

ACERCA DE LA CONCEPCION REALISTA DEL DERECHO

CARLOS I. MASSINI

Profesor de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho Universidad de Mendoza

SUMARIO

i. Introducción. ii. La analogía del término. iii. El primer analogado. iv. La practicidad del derecho. v. La etimología del término. vi. Las causas del derecho. vii. La norma. viii. El fin y los medios. ix. La facultad jurídica. x. El saber jurídico y la sentencia. xi. Conclusión.

I. INTRODUCCION

Al comienzo de su *Nueva visita al mundo feliz*, Aldous Huxley escribió con acierto que "la vida es breve y la información inacabable: nadie tiene tiempo para todo. En la práctica nos vemos obligados a optar entre una exposición indebidamente breve o ninguna exposición. La abreviación es un mal necesario y la misión del abreviador consiste en sacar el máximo provecho de una tarea que, si bien intrínsecamente mala, vale más que no hacer nada"¹. Las presentes notas no pretenden ser más que la indebidamente breve introducción al concepto de derecho desde la perspectiva realista; no se encuentra aquí una exposición acabada de un tema que es, de por sí, inagotable. Sólo hemos intentado realizar la mención de los elementos conceptuales de la doctrina realista de lo jurídico; elementos que podrán ser la base de más extensos y profundos desarrollos. De todos modos, haciendo nuestras las palabras del célebre novelista inglés, creemos que la publicación de estas notas vale más que —teniendo algo que decir— no decir nada.

II. LA ANALOGIA DEL TERMINO

Es un dato de evidencia primaria que el derecho es un fenómeno complejo; que lo jurídico no se agota en una realidad simple e individual sino que, por el contrario, abarca una serie de realidades dis-

¹A. Huxley, *Nueva visita al mundo feliz*. Sudamericana. Buenos Aires. 1974, 7.

tintas y diferenciadas. Es por esto que no utilizamos el término derecho en forma unívoca, tal como utilizamos el término "hombre", para designar entidades sustancialmente idénticas y con un mismo sentido. Por el contrario, llamamos derecho a una serie de realidades distintas y desiguales: a las leyes, a aquello que nos es debido, a la facultad de reclamarlo, a las sentencias de los jueces, al saber que conoce estas realidades; todas ellas son, en algún sentido, derecho.

Pero si bien es cierto que el término derecho se aplica a varias realidades de algún modo distintas, es claro que no se les aplica en forma equívoca tal como decimos "gato" del animal y del aparato que utilizamos para levantar nuestro auto realizando el menor esfuerzo posible; "derecho" se atribuye a las realidades mencionadas en un sentido parcialmente diverso, pero también parcialmente igual. Y lo que es más, existe una razón intrínseca que justifica la aplicación del nombre a esas entidades diversas; no se trata de una atribución fortuita o arbitraria, sino que ella tiene su fundamento en la misma realidad de las cosas. Por esto, "derecho" es un término análogo, que "se aplica a varios sujetos de una manera que no es del todo idéntica ni del todo diferente"². En los términos análogos, el nombre se dice de varias entidades sustancialmente distintas pero, bajo alguna razón, iguales, como se dice "sano" del hombre que posee la salud, del remedio que la produce y del rostro que la manifiesta.

Como ya anticipamos, la atribución analógica del término derecho a la pluralidad de realidades a que de hecho se aplica, no carece de fundamento; por el contrario, tiene su razón de ser en la misma naturaleza del fenómeno jurídico, que si bien es múltiple y complejo, tiene una cierta unidad accidental que justifica la atribución del nombre a todos sus elementos o componentes. Si el término que nos ocupa es análogo, tal como lo han reconocido importantes pensadores³, lo es en virtud de que la realidad que con él nominamos constituye un todo o unidad analógica. Decimos todo analógico, porque el derecho no tiene una realidad sustancial, con ser en sí mismo, tal como es una realidad el hombre, sino una realidad accidental, de orden, formada por la particular relación que vincula a sus diferen-

²M. Grison, *Teodicea*. Herder, Barcelona. 1972, 148.

³Cfr. L. Legaz Lacambra, *Filosofía del derecho*. Bosch. Barcelona. 1961, 246.

tes elementos o partes componentes⁴. En otros términos, lo jurídico constituye un todo en la medida en que los diferentes elementos que lo constituyen se encuentran vinculados por una relación ordenada; en cuanto existe entre ley, acción, facultad, conocimiento, etc., un vínculo unitivo que justifica la atribución a todas esas realidades del nombre derecho.

III. EL PRIMER ANALÓGADO

El problema que plantea la aceptación del carácter analógico del derecho es el de saber cuál de las acepciones del término es la propia y formal o, en otras palabras, cuál de las realidades mentadas por el mismo es a la que principalmente puede denominarse derecho. Esto, en virtud de que en la analogía llamada de atribución —y tal es el caso que estudiamos— el término se aplica propia y formalmente a una de las realidades analógicas y a las demás sólo por la vinculación o relación que guardan con ella⁵. Del mismo modo que el nombre “sano” se aplica propiamente al cuerpo humano y a la medicina sólo en razón de la relación de causalidad eficiente que guarda con la salud, el término derecho ha de aplicarse formalmente a una de las realidades que forman el todo jurídico y a las demás, en virtud de la relación que guarden con aquella realidad primera.

La solución al problema de cuál sea esta realidad primera, sólo se devela a partir del carácter práctico que reviste el derecho. Decir que tiene carácter práctico, significa que el derecho pertenece al orden del obrar humano encaminado a la perfección del hombre; que consiste esencialmente en una ordenación social de la persona para el logro del bien común⁶. Aceptando la tipificación aristotélica de los órdenes de la realidad, que los divide en teórico, práctico y productivo, surge con toda evidencia que lo jurídico pertenece al orden práctico, orden que la razón establece en el obrar para el logro de la perfección del hombre; en este orden práctico, la razón —práctica— valora y dirige la actividad humana hacia el bien —personal

⁴Cfr. E. Pueyrredon, *El concepto de derecho*, en *Universitas* (Univ. Católica de Buenos Aires) 14 (1970) 14 ss.

⁵J. Hellín, *La analogía del ser y del conocimiento de Dios en Suárez*. Edit. Nacional. Madrid. 1947, 23.

⁶Cfr. E. Fernández Sabaté, *Los grados del saber jurídico*. Univ. Nacional de Tucumán. Tucumán. 1968, 18 s.

o común— del hombre mismo⁷. No se trata aquí de contemplar una realidad dada, como en el orden teórico, ni de fabricar un objeto exterior con un fin de utilidad instrumental, tal como en el orden productivo o técnico. Menos aún nos encontramos en presencia del orden que la razón pone en sus propios actos para el logro de su operación específica, tal como es el caso del orden lógico⁸.

El orden de la praxis lo es de acción, no de contemplación; tiene por materia el obrar del hombre, al que encamina a su acabamiento entitativo. Este obrar, escribe Maritain, "consiste en el uso libre, en cuanto libre, de nuestras facultades, o en el ejercicio de nuestro libre arbitrio considerado no con relación a las cosas u obras que producimos, sino simplemente con relación al uso que hacemos de nuestra libertad (...). Así pues, el obrar está ordenado al fin común de toda la vida humana, e interesa a la perfección propia del ser humano"⁹. Para precisar aún más la naturaleza de la distinción del orden práctico con relación a los restantes órdenes, en especial al teórico o especulativo, nada más claro que una frase de Octavio N. Derisi: "En este doble movimiento (del hombre) frente al ser, tiene origen la actividad especulativa y práctica del hombre. Porque, o es el ser que va al hombre por su inteligencia, o es el hombre que va al ser por su voluntad"¹⁰. En efecto, en el orden del conocimiento se procede de lo real singular al concepto universal; a la inversa, en la praxis, el orden se realiza en la concreta vida humana para la perfección del mismo sujeto operante. Podríamos decir que, en este último caso, el orden no se refleja intelectualmente, sino que se realiza por el querer; el movimiento, en el orden práctico, el del bien humano en cuanto tal, va del intelecto al acto singular; la perfección de los hombres se realiza —en la medida en que es esto posible— por una serie armónica de actos concretos y circunstanciados, singulares e históricos.

⁷Cfr. J. Maritain, *Los grados del saber*. Club de Lectores. Buenos Aires. 1968, 729 ss.

⁸J. Ruiz-Giménez, *Introducción a la filosofía jurídica*. Epesa. Madrid. 1960, 250.

⁹J. Maritain, *Arte y escolástica*. La Espiga. Buenos Aires. 1945, 17 s.

¹⁰O. N. Derisi, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. csc. Madrid. 1969, 53.

Creo que nadie podrá negar sensatamente que el derecho es algo que el hombre hace en vistas a su bien propio, específicamente, a su bien propio en la vida común. Pertenece, por lo tanto, al orden práctico y debe consistir, desde esta perspectiva, en un determinado obrar del hombre; ello en razón de que el ser humano edifica su vida —y, por consiguiente su vida perfecta— a través de un obrar personal, de una serie de actos concretos dirigidos hacia la obtención de los bienes que el hombre necesita para su vida y, sobre todo, para su vida perfecta. En este caso, dada la radical politicidad del derecho, para el bien común o vida perfecta común en la sociedad política y por su intermedio para el bien personal de cada uno de los integrantes del todo social¹¹.

Es por lo antedicho que la “realidad justa” de que habla Santo Tomás para referirse al derecho esencialmente¹², siguiendo en esto a la tradición aristotélica y romana¹³, viene a ser una “obra justa”, una actividad social del hombre ordenada al bien común a través de los títulos jurídicos de otro¹⁴. El mismo Santo Tomás se refiere numerosas veces al derecho como “obra adecuada a otro” o como “acto” humano rectificado por la justicia¹⁵. Por otra parte, es lógico que así sea, toda vez que si el orden práctico —como lo expusieramos más arriba— se halla encaminado a la perfección del hombre, perfección que se logra a través de un cierto obrar, el derecho —parte integrante de este orden— no puede consistir esencialmente sino en una cierta obra, en un determinado obrar del hombre, ordenado en este caso al bien humano común. Ordenación esta última que puede tener carácter inmediato, como en los casos de justicia general, o mediato, a través del bien personal, en los casos de justicia particu-

¹¹Cfr. G. Soaje Ramos, *Sobre la politicidad del derecho*, en Boletín de Estudios Políticos (Univ. Nacional de Cuyo. Mendoza) 9 (1958) 84 ss.

¹²Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* II-II q. 57 a. I (Se cita conforme a la edición BAC. Madrid (16 vol) 1956).

¹³Cfr. J. M. Aubert, *Le droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*. Vrin. Paris. 1955; también M. Villey, *Le droit romain*. Puf. Paris. 1972, 35 ss.

¹⁴Cfr. L. Lachance, *El concepto de derecho*. SF. Buenos Aires. 1953, 293 ss.

¹⁵S. Tomás de Aquino, *ob. cit.* II-II. 57.2; II-II. 58.1.

lar¹⁶. Esto significa que lo que interesa fundamentalmente al derecho es lograr que la convivencia, con su materia de múltiples acciones humanas, se encamine efectivamente al bien comunitario a través de la justicia; significa que el cometido propio de lo jurídico es obtener que la vida social se encamine al bien de todos y haga posible el desarrollo de las virtualidades contenidas en el modo propio de ser del hombre.

La razón por la que el orden jurídico existe, no puede ser la perfección teórica de sus estructuras formales: leyes, instituciones, conceptos jurídicos, etc., sino la perfección práctica, operativa, de sus contenidos. No interesa primordialmente la redacción lógicamente perfecta de una norma, sino su virtualidad para dar lugar, en los hechos, a relaciones sociales armónicas. "Es por causa del hombre que existe el derecho" escribió el jurisconsulto Hermogeniano, queriendo significar que el *ius* no tenía su fin en sí mismo, sino en la buena vida del hombre, que su sentido se agota en el de ser instrumento de la perfección social y que, por tanto, sin esa función esencial, pierde el fundamento de su existencia, queda sin razón suficiente. Lo que interesa, entonces, es la obra humana, la efectiva ordenación de las conductas sociales al bien del hombre en comunidad: lo demás es instrumento, medio, bien útil, "que por respeto de otro bien se desea", según frase de Aristóteles¹⁷.

V. LA ETIMOLOGIA DEL TERMINO

La raíz etimológica de los vocablos utilizados para designar al derecho, confirma plenamente la certeza de lo que venimos afirmando. En efecto, en la Grecia clásica el término usado para nominar a lo jurídico era "dikaion", que derivaba de "Diké", diosa hija de Zeus y de Themis, encargada de traer la justicia del Olimpo a la tierra¹⁸. "Dike" personificaba a la justicia y, por consiguiente, "dikaion" era lo justo, aquello que participaba de la esencia de la diosa; "justo"

¹⁶J. Pieper, *Justicia*. Rialp. Madrid. 1968, 66.

¹⁷Aristóteles, *Ética a Nicomaco*, I,5 (se cita conforme a traducción de A. Gómez Robledo. Porrúa. México. 1970).

¹⁸Cfr. Hesíodo, *Teogonía* (trad. Lecluyse y Palau). Ed. Iberia. Barcelona. 1972. 125; para el desarrollo y análisis de este mito vid. A. Verdross, *La filosofía del derecho del mundo occidental*. Unam. México. 1962, 10-14, y también C. Graneris, *La filosofía del diritto nella sua storia e nei suoi problemi*. Desclée. Roma. 1961, 15.

que no podía ser sino un cierto obrar del hombre, pues sólo las acciones humanas pueden ser calificadas propiamente de "justas". La norma de derecho se designaba con otro término: "nomos", poniendo con esto en evidencia la distinción que se realizaba entre el obrar social justo y la norma que lo determinaba¹⁹.

Entre los romanos, el pueblo jurídicamente más desarrollado de occidente, ocurría algo similar: "Este nombre de *ius* —escribe Manuel Aráuz Castex— menciona el concepto que perseguimos aludiendo a lo que es justo, a aquello de lo que puede predicarse justicia"²⁰. Esta similitud se explica en razón de que la filosofía que profesaban los jurisperitos romanos era, principalmente, la de Aristóteles, que habían conocido a través de Cicerón y de los estudios de retórica realizados sobre el texto aristotélico²¹. La norma también tenía otro término propio, al igual que en Grecia: "lex", que no se confunde con el "ius", tal como lo hacen la mayoría de nuestros contemporáneos.

Como vemos, en los orígenes de nuestra civilización y al tener lugar el nacimiento del nombre, éste se utilizaba para designar aquella realidad que —espontáneamente— aparecía a griegos y romanos como la que en mayor medida merecía que se le aplicara el término reservado para el orden de la convivencia política. Recién en los siglos v y vi después de Cristo, aparece el término "directum", del que derivarán derecho, droit, diritto, direito, etc. y que, bajo la influencia del "agustinismo jurídico" pondrá en el primer lugar de consideración a la norma, en lugar de la realidad a que la norma se ordena²².

¹⁹Cfr. G. Graneris. *Contribución tomista a la filosofía del derecho*. Eudeba. Buenos Aires. 1973, 63.

²⁰M. Arauz Castex, *Sentido de las denominaciones de lo jurídico*, en Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales-Univ. Nacional de Buenos Aires 38 (1954) 426.

²¹Cfr. M. Villey. *La formation de la pensée juridique moderne*. Montchrétien. Paris. 1968, 62, L. Lachance, *Le droit et les droits de l'homme*. Puf. Paris. 1958, 38 ss. En este último autor se encuentra un estudio pormenorizado de la influencia de Aristóteles sobre Cicerón, y de éste sobre los jurisperitos de Roma.

²²Cfr. C. Mouchet-R. Zorraquin Becú, *Introducción al derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1970. 5; acerca del agustinismo político vid. A. Truyol y Scrra, *Historia de la filosofía del Derecho y de Estado*. (2 vol.). Rev. de Occidente. Madrid, I (1970) 327-338.

VI. LAS CAUSAS DEL DERECHO

Del estudio etiológico o causal de lo jurídico surge esta misma conclusión. Los autores que han estudiado con mayor profundidad el tema, coinciden en afirmar que la causa material del derecho es el obrar social del hombre, "interactividad humana"²³. En otros términos, el *substratum* sobre el que levanta o sobre el que recae el orden jurídico, es el accionar del hombre en alteridad con otro. La causa formal, que determina a esa materia a ser derecho y no otra cosa, no es sino la misma ordenación del obrar al bien común, la rectificación de ese obrar por la justicia, encaminándolo al fin de la sociedad política. Soaje Ramos ha escrito que la causa formal del derecho es "una cierta igualdad de la acción humana exterior con los títulos de otro"²⁴, igualdad que significa proporción o adecuación de la obra humana conforme a un criterio objetivo, que en última instancia resulta ser el bien común político²⁵. Por otra vía, el derecho se nos aparece también como consistiendo esencialmente en una medida u ordenación del obrar social del hombre.

VII. LA NORMA

Aclarado que el derecho consiste en una obra justa, resulta a todas luces evidente que las demás realidades que denominamos derecho —ley, facultad jurídica, sentencia, conocimiento, etc.— reciben ese nombre en virtud y a causa de la relación que guardan con esta obra justa. Para la filosofía realista el derecho es, primordial y principalmente, obrar humano social rectificado por la justicia, y las leyes, facultades, decisiones o saberes que con él se vinculan, merecen esa denominación a causa de su intrínseca vinculación con esa realidad primaria. De todas las mencionadas, aquellas a las que en mayor medida tiende a considerárselas como realidades jurídicas primarias, son la norma y la facultad, dando lugar a las concepcio-

²³A. Fraguero, *De las causas del derecho*, en Actas del Primer Congreso Nacional de Filosofía. Univ. Nac. de Cuyo (Mendoza). 1950, t. III 1868.

²⁴G. Soaje Ramos, *ob. cit.* 77.

²⁵B. Montejano, *Los fines del derecho*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1968, 71; también Le Fur, Delos, Radbruch, Carlyle, *Los fines del derecho*. Unam. México. 1967, 16 ss.

nes extremas —y erróneas— del normativismo y el subjetivismo jurídicos.

El normativismo es aquella concepción que identifica a la norma jurídica, en especial a la ley, con el derecho. Para esta forma de pensar, “el derecho estaría formado por normas, por las que el espíritu humano dirige los hechos de la realidad. Detrás de esta forma de concebir la esencia y las fuentes del derecho, está el dualismo esencial a la filosofía moderna, que separa con Descartes, como dos mundos distintos, el del espíritu y el de las realidades extensas; con Kant, el ser y el fenómeno y también el deber ser del ser. El derecho es esta norma engendrada por el espíritu humano, que prescribe a la realidad la norma como debe ser”²⁶; pero, afirma también Villey, la verdad es que “si la ley no expresa la realidad justa, no merece llevar ese nombre; una ley injusta no es propiamente una ley; un instrumento no tiene razón de ser, si no cumple efectivamente la función que hace a su esencia”²⁷. Una ley merece el nombre de tal en la medida en que contribuye a la realización del orden social que haga posible el buen vivir humano. De lo contrario, ¿qué sentido tendría la sumisión a una serie de mandatos que imperasen cualquier cosa, sin ninguna finalidad objetivamente valiosa? Una norma de esa especie resultaría algo tan absurdo como la sonrisa del gato, sin que existiera el gato, de “Alicia en el País de las Maravillas”.

Los juristas romanos de la época clásica, esencialmente realistas, acuñaron una frase que pone en evidencia su concepción de la ley como algo derivado de la “realidad justa”. “La norma —escribe Paulo— es la que brevemente describe lo que las cosas son. El derecho no se extrae de la norma, sino de lo que el derecho es, se hace la norma. Por consiguiente, por la norma se trasmite una breve noción de las cosas”²⁸. Aquí se pone de manifiesto cómo para los más grandes creadores del derecho, la ley revestía un carácter secundario respecto a las “res”, a la realidad jurídica, realidad que se traduce en este caso en un concreto obrar humano social, al que la

²⁶M. Villey, *Questions de logique juridique dans l'histoire de la philosophie du droit*, en *Logique et analyse* (Nauwelaerts, Louvain/Paris) 37 (1967) 4 s.

²⁷M. Villey, *Etre et devoir d'après l'expérience juridique*, en *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie* (Steiner Verlag, Wiesbaden) 6 (1971) 97.

²⁸Digesto 50. 17. 1.

ley debe inducir a los hombres a través de sus imperativos. Santo Tomás lo expresó diciendo que "de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho"²⁹.

Recién en el siglo VI de nuestra era, aparece por primera vez la confusión entre ley y derecho, por influencia de la tradición bíblica que tenía como centro de gravedad a la ley, entendida como mandato directo de Dios al pueblo de Israel³⁰. Esta tradición bíblica es ilegítimamente traspalada al orden de la sociedad política por el llamado "augustinismo jurídico", llamado así por sus frecuentes citas del doctor africano, y que tuvo su máxima expresión en el Decreto de Graciano del siglo XI. No, obstante esta posición de los llamados Canonistas, Santo Tomás, en el siglo XIII, va a retomar la doctrina de griegos y romanos y a proclamar que la ley no es un fin en sí mismo, que no es el derecho estrictamente hablando, sino que tiene por objeto propio el realizar el orden en las relaciones interhumanas en que el derecho consiste³¹. Los juristas van a seguir, en su gran mayoría, esta posición, desechando el normativismo, hasta que en los siglos XVII y XVIII, la Escuela Racionalista retome el camino del culto a la norma, culto que será transformado en idolátrico, durante el positivista siglo XIX, por sus sacerdotes del dogmatismo jurídico³².

VIII. EL FIN Y LOS MEDIOS

Tenemos plena conciencia del carácter de barbarismo jurídico que esta afirmación comporta para quienes se han formado en los cánones del positivismo, formalista o de cualquier otra especie. No obstante, creemos que una observación profunda y desprejuiciada de la realidad jurídica, no puede menos que confirmar que la ley tiene por fin ordenar la conducta humana social al bien de la colectividad; en otros términos, que la ley es un medio para el logro de una

²⁹S. Tomás de Aquino, *ob. cit.* II-II. 57. 1.

³⁰Cfr. M. Villey, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique* en *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (volumi collectaneo). Giuffrè. Milano. 1976, 55 ss. y del mismo autor *Bible et philosophie grégoromaine de Saint Thomas au droit moderne*, en *Archives de philosophie du droit* (Sirey. Paris) 18 (1973) 29 ss. (tr. en castellano *El derecho, perspectivas griega, judía y cristiana*. Ghersi. Buenos Aires. 1978).

³¹S. Tomás de Aquino, *ob. cit.* I-II. 92. 1; *Suma contra gentiles*, III. 115.

³²Cfr. A. Hernández Gil, *Metodología de la ciencia del derecho* (3 vol.). Gráficas Ugina. Madrid. I (1971) 43 ss. y 73 ss.

vida social armónica, un medio encaminado a que los hombres obren con justicia en su concreta vida social. Considerar a la norma jurídica como un fin en sí, como si ella sola constituyera derecho, significa lisa y llanamente invertir el orden que surge de la realidad de las cosas y desorbitar al medio, impidiéndole cumplir acabadamente su función esencial de instrumento de la perfección societaria.

En un párrafo admirable, el poeta francés Saint-Exupéry ha puesto de relieve lo que acontece cuando el medio pierde su función propia y pretende ser colocado en lugar del fin: "No rehusó —escribe en *Ciudadela*— la escalera de las conquistas que permite al hombre subir más alto. Pero no confundo el medio con el fin, la escalera y el templo. Es urgente que una escalera permita el acceso al templo, si no permanecerá desierto. Pero solamente el templo es importante. Es urgente que el hombre subsista, y halle a su alrededor los medios para crecer. Pero esto es sólo la escalera que conduce al hombre. El alma que le construiré será basilica, pues ella será lo importante"³³.

La ley es como la escalera que permite acceder al templo, pero que por eso mismo, adquiere sentido sólo en razón de este objetivo. Es cierto que lo más urgente es contar con el medio que nos permita la posterior obtención del fin; pero el fin es lo importante, aquello por lo cual el medio existe y a cuyo servicio se ordena³⁴. Lo urgente es que las leyes imperen el obrar justo en la convivencia; lo importante es que los hombres, real y efectivamente, realicen en los hechos ese orden en la convivencia, que merece ser perseguido por tratarse de un bien común. El fin de la ley, entonces, es la obra justa; ella es la que justifica su existencia y da razón a sus contenidos; la que permite que la ley sea calificada, por analogía, como derecho.

IX. LA FACULTAD JURÍDICA

Este carácter derivado y secundario respecto de la obra justa que hemos descubierto en la ley, se evidencia aún más en el caso de la facultad del sujeto activo de la relación jurídica; si se tiene la facultad o potestad de exigir a otro un determinado obrar, es sólo en razón de que éste es debido por el sujeto pasivo del vínculo de derecho. Como bien dice Lachance, no es algo debido porque se

³³A. Saint-Exupéry, *Ciudadela*. Goncourt. Buenos Aires. 1976, 77.

³⁴Cfr. E. Pueyrredon, *La autonomía de los técnicos*, en *Universitas* 38 (1975) 85-87.

tenga la facultad de reclamarlo, sino que se tiene esta facultad porque un determinado obrar es debido³⁵. Debido en virtud de la ley, razón por la cual la vinculación del derecho en sentido subjetivo con el obrar justo es más derivada aún que en el caso de la ley, ya que se vincula a través del mandato de esta última³⁶.

Tal como acontece en el caso de la ley, la concecuación como derecho de la facultad jurídica, no tuvo su origen en la antigüedad clásica. Ni griegos, ni romanos, ni los jurisconsultos medievales, designaron a la potestad del sujeto activo de la relación jurídica como derecho. Solamente a partir del siglo xiv y por obra del pensador franciscano Guillermo de Ockham, va a comenzar a atribuirse el término *ius* a la facultad jurídica³⁷. Esta acepción pasará, por obra de Suárez, a formar parte del sistema de varios pensadores modernos: Grocio, Hobbes, Rousseau y otros³⁸. El hecho que quienes crearon el término *ius* no pretendieran aplicarlo nunca a la facultad del sujeto, es clara manifestación de que originariamente no se concibió a esta prerrogativa como derecho.

Al igual y más aún que en el caso de la ley, la facultad del sujeto tiene un valor solamente instrumental, respecto a la realización del acto justo. La potestad se tiene a los fines de lograr que ese acto sea efectivamente puesto en la existencia; su término y razón de ser, el fin que la justifica y especifica, no es sino un determinado obrar rectificado por la justicia. Para lograr que ese obrar se realice, la ley otorga al sujeto activo de la relación de derecho la facultad de reclamarlo; por esto, la facultad sin prestación es un absurdo impensable; le faltaría fin, objetivo, razón de ser³⁹.

X. EL SABER JURIDICO Y LA SENTENCIA

Más claramente aún se percibe la intrínseca dependencia respecto del

³⁵L. Lachance, *El concepto* cit. 315.

³⁶Cfr. E. Pueyrredon, *El concepto de derecho* cit. 22.

³⁷Cfr. M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*. Dalloz. Paris. 1969, 140 ss.

³⁸Un desarrollo del pensamiento de estos autores puede verse en F. Puy, *Tratado de Filosofía del Derecho*. Escelicer. Madrid, 1 (1972) 321, 340 y 394.

³⁹Cfr. C. I. Massini, *La definición del Derecho de Francisco Suárez*, en Cuadernos de la Universidad (Univ. Católica de Cuyo/San Juan) 12 (1975: 77) 69-84.

obrar jurídico en los restantes casos de aplicación analógica del término derecho. El conocimiento o saber acerca del mismo, es un saber práctico⁴⁰ y "la finalidad del conocimiento práctico es la operación, esto es, la praxis definida como la obra de una facultad distinta del entendimiento, exterior a éste, obra de la voluntad o de las manos"⁴¹. No se trata de un conocer por el conocer mismo, tal como acontece en el saber teórico, sino de un conocimiento intrínsecamente ordenado a dirigir el obrar del hombre; de un saber normativo, como prefieren llamarlo los autores contemporáneos. De este modo, también el saber de lo jurídico está ordenado al obrar como a su fin, se dirige por su propia naturaleza a conocer los medios necesarios para la puesta en la existencia de la conducta justa. La razón última de ser de este conocimiento es, entonces, la obra justa, que viene a resultar, una vez más, el elemento primordial y especificador; aquel por el cual se aplica a una cierta realidad el nombre de Derecho.

La sentencia, por su parte, es el acto de la prudencia jurídica del magistrado que determina, en un caso concreto, cuál debe ser el obrar jurídico de los hombres. Al determinar el mandato legal, aplicándolo a una situación singular, la sentencia establece lo debido en una situación dada, débito que no puede tener por contenido otra cosa que una obra humana⁴². El acto propio del juez resulta, en virtud de lo apuntado, ordenado al justo obrar y subordinado intrínsecamente a éste.

XI. CONCLUSION

Para terminar este ya largo excursus, diremos que nos parece demostrado que al pertenecer el derecho al orden práctico, aquel de las cosas que el hombre hace para el logro de su perfección y acabamiento, consiste, propia y principalmente, en un accionar social del hombre rectificado por la justicia. Esto, en razón de que el movimiento, en el orden práctico, termina en un acto singular y concreto por el

⁴⁰Cfr. J. M. Martínez Doral, *La estructura del conocimiento jurídico*. Universidad de Navarra. Pamplona. 1963, 27.

⁴¹L. E. Palacios, *Filosofía del saber*. Gredos. Madrid. 1962, 168.

⁴²B. Montejano, *Derecho y prudencia*, en *Iustitia* (Buenos Aires) 2 (1965) 20 ss.

que el hombre pone en la existencia aquellas acciones u obras que hagan posible el desarrollo de las virtualidades contenidas en su esencia. En el caso del derecho, se trata de la existencia social del hombre y de la dimensión comunitaria de su naturaleza; por esto, el derecho es un obrar social rectificado al bien común, bien este último que constituye el fin propio de la vida societaria del hombre. Las demás realidades que denominamos derecho y que cumplen la función de instrumentos o medios para que los hombres realicen en los hechos una vida en común armónica y rica, reciben este nombre sólo y en virtud de la relación que guardan con el obrar justo, objetivo y culminación de todo el orden jurídico.

Y lo que es más, luego de lo expuesto, no creo que queden dudas acerca de que el elemento que hace inteligible el fenómeno jurídico, el que permite la comprensión del derecho, no puede ser sino la obra justa. A partir de esta realidad se ilumina el sentido de las restantes que forman el todo jurídico; sin la obra justa, norma, facultad, saber y sentencia quedan sin razón suficiente, sin elemento unificador y especificador. Por eso una auténtica definición del derecho debe ser expresión de esta "cosa justa"; las demás que se den, serán erróneas por unilaterales, al tomar en consideración elementos secundarios y derivados. Sólo si partimos del núcleo inteligible se nos hará patente lo que el derecho esencialmente es, y sólo si sabemos lo que el derecho es podremos pensar cómo debe ser, problema este último que realmente debe interesar a todo auténtico jurista.