

EL ORDEN JURÍDICO

Texto preparado por el profesor Julio E. Lalanne para ser utilizado exclusivamente para la enseñanza y el estudio en la Cátedra de "Filosofía del Derecho", a su cargo, 5to año, turno mañana, de la Universidad Católica Argentina, durante el año lectivo 2019. El mismo se ha realizado en base a la doctrina tradicional de la cátedra impartida por el magisterio del profesor Félix A. Lamas.

1.- Crítica al concepto de ordenamiento jurídico.

Una heterogénea corriente de pensamiento jurídico que podríamos englobar, siguiendo al recientemente fallecido Francesco GENTILE (1936-2009),¹ bajo el nombre de "*geometría legal*", identifica el derecho con el "ordenamiento jurídico". Esta expresión hoy ha pasado del lenguaje técnico-jurídico al lenguaje común, y su uso se ha generalizado no sólo a nivel de los manuales sino, incluso, entre los operadores jurídicos. Uno de los primeros autores que contribuyó a la difusión y vulgarización de esta fórmula fue el jurista italiano Santi ROMANO (1875-1947), quien en 1917 publicó el estudio (considerado un clásico del pensamiento jurídico italiano del siglo XX) que lleva por título *L'ordinamento giuridico*.² Si bien Santi ROMANO no es un autor que pueda incluirse dentro de la geometría legal sino más bien en la corriente llamada institucionalismo, el título de su obra tuvo la fortuna de haberse convertido, con el correr del tiempo, en una palabra-fetiché, usada *ad nauseam* por los positivistas y normativistas de toda laya.

En lo que sigue, se analizará, primero, en qué consiste la geometría legal, para luego, proceder a la crítica del concepto de "ordenamiento jurídico" acuñado por esta iusfilosofía.

a.- *La geometría legal.*

GENTILE denomina *geometría legal* a aquella actitud teórica que pretende alcanzar en el Derecho, mediante el método hipotético-deductivo, la misma exactitud que es característica de las ciencias especulativas en general y, en particular, la misma certeza propia de la geometría (de allí el nombre *geometría legale* que acuñó el profesor italiano para identificar a esta concepción del derecho). Y ello como consecuencia de haber privilegiado la seguridad como valor primigenio en el ámbito del derecho. Es un movimiento que surgió en el siglo XVII, que también podría llamarse simplemente *iuspositivismo normativista*, y que comprende numerosos representantes, entre quienes merecen destacarse, entre muchos otros: Thomas HOBBS (1588-1679) en Inglaterra; Samuel f. Von Pufendorf (1632-1694) y Gottfried Wilhelm von Leibniz (1646-1716) en Alemania, llegando hasta el racionalismo iluminista de Jean Jacques ROUSSEAU (1712-1778) en Francia. En el siglo XX, alcanza una expresión teórica sólida y sistemática con el jurista austríaco Hans KELSEN (1881-1973), y se difunde con la Escuela Analítica hasta que, a finales del siglo XX, llega a lo que podríamos llamar su agotamiento.

Las características esenciales de esta forma de concebir y explicar el Derecho son las siguientes:

1º) El Derecho se reduce a uno de sus elementos estructurales: la norma jurídica, y, en particular, la ley, dejando de lado otros elementos ineludiblemente presentes en todo

1

Francesco GENTILE fue profesor ordinario de la *Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Padova*. Nació en Milán el 26 de julio de 1936. Fue dos veces decano de la Facultad de Derecho de Padua, Director del Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Comparado y del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho y Derecho Canónico, Coordinador del *Dottorato di ricerca in Filosofia del diritto "Metodo e Tradizioni Giuridiche"* y Director de la Escuela de Doctorado en Derecho de la misma universidad. Fue profesor invitado y dictó lecciones en innumerables universidades europeas, americanas y de África. Con especial referencia a la Argentina, fue profesor invitado en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UCA, miembro de la Comisión Asesora de dicho Doctorado, Director del Doctorado conjunto entre la UCA y la Universidad de Padua (Italia),.

² Hay traducción castellana: *El ordenamiento jurídico*, traducción de Sebastián Martín RETORTILLO y Lorenzo Martín RETORTILLO, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1963.

fenómeno jurídico, tales como: la conducta jurídica obligatoria y su objeto terminativo, y las facultades y potestades jurídicas. Se privilegia la norma jurídica porque se trata de un elemento susceptible de ser identificado con precisión y porque la reducción de la complejidad del fenómeno jurídico a norma jurídica permite y hace más fácil su estudio y consideración. Se trata, en general, pues, de un *normativismo*.

2º) A su vez, la norma jurídica se reduce a norma positiva, es decir, a la norma puesta por el hombre, con prescindencia más o menos expresa según los autores, del derecho natural y de la ley natural. Es, por lo tanto, un *normativismo positivista*. Ya hemos tenido oportunidad de hacer referencia al fenómeno que hemos dado en llamar: *entronizamiento de la ley*, que se produce en Europa a partir del siglo XVIII, en plena euforia racionalista, se produce lo que podría denominarse *el entronizamiento de la ley*, entendida esta como un producto de la voluntad general. Ello en desmedro de todos los elementos que tradicionalmente contribuían a nutrir el derecho (las costumbres; las opiniones de los más grandes juristas que alcanzaban fuera vinculante; la obra jurisprudencial, cuando alcanzaba prestigio social y jurídico sobresaliente).³ Esta es una de las ideas centrales del individualismo político revolucionario del siglo XVIII; y ello cuanto la ley constituye, para esta corriente, la principal defensa del individuo contra la arbitrariedad de los órganos estatales, lo que lo lleva a prevenir toda posible alteración por la vía de su interpretación. Este propósito inspira a la Constituyente francesa de 1790, que por decreto orgánico del 24 de agosto de este año reserva a la Asamblea Legislativa no sólo la facultad de dictar la ley, sino también la de interpretarla con exclusividad. Robespierre la resume en una frase que expresa en forma elocuente la reducción del derecho a la ley: “En un Estado que cuenta con una Constitución, una legislación; la jurisprudencia de los tribunales no es otra cosa que la ley; así siempre hay identidad de jurisprudencia”.

la obra consciente y racional del poder legislativo del Estado, general y uniforme, destinada a consagrar la igualdad de todos los ciudadanos

4º) La única fuente creadora de normas jurídico-positivas es el Estado, concebido como estructura de poder soberano, absoluto, centralizado y unitario. La unidad de soberanía y de poder creador de normas jurídico-positivas es un factor esencial para conferirle unidad a todo el “ordenamiento jurídico”, expresión a la que aludiremos más adelante. Este también es un fenómeno que cobra vigencia efectiva en la sociedad europea del siglo XVIII, como consecuencia de la intención revolucionaria de instaurar un nuevo orden político y social que requería disolver y eliminar las estructuras preexistentes, propias del “antiguo régimen”. La introducción de un derecho basado exclusivamente en leyes generales y uniformes barrió particularismos locales y resabios feudales, permitiendo la consolidación del Estado nacional. Se intenta reemplazar un derecho heterogéneo por la diversidad de sus fuentes, reflejo de una cierta estratificación social propia del régimen feudal todavía subsistente por un nuevo orden jurídico, racional y uniforme, producido por el Estado, destinado a consagrar la igualdad de todos los ciudadanos. Por lo tanto, todo derecho deriva de la voluntad del Estado y deberá ser aplicado por sus órganos. El *normativismo positivista* tiende, de este modo, a convertirse en *estatismo jurídico*.

4º) El Derecho es un fenómeno ajeno al valor. Leamos, a este respecto, lo que dice uno de los más renombrados epígonos modernos de este movimiento, me refiero al jurista italiano Norberto BOBBIO (1909-2004):

En el lenguaje iuspositivista el término “Derecho” carece de toda connotación valorativa o de toda resonancia emotiva; el Derecho es Derecho prescindiendo de que sea bueno o malo, de que sea un valor o un disvalor.⁴

Esta tesis repercute de lleno respecto de una de las propiedades del derecho, a saber: la *validez*. En efecto, la validez es la propiedad del derecho según la cual lo jurídico está constitutivamente vinculado con valores y, en especial, con la justicia. En la medida en que esta corriente iusfilosófica piensa al derecho como un fenómeno ajeno al valor, es evidente que la validez será concebida no ya como una validez *material*, esto es, vinculada con el

³ TAU ANZOATEGUI, Víctor, *El jurista en el Nuevo Mundo. Pensamiento. Doctrina. Mentalidad*, Frankfurt am Main: Max Planck Institute for European Legal History, 2016 págs. 102-103.

⁴ BOBBIO, Norberto, *El positivismo jurídico*, Madrid, Ed. Debate S.A., 1993, pág. 141.

contenido material de las normas sino de otro modo. Para el iuspositivismo normativista la validez de las normas legales positivas –a las que se reduce lo jurídico- no depende de su contenido, ni de su justicia (ni de su razonabilidad, ni de que realice cierta igualdad, ni de que se ordenen al bien común, etc.) sino de que haya sido *puesta* – en el sentido de: producida, creada- de acuerdo con el procedimiento formal de creación establecido al efecto. A su vez, este procedimiento de creación de la norma positiva depende de una norma jerárquicamente superior que lo establece. La causa de la validez de una norma jurídica depende de otra norma que regula la producción de ésta; la cual vale porque y en tanto fue producida tal como lo dispone otra norma superior del sistema. Así, por ejemplo, la norma jurídica individualizada de la sentencia judicial tiene la razón de ser de su validez en la ley estatal que aplica; y esta ley será válida si ha sido sancionada por el Congreso de la Nación, con arreglo a las mayorías establecidas en la Constitución Nacional y si, posteriormente, ha sido promulgada por el Poder Ejecutivo en la forma regulada en la misma Ley Suprema. En suma, la validez consiste en la pertenencia de una norma al ordenamiento jurídico porque ha sido producida de conformidad con los procedimientos formales, límites y requisitos establecidos por el propio sistema normativo.

En la cúspide del sistema jurídico, o de la *pirámide* de normas jurídicas estatales, Kelsen ubica la *Grundnorm* o norma hipotético-fundamental: una norma *hipotética* no establecida o puesta de un modo jurídico-positivo; sólo puede ser una norma supuesta por el jurista, que no depende en su validez de otra norma de superior jerarquía porque se trata precisamente de una norma primaria, de una suerte de axioma. Si preguntamos por el fundamento de validez de una sentencia, lo encontramos en una ley determinada. Esta ley es válida (es decir, es una norma obligatoria), porque fue establecida de acuerdo con un precepto constitucional. Si proseguimos y preguntamos cuál es el fundamento de esta constitución hallaremos quizás otras leyes constitucionales precedentes conforme a las cuales fue dictada. Pero, por fin, se llegará a una constitución que ya no fue establecida conforme a los preceptos de otra más antigua: a la primera constitución, por así decirlo. La validez de esta primera constitución no deriva de una norma jurídico-positiva anterior, pues de hecho una tal norma no existe. Sin embargo, el jurista viene advierte que una norma semejante es necesaria para mantener la coherencia -y hasta para la subsistencia- de todo el ordenamiento; de allí que resulta imprescindible suponerla como hipótesis de trabajo. Esta norma hipotética opera como *fundamento* –de allí su nombre- o de “principio de validez” de todo el entero sistema. ¿Cuál es la fórmula de la norma hipotética fundamental? El enunciado podría ser el siguiente: “*el legislador originario debe ser obedecido*” o “*se debe uno portar como ordena el poder constituyente que estableció la primera constitución*”, es decir, de conformidad con la voluntad de aquella fuerza política que demostró poseer la capacidad para imponer normas a todo el resto de la sociedad. Dicho más crudamente: “*debe obedecerse al que tiene poder efectivo y fuerza suficiente para hacerse obedecer*”. En última instancia, toda la validez del sistema jurídico, cuando menos en la versión kelseniana, depende de un hecho, a saber: el poder coactivo del legislador originario.

De este modo, se arriba a la más absoluta formalización del Derecho, es decir, a la pretensión de construir todo el Derecho bajo la forma de un aparato lógico-normativo en cuya base el kelsenianismo coloca una *norma fundamental hipotética*, esto es, un principio artificial, un presupuesto del que se parte, un postulado típicamente *a priori* –en el sentido de ajeno a la experiencia- del cual se deducen todas las restantes normas del sistema, según el modelo de las ciencias físico-matemáticas. De allí la exactitud del calificativo *geometría legal*.

5º) Las normas jurídico-positivas en las que consiste el Derecho jamás se presentan aisladas sino que aparecen orgánicamente asociadas en un sistema coherente y cerrado, el cual, precisamente, recibe el nombre de *ordenamiento jurídico*. Así, el derecho puede ser definido, resumiendo las notas vistas hasta ahora, como *el conjunto sistemático de leyes – normas jurídico-positivas- promulgadas por el Estado soberano en un territorio determinado*.

La teoría del ordenamiento jurídico constituye una de las tesis fundamentales de la geometría legal.⁵ Diversos autores susceptibles de ser incluidos dentro de esta heterogénea corriente de pensamiento la utilizan: JEREMY BENTHAM habla de “*legal system*”, J.L. AUSTIN

⁵ BOBBIO, N, obra citada, pág. 201.

utilizar la expresión “*body of rules*”, H.L. HART prefiere usar “*legal order*”. El ya nombrado BOBBIO acepta la expresión *ordenamiento jurídico*. Empero, no hay duda que la teoría del ordenamiento jurídico encuentra su más coherente expresión en el pensamiento del ya mencionado Hans KELSEN, quien propone su famosa *pirámide* entendida como un sistema compuesto única y exclusivamente por normas jurídico-positivas, que posee las siguientes características:

1. *Unidad*: la unidad del ordenamiento jurídico está dada, en primer lugar, porque todas ellas derivan de la primera constitución y, a su vez, por su unidad de origen estatal: todas fueron creadas por el Estado soberano.
2. *Jerarquía*: las normas se distribuyen en sucesivos niveles o escalones jerárquicos en virtud de su mayor o menor generalidad (a esto, precisamente, alude KELSEN cuando hace referencia a la estructura piramidal del sistema de normas).
3. *Plenitud*: el ordenamiento jurídico es un sistema completo y cerrado en tanto contiene todas las respuestas jurídicas requeribles o, dicho de otro modo: no puede haber lagunas jurídicas, es decir, supuestos de hecho no regulados por alguna norma del sistema. Todo lo que no está prohibido, está permitido, por lo tanto: todo hecho o conducta no prevista en el sistema es una conducta permitida. La labor de los operadores jurídicos en general y de los jueces en particular, consiste en realizar silogismos deductivos estrictos -como los de la ciencias físico-matemáticas- en los cuales la norma hace las veces de premisa mayor bajo la cual se subsumen los hechos del caso, para llegar a conclusiones precisas que proveen la solución exacta para toda situación. En caso de laguna, la labor del jurista consiste en la *integración* del ordenamiento mediante el recurso a la analogía y a otros mecanismos similares.
4. *Coherencia*: el ordenamiento jurídico es un sistema perfectamente organizado en el cual no existen o, cuando menos no deberían existir, normas incompatibles entre sí (es decir: antinomias) y, en el hipotético supuesto de haberlas, la labor del jurista consiste en la *depuración* del ordenamiento jurídico, esto es, en eliminar la norma contradictoria. Hay tres criterios para resolver las eventuales contradicciones: (i) el criterio cronológico: *lex posterior derogat priori*; (ii) el criterio jerárquico: *lex superior derogat inferior*; y (iii) el criterio de especialidad: *lex specialis derogat generali*.

6º) Los valores que inspiran toda esta concepción, que se privilegian y se pretende obtener son, de una parte la *seguridad jurídica* entendida como seguridad física y, de otra, la *certeza jurídica* en el sentido de previsibilidad del funcionamiento social bajo los lineamientos del sistema jurídico. El presupuesto de base, asumido como punto de partida también hipotético y nunca constatado, es el estado de naturaleza presocial en el cual el hombre es el “lobo del hombre”, según la tesis repetida sucesivamente desde los tiempos del sofista TRASIMACO hasta KELSEN, pasando por CALICLES, EPICURO, MARSILIO DE PADUA, THOMAS HOBBS y muchos otros. El estado natural de las relaciones entre los individuos es el conflicto sin tregua ni cuartel. Con anterioridad al surgimiento del Estado, la situación de los individuos librados a su propia subjetividad es la pura conflictividad en el marco de la cual nada es seguro. De ahí, la necesidad de hacer del derecho un instrumento de control social. El Estado soberano monopoliza la fuerza a los efectos de garantizar, en primer lugar, la seguridad física del que manda y, en una segunda instancia, la seguridad de los que obedecen, es decir, de los súbditos en sus relaciones interindividuales. Según la ilustrativa expresión de GENTILE la comunidad política funciona como una suerte de *compañía de seguros* que proporciona seguridad al individuo. El deber de obedecer y acatar fielmente lo dispuesto por el ordenamiento jurídico es la *prima* que el individuo debe pagar a cambio de su seguridad.⁶ El evento dañoso que se pretende evitar es la lucha de todos contra todos y la consecuente interferencia de otros individuos con la propia conducta.

⁶ GENTILE, FRANCESCO, *Filosofía e Scienza del Diritto*, Modena, Academia Militare, 1988.pág. 80 y sgtes.

A su vez, la pretensión según la cual el ordenamiento jurídico es un sistema cerrado y autosuficiente está estrechamente conectada con el principio de certeza, calificada por BOBBIO como “ideología fundamental de este movimiento jurídico”;⁷ certeza respecto de que el juez va a acatar la voluntad estatal plasmada en la norma jurídico-positiva y, por tanto, va a aplicar a los casos concretos sometidos a su decisión las pautas contenidas en ellas. En efecto, los jueces, de una parte, nunca pueden crear derecho y, de otra, no pueden dejar de dar una solución a los casos sometidos a su jurisdicción, sobre la base del ordenamiento.

b.- *Crítica de la expresión “ordenamiento jurídico”.*

Ahora bien, detengámonos en la expresión “ordenamiento jurídico”, la cual, en el marco de esta doctrina, tiene el significado preciso de “conjunto o sistema de normas jurídicas que rigen dentro de un Estado”. El ya nombrado FRANCESCO GENTILE ha formulado una crítica vigorosa y lucida de este concepto en su obra *Ordenamiento jurídico entre virtualidad y realidad*,⁸ crítica que, con ligeras modificaciones, vamos a trasladar aquí, sin perjuicio de agregar ideas propias.

Tal como hemos tenido oportunidad de comprobar el término “ordenamiento jurídico”, en el contexto de esta corriente de pensamiento, hace referencia a un conjunto de normas relacionadas entre sí de tal manera que conforman una unidad ordenada. En efecto, el ordenamiento designa algo más que un mero conjunto de normas; supone la idea de una totalidad en la que cada uno de sus elementos se determina en función de las relaciones de coherencia con los demás dando lugar a un verdadero sistema de normas. Ahora bien, todo orden implica, al menos: (i) un sujeto que pone orden; y (ii) un criterio sobre la base del cual se establecen las relaciones que configuran dicho orden. En la medida en que se afirma que existe un orden entre las diversas normas jurídicas que integran el sistema, surgen inmediatamente las siguientes aporías: ¿quién pone ese orden? O: ¿cuál es el origen de ese orden? ¿Quién es el *ordenador* del sistema? Caben dos opciones, a saber:

a) La primera alternativa sería que el legislador produzca normas que se insertan en el sistema con un orden que resulta ser, por así decirlo, *concomitante* o *simultáneo* a la propia creación normativa. Las leyes emanadas del Congreso de la Nación o del Parlamento nacerían ya ordenadas. De acuerdo con esta explicación, en cada oportunidad en que el legislador crea una norma jurídica, espontáneamente la norma es colocada en la posición exacta y coherente que le corresponde en el marco de la totalidad del sistema de normas, en virtud de un impulso que no se distingue realmente de la producción normativa considerada en sí misma. Según esta interpretación, el proceso de producción de normas es, a la vez, el proceso de ordenación de esas mismas normas y, en virtud de ello, normación y orden vienen a darse de un modo cuasi espontáneo y a coincidir.

Empero, la evidencia empírica disponible de la vida del derecho desmiente categóricamente esta alternativa. Es un dato de experiencia cotidiana que los legisladores dictan normas que contradicen otras normas preexistentes, o bien que se superponen con normas presentes en el “sistema”, si cabe esta denominación. La existencia incontrovertible de antinomias torna imprescindible los esfuerzos de conciliación e interpretación por parte de jueces, abogados y juristas. Los legisladores no suelen ser juristas y, por lo tanto, carecen en la mayor parte de los casos de idoneidad y de conocimientos jurídicos suficientes para producir leyes de factura técnica adecuada y, en muchas ocasiones, tampoco recurren a especialistas que los asesoren. El resultado es un sinnúmero de leyes elaboradas con pésima técnica legislativa y, en algunos casos, contradictorias con la misma constitución del Estado, nada menos. Otro dato de la realidad es la existencia de lagunas, es decir, conductas que no encuentran regulación expresa en ninguna norma del sistema, a pesar de su pretendido carácter de ordenamiento completo y cerrado. Por otra parte, sería imposible que legisladores de distinta orientación política, en épocas y momentos sucesivos, movidos por intereses muchas veces contrapuestos, dieran lugar a un sistema de normas jurídicas perfectamente

⁷ BOBBIO, N., *El positivismo...*, citada, pág. 210.

⁸ GENTILE, FRANCISCO, *Ordenamiento jurídico entre humanidad y realidad: ¿control social y/o comunicación interpersonal?*, traducción y nota previa de MARÍA DE LEZICA, prólogo y edición de FELIX ADOLFO LAMAS, Buenos Aires, 1ra edición, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 2008.

ordenado y coherente. Resulta inimaginable que esto pueda darse en la realidad de las cosas.

En afin, aunque diverso orden de ideas, cabe señalar que la exigencia de que el Estado –a través de su poder legislativo- produjera sólo normas ordenadas constituiría una limitación respecto de su poder normativo, restricción de suyo contradictoria con la pretendida soberanía estatal. En efecto, una de las tesis principales de esta teoría, con reminiscencias roussonianas, es que la ley es expresión de una voluntad soberana. Pero *soberana* significa, por definición: incondicionada, liberada de toda limitación, absoluta. Se trata, como se aprecia, de una concepción voluntarista de la ley que la reduce a un producto de la voluntad de quien tiene poder para crearla. Ahora bien, en la medida en que se exige que esta ley no sea ya un mero producto de la voluntad soberana del legislador sino, además, un producto racional, coherente, que guarde una adecuada disposición respecto del resto de las normas que conforman el ordenamiento, en esa misma medida, se está condicionando o, cuando menos, restringiendo la capacidad del poder estatal para crear normas. De tal manera que esta interpretación es contradictoria con los propios presupuestos teóricos de la geometría legal.

b) La segunda opción para tratar de conferirle un significado verdadero a la expresión “*ordenamiento jurídico*” sería la de interpretar que el proceso de ordenación normativa es posterior al de producción de la norma. De acuerdo con esta segunda alternativa, en un primer momento el legislador crea la norma jurídica, la cual, tal como hemos tenido oportunidad de comprobar, no nace ordenada, ni tampoco se inserta en el sistema con un orden intrínseco y concomitante a su propia producción. Por lo tanto, resulta imprescindible un segundo proceso, necesariamente posterior respecto a la *posición* de las normas, que consiste, precisamente, en *poner orden* entre las normas positivas estatales ya establecidas. Pero ya hemos visto que no es el legislador quien establece el orden del sistema. Entonces: ¿quién es el sujeto que pone orden? Todo indica que, de conformidad con los presupuestos de la geometría legal, es el jurista quien ordena los preceptos normativos intentando sistematizar el material del que está hecho el Derecho (recuérdese que, de conformidad con la tesis central de este iuspositivismo normativista el único material del cuál esta hecho el Derecho son las normas), es decir, el doctrinario, el científico del derecho.

b.1. Sin embargo, de ser así, ese orden establecido por el científico del derecho no se corresponde con un orden real que efectivamente exista en las normas sino que se trata, en verdad, de una construcción artificial, abstracta, construida por el jurista sobre la base de una convención. El geómetra asume, una vez más, como una hipótesis no demostrada, la existencia de un orden que sólo existe como postulado metodológico –de allí su *virtualidad* en la terminología de GENTILE- pero no como realidad efectiva. Así, los manuales positivistas sostienen que todo ordenamiento jurídico posee las ya mencionadas características de *unidad, plenitud y coherencia*. Empero, es desde todo punto de vista evidente que estas características no existen en la realidad, tratándose de una mera ficción que, a lo sumo, opera como criterio metodológico, como idea reguladora al modo kantiano, como ideales morales acerca de cómo debe ser un buen ordenamiento o como una hipótesis que el científico del derecho presupone y hace de cuenta “como sí” fuera real.

b.2. Las aporías que suscita esta segunda opción no son menos graves que las que apuntamos respecto de la alternativa anterior. Primero: ¿qué autoridad tiene el jurista para crear o hacer el Derecho? Ninguna. El científico del derecho –máxime, si hemos de estar a los presupuestos de base de la geometría legal- a lo más puede tener la función de interpretar la ley pero no tiene título válido para legislar o crear derecho, por lo tanto su pretensión de sistematización carece, en definitiva, de fuerza para imponerse en la realidad social efectiva. Ello así, el pretendido “*ordenamiento jurídico*” no pasaría de ser un ideal geométrico, una aspiración metodológica del teórico, un anhelo de moldear la realidad de acuerdo con presupuestos ideológicos, es decir, ideales artificiales y abstractos, en línea de coherencia con los peores vicios del racionalismo.

b.3. Otra crítica susceptible de formularse respecto de la expresión “*ordenamiento jurídico*” es la siguiente: todo proceso de ordenación –entendiendo por ordenación el acto de poner orden- necesariamente presupone un criterio sobre la base del cual se organizan los múltiples elementos que constituyen la materia del consabido orden. ¿Cuál es el criterio que inspira al ordenador del sistema jurídico concebido al modo positivista o geométrico? Si

hemos de creerle a KELSEN, lo que hace las veces de criterio o de fundamento último de todo el sistema de normas jurídicas no es otra cosa que la fuerza, expresada pomposamente en la famosa *Grundnorm*, la cual, despojada de sus apariencias de tecnicismo iusfilosófico, consiste en la cruda admisión de que el derecho ha quedado reducido a la voluntad del más fuerte. En este sentido, afirma GENTILE que los juristas geómetras ordenadores no hacen otra cosa que “disfrazar” y “vestir” con un ropaje pseudo-científico el hecho brutal de la imposición de la voluntad de aquel que, en definitiva, prevaleció en la lucha social sólo por ser mas fuerte:

“Es indiscutiblemente cierto que con la acepción de ordenamiento como sistema ordenado de normas, elaborado desde una perspectiva geométrica, *more geométrico constructo*, el derecho, ordenamiento virtual de *Soll-sätze*, no es otra cosa más que el “disfraz” de la fuerza que salió vencedora del conflicto social, con lo que es “convalidado” el resultado del conflicto mismo y se oculta la fractura subyacente e ineliminable, instrumento principal del control social.”⁹

El “ordenamiento jurídico” y toda la pretendida racionalidad científica del sistema jurídico no son más que una bella “vestimenta” destinada a ocultar la prepotencia del vencedor en el conflicto social. Así, el Derecho termina siendo un mero instrumento al servicio del poder, una herramienta de control social utilizable para imponer cualesquiera contenidos ideológicos (recuérdese que el formalismo kelseniano hace abstracción del contenido material de las normas jurídicas). NORBERTO BOBBIO parece reconocerlo de un modo claro cuando dice que “la validez de la norma última”, y, por lo tanto, del ordenamiento jurídico en su conjunto “se funda en al efectividad del poder último”.¹⁰ Y GREGORIO PECES BARBA habla del poder como *Hecho Fundante Básico* de todo el sistema jurídico.¹¹ A la luz de las afirmaciones de estos epígonos de la teoría del ordenamiento jurídico, es inevitable desprender una conclusión que ciertamente provoca perplejidad: *la geometría legal postula la identificación del derecho con un hecho: el hecho de la fuerza efectiva - la violencia- de aquel que logra imponerse.*

b.4. Continuando con los reproches teóricos susceptibles de realizarse en relación a la doctrina del ordenamiento jurídico, corresponde dejar asentada la crítica contra la pretensión de erigir el ordenamiento en un sistema cerrado susceptible de prever, de antemano, toda posible situación que pueda darse en la vida social. Ello implica un supino desconocimiento de la constitutiva inadecuación entre lo abstracto y lo concreto. Las fórmulas legales, necesariamente expresadas por medio de conceptos generales y abstractos, jamás pueden constituir un modo de expresión que signifique adecuadamente – esto es: que abarque, que exprese, que comprenda- la infinita complejidad de la vida social concreta. Porque lo abstracto es siempre *simple* en la medida en que abstracción implica separación de un aspecto de la totalidad de las condiciones materiales e individuales de existencia, por oposición a lo concreto que es siempre *complejo* y pleno de determinaciones, características, peculiaridades y notas que lo afectan. Es por ello que ninguna proposición descriptiva contenida en una norma jurídica expresada en términos abstractos es apta *a priori* para abarcar y agotar los hechos sociales, las conductas interactivas, las innumerables, variadas y cambiantes situaciones que pueden darse en la vida humana. Por lo tanto, es ilusorio y errado pretender que las normas del ordenamiento puedan contener enunciados con descripciones exhaustivas y suficientes para abarcar todos los casos singulares posibles, de modo tal que la tarea de los jueces y demás operadores jurídicos se limite a efectuar silogismos deductivos puramente teóricos. Lo cierto es que el conjunto de las normas jurídicas indefectiblemente dejará zonas de incertidumbre o de potencial indeterminación en las cuales la decisión discrecional del juez, sobre la base de la prudencia y utilizando la dialéctica como método para recorrer la distancia lógica que va desde lo abstracto a lo concreto, resulta imprescindible para evitar esa indeterminación.

El orden jurídico normativo –expresión mucho más certera que la de “ordenamiento jurídico”- no es ni puede ser un sistema cerrado sino, todo lo contrario, un sistema –si es que cabe utilizar esta expresión- abierto, flexible, elástico, en la medida en que está

⁹ GENTILE, FRANCISCO, *Ordenamiento jurídico entre humanidad y realidad...*, citada, art. 16, pág. 33.

¹⁰ BOBBIO, NORBERTO, “Sobre el principio de legitimidad”, en BOBBIO N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, traducción de A. RUIZ MIGUEL, Madrid, Debate, págs. 297-306, pág. 301.

¹¹ PECES-BARBA MARTÍNEZ, GREGORIO, *Curso de derechos fundamentales*, BOE – Universidad Carlos III de Madrid, 1995, pág. 327.

compuesto no tan sólo por normas jurídicas sino también por principios –los llamados principios generales del derecho, los principios del derecho natural, etc.-, o por normas jurídicas de máxima generalidad o abstracción como, por ejemplo, las normas constitucionales. La amplia indeterminación de estas normas que, además, gozan de mayor jerarquía que las del resto del orden normativo, les da una capacidad indeterminada *a priori* para invalidar las normas de jerarquía inferior que las contradigan gravemente, lo cual implica que el orden normativo es un sistema constitutivamente flexible y no rigurosamente cerrado.

La filosofía clásica explica que el método apropiado del derecho es la dialéctica y el saber prudencial, y no la lógica apodíctica estricta y rigurosa que pretende aplicar la geometría legal, por la sencilla razón de que las premisas con las que opera el hombre de derecho no son de suyo necesarias sino, las más de las veces, opinables y carentes de la *akribeia* que tienen aquellas.

b.5. Una última crítica, quizás más radical, es que toda esta teoría adopta un punto de partida indebidamente reduccionista, en la medida en que reduce todo el Derecho a ley emanada del poder soberano del Estado, pero el Derecho no es sólo la ley: hay normas jurídicas emanadas de otras fuentes (contratos, costumbres, etc.), hay poderes jurídicos, títulos jurídicos, fines sociales, valores, conductas sociales, etc. Por lo tanto, esta teoría no logra dar cuenta de la complejidad del mundo jurídico.

Como resultado de toda esta crítica, cabe concluir que conviene dejar de lado la expresión “ordenamiento jurídico” o, cuando menos, en el caso de utilizarla corresponderá establecer cuál es el sentido que se le pretende dar, de modo tal de no adherir, subrepticamente y sin quererlo, a teorías jurídicas que no constituyen una explicación adecuada del Derecho. Todo esto puede evitarse si se utiliza la expresión clásica *orden*.

2.- El orden jurídico en sentido clásico.

La experiencia jurídica -entendida como conocimiento directo e inmediato del conjunto de realidades sociales que normalmente se denominan como “derecho” o se las califica de “jurídicas”- pone de manifiesto: de una parte, el carácter múltiple, diferenciado y complejo del fenómeno jurídico, y de otra, que esa pluralidad de elementos aparecen de algún modo unificados. Ya hemos visto que todo el ámbito de la Moral, que es genérico respecto del Derecho, y podríamos agregar también el campo de la Política, presenta estas mismas notas: multiplicidad de elementos y, al mismo tiempo, una cierta unidad temática, lo cual reclama entenderlos como un orden.

Se justifica por lo tanto, hablar de “orden jurídico” para hacer referencia a ese conjunto de cosas que conforman el derecho. Empero, no estamos utilizando la expresión “ordenamiento jurídico” sino la noción clásica de “orden” que comprende los siguientes elementos: (i) una multiplicidad de elementos; (ii) que conforman una cierta totalidad o unidad; (iii) en virtud de una disposición conveniente entre todos ellos; (iv) de conformidad con un principio o criterio de ordenación.

Ahora bien, hay un orden conceptual del derecho y hay un orden causal del derecho. En lo que sigue, abordaremos por separado cada uno de ellos.

3.- El orden conceptual del Derecho.

Cualquiera que se acerque al estudio del Derecho, fácilmente notará que el término *derecho* se utiliza con diversas acepciones o significados y que, correlativamente, no hay un solo concepto de derecho sino que hay diversos conceptos de derecho.

En la tradición jurídica clásica, se usa la palabra *derecho* con tres significados distintos, es decir, como signo de tres conceptos diversos, los que, a su vez, tienen su correlato en tres cosas distintas:

a) En primer lugar, se emplea la palabra como equivalente a *norma jurídica* o conjunto de normas jurídicas o bien ordenamiento normativo vigente en una determinada comunidad (Derecho argentino, Derecho español, etc.) o en una cierta época (Derecho antiguo, Derecho medieval) o referente a una rama jurídica determinada (Derecho civil, Derecho comercial). En este sentido, el Derecho es la norma jurídica, es decir, el enunciado que

expresa un juicio práctico que opera como modelo imperativo de lo que es justo. La norma jurídica tiene un objeto, y ese objeto es la conducta jurídica. El efecto de la norma es imponer una obligación a un sujeto y, correlativamente, facultad a otro sujeto a exigir del primero la conducta obligatoria.

b) En segundo término, usamos la palabra “Derecho” en el sentido de facultad o *poder jurídico* atribuido a un sujeto sobre lo que es suyo o sobre lo que se le debe, y que suele designarse como *derecho subjetivo*. El concepto de derecho subjetivo puede formularse, según lo hace FRANCISCO SUÁREZ, como la facultad moral que tiene un sujeto sobre la cosa suya o sobre lo que se le debe, facultad que le ha sido conferida por la norma jurídica (nótese, por lo pronto, la inescindible vinculación con el otro concepto).

c) Por último, la palabra nombra a la conducta jurídica, esto es, la conducta debida a otro, obligatoria. Empero, según SANTO TOMÁS en la Q. 57, a. 1 de la *Suma Teológica*, la *ipsa res iusta* –la propia cosa justa– no es, en rigor de verdad, la conducta jurídica obligatoria sino el objeto terminativo de esa conducta, en cuanto realiza la igualdad de la justicia.

Ahora bien, lo que resulta claro, a esta altura es que *hay tres conceptos de derecho* y que ninguno de los tres agota totalmente la realidad del derecho. Cada uno de los tres conceptos significa el derecho desde un punto de vista distinto, pero no es posible reducir todo el derecho a uno de ellos, dejando de lado los demás, so pena de obtener una visión parcializada, reduccionista e incompleta del fenómeno jurídico. No se puede prescindir de ninguno de ellos; antes bien, es menester *integrarlos en una visión totalizante*, es decir, reducir la multiplicidad de conceptos de derecho a una cierta unidad. Si decimos que hay tres conceptos distintos, que guardan entre sí relaciones recíprocas y que esas relaciones resultan idóneas para considerarlos como una cierta unidad, es evidente que estamos diciendo que *hay un orden entre los tres conceptos de derecho* y ese orden conceptual es el orden de la analogía.

En efecto, resulta evidente que la palabra *derecho* no es un término unívoco sino multívoco. Empero, la multivocidad del término *derecho* no es, como puede verse, de la especie “equivocidad” ya que no se emplea el término en sentido completamente diverso. Por el contrario, el examen más superficial de los conceptos y de las cosas significadas descubre entre ellas una relación, de manera que, por más que se trate de cosas distintas, media entre los tres conceptos de derecho un parentesco y una conexión lógica, lo cual es característico de lo que la lógica tomista denomina términos y conceptos *análogos*.

Resumendo: “*Derecho*” es un concepto –y también un término– análogo, ya que se verifican a su respecto las dos notas de la analogía: disimilitud esencial de los significados de la palabra “*Derecho*”, y a la vez cierta similitud significativa que permite predicar el término de todas las cosas que hemos visto. En efecto, la palabra “*Derecho*” se aplica a realidades que si bien son diferentes entre sí, sin embargo tienen algo en común. El concepto de Derecho, y el término que lo expresa, significan principalmente tres cosas: el objeto terminativo de la conducta jurídica obligatoria, la norma jurídica y el poder jurídico o derecho subjetivo. Estos son los tres analogados principales de *Derecho*. Cada uno de los significados de *Derecho*, respecto de los demás, es a la vez algo semejante y algo disímil, puesto que no son lo mismo el objeto terminativo de la conducta jurídica obligatoria, la ley o norma jurídica y el poder jurídico de reclamación, pero conceptualmente tienen algo en común.

Esto plantea un problema, a saber: determinar qué tipo de analogía se verifica respecto del término –y del concepto– “*Derecho*”. La pregunta es la siguiente: ¿La palabra –y el concepto– “*Derecho*” constituyen un caso de analogía de atribución o un supuesto de analogía de proporcionalidad?

a) La doctrina de la analogía.

A continuación, consignamos un breve resumen de la teoría de la analogía, de conformidad con el pensamiento de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

El nombre.

La palabra castellana “analogía” proviene de la griega *analogía*, compuesta a su vez de la partícula *ana*, que en una de sus acepciones significa reiteración, reduplicación o comparación y de la voz *logia*, que viene de *logos* que significa, según una de sus acepciones corrientes, cálculo o medición, vocablo que suele traducirse en latín por *ratio*, del verbo *reor*: calcular, computar. En sentido etimológico significa, entonces, comparación o relación entre varias medidas, o cálculos o razones.

En sentido usual, *analogía* en castellano equivale a semejanza. Pero la semejanza entraña no solamente conveniencia entre las cosas que se dicen semejantes, sino también disparidad o diferencia. Si no existiera ninguna discrepancia entre ellas no se las llamaría semejantes, sino iguales o idénticas; son semejantes porque, además de tener algo en común, tienen también algo en que difieren. Y esto es propio de la analogía: las cosas análogas coinciden en parte y en parte discrepan. El término análogo es aquel que se dice de muchos seres parte en el mismo sentido y parte en sentido diverso (“*partim eadem et partim non eadem, sed diversa*”).

La definición.

Con lo dicho hasta aquí ya nos hemos aproximado a la definición real de la analogía. Se trata de una relación o comparación entre varios conceptos, como de una semejanza, que también es relación o comparación.

La analogía se da entre varias cosas que están unidas bajo un nombre común. De una parte, la analogía conlleva, por tanto, alguna universalidad, aunque sólo tomemos universal en su sentido etimológico más general como “uno que engloba a muchos” o “común”. De otra parte, esta pluralidad de objetos tiene entre sí una relación de igualdad o semejanza, de tal manera que podrá tenerse de lo que es igual o semejante en estas cosas un concepto común o universal, en el sentido más restringido de *universale in essendo et in praedicando*, o uno que abarca varios, por existir en ellos y poder decirse de ellos.

Encontramos, pues, en la analogía los elementos constitutivos de la relación de significación que son las *voces o palabras*, los *conceptos o ideas* y las *cosas*.¹² La palabra es signo del concepto, idea o nombre mental que, a su vez está puesto naturalmente en lugar de las cosas. La analogía, propiamente hablando, es una forma de predicación de un nombre universal respecto de varios. Y la predicación de un nombre común a los varios sujetos a que se atribuye puede realizarse de tres maneras: a saber: predicación unívoca, predicación equívoca y predicación análoga; y consiguientemente, de tres maneras hallaremos los mencionados elementos de la significación. Los sujetos en los que se realiza, o de quienes se predica el análogo se denominan propiamente analogados, aunque en ocasiones pueda hablarse también de cosas análogas. Veamos las formas en que un término puede ser universal y las diferencias entre ellas:

El término *unívoco* es aquel que significa una sola cosa, es decir, una palabra que expresa un solo concepto. Ello implica que la palabra unívoca es universal propiamente dicha pues es la que se predica de varias cosas según una significación perfectamente idéntica. La totalidad, comunidad o universalidad unívoca se define como “un nombre único e idéntico que significa varias cosas según una razón total, absoluta e igualmente idéntica y en modo alguno diversa”. Entre los inferiores del término unívoco hay una semejanza perfecta, y la única razón significada por dicho término es participada igual y uniformemente por todos los univocados. Por ejemplo: el término *animal* referido al hombre y al perro es unívoco, porque lo que el vocablo señala en el hombre y en el perro es lo mismo, a saber: la índole de sustancia apta para la vida sensitiva. La gran mayoría de los términos o palabras son unívocos.

El término *equívoco* es aquel que significa varias cosas diferentes entre sí, esto es, una misma palabra que expresa dos o más conceptos diversos entre sí. La voz y la grafía de la palabra es una pero las cosas a las que se refiere son varias, según significaciones completamente distintas y sin ninguna relación entre unas y otras. La totalidad, comunidad

¹² Es doctrina común en la Escuela tomista que estos son los ingredientes de la significación, doctrina que se inspira remotamente en ARISTÓTELES, *De Interpretatione*, 1, 16^a 3-8 (utilizo la versión de A. GARCÍA SUÁREZ y J. VELARDE, Valencia, Ed. Teorema, 1977).

o universalidad puramente equívoca se define como “un nombre uno e idéntico que significa varias cosas según una razón total, absoluta e igualmente diversa y en modo alguno idéntica”. Los inferiores de un equívoco no tienen, en lo que el nombre significa, nada semejante; de donde se sigue que los “equivocados” sólo participan –y de igual manera- del nombre común, pero no del concepto que carece de comunidad. Los siguientes ejemplos de palabras equívocas ayudarán a entender mejor la noción: a) la palabra *vela*, que designa cosas enteramente diversas entre sí, a saber: la lona que se ata al mástil de un barco para recibir el viento y hacer adelantar la nave y, por otra parte, el instrumento de cera con una mecha en el medio que se utiliza para iluminar; b) la palabra *grillo*, aplicada a un insecto y a un instrumento de seguridad o tortura para los presos; c) la palabra “*cuba*”, en cuanto significa un recipiente para guardar vino u otros líquidos y (aunque se escribe con mayúscula, lo que disminuye la equivocidad) una isla del Caribe; d) la palabra *radio* que tiene dos acepciones absolutamente diferentes: designa el aparato receptor de ondas radiofónicas, pero designa también la recta que une el centro del círculo con un punto de su circunferencia.

Por su parte, el término *análogo* es un cierto medio entre el unívoco y el equívoco, ya que la misma palabra significa cosas diversas según una razón o concepto. Pero esta razón o concepto, no es más que parcial o relativamente la misma en sus inferiores; por lo cual no es un universal propiamente dicho, aunque tampoco haya en él solamente una comunidad de nombre. Expresa conceptos que en parte son semejantes y en parte diferentes. El vocablo común denomina varias cosas –analogados– según una significación semejante, pero no perfecta, sino relativa y mezclada con desemejanza. Asimismo, hay un concepto común participado por las cosas que el término análogo significa, pero no de una manera uniforme, sino desigual. La analogía ocupa un lugar intermedio entre la univocidad y la equivocidad, por lo que se define como “nombre uno e idéntico que significa varias cosas según un concepto parcial, relativa, desigual y sólo proporcionalmente idéntico y, al mismo tiempo, diverso”. Así, por ejemplo, la palabra *principio* designa lo que es primero y aquello de lo cual proceden otras cosas, ya sea en el orden lógico, en el ontológico o en el cronológico;¹³ la predicación es en este caso diversa, pues se trata de ordenes de realidades distintos, pero es idéntica en cuanto a la relación de prioridad o procedencia que designa; la predicación es igual en un cierto sentido: en cuanto hace referencia a una relación de procedencia, pero es diversa en otro sentido: en cuanto se trata de diversas clases de procedencia.

SANTO TOMÁS lo explica en multitud de textos, entre los cuales elegimos el siguiente, tomado de las páginas finales de su opúsculo *De Principiis Naturae*, redactado alrededor de 1254¹⁴; allí escribió el AQUINATE 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 de 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 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 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”¹⁵

¹³ Afirma SANTO TOMÁS DE AQUINO que “la palabra principio no indica más que aquello de lo que procede algo; pues a todo aquello de lo que procede algo, sea del modo que sea, lo llamamos principio” (*Suma Teológica*, I, q. 33, a. 1).

¹⁴ Según lo indica JACQUES MARITAIN en *El Doctor Angélico*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1979, pág. 152.

¹⁵ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *De Principiis Naturae*, VI, nº 29; se cita conforme a la edición de JEAN MADIRAN, Paris, Nouvelles Editions Latines, 1963. Otro texto en donde se precisa esta doctrina es el siguiente: “La predicación de algo respecto de diversos sujetos se puede hacer de varios modos: unas veces según una razón completamente la misma, y entonces se dice que se predica unívocamente, como animal, de caballo y de buey. Otras veces según razones completamente diversas, y entonces se dice que se predica equivocadamente, como perro, de una constelación y de un animal. Otras veces, por último según razones que son en parte diversas y en parte no diversas; diversas ciertamente en tanto que importan diversas relaciones, pero unas (o las mismas) en tanto que esas diversas relaciones se refieren a su vez a algo uno e idéntico y entonces se dice que se predica analógicamente” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *In IV Met.*, lect. 1, n.

La equívocidad es exclusiva de las palabras, y se funda en el carácter convencional del lenguaje: no hay conceptos equívocos porque una misma idea o pensamiento no puede representar dos cosas completamente distintas. La univocidad y la analogía, en cambio, son dos importantes propiedades lógicas de los conceptos que modifican su grado de predicabilidad respecto de las cosas. Los conceptos pueden ser, pues, unívocos o análogos. Las nociones que se predicán de sus sujetos en el mismo sentido se llaman unívocas.

Conceptos análogos, en cambio, son los que se predicán de sus sujetos en un sentido que en parte es idéntico y en parte es diverso. La analogía es, como se ha dicho, intermedia entre la univocidad y la equívocidad, y por eso participa en cierto modo de esos dos extremos entre los que está colocada.¹⁶ Así, conviene con la univocidad en la unidad del nombre y en la semejanza de las significaciones ligadas a ese nombre; pero difiere de ella en que no se trata de una semejanza perfecta (igualdad), sino de una semejanza imperfecta (con desigualdad). Por otro lado, conviene con la equívocidad en la unidad del nombre y en la desemejanza de las significaciones ligadas a él; pero difiere de la misma en que no se trata de una desemejanza completa, de una diversidad total, sino de una desemejanza parcial, de una desemejanza semejante.

Resumiendo lo dicho sobre la definición de la analogía, tenemos que:

1. La analogía entraña semejanza pero no igualdad.
2. Es aquel tipo de predicación en que un mismo nombre común significa razones o conceptos que son simplemente diversos, es decir, una pluralidad de razones, aunque de alguna manera son iguales y quedan unidos proporcionalmente bajo la intención común del nombre.
3. Por tanto, la analogía ocupa un lugar intermedio entre la univocidad y la equívocidad, y por ello participa de las dos; aunque en rigor de verdad, está más cerca de la equívocidad que de la univocidad.
4. Podemos definir la analogía como *aquella predicación en la cual la significación expresada por el nombre común es absolutamente diversa y en algún aspecto la misma*.

Analogía de atribución.

Se da en esta clase de analogía siempre un primer analogado o un primer sujeto de atribución (el *ad unum*), por comparación al cual se aplica el nombre análogo a los restantes analogados. El primer analogado es aquél objeto que realiza de una manera propia el significado del nombre, pudiendo aplicarse a los demás sólo por medio de una relación con el primer analogado, es decir, por participación o de un modo derivado. Esta analogía se llama de *atribución* porque una noción que primeramente se dice de un determinado ente, se *atribuye* por derivación a otros sujetos.

Veamos una vez más el remanido ejemplo de *sano*: se llama sano al hombre por ser sujeto de la salud; pero también se llama sana a la medicina, pero no porque goza de salud sino porque es su causa eficiente; y se dice que un clima es sano, en cuando no daña la salud o la restaura. El término siempre es el mismo pero la noción objetiva de todos ellos en cuanto son sanos, implica relaciones diversas –según cualesquiera de las cuatro causalidades- a un sólo término, a saber, la salud del hombre o del cuerpo, que es el analogado principal o primer analogado.

La analogía de atribución siempre debe constar de tres elementos:

1. Un primer término que es máximamente lo que el nombre significa; es decir, que sólo a él le conviene de una manera plena lo significado por el nombre análogo; y este término se denomina *primer analogado*.

535).

¹⁶ “Este modo de interrelación es el punto medio entre la pura equívocidad y la simple univocidad. Pues en la relación analógica no hay un sólo sentido, como sucede con los nombres unívocos, ni sentidos totalmente distintos, como sucede con los equívocos” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I, q. 13, a. 5, en la edición de la B.A.C., tomo I, pág. 189).

2. Otro u otros términos secundarios, ordenados según un antes y un después bajo el primer analogado y a los cuales conviene lo significado por el nombre análogo (la razón o noción objetiva análoga) sólo parcialmente, que se llaman *analogados secundarios*.
3. Finalmente, ha de intervenir también la dependencia, en cuanto al nombre y noción objetiva o razón de los secundarios respecto del primer analogado, al cual todos dicen orden o relación.

La analogía de atribución se desdobra en dos modos teniendo en cuenta la índole de la participación o comunicación de la forma del primer analogado respecto de los analogados secundarios, a saber: analogía de atribución *intrínseca* y *extrínseca*.

La analogía de atribución por mera denominación extrínseca es aquella en la que el concepto análogo se aplica a los distintos analogados con orden de prioridad y posterioridad, en dependencia siempre del analogado principal que es el único al que le conviene formal e intrínsecamente lo que el término análogo designa en su sentido propio, mientras que a los demás analogados sólo les corresponde por denominación extrínseca.¹⁷ Los ejemplos que suelen encontrarse, tanto en ARISTÓTELES¹⁸ como en SANTO TOMAS son los análogos *sano* y *medicinal*. El animal mismo es el único al cual se le puede aplicar el término *sano* en el sentido propio del término; en cambio, la orina la medicina y otras cosas son denominadas sanas, no porque la salud exista como algo inherente en ellas, sino en razón de la relación que guardan con la salud del animal (primer analogado), ya sea de significación, como ocurre, por ejemplo, con la orina, la cual es llamada sana en cuanto denota el estado de salud del animal; o, en el caso de la medicina, en razón de la relación de causalidad que guarda con la salud del animal, porque la produce.

Por eso, en el orden real no hay analogía sino la mera y simple presencia del concepto análogo, intrínseca y formalmente,¹⁹ en el analogado principal; los analogados secundarios, por el contrario, no realizan el concepto análogo, pero el nombre común –análogo– se aplica a ellos por la relación que guardan con el analogado principal, porque son su signo, o porque son su causa o por cualquier otro motivo.

El otro modo de analogía de atribución, llamada *intrínseca*, es aquella en la cual el concepto o la forma significada por el nombre análogo se encuentra formal e intrínsecamente en todos los analogados, aunque de manera desigual. *Per prius*, es decir, de una manera plena, perfecta, y principal está en el primer analogado o analogado principal; *per posterius*, esto es, de una manera, deficiente, imperfecta y derivada o mejor dicho, participada, está en los analogados secundarios. El ejemplo que encontramos en SANTO TOMÁS y ARISTÓTELES es del análogo *bien*.²⁰ El nombre de bien se aplica *per prius* al fin, que es bien por sí mismo, puesto que por sí mismo se apetece, y se aplica *per posterius* a los medios, que son bienes derivados o dependientes, puesto que se apetecen en orden al fin.

Para la *analogía de atribución extrínseca*, cabe señalar tres notas características:

1. La forma análoga tiene una unidad numérica –no de proporción como la de proporcionalidad–, pues se encuentra solamente en el primer analogado.
2. La forma del primer analogado ha de ponerse en la definición de los inferiores y no viceversa.

¹⁷ Dice CAYETANO: “A esta analogía de atribución se le asignan muchas condiciones (...). La primera es que esta analogía es solamente por denominación extrínseca, de tal suerte que solamente al principal analogado le conviene formal e intrínsecamente lo que el término análogo designa en sentido propio, mientras que a los demás analogados sólo les corresponde por denominación extrínseca” (*Sobre la analogía de los términos*, Capítulo II, número 9, edición citada, pág. 26).

¹⁸ *Metafísica*, 1033 a 33 ss.

¹⁹ Aquí *formalmente* significa lo mismo que *en cuanto tal*. Se toma formalmente el sujeto de una proposición cuando en su contenido inteligible encierra la razón por la cual le conviene tal predicado; y materialmente cuando el predicado se une con el sujeto, pero no en razón de la forma que el término-sujeto significa, sino de otro aspecto que también se encuentra en el sujeto, pero que es accidental con relación a aquella forma.

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro I, Capítulo 7.

3. El nombre análogo tomado simplemente, es decir, sin añadir precisión alguna, significa el primero de los analogados. Porque cada cual se denomina por su forma, y quien tiene una forma simplemente, sin añadidos, simplemente recibe el nombre de dicha forma.

Las notas propias la *analogía de atribución intrínseca* son las que a continuación se enumeran:

1. Uno de los analogados ha de ser primera y principalmente lo que designa el nombre, aunque también los restantes cumplan intrínseca, pero de forma aminorada, la noción objetiva o razón común.
2. El analogado principal ha de ser la causa de los restantes analogados.
3. Estos analogados secundarios han de participar del primero según un antes y un después.
4. El analogado principal ha de dar la forma a los inferiores, en cuanto la impone activamente y en cuanto formalmente se encuentra en todos ellos.
5. El analogado principal ha de ponerse en la definición de los restantes.

Recapitulando, de la analogía de atribución pueden afirmarse lo siguiente:

1. El vocablo análogo por atribución designa o significa, en su sentido propio, al principal analogado, es decir, se aplica perfectamente a una sola realidad.
2. La analogía de atribución por mera denominación extrínseca es aquella en la que el concepto análogo se aplica a los distintos analogados con orden de prioridad y posterioridad, en dependencia siempre del analogado principal que es el único al que le conviene formal e intrínsecamente lo que el término análogo designa en su sentido propio, mientras que a los demás analogados sólo les corresponde por denominación extrínseca
3. En la analogía de atribución intrínseca los analogados secundarios reciben el mismo nombre análogo por relación o atribución al principal analogado, relación que es de causalidad o de participación²¹, pero que, en cualquier caso, implica un orden de prioridad y posterioridad (*per prius et per posterius*) según el cual el analogado principal es la causa o el participante o lo prioritario y los analogados secundarios son los efectos, los participados o lo posterior. Esto significa que el nombre análogo se aplica a otras realidades diversas de aquella designada por el analogado principal, de un modo derivado, en razón del vínculo que guardan con ella.
4. El fundamento de la analogía de atribución intrínseca consiste en algún modo de dependencia o causalidad. Como nadie da lo que no tiene, necesariamente los efectos reflejan al menos algunas perfecciones de sus causas. Las causas agentes propias y adecuadas son también causas ejemplares de sus efectos, y la analogía de atribución permite precisamente el salto de lo ejemplado al ejemplar, de la representación a su modelo, de los efectos a su causa²². El concepto análogo se dice *per prius* de la causa, y *per posterius* de los efectos: compete a estos en parte, porque se asemejan a la causa; y en parte no les compete porque son desemejantes respecto de la causa. Esto significa que los analogados secundarios son denominados según el término análogo, en razón de una relación al analogado principal como a la causa extrínseca de la cual dependen.
5. La analogía de atribución intrínseca entraña necesariamente una gradación en la realización de la forma análoga y tiene, por ello, un dirección vertical, ascendente o descendente.

²¹ En la concepción tomista de la analogía se entrecruzan varias corrientes filosóficas. SANTO TOMAS recibe la idea de participación de PLATON; para éste la doctrina de la participación implica la comprensión de la realidad en términos de modelo e imagen entre el mundo de las ideas y el plano de lo sensible, y por lo tanto, su distinción y coincidencia. Es mérito de CORNELIO FABRO haber puesto de relieve la influencia de la doctrina de la participación, de índole platónica, en los textos de SANTO TOMAS que hacen referencia a la analogía.

²² SANTO TOMÁS aplica la doctrina de la analogía de atribución intrínseca al conocimiento de Dios: al conocer a partir de las criaturas que Dios es la Causa primera del universo, podemos tomar a las mismas criaturas como medio para concebir alguna idea analógica de la naturaleza de Dios (cfr. *Suma Teológica*, I, q. 13, a. 2).

Analogía de proporcionalidad.

Esta clase de analogía implica la semejanza de dos o más relaciones o proporciones. Por lo tanto, esta analogía exige al menos cuatro términos comparados dos a dos. El concepto análogo se predica de varios de esos sujetos porque poseen la perfección significada no del mismo modo, sino de una manera semejante, llamada precisamente *proporcional*.

b) Se subdivide en analogía de proporcionalidad *propia* y analogía de proporcionalidad *impropia* o *metafórica*. La diferencia entre ellas es la siguiente. Un nombre se toma en su significación propia cuando dicha significación incluye todo lo que constituye la esencia de una cosa, tal como se expresa en la definición de la misma. En cambio, se toma en su significación impropia, traslaticia o metafórica cuando dicha significación incluye sólo una parte de la esencia o una sola característica de ella, excluyendo a otras.

En la *analogía de proporcionalidad propia* la relación expresada por el nombre común se realiza propiamente (o según la totalidad de su esencia) en las varias parejas de analogados. O, dicho de otro modo, en este modo de analogía el nombre análogo se comunica esencial y totalmente, aunque proporcionalmente, o según el modo de cada uno, a todos y cada de los términos de las proporciones comparadas. Mientras que la univocidad exige identificación absoluta de los univocados bajo la formalidad unívoca, la analogía de proporcionalidad propia supone a la vez que la diversidad esencial, la identidad proporcional de los analogados.

Así, por ejemplo: el conocimiento sensible es al animal (relación) como el conocimiento intelectual es al hombre.

Adviértase que el nombre y el concepto –análogos– *conocimiento* no puede atribuirse del mismo modo a los distintos sujetos, puesto que el animal no conoce de modo idéntico al hombre; sin embargo, puede atribuirse analógicamente el nombre de *conocimiento* al acto aprehensivo del animal y al del hombre, aunque la atribución se haga de modo no unívoco sino sólo proporcionalmente uno. Y ello por cuanto hay una semejanza entre la relación que guarda cada sujeto con el modo de conocimiento que le es propio. Hay, pues, un contenido esencial común.

Otro ejemplo de analogía de proporcionalidad es el caso de la palabra *principio*, la cual:

1. puede ser aplicado al punto en cuanto *principio* de la línea
2. puede ser aplicado a la unidad en cuanto *principio* de los números
3. puede ser aplicado al instante temporal en cuanto *principio* de un lapso
4. puede ser aplicado a las premisas de un silogismo en cuanto *principios* de la conclusión en el silogismo demostrativo

Todas estas cosas si bien son diferentes entre si (el punto, la unidad, etc.) poseen la perfección significada por la palabra *principio* no del mismo modo, sino de una manera semejante, llamada exactamente *proporcional*. Ya que la relación que existe entre el punto y la línea, es semejante a la relación que hay entre el instante y el lapso de tiempo, y ambas a su vez guardan semejanza con la relación que se da entre las premisas y la conclusión en un razonamiento. Hay proporcionalidad, es decir, *semejanza de relaciones*. Y aún podría intentarse brindar un concepto análogo común a todos: la idea de punto de partida, origen y comienzo.

Las propiedades de la analogía de proporcionalidad propia, son, por lo tanto, las siguientes:

1. La forma o razón designada por el nombre análogo tiene una unidad proporcional, y no numérica (como la analogía de atribución extrínseca) ni de orden (como la de atribución intrínseca).
2. En esta analogía no es necesario que el primer analogado se ponga en la definición de los restantes.
3. Cada uno de los analogados se denomina a sí mismo; es decir, el nombre se impone por algo que está en los mismos analogados y por referencia a otro término. Por consiguiente, el nombre considerado simplemente supone por cualquiera de los analogados.

En el segundo caso, es decir, en el supuesto de la *analogía de proporcionalidad impropia o metafórica*, la relación expresada por el nombre común se realiza propiamente en una sola de las proporciones (a la que se llama principal) y a los términos de la otra proporción se comunica el nombre imperfecta y parcialmente, es decir, impropriamente (o según algo propio de su esencia, pero no todo) (de modo tal que esta proporción se llama secundaria). Sirva de ilustración el siguiente ejemplo tomado de PLATÓN:²³ el Sol es al órgano de la vista, como la Idea de Bien es al órgano del conocimiento.

Resumiendo lo hasta aquí expuesto:

1. La analogía de proporcionalidad es aquella en la cual el nombre común se atribuye a varios sujetos o entes que guardan entre sí una semejanza proporcional, que consiste en una semejanza de relaciones, como cuando se dice que seis es a tres como dos es a cuatro, o que el timonel es a la nave como el gobernador es al Estado. El nombre análogo común expresa un contenido conceptual común presente en todas las parejas de analogados a los que se aplica.
2. La analogía de proporcionalidad se divide en dos modos: analogía de proporcionalidad propia y analogía de proporcionalidad metafórica. En el primer caso el contenido conceptual expresado por el nombre común se realiza propiamente (o según la totalidad de su esencia) en las varias parejas de analogados, mientras que en el segundo caso la noción expresada por el nombre común se realiza propiamente en una pareja de analogados, y en la otra o en las otras se realiza impropriamente (o según algo propio de su esencia, pero no del todo).
3. Una de las condiciones de la analogía de proporcionalidad propia, en cuanto opuesta a la de atribución y a la de proporcionalidad metafórica, es que no es esencial en ella el orden de prioridad y posterioridad.²⁴ A diferencia de la analogía de atribución intrínseca que tiene una dirección vertical, la de proporcionalidad propia tiene una dirección horizontal. En ella son necesarios, al menos cuatro términos, por lo que los conceptos que realizan esta analogía deben tener una cierta composición, casi siempre al modo de potencia y acto.
4. En la analogía de proporcionalidad propia no hay un primer analogado, sino que todos los analogados realizan, a su modo y proporcionalmente, la forma común, designada por el concepto análogo común.

b) Tres conceptos distintos de derecho y un contenido conceptual común.

El fenómeno jurídico se manifiesta complejo y multiforme en la realidad. Hay tres componentes estructurales de la realidad jurídica que, si bien son diversos entre sí, reúnen las siguientes características: 1º) están presentes necesariamente en todo fenómeno o realidad jurídica; 2º) son correlativos, es decir, se co-implican recíprocamente a tal punto que no puede entenderse uno sin los otros dos –y viceversa–; 3º) son irreductibles entre sí; y 4º) todos ellos han sido denominados por los hombres con una misma palabra, a saber: *derecho*.

Cada uno de los elementos estructurales designados por la palabra *derecho*, respecto de los demás, es a la vez algo semejante y algo desemejante, pues no son lo mismo el objeto terminativo de la conducta justa, el poder jurídico sobre la cosa propia (o suya del titular) y la norma jurídica. Sin embargo, aún cuando estos tres analogados o cosas a las que hace referencia la palabra *derecho* son irreductibles entre sí, conceptualmente tienen algo en

²³ “es el sol a quien yo designaba como el fruto vital del bien, engendrado por éste a su semejanza, y que es, en la región visible, con relación a la vista y a los objetos visibles, lo que es el bien en la región inteligible, con relación a la inteligencia y a los objetos inteligibles” (*República*, VI, 508 c; versión de ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO, México, UNAM, 1971, pág. 235)

²⁴ El tema de la analogía dista de ser pacífico dentro del tomismo. Precisamente, en este aspecto de la analogía de proporcionalidad propia encontramos un punto de divergencia: LEO J. ELDERS S.V.D. dice, en contra de lo que afirmamos en el texto, que “*el uso de términos análogos en la así llamada analogía de proporcionalidad nunca refleja una mera proporcionalidad, porque siempre hay una cosa de la cual un término se dice con anterioridad y en un sentido más propio. Parece que este dato habría contribuido, a mi juicio, al abandono de la “analogía de proporcionalidad en las obras posteriores del Aquinate”*” (en “*La analogía en la filosofía y en la teología según Santo Tomás de Aquino*”, publicado en Revista “*Sapientia*”, Buenos Aires, U.C.A., 1996, Volumen LI, fascículo 199, pág. 49.

común. Ese aspecto común en los tres es un elemento formal: *una medida estricta y objetiva que es objeto común o igual de los tres analogados*.

En efecto, veamos:

- a) La conducta que realiza la igualdad de la justicia, al decir de SANTO TOMÁS DE AQUINO, tiene un objeto terminativo, pues consiste en dar *algo*, hacer *algo* o no hacer *algo* y esa cosa que se debe dar al otro o esa cosa que se debe hacer es lo que el SANTO llamó la *ipsa res iusta* –la misma cosa justa– y es también lo que ARISTÓTELES denominó *to dikaion* –lo justo objetivo–, lo que los juristas romanos llamaban *ius*, y esa cosa que el obligado debe dar o hacer es, a su vez:
- b) Aquello que el acreedor tiene poder para exigir o reclamar. En efecto, el objeto del poder jurídico del acreedor recae sobre la misma cosa justa que constituye el objeto del deber de prestación del deudor. El derecho, desde la perspectiva del sujeto, consiste en la facultad moral sobre lo que se le debe y eso que se le debe es lo mismo que el obligado tiene el deber de darle, o lo que está obligado a hacer o a no hacer. El objeto terminativo del *poder de reclamación* es el mismo objeto terminativo del *deber de prestación*.
- c) Ahora bien, si el derecho en el plano real es lo justo objetivo, que, tal como hemos visto, es, a la vez y simultáneamente, objeto del deber de prestación de uno de los sujetos y objeto del poder de reclamación del otro, enfrentados en la relación jurídica bilateral, la ley o la norma jurídica general no es, en sentido propio y estricto, el derecho. Por eso dice SANTO TOMAS que la ley es una cierta razón del derecho, a saber: la regla y medida racional del derecho, el modelo al que deben ajustarse las conductas de los sujetos en el plano de la vida social concreta para ser derecho; es la regla que establece los títulos o la medida recíproca de los mismos. Si embargo, la norma jurídica, en cuando medida racional del derecho, también merece llamarse, ella misma, derecho.

La medida del objeto terminativo de la conducta debida es la misma medida del objeto del poder de exigir esa conducta (derecho subjetivo) y es, a su vez, la misma medida que ha sido fijada racionalmente por la norma jurídica. Dicho de otro modo: el deber de prestación, el poder de reclamación y la norma jurídica *tienen el mismo e idéntico objeto*, entendiendo aquí que el objeto de los tres consiste en la delimitación objetiva de la cosa en la que consiste la dación, la acción o la abstención. Y esa cosa común, ese objeto idéntico, se resuelve, en última instancia, en el valor justicia.

El análisis de la realidad jurídica, confirma entonces, lo que ya había prefigurado el examen semántico: *el carácter analógico del concepto y de la palabra derecho*. No existe un término y un concepto unívoco de *derecho*, sino que el concepto de derecho y el término que lo expresa significan tres cosas realmente distintas pero que tienen algo en común, y eso es lo que justifica que a cada una de esas realidades se las designe, aunque de modo proporcional y desigual, en sentido propio como “*Derecho*”.

Haciendo un esfuerzo por precisar cuál es ese contenido conceptual común o, hablando con precisión, el concepto análogo común de derecho, me arriesgo a decir que es *una medida estricta y objetiva de igualdad que está, al mismo tiempo, y, por tanto, es común, al deber de conducta, al poder de reclamar esa misma conducta y a la regla de conducta*. Se trata de la igualdad, correspondencia o proporción objetiva entre los dos títulos contrapuestos ineludiblemente presentes en toda relación jurídica: en un caso es un título de merecimiento positivo en el que se funda un poder de reclamación; en el otro, un título de merecimiento negativo en el que se funda un deber de prestación. Empero, la medida o el objeto del poder es igual a la medida de la obligación y de la conducta debida, y, a su vez, es la misma medida que racionalmente establece la norma. Esta es la idea o noción objetiva común a los tres analogados que, por otra parte, justifica que los denomine con una misma palabra, a saber: derecho.

c) El derecho es un caso de analogía de proporcionalidad propia. El orden conceptual del derecho.

Aplicando las nociones teóricas, y por tanto generales y abstractas, sobre la doctrina de la analogía estudiadas más arriba al caso particular del derecho, es factible ver ahora, con mayor claridad, cuál es el orden conceptual propio del derecho. Este orden consiste, en sentido estricto, en una analogía de proporcionalidad propia. Veamos:

1º) Tenemos, en primer lugar, una palabra o nombre común, a saber: *derecho*. En segundo término, y ya en el plano de las ideas, conceptos o nociones mentales, nos encontramos con que esta palabra significa tres conceptos diversos y, por tanto, tres cosas distintas: la norma jurídica, el poder jurídico y el objeto terminativo de la conducta jurídica obligatoria.

2º) Lo propio, lo característico, lo específico de la analogía de atribución es que en esta clase de la analogía se da siempre (sea extrínseca o intrínseca) un orden de subordinación de los analogados secundarios al primero, de tal manera que éste, numéricamente uno, no incluye los secundarios, pero sí a la inversa. Porque, en cuanto que el nombre análogo se predica de los subordinados, éstos hacen necesaria referencia al primero y por él se definen.

Sin embargo, no parece haber en el caso de derecho un primer analogado, es decir, una de las tres cosas a la cual le convenga con plenitud la noción significada por el nombre *derecho*. Por el contrario, el estudio analítico del fenómeno jurídico realizado en el capítulo anterior demuestra que, lejos de haber una dependencia de dos analogados respecto de uno, lo que se verifica es una co-implicancia o correlatividad recíproca entre conducta obligatoria, poder jurídico y norma jurídica, pues las tres cosas se encuentran ineludiblemente presentes en el fenómeno jurídico, con igual grado de importancia y, además, guardan una relación estrecha entre sí, a punto tal de que no puede entenderse una sin las otras dos, y viceversa.

Como se sabe, la mayoría de los autores tomistas sostienen que derecho es un caso de analogía de atribución intrínseca. Para justificar dicha postura, alegan que el concepto o la forma significada por el nombre derecho se encuentra *per prius*, es decir, de una manera plena, perfecta, y principal en la conducta justa, debida u obligatoria; mientras que *per posterius*, esto es, de una manera, deficiente, imperfecta y derivada o mejor dicho, participada, está en los analogados secundarios, que serían la ley y el poder jurídico.. Aunque hay ilustres miembros de la Escuela para quienes derecho (o lo justo) es principalmente la ley,²⁵ o incluso el derecho subjetivo.²⁶ Es que como hay tres cosas significadas por la palabra *derecho* algunos han privilegiado una sobre otra con exclusión de las demás.

Afirmamos, con LAMAS, que lo reprochable de estas posturas es su reduccionismo metodológico, en virtud del cual privilegian o sobreestiman un aspecto del fenómeno jurídico, reduciendo una totalidad compleja a uno de sus componentes estructurales.²⁷ Ello implica, necesariamente, relegar a un segundo plano las otras dos realidades ineludiblemente presentes en el fenómeno jurídico. En efecto, si decimos que la norma es el primer analogado, como hacen los normativistas –incluso algunos iusnaturalistas, como ALFRED VERDROSS– forzosamente restamos valor a la conducta jurídica y al poder jurídico. Si, en cambio, privilegiamos la conducta jurídica como significado propio o analogado principal del derecho, tal como hacen la mayoría de los autores tomistas, e incluso otros pensadores de otras corrientes como CARLOS COSSIO o los sociologistas, estamos asignando un papel secundario a la norma y al poder jurídico. Y si decimos que el *derecho* es principalmente el derecho subjetivo –como dice FRANCISCO SUAREZ y, modernamente, JOHN LOCKE y todos sus epígonos contemporáneos– postergamos la importancia de la conducta y el poder jurídicos. Cualesquiera de estas posiciones conlleva una mutilación indebida que resulta de prescindir de elementos que incuestionablemente están presentes en todo fenómeno jurídico, simplificando el problema por la vía de la eliminación de una parte de los datos de la realidad. Empero, ocurre que la realidad es máximamente compleja y no resiste esta reducción.

²⁵

DE SOTO, DOMINGO, O.P., *De Iustitia et Iure* (La Justicia y el Derecho), ed. bilingüe, trad. De M. González Ordoñez, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967; para este autor el Derecho es principalmente la misma ley, en cuanto es regla y medida de lo justo.

²⁶

SUAREZ, FRANCISCO, *De legibus ac Deo legislatore*, L. I, c. 2, 5, en donde señala que “*El Derecho es la facultad moral de exigir lo suyo o de exigir lo propio*”.

²⁷ LAMAS, “Dialéctica y Derecho”, ya citado, pág. 58.

La norma es modelo imperativo respecto de la conducta jurídica obligatoria y respecto del poder jurídico de reclamación, esto es, dice qué es lo que debe obrar el sujeto obligado y qué es lo que puede reclamar la contraparte. La ley, entonces, crea y distribuye entre los sujetos de la relación jurídica posiciones recíprocas de exacta correspondencia: cuando atribuye a alguien una facultad de exigir, impone a otro un deber de conducta, con lo que viene a establecer, con carácter modélico lo que cada uno puede hacer como consecuencia del poder o deber que le atribuye. Así, puede afirmarse que la norma jurídica es regla constitutiva del derecho, norma de dirección que ha de conformar a sí y determinar cómo deben actuar los sujetos de la relación de derecho. Más aún, la ley es causa eficiente y fundamento de la acción justa y de la exigencia de dicha acción. Toda conducta jurídica debida y todo derecho subjetivo tienen su origen, su causa y su fundamento en una norma jurídica, de modo tal de que hay una prelación ontológica y temporal de la norma respecto de los otros dos analogados o elementos del fenómeno jurídico. Esta sola razón de la precedencia de la norma sobre las otras dos acepciones de *derecho*, la que designa el derecho subjetivo y la que hace referencia a la conducta debida u obligatoria (*rectius*: su objeto terminativo), basta para desvirtuar la postura que asigna a cualesquiera de estas últimas la condición de significado primigenio o más propio del término *derecho*.

Vayamos, ahora, al derecho subjetivo, que entiendo como la facultad atribuida por la norma a un sujeto de poder exigir coactivamente de otro u otros ya una conducta concreta, ya una conducta general de abstención y no impedimento. En primer lugar, es claro que el derecho subjetivo procede de la norma, ya sea natural o positiva. En segundo término, parece evidente también que el poder jurídico de reclamar de otro una determinada conducta es la contracara del deber de este otro de comportarse de esa determinada manera. Vale decir que poder y deber, o derecho y obligación aparecen como dos realidades correlativas, que se co-implican, a punto tal de que donde esté presente una necesariamente estará presente la otra. Es que toda relación jurídica implica una recíproca y mutua posición de los hombres que la integran y que se plasma en actitudes enfrentadas que los sujetos adoptan entre sí, y que a su vez están previstas de forma modélica en una norma de Derecho. Dice bien URDANOZ que lo que es derecho para uno de los sujetos de la relación jurídica es debido para el otro, que debe cumplir la justicia, lo que implica la identificación de los dos términos.²⁸ De ello se desprende que es tan importante el derecho entendido como conducta jurídica debida u obligatoria como el derecho entendido como facultad correlativa de exigir esa conducta, y que no es correcto privilegiar una de los términos del binomio.

Por fin, la conducta jurídica obligatoria –y su objeto terminativo– también guarda una relación estrecha con la norma y con el derecho subjetivo. Por un lado, al igual que el poder jurídico, procede de la norma como de su fundamento u origen. Por otra parte, como ya vimos, no puede entenderse sin un correlativo poder de exigencia de poner en acto la conducta prevista en la norma.

En suma, estas tres acepciones de *derecho* son verdadera y realmente *derecho* pues realizan la noción objetiva común. Es por ello que el *derecho* debe ser visualizado en una triple perspectiva y cualquier posición teórica que implique privilegiar dentro del fenómeno jurídico uno sólo de sus elementos estructurales postergando o relegando los demás a un rol secundario no constituye un fiel reflejo de la realidad sino una reducción indebida. De ello se desprende que *no hay un analogado principal, primer analogado o analogante en el derecho y esta es una de las principales razones por la cual entendemos que no es correcta la posición tradicional que considera el derecho como un término y un concepto análogo con analogía de atribución*.

3º) Otro argumento por el cual no parece correcto encuadrar el caso del nombre común *derecho* en la analogía de atribución intrínseca es que no hay entre los tres analogados la relación de causalidad o dependencia que exige esa clase de analogía.

Recordemos brevemente que el fundamento de la analogía de atribución intrínseca consiste en algún modo de dependencia o causalidad. Como nadie da lo que no tiene, necesariamente los efectos reflejan al menos algunas perfecciones de sus causas. Las causas agentes propias y adecuadas son también causas ejemplares de sus efectos, y la analogía de atribución permite precisamente el salto de lo ejemplado al ejemplar, de la representación a su modelo, de los efectos a su causa. El concepto análogo se dice *per prius* de la causa, y

²⁸

URDANOZ, TEOFILO, *Introducción al tratado de la justicia...*, ya citado, pág. 202.

per posterius de los efectos: compete a estos en parte, porque se asemejan a la causa; y en parte no les compete porque son desemejantes respecto de la causa. Esto significa que los analogados secundarios son denominados según el término análogo, en razón de una relación al analogado principal como a la causa extrínseca de la cual dependen.

Ahora bien, analicemos la posición tradicional que considera a la conducta jurídica u obligatoria como el analogado principal de derecho, relegando al rol de analogados secundarios a la norma y al derecho subjetivo, a la luz de esta propiedad de la analogía de atribución intrínseca. No es cierto que la conducta jurídica debida sea causa de la ley, ya que, por el contrario, la conducta es efecto y la ley es causa formal extrínseca. Con lo cual, el analogado principal (la conducta obligatoria) sería causado o dependería del secundario (la norma jurídica) lo cual es absurdo.

Tampoco es posible afirmar que exista una relación de causalidad entre la conducta debida –que sería la causa– y el poder jurídico de exigirla –que sería lo causado o el efecto–, tal como afirma LOUIS LACHANCE.²⁹ Lo que se observa, en todo caso, es una vinculación de dependencia recíproca y no una relación en la que uno de los dos términos sea derivado a modo de efecto del otro. Deber y poder, o, lo que es lo mismo, conducta debida y conducta exigible, son realidades intrínsecamente relativas, en cuanto que son los extremos de una relación de implicancia recíproca, esto es, realidades que no pueden ser concebidas sin pensar simultáneamente en otra realidad con la cual se relacionan (como padre-hijo; todo-parte; cóncavo-convexo; etc.). Esto no es lo propio de la causalidad análoga que se da respecto de los términos análogos con analogía de atribución intrínseca.

4º) Sin embargo, y al contrario de lo señalado, lo que si se da es la unidad que hay entre los analogados según la analogía de proporcionalidad, unidad que, a diferencia de la analogía de atribución, no se debe a uno de ellos, sino al contenido conceptual común que se verifica en todos los analogados (*unum ratione*), aunque de modo proporcional y no idéntico. Este concepto análogo común no prescinde perfectamente de cada uno de sus inferiores, sino sólo imperfectamente. La unidad del concepto resulta pues sumamente defectuosa y mezclada de pluralidad, al incluir en sí los diversos analogados. El análogo no puede, pues, entenderse sin los analogados. Pero, a su vez, es aquello por lo que todos los analogados se definen.

Adviértase que esto es precisamente lo que sucede en el caso de *derecho* pues, en efecto, hay algo que es común a las tres cosas distintas y a los tres conceptos análogos de derecho, y ese algo común es lo que permite que a las tres se las denomine, a su modo, con los semantemas *ius*, *lo justo* o *derecho* y ese contenido conceptual común es *la medida objetiva común de igualdad*. Este el núcleo esencial común que está presente en las tres cosas y del cual, incluso, puede intentarse una cuasi-definición (no digo una definición en sentido estricto, pues la índole confusa de lo que intentamos definir lo impide) que es, como vengo señalando, esa medida de igualdad objetiva que, de acuerdo con el análisis que antecede a este capítulo, está tanto en el objeto terminativo de la conducta jurídica obligatoria, que es la misma e idéntica medida que está también presente en el objeto terminativo del poder jurídico de reclamación y que, aunque pasando del plano real y concreto al intencional o mental y, consecuentemente, general, también es la misma medida de igualdad que esta presente en la norma jurídica.

Cuando decimos *derecho* o *lo justo*, confusamente estamos designando este núcleo esencial común, por el cual se definen todos los analogados que no es otra cosa que *la medida estricta y objetiva de igualdad* que está al mismo tiempo en los tres analogados.

5º) Desde otro punto de vista, podemos decir que cuando digo *derecho* predicándolo de la conducta obligatoria, cuando digo *derecho* atribuyéndolo a la norma jurídica y cuando digo *derecho* designando el poder jurídico de reclamación, en los tres casos hay una misma referencia (o *suppositio*). En efecto, ya hemos visto que el derecho para SANTO TOMÁS es el objeto terminativo de la conducta obligatoria, objeto que realiza una medida estricta y objetiva de igualdad, medida común a los dos agentes de la relación jurídica. Ahora bien, el derecho es también el objeto terminativo del poder jurídico, lo cual es enteramente lógico porque el poder jurídico tiene el mismo objeto que su obligación correlativa. Por su parte,

²⁹ Dice LOUIS LACHANCE que “la facultad moral es llamada derecho (...) porque, como todo efecto, tiene cierta similitud con su causa, de la que conserva algunos vestigios” (en *El Concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 324).

la norma jurídica es un enunciado, más precisamente, un enunciado práctico normativo. Todo enunciado tiene una significación que opera como objeto significado. Sin embargo, en un enunciado práctico no sólo hay una significación sino que también hay una referencia a una acción, a punto tal de que –quizás abusando un poco del lenguaje o en sentido analógico- podemos decir que la norma jurídica, en cuanto enunciado práctico, tiene también ella misma un objeto terminativo que es la acción y, por lo tanto, podemos afirmar también que el derecho es el objeto terminativo de la norma jurídica.

De lo expuesto se desprende que la norma jurídica *termina* –por así decirlo– en la misma cosa real en la que termina la conducta debida y en la misma cosa real en la que termina el poder jurídico. Esta cosa –que es sin lugar a dudas la *ipsa res iusta* de la que hablaba SANTO TOMAS– es exactamente la misma en los tres casos. Esto significa que norma jurídica, poder jurídico y conducta obligatoria confluyen en una misma cosa que hace las veces de referencia o *suppositio* común a los tres. Hay entonces tres conceptos de derecho que no son iguales, pero tienen un núcleo común y tienen también la misma referencia, sólo que cuando utilizo cada uno de ellos lo que hago es señalar la misma cosa justa pero connotando en un caso la acción debida, en otro el poder de exigirla y en otro la regla racional de ambas. Los tres conceptos suponen por lo mismo pero connotan aspectos distintos de esa *ipsa res iusta*.³⁰

Hay, pues, analogía conceptual de proporcionalidad propia, porque hay un concepto común a los tres analogados, que abstrae de los inferiores, no al modo de un género, sino prescindiendo de qué sea el objeto terminativo del poder, del deber o de la norma. Lo que tienen en común los tres conceptos es una razón formal común y lo que separa uno de otro es la connotación.

6º) Como consecuencia de lo expuesto, afirmamos que *derecho* se predica en forma análoga a la norma jurídica, al poder jurídico y al objeto terminativo de la conducta debida u obligatoria pero con analogía de proporcionalidad propia.

3.- El orden causal del Derecho.

Ahora bien, demos un paso más y tratemos de comprender esa esa totalidad compleja que podemos denominar “orden jurídico” de la manera más rigurosamente científica, según Aristóteles. Para el estagirita, afirmar que se sabe algo implica saber cuáles son sus causas. En efecto, si se ha de dar cuenta de un fenómeno desde el punto de vista teórico o científico, es menester recurrir a los principios reales que influyen en su existencia y estas son las causas. En lo que sigue, vamos a realizar un análisis causal del fenómeno jurídico. En tal sentido, corresponde aplicar la noción de orden a las causas del derecho porque no es posible explicar ningún ente –y, por lo tanto, tampoco el derecho– mediante una sola causa; en rigor de verdad, concurren diversas causas a la constitución de un ente, causas distintas que se articulan entre sí dando lugar a un orden causal.

a.- Causa material. Orden jurídico de conductas (*ex qua*). Orden jurídico subjetivo (*in qua*). Orden jurídico *circa quam*: territorio, orden patrimonial.

2.1. La causa material *ex qua* es aquello de lo que algo está hecho o sea hace. El Derecho está hecho de conductas humanas, exteriores, sociales, interactivas, dirigidas a otro. No es necesario volver aquí sobre las notas de humanidad, exterioridad y alteridad de la conducta jurídica, pues han sido examinadas en otro lugar. Baste reiterar que el derecho tiene en la conducta su realidad material inmediata. La conducta social que constituye materialmente el derecho supone dos notas:

1. *Interacción*: la interacción es un concepto acuñado por la sociología contemporánea que hace referencia a la conducta dirigida a otro pero que se realiza a la espera una respuesta por parte del otro. Ha sido definida como “una unidad de acción producida por un sujeto A, que actúa como estímulo de una unidad de respuesta en otro sujeto B y viceversa”.³¹ La acción del interactuante se realiza en virtud de una

³⁰ Es algo parecido a lo que sucede con los conceptos llamados trascendentales, con la diferencia en que, en este caso, no son convertibles.

³¹ MAISONNEAVE, Jean, *La dynamique des groupes*, Paris, PUF, 1968, pág. 51.

expectativa de una acción recíproca y en retorno a la suya por parte del otro interactuante.

2. *Comunidad*: en el sentido de convivencia, pues no se puede interactuar con quien no se convive en el seno de una comunidad. Es imprescindible la presencia física inmediata entre los sujetos, producto de la vida convivida, para que pueda producirse la interacción.

2.2. La causa material *in qua* hace referencia a aquello que es sustrato de los accidentes. El derecho es una realidad de tipo accidental, pues ninguna de las cosas mentadas por la palabra *derecho* es una sustancia. Por lo tanto, su modo de existencia es ser en otro y ese otro en el que inhiere es el hombre. La causa material *in qua* del derecho es el hombre como soporte óntico radical en el que se da la conducta jurídica o bien el poder jurídico de reclamar de otro la conducta jurídica debida, como accidentes. El hombre, en su carácter preciso de persona humana, es el último fundamento o el sujeto fundante de la realidad de todo el derecho. Dicho en otros términos: el derecho es real sólo porque el hombre es real. Por eso, decimos que el derecho es algo humano, precisamente porque es un accidente del hombre.

2.3. La causa material *circa quid* o *circa quam* es aquello sobre lo que recae, en este caso, la conducta jurídica debida, la facultad moral que llamamos derecho subjetivo y, en cierto modo, las normas jurídicas. ¿Sobre qué recaen las conductas jurídicas? Sobre las innumerables cosas que en su variedad infinita constituyen el objeto de los intercambios, del comercio, de los repartos y de los negocios humanos en general como el dinero y las cosas materiales susceptibles de apreciación económica. Todo el mundo físico es objeto susceptible de dominio, de locación, de compraventa, de litigio, de depósito, de soberanía. Los hombres contratan, intercambian, trabajan y hasta hacen la guerra por objetos que constituyen el ámbito material del ejercicio de su señorío. Estas cosas, que el Derecho divide en muebles e inmuebles, fungibles y no fungibles, consumibles y no consumibles, frutos y productos, adquieren significación jurídica en la medida en que constituyen objeto *circa quid* de la conducta jurídica o de un poder jurídico o de una norma jurídica.

Una especial consideración, dentro de los elementos del mundo físico, merece el territorio, como ámbito espacial del Derecho. El territorio es el fundamento de lo que los juristas suelen llamar “el ámbito espacial de aplicación o de vigencia de las normas”. En la medida en que el territorio es un espacio físico en el que las conductas humanas se realizan, en esa medida integra también la causa material *circa quid* del derecho.

b.- Causa formal. Intrínseca: la igualdad objetiva

La causa formal es aquello que hace que algo sea lo que es y no otra cosa distinta. Pero esta definición también se aplica a la esencia y la esencia se compone de dos co-principios intrínsecos: materia y forma. Por eso, para ser más precisos corresponde afirmar que la causa formal es el acto de la materia, es decir, el principio que determina y especifica la materia constituyendo con ella un ser de tal esencia. La materia es pura potencia, principio de potencialidad y de singularidad, sujeto de la forma y, por lo mismo, relativa a ella. La forma da el ser a la materia o, mejor dicho, hace a la materia ser en acto, la actualiza, aunque recibe de ella la singularización. Es fácil apreciar que son causas correlativas, de tal manera que no puede entenderse una sin la otra pues el compuesto es el resultado de la unión efectiva de la forma que comunica el ser a la materia, unión que recibe el nombre de *información*. En suma: la causa formal intrínseca es el acto intrínseco de la esencia, la estructura inmanente del ente que lo hace ser lo que es.

En el caso del derecho, la causa formal intrínseca es aquello por lo cual una conducta y su objeto terminativo, una norma o un poder son o se dicen jurídicos. Aristóteles dice que la esencia o la forma del derecho es la igualdad. En efecto, afirma en *Ética nicomaquea*, Libro V, cap. 1, 1129 b, que lo justo es *lo legal y lo igual*; sin embargo, *lo legal* hace referencia a la justicia legal y eso no es, en sentido estricto, el derecho. *Lo igual*, en cambio, es lo justo particular y es la forma intrínseca del derecho. Por eso, no tiene sentido decir que la justicia es el fin del derecho. La justicia, en estricto aristotelismo, es *la forma inmanente* del derecho y la justicia es igualdad, por lo tanto, la esencia o forma inmanente del derecho es la igualdad.

Ahora bien, toda igualdad implica una relación entre dos cosas o en entre dos términos que se comparan y entre los cuales se dicen que son iguales. ¿Entre qué cosas se da la igualdad propia del derecho? No puede ser una igualdad entre hombres porque los hombres si bien son específicamente idénticos, en la medida que todos pertenecen a la especie humana, es decir, todos tienen una misma naturaleza humana común, lo cierto es que individualmente son diversos entre sí. La justicia requiere una cierta homogeneidad que torne posible la comparación, homogeneidad de la que carecen los hombres considerados individualmente. De lo antedicho se desprende esta conclusión: la comparación propia de la justicia no puede establecerse, en rigor de verdad, entre un hombre y otro hombre *simpliciter loquendo*. Lo que se compara es una cierta cualidad de un hombre con otra cualidad del otro, y esas cualidades que hacen las veces de términos de la relación de igualdad se denominan, conforme un uso milenario, *títulos*. La igualdad se da entre los *títulos* de las personas involucradas en una relación de justicia.

Las partes de la relación de justicia tienen un título en virtud del cual ocupan su posición en la relación establecida entre ellas; cada título es, necesariamente, *opuesto y correlativo* al del otro. Los títulos son *opuestos* porque uno es de signo positivo –suele llamarse título de mérito– y el otro de signo negativo –título de merecimiento negativo o de demérito–. Los títulos son *correlativos*, porque guardan una relación de necesaria complementación entre sí, de tal suerte que no puede existir uno sin el otro. Un título no es más que el revés del otro y este otro le hace tanta falta para existir, como la luz y el cuerpo a la sombra. A su vez, los títulos son, respectivamente, fundamentos de un *deber* –el título negativo, de demérito o de débito– de un lado y de un *poder jurídico que habilita para hacer, exigir, usar o reclamar* –el título de signo positivo, de mérito o de acreencia– del otro. Vayan algunos ejemplos para probarlo: el título de acreedor en virtud del cual alguien puede reclamar el pago de una deuda, se contrapone al título de deudor, según el cual hay otra persona que está obligada a satisfacer el pago; en el extremo opuesto al título de heredero encontramos el de testador; el de padre es correlativamente opuesto al de hijo; el de marido al de mujer o esposa; el de juez al del reo; el de patrón al de empleado; y la lista de ejemplos podría continuar.

Pero además de opuestos y correlativos, los títulos son *idénticos en su objeto y en su medida*. Por eso la justicia consiste en una igualdad, porque lo que uno debe es *lo mismo* que el otro merece. Algo es justo cuando guarda una relación de *igualdad* –de conmensuración o adecuación dirá Tomás de Aquino– entre lo que uno debe y lo que el otro merece, o entre lo que uno está obligado a dar y lo que la contraparte en la relación tiene mérito para recibir (o poder de exigir o derecho de reclamar). Cuando se dice que lo justo es *lo igual*, se está diciendo que *lo que se da* debe ser exactamente igual a *lo que se adeuda*, que, a su vez, es la medida del derecho subjetivo del otro. Conducta debida y conducta exigible son las dos caras de una misma cosa, al modo en que lo cóncavo se corresponde exactamente a lo convexo.

La igualdad jurídica es *una cierta igualdad –objetiva, rigurosa, estricta– entre títulos contrapuestos, entre el deber de prestación de uno y el poder de reclamación del otro, entre los objetos respectivos del deber y del poder, en suma: la igualdad entre lo debido y lo exigible*. Hay una relación de igualdad, de conformidad, de ajuste, entre la prestación que es el objeto de la conducta del obligado y la exigencia que es el objeto del poder jurídico del facultado.

Pero es una igualdad objetiva, y por eso se habla de *objetividad* para hacer referencia a lo que especifica al derecho respecto del género moral. Porque la obligatoriedad también es un elemento presente en todos los elementos del fenómeno jurídico: en la norma, en la conducta y en el poder. Sin embargo, es un elemento común a la moral y al derecho. Y la igualdad puede estar presente en los deberes morales de amistad, de gratitud, etcétera, que son deberes morales. En cambio, lo que distingue y especifica al derecho es que la medida del débito y del correlativo poder de exigir lo debido, es una medida objetiva: lo que el sujeto obligado debe dar, hacer o no hacer es objetivamente igual a lo que el titular del derecho subjetivo está legitimado a exigir y, a su vez, es también lo que prevé modélicamente la norma jurídica también con objetividad. Esa es la causa formal intrínseca o forma inmanente del derecho en las tres acepciones. Y a esta cabe denominar, en sentido estricto: *juridicidad o justicia*.

La igualdad jurídica puede ser de dos formas: igualdad aritmética o igualdad proporcional, y en función de estas dos formas de igualdad hay dos especies de derecho: Derecho público y Derecho privado.

c. Extrínseca: la norma como orden racional

La causa formal extrínseca o ejemplar es aquello *a la manera de lo cual* algo es o se hace, o también: aquello a cuya imitación obra el agente. Una forma extrínseca es la que se halla no en la cosa misma, sino fuera de ella, en el intelecto que la conoce, o que la produce. En este caso, la forma o idea del efecto que se ha de producir existe de antemano en la mente del agente (causa eficiente), de una manera inmaterial, indefinidamente imitable y comunicable, independientemente de todo tiempo y lugar. Existe, no ciertamente de una manera real en un mundo superior como pensaba Platón, sino en el intelecto del agente, al modo de representaciones mentales previas que operan como ejemplares o modelos a imitación de los cuales se configuran después los distintos entes que los hombres realizan en el mundo.

En el caso del derecho la causa formal extrínseca es la norma jurídica y, dentro de los diversas clases de norma jurídica (sentencia judicial, contrato, costumbre), principalmente la ley. Pero no sólo la ley positiva sino también la ley natural. Dice SANTO TOMÁS que la ley en general es una cierta regla o medida de los actos humanos. La norma jurídica es una ordenación racional, es decir, un acto de la razón práctica que dispone racionalmente unos medios, que siempre son conductas, en relación a un fin, que es el bien común. Pero la norma no es solamente el juicio práctico en cuanto acto de la razón sino, principalmente, el producto de ese acto de la razón práctica, que es un enunciado, una expresión lingüística que es expresión de ese juicio. Ese enunciado práctico, que es el fruto de un acto de la razón práctica, expresa un orden de conducta, es decir, establece de antemano, bajo forma de modelo, cómo debe ser la conducta social interactiva de los hombres en el marco de la vida social para que pueda operar a modo de medio susceptible de obtener el fin social debido (el bien común). Por eso, decimos que es un principio de ordenación racional e imperativo de la conducta recta. Es orden racional que opera como modelo del orden jurídico real y concreto, es decir, es el patrón a imitación del cual los hombres deberán comportarse en el plano real para que su conducta sea justa o jurídica. Es un proyecto modélico de vida que predetermina racionalmente el actuar de todos en el marco de las relaciones y situaciones sociales. Y la norma ordena en función de un fin, es decir, dispone convenientemente la conducta en relación con un fin, el cual, en última instancia, es el bien común.

Para que la norma sea jurídica debe ser regla y medida del derecho, esto es, regla y medida de la conducta jurídica obligatoria, de la facultad jurídica del otro, de los títulos respectivos y de sus objetos correlativos. La norma establecerá, por lo tanto, también, una medida de igualdad. Empero, claro está, será una medida en un sentido distinto de la medida que está en el plano de la conducta social interactiva real. En un caso será la medida formal intrínseca de lo justo, es decir, el orden constitutivo de la cosa misma y, en el otro, la medida formal extrínseca o ejemplar. Si fuesen estrictamente lo mismo, entonces no habría distinción y, por lo tanto, no habría diversos analogados del derecho. Desde un punto de vista ontológico no hay identidad, pues uno es el modo de ser de la medida en el modelo ejemplar y otra es la manera de ser de la medida incorporada en aquello que es medido por ella. Sin embargo, la medida de igualdad, *en su aspecto formal, coincide en el modelo y en lo modelado*. En efecto: formalmente —es decir: esencialmente— hay una cierta identidad entre la medida que está enunciada mediante expresiones lingüísticas como norma y la medida del derecho en la realidad de las cosas, y, reiteramos, es una medida objetiva, porque no tiene en cuenta las disposiciones subjetivas de los individuos involucrados en la relación jurídica sino la medida de los títulos contrapuestos. Hay un constitutivo formal que es esencialmente el mismo.

Pero la norma no es un mero ejemplo, paradigma o modelo, sino un *modelo imperativo*: o, dicho en otros términos: un juicio que formula la autoridad investida de imperio, es decir, de *potestas regendi*, modelo que la autoridad impera como ordenación *necesaria*. En primer lugar, como ordenación afectada por una estricta necesidad de fin; pero subsidiariamente, esa ordenación de las conductas ostenta la amenaza de la fuerza, como el complemento físico y fáctico de esa necesidad de fin para el caso de su violación o incumplimiento (a esto se hace referencia cuando se dice que la *coercibilidad* es una propiedad del Derecho).

Cabe agregar que cuando esa racionalidad normativa se encarna o se realiza en la vida social no desaparece, sino que se interioriza en la conducta. Por eso, decíamos que hay un mismo *logos*, o contenido racional, que pasa de la norma a la conducta sin perder su esencia o naturaleza. Quizás convendría, por lo tanto, calificar a la norma como modelo trascendente, más que exterior, porque la esencia de la norma no es ser un modelo meramente exterior sino orden racional de conductas reales y efectivas.

En resumen:

- (i) el constitutivo formal inmanente del derecho, esto es, lo que hace que una conducta obligatoria, y la correlativa facultad de exigirla, sean derecho y no otras cosas, es esa relación de igualdad entre títulos relativamente opuestos, aunque objetivamente idénticos, en el sentido de que el objeto del poder y del deber tiene una medida común. El derecho no es, en sentido estricto, la igualdad objetiva misma, ese equilibrio considerado en sí mismo, porque el derecho también incluye una materia que es la conducta social interactiva, como ha sido explicado. El derecho, para ser más rigurosos, es *la conducta social interactiva cuya forma es esa igualdad objetiva*. Puede tratarse de un matiz, pero es bueno tenerlo presente.
- (ii) Por su parte, la norma jurídica es, al mismo tiempo: a) un principio formal ejemplar o trascendente del orden jurídico vívido o existente en la realidad efectiva; b) un cierto principio eficaz, pues opera como causa eficiente moral de la conducta de sus destinatarios; y b) el fundamento racional de validez de los respectivos títulos del obligado y del facultado a exigir, es decir, del débito de uno y del derecho subjetivo del otro.

d.- Causa eficiente. La doctrina de la concordia y el contrato.

La causa eficiente puede ser definida como aquello que con su acción influye en la producción o existencia de un ser. Hemos dicho que el derecho materialmente es vida social y política. La causa eficiente de la vida social y del Estado es, en sentido remoto, la naturaleza humana en cuanto es la raíz de la sociabilidad y la politicidad del hombre. Sin embargo, se trata de una causa eficiente remota. Si hemos de ser más precisos, habría que decir que la causa eficiente próxima de la vida social es la voluntad. En efecto, si el derecho materialmente es vida social es evidente que la causa eficiente del derecho será la causa eficiente de esa materia que es la vida social, o sea, la causa eficiente de la conducta humana interactiva y comunitaria que se da en el marco de la sociedad y el Estado, y eso es la voluntad. Pero aún estamos en una determinación genérica. La causa eficiente inmediata de la vida social es algún tipo de acto de la voluntad y el primer acto de la voluntad es el querer del bien, es decir, el amor. Luego, en tanto el bien no lo tengo disponible, viene el deseo y en la medida que el sujeto advierte que necesita ese bien, aparece la intención del fin. La causa eficiente de la conducta humana, por lo tanto, es el amor. Pero todavía estoy en un plano genérico.

La causa eficiente de la vida social es un modo específico del amor que Aristóteles llama *homonoia*, expresión que se suele traducir como *concordia política*. Cada persona tiene necesidades individuales distintas pero los hombres, en general, tienen ciertas necesidades comunes que son las de la especie humana y esas necesidades comunes solo pueden ser satisfechas haciendo vida en común. Los hombres tienen cierto amor de bienes que desean por interés, es decir, es un amor utilitario de aquellos bienes útiles que son necesarios para la vida tales como, por ejemplo: cierta seguridad física, algún sistema de intercambios de bienes, etc. No es un contrato ni un acuerdo sino un amor común por ciertos bienes que todos desean, pero es un amor típicamente interesado y esto es lo que une a los hombres en la vida social.

La *homonoia* o concordia política puede caracterizarse, entonces, como la *convergencia objetiva de la voluntad natural de los hombres, consciente o no, respecto de aquellos intereses y cosas que resultan inmediatamente necesarias para la vida*. Ahora bien, en la medida en que la concordia política es causa eficiente de la vida social y ésta es, a su vez, causa material del derecho, y habida cuenta de que el derecho es un fenómeno social y político, ya que no puede darse si no es en el marco de la comunidad política, por obvia

inclusión, es factible afirmar que la concordia política también es causa eficiente del propio derecho.

Ubi societas, ibi ius (donde hay sociedad, hay Derecho), reza un aforismo tradicional del pensamiento jurídico romano. Empero, a su vez, puede razonarse a la inversa: sin vida social, no hay Derecho o, dicho en forma más clara: hay una relación necesaria que liga al hombre, a la vida social y al Derecho. En efecto, el Derecho se realiza, es decir, adquiere vigencia social efectiva, en la vida social, incorporando en ella una forma de validez específica: la de la justicia. Por lo tanto, la concordia política, en cuanto causa eficiente de la vida social, es también causa eficiente del Derecho. Sin concordia política no hay convivencia, no hay Estado y, consecuentemente, tampoco hay Derecho.

La concordia política implica que los hombres que integran una comunidad política se sientan integrados en la medida en que comparten un plexo de valores comunes, tanto valores-fines como valores-medios, que hacen las veces de criterios de ordenación de la convivencia. Por ejemplo: los miembros de la sociedad deben concordar –es decir, aceptar, avenirse y consentir– respecto de un sistema de intercambio de bienes que permita satisfacer las necesidades humanas básicas de los hombres que viven en esa comunidad política, lo cual implica concordar acerca de una moneda que sirva de medida del valor de los bienes intercambiados, y también respecto de unas ciertas reglas para celebrar contratos que regulen los intercambios; por ejemplo: aceptar la validez del principio de reciprocidad en los cambios, del principio *pacta sunt servanda*, etc. Sin esto, que podríamos llamar *concordia de coordinación*, no habría intercambio de bienes, contratos, transacciones comerciales, negocios, y, consecuentemente, sería imposible la vida en sociedad.

Otro ejemplo: en virtud de la concordia política (*homonoia*), la voluntad de los miembros de la sociedad converge naturalmente respecto de un interés común elemental para la vida humana en general que es garantizar la integridad física de los hombres y la seguridad en las relaciones interpersonales. Como un producto de esta concordia natural, esos mismos integrantes de la comunidad política deben concordar en establecer normas que prohíban el homicidio, las lesiones y, en general, un reproche social respecto de toda conducta que implique infligir a otro un daño injusto. En este orden de ideas, es imprescindible, asimismo, concordar respecto de algún mecanismo de solución de controversias y conflictos entre quienes conviven, de modo de evitar la venganza privada, la retaliación y la lucha de todos contra todos. En general, el mecanismo que históricamente ha prevalecido consiste en recurrir a un tercero imparcial dotado de la facultad de decir a cual de las partes del conflicto le asiste la razón y de resolver la disputa. Empero, es claro que para que el sistema de jueces o jurados o tribunales de justicia funcione, el mecanismo tiene que ser aceptado por la comunidad en su conjunto, es decir, tiene que ser fruto de cierto consenso; el cual consenso, a su vez, proviene de la concordia. Por lo tanto, sin concordia política, en este caso, también *de coordinación*, no habría algo tan esencial al ámbito de lo jurídico como lo son los jueces y los procedimientos de resolución de conflictos.

En rigor de verdad, el consenso es posterior a la concordia. La concordia es la convergencia natural de las voluntades que recaen, todas a una y en forma espontánea, es decir, sin previo pacto, sobre cosas que quieren y buscan todos los integrantes de la comunidad: las necesidades humanas específicas, o sea, los bienes humanos básicos. El amor utilitario que tiene por objeto esas necesidades es el motor que da origen y existencia a la vida social y al orden jurídico. Es una manifestación del derecho natural y, precisamente por su carácter natural, no es necesariamente consciente sino que opera a modo de inclinación o tendencia. El consenso, en cambio, es el acuerdo entre los hombres que es consecuencia de una voluntad deliberada y consciente, y su objeto son valores, propósitos y proyectos comunes. Por lo tanto, el consenso es posterior a la concordia, y hasta podría decirse que es fruto de la concordia.

Hemos dicho que la ley es causa eficiente moral de la conducta justa o jurídica. La causa moral, a diferencia de la física, no produce de suyo el efecto, sino que induce, excitando a otro a producirlo. Toda ley es un mandato que presiona los resortes del querer individual para que el sujeto haga o no haga lo que la ley prevé. Esta eficiencia causal de tipo moral la destaca SANTO TOMÁS cuando dice: “*La ley es una especie de regla y medida de los actos humanos por cuya virtud uno es inducido a obrar o apartado de la operación*”.³² La

³²

SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 2.

ley induce a obrar o retrae de obrar, en la medida en que es efecto o resultado objetivo del acto de imperio y el acto de imperio tiene fuerza moviente que emana de la voluntad que da eficacia al mandato. El acto de imperio es el acto de mando por medio del cual un hombre dispone la conducta de otro. Es un acto que emana de la razón práctica pero que tiene fuerza moviente que le viene de un acto previo de la voluntad (el querer del fin y la elección de los medios). La voluntad del imperante debe ser aceptada por la voluntad del imperado para luego encarnarse en su propia conducta porque, en definitiva, lo que mueve en sentido propio la conducta del imperado es su propia voluntad. En efecto, en el acto de imperio hay dos voluntades: (i) la voluntad del que manda por medio de la ley, y (ii) la voluntad del que obedece, que acata lo mandado ajustando su comportamiento al modelo legal. Tanto es así que si el destinatario de la ley no obedece, entonces fracasa el imperio. En efecto, para que lo justo mandado se concrete y actualice en el plano real es necesaria la intervención de la voluntad de los hombres destinados a cumplir las leyes. El orden normativo modélico sólo se convierte en orden real de las conductas en la medida en que es vivido, encarnado y hecho efectivo a través de comportamientos personales de sus destinatarios, lo cual nos coloca frente a la necesidad de que los sujetos a los que se destinan las leyes pongan en movimiento los correspondientes actos de sus respectivas voluntades a fin de someterse a las previsiones de la ley. En síntesis: la causalidad ejemplar y eficiente moral que ejerce la ley exige la eficiencia directa y real que le corresponde a la voluntad de la persona que pone en existencia la conducta que da –o respeta, o hace, o no hace o no quita– aquí y ahora lo suyo al otro.

Ahora bien, para que los miembros de la sociedad obedezcan y cumplan con las leyes, es imprescindible que exista lo que cabe denominar *concordia de subordinación*, es decir la voluntad concorde de gobernante y gobernado, y el correlativo consenso social, respecto de: (i) la necesidad de la existencia de una autoridad; (ii) la legitimidad de origen del que efectivamente ejerce esta autoridad y tiene potestad de mando sobre los gobernados; (iii) la justicia del régimen vigente; (iv) la justicia y razonabilidad del contenido del mandato legal de que se trate, lo cual genera la aceptación de su validez y su consiguiente acatamiento. Con lo cual, como consecuencia de este análisis podemos concluir que la eficiencia moral de la ley depende de, o está sujeta a, o está condicionada por, la existencia de una cierta concordia política de subordinación. En la medida en que se rompa esa concordia social y los gobernados no acepten las órdenes imperadas por los gobernantes, en esa misma medida las leyes dictadas por estos perderán, ineludiblemente, toda eficiencia moral y, por lo tanto, no alcanzarían arraigo efectivo en la vida social, es decir, no cobrarían vigencia.

En resumen y a modo de conclusión de todo lo expuesto, podemos afirmar que:

1. La causa eficiente *remota* del Derecho en general es la propia naturaleza humana en tanto es fuente de la sociabilidad y de la politicidad, propiedades que inclinan a todos los hombres a vivir en sociedad.
2. La causa eficiente *próxima* del Derecho es la concordia política –*homonoia*– en tanto es la causa eficiente de la vida social en general y es el origen del consenso respecto de las instituciones jurídicas básicas –régimen de intercambios, derecho de los contratos, mecanismos de resolución de conflictos, régimen político en sentido estricto de relaciones de mando obediencia, etc.– imprescindibles para la vida social y jurídica.
3. La causa eficiente *inmediata* del Derecho es la voluntad del individuo que concuerda con la de los restantes miembros de la sociedad, tanto: (i) con sus pares (concordia de coordinación) como también (ii) con quienes están en un plano de superioridad jerárquica (concordia de subordinación) y que cuentan con poder de mando a su respecto, en convivir con ellos, aquí y ahora, integrando esta sociedad y ajustándose a ciertas y determinadas reglas de convivencia particulares, aceptando las peculiares instituciones jurídicas establecidas en esa comunidad política determinada y obedeciéndolas.

d.- Causa final. El bien común. Otros fines jurídicos: paz y seguridad.

Antes de abordar la causa final conviene hacer algunas aclaraciones.

1) En primer lugar, no cabe olvidar que la causa eficiente y la causa final están siempre necesariamente connotadas puesto que constituyen un plexo causal proporcional al de

materia y forma. Así como no puede haber materia sin forma, de la misma manera no puede haber causa eficiente sin causa final y viceversa. Esto es un axioma del aristotelismo porque son causas correlativas. La causa final es aquello en vistas de lo cual algo es o se hace, es decir, aquello para lo cual la causa eficiente o productora se apresta a ejercitar su actividad a fin de realizarlo. La causa final es, por lo tanto, el *fin querido* o, también, el motivo que mueve por razón del atractivo que ejerce sobre la causa eficiente intelectual. La causa eficiente produce, actúa u obra bajo ese atractivo, y educe la forma de la materia. Por eso decían los escolásticos: *finis est causa causarum* –el fin es la causa de todas las causas–. Empero, a su vez, el *fin-efecto* (que no es causa final), es decir, aquello en lo que termina la acción del agente, que llega en último lugar y no siempre corresponde al fin perseguido. es el resultado de la producción de la causa eficiente. De ahí el otro filosofema escolástico: *finis primum in intentione, ultimum in executione* –el fin es lo primero en el orden de la intención y lo último en el orden de la ejecución–.

2) En segundo término, hay que tener presente que en materia práctica –entendiendo por “materia práctica” todo aquello que está relacionado con la conducta humana libre– la causa formal está siempre constitutivamente referida a la causa final porque el fin es el principio del obrar, de modo que toda la estructura del obrar depende del fin. Por lo tanto, así como no podemos entender la causa final sin la eficiente, tampoco podemos entender la causa final sin la causa formal.

La causa final del derecho y del orden jurídico en general es el bien común temporal. Dicho de otro modo: aquello a lo que apunta todo el orden jurídico como a su fin, es el bien común. Todo esa multiplicidad de cosas que configuran el Derecho, que en la realidad operan articuladas entre sí conformando una cierta unidad –es decir, un orden– y, a su vez, cada uno de los elementos estructurales que forman parte integrante de ese *orden jurídico*, registran una misma ordenación o referencia constitutiva al bien común. En efecto, una conducta justa es aquella que –inmediata o mediatamente– está referida al bien común; una norma jurídica es una ordenación racional al bien común; un poder o un título jurídicos sólo se justifican si están ordenados al bien común. La vida social misma, que es, como se ha visto, la materia del Derecho, consiste en un obrar colectivo o mancomunado dirigido u orientado a obtener un bien común.

El bien común es también la causa final del Estado, es el fin de la ley (no tan sólo jurídica sino moral) y, en definitiva, es el fin de todo el orden moral y de toda la vida práctica. Por lo tanto, el bien común no es el fin exclusivo del derecho. El derecho no se define por el bien común sino por la objetividad. Sin embargo, la objetividad es parte y está referida al bien común.

Es importante aclarar que el fin del derecho no es la justicia sino el bien común. La justicia particular es la esencia o forma inmanente del derecho pero no su fin. El bien común tampoco es objeto inmediato de la justicia particular sino de la justicia legal la que, a su vez, es el constitutivo del Estado.

Conviene detenerse en la relación del derecho con la justicia. El derecho, entendido como lo justo particular nunca agota la justicia legal, sino que es solo una parte de la justicia legal. Y esto es así porque el objeto de la justicia legal –también llamada justicia general, total o del bien común– es el bien común mientras que el objeto inmediato del derecho es el bien particular. Por lo tanto, la referencia del derecho al bien común es lo mismo que la referencia a la justicia como criterio de lo bueno y lo malo en materia legal. La justicia legal es genérica respecto del derecho y éste es una especie dentro de la justicia legal. Esto significa que hay otras formas de justicia legal que no son el derecho. Puede haber otras formas de justicia que no tienen la limitación objetiva del derecho, la estrictez del derecho. Puede haber un sector de la justicia social que integra el derecho y otro sector que está fuera del derecho y dentro de lo que se llama moral social.

Llegados a este punto, dos preguntas parecen necesarias para precisar un poco más lo dicho: a) ¿Qué cosa es el bien común?; b) ¿En qué sentido se dice que el bien común es causa final del Derecho?

a) En general, el bien común es *la perfección de la vida social* según la vieja concepción aristotélica y tomista, es decir, la perfección de la vida humana convivida o en sociedad o, para expresarlo con expresión aristotélica: la entelequia de la vida humana social. El

hombre realiza y perfecciona su naturaleza, en el tiempo, en forma social por medio del bien común.

Esto quiere decir que, suponiendo que el Derecho pueda tener distintos ámbitos sociales de vigencia, el contenido de esta noción ha de variar según el ámbito social de que se trate: familia o comunidad doméstica, Estado o comunidad política y comunidad internacional. El bien común (fin social) por antonomasia es el bien común político o fin del Estado pues éste constituye la “comunidad perfecta”. El bien común (fin social) de la comunidad internacional se identifica con la paz y la cooperación internacionales. El bien común (fin social) de la familia es el bien de la prole y la ayuda recíproca de sus miembros en la vida doméstica.

La paz social puede ser definida, con San Agustín, como *la tranquilidad del orden*,³³ tranquilidad pública y sosiego que se logra mediante la adecuada ubicación de las diversas partes del todo social en su lugar correspondiente. Por eso, el hiponense concibe la paz de la ciudad como la concordia ordenada por la justicia. Es la concordia de los ciudadanos en el mando y la obediencia; esto significa que la paz es fruto de la concordia de subordinación y es resultado de que quien gobierna y tiene la *potestas regendi*, lo haga con justicia y, consecuentemente, exista lo que se denomina *legitimidad de ejercicio*. La paz sin justicia sólo puede ser fruto de un orden eficaz de violencia que conserva una tranquilidad ficticia por temor a las represalias de quien detenta la fuerza. Por lo tanto, la paz social es consecuencia de la justicia y es también un componente fundamental de la noción de bien común temporal.

Lo mismo cabe predicar de la seguridad, en el sentido de seguridad física de los integrantes de la sociedad tal que puedan transitar, circular, negociar, contratar, comerciar sin peligro para su integridad física. Todos estos valores no son valores diversos sino que forman parte integrante del bien común político.

b) El bien común, que, como hemos visto, consiste en la perfección de la vida social, ejerce su causalidad final en el Derecho en tanto que la conducta justa, la norma jurídica, el poder jurídico, las esferas jurídicas de obligación y de licitud, y, en fin, la totalidad compleja de elementos que constituyen el Derecho, están ordenados a él. El bien común en cuanto fin de todo el Derecho aparece como el último constitutivo de la razón formal de lo debido y de lo merecido. Es, por lo tanto, el principio que le confiere contenido inteligible a la totalidad compleja en la que consiste el Derecho.

Veamos esto con cierto detenimiento: el título del obligado y la respectiva obligación proceden del bien común, pues si hemos definido a la obligación en general como la necesidad que vincula un medio contingente y libre con un fin categórico, la obligación jurídica propiamente dicha es, precisamente, la necesidad de la prestación de una conducta social debida para poder alcanzar un fin necesario, que es el bien común. Por ejemplo: es necesario que los deudores satisfagan sus deudas para poder mantener una situación general de justicia y de paz social. Por otra parte, el título de acreencia del sujeto titular de un derecho subjetivo de reclamación también está ordenado al bien común, porque el bien común o el bienestar general es el criterio último de asignación de merecimientos sociales. La norma jurídica es, ella misma, un modelo imperativo de conducta ordenado al bien común. Según la clásica definición de ley como “orden racional dirigido al bien común dictada por quien tiene a su cargo el cuidado de la comunidad”,³⁴ el bien común es la finalidad que busca toda norma jurídica de alcance general. Por lo tanto, todo el Derecho, y cada uno de sus componentes o elementos estructurales, tienen su última formalidad jurídica, su última justificación, y su fuente de legitimidad, en esta referencia al bien común.

Buenos Aires, junio de 2019.

³³ “Pax omnium rerum, tranquilitas ordinis”, *La Ciudad de Dios*, XIX, 13.

³⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 4, c.