello ocurre de modo directo, pero en los dos casos restantes la permisiva aparece de modo indirecto derivado. Así, por ejemplo, una norma que impone una determinada conducta, supone el permiso de realizar esa misma conducta y una norma que prohíbe cierta acción, supone el permiso de no realizarla. Además, en razón de la alteridad constitutiva del derecho, toda norma prescriptiva supone en otro sujeto jurídico la autorización para reclamar el cumplimiento de la conducta prescrita:

la norma: 'el contribuyente debe pagar los impuestos', implica al mismo tiempo una norma permisiva: el órgano administrativo competente puede exigir del contribuyente el pago de los impuestos⁵⁵

y otro tanto ocurre con las normas prohibitivas, que suponen el deber —y, por lo tanto, la facultad— del poder público de reprimir a quienes las quebranten. Dicho en otras palabras, toda norma jurídica confiere —directa o indirectamente— un permiso o facultad de obrar a uno o varios sujetos jurídicos; por ello concluye Kalinowski que

no estaremos contra el lenguaje de los juristas ni contra el lenguaje corriente si afirmamos que las expresiones "puede cumplir" o "está permitido" son sinónimas de la expresión "tiene derecho a cumplir". Quien dice: "el (el señor Dupont o el señor Durand) tiene el derecho de cumplir con tal o cual acción", afirma que cierto(s) sujeto(s) posee(n) ese permiso, es decir, son el o los titulares. Queda pues dentro de los límites de las formas de expresarse admitidas, ya sea por el jurista en su lenguaje "técnico", ya sea por el hombre de la calle en su lenguaje "corriente" que se llame a este permiso de cumplir una acción "derecho subjetivo", ya que se entiende por ello solamente que la facultad de cumplir una acción corresponde a un sujeto de derecho.⁵⁶

⁵⁴ G. K., *Essai sur le caractère...* cit., p. 92.

⁵⁵ G. K., "Lógica y filosofía del derecho subjetivo", en *Concepto...* cit., p. 29.

⁵⁶ G. K., "Lógica y filosofía...", cit., p. 31.

Más adelante estudia Kalinowski la naturaleza propia del llamado "derecho subjetivo", es decir, se pregunta en qué consiste esencialmente. A ello responde que el derecho subjetivo

no consiste en una relación entre un *sujeto de derecho* y un *objeto de derecho*, sino entre un *sujeto de acción* y una *acción*; no es sino la posibilidad jurídica de cumplir con una acción.⁵⁷

Es necesario recalcar la importancia que tiene esta afirmación del filósofo polaco, toda vez que son pocos o casi ninguno los filósofos del derecho que se han preocupado de establecer el estatuto ontológico del derecho subjetivo; la gran mayoría de los autores de manuales efectúan descripciones más o menos acertadas del modo como aparece en la realidad jurídica el llamado "derecho subjetivo", pero no intentan precisar a qué categoría de realidades pertenece; en otras palabras, no logran establecer cuál es su modo propio de existencia, aquel que la distingue de las demás realidades que aparecen en el ámbito de lo jurídico.⁵⁸ Kalinowski no duda en incluir al derecho subjetivo en la categoría de "relación", supuesto el sistema categorial esbozado por Aristóteles y desarrollado por Tomás de Aquino; por lo tanto, el derecho subjetivo no será sino "el respeto de una cosa a otra",⁵⁹ en este caso de un sujeto de derecho a una acción, referencia que consiste en la posibilidad del sujeto de llevarla a cabo.

Pero, además, la conceptualización realizada por Kalinowski del derecho subjetivo no será sino "el respeto de una cosa a otra",⁵⁹ en este caso de un derecho, echa las bases para el esclarecimiento de dos problemas fundamentales: el del fundamento y el de la clasificación de los derechos subjetivos. En cuanto al primero, el fundamento de los derechos subjetivos será aquel que corresponda a las normas de que derivan:

aquellos que tienen su fuente en los principios naturales imperativos o prohibitivos —escribe Kalinowski— tienen el carácter de derechos subjetivos absolutos, intangibles, soberanos, ya que ellos se ordenan directamente al fin último del hombre, es decir, al bien, a su bien, que es un reflejo del bien por excelencia, Dios (...). Los derechos subjetivos que se desprenden de los principios naturales de permisión bilateral son, por el contrario, relativos, susceptibles de ser limitados o suspendidos (...). Es evidente que la ley humana crea, ella también, derechos subjetivos. Pero si los derechos subjetivos que tienen su fuente en la ley natural son algunos absolutos y otros relativos, aquellos que provienen de la ley humana no son sino relativos, ya se desprendan de reglas imperativas o prohibitivas.⁶⁰

Por lo tanto, los derechos subjetivos pueden ser, en cuanto a su exigibilidad, absolutos o relativos: serán absolutos cuando consistan en la autorización para realizar aquellos actos estrictamente necesarios para la perfección humana y serán relativos cuando, en determinadas circunstancias, permitan la realización de conductas que puedan resultar convenientes o útiles para esa misma per-

⁵⁷ G. K., "Lógica y filosofía...", cit., p. 31.

⁵⁸ Ver a este respecto nuestro trabajo, "El derecho subjetivo ¿realidad universal e histórica?", en *Prudentia Iuris*, n° IX, Buenos Aires, 1983, pp. 15-34.

⁵⁹ ARISTÓTELES, *Categorías*, 6 a 37 y ss.

⁶⁰ G. K., "Lógica y filosofía...", cit., p. 33.

fección. Por otra parte, en cuanto a su fundamento, podrán clasificarse en derechos subjetivos naturales o subjetivos positivos, conforme al tipo de normas de que deriven de modo inmediato, toda vez que, en última instancia, no hay norma —y, por lo tanto, derecho subjetivo— que no tenga su fundamento primero en la ley natural.

4. Conclusiones sobre la analogía de “derecho”

Si bien es cierto que Kalinowski no desarrolla más acepciones analógicas de “derecho”, él mismo reconoce que la nomenclatura de los analogados podría extenderse en este caso bastante; por ello, afirma que

la esfera jurídica se caracteriza por un encadenamiento inhabitual de analogías de toda índole. Esto se explica por la pluralidad de los entes jurídicos: entes que tienen significación normativa, reglas, signos, partes de bienes que ellas determinan, permisos para actuar y/o para no actuar que ellas confieren, actos conformes a esas reglas, hombres que cumplen esos actos... y por las numerosas relaciones de causalidad, de similitud de funciones y de similitud de relaciones que existen entre ellos.⁶¹

Queda por dilucidar el tipo de analogía con que se aplica “derecho” a toda esa multiplicidad de realidades diversas, pero que concuerdan en algo uno que hace posible reducirlas a una cierta unidad. Ya hemos visto que estamos frente a un caso de analogía de atribución: “derecho” en sentido estricto es un nombre que sólo puede predicarse de una cierta conducta, de aquella que es recta, ajustada, “a derechas”, tal como lo expresaban los antiguos españoles. Escribe a este respecto Soaje Ramos, que

la oposición que aparece entre “derecho” y “torcido” pasa al campo jurídico convirtiéndose en la oposición entre derecho y entuerto, en la que el primer miembro no es sinónimo ni de “norma jurídica” ni de “poder jurídico”. Dado que “entuerto” —continuúa el iusfilósofo argentino— nombra un tipo de conducta humana, a saber, la conducta antijurídica, su contrario “derecho”, precisamente en tanto que contrario, debe nombrar otro tipo de conducta humana. Sabido es que los contrarios son del mismo género (en este caso el género es *conducta humana*).⁶²

Pero si “derecho” se predica principalmente de un cierto tipo de conducta humana y sólo derivativamente de las normas que prescriben esa conducta, de los permisos o autorizaciones para realizar acciones “derechas”, de las sentencias que determinan el contenido preciso de ese obrar debido, de aquel saber que estudia lo vinculado con la puesta en obra de esta conducta, etc., queda por saber de qué modo —intrínseco o extrínseco— se predica ese término de aquellas realidades jurídicas que no son conductas. Ya hemos visto que la analogía de atribución intrínseca expresa el fenómeno de la “participación”,⁶³ lo que significa que el concepto principal designa a aquel ente que tiene en plenitud una perfección, que se da en los restantes analogados de modo im-

⁶¹ G. K., *La pluralidad óntica...*, cit., p. 56.

⁶² GUIDO SOAJE RAMOS, “Sobre derecho y derecho natural. Algunas consideraciones epistemo-metodológicas”, en *Ethos*, n° 6/7, Buenos Aires, I.F.I.P., 1978-79, pp. 99-107.

⁶³ Ver CORNELIO FABRO, *Nuovi orizzonti...*, cit., *passim*.

perfecto o incompleto.⁶⁴ Participar es tener parcialmente lo que en otro se encuentra sin restricción, o de modo limitado lo que en otro se encuentra de modo ilimitado. Pero resulta evidente que esto no sucede en el caso de la conducta jurídica y los restantes analogados. En efecto, no puede afirmarse que la norma se llame "derecho" porque participe de las perfecciones de la conducta justa, ni que el poder jurídico pueda denominarse "derecho subjetivo" por una participación de las perfecciones del obrar recto. En realidad, la norma recibe el nombre "derecho" en razón de ser causa —ejemplar y eficiente moral— de la conducta jurídica, la potestad jurídica por consistir en una posibilidad que la tiene por objeto, la sentencia por precisar autoritativamente su contenido y así sucesivamente; en otras palabras, se trata de toda una serie de múltiples relaciones de diverso tipo, pero ninguna de ellas puede ser reducida a una relación de participado a participante; antes bien, en el caso de la norma jurídica, esta conducta puede llamarse "derecho" en la medida en que participa de la rectitud enunciada por la regla.

Por todo ello, resulta evidente que no nos encontramos en el caso de "derecho" frente a una analogía de atribución intrínseca; por el contrario, aparece claro que la atribución a la ley, a la facultad jurídica o a la sentencia del nombre "derecho" lo es sólo con carácter extrínseco: en rigor, no puede decirse de la norma o de la facultad que sean "derecho" o "derechas"; sólo lo es la conducta y las demás realidades que merecen esa denominación poseen una esencia diferente y distintos tipos de perfección. Son realidades extrínsecas a la conducta justa y, por lo tanto, la extensión analógica hacia ellas del nombre "derecho" no puede ser sino extrínseca.

Pero aun tratándose de una analogía extrínseca, la que corresponde a la palabra "derecho" reviste una importancia decisiva, toda vez que ella hace posible la captación de la realidad jurídica como un todo y, por lo tanto, la constitución de la Filosofía del Derecho. En efecto, la analogía de "derecho" evidencia que la

pluralidad de los entes jurídicos no constituye un caos, sino que se organiza en un cosmos y que, como consecuencia, es posible un saber que lo tenga por objeto, especialmente la Filosofía del Derecho. Así, la teoría de la analogía concilia la pluralidad de los entes jurídicos con la unidad del saber jurídico o, más precisamente, de la Filosofía del Derecho y pone o, por lo menos debería poner fin, a los malentendidos que provienen de la ignorancia de tal o cual aspecto del mundo jurídico, cuya riqueza óptica acabamos de constatar; asimismo, debería terminar con las tentativas enteramente injustificadas —y ¡cuán frecuentes!— de acaparar tal o cual término que es y debería seguir siendo analógico, en una tentativa, a tontas y a locas, por privarlo de su carácter de un nombre fundado sobre una analogía.⁶⁵

⁶⁴ Escribe sobre esto Ángel Luis González, que "interesa resaltar especialmente que de los distintos tipos de analogía que pueden mostrarse, reductibles en último término a la analogía de proporcionalidad y a la de atribución, y pudiendo además afirmarse que ambas cumplen los requisitos establecidos para admitir que la relación entre las creaturas y el Creador es analógica, sin embargo es la analogía de atribución intrínseca la que posee la primacía, por cuanto señala la causalidad fundante de Dios respecto de los entes, mientras que la de proporcionalidad indica sólo la semejanza estática entre ambos términos. No puede olvidarse que la analogía es la traducción en el plano lógico de la participación; la analogía de atribución intrínseca no es otra cosa que la versión lógica de la participación trascendental del ser en la creación"; *Ser y participación*, Pamplona, EUNSA, 1979, pp. 239-240.

⁶⁵ G. K., *La pluralidad óptica...*, cit., pp. 56-57.

Estas tentativas han sido el común denominador de todas las concepciones monistas del derecho, que reduciéndolo a sólo una de sus dimensiones, mutilan su riqueza y dejan inexplicada la multiplicidad de elementos que integran la realidad jurídica; es así como se ha circunscrito el derecho a la norma (Kelsen), al poder o facultad del sujeto (Suárez, Ihering), a la conducta social (Cossio) o a la relación jurídica (Del Vecchio), sin poder dar cuenta de la multiplicidad ni de la unidad de ese objeto que se denomina —*in genere*— “derecho”. Aun ciertas concepciones que han percibido la multiplicidad de lo jurídico, tales como las llamadas “trialistas” o “tridimensionales”,⁶⁶ tienen graves dificultades para explicar la unidad del derecho; así, por ejemplo, Miguel Reale escribe que el derecho es

una unidad de tres elementos constitutivos, a saber: hecho, valor y norma con sus notas dominantes correspondientes: eficacia, fundamento y vigencia,⁶⁷

pero no obstante sus esfuerzos por demostrar que la unidad de esos elementos se percibe considerándolos en un “proceso”,⁶⁸ no alcanza a justificar cómo tres realidades de orden esencialmente distinto pueden ser al mismo tiempo “derecho”; sin el recurso a la analogía, el derecho habrá de ser *o* hecho, *o* valor, *o* norma, pero nunca podrá ser comprendido como la unidad analógica de realidades esencialmente diversas.

En la concepción analógica del derecho es posible, contrariamente a lo que ocurre en los monismos de diverso tipo, dar una definición real y “cuasi-esencial” del derecho, que no obstante centrarse en uno de sus elementos, los abarque a todos en la amplitud analógica de la noción. De este modo, es posible definir al derecho como “conducta justa”, es decir, en su primer analogado, sin que por ello se excluya a las restantes realidades jurídicas; ellas serán también “derecho”, en razón de las múltiples relaciones que guardan con el obrar justo y podrán ser abarcadas con el mismo nombre por la virtud de su extensión analógica.⁶⁹

Aquí se ve la importancia de la contribución que realiza Kalinowski a la Filosofía del Derecho, desarrollando, con el rigor de quien cultiva la lógica, la doctrina de la analogía en su aplicación al derecho. No es la primera vez

⁶⁶ Ver, en especial, el trialismo sostenido por Werner Goldschmidt; este autor sostiene que “la estructura del mundo jurídico consiste en un orden de *conductas* de repartos de potencia o de impotencia, *valoradas por la justicia* como justas o injustas y *descritas e integradas por las normas*”; “La teoría tridimensional del mundo jurídico”, en: *Revista general de Legislación y Jurisprudencia*, n° 111, Madrid, 1963, pp. 338 y ss.

⁶⁷ MIGUEL REALE, *Filosofía del Diritto*, Torino, Giappichelli ed., 1956, pp. 353 y ss.; acerca de la crítica de estas concepciones, ver JUAN VALLET DE GOKTISOLO, *En torno al derecho natural*, Madrid, Sala ed., 1973, pp. 68 y ss.

⁶⁸ MIGUEL REALE, *ob. cit.*, p. 355.

⁶⁹ Sobre esto nos hemos extendido en nuestro libro *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, *passim*.

que se intenta este desarrollo,⁷⁰ pero la versión que nos ofrece el filósofo polaco aparece como la más rigurosa y —desde nuestro punto de vista— como la más acertada. Si es cierto que, tal como lo sostiene Montagnes,

no hay saber sino unificado y el proyecto fundamental de la Filosofía es reducir lo múltiple a lo uno,⁷¹

estas elaboraciones de Kalinowski hacen posible la constitución de una auténtica Filosofía del Derecho que, respetando la riqueza y multiplicidad de lo jurídico, posibilite su comprensión armónica e integral. Y esta contribución es ya suficiente para asegurarle al pensador de Lublin un puesto relevante entre los filósofos del derecho de nuestro siglo.

CARLOS IGNACIO MASSINI CORREAS

⁷⁰ Ver por ejemplo, el libro de ALFREDO FRAGUEIRO, *La analogía del Derecho*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1952, reiteradamente citado y comentado por Olsen Ghirardi en su libro *Lecciones de Lógica del Derecho*, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1983, *passim*. Fragueiro considera que la aplicación de "derecho" a "derecho natural" y a "derecho positivo", a "derecho público" y a "derecho privado" es analógica, cuando en realidad si se toma la palabra derecho en su sentido propio de "conducta justa", se trataría en esos casos de aplicaciones unívocas de ese término, ya que se lo predicaría en un mismo sentido; ver OLSEN GHIRARDI, *ob. cit.*, pp. 54 y ss.

⁷¹ BERNARD MONTAGNES, *ob. cit.*, p. 14.

LA JUSTICIA EN SAN AGUSTÍN

(A propósito de una crítica de Michel Villey)

La filosofía política de San Agustín no es el fruto de una elaboración sistemática, tratada con carácter autónomo en el conjunto de su obra. Esto se debe fundamentalmente a la intención polémica y apologética con que encara la mayor parte de sus obras, escritas precisamente para refutar y combatir los errores y herejías que proliferaron en su tiempo y a argumentar en defensa de la verdad cristiana, inclusive contra acusaciones de que se hacía objeto a los cristianos.

A este sentido polémico debe agregarse el carácter eminentemente teológico que preside toda su obra, en la que todas las realidades naturales aparecen en su íntima conexión con el ámbito sobrenatural. Es así como es imposible encontrar un tratamiento autónomo de las cuestiones del orden temporal. Esto es lo que ha llevado a confusión a muchos autores, que interpretaron que la doctrina agustiniana acerca de la sociedad y el Estado difiere sustancialmente de la concepción de Santo Tomás, el cual, fundamentado en gran parte en Aristóteles, concede amplia autonomía en su propio campo al orden natural, distinguiéndolo—sin separarlo— del orden sobrenatural.

Si bien es cierto que la obra de Santo Tomás resulta decisivamente esclarecedora respecto de muchos puntos que hasta entonces permanecían oscuros—incluso en San Agustín— y que esto es debido en buena medida al aporte que significaron las obras de Aristóteles, creo que de ninguna manera puede hablarse de posiciones contrapuestas. Las líneas fundamentales de la doctrina política cristiana—que se basa primordialmente en el luminoso pensamiento del Doctor Angélico— son tributarias de la obra del santo de Hipona, de cuyos escritos podemos extraer toda una concepción de la sociedad y el Estado que, aunque inserta en un contexto de contenido teológico y de indisoluble relación con lo sobrenatural, no por eso es menos rica en cuanto al aporte que puede brindar a la filosofía política y jurídica cristiana. Es así como, a la luz de los textos de San Agustín, puede extraerse toda una consideración de las realidades temporales que, aunque en general no efectuada sistemáticamente, permite llegar a conclusiones muy valiosas con respecto al lugar que le concede al orden natural.

Formuladas estas breves precisiones, abordemos ahora el pensamiento de San Agustín sobre la justicia, para lo cual estimamos indispensable partir de su concepto acerca de la misión del Estado.

Teniendo en cuenta el estado de naturaleza caída, el objetivo principal del poder es asegurar la paz social, lo cual se obtiene en tanto y en cuanto se rija por la ley natural. Pero el Estado no puede asegurar una paz verdadera, porque sólo es tal la paz de Dios, que se manifiesta en la plenitud de la vida cristiana,

en aquellos que aman a Dios más que a sí mismos. Por consiguiente, toda sociedad terrena, en la que se mezclan justos y pecadores, sólo puede brindar una paz precaria e inestable.

Mas, ¿quién será capaz de enumerar la infinidad y gravedad de los males a que está sujeta la sociedad humana en esta mísera condición mortal? (*De civitate Dei*, XIX, 5).

Si la casa, refugio común en estos males que acechan a los hombres, no está segura, ¿qué será de la ciudad? ¿Qué será de la ciudad, tanto más llena de pleitos, civiles y criminales, cuanto mayor es, aunque escape a las turbulentas sediciones, con frecuencia sangrientas, y a las guerras civiles, sucesos de los que a veces se ven libres las ciudades, pero de los peligros nunca? (*De civitate Dei*, XIX, 5).

Aquí aparece la conexión necesaria que ve San Agustín entre el orden de las cosas temporales y el orden sobrenatural de la Gracia. Los frutos de una auténtica paz sólo son posibles entre aquellos que viven en Gracia de Dios. Es la perspectiva del teólogo y no del filósofo de la política. Como decíamos al comienzo, el orden temporal no es considerado con autonomía sino en su estrecha unión con lo sobrenatural. Por lo tanto, como teólogo, su enfoque es perfectamente válido y real; no incurre en confusión respecto de dos ámbitos que, si bien admiten distinción, no pueden separarse, dada la subordinación de toda realidad humana al fin último, que, por ser Dios mismo, es plenamente sobrenatural. Por otra parte, su pensamiento se muestra profundamente realista, alejado de toda utopía y mesianismo temporal —a los que tan acostumbrados estamos en estos tiempos—, que pretenden construir paradisíacas sociedades que nos den la plena felicidad aquí en la tierra.

El texto que sigue es elocuente al respecto:

Mas los hombres que no viven de la fe buscan la paz terrena en los bienes y comodidades de esta vida. En cambio, los hombres que viven de la fe esperan en los bienes futuros y eternos, según la promesa. Y usan de los bienes terrenos y temporales como viajeros. Estos no los prenden ni los desvían de los caminos que llevan a Dios, sino que los sustentan para tolerar con más facilidad y no aumentar las cargas del cuerpo corruptible, que apega al alma. Por tanto, el uso de los bienes necesarios a esta vida mortal es común a las dos clases de hombres y a las dos cosas; pero, en el uso, cada uno tiene un fin propio y un pensar muy diverso del otro. Así, la ciudad terrena, que no vive de la fe, apetece también la paz, pero fija la concordia entre los ciudadanos que mandan y los que obedecen en que sus quereres estén acordes de algún modo en lo concerniente a la vida mortal... La ciudad celestial, en cambio, conoce a un solo Dios, único al que se debe el culto y esa servidumbre, y piensa con piedad fiel que no se debe más que a Dios. Estas diferencias han motivado el que esta ciudad no pueda tener comunes con la ciudad terrena las leyes religiosas. Y por éstas se ve en la precisión de disentir de ella y ser una carga para los que sentían en contra y soportar sus iras, sus odios y sus violentas persecuciones, a menos de refrenar alguna vez los ánimos de sus enemigos con el terror de su multitud, y siempre con la ayuda de Dios (*De civitate Dei*, XIX, 17).

Es decir que la función principal del Estado es asegurar el orden externo, necesario para satisfacer las inclinaciones naturales del hombre, sea santo o pecador.

En íntima conexión con su concepción del Estado se halla su concepto de justicia. Si el Estado, como consecuencia del pecado, no puede asegurar una auténtica paz, tampoco estará en condiciones de hacer imperar una verdadera justicia. Así es como, tomando la definición que de la república formula Cicerón, concluye que el Estado pagano romano no merece el nombre de república, que sólo puede aplicarse al pueblo cristiano:

Este es precisamente el lugar propio para decir, lo más concisa y claramente que pueda, lo que prometí en el libro II de esta obra. Y es mostrar que, según las definiciones de que Escipión se sirve en los libros "Sobre la República", de Cicerón, no ha existido nunca la república romana. En pocas palabras define la república, diciendo que es la cosa del pueblo. Si esta definición es verdadera, no ha existido nunca la república romana, porque no ha sido nunca cosa del pueblo, que es la definición de república. Define el pueblo diciendo que es una sociedad fundada sobre derechos reconocidos y sobre la comunidad de intereses. Luego explica qué entiende por derechos reconocidos. Y añade que la república no puede ser gobernada sin justicia. En consecuencia, donde no hay verdadera justicia no puede darse verdadero derecho. Como lo que se hace con derecho se hace justamente, es imposible que se haga con derecho lo que se hace injustamente. En efecto, no deben llamarse derecho las constituciones injustas de los hombres, puesto que ellos mismos dicen que el derecho mana de la fuente de la justicia y que es falsa la opinión de quienes sostienen torcidamente que es derecho lo que es útil al más fuerte. Por tanto, donde no existe verdadera justicia no puede existir comunidad de hombres fundada sobre derechos reconocidos y, por tanto, tampoco pueblo, según la definición de Escipión o de Cicerón. Y si no puede existir el pueblo, tampoco la cosa del pueblo, sino la de un conjunto de seres que no merece el nombre del pueblo. Por consiguiente, si la república es la cosa del pueblo y no existe pueblo que no esté fundado sobre derechos reconocidos, y no hay derecho donde no hay justicia, síguese que donde no hay justicia no hay república. Ahora bien, la justicia es la virtud que da a cada uno lo suyo. ¿Qué justicia es ésta que aparta al hombre del Dios verdadero y lo somete a los inmundos demonios? ¿Es esto acaso dar a cada uno lo suyo? ¿O es que quien quita la heredad al que la compró y la da a quien no tiene derecho a ella, es injusto; y quien se quita a sí mismo al Dios dominador y creador suyo y sirve a los espíritus malignos, es justo? (*De civitate Dei*, XIX, 21, 1). Por tanto, debe exigirse esta justicia que obliga a que el Dios único y supremo mande, según su gracia, a la ciudad obediente que no sacrifique a nadie fuera de Él. De esta suerte, en todos los hombres, ciudadanos de esta ciudad y obedientes a Dios, el alma imperará fielmente y con orden legítimo al cuerpo, y la razón a las pasiones. Y de esta manera, como un solo justo vive de la fe, así vivirá también el conjunto y el pueblo de esos justos de esa fe que obra por la caridad, que lleva al hombre a amar a Dios como debe y al prójimo como a sí mismo. En conclusión, donde no existe esta justicia, no existe tampoco la congregación de hombres fundada sobre derechos reconocidos y comunidad de intereses. Y si esto no existe, no existe el pueblo, si es que es verdadera la definición dada de pueblo. Por consiguiente, no existe tampoco república, porque donde no hay pueblo no hay cosa del pueblo (*De civitate Dei*, XIX, 23, 5).

Resulta evidente que el concepto de justicia con el que se maneja San Agustín no es el estricto derivado de la filosofía jurídica griega y romana, sino el bíblico y teológico, según el cual la justicia implica el cumplimiento de todos los deberes para con Dios y el prójimo. Tampoco debemos olvidar la influencia platónica en su pensamiento, pues la justicia de que nos habla Platón en *La*

República equivale a la armonía de todas las facultades del alma, es decir la que ha dado en llamarse justicia metafórica.

La concepción que se refleja en los textos citados implicaría que una fundamentación del Estado basada en el orden natural no tendría cabida en su pensamiento. Pero el mismo San Agustín se encarga de aclarar la cuestión y hace jugar también el concepto más estricto de justicia, tal como la concibieron los juristas romanos. Por lo tanto, una comunidad ordenada según la justicia así entendida, concorde políticamente en la obtención de los mismos fines, puede sí llamarse pueblo y constituir una república. Nuevamente aparece aquí el carácter imperfecto y precario que tiene toda obra exclusivamente humana desvinculada del orden de la Gracia sobrenatural:

Y si descartamos esa definición de pueblo y damos esta otra: "El pueblo es un conjunto de seres racionales asociados por la concorde comunidad de objetos amados", para saber qué es cada pueblo, es preciso examinar los objetos de su amor. No obstante, sea cual fuere su amor, si es un conjunto, no de bestias, sino de seres racionales, y están ligados por la concorde comunión de objetos amados, puede llamarse, sin absurdo ninguno, pueblo. Ciertamente será tanto mejor cuanto más nobles sean los intereses que los ligan, y tanto peor cuanto menos nobles sean. Según esto, el pueblo romano es un pueblo, y su gobierno, una república. La historia da fe de lo que amó este pueblo en su origen y en las épocas siguientes y de cómo se han ido infiltrando las más sangrientas sediciones, las guerras civiles, y de cómo se rompió y se corrompió la concordia, que es en cierta manera la salud del pueblo. En los libros precedentes hay muchos datos a este respecto. Por eso, yo no diría que no es un pueblo o que su gobierno no es república mientras subsista un conjunto de seres racionales unidos por la comunión concorde de objetos amados. Lo dicho de este pueblo y de esta república hágase extensivo al pueblo de los atenienses o de otros griegos, al de los egipcios, al de la primera Babilonia de los asirios, cuando en sus repúblicas sostuvieron imperios grandes o pequeños y de cualquiera otras naciones. Porque, en general, la ciudad de los impíos, refractaria a las órdenes de Dios que prohíbe sacrificar a otros dioses fuera de Él, y por eso incapaz de hacer prevalecer el alma sobre el cuerpo y la razón sobre los vicios, desconoce la verdadera justicia (*De civitate Dei*, XIX, 24).

Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala? Y estas bandas, ¿qué son sino reinos en pequeño? Son un grupo de hombres, se rigen por un jefe, se comprometen en pacto mutuo, reparten el botín según la ley por ellos aceptada. Supongamos que a esta cuadrilla se le van sumando nuevos grupos de bandidos y llega a crecer hasta ocupar posiciones, establecer cuarteles, tomar ciudades y someter pueblos: abiertamente se denomina reino, título que a todas luces le confiere no la ambición depuesta, sino la impunidad lograda (*De civitate Dei*, IV, 4).

Obviamente, según estos textos, ya no se refiere San Agustín a la justicia perfecta, por la cual se le da a Dios lo que le corresponde, sino a una justicia humana, imperfecta, que coincide con el concepto griego y romano de dar a cada uno lo suyo, que responde a exigencias de la misma naturaleza humana, aun sin tener en cuenta el orden sobrenatural.

Sobre la base de estas consideraciones, estimamos que la perspectiva en la que se coloca el iusfilósofo francés Michel Villey al analizar esta concepción

agustiniana, puede conducir a algún equívoco. Veamos el siguiente texto de Villey:

El primer texto estudiado en el curso fue uno de la *Ciudad de Dios* de San Agustín (II, 21 y XIX, 21), pues la misma argumentación se encuentra allí repetida dos veces. No existirían justicia ni derecho verdaderos más que en la Iglesia: *vera autem iustitia non est nisi in ea republica cujus conditor rectorque Christus est* (II, 21). Se han de recordar los ataques contra las instituciones romanas de las que está sembrada esta obra (por ejemplo XIX, 6 sobre la imperfección de los métodos de la justicia romana y especialmente sobre la tortura que es el medio inevitable). Cualquiera que haya sido el destino posterior de esta serie de textos, la voluntad personal de San Agustín no era todavía presionar hacia la destrucción de las instituciones romanas: ella está en tren de operarse por sí misma, bajo los golpes de los bárbaros. San Agustín en su corazón permanecía atado a la civilización romana. Decimos además que el derecho romano (por más que tuvo en su juventud diferentes contactos con él, especialmente por medio de Alypius y por su función de rétor) no termina de interesarle ni impacta su espíritu. Toda su argumentación contra la injusticia del *ius* (fundamento de la ciudad romana) nos aparece como sofística. Pues si entendemos el *ius* en el sentido de Aristóteles, o como los juristas romanos (reparto de bienes temporales en el seno de la ciudad), la justicia del derecho no podría ser la deuda de honor que es debida a Dios y con el que cada ciudadano cumpliría. El culto y la piedad no entran en el *dikaion politikon*. Pero San Agustín, que es de cultura platónica y estoico, no puede evitar comprender las palabras *ius* y *iustitia* en el sentido general de virtud completa; de allí que no puede existir un *ius* más que en virtud de la ley moral cristiana. Y la transición se efectúa del derecho romano a la Torah (*El derecho. Perspectiva griega, judía y cristiana*, Buenos Aires, Ghersi, 1978, p. 44).

Si bien no negamos que el pensamiento agustiniano haya influido posteriormente en la confusión de ambos conceptos de justicia, parecería que sólo con la escolástica, y en particular con Santo Tomás, queda suficientemente salvado el orden natural fundamentado en el concepto de justicia derivado del *dikaion* griego y el *ius* romano. Si bien es cierto que la revolución escolástica implicó el triunfo del desarrollo autónomo de las ciencias profanas, sobre todo gracias al ingreso de Aristóteles, estimo que ello no autoriza a hablar de una especie de oposición entre el derecho cristiano, de tipo sacral, basado en la piedad, la caridad y la mansedumbre, y el derecho romano, de contenido estrictamente jurídico, por el que se atribuye a cada uno lo que le pertenece. Ni San Agustín deja de tener en cuenta el orden derivado estrictamente de la naturaleza, ni Santo Tomás lo desvincula del orden sobrenatural y de las normas evangélicas. Creemos, por consiguiente, acertadas las reflexiones que a propósito del tema hace Antonio Truyol y Serra:

Mas sería un error, lo mismo con respecto al pensamiento político de San Agustín que a su doctrina iusnaturalista, aislar las concepciones agustinianas del tronco cristiano común del que nacieron, contraponiéndolas radicalmente a la interpretación escolástica del problema político. No puede pretenderse, desde luego, que una y otra estén en un mismo plano. Pero tampoco cabe desconocer la base común que las une. En una de sus obras maestras, Gilson hace observar, con su acostumbrado acierto, que en el desacuerdo entre cristianos y no cristianos en torno a la valoración de la naturaleza "no se trata de saber si la naturaleza es buena o si es mala, y sí de saber si se basta y si basta. El testimonio, y podemos añadir la experiencia del cristianismo, es que la naturaleza

misma no logra realizarse ni mantenerse como tal cuando pretende prescindir de la gracia" (*L'esprit de la philosophie médiévale*, 2ª ed., París, 1944, p. 132). Ni San Agustín ni el Aquinatense, cualesquiera que sean las influencias de la filosofía griega sobre su espíritu, discrepan en esta idea fundamental de la insuficiencia de la naturaleza para alcanzar una vida moral y una convivencia humana perfectas. Lo que hay es, como subrayamos anteriormente, una diferencia de acento entre ambos, en cuanto que la naturaleza agustiniana, no cualificada ontológicamente como la naturaleza tomista, ve pesar mayormente sobre ella la sombra del pecado que la hirió, y goza, por consiguiente, de menor autonomía (*El derecho y el Estado en San Agustín*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1944, p. 189).

Y agregaríamos nosotros que desde la perspectiva eminentemente teológica en que se coloca San Agustín, su elaboración es plenamente válida. Sería, en cambio, objetable si hablara como filósofo político y jurídico. Él en ningún momento pretende hacer filosofía del derecho. Por lo demás, tampoco debemos olvidar la intención polémica y apologética de la mayoría de sus obras, que escribió en un momento histórico muy particular en el que todavía estaba fresco el recuerdo de los conflictos del cristianismo con la sociedad pagana.

Concluimos señalando que las precisiones aquí formuladas no pretenden en modo alguno desmerecer el inmenso valor de la obra del maestro francés Michel Villey, cuyo pensamiento iusfilosófico compartimos en lo sustancial.

FULVIO RAMOS

Universidad Católica Argentina

ACERCA DE UNA VERSIÓN EN LENGUA CASTELLANA DE LA *COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM*

I. El trabajo *Collatio Legum Mosaicarum et Romanarum* (Comparación de las Leyes Mosaicas y Romanas), traducción castellana del profesor doctor Silvino A. Pautasso, nos ha suscitado —entre otras reflexiones— la de que, hasta la persona menos avisada, no puede dejar de advertir una cierta dirección en la que han desplegado, estos últimos 40 años, su actividad los romanistas argentinos. En efecto, sin perjuicio de la tarea académica y científica, se han sentido atraídos por una labor de traducción a nuestra lengua castellana de importantes fuentes jurídicas romanas.

No podría afirmarse que, en todos los casos, haya sido la necesidad de ponerlos al alcance de profesores y estudiantes el móvil determinante, pues respecto de algunas de ellas existían ya versiones muy autorizadas; más bien parece que el impulso proviniera de esa ansia de investigación y mejoramiento que es inherente a las vocaciones auténticas.

El mismo profesor Pautasso se había aplicado, desde hace años, al noble y no siempre bien comprendido esfuerzo de traducir, como que ya en 1943, en colaboración con E. Masoni, había traducido el primer libro de la *Instituta* de Gayo; y después colaborando con intensidad y dedicación en esa obra ciclópica de verter al castellano el *Código Teodosiano*. El trabajo, que fuera emprendido bajo la dirección del insigne romanista, profesor doctor Agustín Díaz Bialet, con el concurso de otros colaboradores, ha llegado ya al final del libro quinto, habiéndose publicado en la *Revista de la Sociedad Argentina de Derecho Romano* (n.ºs. XIII-XVII, 1968-1972). Las noticias que tenemos permiten abrigar esperanzas acerca de su continuación.

La importancia suma de esta obra no requiere encarecimiento, máxime si se tiene en cuenta que es de difícil acceso por la lengua latina en que están escritas o refundidas las constituciones que lo integran; a lo que debe añadirse que no existen traducciones, salvo la realizada en idioma inglés por Clyde Pharr.¹

Conviene destacar que la ingente riqueza de esta compilación representa un auxilio precioso, no tanto para el estudio del derecho privado y su investigación, cuanto para el público, rama a la cual ordinariamente se le presta una menor consideración. El comentario de Jacobo Godofredo, forjado en treinta años de titánico esfuerzo y publicado póstumamente por A. Marvilius en 1665 lo ilustra prolija y acabadamente, iluminando una amplia época de la historia del bajo imperio. Edward Gibson, el gran historiador de los emperadores y de

¹ *The Theodosian Code, and Novels, and the Sirmundian Constitutions*, Princeton University, 1952.

la Decadencia y Caída del Imperio Romano, le ha prodigado el más cumplido elogio. En su *Autobiografía* —interesante sobremanera— ha escrito:

Entre los libros que adquirí —se refiere al tiempo de su estancia en Suiza— el *Código de Teodosio*, con el comentario de James Godefroy, tiene que ser recordado con gratitud: lo usé (y lo use mucho) como una obra de historia más bien que de jurisprudencia, pero a todas luces puede ser considerado como un archivo completo y amplísimo del estado político del imperio en los siglos IV y V.²

Todavía puede señalarse que la mencionada edición inglesa está dedicada

To the Memory of Jacobus Gothofredus, Philologist, Historian, Jurist, Lover of Learning, Editor of The Theodosian Code and Founder of Modern Theodosian Scholarship.

Y su traductor Clyde Pharr, además, expresa en el Prefacio (p. VII), que

el brillante y sabio comentario de Gothofredus ha sido indispensable y de constante ayuda en la dilucidación de muchas oscuridades. Sólo raramente nos hemos permitido diferir con él en sus interpretaciones.

Después del Teodosiano, las *Institutas* de Gayo han atraído la atención y el profesor Alfredo Di Pietro nos ha regalado una traducción, con copiosas notas (La Plata, 1967), donde se concretan explicaciones y referencias a otros textos romanos, destacando sobre todo —como el mismo autor lo dice, Introducción, p. XXI— la correlación con las *Institutas* de Justiniano.

No muchos años antes, en 1943, Alvaro D'Ors había dado, para la "Colección Escolar de Fuentes Jurídicas Romanas", publicación del Consejo Superior de Investigaciones Científicas de Madrid, una versión del texto gayano junto con el original latino. En el intermedio, la prestigiosa colección de clásicos "Les Belles Lettres" incluía entre sus títulos *Gaius, Institutes*, texte établi et traduit par Julien Reinach, París, 1950.

Si se añade todavía la edición de De Zulueta, Oxford, 1946 (texto y traducción inglesa), se deja de ver que el interés por estas *Institutas* lejos de disminuir se ha incrementado, a lo que ha contribuido por cierto la necesidad de incorporar los nuevos pasajes descubiertos que completan e integran el texto.

El trabajo del profesor Di Pietro figura, pues, con honor, al lado de las otras publicaciones mencionadas y tiene el gran valor de poner en manos del estudiante de derecho, a quien va dirigido (Intr., loc. cit.), una obra preciosa de la jurisprudencia clásica.

Las Reglas de Ulpiano o *Tituli ex corpore Ulpiani* han tenido también una traductora argentina, la profesora Nina Ponssa de la Vega de Miguens, habiéndose publicado en 1970 (Buenos Aires, Ediciones Berner).

La obrita, respecto de la cual las controversias de los romanistas no alcanzan acuerdo, tiene sin embargo un carácter no discutible, esto es, su finalidad

² Buenos Aires, Espasa-Calpe, Austral, 1949.

didáctica similar a las *Institutas* de Gayo, como la propia traductora lo pone de manifiesto (p. 16).

II. En esta labor de traducción, a la cual como decíamos se ha dirigido parte de la actividad de nuestros romanistas, surge ahora la obra cuya aparición comentamos, fruto de las vigiliias del profesor Pautasso.

Profesa actualmente este eximio romanista —y desde hace muchos años— en la Universidad Católica de Córdoba, habiéndose destacado como docente y profundo investigador. El maestro se distingue, ante todo, por el rigor con que prepara sus clases, sin descuidar ninguna de las cuestiones que integran el tema, lo que después ofrece al auditorio de estudiantes con pura elocución y dicción muy clara, sin precipitaciones, más bien lentamente y con una cierta parsimonia; lo que no excluye que, cuando la oportunidad es propicia, la voz se eleve y alcance los tonos adecuados, o que discurra más aceleradamente, como queriendo significar o transmitir la vibración interna que a él mismo lo posee; o cuando es necesario un tanto de solemnidad, conveniente a la materia, como ocurre, por ejemplo, en ocasión de recitar y explicar la definición famosa de Papiniano acerca de la ley. Fuera de ello, su enseñanza tiene un carácter dominante, el del esfuerzo siempre logrado por alcanzar la máxima claridad, incluso donde los asuntos sean más abstrusos y complejos.

En el aspecto de la investigación resalta por lo concienzudo y por el rigor del método, lo que es dable apreciar en todos sus trabajos. Así en “La adquisición de la posesión *per subjectam personam*, según el derecho romano y la Glosa”, Córdoba, 1947; La “*In Diem Addictio*”, Córdoba, 1952, tesis que fuera galadornada con el “Premio Facultad”; “Usufructo y Posesión en el Derecho Romano”, Córdoba, 1954; “*Usus y Possessio*”, Córdoba, 1955.

Tanto en estas que son, diríamos, sus obras mayores, como en las menores, se advierte una orientación metodológica de claro tono exegético, de modo que constante y frecuentemente aparecen en la base de sus escritos, en primerísimo lugar, las fuentes y, después, los grandes romanistas que se han ocupado de esclarecerlas, sin desdeñar por cierto el aporte de los modernos ni tampoco el de la pandectística, pero claro está sin seguir su método.

Él mismo lo ha declarado en la nota preliminar de la “*In Diem Addictio*” (p. VII), sirviéndose —como una profesión de fe— de lo que Emilio Betti escribía en 1921:

El Derecho Romano, una vez superada la fase interpolacionística, volverá al método de exégesis de Cuyacio: a aquella exégesis amplia, plena, exhaustiva, conducida constantemente a la luz de los principios jurídicos, de la cual el jurisconsulto francés —cuya figura se agiganta cada vez más en los siglos— nos ha dejado un clásico ejemplo.

En los preliminares, que el autor de la versión ha brevemente expuesto, se informa acerca de la denominación de la *Collatio*, época, autor, lugar, historia externa, consistencia y finalidad, estructura, ediciones modernas, bibliografía y, por último, sobre el carácter de la traducción realizada.

Varios de estos puntos permanecen aún hoy sin solución, de modo que quien se aplica a la tarea de estudiarlos tiene que moverse, necesariamente, entre una maraña de conjeturas, que a menudo se enervan las unas a las otras.

Así, por ejemplo, si se trata de ubicar en el tiempo la composición de la obra, se la sitúa en el lapso que corre entre los años 390 y 438, porque el primero corresponde a la constitución que, en su forma originaria, se contiene en la Compilación (5, 3), mientras que la segunda fecha pertenece al año de la publicación del Código Teodosiano, donde la constitución se inserta abreviada en una nueva redacción, por lo que se infiere que el autor no conocía la obra de este emperador.³

Pero ésta, que constituye la *communis opinio*, resulta conmovida por la argumentación de Fritz Schulz, quien, si bien admite como fecha extrema la mencionada "puesto que si el Theodosianus no es utilizado, tiene que ser anterior al 438", destaca, sin embargo en lo que respecta al término inicial:

Habida cuenta que la constitución del 390 es un añadido posterior, puede por lo tanto haber sido escrita también ya antes de esa fecha.⁴

La *Collatio*, como su nombre lo indica, es una comparación o cotejo entre las leyes del derecho mosaico y del derecho romano, algo así como lo que hoy llamaríamos un estudio de derecho comparado.

Lo que a nosotros nos ha llegado, a través de tres manuscritos de los siglos IX a XI, que hoy se encuentran en Berlín, Viena y Vercelli, consta de dieciséis títulos del primer libro, siendo muy posible que el principio de la obra se haya perdido, ya que —como afirma Wenger— alguna introducción tiene que haberla precedido.⁵

El contenido de la *Collatio*, en torno del cual se establece la comparación, ostenta un claro, casi absoluto predominio de materias atinentes al derecho penal, tratándose no obstante en el último título, el 16, de la sucesión legítima, lo que también motiva la observación de Wenger, quien piensa que, dentro del ámbito del derecho privado, no es concebible que se haya tratado únicamente de la sucesión intestada.

El material, que se ha utilizado para el cotejo, proviene en lo que concierne al derecho mosaico de la Biblia, y en lo relativo al derecho romano, de extractos de los escritos de los juriconsultos Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, de algunas constituciones extraídas de los Códigos Gregoriano y Hermogeniano y, además, de la constitución del año 390 de la época del emperador Teodosio.

Aquí se pueden efectuar dos acotaciones, una acerca de la autoría, y otra atinente a la época. Respecto de aquélla, conviene recordar que, contra la

³ P. KRUEGER, *Histoire des Sources du Droit Romain*, p. 406, Trad. franc. de M. Brisaud, París, 1894; L. WENGER, *Die Quellen des Römischen Rechts*, Wien, 1953, p. 546.

⁴ *Geschichte der Römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961, p. 397.

⁵ Ob. cit., p. 546.

tesis sostenida por algunos de que San Jerónimo pudiera haber sido el autor, se ha aducido el hecho de que las citas de la Biblia —que p[os]iblemente no se reproducen literalmente— no se efectúan en la versión latina del santo, la Vulgata, sino conforme a traducciones latinas anteriores.⁶

Y en lo relativo a la época en que se habría publicado, la circunstancia de que los extractos utilizados proceden de los cinco grandes juriconsultos nombrados en primer término en la Ley de Citas, del año 426, no constituye —como precisa Krueger— una prueba de que sea posterior a aquélla, porque es probable que esta ley no haya hecho más que consagrar el estado de cosas ya existente a este respecto.⁷

III. Hemos señalado precedentemente que la *Collatio* viene a ser lo que en la actualidad estaría representado por un estudio de derecho comparado, tal cual como igualmente lo indica el docto traductor (nº 6, nociones preliminares). Algo empero atrae la atención del estudioso, cual es lo que si es permitido puede calificarse como desigualdad en la comparación. Se observa así que las normas de Moisés se colocan al principio de los títulos o de los acápite, cuando los hay (Tít. I, V, 1. De causalibus homicidis), mientras los que provienen de las fuentes romanas se ubican a continuación en el orden que *supra* hemos mencionado (parág. II).

Mas, el breve precepto mosaico, enfrentado con los textos o pasajes de los juriconsultos romanos primero y con las constituciones del Gregoriano y Hermogeniano en segundo término, no alcanza a ser más que un frontispicio, de modo que razonablemente se suscitan dudas acerca de los alcances de este cotejo que se ha propuesto el autor.

Sólo una vez (6, 7), a renglón seguido del texto de Papiniano, en el título *de incestis nuptiis*, se retorna a la ley mosaica, apartándose del procedimiento habitual, en que las prescripciones del legislador hebreo se transcriben exclusivamente en el encabezamiento.

Se explica entonces, al tratar este punto, cómo uno se siente inclinado a darle la razón a Schulz, quien parte de la premisa de que el texto transmitido de la *Collatio* muestra claramente estratos, habiéndose reelaborado el texto original de diversas maneras.⁸ Ahora, en lo concerniente a los pasajes bíblicos, asevera el ilustre romanista alemán que han sido añadidos sólo posteriormente, no siendo perceptible una tendencia religiosa, observándose únicamente el cotejo entranbos derechos puestos frente a frente, pero la comparación se efectúa de una forma somera y superficial, insertándose aquellos pasajes sin el debido esmero (loc. cit.).

Todo esto conduce a Schulz a concluir que no puede haberse elaborado una compilación tan extensa para comparar tan superficialmente al material reunido con el derecho mosaico, de suerte que quien ha procedido así nece-

⁶ Ver WENGER, ob. cit., p. 547 y notas 177 y 178; KRUEGER piensa que sería la Biblia llamada de los Setenta que, por otra parte, no se conoce, ob. cit., p. 404.

⁷ Ob. cit., p. 407.

⁸ Ob. cit., p. 396.

sariamente tendría que haberlo efectuado con igual superficialidad en la recolección del material romano, contentándose con uno o dos pasajes, en lugar de las largas series citadas. Esto suministraría, en su concepto, una prueba de que la compilación jurídica ya existía antes de que las citas bíblicas fuesen añadidas (loc. cit.).

Ese hecho concreto, que ostensiblemente se comprueba, y que hemos designado como desigualdad en la confrontación es el que ha motivado las reflexiones de Schulz, sirviéndole como elemento demostrativo de su tesis de las estratificaciones en la *Collatio*.

IV. Mas la *Collatio* no agota su aporte en ofrecer la comparación de que se ha discurrido, sino que además ha enriquecido las fuentes del derecho romano con el caudal de diversos pasajes de los escritos de los grandes jurisconsultos, que antes eran desconocidos, particularmente porque, en el momento de la compilación dispuesto por Justiniano, no fueron recogidos en las *Pandectas*.

Así pueden verse en ella varios textos de Papiniano: 2,3; 4,5; 4,7; 4,8; 4,9; 4,10; 4,11; 6,6. Otto Lenel ya los había transcritos en la *Palingenesia Iuris Civilis*, Lipsiae 1889, en cuyo vol. I se los encuentra (columnas 808, 809, 813 y 942).

La mayoría de estos pasajes proviene del "*liber singularis de adulteriis*", lo que se explica —como lo señala Emilio Costa— por la índole y el propósito de la *Collatio*, refiriéndose la mayor parte al adulterio y a las penas conminadas a los adúlteros; de este mismo libro se extrae, sin embargo, el fragmento incorporado en el título de *incestis nuptiis* (6,6). El único paso extraído del *liber definitionum secundo sub titulo de iudicatis* concierne a un objeto diferente, concretamente a la liberación del *noxæ deditus*, cuando mediante éste se ha adquirido tanto como daño ha causado, en cuyo caso el que lo recibió en *noxæ* es obligado por el pretor a manumitirlo (2,3). Conviene destacar que del libro de los *responsa*, se ha insertado un pasaje —4,5— relativo igualmente al adulterio.⁹

También nos hace conocer un texto de Modestino (1, 12), no compilado en el *Digesto*, extraído del *libro differentiarum sexto*, donde se trata del error de hecho y de derecho.¹⁰

Asimismo, nos ha permitido el conocimiento de algunos textos de Paulo, tomados del *de adulteriis liber singularis*, con los que la *Collatio*, después del breve precepto mosaico, encabeza el título homónimo.¹¹

Ha contribuido también con algunos fragmentos a enriquecer —todavía más si cabe— la ingente masa de las obras de Ulpiano, aportando algunos pasajes que no se habían incorporado por otras vías al patrimonio jurídico legado

⁹ Véase sobre todo esto, autor cit., PAPIANIANO, *Studio di Storia Interna del Diritto Romano*, vol. I, parágs. 9 y 10, pp. 80 y 81, Bologna, 1894.

¹⁰ Véase LENEL, Pal. I, col. 704.

¹¹ 4,2; 4,3; 4,4; 4,6, pp. 12 y 13 de esta traducción. Ver LENEL, ob. cit., I, col. 953 y 954.

por este prolífico jurisconsulto. Así pueden verse en la *Collatio*: 16,5; 16,6; 16,7; 16,8; 16,9; 15,2; 1,3; 1,6; 3,3; § 5; 13,3; 14,3, 1-5.¹²

Pero, además, la *Collatio* ofrece igualmente a veces —como expresa Wenger— la posibilidad de probar la autenticidad de los pasajes transmitidos en el Digesto, como ocurre, por ejemplo con el texto de Paulus (1,13), tomado literalmente de *Sent.* 5, 23, 7 y reproducido en *Dig.* 48, 6, 11, 2 sin otra modificación que la forma plural.¹³

Adviértase, finalmente, y en concordancia con lo expuesto, que incluso en materia de interpolaciones, la *Collatio* proporciona una interesante y no desdeñable utilidad. En un trabajo publicado en 1911, bajo el título *Contributi alla Critica del Digesto*, Emilio Albertario ocupándose de los textos que contienen la construcción *sin autem* señalaba que, desde Antonio Fabro, se los estimaba de procedencia compilatoria. Sin embargo, considera que esta afirmación tiene el defecto de ser demasiado absoluta.¹⁴

Si bien todos los elementos concomitantes con el punto en examen —añade aquel autor— pueden conducir a reputar con mucha desconfianza los textos del Digesto en que se encuentra, no son susceptibles sin embargo de concebir, apriorísticamente como quiere Fabro, que sean con certeza interpolados; lo que podría ocurrir en la mayoría de los casos, pero se requieren otros indicios; el indicio suministrado por la construcción *sin autem* es leve y, por otro lado, puede tratarse de una interpolación meramente formal.¹⁵

Esta construcción se encuentra raramente en la literatura y en la jurisprudencia clásica, que hemos recibido fuera de la compilación justiniana y, precisamente, uno de estos casos lo ofrece un fragmento de Ulpiano recogido en la *Collatio*.

Así puede verse en VII, 3,3,¹⁶ que

si alguno hubiese dado muerte por la noche a un ladrón, no dudamos de que no está sancionado por la ley Aquilia; pero si (*sin autem*), pudiéndolo aprehender, prefirió darle muerte, con mayor razón se considera haber cometido injuria; por tanto, también será sancionado por la ley Cornelia.

El texto precedente del jurisconsulto aludido pasó al Digesto (IX.2.5 pr. y parág. 1), prácticamente sin modificaciones sustanciales, y conservando la construcción *sin autem* en el lugar pertinente.

En nuestra opinión este giro no puede aquí considerarse como un signo revelador de interpolación, ya que, por un lado no constituye una innovación de los compiladores en cuanto ya se encuentra en el texto de la *Collatio* y, por el otro, por una razón muy simple, cual la de que el *sin autem* (pero sí, en el caso contrario) —en cuanto revelador de interpolación— es expresión usada

¹² Cfr. LENEL, Pal., II, 1925, 1926, 1927, 1928, 1929, col. 929 y 930; 2192, 2194, 2196, col. 975 y 976; 2214, col. 981; 2229 y 2231, col. 984 y 985.

¹³ Ob. cit., p. 546, texto y nota 167.

¹⁴ *Studi di Diritto Romano*, Milano, 1953, vol. VI, pp. 93, 95 y 96.

¹⁵ Ob. cit., p. 99.

¹⁶ P. 20 de esta traducción.

para significar un cambio en la doctrina, que justifique una decisión diversa. Mas aquí tal cosa no ocurre, porque no se trata de una situación única que, con el variar de la concepción jurídica en la sucesión del tiempo, suscite una nueva solución sino de hechos que por configurar dos situaciones distintas, exigen naturalmente regulaciones disímiles.

Resta observar todavía que si generalmente se admite que la *Collatio* ha incorporado los textos genuinos,¹⁷ el *sin autem* no puede estimarse una glosema sino propio del pasaje del juriconsulto de cuya obra fue extraído. Y si se aceptara la tesis de la crítica moderna que ha puesto en guardia a los estudiosos acerca de lo relativo a la autenticidad de esta colección de textos,¹⁸ la primera razón aducida hace un momento sería suficiente para —en lo atinente al texto en examen— rechazar su aplicación.

Empero no es lo mismo en el caso del fragmento también de Ulpiano (D. IX. 2.27.10), ya que, confrontado con el XII, 7,8 de la *Collatio*, permite advertir que el empleo de la construcción *sin autem*, que no se presenta en esta compilación, implica sí una solución distinta o, por lo menos, mejor definida. En efecto, la posibilidad que en la *Collatio* se atribuye a Proculo de que, en la cuestión que allí se trata, sea más justo que se conceda acción por el hecho, o de que alguno pensara que basta una caución de daño no hecho,¹⁹ se transforma en certeza en el Digesto, donde las dudas y conjeturas se eliminan, decidiéndose categóricamente: *damni infecti puto sufficere cautionem*.²⁰

Acaso pueda concluirse, entonces, que aunque se la valore como una interpolación, quizás deba aceptarse la opinión de Wenger, según la cual el juicio de Krueger —antes mencionado— de que los extractos jurídicos son inalterados y, por lo general, reproducidos íntegramente, no ha sido conmovido por pequeñas omisiones y modificaciones lingüísticas, como lo demuestran las más nuevas ediciones.²¹

V. Si la curiosidad nos llevara a espigar un poco en la *Collatio*, gracias al interés despertado por la traducción que es objeto de este comentario, en el título *de adulteriis* (4,2) nos atrae un texto de Paulo que ha causado alguna dificultad. Es aquel en que se transcribe una opinión de Marcelo y que el profesor Pautasso vierte así:

Marcelo, en el libro XXXI de los digestos escribe que el que diere muerte al que sorprende cometiendo adulterio con su hija *sui iuris*, e inmediatamente matare a la hija, ha hecho esto con legítimo derecho (p. 12).

Ya A. Schulting, que reproduce la primera edición que de la *Collatio* hiciera Pithou, señaló que Cuyacio lee *Illicito iure*, de suerte que quien hubiera

17 KRUEGER, ob. cit., p. 406; WENGER, p. 546, texto y nota 168.

18 ALBERTARIO, ob. cit., p. 574; SCHULZ, *supra* citado.

19 P. 30 de la traducción.

20 Ver MOMMSEN-KRUEGER, *Digesto*, texto y notas, editio sexta decima, Barolini, 1954, apud Weidmannos; para la confrontación textual, G. PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano*, vol. I, Apéndice XI, pp. CXCVI y CXCVII, 2ª ed., Torino, 1918.

21 Ob. cit. et loc. cit., nota 168.

procedido como se expresa allí, lejos de hacerlo con legítimo derecho, habría obrado sin ningún derecho.²²

Antes que nada conviene señalar que el texto de Marcelo, que el juriconsulto de Tolosa considera, difiere de la lección que dan las modernas ediciones, pues en aquel se trata del caso en que se diera muerte al que sorprende cometiendo adulterio con la hija viuda o divorciada (*in vidua*), mientras en el que se ha transcripto se trata de la hija *sui iuris*.

El texto primero puede verse en Lenel,²³ en tanto que el otro, sobre el que se ha efectuado la traducción, es el consignado en Girard.²⁴

Si el adulterio ha recaído *in vidua filia*, esto es, en mujer divorciada o viuda, fácilmente se entienden las razones aducidas por Cuyacio para sostener que entonces se ha actuado *illicito iure*. En efecto, ya la partícula *autem* está *a priori* indicando que esta especie *in vidua* exige un derecho diverso, porque así como es conforme con el derecho natural que *detur ferrum patri in nuptam, quae gentilem lectum polluit, et injuriam marito fecit*, esta situación no se configura en el caso de la mujer divorciada o viuda, toda vez que aquí no se profana el lecho conyugal ni se infiere injuria al marido.²⁵

En este mismo título *de adulteriis* (IV, 27) se puede apreciar el valor que el derecho romano asignaba al elemento psicológico de la voluntad, pues luego de expresar Paulo que si el padre mata solamente al adúltero, pero no a la hija, será reo de homicidio (parág. 6), añade en el siguiente que si diera muerte a la hija después de un intervalo, también será reo de homicidio, pero no si lo hiciera habiéndola perseguido, ya que en razón de la continuidad de la intención parece que ha obrado de acuerdo a la autorización de la ley.

En el tít. *De Deposito* (X, 2), los primeros cuatro párrafos, extraídos del libro *differentiarum secundo* de Modestino, sólo a través de la *Collatio* —como *supra* notóse— han llegado a nuestro conocimiento.

Es dable observar que el juriconsulto ocupándose de la prestación de la culpa en los contratos, asevera que en el comodato se responde de toda culpa, porque interviene la utilidad de ambas partes.²⁶ Como la proposición es demasiado general, ya que si bien capta lo que puede llegar a ocurrir no traduce lo que ordinariamente sucede, F. Hotomano prefirió leer así el pasaje: *quia vel solius accipientis, vel utriusque utilitas*, lo que es por cierto más exacto, pues como lo expresa Schulting en el comodato concurre generalmente no la utilidad de ambos contratantes, sino únicamente la del comodatario.²⁷ Esta conclusión halla, por otra parte, expresa confirmación en Ulpiano (D. XIII. 6.5.3).

²² Jurisprudentia Vetus Ante-Justiniana, nota 12, p. 745, Lipsiae 1737.

²³ Ob. cit., I, n° 266, col. 632.

²⁴ Textes de Droit Romain, p. 581, 6ª ed., París, 1937, igualmente en BAVIERA, *Fon-tes Iuris Romani*, Pars Altera, p. 553, 2ª edic. Florentiae, 1968.

²⁵ *Opera Omnia*, IV, col. 1486, D. Neapoli 1722.

²⁶ P. 24, parág. 1.

²⁷ Ob. cit., nota 6, p. 768.

Modestino (*Coll.*, X, 2, 3) sostiene que en la acción de mandato se responde únicamente del dolo pero no de la culpa. Esta doctrina guarda congruencia con la de Ulpiano (D. XIII.6.5.2) donde se expone la generalmente aceptada, que consiste como se sabe en afirmar que se responde incluso de la culpa cuando se saca o se espera alguna utilidad del contrato de que se trata, pero solamente del dolo cuando no se extrae utilidad alguna. Sin embargo,²⁸ hay excepciones: el mandatario y el *negotiorum gestor*.²⁹

En consecuencia de conformidad a los textos citados, se infiere que el mandatario a pesar de que no extrae utilidad alguna del mandato, por lo que debiera responder únicamente del dolo o la culpa grave, sin embargo está obligado a prestar la culpa leve.

El aporte de la *Collatio* consiste entonces en hacernos conocer un texto en que, la responsabilidad del mandatario de acuerdo al principio general, se circunscribe al dolo y la culpa grave, texto que armoniza con uno de Ulpiano. No sabemos cómo fue el proceso en mérito al cual se terminó por imponerle al mandatario la responsabilidad por la culpa leve, teoría de la cual —como termina de verse— dan testimonio otros textos del mismo Ulpiano y también de Paulo, del *Código* y las *Instituciones*.

Es obvio que en esta recensión no se puede profundizar el tema, pero sea permitido destacar que alguno, como V. Arangio-Ruiz, opina que esa evolución es susceptible de perfilarse del siguiente modo: responsabilidad por dolo en la época clásica; por culpa, en la postclásica; y por culpa *in concreto* en el derecho justiniano. Para esto se funda no sólo en un pasaje de Calistrato (D. XXVI.7.33 pr.), sino también en el texto de Modestino que hemos citado, concretamente en la segunda parte, referido a la tutela.³⁰

Si el texto es interpolado, como se sostiene por algunos, no guarda por cierto armonía con la jurisprudencia clásica, pero si es genuino —añade Arangio-Ruiz— puede concluirse que la doctrina de Modestino ha señalado la iniciación de una nueva corriente de pensamiento, destinada a triunfar en la época postclásica.³¹

VI. La traducción efectuada por el profesor Pautasso ha determinado, en lo que a nosotros respecta, un vivo interés hacia una fuente, a la que, sin incurrir en una calificación peyorativa, puede denominarse menor y cuyo conocimiento —en defecto de la versión que ahora afortunadamente poseemos— se presentaba para algunos fatigoso y arduo, para otros quizás imposible.

Desde aquí en adelante los estudiosos y estudiantes —a quienes particular y especialmente está dirigida— podrán consultarla con facilidad y, por poco que se pongan a reflexionar a medida que la recorran, les será dado confirmar

²⁸ Ver CH. MAYNZ, *Cours de Droit Romain, II*, Bruxelles-Paris, parág. 259, p. 11, nota 8, 3ª ed.

²⁹ PAUL, I.4.1; D.L. 17.23; D. III.5.21.3 (referido al gestor); ULP.; D. XVII.1.8.10; eod. fr. 10, parág. 1; C IV.35.11.13; Inst. III.27.1 *in fine*.

³⁰ *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*, Napoli, 1933, p. 59, 2ª ed.

³¹ Ob. et loc. cit.

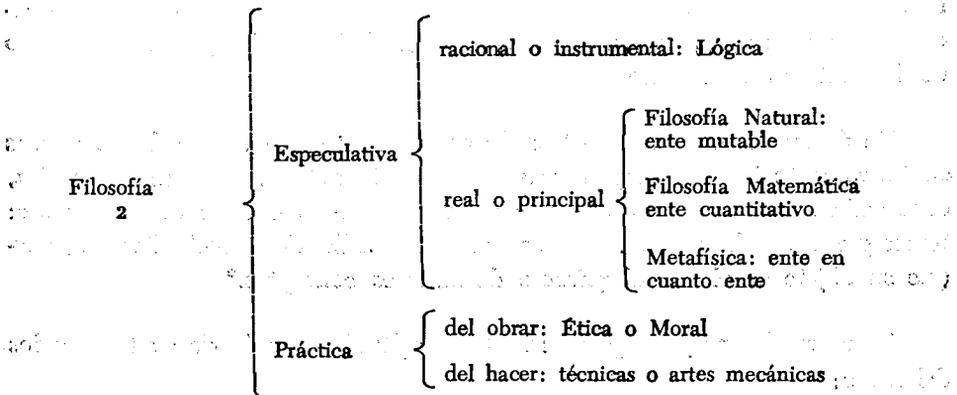
la verdad de todo lo que, sólo a modo de ejemplo, nos hemos permitido modestamente señalar.

Quisiéramos formular el fervido voto de que la serie de versiones a nuestra lengua castellana, a que nos hemos referido, no se interrumpa y que, a la última del profesor Pautasso de la cual sucinto comentario hemos efectuado, otras sigan para dar testimonio de la perenne vitalidad del derecho romano. Que así sea es nuestra firme esperanza y nuestra fe inquebrantable.

MARCELO JULIO ESPINOSA
Universidad Nacional de Córdoba

LA UBICACIÓN DE LA FILOSOFÍA DEL DERECHO EN LA FILOSOFÍA

I. Se puede decir, genéricamente, que desde el punto de vista histórico fueron desarrollados tres grandes intentos de división de la Filosofía en ramas, habida cuenta de la extensión de su objeto material. Teniendo en cuenta, pues, que la "totalidad de las cosas" puede ser estudiada filosóficamente a través de la cantidad de problemas y cuestiones que esas mismas cosas nos pueden llegar a plantear,¹ Aristóteles es el que inspira la primera división fundamental de la Filosofía, distinguiéndola en especulativa y práctica: si conoce la verdad, tendremos aquélla; mas si conoce la verdad pero para dirigir la acción, nos situaremos en el ámbito de ésta. Así:



A poco que se reflexione sobre esta primera división podrá advertirse que la filosofía especulativa real o principal se asienta en orden a sus tres ramas (Filosofía Natural, Filosofía Matemática y Metafísica), en la doctrina de los

¹ Convengamos en establecer que por "filósofo" se entiende a aquella persona que no quite ninguno de los "porqué" que puedan plantearse, lo que lo diferencia del científico, que no puede exceder su propio límite formal, el fenómeno. Así, un objeto cualquiera (una silla, por ejemplo) nos puede inquietar con los siguientes interrogantes filosóficos: si posee un ser (metafísica); si existe en la realidad (gnoseología); si es bella (estética); si es parte integrante del cosmos (cosmología), etc.

² JUAN A. CASAUBÓN, *Nociones Generales de Lógica y Filosofía*, Estrada, 1981, p. 7.

tres grados de abstracción, es decir, tal como lo explicaba agudamente Maritain, los tres grados según los cuales las cosas ofrecen al espíritu la posibilidad de alcanzar en ellas un objeto más o menos abstracto e inmaterial.

En efecto, el conocimiento intelectual, diferenciándose del meramente sensible, es abstractivo. Así como el entendimiento es una facultad inmaterial, sus objetos, que han de guardar con él la proporción o adecuación debida, son análogamente inmateriales (inmateriales no en cuanto cosas —aunque ello también es posible—, sino en cuanto objetos del entendimiento, lo que significa que éste prescinde siempre de algo material en las cosas realmente materiales). De esta suerte, las cosas son tanto más inteligibles (adecuadas al entendimiento) cuanto mayor es su inmaterialidad.³ Así, en primer lugar, hay cosas que no pueden existir sin la materia y las cualidades que le están unidas, que dependen de la materia según el ser, lo que constituye el conocimiento de la naturaleza sensible: primer grado de abstracción (*Física*).

En segundo término, el espíritu puede considerar objetos abstraídos de la materia, no considerando, por lo tanto, más que cierta propiedad que desentraña de los cuerpos —la que aún permanece cuando todo lo sensible ha desaparecido—: la cantidad, número o extensión tomada en sí. Objeto de pensamiento que no puede existir sin la materia sensible, pero que puede ser concebido sin ella: segundo grado de abstracción (*Matemática*), el conocimiento de la cantidad como tal.⁴

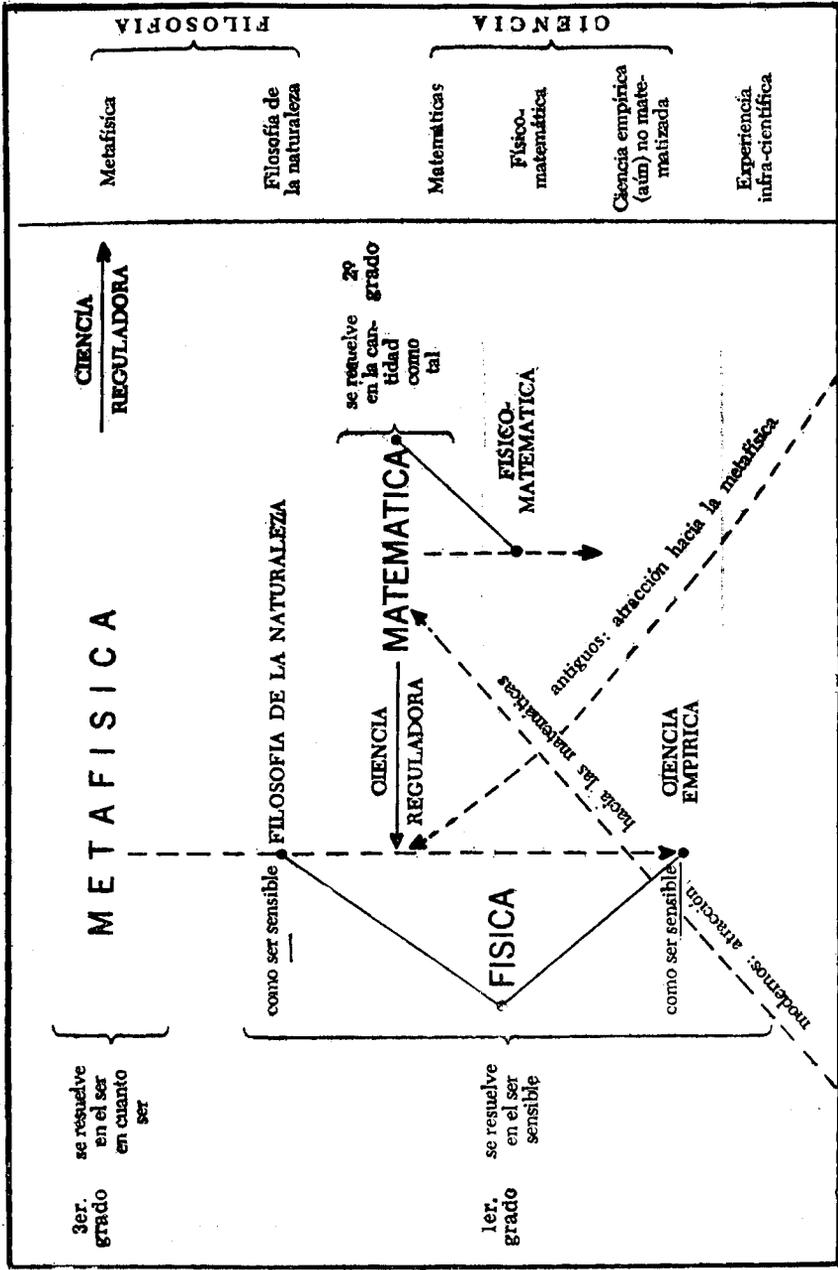
En último lugar, existe un tipo de conocimiento que versa sobre las cosas entitativamente inmateriales, las que pueden existir sin la materia: *Metafísica*, conocimiento por encima de la naturaleza sensible, o del ser en cuanto ser: tercer grado de abstracción. Por eso Aristóteles la llamó Filosofía Primera, porque su objeto es el ser, el primero de nuestros conceptos.*

En un cuadro muy completo, Maritain explica la división de los tres grados del saber:

³ ANTONIO MILLÁN PUELLES, *Fundamento de Filosofía*, Madrid, Rialp, 1970, p. 184.

⁴ Los antiguos daban un sentido muy amplio a la "Physica", como toda ciencia que se ocupa de entes materiales tanto en su existencia como en su esencia o definición. Del mismo modo se denominó "Mathematica" a todo conocimiento científico cuyo objeto tuviese la inmaterialidad puramente esencial. Ver MILLÁN PUELLES, ob. cit., p. 186.

* Actualmente, un sector importante del tomismo sostiene que en la metafísica no basta la abstracción sino que se requiere una *separatio*. Esta consiste en un juicio negativo que expresa: el ente no es necesariamente material y se basa para ello en que en psicología se ha descubierto algo con inmaterialidad real, a saber, el alma inmaterial; y en Cosmología, la existencia de un primer motor también inmaterial.

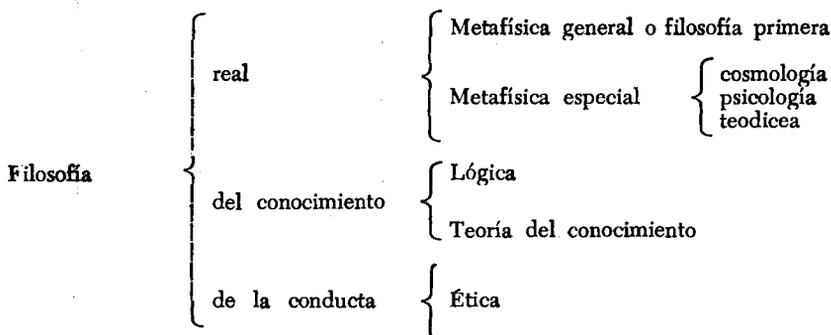


Por lo tanto, esa primera división de la Filosofía de cuño aristotélico se apoya —en lo referente a la Filosofía especulativa real o principal—, en la doctrina de los grados de abstracción.

⁵ JACQUES MARITAIN, *Los Grados del Saber*, Club de Lectores, 1978, p. 76.

II. Sin embargo, no acaba aquí la consideración del problema, pues existe una segunda división que teniendo sus orígenes en el escotismo y posteriormente en el suarismo, tiene a Christian Wolff (1679-1754) como a su autor principal. En efecto, dicho filósofo, discípulo de Leibniz y profesor en Halle, fue autor de un curso que comprendía las siguientes partes: *Philosophia rationalis sive Lógica* (1728), *Philosophia sive Ontología* (1730), *Cosmología generalis* (1731), *Psychología empírica* (1732), *Psychologia rationalis* (1734), *Theologia Naturalis* (1737), *Philosophia practica universalis* (1739), *Ius Naturae* (1748-49), *Ius Gentium* (1750), y *Philosophia Moralis* (1753).

Teniendo en cuenta que la Teodicea, la Cosmología y la Psicología Racional integran según Wolff la metafísica especial, tenemos el siguiente cuadro:



Esta división tuvo un doble mérito pues en primer lugar fue concebida por su autor a fin de sistematizar y exponer en forma didáctica las doctrinas despararramadas de su maestro Leibniz (1646-1716)⁶ y en segundo término pasó más o menos incólume hasta nuestros días siendo adoptada incluso por algunos neoescolásticos.⁷ En fin, no es casual señalar asimismo que tanto Leibniz como Woff se ocuparan de estudios específicos de Filosofía del Derecho.

III. Existe una división importante que pertenece por entero al ámbito de la filosofía moderna y se aplica generalmente en la fenomenología, siendo su fundamento la distinción entre los distintos tipos de entes. Ente es aquí sinónimo de objeto, concepto éste que para Husserl significa

todo lo que puede admitir un predicado cualquiera con lo que, desde el punto de vista gramatical, el objeto queda transformado en sujeto de un juicio.⁸

Así, la fenomenología distingue entes ideales, naturales (reales) que son sólo los sometidos al tiempo (físicos y psicológicos), culturales y metafísicos. Por ello, podría formarse el siguiente esquema:

⁶ Precisamente en Leibniz aparece por primera vez la palabra "Teodicea", ahora también denominada Teología Natural, en su obra *Essai de Théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*.

⁷ Así, a simple título de ejemplo *¿Qué es la Filosofía?* de Ismael Quiles, Club de Lectores, 1973; *Historia Sencilla de la Filosofía*, de Rafael Cambra, Madrid, Rialp, 1973, entre otros.

⁸ ENRIQUE AFTALIÓN, FERNANDO GARCÍA OLANO y JOSÉ VILANOVA, *Introducción al Derecho*, 8ª ed., La Ley, 1967, p. 14.

Entes ideales	{	Lógica Formal Gnoseología o "lógica trascendental" Matemáticas o Filosofía de las Matemáticas
Entes Naturales o Reales	{	Ontología de la Naturaleza
Entes Culturales	{	Filosofía del Arte y de la Cultura Estética (en parte) Filosofía del Derecho, etc.
Entes Metafísicos	{	Metafísica (si se acepta) Teología natural o Teodicea (si se acepta)
Valores	{	Axiología (teoría general de los valores) Moral o Ética
Entes en General	{	Ontología (si se es idealista, objetología) ⁹

Es importante resaltar que, en rigor de verdad, la distinción de los diversos tipos de objetos o entes corresponde en última instancia a una necesidad metódica, en orden a la gran diversidad de esos mismos objetos que pueblan el universo. Siguiendo a Husserl, eso le permitió a Cossio clasificar a los objetos en el cuadro de las llamadas "ontologías regionales". Pues, como lo advierten sus seguidores:

se trata aquí, justamente, de esclarecer en primer término las distintas variedades de objetos, a fin de establecer luego cuáles son los métodos que convienen a cada una de ellas.¹⁰

Eso permitirá, en fin, saber qué clase de objeto es el derecho, y cuáles los procedimientos metódicos que piden su conocimiento. Así las cosas, el cuadro de las "ontologías regionales" se completa del siguiente modo:

<i>Objetos</i>	<i>Primer carácter</i>	<i>Segundo carácter</i>	<i>Tercer carácter</i>	<i>Métodos</i>	<i>Acto gnoseo-lógico</i>
IDEALES	irreales: no tienen existencia	No están en la experiencia	Neutros al valor	Racional deductivo	Intelección
NATURALES	Reales: tienen existencia	Están en la experiencia	Neutros al valor	Empírico Inductivo	Explicación
CULTURALES	Reales: tienen existencia	Están en la experiencia	Valiosos, positiva o negativamente	Empírico Dialéctico	Comprensión
METAFÍSICOS	Reales: tienen existencia	No están en la experiencia	Valiosos, positiva o negativamente		

⁹ Según Juan A. Casaubón, ob cit., p. 7. Dicho autor aclara que para algunos fenomenólogos los valores valen, pero no son (M. Scheller) y para otros son entes ideales (N. Hartmann), debiéndose en este último caso incluir los valores y sus disciplinas en la "llave" de los entes ideales.

¹⁰ ENRIQUE R. AFTALIÓN y otros, ob. cit., p. 15.

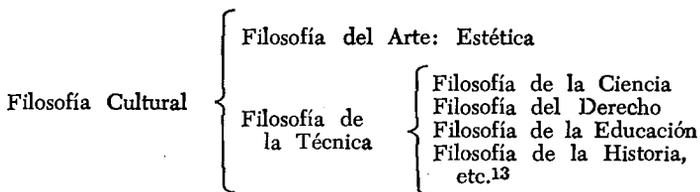
Ya el mismo Husserl había expuesto lo que preanunciaría esta pureza metódica, al afirmar que la concepción de los fines de una ciencia encuentra su expresión en la definición de la misma. Aunque esto último —advierte— no quiere decir que

“el cultivo fructuoso de una disciplina exija una previa y adecuada definición del concepto de su objeto”,¹¹

admitiendo asimismo que la metafísica constituye la base de todas las ciencias referentes al *mundo real*, ya que su misión consiste en fijar y contrastar los supuestos de índole metafísica, las más de las veces no contrastados ni siquiera advertidos, tales como por ejemplo la existencia de un mundo exterior extendido en el espacio y en el tiempo, la sumisión de todo advenimiento al principio de causalidad, etc.¹²

IV. Todos los demás intentos de división de la Filosofía son más o menos tributarios de los esquemas que hemos visto hasta ahora, sin contar incluso —como puede advertirse sutilmente—, las dependencias internas que poseen entre sí. Desde la trilogía de preguntas kantiana (¿qué debo hacer?; ¿qué me cabe esperar?; ¿qué es el hombre?) cuya función es en sí misma un intento de síntesis que abarque el conjunto de los saberes filosóficos, hasta las modernas y más sofisticadas, existe una línea de pensamiento que permanece fiel a las divisiones que ya hemos analizado.

En algunos casos, incluso, se agregan nombres de nuevo cuño que no proporcionan mayores aportes. Así, autores como Rodríguez Rosado, que siguen explícitamente en este punto a la filosofía tomista, hablan de una división tradicional (Filosofía real o Metafísica, Filosofía Racional [Lógica Formal y Material] y Filosofía Moral), adicionando una “Filosofía Cultural” que tiene los siguientes objetos de estudio:



Mientras que otros prefieren mencionar, en lugar de la “Filosofía Cultural” a la “Antropología Social”, que como rama del saber filosófico es la encargada de “estudiar al hombre en cuanto ser social, con un fin transindividual”¹⁴ integrándose de esta manera:

¹¹ EDMUNDO HUSSERL, *Investigaciones Lógicas*, t. I, Madrid, Revista de Occidente, 1967, p. 37.

¹² Aut. y ob. cits., p. 43, en donde expone que la fundamentación metafísica concierne meramente a las ciencias que tratan del mundo real, no tratando a éste, por ejemplo, las ciencias matemáticas puras cuyos objetos son los números, las multiplicidades y otros semejantes, que son pensados como meros sujetos de *puras determinaciones ideales*, independientemente del ser o el no ser real.

¹³ J. J. RODRÍGUEZ ROSADO, G. E. R., t. X, p. 165.

¹⁴ CARLOS ORTIZ DE LANDAZURI y JOSÉ ANTONIO BURRIEL, *Filosofía*, Magisterio Español, 1977, pp. 14-15.

Antropología Social	}	Sociología Ética Filosofía del Derecho Filosofía de la Educación
---------------------	---	---

De todas formas puede advertirse que al menos estos nuevos criterios de división de la filosofía nos ofrecen el intento de inclusión, dentro de un panorama general, de la Filosofía del Derecho, ya sea en la ahora llamada "Filosofía de la Cultura", o en la "Antropología Social", como así también en la denominada "Ética Social".¹⁵

V. Por su parte, el clásico esquema tomista parte de una indagación del orden de la realidad filosófica tal como fuera entrevisto por Aristóteles. En efecto, para el Estagirita (ver nº I del presente) la división de la filosofía descansa en un orden axiológico que da primacía a la metafísica (*philosophia simpliciter* = filosofía primera), para después abrir su perspectiva a la *philosophia secundum quid* (filosofía segunda). A partir de ese dato, el filósofo tiene por misión conocer el orden que se le ofrece a la razón en una cuádruple linealidad. La existencia de ese cuádruple orden es la que hace posible la división de la filosofía.¹⁶ Conviene aquí reproducir exactamente el *Comentario de la Ética a Nicómaco* de Santo Tomás de Aquino, en su Lección I, 1-2:

1. Como dice el Filósofo en el principio de la *Metafísica* lo propio del sabio es ordenar. La razón es porque la sabiduría es la más alta perfección de la razón, a la que corresponde con propiedad conocer el orden. Pues aunque las potencias sensitivas conozcan algunas cosas captándolas en sí mismas, sin embargo conocer el orden de una cosa con respecto a otra es privativo del intelecto o de la razón. Pero hay un doble orden en las cosas. Uno según se hallan las partes de un todo o de un conjunto entre sí, como las partes de una casa están ordenadas unas con otras. Otro es el orden de las cosas respecto del fin, y este orden es más principal que el primero. Porque como dice el Filósofo en la *Metafísica*, en el ejército el orden de sus partes entre sí es por el orden de todo el ejército a su jefe. Pero el orden es comparado a la razón de cuádruple modo. Hay un cierto orden que la razón no hace, sino solamente considera, como es el orden de las cosas de la naturaleza. Otro es el orden que la razón, considerando, hace en su propio acto, por ejemplo, cuando ordena sus conceptos entre sí y los signos de los conceptos que son las palabras. En tercer lugar se encuentra el orden que la razón al considerar hace en las operaciones de la voluntad. En cuarto lugar se encuentra el orden que la razón, considerando, hace en las cosas exteriores de las que ella misma es causa, como en un arca y en una casa.

2. Y porque la consideración de la razón es perfeccionada por los hábitos, de acuerdo a los diversos órdenes que propiamente la razón considera, se tienen las diversas ciencias. En efecto, a la Filosofía natural

¹⁵ Así, en el caso de autores como Johannes Messner, en su obra *Ética Social, Política y Económica a la Luz del Derecho Natural* (aunque el título original de la misma sea *Derecho Natural*) o ARTHUR FRIDOLIN UTZ en su libro *Ética Social. En ambos casos, pese a dichos títulos, las obras mencionadas tienen en realidad directa atinencia con temas clásicos de la Filosofía del Derecho.*

¹⁶ JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ, *Introducción a Filosofía Jurídica*, Madrid, Epesa, 1960, p. 250.

pertenece tratar del orden de las cosas que la razón humana considera pero no hace; de modo que debajo de ella incluimos también a la Metafísica. Pero el orden que la razón, considerando, hace en su propio acto pertenece a la Filosofía racional, a la que corresponde considerar en el discurso el orden de las partes entre sí y el orden de los principios entre sí y con respecto a las conclusiones. En cambio, el orden de las acciones voluntarias pertenece a la consideración de la Filosofía Moral. Y el orden que la razón, considerando, pone en las cosas exteriores hechas según la razón humana, pertenece a las artes mecánicas.

VI. De este modo, nos encontramos con una cuádruple consideración del orden de las cosas: 1º) el orden de las cosas naturales, que la razón no construye sino sólo contempla o considera; tema propio de la Filosofía natural en el nivel más inmediato, y de la Metafísica en la cúspide; 2º) El orden de los conceptos y de sus signos expresivos, las palabras, que la razón construye en su operación propia y específica: Filosofía racional o Lógica, que se ocupa de estudiar la disposición de las partes del discurso entre sí y la jerarquía de los principios, unos con otros y con las conclusiones; 3º) el orden de las acciones voluntarias humanas, que la razón establece al valorarlas y regirlas, tema de la Filosofía Moral o Ética, y 4º) el orden que la razón establece al comprender la fabricación por el hombre de las cosas exteriores: tema de las artes mecánicas y en su plano superior, el de la Filosofía del Arte o de la Técnica.

Sapientis est ordinare: es propio del sabio el ordenar. El texto precedente del *Comentario de la Ética a Nicómaco* nos ofrece preciosas referencias para nuestro objeto de estudio, que no es otro que el de tratar de ubicar a la Filosofía del Derecho en las ramas de la Filosofía. En efecto, en el esquema aristotélico es coherente ubicar al Derecho (o la consideración filosófica acerca del mismo, con más propiedad) en la Ética, habida cuenta de que el sujeto de la Filosofía Moral es la actividad humana ordenada a un fin, es decir, el hombre como agente voluntario en vista del fin en un triple haz de conductas: individual, esto es, considerando las actividades o decisiones del hombre en particular, ordenadas a un fin; familiar o doméstica, considerando las actividades o acciones de la sociedad familiar, y política, que considera las actividades o acciones de la sociedad civil (*In Ethic., Lec. I, nos. 3 y 6*).

Se trata además, como puede inferirse, del estudio del orden de las acciones voluntarias, es decir, de actos humanos, que son los propios que considera el Derecho, lo que por otra parte es coherente con la posición romanista clásica originada en aquella otra postura griega: el hombre es un animal político y en donde existe una *polis*, como expresión fundante de la sociedad, existe el derecho. Asimismo debe señalarse que en la concepción clásica aristotélicotomista resulta coherente ubicar al Derecho en el campo más vasto de la Ética si tenemos en cuenta que el mismo Derecho es el objeto de la Justicia, que el derecho objetivo para esta teoría es la *ipsa res iusta*, la misma cosa justa, y que la Justicia es una virtud moral por excelencia, tratada muy minuciosamente por Aristóteles en el Libro V de la *Ética a Nicómaco* (885-1105).

Del mismo modo, debe puntualizarse que tanto Aristóteles como Santo Tomás llaman ciencia "arquitectónica" a la que enseña a las demás lo que

corresponde hacer;¹⁷ las que imperan a otras.¹⁸ En nuestro caso, pues, la Filosofía será desde luego una ciencia arquitectónica en relación con la llamada "Filosofía del Derecho".

Queda, pues, definitivamente aclarado que la Filosofía del Derecho no es una "filosofía aplicada", resultante de la proyección, sobre el objeto Derecho, de los métodos y afanes filosóficos. Con razón, Galán y Gutiérrez afirma que filosofía aplicada es como la traducción en miniatura, a un campo cualquiera de la realidad, de lo que la Filosofía hace en el suyo propio. Pero una filosofía aplicada es, en cierto sentido, una filosofía artificial e inauténtica.

En la concepción aristotélico-tomista que venimos desarrollando queda visto, por lo tanto, que la Filosofía del Derecho es predominantemente una Filosofía especial, un capítulo o parte de la Filosofía general.

Como parte de la Ética su unión es clara si se tiene en cuenta que —como hemos visto—, a dicha rama de la Filosofía corresponde en general el estudio del orden que atañe a la conducta del hombre de acuerdo con su naturaleza, y el estudio del hombre en cuanto protagonista de ese orden.

VII. Esta es por otra parte la diferencia existente entre Ciencia del Derecho y Filosofía del Derecho. Mientras que en la primera, como típico estudio positivo acerca del fenómeno jurídico se extraen sólo observaciones que carecen de unidad, en razón de la forzosa limitación que proviene de su metodología, en tanto reduce el ser del Derecho a sus manifestaciones empíricas más externas, la segunda consiste en una reflexión última sobre el ser del Derecho, en el sentido más alto de la pregunta fundamental: ¿qué es el Derecho?

La ciencia del Derecho puede servir de útil ayuda al conocimiento filosófico del Derecho, pero siempre teniendo en claro que no puede exceder su propio límite formal: el fenómeno. Así, la filosofía va más hondo y cuestiona que es Derecho *in genere*. Volviendo a Galán y Gutiérrez, mientras que a las ciencias jurídicas particulares interesa el hombre en su concreta configuración jurídica, como comprador o como vendedor, como marido o como heredero, como patrono o como alcalde, como funcionario, como comerciante, a la Filosofía jurídica le interesa, en cambio, determinar cuál es el soporte de todas esas personalidades jurídicas particulares, qué es la persona jurídica en sí, solamente y sin más, considerada desde un punto de vista fundamental. La ciencia jurídica estudia qué es el robo, la estafa, la falsedad o la sedición, pero la Filosofía es más radical, y cuestiona qué sea la antijuridicidad en general. La ciencia jurídica estudia cuál es el modo concreto de suprasubordinación política que rige en este o en el otro país o pueblo, pero la Filosofía jurídica investiga la esencia misma de lo político; no la estructura de este o el otro Estado, sino la de todo Estado o comunidad política en general. La Filosofía del Derecho es, en este segundo tema, teoría jurídica fundamental, ontología del derecho.

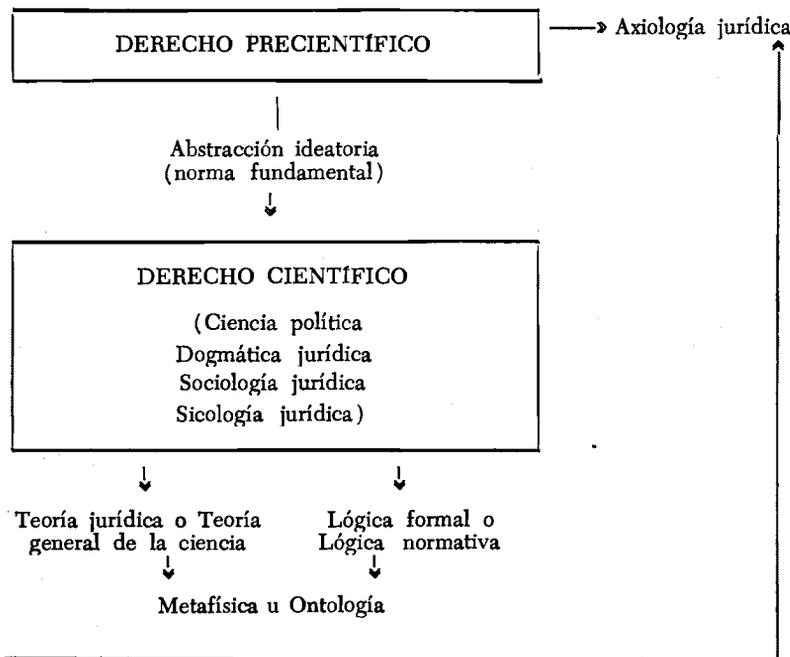
¹⁷ *In Ethic.*, Lect. I, nº 25.

¹⁸ *Suma contra Gentiles*, I, 1.

De esta forma, la Filosofía del Derecho supera el nivel del “cómo” o la descripción del fenómeno, propia del conocimiento científico.

Tenemos así planteados los dos grandes temas de la Filosofía del Derecho: una “concepción del mundo” y una teoría jurídica fundamental u “ontología jurídica”, temas éstos que se entrelazan y fundamentan recíprocamente según cual sea la diversa escuela filosófica que los sustente.

En el campo denominado “positivismo jurídico” ha sido Gioja, incluso, el que ha utilizado un esquema de división de la iusfilosofía análogo en cierto modo al que venimos precisando:



Es que para Gioja el estudio del derecho debe comenzar por el derecho tal como aparece en la vida cotidiana (derecho precientífico), que consiste en las valoraciones de conducta realizadas por parte de la comunidad y de sus órganos. A partir de aquí y mediante una “abstracción ideatoria” se consigue neutralizar u objetivizar tales valoraciones (en virtud de la norma básica que es un presupuesto gnoseológico de la ciencia jurídica) y se llega, de esta forma, al plano de la ciencia jurídica (derecho científico), que construye, por tanto, epistemológicamente su objeto. Por su parte, para Gioja, la filosofía debe entenderse como metafísica u ontología fenomenológica (estudio del ser del derecho), pues es ahí donde encuentran fundamento los tres grandes temas de estudio filosófico del derecho: la teoría de la ciencia jurídica, la lógica jurídica formal y la axiología jurídica. Por su parte, la filosofía tiene carácter “unitario” y

la filosofía del derecho no es propiamente una parte sino un "tema" de la filosofía general.¹⁹

VIII. Cabe ahora preguntarnos acerca del origen de la expresión "Filosofía del Derecho", habida cuenta que, como ya hemos anotado, dicho vocablo como tal no es conocido en el pensamiento clásico. En efecto, ni en Platón (puede consultarse *La República*, *Las Leyes*, o la *Carta VII*, para mencionar tan sólo algunas de sus obras en donde se estudian temas inherentes a lo que hoy en día se llama "filosofía del derecho") ni en Aristóteles (*Ética a Nicómaco* o *Política*) y mucho menos aun en la patristica (ni siquiera puede pensarse que las *Etimologías* de San Isidro de Sevilla puedan tener correspondencia con un tratado de filosofía, constituyendo más bien un legado de una gran parte de la cultura tradicional de la época, lo que también ocurre con San Agustín en su conocida *Ciudad de Dios*), aparece esa denominación. Y es que para todos esos autores, incluyendo también a la escolástica, toda reflexión sobre el derecho supone una consideración acerca de la justicia, entendida ésta como una posible actuación de la conducta humana que se ensambla en la moral o ética

Por el contrario, el nombre "Filosofía del Derecho" es relativamente moderno y comienza a utilizarse preferentemente con Hegel, quien denomina a su obra sobre la materia *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft* (Líneas Fundamentales de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia del Estado). Sin embargo, resulta interesante señalar que en definitiva, la actitud con que acomete Hegel los problemas de nuestra disciplina es la misma que la de los tratadistas clásicos de Derecho Natural, aunque tanto los presupuestos como las conclusiones sean diferentes: es una actitud enteramente filosófica, si hemos de creer a Elías de Tejada, y que orienta a la propia Filosofía del Derecho en el universo moral.²⁰

A partir de Hegel, pues, comienza a utilizarse la denominación apuntada, que entre otros pensadores del siglo pasado adoptan en España, uno de sus discípulos, Benítez de Lugo, y en Francia, Fouillée y Bostiel aunque siempre confundiendo con un Derecho Natural a la manera racionalista para así elaborar una empiria de los derechos naturales sin fundamento metafísico y, por lo tanto, confusa y a merced de los embates positivistas de la última centuria.

IX. *Conclusiones*: A modo de síntesis podemos decir con fundamento suficiente que:

19) En la división de la filosofía tradicional, la denominación "Filosofía del Derecho" no fue conocida por ninguno de los filósofos clásicos, quienes sí estudiaban temas atinentes a la reflexión última acerca del derecho, pero en la Ética o Moral.

¹⁹ Según MANUEL ATIENZA, *La Filosofía del Derecho Argentino Actual*, Depalma, 1984, pp. 73-4.

²⁰ AGUSTÍN DE ASÍS, *Manual de Filosofía del Derecho*, Montejurra, vol. I, Granada, 1959.

2º) Con posterioridad y debido al auge del racionalismo, los estudios filosóficos acerca del derecho pasaron a llamarse genéricamente "Derecho Natural", a raíz de lo cual se produjeron enormes confusiones —por parte del positivismo—, con los contenidos del derecho natural verdaderamente clásico.

3º) La mayor parte de los temas y núcleos de estudio abordados por el positivismo (formalismo lógico, en algunas de sus vertientes la llamada "escuela analítica", etc.) no pueden ser considerados "filosofía del Derecho", sino más bien "ciencia del derecho".

4º) La denominación "Filosofía del Derecho" es legítima, aunque su estudio debe ser ubicado en la Ética o Moral con raíz metafísica, que deje abierta la posibilidad de un planteamiento ontológico de lo jurídico. Entendiendo, con Agustín de Asís, que puede emplearse el término "jurídico" para designar lo fundamental, último y más real, tanto de la Justicia como del Derecho.

Finalmente, pensamos por nuestra parte que la mayor profundización en el tema que elegimos —que el presente trabajo, obviamente, no agota—, permitiría reencauzar las relaciones y diferencias existentes entre la "ciencia del derecho" y la "filosofía del derecho" en el camino hacia su comprensión y coexistencia plena y armónica.

JORGE GUILLERMO PORTELA
Universidad Católica Argentina

DOCUMENTOS

CONGRESO DE LA UNIÓN DE JURISTAS CATÓLICOS

[1] Nos sentimos¹ particularmente satisfechos de acoger hoy a vuestra distinguida asamblea, queridos hijos, que os preciáis del título tan honroso y comprometido de juristas católicos. Habéis venido a Roma para celebrar unidos el X Congreso, que se añade a la larga serie de los encuentros anuales organizados por vuestra Unión; y esto denota la seriedad de vuestro deber y la asiduidad continuada y fecunda del trabajo común, tan fructífero.

[2] Os expresamos, por tanto, la más amplia complacencia por el programa que perseguís con tanta competencia y nobleza de sentimientos. Tenéis conciencia de vuestra alta misión y queréis vivirla íntegramente a la luz de Dios y de una honradez intachable.

[3] Jurista, en efecto, significa ante todo una persona altamente cualificada, de noble firmeza y sensibilidad; de profunda formación interior, intelectual y moral, que hunde sus raíces en los años fértiles y generosos de la juventud estudiosa y que continuamente se renueva con el esfuerzo de una ininterumpida puesta al día.

[4] Jurista significa, además, el severo intérprete de la ley; el guardián y el defensor de los principios jurídicos, el operador y artífice incansable de ese desarrollo del derecho, que arranca de las dos tablas de la ley divina, en la cual encuentra expresión y sello la ley natural, esculpida por la mano creadora de Dios en toda alma humana. El jurista aplica, además, los preceptos de esa ley a los casos determinados de la desconcertante variedad de la vida; y, al mismo tiempo, deduce de aquélla las sanciones, a semejanza de Dios, que es "juez justo, fuerte y sabio".²

[5] Vuestra posición de *católicos*, convencidos y practicantes, ilumina con una luz particular esta vuestra misión, que no dudamos en definir como una verdadera y alta vocación. Ésta encuentra en la adhesión fiel a las leyes de Dios y de su Iglesia su consagración y su coronamiento.

[6] Pero una prueba particular de vuestra seriedad de propósitos y de trabajo nos la ofrece el tema del Congreso, que ha merecido nuestra viva atención: "La libertad de prensa en el ordenamiento jurídico". Sobre este tema habéis hecho converger vuestros estudios, dedicándole numerosos y docos tratados en las publicaciones especializadas que la Unión ha editado. Aquí está uno de los puntos verdaderamente cruciales de la moderna vida social, y os agradecemos que lo hayáis nuevamente expuesto a la atención del mundo jurídico. Hace ya mucho tiempo, cuando, sentados en la cátedra de San Marcos, teníamos la responsabilidad y el cargo de presidente de la Conferencia Episcopal Triveneta, tuvimos la idea de dedicar al múltiple problema de la prensa un documento meditado y significativo en nombre de todos los obis-

¹ JUAN XXIII, discurso al X Congreso de la Unión de Juristas Católicos Italianos, 8 de diciembre de 1959: OR 9/10/1959: E 19 (1959) 2.725-727. Texto original en italiano.

² Ps. 7,11.

pos de las tres Venecias. Y ahora que el Señor nos ha querido aquí, pensamos a menudo en él; porque también ante nuestros ojos pasan diariamente hojas de papel impreso: diarios y periódicos, libros y revistas e incluso críticas de libros y calificaciones relativas de índole religiosa y moral. A este propósito quisiéramos comunicaros un recuerdo nuestro, con sencillez y paternal confianza, como se hace ante una corona de hijos atentos y queridos. Sentimos siempre en el corazón el ambiente sencillo y sano en que el Señor quiso que abriésemos los ojos a esta vida mortal. Desde la adolescencia nos encontramos como inmersos en una tradición doméstica y diocesana que siempre estuvo abierta al conocimiento de la verdad y de la belleza, amiga de las tradiciones y de las floridas crónicas antiguas y recientes, de la vida regional que documentan las costumbres y los hábitos de los pueblos. Pues bien, volviendo con el pensamiento a las cosas vistas y sentidas, a las personas que tuvimos cerca, sentimos la alegría de decir que jamás, en nuestros jóvenes años, nuestro espíritu se sintió ofendido por imágenes, palabras, narraciones desconcertantes; y podemos, por ello, dar testimonio de la rectitud, de la honestidad, de la delicadeza de conciencia de nuestros familiares y de nuestra gente; y no sólo, como es natural, del clero y de los educadores que tratamos, sino también de los seglares pertenecientes a los más diversos grupos; sí, también seglares a quienes tocaba en suerte vivir en tiempos borrascosos y polémicos y, bajo ciertos aspectos, en condiciones más desfavorables de las que hoy vive el laicado católico.

[7] Ante el recuerdo de la sana manera de aquellos tiempos, ¿puede el Papa —que siente gravitar sobre su corazón la responsabilidad espiritual que le está confiada, aunque su habitual serenidad puede ocultar sus ansias a los fieles—, puede, decíamos, el Papa permanecer indiferente ante la propagación de unas crónicas, de una publicidad, de unas exhumaciones históricas novelescas que nada tienen que ver con la instrucción y con la honesta información? ¿No sufrirá su corazón pensando en el veneno que, con desenvuelta amplitud, se viene propinando a tantos inocentes, y a la adolescencia inexperta y tumultuosa, por medio de narraciones, de ejemplos, de ilustraciones, en las que el conocimiento de la verdad y el atractivo del bien y la visión de lo bello no sólo no entran para nada, sino que más bien están ostentosamente excluidos?

[8] Quien tiene el deber de valorar las cosas de este mundo según el alto criterio de los derechos de Dios y de la salvaguardia de la belleza moral de las almas, no puede por menos de recordar solemnemente aquellas terribles palabras de Jesús:

A quien escandalizare a alguno de estos pequeños que creen en mí, más le valdría que le fuese atada una rueda de molino al cuello y fuese sumergido en lo profundo del mar. ¡Ay del hombre por cuya culpa se produce el escándalo.³

[9] Por esto nos sentimos arrojados; y con voz suplicante, con pecho fuerte, sometemos a la atención de los padres y de los educadores, de los hombres de gobierno y de los legisladores y juristas, de los productores y de los industriales, los siguientes puntos, confiando en la buena voluntad y rectitud de todos y cada uno.

³ Mt. 18,6-7.

[CONCIENCIA CLARA]

[10] 1. Ante todo es necesario tener una *conciencia clara* constantemente inspirada en un recto equilibrio y no arrastrada por la insensibilidad o el laxismo.

[11] El derecho a la verdad y a la orientación hacia una norma moral objetiva, fundada sobre la perennidad de las leyes divinas, es anterior y superior a todo otro derecho y exigencia. La libertad de prensa debe encuadrarse y disciplinarse dentro de este respeto a las leyes divinas, que se reflejan en las humanas, como la libertad de los individuos está encuadrada y disciplinada por la observancia de las leyes positivas. Y así como no es lícito al ciudadano libre —por el hecho de proclamarse libre— inferir ofensa violenta y daño a la libertad, a los bienes, a la vida de su prójimo, así no puede ser lícito a la prensa —bajo el pretexto de que ésta debe ser libre— atentar diaria y sistemáticamente contra la salud religiosa y moral de la humanidad.

[12] Toda otra exigencia, de lucro y de difusión de noticias, debe estar sujeta a estas leyes fundamentales.

[13] Esta conciencia clara va unida a la exacta comprensión de la misión propia de cada uno. Esta misión es, en efecto, no sólo informativa, sino formativa, esto es, mira a dar una educación. Nadie puede negar, en efecto, que los órganos de prensa sean no sólo medios con los que se expresa la opinión pública, sino también instrumento de orientación, de formación y, por tanto, a veces también de deformación de la opinión pública.

[14] Ahora bien, la educación no es otra cosa que el respeto a los valores del hombre, que va lentamente formándose, pero que puede también ser deformado por las inclinaciones pecaminosas si no está suficientemente defendido. Esta educación, según el antiguo y siempre válido concepto socrático, es un sacar hacia fuera la intimidad del espíritu humano para llevarlo a la luz, a la vida, a la perfección; y, por consiguiente, no deberá ser un introducirle dentro veneno, un solicitar conscientemente las malas inclinaciones, un contribuir a ofuscar, más aún, a oprimir y envilecer la dignidad humana.

[LIMITACIONES OBLIGATORIAS]

[15] 2. Esta conciencia clara exige por sí misma e implica por sí sola *limitaciones obligatorias* que deben mantener los derechos de la prensa en el respeto, en el orden, en la legalidad. Tales limitaciones se imponen a la morbosidad en el decir y en el tratar; al estímulo de lo sensacional y de lo ilícito; se imponen al halago de la ganancia, a la desconfianza y a la ligereza, que atacan violentamente a la inocencia del niño y del adolescente, justificándose con afirmar que esto es inevitable y fatal.

[16] Sobre este tema es mejor ser explícitos, sin reservas que parecerían respeto humano, cuando no connivente complicidad; no es el deseo de saber, el amor a la cultura o a la verdad el que guía a algunas plumas, sino el fuego malsano de ciertas pasiones, la immoderada ansia de notoriedad y de lucro, que salta por encima de los insuprimibles llamamientos de la conciencia.

[17] ¿Puede ser lícito que de vez en cuando se lancen a la fiebre de la curiosidad particularidades y descripciones que deberían estar reservadas a la policía científica y a la magistratura? ¿Es alguna vez lícito que de todo hecho criminal, sobre el cual mejor sería echar un piadoso velo, se tome pie para descripciones y reconstrucciones que no son otra cosa que escuela de delitos e incentivo para el vicio? La misma publicidad, especialmente en determinados campos y obedeciendo a nefastas reglas, ha alcanzado aspectos desconcertantes y pavorosos que no se justifican si no es con el deliberado propósito de impresionar violentamente a los sentidos, penetrar a la fuerza en las mentes sin preocuparse de la herida que produzcan en el alma.

[18] El atento examen de esta dolorosa situación debe llevar, pues, a las autoridades y órganos responsables a una conclusión lógica y obligada, es decir, que en el ejercicio de la libertad de prensa se imponen necesarias limitaciones. Y éstas deben ser rigurosamente determinadas con base en la ley y por medio de ella, a fin de que un campo tan delicado, importante y decisivo para el futuro de cada nación no quede en manos de la improvisación, del frágil autocontrol, de que tanto se ha hablado o, lo que es peor, de la mala fe y de la seducción corruptora.

[19] Corresponde también a vosotros, queridos hijos que lo habéis hecho objeto de estudio y de constructiva aportación durante este Congreso, llevar la contribución de vuestra doctrina e incluso de vuestra autoridad de juristas católicos a la solución de este gravísimo problema.

[POSICIONES NETAS Y PROGRAMA POSITIVO]

[20] 3. Por último, son necesarias *netas posiciones y un programa positivo*.

[21] Por natural disposición de ánimo, Nos no gustamos de aplicar sino raramente los términos fuertes a las múltiples situaciones de la vida social cuando nutrimos confianza de que puedan mejorarse. Pero aquí sentimos el deber de decirlo todo y confiar nuestras ansias y nuestras esperanzas a aquellos que son nuestros hijos y hermanos, ya por la práctica de la fe católica, ya también por el consentimiento sincero y humano sobre este punto de la prensa que degenera y sobre la valoración que hay que hacer de los escritores indignos de este nombre.

[22] Las posiciones de firmeza exigidas a los católicos son, pues, las siguientes: no tener miedo a ser tachados de "escrupulosos" o de exagerados en mantener una actitud de reprobación hacia cierta prensa. Por consiguiente, no comprar, no acreditar, no favorecer y ni siquiera nombrar a la prensa perversa. No temer valerse de todos los medios para hacer entrar a este sector dentro de la disciplina humana y civil, que es anterior a la cristiana. A esta obra de defensa y de firmeza están llamados principalmente los católicos y todos cuantos tengan una recta conciencia y una sincera voluntad de ser útiles a la sociedad, porque sobre todo en este campo se debe sentir la gravedad del pecado de omisión.

[23] En cuanto al programa positivo que hay que seguir, tras haber puesto de relieve cómo la legislación ha realizado pasos de gigante en la defensa de los derechos de la persona humana, es necesario convenir en que esto no se puede afirmar del campo de la prensa. Y, sin embargo, también aquí se trata de un derecho fundamental que se refiere a la libertad personal; y

la tutela de esta libertad —como subrayaba nuestro predecesor Pío XII, en 1947— es el objetivo de todo ordenamiento jurídico merecedor de tal nombre... Se llegaría a legalizar la licencia si se permitiese a la prensa... destruir los fundamentos religiosos y morales de la vida del pueblo. Para comprender y admitir tal principio no es ni siquiera necesario ser cristianos. Basta el uso, no turbado por las pasiones, de la razón y del sano sentido moral y jurídico".⁴

[24] Pues bien: el fin de muchos congresos y encuentros individuales, de los estudios y de las publicaciones, debe ser el de iluminar, convencer, purificar el aire en lo relativo a este tema.

[25] La responsabilidad de que cada uno se siente investido será para los hombres de ciencia —como para todos los demás de buena voluntad y de mente lúcida— un gran incentivo para obrar presto y obrar bien, y para moverse con celo y con espíritu de apostolado.

[26] El amor a la verdad, la solidez de las convicciones propias y un sincero celo por las almas servirán de estímulo a cuantos tienen en el corazón el honor de la Iglesia y la salvación de la sociedad. Que este programa esté para vosotros animado por las palabras del Apóstol:

No nos cansemos de hacer el bien; pues no cansándonos segaremos a su tiempo. Por ello, mientras tengamos tiempo hagamos el bien a todos, y muy especialmente a aquellos que por la fe son de nuestra misma familia.⁵

[27] Queridos hijos:

Os hemos confiado nuestras profundas ansias y preocupaciones, y el haberlo hecho es motivo de cierto alivio, como de quien se ha quitado un peso que gravitaba sobre su alma: *Dixi et liberavi animam meam*. Ahora nos consuela saber que encontramos en vosotros una plena comprensión de la gravedad de los problemas, unida a un decidido propósito de ponerles remedio.

[28] ¡Continuad con vuestros estudios y con la luz de vuestros ejemplos! Para sostén de las fatigas, para aliento de las voluntades, para sereno consuelo de las conciencias, Nos invocamos sobre vosotros la plenitud de los dones divinos por la maternal intercesión de la Virgen inmaculada, Madre del buen consejo.

[29] En prenda de los invocados favores celestiales, nos es grato impartir a vosotros, juntamente con vuestro digno presidente, a todos los socios de la Unión de Juristas Católicos Italianos y a vuestros seres queridos, la propiciadora bendición apostólica.

⁴ Discurso del 8 de enero de 1947: DER VIII, 369.

⁵ Gal. 6,9-10.

ESCOLIO

EL GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE POLONIA: SUS FUNDAMENTOS LEGALES Y POLÍTICOS: SU ACTIVIDAD A 40 AÑOS DEL TRATADO DE YALTA

La Constitución de la República de Polonia del año 1935, llamada "la Constitución de abril" a diferencia de la de mayo de 1791 conmemorada hasta nuestros días, y a diferencia de la "Constitución de marzo" del año 1921 posterior a la recuperación de la independencia, contenía una reglamentación inusual. Basada en la experiencia histórica, preveía la posibilidad de que la gran llanura del centro de Europa, Polonia, pudiera convertirse en un campo de batalla y perder así la posibilidad de que sus autoridades nacionales funcionaran normalmente. Así, pues, preveía que el Presidente de la República de Polonia, como coordinador de las actividades de todas las autoridades nacionales, tuviera un período de gobierno de siete años, que en caso de guerra debería prolongarse hasta que se firmase la paz, o sea, hasta que fuera posible el funcionamiento normal de las autoridades, su elección democrática y reemplazo (art. 24 de la Constitución). Debido a la imposibilidad de poder determinar por anticipado la duración de esa situación especial, la Constitución fija que el presidente en ejercicio designa a su sucesor que debe asumir el mando automáticamente en caso de quedar vacante dicho cargo.

Dentro de las atribuciones constitucionales del Presidente figura la designación del Primer Ministro de Gobierno (Presidente del Consejo de Ministros), y la confirmación de los ministros seleccionados por el Primer Ministro. Estas disposiciones constitucionales posibilitaron el mantenimiento de la continuidad legal de las autoridades nacionales polacas durante la Segunda Guerra Mundial.

En septiembre del año 1939 Polonia se encontraba de hecho bajo la ocupación enemiga. En cumplimiento del pacto entre Hitler y Stalin, llamado pacto Ribbentrop-Molotov, invadieron a Polonia por el oeste las columnas blindadas alemanas y por el este las divisiones soviéticas del ejército rojo. El Presidente polaco y su gobierno se ocultaron en la aliada Rumania. El Presidente Moscicki renunció a su cargo y designó a su sucesor según lo fija la Constitución. El nuevo Presidente ya se encontraba en la aliada Francia, aceptó las renuncias del anterior gobierno y designó uno nuevo al mando del General Sikorski. Después de la caída de Francia en junio de 1940 (es preciso aclarar que la campaña francesa duró menos tiempo que la campaña polaca), el Presidente polaco y su gobierno se trasladaron a Londres, donde al igual que en Francia, fueron reorganizadas las fuerzas armadas polacas bajo sus mandos naturales. Este artículo específico de la Constitución polaca logró el reconocimiento de las autoridades internacionales. El Gobierno Polaco en el exilio obtuvo el reconocimiento de todos los países con los que Polonia mantenía relaciones diplomáticas; incluyendo la Argentina donde funcionaba la Embajada de la República de Polonia.

Bajo la autoridad del gobierno polaco en Londres funcionaron las representaciones diplomáticas y las Fuerzas Armadas polacas formadas por volun-

tarios que llegaban de todo el mundo y en especial de Polonia, para unirse a sus filas. De la Argentina llegaron alrededor de tres mil voluntarios. Al finalizar la guerra, las Fuerzas Armadas polacas en occidente contaban con alrededor de 250.000 hombres, por consiguiente ocupaban el cuarto lugar en número, entre los ejércitos aliados después de Rusia, Estados Unidos y Gran Bretaña. Bajo el mando del gobierno en Londres fue creado también el Ejército Clandestino Nacional (Armia Krajowa) en Polonia, constituido por cientos de miles de hombres y mujeres. Este ejército fue el mayor ejército clandestino de toda Europa. Asimismo, funcionaba en Polonia, bajo el mando del gobierno en Londres, una administración civil que se ocupaba de la enseñanza e información pública, de la justicia y seguridad social.

Para reflejar un panorama más completo hay que agregar alguna información sobre la situación internacional de Polonia, antes y durante la II Guerra Mundial. Polonia había firmado un pacto de no agresión con los alemanes, y otro con la Unión Soviética. Ambos pactos fueron rotos por la agresión de ambos países, que de ese modo cumplían con el antes mencionado pacto Ribbentrop-Molotov, que fijaba la división de Polonia entre las dos potencias. Polonia contaba también con un tratado de ayuda mutua con Rumania, contra los posibles ataques rusos. Esto permitió al gobierno polaco encontrar refugio en Rumania, pero este país aliado no estaba en condiciones de cumplir con su compromiso y de iniciar una acción armada contra Rusia.

Polonia había firmado un pacto de ayuda mutua con Francia para contrarrestar la posible agresión de la Alemania post-Versailles. Antes de la guerra, había firmado un tratado de ayuda mutua con Gran Bretaña a iniciativa de ese país. Su finalidad era frenar las agresiones de Hitler en Europa. En cumplimiento de este pacto Polonia hizo frente a la agresión de Hitler. La invasión a Polonia motivó el comienzo de la Segunda Guerra Mundial.

Los dos países aliados, Francia y Gran Bretaña declararon la guerra en defensa de Polonia, pero no realizaron ninguna acción militar, hasta que nueve meses después, Hitler derrotó a Francia y amenazó con invadir Gran Bretaña. El acuerdo con Gran Bretaña fue la base para el funcionamiento del Gobierno polaco en Londres, desde 1940 hasta 1945.

En diciembre de 1943 en Teherán, Persia, se reunieron en una conferencia los líderes de las tres grandes potencias: Roosevelt, Churchill y Stalin.

Roosevelt deseaba asegurarse la confianza de Stalin y la cooperación armónica de las grandes potencias después de la guerra. También quería la ayuda rusa en la lucha con Japón. No tomaba en cuenta a los países más pequeños y no entendía la importancia de Polonia. Estaba dispuesto a entregar a Stalin todo lo que éste exigiera. También Churchill estaba dispuesto a satisfacer los deseos de Stalin. Éste exigió, en primer lugar, los territorios ocupados por su acuerdo con Hitler, o sea, la mitad este de Polonia, como también los países bálticos como Lituania, Letonia y Estonia. Las decisiones tomadas en la conferencia de Teherán fueron mantenidas en secreto, ya que Roosevelt que debía enfrentar las elecciones presidenciales, temía perder los votos polacos. Así engañaba a los electores polacos que en Estados Unidos representaban alrededor de diez millones de votos.

El verdadero panorama se conoció recién en febrero de 1945, catorce meses después, en el comunicado de la conferencia de los tres líderes en Yalta. Roosevelt y Churchill entregaron a Stalin no sólo la mitad de Polonia, sino también todo el centro-este de Europa; varios países de tradiciones milenarias quedaron a merced del líder ruso. Así surgió la "Cortina de Hierro" en Europa. Así surgió el anacrónico imperio soviético en Europa y Asia.

El Gobierno polaco en Londres, a pesar de las fuertes presiones británicas, rechazó el acuerdo que cedía la mitad del territorio nacional, como también la formación de un nuevo gobierno favorable a los soviéticos, en el cual catorce de los dieciocho lugares existentes serían ocupados por el poco importante partido comunista. En Yalta, los tres Jefes de Estado decidieron constituir un nuevo gobierno para Polonia, de acuerdo con los deseos de Stalin. La conformación de ese gobierno estuvo a cargo de Molotov y los embajadores americano y británico en Moscú. Al gobierno legal, que había sido el aliado durante la guerra, con quien habían firmado tratados internacionales que los obligaban, Gran Bretaña y Estados Unidos le retiraron su reconocimiento el 5 de julio de 1945. Polonia se encontró a merced de Stalin.

El acuerdo de Yalta era ilegal desde la óptica del derecho internacional, representaba la rotura de una alianza, la traición al aliado en cuya defensa había comenzado la guerra. Un experto en derecho internacional lo describió como "a historic curiosity and legal monstrosity" (una curiosidad histórica y una monstruosidad legal). Como resultó después, había sido un grave error político, como lo describo más adelante.

El retiro del reconocimiento al Gobierno polaco en Londres no tuvo un significado formal para los polacos del mundo libre. Esos 250 mil soldados polacos en occidente siguieron reconociéndolo como suyo. Por su lado, el gobierno comunista impuesto en Polonia no era aceptado por los propios polacos, y hasta el día de hoy no lo aceptan como su gobierno legal; a pesar de que ya han transcurrido más de cuarenta años, los polacos del mundo libre siguen sin aceptarlo. Pero sí reconocen al Gobierno polaco en Londres como al único gobierno legal y constitucional, apoyándolo moral, política y financieramente.

En Polonia no se realizaron elecciones libres. Ese gobierno designado por extraños no fue confirmado por elecciones libres. Los sucesivos levantamientos de los años 1956, 1968, 1970, 1976 y, finalmente, el magnífico levantamiento de los trabajadores del año 1980, más la creación de "Solidaridad" y sindicatos libres con Lech Walesa al frente, constituyen las pruebas de que los polacos en Polonia no aceptaron el estado de opresión, no aceptaron la autoridad del partido comunista que se apoya exclusivamente en la amenaza de una intervención soviética y no reconocen el actual estado de cosas, como un hecho definitivo.

Los auténticos movimientos políticos tradicionales polacos rechazan la autoridad comunista. Ellos conforman el parlamento polaco en el exilio del cual surge el gobierno. Estos partidos son: el Social-Demócrata, el Popular, la Democracia Cristiana y la Liga Pro-Independencia. En el parlamento polaco en el exilio, también se encuentran los representantes de las principales organizaciones sociales, culturales, profesionales y religiosas polacas.

Las resoluciones tomadas por los líderes de las tres grandes potencias en 1945, en Yalta, surgieron de la ingenua confianza hacia *good uncle Joe* (el buen tío Joe), del cinismo de los líderes, de la astucia de Stalin y del menosprecio por el destino de los países más pequeños y sus víctimas (Polonia perdió seis millones de ciudadanos, o sea, el 20 % de su población). En poco tiempo dichas resoluciones se manifestaron como un gran error político, que hasta hoy pesa sobre el mundo. No trajeron la esperada cooperación de las grandes potencias, por el contrario, resultaron ser la vertiente de la "guerra fría" y de la interminable y creciente tensión internacional. Por su parte, los soviéticos no se conformaron con sus logros en Europa Central, sus planes abarcan todo el mundo. Esto lo confirman plenamente los dirigentes soviéticos de turno; baste recordar las declaraciones de Kruschev hechas en las sesiones de las Naciones Unidas en Nueva York: *We will bury you* (los vamos a enterrar), decía gritando y golpeando el escritorio con su zapato. Baste recordar que hoy, a cuarenta años de la guerra, en Europa central, a orillas del Elba, están enfrentados dos ejércitos poderosos: el de la OTAN, bajo el mando americano, y el del Pacto de Varsovia, bajo el mando soviético. Por su parte, la carrera armamentista sigue su curso sin que se vislumbre su fin. *La guerra de las galaxias* es su más reciente manifestación.

Así aumenta la comprensión del error cometido en Yalta. Allí los líderes occidentales no valoraron el rol clave de Polonia en Europa. El destino de Polonia en la actualidad, define el destino de los países vecinos, de Europa y de la paz en el mundo. El destino de Polonia decidió el destino de Europa en el año 1920, cuando frente a las puertas de Varsovia el ejército polaco quebró la marcha del ejército rojo que llevaba la revolución comunista a toda Europa. El destino de Polonia también decidió el destino de Europa en el año 1939, cuando Polonia inició su lucha contra el hitlerismo que llevaba al exterminio a las naciones más pequeñas, entre ellas a los polacos, judíos y otros.

Hoy, el retorno a la libertad en Polonia, representa también la libertad de los países vecinos. Por esa libertad luchan estoicamente los polacos tanto en su país como en el mundo entero, en forma constante. No lo hacen por el camino del derramamiento de sangre, ya que la superioridad de la opresión es muy grande. Lo hacen por otro camino, ese que por un lado tiene a la Iglesia en Polonia y, por el otro, al mundo obrero agrupado alrededor del proscripto sindicato "Solidaridad" con Lech Walesa al frente.

Tramos finales de la conferencia del Primer Ministro del Gobierno Polaco en el exilio, Sr. Casimiro Sabat.

"El gobierno polaco, más precisamente, el Consejo de la Nación, se encuentra situado en Londres, teniendo además Secciones en Estados Unidos, Canadá y Alemania Federal. En conjunto está integrado por doscientas sesenta personas.

El Consejo de la Nación está conformado por los representantes de los partidos polacos tradicionales, que son los siguientes: el Partido Socialista Demócrata Polaco, el Partido Popular, el Partido Cristiano Demócrata y la Liga de la Independencia, es decir, el partido gobernante en Polonia al producirse el estallido de la Segunda Guerra Mundial.

El Presidente realiza periódicas consultas con los dirigentes de los partidos mencionados, siendo atribución suya el nombramiento del Primer Ministro.

El Primer Ministro elige a los futuros integrantes de su gabinete para presentarlos a la aprobación del Consejo. Debe, asimismo, someter a la consideración de dicho Consejo el plan de acción a implementar durante la gestión de gobierno.

El Primer Ministro conserva el desempeño de su investidura, en tanto cuenta con el apoyo de la mayoría en el Consejo.

Los integrantes del Consejo ejercen su mandato durante un lapso de cinco años, al cabo del cual se produce su renovación.

El gobierno trabaja en tres campos. El primer campo, el más importante, es mantenerse en contacto con la realidad en Polonia: tratamos de conocer la realidad y el desarrollo de los acontecimientos de relevancia y procuramos, en lo posible, prestar nuestra colaboración. El segundo campo es el de las relaciones internacionales, nos consideramos voceros, representantes de los verdaderos intereses de Polonia (el gobierno que funciona en Polonia, no representa los intereses del país sino que responde a las directivas soviéticas). Tratamos de influenciar la opinión internacional, informándola acerca de la causa polaca. Entre otras cosas publicamos un boletín trimestral que tiene por nombre, "Asuntos Polacos" (*Polish Affairs*). Expresamos nuestro parecer acerca de ciertos temas que trascienden por su importancia al orden internacional, a través de memorándums que enviamos a diferentes gobiernos y organizaciones. En este sentido, por ejemplo, se ha reclamado la aplicación de las resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos del Comité de Helsinki (está por demás, decir que dichas resoluciones no son cumplidas ni por la Unión Soviética ni por ningún otro país comunista). El último memorándum de este tipo se preparó para ser presentado en la Conferencia Sobre Derechos Humanos que se realizó en la ciudad de Ottawa, Canadá. El tercer campo de nuestras actividades es mantener relaciones con los centros de polacos dispersos en el mundo (se dice que hay quince millones de polacos fuera de Polonia). Esto es un panorama general de la actividad del gobierno polaco en el exilio.

Después de cuarenta años, hemos entrado en una nueva era que es mucho más ventajosa para los países de Europa Central; la división de Europa que hicieron en Yalta Roosevelt y Stalin, no le trajo paz al mundo. Como se ha sostenido en el texto leído, pese a haber transcurrido cuarenta años, tenemos enfrentados dos ejércitos, no hay paz en el mundo y no se vislumbra la posibilidad de conseguir esa paz.

Para el gobierno polaco en el exilio, hay que separar Europa Occidental, Europa Central y la Unión Soviética. Es preciso devolver la libertad y la soberanía de los países dominados por la Unión Soviética: Polonia, Checoslovaquia, Hungría y Rumania. Con ese fin, se reclama la creación de una franja de países neutrales entre la Unión Soviética y Europa Occidental; se trataría de una banda que comenzaría al Norte con Suecia, atravesaría Europa Central para llegar a una Austria también neutral. Todo esto conforma un plan de muy difícil logro mas, en nuestra opinión, es la única forma de asegurar la paz. No tenemos ninguna duda de que con esfuerzo el objetivo se puede lograr; baste

recordar otras empresas que *a priori* parecían imposibles, como el caso de Solidaridad (*Solidarnosc*) y Lech Walesa”.

Pregunta: “¿Cuáles son las relaciones del gobierno polaco en el exilio con los países como Lituania, Estonia, Letonia, Ucrania y demás países de Europa Central?”

Respuesta: “Todos estos países sufren el yugo soviético, tienen un destino común, nuestro futuro está necesariamente vinculado”.

Pregunta: “¿Existen perspectivas de concretar ese destino común a través de eventuales relaciones económicas, militares, etc.?”

Respuesta: “Se necesita buscar ese tipo de acercamiento con los países de Europa Central, pero no es nada sencillo. Los países vecinos temen que Polonia, en la situación hipotética referida pueda ejercer excesiva influencia sobre ellos.

En estos momentos los checos están preparados para iniciar conversaciones sobre la viabilidad de una federación polaco-checa; en lo que se refiere a los demás países, las puertas están abiertas y la disposición es óptima. Como ejemplo de un acercamiento supranacional de tipo regional puede citarse el de la Comunidad Económica Europea”.

Pregunta: “¿Cuál es el papel del general Jaruzelski?”.

Respuesta: “Es un comunista que ejecuta la política impuesta por el Kremlin”.

Pregunta: “El advenimiento de un Papa polaco, ¿cómo repercutió en las relaciones entre el Vaticano y el gobierno polaco en el exilio?”

Respuesta: “El Papa polaco es la cabeza de toda la Iglesia que es universal, por tal razón no puede anteponer los intereses polacos a los de la Iglesia universal. El gobierno en el exilio no está reconocido por los gobiernos de las naciones occidentales, el Vaticano no puede reconocer formalmente al gobierno polaco en el exilio, mas esto es solamente un aspecto de la cuestión. El otro aspecto es que la elección del Papa tuvo enorme importancia para Polonia, significó un cambio innegable. El surgimiento de Solidaridad en un país comunista fue posible únicamente por la elección del Papa polaco. El polaco de la calle decía: Yo no tengo miedo porque tengo un Papa polaco en Roma. En el campo internacional un Papa que habla en defensa de Solidaridad, en defensa de los derechos del obrero, ayuda mucho a Polonia.

En 1980 cuando surgió Solidaridad, ante la amenaza de una intervención soviética, la acción del Papa Juan Pablo II, ayudó en gran medida a alejar tal peligro.

Volviendo al tema central de la pregunta, nuestra relación con el Papa es personal, no formal. Tuve la oportunidad de ver al Papa muchas veces. Durante su visita a Gran Bretaña concedió una entrevista especial al gobierno en el exilio y a los polacos en Londres. Recuerdo, por otra parte, un sermón por él pronunciado en la abadía de Monte Cassino, sermón que quedará siempre en la historia polaca. Como corolario se puede afirmar que en la elección del Papa está la mano de Dios”.

Pregunta: "¿Cómo se puede revertir la situación que sufre Polonia, qué papel correspondería a los Estados Unidos y a su política carente de unidad de criterios frente al avance soviético?"

Respuesta: "Primero haré una referencia de tipo general. Todos los imperios en la historia han caído, de esta manera el anacrónico imperio soviético sobre Europa también ha de caer. Ahora bien, la pregunta se refiere a la situación actual y no a la perspectiva histórica. Mi pensamiento es que este estado de cosas que se remonta a cuarenta años atrás, no puede mantenerse por mucho tiempo más. Una alternativa es que la Unión Soviética ocupe el resto de Europa (se dice que algunos generales soviéticos aconsejan que se tome este camino en tanto se cuente con un arsenal no obsoleto). La otra posibilidad consiste en que la URSS se retire a sus fronteras naturales, en este sentido los caminos de viabilidad son varios; es difícil preverlos pero hay varios elementos que nos pueden servir como indicadores. Una de las realidades que es preciso tener en cuenta es la reacción de los sometidos por el yugo soviético, baste recordar las insurrecciones que tuvieron lugar en Hungría, Checoslovaquia y en cinco ocasiones en Polonia. Después de la guerra en Polonia había cierto grado de aceptación; en este momento todo el pueblo rechaza la autoridad comunista. A través de la prensa hemos podido enterarnos de las manifestaciones que tuvieron lugar en ocasión de celebrarse la festividad del primero de mayo (10.000 personas en Varsovia, otras tantas en Gdansk).

Otro elemento es el triunfo de la Iglesia Católica en Polonia sobre el comunismo, siendo la elección del Papa una suerte de símbolo de eso.

Otro factor es la carrera armamentista, que si bien es pesada para los Estados Unidos, lo es mucho más para la Unión Soviética que se caracteriza por un sistema económico decididamente débil. Esta puja tiene que terminar con la quiebra de uno o de otro de los contendientes, y la quiebra de la URSS es más probable.

Debe, asimismo, tenerse en cuenta que la URSS contiene alrededor de ciento cincuenta nacionalidades dentro de su elemento poblacional. Este nacionalismo pretendidamente apagado por la opresión, se está reactivando y esto se observa incluso en el caso de las comunidades musulmanas también sojuzgadas. En Ucrania también se observa un nacionalismo muy fuerte.

La economía soviética, por otra parte, está muy atrasada con respecto a la tecnología en el mundo occidental. Pasaron más de veinte años desde esa elegante amenaza de Kruschev en Nueva York, según la cual nos iba a enterrar. El costo de tener que mantener el infernal aparato de dominación sobre Europa Central puede finalmente inducir a los jefes del Kremlin a abandonar su empresa.

No podemos excluir la posibilidad de un golpe militar o una revolución dentro de la URSS aunque eso parece poco probable".

CASIMIRO SABAT *

* Al tiempo de su visita a la Argentina, en mayo de 1985, el Sr. Sabat era presidente del Consejo de Ministros del Gobierno Polaco en el Exilio.

A partir de marzo de 1986 por designación del Presidente en el Exilio, Conde Edward Raczynski, el Sr. Casimiro Sabat lo ha sucedido en el cargo, siendo el actual Presidente Polaco en el Exilio.

Notas Bibliográficas

"INTRODUCCIÓN CRÍTICA AL DERECHO NATURAL", por Javier Hervada, Pamplona, EUNSA, 1981, 188 pp.

Uno de los errores más comúnmente observables en las exposiciones tradicionales acerca del derecho natural, es el de seguir el método de investigación y exposición propios de la Teología Moral; sus autores, generalmente sacerdotes formados en el cultivo de la Ciencia Sagrada, parten de la existencia aceptada de la ley eterna y de allí deducen la necesidad de una ley natural, así como sus contenidos fundamentales. De más está decir que no es este el método propio de la Filosofía, que no es sino un intento de explicación de la realidad por sus causas últimas y que, como tal, debe partir del conocimiento de las realidades cuya explicación radical pretende.

Ese equivocado método de estudio ha provocado —y provoca— una casi instintiva reacción adversa hacia las más tradicionales exposiciones del derecho natural y por extensión —aunque indebida, no por ello menos real— hacia el derecho natural mismo. Efectivamente, todos aquellos que no comparten *in integrum* los puntos de vista de la Teología Moral tradicional, y aun aquellos que los comparten, pero tienen una cierta inteligencia de la diversidad de los saberes y de los métodos correspondientes, rechazan esa exposición dogmática y estereotipada del iusnaturalismo, en beneficio ya sea del positivismo jurídico, ya sea de confusas y nebulosas doctrinas de los "valores", o de la "racionalidad" jurídica.

En el libro que ahora comentamos, Hervada, consciente de las deficiencias de los manuales al uso sobre el tema del Derecho Natural, nos brinda una exposición estrictamente filosófica, que parte de la experiencia de las cosas humanas e intenta explicarlas con las solas luces de la Filosofía. Así, por ejemplo, cuando comienza la exposición de la ley natural, nos dice que "lo que llamamos ley natural no es una doctrina sino un hecho de experiencia (...). El hecho de experiencia al que

nos referimos es que, en relación a la conducta humana, nuestra razón —la de todos los hombres de todas las épocas— no muestra una indiferencia universal —no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre pueda físicamente realizar—, sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación: debe hacerse esto, debe evitarse aquello" (pp. 139-140). Y es a partir de este dato de experiencia que el autor inquiera su explicación radical, inquisición que conduce al descubrimiento del concepto de la ley natural. El mismo camino sigue Hervada cuando se trata de determinar la naturaleza de lo justo, de la justicia y del "derecho" natural; siempre es la experiencia el punto de partida y el fin de la investigación el explicar racionalmente esa experiencia.

Pero no sólo el tema del derecho o ley natural es estudiado en este libro: materias tales como la del sujeto de derecho, la regla de derecho, el título jurídico, la equidad y la justicia, son consideradas desde puntos de vista originales y de sumo interés. Algunas de las conclusiones acerca de estos temas pueden resultar discutibles, tales como la del sentido de la "cosa justa" para el realismo jurídico, cuyo debate llevaría más lugar que el habitualmente reservado a una nota bibliográfica.

Pero este carácter polémico de algunos puntos, no hace sino aumentar el interés del libro, que constituye un breve ensayo de Filosofía del Derecho de orientación iusnaturalista, lleno de interesantes sugerencias y de observaciones de una agudeza no demasiado común. Quizá hubiera sido de desear la inclusión de un mayor aparato crítico, ya que éste es muy escaso, no incluyéndose tampoco ni siquiera una bibliografía. De todos modos, ello no resta mérito a esta breve obra, verdadero ejemplo de cómo debe hacerse Filosofía del Derecho iusnaturalista, sin olvidar que se trata, casualmente, de Filosofía.

CARLOS IGNACIO MASSINI

"LA ENVIDIA IGUALITARIA", por Gonzalo Fernández de la Mora, Barcelona, Planeta, 1984, 244 pp.

Gonzalo Fernández de la Mora se ocupa en este libro de importantes y actuales cuestiones de relevante interés público, cuyo tratamiento nos permite apreciar una vez más los altos méritos del autor, y explicar la causa del destacado lugar que ocupa en la literatura científico-política contemporánea.

Dicha obra, presenta un análisis de la "envidia" considerándola no sólo como un vicio sino en relación con la ideología más candente del momento actual: "el igualitarismo" y frente a ello la desigualdad, la vida y muerte de la sociedad.

La obra se compone de tres partes. La primera consiste en el estudio crítico de la envidia desde la antigüedad hasta nuestros días; diversos autores, alrededor de setenta, se han ocupado de ella, llegando a definirla como "un sentimiento maligno y nefasto para el hombre y para la sociedad" (pp. 9-92).

La segunda parte (pp. 93-160) abarca el análisis de la envidia, apuntando a los siguientes aspectos: el planteamiento del tema, la conceptualización, la valoración, la consideración de la envidia como factor político, las defensas frente a ella, su superación y extinción y, por último, la envidia hispana.

El autor aclara ante todo, en lo que hace a la definición de la envidia, que ésta se manifiesta como un sentimiento penoso, es "una desazón provocada por algo exterior" (p. 95).

Se la puede clasificar según distintos criterios: por el objeto: existencial, social o patrimonial; por el origen: lo que brota del orgullo, de la voluntad de poder o de la codicia; y por el número de sujetos: individual y pública (pp. 98-100).

Fernández de la Mora enuncia diferentes tipos de envidia: "axiófila", "abscondita", "confusionaria", "universal", "prefabricada" y "autopunitiva" (pp. 100-117).

La valoración de este sentimiento, el autor lo explicita a través del juicio crítico que hace frente a la envidia,

en primer lugar reflexionando sobre las tres funciones principales de los sentimientos (felicitaria, orientativa y reactiva) llegando a concluir que ninguna de ellas realiza la envidia (por ser sentimiento) debido, en primer lugar, porque es un sentimiento penoso; segundo, no orienta porque es desinformadora y produce despersonalización y, en tercer lugar, no es creativa porque no incita a crear sino a anular; no a valorar sino a devaluar; no a distinguir sino a confundir; no a jerarquizar sino a uniformar; la envidia no mueve a nada positivo (pp. 114-116).

En síntesis, es "un sentimiento disfuncional y absurdo" tales son las palabras del autor.

Acercándonos al campo político, el autor explica y declara las incidencias de la envidia en las decisiones políticas; para ello, denuncia el igualitarismo ideológico que acusa a los Estados impetuosamente.

La clase política, siempre se ha hallado dividida: gobernantes y gobernados, siendo los segundos presa de los primeros; instaurando "separatismos"; son las llamadas "escisiones en el seno del Estado", como dice Fernández de la Mora: el gobernante permanece más fácilmente en el poder si los gobernados están enfrentados entre sí y equilibran sus esfuerzos. Otra intención de la clase política es la "lucha de clase", y para promover la unión de los más (pueblo) y su enfrentamiento con los menos (privilegiados) se fomenta la "envidia colectiva" (pp. 125-127).

Señala que tal envidia es alentada por los partidos de izquierda para conseguir adeptos. Hacer pagar a los "privilegiados" es la oferta esencial (p. 132); esta oferta tiene la ventaja de penalizar al mejor, lo cual es más factible y fácil, que promover mejores, que es una empresa ardua.

"Satisfacer a los envidiosos con el mal de muchos" (p. 132); señala Fernández de la Mora que a lo largo de la historia, la envidia se ha manifestado como el resorte típico de los movimientos revolucionarios" (p. 133).

Concluye al respecto que "la verdadera excelencia de la sociedad depende de la capacidad de producir personalidades eminentes: "un genio enaltece; el hombre masa, no" (p. 135).

La envidia, en cambio, no engendra grandes hombres; cuanto más envidioso es un pueblo, más pobre resulta en individualidades eminentes, es menos apto para crear, para progresar y para protagonizar la Historia (p. 135).

Frente a este panorama, Fernández de la Mora, expresa la superación y extinción de la envidia a través de la emulación, la obra bien hecha, la estimación de lo valioso en los demás, la solidaridad y la simpatía.

La tercera parte de la obra, abarca la temática acerca de la "Desigualdad creadora" (pp. 161-232) aclarando, el autor, que la desigualdad humana es un hecho irreversible, "todos los hombres nacen desiguales y la sociedad trata de igualarlos mediante los usos y preceptos, la desigualdad es inseparable compañera de la naturaleza y de la libertad y no hay igualdad sin arbitrariedad y coacción" (p. 161).

Frente a esto, el autor denuncia la falsa voz del igualitarismo ideológico pernicioso y destructor "manifestándose singularmente en la cultura occidental" (p. 161).

La civilización occidental, con su voluntad igualitaria, señala el autor, es primero religiosa, luego política y finalmente económica: la etapa culminante significaría el fin de todos los privilegios y la anulación de las diferencias (p. 166).

Sigue explicando, que esta ideología ha tomado tanta importancia que ha invadido a los dos movimientos sociales más extensos de nuestro tiempo: "el democratismo y el socialismo" (p. 166).

El igualitarismo se presenta como un imperativo moral, que no requiere demostración sino realización (p. 116).

Al demostrar cuál es la trayectoria e intencionalidad de tal ideología señala los beneficios y la bondad de la "desigualdad creadora", fuente de la armonía social, para ello explica las diferentes desigualdades, comenzando por la desigualdad metafísica, física y zoológica; la desigualdad humana, social, vital y ultraterrena (pp. 167-197); en esta última identifica cómo en el

cristianismo hay una igualdad de llamamiento, la cual no se traduce en una igualdad de resultados, ni en la vida mundana, ni en la otra, que es la decisiva por ser perdurable (p. 193).

Prosigue el autor expresando que el igualitarismo cristiano se limita a ofrecer a todos la condición de hijos de Dios y la oportunidad de salvarse, pero el libre albedrío divino en la adjudicación de dones y la aplicación de una justicia proporcional a las conductas, desembocan en el desigualitarismo.

Fernández de la Mora, señala con toda claridad la acción nociva del igualitarismo que pretende extender sus redes a lo político, social económico, etc. "La igualdad no existe, y todo el problema político se reduce a regular las desigualdades sin constreñir el impulso de autorrealización, que es el más noble del amor y el motor más poderoso de la Historia" (p. 230).

La presente obra ofrece al lector la oportunidad de poder reflexionar sobre este fenómeno que cada vez se extiende a todos los campos de acción: el igualitarismo, en el cual, lejos de aumentar las libertades, decrecen, mientras que en la desigualdad, afloran.

Tiene razón Fernández de la Mora al advertir en su análisis y crítica de este sentimiento tan negativo y corrosivo como es la envidia, que la envidia igualitaria trae consigo la "involución cultural y económica". Cuando más caiga una sociedad en la inclinación envidiosa, más frenará su marcha. La envidia igualitaria es el sentimiento social reaccionario por excelencia (p. 231).

Fernández de la Mora concluye su obra haciendo una magnífica reflexión: "No hay que cultivar el odio, sino el respeto al mejor, no el rebajamiento de los superiores, sino la autorrealización propia. La igualdad implica siempre despotismo y la desigualdad es el fruto de libertad" (p. 235). No olvidemos estas palabras, si hemos tomado conciencia de la situación de gravedad que engendra el pretendido igualitarismo.

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ PERONI

Se terminó de imprimir en diciembre de 1986
en los talleres gráficos de UNIVERSITAS,
S. R. L. Ancaste 3227 - Buenos Aires
