

EL DERECHO COMO CUALIDAD

Daniel Alejandro Herrera (UCA)

1. Planteo de la cuestión.

El derecho es lo que para Aristóteles era el *to-dykayon*, para los romanos el *ius/tum* y para Tomás de Aquino la *ipsa res iusta* (la misma cosa justa). Al respecto dice Tomás de Aquino en el comentario al libro V de la Ética a Nicómaco: “los juristas (romanos) llaman *ius/tum* (derecho), a lo mismo que Aristóteles denomina *to-dykaion* (lo justo). Isidoro expone en el libro de las Etimologías, que se dice derecho como si se dijera **lo justo**”¹. Justamente, Tomás de Aquino en la famosa cuestión 57 hace del *ius/tum* (lo justo) el objeto de la justicia (en el que termina el acto de justicia) y su relación con la ley como cierta razón del mismo (*ratio iuris*), el eje central de la concepción analógica del derecho, por la cual puedo llamar derecho (*ius*), tanto a la misma cosa justa, como a la ley o al arte de discernir lo justo de lo injusto.

Ahora bien, la *ipsa res iusta* en tanto objeto terminativo del acto debido en justicia por el deudor, simultáneamente es el objeto terminativo de la facultad o poder jurídico (derecho subjetivo) del acreedor y el objeto o término de la norma jurídica (natural o positiva) que lo determina (como causa formal extrínseca o ejemplar y eficiente), a través de los títulos jurídicos que paralelamente impone lo debido al sujeto del débito o atribuye lo suyo al sujeto del derecho. Esto justifica la derivación analógica desde la *ipsa res iusta* a la norma (ley) y a la facultad o poder jurídico. Es así, siempre y cuando este objeto terminativo común realice la razón formal de igualdad, que constituye la medida real (en las cosas) y de razón (en la norma) que conforma la esencia misma de la justicia y de su objeto: el derecho².

Dicho esto, tenemos que ver qué tipo de realidad es esta *ipsa res iusta*, objeto terminativo de realidades distintas como el acto de justicia, la ley o el derecho subjetivo. Toda realidad requiere un soporte óntico: *existe en sí* (sustancia) o *existe en otro* (accidente). En el caso del derecho muchas veces corremos el riesgo de “sustancializar” la misma cosa justa, como si se tratara de una realidad en sí. Sin embargo, no hay duda que el derecho no es sustancia, no existe en sí, sino que es accidente, en tanto existe en otro, en este caso en el hombre (sustancia individual de naturaleza racional) como sujeto de derecho. Ahora bien, este hombre como sujeto se relaciona

¹ Tomás de Aquino, Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles, libro V, lección XII

² Conf. Herrera, Daniel Alejandro, “La Noción de Derecho en Villey y Kalinowski”, Bs As, 2001, Educa, pág. 145.

con el derecho como objeto a través de las acciones o conductas (tanto debidas como facultativas o potestativas) que lo realizan y de los deberes y facultades o poderes que constituyen el principio intrínseco de esas acciones. Como así también, a través de la ley que determina lo justo, siendo su principio, pero en este caso no intrínseco, sino extrínseco. En consecuencia, respecto del derecho entendido como lo justo objetivo, puedo distinguirlo en tanto objeto, respecto de las acciones o conductas que lo realizan, como de los deberes o poderes, o de la ley, pero no se puede hacer una separación radical, pues justamente es derecho no en tanto realidad separada (que no es), sino en cuanto es objeto común de cada una las realidades involucradas (que sí es), se constituye en objeto de los distintos analogados en la analogía del derecho³.

Dicho esto, queda por analizar qué tipo de accidente es, o sea, abordar el tema de la categorización del derecho, que categoría de accidente realiza.

2. *La Categorización del derecho*

Sobre este tema, entre autores tomistas podemos distinguir distintas posturas: a) los que identifican al derecho con la conducta o acción (actio-passio), como, por ejemplo, Kalinowski, Graneris u Olgiati, etc.; b) los que afirman que es una relación como Lachance, Finance, etc. A estos, podemos agregar una tercera categoría de accidente, que es la que suscribimos, que considera al derecho como categoría de cualidad. Veamos brevemente cada una de ellas.

2.1. *El derecho como conducta*

Uno de los principales autores que identifica el derecho con la conducta es Kalinowski: “Se dice ‘justo’ en lugar de acción justa por antonomasia. Porque lo justo es un valor que sólo los actos humanos pueden poseer. No hay entonces cosas (objetos) justos sin referencia implícita (cuando no explícita) a un comportamiento humano. Mil francos tomados en sí mismos nunca son ni justos ni injustos, pero pueden constituir un justo precio o un justo salario en tanto objeto de una entrega pasada, presente o futura de una suma de dinero por un hombre a otro. Es por esto que el término ‘opus’ que figura en célebre definición de Santo Tomás : ‘ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum)’ (II,II, 57, 2 respondeo) debe ser traducido conforme al sentido del verbo ‘operari’ (trabajar, practicar, producir) por

³ Conf. Herrera, Daniel Alejandro, *La Noción de Derecho en Villey y Kalinowski*, Bs As, 2001, Educa, pág. 53.

‘acción’ o uno de sus sinónimos. Ciertamente, nuestras acciones son justas en razón de su adecuación objetiva a otros, obremos o no subjetivamente en virtud de la justicia. Al hablar de lo justo puede entonces hacerse abstracción de la presencia o la ausencia en nosotros de esta disposición para obrar que Tomás de Aquino, en pos de Aristóteles, llama ‘justicia’. Pero es imposible no verla como una propiedad de la acción humana que cumple ciertas condiciones bien determinadas”⁴.

Ahora bien, sin perjuicio de lo dicho por Kalinowski, la conducta o acción por la que se da al otro lo suyo es un acto segundo al que precede la existencia del derecho, en tanto que no puedo dar al otro lo suyo si primero no conozco que es lo suyo del otro. Por eso afirmamos que la palabra *opus* (con la que también Santo Tomás se refiere al derecho, como vimos) puede traducirse tanto como acción o conducta, por un lado, o como lo hecho o término de la acción por el otro. Al respecto dice Lamas: “El derecho, pues, es el objeto de la justicia y el objeto terminativo de la acción justa. La conducta justa realiza el derecho, y ambos se identifican formalmente en tanto la conducta justa se especifica por el derecho. Pero el derecho no es tanto la acción misma (como movimiento) cuanto el término objetivo de dicha acción y que, como tal, se verifica con relación a otro”⁵.

En otras palabras, la acción sigue al derecho, pues si bien el derecho como objeto de la acción o conducta la especifica como justa (por lo que solamente es justa la conducta que da o respeta lo suyo del otro), es necesario que en tanto derecho la preexista como cierta adecuación al título del otro, por lo que el derecho no sería la conducta en sí misma sino más bien aquello que la conducta realiza y que por lo tanto puedo considerar en su exterioridad y resultado con prescindencia (aun reconociendo la vinculación) de aquella. Por eso en la *Suma contra Gentiles*, 2,28 dice el Aquinate: “*Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien se apropia de algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual, en un principio, alguien se apropia de algo, no puede ser acto de justicia*”⁶.

Ahora bien, aunque el derecho preceda al acto de justicia se encuentra ordenado a aquel especificándolo por ser su objeto. En

⁴ Kalinowski, Georges, “El fundamento objetivo del derecho en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino”, publicado en los Archives de Philosophie du Droit N° XVIII, 1973 y recopilado en el libro “Concepto, fundamento y concreción del derecho” Ed. Abeledo-Perrot, Bs. As. Pág. 66.

⁵ Lamas Felix, “La Experiencia Jurídica”, op. cit. Pág.316.

⁶ S. Tomás de Aquino, S.C.G., 2,28

consecuencia, aunque podamos distinguir al objeto del acto, en cuanto el derecho no es el acto en cuanto a la acción misma, sino el objeto terminativo de esta⁷; hay una íntima conexión entre objeto y acto por la cual puede ser hablarse de una distinción pero no de una separación radical. En este sentido, la afirmación que toda virtud tiene como objeto una acción o una pasión (actio-pasio) puede entenderse en este caso en tanto el derecho es el término objetivo que especifica la acción, aunque se distinga de esta por ser una realidad externa a la misma.

Esta realidad externa está compuesta por *cosas* y *actos* que tomados en su exterioridad y objetividad pueden ser denominados por el término genérico “res” (cuya significación es mucho más amplia que nuestra palabra cosa), siendo el *constitutivo material* del derecho. Esta materia constituye “el corpus” del derecho o sea el sustrato o soporte del mismo, una misma cosa puede ser el “corpus” de distintos derechos o “iura” como por ejemplo un inmueble puede ser el soporte material de un dominio, de una servidumbre, de una obligación, etc.; o un acto externo como por ejemplo el trabajo puede ser lo debido al empleador en una relación laboral o el aporte a una sociedad comercial. Por eso, el derecho no es la cosa (o acto) tomado en sí misma sino en tanto se encuentra ordenada al título del otro conforme algún tipo de igualdad, lo que nos lleva a considerar el tema de la relación.

2.2. *El derecho como relación*

Así como Kalinowski es uno de los tomistas más importantes que identifican el derecho con la conducta, Lachance lo es respecto a la identificación del derecho con la categoría de relación. Para él, la idea de igualdad implica la de relación: “El vocablo igualdad despierta la idea de conveniencia, de comparación entre dos objetos. Expresa el pensamiento de que estos últimos tienen algo en común, que se asimilan desde un cierto aspecto, que se unen en la posesión de una misma perfección. Las cosas diversas no tienen término de comparación o vinculación, mientras que las cosas iguales se relacionan una con la otra; están unidas por una relación. En consecuencia, bajo el vocablo igualdad se descubre *la idea de relación*. Al decir que el derecho es una igualdad, se afirma que está en el género de la relación”⁸.

Así como los actos y las cosas que utilizan son el constitutivo material, la igualdad es el *constitutivo formal* del derecho o sea aquello que

⁷ Santo Tomás de Aquino, S.Th. 2-2. 57,1.

⁸ Lachance Louis. Op. citado, pág. 220.

hace que el derecho sea lo que es y que coincide con Aristóteles que define al *to-dikaion* como “*lo igual*”⁹ y con Santo Tomás que define al “derecho o lo justo como algo adecuado a otro conforme a cierto modo de igualdad” o como “cierta igualdad de proporción de la cosa exterior a la persona exterior”¹⁰.

Por eso siguiendo el pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás, Lachance define al derecho como “la relación de igualdad en virtud de la cual un objeto está ordenado a una persona y por lo que se torna suyo propia”¹¹ y al igual que Olgiati, aunque reconocen que en el derecho siempre se da un débito, sostienen que “la igualdad posea prioridad de naturaleza sobre lo debido”¹² siendo por lo tanto su “elemento predominante, característico, especificador”¹³, ya se trate de una igualdad “estricta” (justicia conmutativa) o “proporcional” (distributiva).

En el derecho podemos distinguir una doble relación de igualdad: por un lado, la relación que existe entre la cosa justa y el título del otro (relación titular o fundante) y por otro la relación entre lo debido y la acción que lo realiza y de la cual es su término u objeto (relación de débito), siendo la primera fundamento de la segunda y por lo tanto es esta igualdad la que en última instancia constituye formalmente el derecho. En consecuencia, *lo que la acción da debe ser igual a lo que le corresponde al otro en virtud de su título*. Sin perjuicio de lo dicho, podemos agregar dos relaciones más: 1) la que se da entre el derecho como objeto o término del acto justo y la norma que es su regla y medida por la cual la ley es causa formal extrínseca del derecho en tanto la forma del derecho (igualdad) preexiste en la norma como modelo, siendo por tanto el derecho o lo justo también objeto o término de la norma; 2) la que se da entre la cosa justa y la potestad o facultad subjetiva que surge del título siendo aquella también objeto o término de esta.

Sin embargo, si bien la noción de igualdad implica necesariamente la de relación no tienen la misma extensión, dado que si bien en toda igualdad hay relación no sucede lo mismo a la inversa. Pues, así como sucede en el caso de la *actio*, en la *relatio* encontramos otros tipos de relaciones además de las de igualdad y respecto de estas distinguimos las relaciones justas de las injustas según que realicen o no la igualdad. Por eso, tanto la noción de *actio* como la de *relatio* son más amplias que la de igualdad que como tal

⁹ Aristóteles, “*Ética Nicomaquea*”, Libro V.

¹⁰ Santo Tomás de Aquino, S.Th. 2-2, 57, 2 y 58, 10.

¹¹ Lachance Louis, op. citado, pág. 201

¹² Olgiati Francesco, op. citado, pág. 176.

¹³ Lachance Louis, op. citado, pág. 215.

especifica una especie de acciones y relaciones. En suma, es la igualdad la que califica (bajo razón de bien, como veremos a continuación) como justa tanto a la relación como a las acciones por las que se da o respeta lo justo, lo que nos lleva a considerar la categoría de cualidad como la propia del derecho.

2.3. *El derecho como cualidad.*

Si bien podemos decir que no puede haber derecho sin relación, de la misma manera que no puede haber derecho sin débito que se realiza en una acción cuyo objeto es lo debido, sin embargo, lo que define propiamente al derecho es la igualdad, que si bien en sí misma es una relación real de cantidad (equivalencia o proporción entre cantidades de cosas), en el caso del derecho no puede tomarse como una igualdad estrictamente matemática sino que se trata de una *igualdad moral*¹⁴, dado que aquí la igualdad es considerada *bajo la razón de bien*¹⁵. Y en tal sentido es una cierta perfección o valor que cualifica tanto a la relación, como al débito y a la acción convirtiéndolas en justas y por lo tanto bajo ese aspecto se trataría de un *accidente de cualidad*.

Si bien es cierto que lo justo es una cualidad determinada por la ley, que se funda sobre la noción de bien, no es exclusivo de los actos humanos, sino que también se predica de otras realidades como ser las propias normas, las relaciones que se encuentran implicadas, los títulos, las situaciones jurídicas, etc., aunque no en todos los casos de la misma manera (en algunos lo es en sentido propio y en otros en sentido amplio o lato). Dice Lamas: “El Derecho es una propiedad humana, es decir, es un accidente que procede o emana de la naturaleza específica del hombre. Sin pretender avanzar ahora en un análisis ontológico, de lo ya dicho surge con claridad que (en cuanto es lo justo) es algo formalmente cualitativo. En efecto, decir que un hombre es justo, o que una conducta es justa, que la realización de un deber es justo, que un poder es justo, o que una norma es justa, es predicar de todas estas cosas la cualidad (el valor) de la justicia. Ahora bien, la cualidad es (según Aristóteles) una categoría que tiene a su

¹⁴ Conf. Lachance Louis, op. citado, pág. 222.

¹⁵ Conf. Santo Tomás de Aquino, “Comentario a la Etica a Nicomaco” Libro II, Lección VII, N° 322, Ed. Ciafic, Trad. Ana María Mallea, cuando dice que si bien el objeto determina al acto por el cual se define la virtud, hay que agregarle que lo hace según una razón determinada que es la causa de la bondad del objeto.

vez dos propiedades: a) implica la posibilidad del contrario, y b) admite grados”¹⁶.

El derecho entendido como igualdad implica la posibilidad de su contrario, o sea la desigualdad y admite grados pues la igualdad que realiza el derecho nunca es absoluta o exacta sino más bien aproximada, sujeta a un más o un menos como sucede en el caso de la estimación dineraria del valor de los bienes. En virtud de esto podemos distinguir lo justo de lo injusto que por tratarse de realidades contrarias son conocidas por la misma ciencia tal como lo sostiene Aristóteles¹⁷. Por eso, la igualdad sería un valor o cualidad que se predica de las distintas realidades que conforman la escena jurídica y justamente las califica como justas, diferenciándolas de las injustas.

En consecuencia, podemos definir al derecho o “lo justo” como *un bien*, el bien del otro como señalaba Aristóteles al referirse a la justicia. El bien del otro entendido como particular o el bien del otro como común. Aquí se fundamenta la jerarquía de los bienes que constituyen lo justo, pues lo justo particular se funda en lo justo legal y el bien particular en el bien común. Por lo tanto, no puede explicarse el derecho o lo justo desde la sola perspectiva de la relación acreedor-deudor como si se tratara de una relación marginal, sino en el marco de una Pólis, donde el derecho se conforma en un entramado de relaciones calificadas y regidas por la justicia legal dentro de una concepción donde cada persona y cada cosa ocupa el lugar que le corresponde. Por eso, todo título jurídico incluso los que se dan en la justicia conmutativa (relación acreedor-deudor) tienen carácter de tal por su ordenación mediata o inmediata al bien común en tanto que principio fundante del orden jurídico y político (politicidad del derecho).

La noción de bien es analógica de la misma manera que la noción de ser y así la podemos aplicar para designar al fin último o a los fines intermedios en tanto que medios en orden al fin. Cito a Soaje Ramos: “hay, por un lado, el sentido de bien como objeto bueno y el sentido de bien como bondad (carácter formal de los bienes en el primer sentido y en cuanto bienes)”¹⁸. En ese primer sentido de bien como objeto bueno se encuentra al derecho o lo justo en tanto que es un medio ordenado por la ley en función del fin, o sea del bien como fin. De esta manera, podemos describir al derecho o lo justo como *este bien que se materializa en cosas y actos exteriores en tanto y en cuanto tengan la debida ordenación (igualdad) al título del otro, fundado en ley y en orden al bien común*.

¹⁶ Lamas Felix, “Dialéctica y derecho” op. citado, pág. 61.

¹⁷ Aristóteles, “Ética Nicomaquea”, Libro V, lección I. Ed. Porrúa, pág. 58.

¹⁸ Soaje Ramos, Guido, “Elaboración sobre el problema del valor”, Revista Ethos, N° 1, pág. 142.

Se podrá objetar al igual de lo que sucede con los que consideran al derecho bajo los accidentes actio-passio, que estamos frente a una consideración moral de la realidad jurídica, dado que el problema del bien como perfección o plenitud del ente es una cuestión estrictamente moral.

Ahora bien, el derecho no abarca todos los bienes que son objeto de la moral, sino solo una parte de estos en tanto son debidos a otro en virtud de una relación de igualdad y por lo tanto constituyen su bien. En virtud de esto en el Derecho Penal se habla de “bienes jurídicamente protegidos” para referirse a los bienes jurídicos concretos como la vida, el honor, la libertad de una persona o el patrimonio de un particular o del Estado, etc., penando los delitos que atentan contra estos bienes como ser el homicidio, las injurias, el secuestro, el hurto, el robo o la malversación de fondos públicos. Esta noción puede extenderse a todas las ramas del derecho y así hablar de bienes jurídicamente protegidos en el derecho civil como puede ser una obligación, un derecho real; o el impuesto en el derecho tributario, o la remuneración en el derecho laboral, etc.

Por lo tanto, como señala Santo Tomás en la cuestión 61,3 de la 2^o 2^o, si consideramos la materia de los bienes jurídicos pueden consistir en cosas (corporales o incorporales), personas o atributos personales (la vida, el honor, la libertad, etc) u obras (un servicio, un trabajo o una locación de obra), que pueden ser objeto tanto de una distribución como de una conmutación, siempre que tengan en ambos casos la debida ordenación al título del otro¹⁹.

3. Conclusión

Aunque no se predique en todos los casos de la misma manera, en algún caso lo será en sentido estricto y en otros en sentido amplio, si el derecho es un *bien*, estamos diciendo que existe (como realidad accidental) bajo la categoría de cualidad.

¹⁹ Santo Tomás de Aquino, S.Th. 2^a-2^a, 61,3.