

EL CONCEPTO DE DERECHO EN EL REALISMO CLASICO A PARTIR DE LAS OPINIONES DE MICHEL VILLEY Y GEORGES KALINOWSKI

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL CONCEPTO DE ANALOGIA. III. EL ANALOGADO PRINCIPAL DEL DERECHO. A. *La postura de Villey*. a) El derecho es la «misma cosa justa». b) La «cosa justa» excluye la «conducta» y las «reglas de conductas». c) Las normas generales «jurídicas». d) La «cosa justa» como «res exterior». e) «Conducta» y «res incorporal». i) Opinión de Kalinowski. ii) Respuesta de Villey. f) La «cosa justa» excluye los bienes «espirituales» o «interiores». B. *La postura de Kalinowski*. a) El derecho como «conducta». b) La estructura del lenguaje. i) El lenguaje del legislador. ii) El lenguaje del juez. iii) El lenguaje de la ley. IV. NUESTRA OPINION A LA LUZ DE LOS TEXTOS DE TOMAS DE AQUINO. a) Introducción. b) La posición de Tomás de Aquino. c) El supuesto de la obligación. d) La etimología de *ius*. V. CRITICA A LA REDUCCION DEL DERECHO COMO «COSA JUSTA» DE VILLEY. a) Introducción. b) El tema de la «conducta». c) El tema de los «bienes interiores». VI. CRITICA A LA REDUCCION DEL DERECHO COMO «CONDUCTA» DE KALINOWSKI. VII. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

Es difícil encontrar, entre los saberes científicos, una disciplina que haya presentado –y todavía presente– tantas dificultades a la

hora de procurar una definición de la misma, como es el caso del derecho¹. Las diversas corrientes de pensamiento que a lo largo de la historia se han ocupado de este punto sólo han coincidido en el interés que el tema despierta, pero rara vez en las conclusiones a las que llegaron. Quizá por ello en los últimos tiempos ha cobrado cuerpo entre los cultivadores de la ciencia jurídica la idea de preterir esta cuestión, que se juzga interminable y a la postre improductiva, en beneficio del sólo conocimiento y análisis, ciertamente nada sencillos, del derecho *que tenemos*².

A nuestro juicio esta postura no parece plausible. Soslayar el problema no es resolverlo sino, en todo caso, posponer su encuentro, ya que no se nos escapa que cualquier ángulo de la realidad jurídica remite —explícita o implícitamente— a la idea de derecho tenida *in mente* por su respectivo creador. Esta preocupación por dar una respuesta satisfactoria a este punto es compartida, entre otras, por la escuela del realismo clásico, dentro de la cual pueden situarse los trabajos de Michel Villey y Georges Kalinowski³.

Sin embargo, si bien esta escuela ha coincidido en la visión del derecho como una realidad análoga, no es pacífica en cuanto al sentido específico que deba asignarse al analogado principal y que, como es lógico, será el derecho en sentido propio. Es precisamente al hilo de lo recién señalado que los autores antes nombrados han

1. Cfr a mero título de ejemplo, las diversas conceptualizaciones que se leen en *Begriff und Wesen des Rechts*, Herausgegeben Werner Maihofer, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1973.

2. Cfr el comentario que realiza Enrique Barros Bourie en el estudio preliminar a su traducción de A. Kaufmann, *Analogía y «naturaleza de la cosa»*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1976, p. 18 o el de Gregorio Robles Morchón, *Introducción a la Teoría del Derecho*, Debate, Madrid, 1988, *passim*.

3. Sobre la personalidad intelectual y la obra del primer autor, cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, tesis doctoral, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989. Sobre el segundo, cfr Massini, Carlos Ignacio, *Derecho y Ley según Georges Kalinowski*, Idearium, Mendoza, 1987.

protagonizado una extensa polémica que, a nuestro juicio, ha servido para aclarar muchos de los complejos perfiles del tema en discusión y, con ello, a enriquecer un aspecto decisivo de la ciencia jurídica.

Estos dos puntos —el haber colaborado en la difícil tarea de hacer avanzar una ciencia y el realizar dicho aporte en el contexto de un diálogo académico razonable—, coincidentes en el tema en cuestión y que se manifiestan como una de las características más importantes del pensamiento de Michel Villey⁴ justifican, a nuestro entender, la realización del presente trabajo a título de homenaje póstumo al que fuera ilustre catedrático de la Sorbona.

A la luz de lo expuesto examinaremos a continuación el concepto de analogía en el ámbito de la filosofía del «realismo clásico», como paso previo al estudio del punto de vista que, en relación al primer analogado del derecho, han sostenido Michel Villey y Georges Kalinowski. El artículo concluye con una apreciación crítica de dichas posturas a partir del análisis de los mismos textos empleados por nuestros autores y en la que se expone nuestra interpretación del tema.

II. EL CONCEPTO DE ANALOGIA

El empleo de la idea de «analogía» es de antigua data. Ya en Aristóteles y más tarde en Tomás de Aquino encontramos una referencia a ella ilustrada con un ejemplo clásico: la voz «sano». «El ser, dice el Estagirita, se entiende de muchas maneras, pero estos diferentes sentidos se refieren a una sola cosa, a una misma

4. Sobre el primer punto, cfr *Précis de Philosophie du Droit*, t. I, *Définitions et fins du droit*, Dalloz, París, 1982 (en adelante, *Précis*). Sobre el segundo es paradigmático *Questions de Saint Thomas sur le droit et la politique (Ou le bon usage des dialogues)*, Puf, París, 1987 (en adelante, *Questions*). En relación a esta última obra puede consultarse el comentario de Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *Persona y Derecho*, n. 21, 1989, pp. 244-9.

naturaleza, no habiendo entre ellos sólo comunidad de nombre; más así como por *sano* se entiende todo aquello que se refiere a la salud, lo que la conserva, lo que la produce, aquello de que es ella señal y aquello que la recibe (...); en igual forma el ser tiene muchas significaciones, pero todas se refieren a un principio único»⁵.

El ejemplo ayuda a hacerse una idea aproximada de la naturaleza de esta noción. Se trata de un término («sano») que se refiere a varias realidades esencialmente distintas (el cuerpo, el medicamento, etc.) las que, empero, guardan entre sí una cierta relación que justifica la idéntica denominación que han recibido⁶.

En el ámbito jurídico, la analogía es bien conocida en Roma, como se desprende del célebre paso de Paulo: «La palabra derecho se emplea en varias acepciones: una, cuando se llama derecho a lo que siempre es justo y bueno, como el derecho natural; otra acepción, lo que en cada ciudad es útil para todos o para muchos, como el derecho civil; (...). Se dice también que el pretor aplica el derecho incluso cuando decide injustamente, refiriéndose, no a lo que el pretor hizo, sino a lo que debería hacer; se llama derecho, en otro sentido, al lugar en el que el pretor aplica el derecho...»⁷.

Andando el tiempo, Tomás de Aquino abreva en esta fuente – aunque no es ajeno a la aristotélica, de quien toma el ejemplo de «sano» y de la tradición judeo-cristiana, de la que incorpora la noción de «ley»– para dejarnos su conocida sentencia del Tratado de la Justicia, q. 57, art. 1. Allí, expresa en el *ad* 1 que «es frecuente que los nombres hayan sido derivados de su primitiva asignación para significar otras cosas (...) Así (...) derecho originariamente se empleó para significar la misma cosa justa. Pero

5. *Metafísica*, 1003 a 33 ss (trad. de P. de Azcárate) y *Tópica*, 106 b 29-40. También: *Retórica*, 1411 a 1-b 21. Respecto de Tomás de Aquino, cfr *De principii naturae*, VI, 29.

6. Sobre el concepto, clasificación y características de la analogía, cfr Massini, C.I., *Derecho y Ley ...*, cit., pp. 27-39.

7. *D* 1, 1, 11.

más tarde se derivó a denominar el arte con que se discierne qué es lo justo; después, a designar el lugar donde se ortorga el derecho (...); finalmente es llamada también derecho la sentencia dada por aquel a cuyo ministerio pertenece administrar justicia, aún cuando lo que resuelva sea inicuo». Y completa en el *ad 2* «...la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y ésta, si se formula por escrito, recibe el nombre de ley (...) de ahí que la ley no sea el derecho mismo, propiamente hablando, sino cierta razón del derecho»⁸.

En este contexto, y conforme lo adelantado, si la naturaleza analógica del derecho no parece despertar mayores controversias en la doctrina, no ocurre lo mismo a la hora de determinar cual de todas las realidades aludidas por la voz derecho constituye la acepción principal de éste.

Esto es claro porque la voz derecho, por su propia naturaleza, no puede referirse con la misma virtualidad a todos los analogados ya que, de ser así, estaríamos más bien frente a un concepto unívoco, es decir, aquel que alude a una única realidad, a la que «agota» bajo un sólo término. Pero no siendo éste nuestro caso, parece claro que el único modo de aplicar un mismo concepto a realidades esencialmente disímiles es el considerar a una de ellas como a la realidad más acabadamente representada por aquel.

En otros términos, se torna imprescindible admitir que un concepto análogo necesariamente representa de forma perfecta a uno de los analogados (y que, por tanto, se denominará «analogado principal») y de forma imperfecta a los restantes.

Así planteado el tema, corresponde estudiar a continuación la respuesta dada a este interrogante por los dos autores antes mencionados.

8. *ST*, II-II, 57, 1, ad. 1 y 2.

III. EL ANALOGADO PRINCIPAL DEL DERECHO

A. *La postura de Villey*a) *El derecho es la «misma cosa justa»*

Tomando como base el texto de la *Suma*, antes señalado, Michel Villey considera que el derecho es la «misma cosa justa»⁹. Es cierto que en ocasiones lo considera como una «justa proporción»¹⁰ o como una «relación»¹¹ (opinión ésta última que ha tenido cierto eco entre algunos autores¹²) pero, a nuestro entender, estas consideraciones en nada modifican lo anterior puesto que, al menos desde la perspectiva del jurista galo, el derecho siempre supone una «relación» entre dos o más personas en cuyo seno se precisa lo suyo de cada uno entendido como una igualdad proporcional¹³.

Como lo expresa Villey «la palabra *ius* en lenguaje correcto y adecuado no significa un conjunto de leyes (aunque ciertas leyes puedan constituir una fuente de derecho) (...). El *ius* "objeto de la justicia" es una "*cosa*", *una realidad*, realidad justa (*res iusta*), esa

9. Cfr *Précis*, I, pp. 64. 68. 71. 113. 122 y 124; «Dialogue à trois voix. Bentham et le droit naturel classique», *APD*, 1972, pp. 429-31; «La notion romaine classique de *ius* et le *dikaion* d'Aristote», Academia Nazionale dei Lincei, Roma, 1976, colloquio italo-francese «La filosofía greca e il diritto romano» (en adelante «La filosofía...»), *cit.*, p. 74; *Le Droit et les Droits de l'homme*, Puf, París, 1983, pp. 47-9 y 58 (en adelante *Le Droit*); *Questions*, pp. 117-8 y 142.

10. Cfr «La filosofía...», *cit.*, p. 77; *Précis*, I, p. 94, *Précis de Philosophie du Droit*, t. II, *Les moyens du droit*, Dalloz, París, 1984, p. 207 (en adelante *Précis*, II); *Le Droit...*, *cit.*, p. 49; *Questions*, p. 142.

11. Cfr «La filosofía...», *cit.*, p. 74; *Le Droit*, pp. 48-9 y 68; *Questions*, p. 142.

12. Cfr a este respecto la relación de Massini, C. I., en *El derecho, los derechos y el valor del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, pp. 21-5.

13. En este sentido, la impronta aristotélica nos parece evidente. Cfr *EN* 1131 a 10-1131 b 10.

realidad inherente al cuerpo político que es la justa relación de los bienes y cosas repartidas entre los ciudadanos»¹⁴. Esta opinión se encuentra igualmente corroborada en los textos en los que nuestro autor dá un panorama general del tema que ahora nos ocupa y en los que, de forma inequívoca, alude a la «cosa justa» como al primer analogado del derecho¹⁵.

b) «*La cosa justa*» excluye la conducta y las reglas de conductas

Entrando más de lleno en el análisis de esta expresión, entiende Villey que este derecho se expresa en «indicativo», ya que la tarea del magistrado consiste en *decir* lo suyo de cada uno; en *indicar* el derecho que *es* y que, en definitiva, *conoce teóricamente* en el seno de un caso concreto¹⁶. Así las cosas, es claro que la función del *ars iuris* en modo alguno radica en prescribir conductas o pautas de acción concretas, y aún cuando esto no significa que su tarea sea puramente especulativa (ella incluye una dimensión *poiética*), «el derecho propiamente dicho, expresa Villey, no mantiene una relación inmediata con la *praxis*, no mira a dirigir conductas, *dice* lo que *es* o lo que *será*»¹⁷.

Esta afirmación es importante ya que mediante ella nuestro autor excluye de la categoría de lo jurídico a las conductas humanas y a las reglas que prescriben o inspiran aquellas, llegando incluso a privar de dimensión jurídica a los actos debidos *a posteriori* de una sentencia.

14. *Précis*, I, p. 124.

15. Cfr *Précis*, II, p. 207 y *Questions*, p. 167, donde dice: «Por tanto, para la voz *ius*: 1) el sentido primordial era "lo justo": *ipsa res iusta-id quod iustum est*, el objeto al cual tiende la justicia tal y como el Filósofo lo había definido...».

16. Paradigmático a este respecto: «De l'indicatif dans le droit» en *Critique de la Pensée Juridique Moderne (Douze autres Essais)*, Dalloz, París, 1976, *passim*.

17. «De l'Indicatif...», *cit.*, p. 68. Cfr también: pp. 55 y 67-9.

¿Cuales son, en efecto, las «reglas de conducta» a las que alude Villey? Nuestro autor se refiere por una parte a las leyes morales («la mujer no debe abortar») o político-administrativas («los franceses conducirán por la derecha»), las cuales aspiran a «imponer a los individuos modos de conducta uniformes»¹⁸. A juicio del jurista francés estas leyes si bien tienen una cierta influencia sobre el derecho, en modo alguno constituyen la «misma cosa justa», ni, menos todavía, resulta posible extraer de ellas, de forma automática, soluciones de derecho¹⁹.

Lo mismo cabe decir de las «prescripciones individuales» las que, en oposición a las anteriores (que actúan *antes* de que se precise el derecho de cada uno) operan *luego* de que éste se ha determinado. En lenguaje procesal, se trata de los actos relativos a la «ejecución» de sentencias que buscan, mediante un conjunto de prescripciones, «ejecutar» el derecho de cada uno que el juez ha precisado en un caso específico. Como dice Villey, estas prescripciones «no forman parte del discurso jurídico en sentido propio según el análisis de los clásicos; esos imperativos y esas normas no aparecen más que al fin del recorrido, en el término, después de la sentencia dictada, una vez acabado el camino que conduce a la búsqueda de la solución jurídica»²⁰.

c) *Las normas generales «jurídicas»*

Ante lo dicho: ¿cabe concluir que el derecho carece de normas generales, o, en otras palabras, que el discurso jurídico sólo es el resultado de lo que el juez dice, de forma individual, en cada caso?

La respuesta de nuestro autor es negativa: a su juicio existen leyes «en el sentido jurídico de la palabra»²¹ a las que denomina

18. *Ibidem*, p. 75.

19. *Ibidem*, p. 76.

20. *Ibidem*, p. 78. También: pp. 68-9.

21. *Ibidem*, p. 79.

proposiciones teóricas o performativas (*poiéticas*) y que constituyen el núcleo de nuestro derecho. Este tipo de disposiciones que lejos de imperar determinados comportamientos *dicen, describen*, (en tiempo de verbo presente e incluso futuro), un estado de cosas, es decir, un amplio conjunto de realidades que tiene una directa repercusión en lo jurídico, se encuentran diseminados en la gran mayoría de los artículos de nuestros códigos, en las recopilaciones de leyes o en los tratados doctrinarios²².

Al respecto, el jurista galo ofrece un buen número de ejemplos que buscan avalar su tesis. Mencionaremos, de momento, sólo a dos de ellos.

El primero ésta tomado del Código Civil: es el art. 1401²³. Para Villey este artículo *describe* una realidad: el verbo se encuentra en tiempo indicativo presente y hace referencia a los bienes que componen la sociedad conyugal. Como expresa nuestro autor: «¿Tiene este artículo por fin mandar una conducta? ¿que especie de conducta, a quien? ¿a mí que estoy casado bajo este antiguo régimen de la comunidad legal? Este texto, que no implica ninguna orden, ninguna permisión, concluye Villey, no tiene por ello menos sentido: él dice desde ahora y sin esperar que mi mujer o yo venamos a dar nuestro último suspiro, que los muebles y adquisiciones que se encuentran actualmente confundidos en los bienes de nuestro hogar son nuestros, de nosotros dos por partes iguales»²⁴.

El segundo ejemplo es del Código Penal, art 317²⁵. A juicio de

22. Cfr «De l'indicatif...», *cit.*, pp. 78-9.

23. Cfr «La communauté légale se *compose* activement... de tout le mobilier... de tous les fruits... de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage». Idéntica es la solución argentina (art. 1271), como lo hace notar Carlos R. Sanz en la traducción a dicho trabajo, aparecido en el volumen *Método, fuentes y lenguaje jurídico*, Guersi, Buenos Aires, 1978.

24. «De l'indicatif...», *cit.*, p. 57.

25. «Quiconque par aliments...brevages aura provoqué l'avortement d'une femme en ceinte... sera puni de la reclusion. La même peine sera prononcée contre la femme...». Sobre la consideración villeyana del derecho penal, cfr «De l'indicatif...», *cit.*, p. 76; *Précis*, I, pp. 72-3; *Questions*, p. 126

Villey tampoco esta disposición cumple una función deóntica en mérito a dos razones: por un lado, esta norma no expresa que su finalidad sea hacer desistir a quien practica (o se hace practicar) un aborto de la realización del mismo. Ella simplemente atribuye, ante un comportamiento determinado, una pena precisa. En idéntico sentido, continúa nuestro autor, no parece que aquel objetivo inspire la conducta del juez, quien en el supuesto aludido tan sólo debe abocarse a conocer el caso y decidir si se dan los requisitos necesarios para aplicar la norma en cuestión²⁶.

Como puede apreciarse, para Villey este artículo sólo *describe* una realidad que, en oposición al ejemplo anterior, se dice en *futuro* (el que provocare...; el que matare...; el que hurtare...; etc.)

Ahora bien: en este punto, el jurista galo es consciente que la presencia del futuro podría inducir a confusión porque, como es sabido, este tiempo de verbo puede equivaler al imperativo. De allí podría colegirse que el derecho no se expresa sólo en indicativo y que, por tanto, existiría un estrecho vínculo entre éste y el mundo de las conductas. Pero esta objeción, expresa Villey, no puede prosperar porque este tipo de normas describen una realidad que será. En este punto nos encontramos frente a una creación típica del legislador que guarda armonía con la antes citada distinción villeyana de las normas en «teóricas» y «performativas». Como expresa nuestro autor, «el oficio del jurista no es solamente conocimiento, *théoria*, sino también fabricación, *poiesis*. Implica por parte del juez, de la doctrina o de la ley, al término de un estudio razonado del caso, una parte de invención creadora y de decisión arbitraria. Toda regla o sentencia jurídica, tiene, en algún grado, una función «performativa». Según los casos, ellas son más o

y el comentario de Pierrette Foncella, «Droit et Morale: la question pénale» en *Droit, Nature, Histoire. Michel Villey, philosophe du droit*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille (en adelante *Colloque*), pp. 145 ss.

26. Cfr «De l'indicatif...», *cit.*, p. 59-60.

menos creadoras. Si el legislador tiene conciencia de promulgar un derecho nuevo lo determina mediante el tiempo futuro»²⁷.

Y es este, ciertamente, el caso del derecho penal, derecho positivo por antonomasia, derecho dominado por la idea de la temporalidad que se plasma, por ejemplo, en el célebre principio de la no-retroactividad legal. El derecho penal rige, pues, para el futuro y de ordinario emplea dicha forma verbal. Pero como dice nuestro autor, «ello no tiene por finalidad el dar ordenes sino *decir*, siempre, un estado de cosas, con esa particularidad de que este estado de cosas es futuro»²⁸.

Lo hasta aquí dicho creemos que echa luz suficiente a nuestra primera aproximación al contenido de esta cosa justa que, a juicio de Villey, constituye el derecho. Este supone un proceso intelectual de conocimiento o de interpretación «creativa» de la realidad, de donde ni el derecho ni la función del jurista consisten en instar al ciudadano a un comportamiento más o menos moral, ya sea para evitar que éste lleve a cabo una conducta anti-jurídica o para obligarlo a cumplir una sentencia firme. Esas actitudes, continúa nuestro autor, aluden a otras ciencias, a otros oficios, a los que el derecho ciertamente está vinculado pero con las que no se le puede confundir. Retomando una distinción no ajena a Villey, se puede decir que el derecho es obra de quien tiene *auctoritas*, de quien conoce la ciencia de lo justo y la ejerce con prudencia. Por el contrario, el mundo de las conductas —que es el del deber ser— se reconduce al *mandatum* romano. Es ese el ámbito de la *potestas*²⁹.

27. *Ibidem*, p. 60.

28. *Ibidem*, p. 61.

29. Cfr *Ibidem*, pp. 55-6. 68 y 78. En relación a esta distinción, de neto cuño romano, A. D'Ors ha estructurado la distinción entre derecho y ley. Lo expuesto en el cuerpo no quita la necesidad de la coacción ya que como dice Villey, *Précis*, II, p. 158, «la justicia requiere la espada». Parecida es la opinión del antes mencionado D'Ors en *Una Introducción al estudio del derecho*, Rialp, Madrid, 1982, p. 52. Sobre la distinción entre *auctoritas* y *potestas*, cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *El derecho público en la*

d) *La cosa justa como «res exterior»*

Si el negar carácter jurídico a las reglas de conducta quizá pueda en alguna medida aceptarse (no es ciertamente lo mismo una sentencia con toda la elaboración intelectual que supone, que la ejecución de la misma, por lo general limitada a meros aspectos procesales, o bien que las leyes morales, que mediatamente la inspiran); es más difícil admitir la opinión de Villey en relación a las conductas propiamente jurídicas.

A partir de lo hasta aquí dicho, parece claro que el derecho, desde la perspectiva de Villey, no puede predicarse más que de las cosas exteriores, sean éstas materiales o inmateriales aunque susceptibles, estas últimas, de poseer una cierta virtualidad exterior objetiva, como es el caso, por ejemplo, de las servidumbres³⁰.

Este aspecto es tomado por el autor a partir de una distinción de Gabriel Marcel, según la cual el derecho no se ocupa del mundo del ser, del mundo del *être*, es decir, de los bienes «interiores» o «espirituales» por muy importantes que sean, sino, por el contrario, del mundo del «tener», del *avoir*, esto es, de los bienes propiamente exteriores, de aquellos que pueden medirse, repartirse y, en última instancia, ser susceptibles de dar lugar a un litigio.

Ahora bien: ¿que quiere exactamente significarse cuando decimos que el derecho pertenece al ámbito del «tener»? Aquí Villey nos previene contra la distinción que entre el mundo del «espíritu» y el mundo de la «materia» marcara la ontología cartesiana, distinción llamada a tener una inmensa fortuna histórica como se vé en la división diltheyana de las ciencias³¹.

perspectiva de un romanista, Revista de Derecho Público, Madrid, n. 114, 1989, pp. 121-8.

30 Cfr *Précis*, I, pp. 66-7 y 128; *Le Droit...*, *cit.*, pp. 45-6 y *Questions*, pp. 125-9.

31. Cfr *Formation*, pp. 552-579. Sobre una crítica a la distinción de Dilthey, cfr D'Ors, A., *Ensayos de Teoría Política*, Eunsa, Pamplona, 1979, pp. 18-9.

Para el jurista galo, el horizonte intelectual de los clásicos –y más concretamente de los romanos– fue ajeno a tal distinción por lo que, para éstos, las cosas o bienes exteriores (las *res exteriores*) pueden ser tanto materiales cuanto inmateriales. En relación a estas últimas, expresa Cicerón que se trata de aquellas cosas que «no se pueden tocar, ni mostrar y que sólo vemos por el espíritu, por la inteligencia, como por ejemplo la usucapión, la tutela, la raza, el parentesco. Cosas que no tienen cuerpo (*corpus*) pero de las que nosotros tenemos en la inteligencia una suerte de imagen diseñada e impresa y que llamo noción»³².

En este sentido, nadie duda que un fundo –una casa, para emplear el ejemplo de Cicerón– es una cosa material, un *corpus*. Sin embargo, con acierto expresa Villey que esta cosa corporal no es únicamente material, sino que se encuentra «revestida» de un derecho propio que la caracteriza (*cum iure suo*, dice el *Digesto*³³) y que lo lleva a desarrollar un determinado papel en el teatro de la vida jurídica. Así, este fundo –esta *res exterior*– puede perfectamente dar lugar a uno o varios derechos (*ius–iura*) como la servidumbre de paso o de sacar agua (*iura eundi–iura haurendi*); el usufructo (*ius utendi fruendi*); el *ius aut extollendi*; etc.³⁴.

32. *Topicos*, V, 27. El número arábigo corresponde a la división realizada en la edición bilingüe latino-francesa de La Societé d'Editors *Les belles lettres*, París, 1960, ausente en la edición, también latino-francesa, de Dubochet, *Le Chevalier* y Cía., París, 1850, t. I, que igualmente hemos consultado.

33. *D* 33, 7, 12, 42.

34. La aludida distinción entre bienes corporales e incorporeales proviene de la filosofía por lo que es, estrictamente hablando, ajena al mundo jurídico. En relación a este, conviene no olvidar que en Roma el elemento fundamental es la noción de *acción*, ya que es la posibilidad (o no) del ejercicio de éstas lo que determina la misma existencia del *ius*. En cualquier caso, debe tenerse presente que los *iura* tienen una inequívoca connotación corporal pues existen a partir de la realidad de un bien corporal.

e) *Conducta y res incorporal*

i) Opinión de Kalinowski

Aclarado pues que la caracterización del derecho como una *res exterior* no implica necesariamente su reducción a aquellas cosas propiamente materiales, se torna necesario abordar un punto que ha abierto fuertes polémicas y que tiene por protagonista a las *res incorporales*.

En relación a ellas, Georges Kalinowski llama la atención sobre el hecho de que las proposiciones jurídicas recién mencionadas (el derecho a pasar o a extraer agua de un fundo ajeno; el derecho a percibir los frutos; el derecho a edificar más alto; etc.) se encuentran estructuradas con un verbo en infinitivo. Y como en el lenguaje ordinario el verbo enuncia una acción, parecería lógico inferir de ello que el derecho se ocupa de acciones, o más propiamente, que prescribe acciones. De ser esto así, concluye Kalinowski, la tesis villeyana quedaría refutada ya que el derecho se encontraría más bien abocado a prescribir conductas; él sería, en efecto, *actio* y no *res*³⁵. En apoyo de su punto de vista este autor da varios ejemplos. Veamos a continuación sólo uno de ellos, al cual también aludirá Villey cuando procure refutar esta opinión.

Kalinowski se refiere a la conocida fórmula romana de la *actio in personam*: *Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium Decem Millia dare, facere, praestare oportere*. En su opinión, el sentido de esta fórmula es sencillo: «el pretor requiere al juez que condene a Numerius a dar, hacer o procurar a Aulus tal y tal «cosa» (según el caso) si el juez constata que Numerius debe realmente a Aulus aquello de lo que se trata»³⁶.

35. Cfr «Dialogue à trois voix. Sur le langage respectifs du législateur, du juge et de la loi», (en adelante «Sur les langages...»), *APD*, 1973, pp. 71-3.

36. Cfr *ibidem*, p. 72.

En efecto: ¿a qué se alude, sino es a las conductas humanas, cuando se dice que el juez ha de condenar a Numerius a «dar», «hacer» o «procurar» tal o tal cosa si se dan determinadas circunstancias?³⁷ Por lo demás, al traducir *oportere* por «debe», Kalinowski sitúa a este último dentro del discurso jurídico, actitud que, como también habíamos visto, Villey ex profeso negaba. Para Kalinowski, en efecto, la relación que existe entre el ámbito del ser y el del deber ser es sumamente estrecha, de suerte que ambas contribuyen, a su modo, a la configuración del derecho. De ahí que no exista razón alguna para considerar que «las prescripciones expresadas en el imperativo o en el "modo deóntico" (intervengan) fuera del discurso jurídico, después (o antes) de éste»³⁸. En palabras del propio iusfilósofo franco-polaco, cuando en el ejemplo en cuestión el pretor dice *si paret*, a lo que aspira es a que el juez, ayudado por las partes, constate si el juicio normativo (en sentido deóntico) que expresa la proposición «Numerius Negidius... debe dar, hacer o procurar...», es conforme a la realidad de la aludida relación jurídica. Y si esto es efectivamente así, concluye este autor, «entonces (la fórmula) enuncia el juicio normativo correspondiente, conforme a esa realidad, que como se ha constatado antes, es verdadera»³⁹. ¿Cómo entonces considerar que el deber no forma parte del proceso?

37. Cfr *ibidem*, p. 72.

38. «De l'indicatif...», *cit.*, p. 68.

39. Kalinowski, G., «Sur les langages...», *cit.*, p. 72. A juicio de este autor, *ibidem*, pp. 71-2, la noción de «deber» puede también encontrarse de modo implícito o «metonímico». Es el caso, v. gr., de la fórmula de la acción de reivindicación: *Si paret rem de qua agitur ex iure Quiritum Auli Agerii esse*. Aquí, de lo que se trata es de determinar si la cosa objeto del litigio es (o no), conforme al derecho quirritario, de Aulus Agerius. Y ello porque, a juicio de Kalinowski, al consistir el status jurídico de una cosa en un conjunto de derechos y de obligaciones determinadas por las normas (reglas) jurídicas correspondientes, es de esas normas de las que habla la fórmula en cuestión «bien que de manera global..., sin citarlas, lo que explica que el carácter metonímicamente normativo (deóntico) del lenguaje en el cual es anunciado, pueda no ser detectado a primera vista».

ii) Respuesta de Villey

En opinión de este autor, el punto de vista de Kalinowski no puede prosperar. A su juicio, si bien es verdad que las proposiciones jurídicas incorporales de ordinario se explicitan apelando a un verbo en infinitivo o a un gerundio o, en ocasiones, a un adjetivo, ninguna de ellas posee valor verbal sino que, por el contrario, su sentido preciso es el de un sustantivo. En esta perspectiva no es correcto traducir la expresión *ius eundi* o *ius haurendi* como el «derecho de una persona a pasar o a extraer agua de un pozo de un fondo vecino». Aquí, en efecto, no miramos a una conducta, a un actuar, sino a una cosa, o mejor, a un objeto sustantivo: la posición justa de paso, la situación objetiva que me permite pasar⁴⁰.

En este punto no conviene olvidar que los *iura* de los que estamos hablando no son de la persona, sino que pertenecen la fundo⁴¹. De ahí que, como dice Villey, «la servidumbre no designa el derecho subjetivo de una persona sino más bien una situación pasiva, más exactamente, la relación que une a un fundo con otro; de donde se trata de una realidad objetiva que puede convertirse en relación con el hombre que la aprovecha, en un valor, en una cosa susceptible de utilización jurídica»⁴².

En esta perspectiva, fácil resulta colegir la respuesta de este autor al ejemplo de Kalinowski. Para Villey, los infinitivos *dare*, *facere* o *praestare* no aluden a una acción, sino a una cosa objetiva; a la situación que especifica a quien es deudor o acreedor. Y en idéntico sentido, tampoco *oportere* denota el significado mentado por su contradictor, sino, por el contrario, la situación conforme a derecho. Así, dice el antiguo catedrático de la Sorbona que «en la fórmula de la acción personal se requiere al juez que verifique (*si*

40. Cfr «De l'indicatif...», *cit.*, pp. 81-2.

41. Cfr *D* 8, 30, 20, 3: *Haurendi ius non est hominis, sed praedii est.*

42. «Les Institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif», en *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, Dalloz, París, 1962, pp. 179-180.

paret) el tránsito (el pasaje: *dare*) de diez mil sestercios del patrimonio de Negidius al de Agerius *corresponde a derecho (oportet)*, constituyendo ese *tránsito* una cosa, un activo para el acreedor; cosa incorporeal, impalpable y aleatoria, la cual no puede expresarse más que con la ayuda de un verbo sustantivado. De ahí que «la hipótesis de Georges Kalinowski según la cual el juez recibiría en este caso la misión de buscar si existe un deber para Negidius de cumplir una cierta conducta no puede ser mantenida, debido a la significación romana de *oportere* y de *dare*»⁴³.

f) *La «cosa justa» excluye los bienes espirituales o interiores*

Así las cosas, y si bien es verdad que el jurista galo no reduce el contenido de las *res exteriores*, no es menos cierto que limita considerablemente el «ser» mismo del derecho. Ya se había dicho que Villey priva a las conductas, a las reglas que ordenan éstas y a las prescripciones nacidas *a posteriori* de una sentencia de dimensión jurídica y vimos también que aplica idéntico criterio con relación a los bienes «espirituales» o «interiores». En esta perspectiva, parece adecuado referirse a estos últimos.

¿Cuáles son, en efecto, estos bienes? Nuestro autor alude al amor, al respeto a la persona humana (a su «dignidad») o a la libertad de pensamiento⁴⁴. A su juicio, estos bienes no se «reparten»⁴⁵ (pues carecen de dimensión exterior y por tanto «nadie puede apropiarse de ellos»⁴⁶), no dando pié, entonces, para la realización de un litigio, el cual, en su opinión, es el momento crucial en el que se determina el derecho de cada uno⁴⁷.

43. «De l'Indicatif...», *cit.*, p. 83.

44. Cfr *Précis*, I, p. 66; *Le Droit*, pp. 49-50; *Questions*, p. 125.

45. Cfr *Précis*, I, p. 66.

46. Cfr *Questions*, p. 125.

47. Cfr *Le Droit*, p. 46.

Ahora bien, dejando de lado el tema del amor, que no interesa a los fines de este trabajo, parece difícil negarle estatuto jurídico a la libertad de expresión o a la misma dignidad de la persona. Aquí, es claro que esta opinión en modo alguno puede ser referida a Tomás de Aquino sino, en todo caso, al derecho romano, el cual como es obvio por los antecedentes de Villey, deja sentir su impronta a lo largo de toda su obra⁴⁸.

En la concepción romana la persona no desempeña la función que desde el cristianismo ejerce en la vida y en el derecho occidental. En Roma, en efecto, el individuo no vale en tanto que tal sino en tanto que parte de un estatuto preciso y es sólo en virtud de éste que dispone de un haz de derechos y obligaciones determinados. En tal sentido, es probable que no exista otra expresión que contenga la riqueza gráfica de la voz «persona»: ella es la máscara con la que se visten los actores que han de desempeñar, en el «teatro de la vida», el conjunto de derechos y acciones que le permite su papel: el de *pater amiliae*, el de esclavo, el de liberto, etc. En este sentido, —y sólo en éste— resulta superfluo predicar la idea de la *dignitas hominis* y, por tanto, proyectar a partir de ésta, el derecho a la libertad de expresión, de pensamiento o a la no discriminación por razones de raza, sexo o religión.

Pero si la observación villeyana puede llegar a ser válida en el derecho de la vieja Roma (nos resistimos a aceptarla en su radicalidad), es obvio que no puede —ni debe— aceptarse en nuestro derecho⁴⁹.

En el contexto de lo recién dicho, ya no cabe sorprenderse ante la tajante oposición de nuestro autor en el sentido de que el

48. Véanse a ese respecto sus trabajos en torno de la noción de *ius* en Roma, que marcan el inicio de su actividad investigativa. Una compilación de ellos puede encontrarse, en lengua castellana, en Villey, Michel, *Estudios varios sobre el derecho en crisis*, presentación de A. Guzmán Brito, Ediciones Universidad de Valparaíso, Valparaíso, Chile, 1976.

49. Para una crítica más amplia a esta perspectiva, cfr Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *La filosofía jurídica...*, cit., cap. X, § V, b.

verdadero litigio es aquel que concierne a las cosas –*de rebus*–, mientras que aquel otro tipo de juzgamiento que procura medir las faltas (o delitos) –en suma: las conductas humanas– y atribuirles la correspondiente pena, tiene una importancia menor⁵⁰. Y no cabe sorpresa alguna porque si los bienes interiores (o espirituales) no pueden ser apropiados por otros, es claro que nunca darán motivo a un litigio. Es que ellos, desde la lógica de nuestro autor, no son «derecho»; carecen de la nota de «exterioridad», de «tangibilidad» imprescindibles para que el juez diga –parta y mida– lo suyo de cada uno.

Por lo expuesto y a modo de síntesis, el contenido que Villey asigna al primer analogado del derecho alude a las *res exteriores*, ya corporales, ya incorpóreas: un campo, una pensión, la guarda de un menor, el status de una persona, una obligación, los honores debidos a un cargo público, una acción real, una servidumbre, etc.⁵¹. Sobre estos bienes susceptibles de ser repartidos y, en definitiva, de ser disputados, el juez precisa la parte –el justo medio– de cada uno⁵².

Con estas apreciaciones finales sobre la doctrina villeyana del derecho, pasamos ahora a estudiar el punto de vista de Georges Kalinowski.

B. La postura de Kalinowski

a) El derecho como «conducta»

Para éste ius-filósofo y lógico franco-polaco es muy otra la

50. Cfr *Questions*, p. 126.

51. Cfr a este respecto: *Précis*, I, p. 66; *Le Droit*, pp. 45 y 50 y *Questions*, pp. 125-7.

52. A juicio de Villey, *Précis*, I, p. 67, esta idea de que el derecho es una cosa exterior a *de-terminar* por el juez explica que Aristóteles se haya ocupado, en el corazón mismo del libro V de la *Ética a Nicómaco*, de la moneda, a la que considera, precisamente, un instrumento de medida.

lección que debe extraerse de la lectura de las fuentes clásicas. A su juicio, la estricta noción aristotélica de *to dikaion* se encuentra sintetizada por Tomás de Aquino en una sentencia, dice, «tan lapidaria como rigurosa»: se trata de aquella que inicia la respuesta a la II-II, 57, 2 en la que leemos *ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis*⁵³.

En este sentido, considera Kalinowski que la opinión de Tomás de Aquino no hace más que reiterar la enseñanza aristotélica conforme se desprende de «esta frase extraída precisamente del lugar de la *Etica Nicomaquea* [1131 a 10-13] donde el Estagirita determina aquello que es justo: "si el hombre injusto es desigual y si, por otra parte, la noción de injusticia corresponde a la desigualdad, salta a los ojos que existe también un cierto medio por relación a lo desigual y éste es precisamente lo igual: porque en toda acción donde haya de más y de menos hay también lo igual". Tal como se ve, habando de lo justo, Aristóteles y Santo Tomás piensan no en una *cosa*, en un *objeto* considerado en sí mismo sin referencia a un agente y a su comportamiento respecto de otro, sino en la *acción* por la cual el hombre que la realiza entra en una relación determinada con otro hombre. *Es esta acción la que iguala o no una cierta medida y es por ello justa o injusta...*»⁵⁴.

A la luz de lo expuesto parece claro que, como dice Kalinowski en un antiguo texto en el que ya polemiza directamente con las ideas de Villey, el derecho es una obra (*opus*) «derecha», «adecuada» o ajustada. Se trata de una acción tanto en el sentido de *actum*, esto es, de una acción u obra ya realizada como en el *actio*, es decir, el hecho mismo de realizar la acción justa⁵⁵.

53. «Sur l'emploi metonymique du terme "ius" et sur mutabilité du droit naturel selon Aristote», *APD*, 1973, p. 334.

54. *Ibidem, cit.*, pp. 334-5. Cfr también del mismo autor: «Aristote et Tomas d'Aquin vues para Michel Villey» en *Colloque...*, *cit.*, pp. 61-2 y nota 7.

55. Cfr «Lex et Ius (A propos d'une définition du droit de Michel Villey)», *APD*, 1963, pp. 286-7.

La posición de este autor quien, como se ha visto, cita textos de Aristóteles y Tomás de Aquino (no así del derecho romano, salvo en aquella polémica mantenida sobre la consistencia del discurso jurídico) tiene, no obstante, otros puntos de apoyo. Uno de ellos consiste en advertir que, conforme la enseñanza clásica, las virtudes tienen por objeto acciones y pasiones. En esta perspectiva, sabido es que el derecho es el objeto de la virtud de la justicia, de donde no cabe sino concluir que éste o bien consiste en una acción o bien se trata de una pasión. Pero como no parece lógico atribuir al derecho —desde siempre vinculado a la idea de justicia y de moral y, por tanto, a un actuar libre y razonable— el carácter de pasión, es claro que éste constituye, propiamente hablando, una *acción*⁵⁶.

Por lo demás, concluye este autor, si toda virtud consiste en una cierta disposición mediante la cual la voluntad realiza determinadas acciones, es claro que el derecho, en tanto finalidad de una de esas virtudes, se sitúa en el orden práctico. De ahí que en todo momento procurará perfeccionar las conductas de los sujetos a partir de una constante adecuación de aquellas a sus disposiciones⁵⁷.

Y esto en buena medida explica porqué Kalinowski asigna tanta importancia a la ley. En efecto, si ésta es causa del derecho, es lógico que todas las conductas deben adecuarse al contenido de las leyes, las que, para este autor, consisten en un haz de disposiciones que facultan, autorizan o prohíben realizar determinados comportamientos⁵⁸.

b) *La estructura del lenguaje*

Habiendo fijado el contenido del primer analogado, no debe olvidarse que, al igual que Villey, Kalinowski sitúa su concepción del derecho dentro de una estructura sintáctica.

56. Cfr «Lex et ius...», *cit.*, p. 287. Sobre lo dicho, cfr el análisis de Tomás de Aquino en *ST*, II-II, 58, 9c.

57. Cfr *ibidem*, p. 287.

58. Cfr *ibidem*, pp. 287-8 y «Sur l'emploi...», *cit.*, p. 336.

En el primer autor, siendo el derecho una cosa que se descubre en la realidad de cada caso, el juez, al discernirla, la indica, esto es, la dice, en *indicativo*. El *imperativo*, por el contrario, no forma parte del discurso jurídico en razón de quedar limitado a un momento (anterior o posterior) al del discernimiento del *ius*⁵⁹.

El planteamiento de Kalinowski es bien distinto. En este último sentido advierte que no parece adecuado referirse al lenguaje del derecho sin más, sino que, por el contrario, sería más útil hablar del lenguaje de quienes, en concreto, realizan el derecho. Así, hablar del lenguaje del juez, del legislador o de la ley ayudaría a percibir las diferencias y los puntos de contacto entre dichos discursos y, en consecuencia, a obtener una comprensión más acabada del mismo⁶⁰.

Por ello, en la polémica que mantiene con Villey, este autor pasa a referirse sucesivamente a aquellos lenguajes (más el de las fórmulas de las acciones romanas, aspecto éste último que fué estudiado más arriba). Veamos, pues, la opinión de Kalinowski en torno de los tres primeros tipos de lenguaje.

i) El lenguaje del legislador

En relación con el empleado por el legislador, considera que es un lenguaje claramente «performativo», como se desprende de la lectura de las expresiones que aquel, de ordinario, emplea: «la Asamblea Nacional *decreta, promulga, decide, etc.*». Se trata, piensa Kalinowski, de la consecuencia natural de aquella concepción que considera que los actos legislativos sólo serán cumplidos si se emplean las expresiones «rituales» recién indicadas⁶¹.

59. Cfr «De l'indicatif...», *cit.*, p. 68 y lo dicho anteriormente.

60. Cfr «Sur les langages...», *cit.*, p. 63. Un planteamiento similar aunque para propósitos distintos puede apreciarse en Robles, G., *Introducción...*, *cit.*, pp. 156 ss.

61. Cfr «Sur le langage...», *cit.*, p. 64.

ii) El lenguaje del Juez

No es menos distinta la opinión de este autor en relación al lenguaje del juez. Sin embargo, en este punto, y al igual que lo visto cuando se estudió el lenguaje de las fórmulas romanas, Kalinowski considera que la estructura «normativo-deóntica» del discurso jurídico resulta, en ocasiones, implícito y en otras, explícito. En efecto: decir «el Tribunal, en audiencia pública, rechaza la demanda y dice que cada una de las partes soportará la carga de las expensas por ellas ocasionadas», es colocar a esta sentencia dentro de éste último supuesto, ya que, para este autor, «el indicativo futuro "soportará" tiene el sentido de "debe". En consecuencia, la idea significada por la expresión performativa examinada podría igualmente anunciarse como sigue: "...dice : cada una de las partes debe soportar la carga de las expensas por ellas ocasionadas»⁶².

Decir, por el contrario, «El Tribunal declara prescrita la acción en favor de...» supone considerar la sentencia dentro del primer supuesto porque en este caso si bien la disposición tan sólo expresa que ha modificado un estatuto determinado, implícitamente dicha modificación repercute sobre el conjunto de normas que regula la conducta de los afectados por aquella disposición⁶³.

De cualquier manera, a juicio de Kalinowski no debe perderse de vista que tanto el lenguaje del legislador como el del juez son normativo-deónticos sólo en sentido *metonímico*, ya que las normas no se promulgan mediante el uso de aquellos, sino, por el contrario, por conducto de la ley. En esa perspectiva, si bien ambos lenguajes *sirven* a la exteriorización de las normas (el lenguaje legislativo de forma exclusiva y el del juez, de modo parcial), sólo el lenguaje de la ley es el que promulga a aquellas, de

62. *Ibidem*, p. 66.

63. Cfr *ibidem*, p. 66.

modo que únicamente éste alude a un discurso rigurosamente normativo-deóntico⁶⁴.

Y cómo no podía ser de otra manera, Kalinowski procura abonar su tesis con los ejemplos que Villey suministra para avalar la suya. Así, retoma el supuesto de los bienes gananciales para expresar que si bien, en concreto, «Napoleón no ha tenido nunca el ánimo de darnos ordenes o de intimarnos deberes, ello no es así en *abstracto*, ya que en caso de fallecimiento, la mitad de aquellos bienes irán a las arcas de los herederos del *de cuius*»⁶⁵.

A decir verdad, la argumentación de Kalinowski no es en este caso convincente. A nuestro juicio, las consecuencias de este artículo son claras pero no surgen de él, por lo que no vemos en esa norma más que la *descripción* de una realidad determinada.

Mejor fortuna corre el punto de vista de este autor en relación a otros supuestos dados por Villey. Por ejemplo, en el caso del artículo 373 del CC que atribuye al padre la patria potestad sobre los hijos. Para Villey esta norma tan sólo indica un estatuto determinado; una posición justa; criterio resueltamente replicado por Kalinowski: «Que quiere decir "atribuir un cierto estatus"? ¿No significa eso lo mismo que "imponer al sujeto de derecho ciertas obligaciones positivas o negativas (prohibiciones) y/o dotarlo de ciertas permisiones"?»⁶⁶. Y lo mismo cabe decir de otra expresión también traída por Villey a debate: «El Togo *debe* tres millones de

64. Cfr *ibidem*, pp. 73-4.

65. *Ibidem*, p. 67.

66. *Ibidem*, p. 67. Lo dicho en último término constituye la definición precisa de derecho de Kalinowski, la cual, como lo dice expresamente, *ibidem*, p. 63, engloba la célebre distinción del derecho en «objetivo» y «subjetivo». En el mismo lugar, Kalinowski acentúa su profunda divergencia de pensamiento con Villey al expresar que el derecho entendido al modo villeyano sólo es tal por metonimia: «el recibir mil francos de Pedro en concepto de ejecución de la deuda (puede decirse) por metonimia, pero solamente por metonimia que, en ese caso, los mil francos constituyen precisamente lo justo».

francos a Francia». Una vez más, dicho autor dirá que ésta frase sólo constata una realidad: la de dos naciones que tienen una posición objetiva distinta (una deudora; otra acreedora) pero de la que no es posible deducir que una de ellas, efectivamente, vaya a abonar la deuda y la otra a cobrarla⁶⁷. La respuesta de Kalinowski se alinea en la ya dicha: «...¿no es esta constatación, precisamente la reafirmación del estatus de deudor, el cual como todo estatus jurídico, está constituido por un conjunto de obligaciones y/o de permisiones?»⁶⁸.

La posición de Kalinowski, expuesta a la luz de este permanente «contrapunto» con la opinión de Villey, creemos que queda clara. Y en este sentido no conviene olvidar que si bien él reconoce que, por diversas razones (psicológicas, retóricas u otras), la estructura sintáctica de las normas jurídicas, en general, no responden al modelo normativo-deóntico⁶⁹, no ocurre lo mismo con el contenido de ellas, el cual sí responde de forma inequívoca a aquel sentido⁷⁰.

67. Cfr «De l'indicatif...», *cit.*, p. 62.

68. «Sur les langages...», *cit.*, p. 68. A nuestro juicio, en los tres últimos ejemplos coexisten de forma implícita tanto una dimensión deóntica cuanto una meramente descriptiva. En esa misma dirección parece apuntar el trabajo de A. D'Ors, «Los imperativos legales», *La Ley*, Madrid, 1980, pp. 1017-25 (cfr en especial p. 1017). Este tipo de proposiciones -que creemos son las más frecuentes- pueden ubicarse dentro de las que Jean-Louis Gardies llama «proposiciones mixtas». Confróntese a este respecto el trabajo de éste último autor, «Système normatif et système du droit», *APD*, pp. 75-87 que, pensamos, permite sortear con éxito el «impasse» que dejan las posturas recién estudiadas.

69. A pesar de éste reconocimiento, Kalinowski considera que no son pocas las disposiciones jurídicas estructuradas en una sintaxis normativo-deóntica, como procura demostrado a la luz de una serie de artículos del CC, según él, *ibidem*, p. 71, descubiertos «al azar».

70. Cfr *ibidem*, pp. 70 y 73-4.

IV. NUESTRA OPINION A LA LUZ DE LOS TEXTOS DE TOMAS DE AQUINO

a) *Introducción*

No se nos escapa que a lo largo de las páginas precedentes se han ido planteando dudas que parece oportuno resolver. ¿Cómo se explica que dos autores que dicen abreviar en fuentes idénticas tengan tan disímiles puntos de vista? Una primera respuesta atinaría a decir que alguno de los dos no ha interpretado adecuadamente el pensamiento de sus fuentes, en especial, de aquella más citada: Tomás de Aquino. Otra podría incluso arriesgar que ninguno de los dos ha acertado en este punto. En cualquier caso, creemos que no queda otra solución que otear en los textos del Aquinate con el fin de echar cierta luz sobre esta materia.

De momento, conocemos dos textos y ambos aparentemente contradictorios porque ellos constituyen el punto de arranque de los razonamientos de nuestros contradictores. Villey, quien postula que el derecho es la misma «cosa justa», alude a un célebre pasaje de la II-II, 57, 1, ad 1. Por su parte, Kalinowski, para fundamentar que el derecho en su primer analogado es la conducta o acción humana, acude a otro pasaje, no muy distante del anterior: el de la II-II, 57, 2c.

Ante esto, quizá la pregunta antes formulada deba replantearse: ¿Puede deberse el origen de las mencionadas discrepancias a la poca claridad del propio Tomás de Aquino? Para nosotros, no debe perderse de vista que el Aquinate es un teólogo y no un jurista y que si reflexiona sobre el derecho lo hace pura y exclusivamente porque éste es el objeto de una virtud. Como certeramente expresa Graneris, «para él no hay una sección o angulo de la actividad humana que no gravite en torno de (alguna de ellas)»⁷¹. El Aqi-

71. Graneris, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1976, trad. Celina Létora Mendoza, pp. 19-20.

nate debía, pues, ocuparse de las virtudes y así lo hizo, pero siempre con un móvil que trascendía largamente –v. gr. en el caso de la virtud de la justicia– a lo jurídico. De ahí que, a nuestro juicio, la aproximación aquinatense a estos temas no se realiza con el ánimo de «agotarlos», con el propósito de dar una respuesta definitiva a ellos.

Con lo dicho estamos lejos de afirmar que lo expuesto en el Tratado de la Justicia carece de rigor científico, aunque sí pensamos que explica el poco celo del teólogo napolitano en el uso de la terminología, celo que, no lo dudamos, debe estar muy presente en sus estudios teológicos. Por ello, sólo si se tiene presente esta perspectiva es posible interpretar como un todo armonioso –y creemos que el Tratado de la Justicia lo es– opiniones aparentemente tan disímiles como las que leeremos a continuación.

b) *La posición de Tomás de Aquino*

En el Tratado de la Justicia, Tomás de Aquino además de en el ya citado texto del art. 1, ad. 1 de la cuestión 57 se refiere al derecho como «cosa justa» en el *corpus* de ese artículo; en la cuestión 58, 9 y antes, en el *Comentario* a la *Etica Nicomaquea*, § 918. Por el contrario, alude al derecho como «acción» en el también antes citado texto de la cuestión 57, 2c o en la 58, 2c.

Sin embargo, la lectura de los textos aquinatenses nos presenta otra realidad: la de considerar al derecho tanto como una «cosa», cuanto como una «acción»⁷². Esta postura parece más convincente,

72. *ST*, II-II, 58, 1c: «...es necesario que la justicia se defina por el *acto* bueno que tenga por objeto la materia propia de la virtud». Este pasaje es comunmente invocado por quienes consideran que el derecho es una acción. Sin embargo, estos autores parecen ignorar lo que sigue a continuación: «Ahora bien, la justicia versa propiamente, como sobre peculiar materia, acerca de aquellas *cosas* que se refieren a otro»; *ibidem*, 58, 8: «Y, por lo tanto como la justicia se ordena a otro, no tiene por objeto toda la materia de la virtud moral, sino *solamente las acciones y cosas exteriores*, conforme a cierta razón especial

no sólo porque se encuentra reflejada en un mayor número de supuestos, sino porque además tiene un talante conciliador, integrador de realidades que en modo alguno son antitéticas sino que forman parte inseparable de una misma y compleja realidad: la realidad del derecho.

Este pensamiento ha sido puesto de manifiesto por Hervada con estas certeras palabras: «Lo suyo es la cosa...¿que tipo de cosa? Aquí los términos vuelven a ser amplios. Pueden significar bienes o males (v.gr. una pena por causa de un delito), puede tratarse de cosas corporales o incorpóras (v. gr. la buena fama o un cargo), puede ser una persona (v. gr. el hijo), una actividad humana (trabajo, gestión, etc.), puede ser un animal o conjunto de animales o puede ser una cosa en sentido estricto. Los términos engloban todo aquello sobre lo que el hombre puede decir *mío, tuyo, suyo*, siempre que pueda ser objeto o contenido de relaciones inter-humanas (...) y por tanto de ellas se pueda predicar el derecho»⁷³. A nuestro juicio, el razonamiento de Hervada se inscribe dentro del mejor espíritu aquinatense ya que la noción de derecho en Tomás de Aquino tiene el mérito de ser el resultado de una aproximación polifacética –y por tanto enriquecedora– a la realidad jurídica.

En efecto, a nuestro entender –y a mero título de ejemplo– en la 57, 1c el derecho es estudiado como *objeto de la justicia*, como «el

del objeto, esto es, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro»; *ibidem*, 58, 10: «Pero la materia de la justicia es la *operación exterior, en tanto que esta misma, o la cosa de que se hace uso*, tiene respecto de otra persona la debida proporción»; *ibidem*, 58, 11: «Según lo ya expuesto, la materia de la justicia es la *operación exterior, en cuanto que ésta misma, o la cosa que por ella usamos*, es proporcionada a otra persona, a la que somos ordenados por la justicia»; *ibidem*, 61, 3: «la justicia tiene por objeto ciertas operaciones exteriores...que consisten en el uso de *realidades exteriores: cosas, personas u obras*». Enfatismo añadido. Aquí se ve con claridad que la materia de la justicia son «realidades exteriores» y que esas realidades pueden ser, en ocasiones, personas, cosas u obras, como lo aclarará de inmediato Tomás de Aquino con ejemplos inequívocos.

73. Hervada, J., *Introducción crítica al derecho natural*, Eunsa, Pamplona, 1981, pp. 39-40.

término del acto de ésta». La perspectiva de análisis es el derecho como tal, como «igualdad proporcional», como la misma «cosa justa», casi abstraído del acto de justicia que lo produce. Sin embargo, este modo de aproximación al derecho no se repite, v. gr., en la 61, 3c. Allí nos parece que el Aquinate estudia esta realidad desde el ángulo del *acto de justicia*, es decir, desde la perspectiva de las operaciones exteriores que se refieren a una materia específica —el derecho—, el cual en este supuesto, ya no es la misma «cosa justa» sino, de un modo más explícito, cosas, personas u obras.

Aquí resulta evidente una mayor especificación del derecho, la que viene dada por el énfasis en las diversas operaciones o acciones (distribución o conmutación) propias del acto de justicia. Y así, expresa Tomás de Aquino, dichas operaciones existen cuando, en relación a las cosas, «uno, por ejemplo, quita o restituye a otro un objeto suyo»; en relación a las personas cuando «...alguien injuria personalmente a un hombre, hiriéndole o afrentándole, o también cuando le tributa reverencia» y finalmente, en relación a las obras, «cuando alguno exige de otro lo que es justo o presta a otro algún servicio»⁷⁴.

Como puede apreciarse, si bien no está en el ánimo del Aquinate el realizar un estudio definitivo de este tema, es claro que de la aproximación que hace al mismo quedan a salvo de forma más que satisfactoria las dos facetas que, a nuestro juicio, asume el derecho: la de *cosa* (siempre en sentido de posición o situación justas) y la de *acción*⁷⁵.

74. *ST*, II-II, 61, 3c.

75. Esta nos parece que es la interpretación de John Finnis si bien éste no desarrolla el tema. Cfr *Natural law and natural rights*, Oxford University Press, New York, 1980, pp. 206 y 208 donde expresa que en Tomás de Aquino *ius* significa (p. 206) *acts, objects, and states of affairs, considered as subject-matters of relationships of justice*.

c) *El supuesto de la obligación*

El que estas dos realidades impregnan la vida del derecho parece claro si tomamos, por ejemplo, un tema central del mundo jurídico: el de las obligaciones. ¿Cómo negar dimensión jurídica a la conducta, en las obligaciones «de hacer»? ¿que decir de las obligaciones contraídas *inuititae personae*, cuyo ejemplo paradigmático es el escultor o pintor que incumple su tarea? ¿cómo negar la trascendencia de la conducta cuando se estudia la resolución de un contrato?⁷⁶ ¿cómo soslayar en el derecho Penal el campo de la intención? Y si giramos el ángulo de estudio: ¿que decir de las obligaciones de «dar»?; ¿de la remuneración debida a un funcionario público? ¿no significa dicha remuneración la misma «cosa justa» del funcionario?

Y en este punto vuelve a contemplarse la permanente –casi inescindible, diríamos nosotros– comunicación que existe entre estos dos significados del derecho ya que, como con acierto dice José Antonio Doral, la obligación de «dar» siempre termina en una obligación de «hacer»: ¿o no debe el Tesoro Público una conducta (un hacer) toda vez que paga (da) la remuneración del funcionario? Aquí, como es evidente, el derecho puede ser ya una «cosa», ya una «acción», según el punto de vista desde el que se lo contemple, de donde se comprende el acierto de Tomás de Aquino al enfocar el estudio del derecho desde perspectivas diferentes. Así, *si se tiene presente al Estado, el derecho de éste es la conducta del*

76. Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo español, para que proceda la acción resolutoria deben reunirse dos requisitos: que se haya roto el sentido del contrato (razón objetiva) y que la actuación del incumplidor haya demostrado una inequívoca voluntad de no cumplir (razón subjetiva). Por lo demás -y ya que se menciona al contrato- conviene no olvidar que el derecho de cada uno en cualquiera de ellos no son sólo cosas materiales, sino acciones o expectativas, elementos éstos últimos que, es claro, suponen -de alguna manera- conductas. Villey no puede decirse que ignore este aspecto pero sí que no alude a él con la insistencia que fuera de desear.

funcionario, la que deberá ser «ajustada»⁷⁷, de forma de no extralimitarse en el ejercicio de ella ni incumplir las funciones a las que se ha comprometido. Por el contrario, si observamos la realidad jurídica *desde el punto de vista del funcionario, vemos que para éste el derecho es la cosa debida* en razón de un contrato o pacto específico. En este supuesto es claro que el derecho será la remuneración, es decir, la cosa objetiva que no podrá ser mayor o menor a lo estipulado. Y tratándose de una cosa debida es claro que está henchida de juridicidad.

d) *La etimología de ius*

Esta doble consideración del derecho en su sentido más propio armoniza, además, con la enseñanza que la etimología nos lega de la voz *ius*. Así, la idea del derecho como *cosa*, en el sentido de estatuto o posición justa antes estudiados parece clara del siguiente comentario de Benveniste: «la noción de *ius* admite estas dos condiciones. Una es la *situación* de hecho marcada por el derivado *iustus* en las expresiones *iustae nuptiae*, "justas nupcias"; *iusta uxor*, "esposa legítima", es decir conforme al estado de *ius*. La otra es señalada por la expresión *ius dicere*: aquí *ius* significa "la fórmula de normalidad", que prescribe a qué hay que conformarse. Tal es el fundamento de la noción de "derecho" en Roma»⁷⁸. Y en relación a ésta última característica, luego de recordar que el *ius* es una fórmula que emana de quien tiene *auctoritas*⁷⁹, el autor concluye con esta sugestiva referencia: «lo constitutivo del "dere-

77. *ST*, II-II, 57, 1c.

78. Benveniste, E., *Vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Taurus, Madrid, 1983, versión castellana de Mauro Armijo, p. 305. Enfasis añadido.

79. «Hay fundamento, dice Benveniste, *ibidem*, p. 306, para considerar que en general *ius* es una fórmula y no un concepto abstracto: *iura* es una recopilación de las sentencias de derecho (...). Estos *iura* como las *dikai* o como los *thémistes*, son formulas que enuncian una decisión de autoridad».

cho" no es hacerlo sino siempre pronunciarlo: *ius* y *dicere*, *iu-dex*, nos llevan a esta relación constante. Al tiempo que *ius*, el verbo *dicere* exige fórmulas judiciales tales como *multam (dicere)*, "multa"; *diem (dicere)* "día de audiencia". Todo ello se deriva de la misma autoridad y se expresa en las mismas locuciones. Por mediación de ese acto de habla, *ius-dicere*, se desarrolla toda la terminología de la vida judicial: *iudex*, *iudicare*, *iudicium*, *iurisdictio*, etc.»⁸⁰.

Al mismo tiempo, la acepción del derecho entendido como conducta encuentra a nuestro juicio su punto de apoyo en el vínculo que une a *ius* con *sacramentum* gracias al nexo *iurare*. A juicio de Benveniste «partiendo de *ius*, fórmula que fija la norma, el modelo, se definirá *iurare* como "pronunciar el *ius*" y el *ius* debe pronunciarse *in uerba alicuius qui praeit*, "en los términos que el que precede ha indicado"», de donde «al término de éste análisis, encontramos en *iurare* confirmación de lo que el exámen propio del *ius* nos había enseñado: que *ius* designa una fórmula: aquí la fórmula que enuncia la conducta que el firmante mantendrá, *la regla a la que deberá conformarse*»⁸¹. Y en esta perspectiva, concluye Benveniste, el *ius* «es un concepto no sólo moral, sino ante todo religioso, de donde la palabra extrae su valor: la noción indoeuropea de conformidad con una regla, de condiciones a cumplir para que el objeto (persona o cosa) sea aceptado, para que cumpla su oficio y tenga toda su eficacia»⁸².

80. *Ibidem*, p. 306.

81. *Ibidem*, p. 308. Énfasis nuestro.

82. *Ibidem*, p. 309.

V. CRITICA A LA REDUCCION DEL DERECHO COMO "COSA JUSTA" DE VILLEY

a) *Introducción*

A partir de lo recién expuesto, parece oportuno realizar una valoración crítica de los autores aquí estudiados. Así, el razonamiento villeyano merece, a nuestro juicio, alabanzas y críticas ya que si la consideración del derecho como aquella «cosa justa» que, en armonía con la tradición romana, alude tanto a las cosas corporales como a las incorporales, es plausible, quedan fuera de este análisis algunos aspectos a nuestro entender insoslayables.

b) *El tema de la conducta*

El primero que quisiéramos señalar es la negativia villeyana a considerar que la conducta humana pueda formar parte de la materia de la justicia. A nuestro juicio, en esta determinación juega un papel relevante la distinción villeyana entre el derecho y la moral. En efecto, para nuestro autor la conducta alude propiamente a ésta y es siempre subjetiva, de donde resulta superfluo encuadrarla dentro de una perspectiva jurídica. Por el contrario, el derecho es tal por su palpable «exterioridad», la cual lo torna una realidad eminentemente «objetiva», más allá de las intenciones o de los comportamientos de las partes de una determinada relación jurídica⁸³.

Esta consideración trasunta una evidente coloración romanista aunque no por ello resulta sencillo encuadrarla dentro del espíritu global del pensamiento clásico, si es que dentro de este aspiramos

83. Cfr *La formation de la pensée juridique moderne*, Montchrestien, París, 1975, p. 43; «La filosofía...», *cit.*, pp. 72 y 74; «De l'indicatif...», *cit.*, pp. 55. 58 y 65; *Précis*, I, pp. 72. 101-2. 123-4; *Le Droit*, p. 49.

a incluir los textos aquinatenses antes mencionados, como es claro que constituye el propósito de Villey.

Lo dicho en primer término se justifica porque la tradición jurídica romana supo trazar un límite firme entre el derecho y la moral, quitando relevancia al aspecto subjetivo de la conducta y, en general, a la conducta en tanto que tal. Lo determinante en esa perspectiva fue más bien el precisar la posición objetiva en la que se encontraba la persona a raíz de un acto que lo ha tenido como agente o paciente, ya que es en virtud de aquella que dispondrá (o no) de una acción para hacer valer el específico *ius* en juego en esa circunstancia.

Y es precisamente munido de estos criterios con los que nuestro autor se aproxima a la *Suma*. Esto es claro si se tiene presente la interpretación villeyana de un texto decisivo: el de la II-II, 61, 3c. El jurista galo se ocupa de él a raíz de una polémica que mantiene con el profesor de Oxford John Finnis y en la que luego de reconocer que «Santo Tomás se ocupa mil veces más de la *virtud* interna de la justicia, del *actuar* justo, de las *operaciones* justas que del derecho (*de iure*)», expresa de forma tajante: «la materia de la justicia puede, en efecto, ser situada ya sea en las *operationes exteriora* (en cuyo caso constituye el punto de estudio del moralista); ya sea en las *res exteriora* (en cuyo supuesto, adviene como objeto de estudio del jurista)»⁸⁴. Este apartamiento que realiza Villey de las operaciones o del actuar justos del horizonte jurídico se reitera en su análisis de la II-II, 58, 8c, en la que, para abonar su tesis que es mediante las cosas —y sólo ellas— que los hombres se unen entre sí, cita parte del texto en latín como sigue: *exterioriores res quibus sibi invecem homines communicare possunt*⁸⁵.

Sin embargo, a nuestro juicio esta interpretación se encuentra muy lejos de ser coincidente con el pensamiento de Tomás de Aquino. En este autor, además de la tradición romana, intervienen

84. «Dialogue à trois voix. Bentham et le droit naturel classique», *APD*, 1972, p. 431.

85. Cfr *Questions*, p. 129.

otras fuentes que otorgan a la conducta, en tanto que acto exterior, una relevancia jurídica indudable. De ahí que del juego armónico de esas fuentes (derecho romano y cristianismo) el Aquinate considere que la materia de la justicia puede recaer tanto sobre las cosas cuanto sobre los actos exteriores y que, en ningún momento, realice el *distingo* que pretende Villey⁸⁶. Más todavía: a nuestro modo de ver, la distinción aludida rompería la estructura nuclear de la *Suma* ya que ésta, en tanto obra teológica, está henchida de moralidad y tanto más en el caso que nos ocupa, donde como vimos en su momento, derecho, justicia y moral forman parte de un todo inescindible, aunque perfecta y necesariamente distinguible. Cosas y acciones exteriores forman, pues, parte inseparable de la materia de la justicia y de la tarea del *ars iuris*.

A la luz de lo dicho: ¿que decir, de los análisis villeyano de los textos recién mencionados? Sucintamente responderemos que en el caso de la II-II, 58, 8c la cita es incompleta ya que nuestro autor omite la primera parte de la oración, la cual alude a las acciones exteriores como materia de la justicia⁸⁷. En lo tocante a II-II, 61, 3c, la interpretación vuelve a ser parcial porque como vimos antes, la riqueza del tratamiento dado a este punto por Tomás de Aquino reside en los distintos ángulos desde los que lo analiza. Aquí, es claro que parte de las operaciones o acciones (en suma, de la conducta), pero no se queda en ella sino que su análisis se extiende a las distintas realidades sobre las que opera y que van a determinar lo suyo de cada cual: cosas, personas u obras. Que todo este tema interesa al ético no hay duda, pero que ésta cuestión sea de su exclusiva incumbencia parece contradecir el planteamiento aquinate hasta aquí desarrollado.

86. Cfr sobre esto Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato, *La filosofía jurídica...*, cit., caps. VI, § I, A y VII, § I.

87. La oración se inicia así: *...sed tamen per exteriores actiones et per exteriores res...* (la cita de Villey, comenzaba, conforme lo dicho, solo con las dos últimas palabras...).

c) *El tema de los «bienes interiores»*

Otro aspecto en el que también advertimos que primaba una clara impronta romanista fue en la negativa a reconocer entidad jurídica a ciertos bienes (como la dignidad de la persona; la libertad de pensamiento y de expresión; etc.) y que Villey denomina «interiores» o «espirituales».

En este punto, el autor no acude a citas del Aquinate, lo cual es lógico en razón de la dificultad de encontrar en el *corpus* aquinate, un apoyo explícito a su tesis. Estas se limitan a vertebrar su teoría a partir de la realidad del mundo romano, a estas alturas, a nuestro juicio, difícilmente defendible.

En efecto: ya se ha dicho que el derecho de la vieja Roma parte de la consideración del distinto papel que cumplen personas y cosas en el teatro de la vida. Se trata de un derecho de situaciones y posiciones específicas, en función de las cuales se ejercen las acciones determinadas a que dan lugar los correlativos derechos. En él la regla es, para llamarla de algún modo, la *especialidad*, las *diferencias* entre status determinados. Y en este sentido, v. gr., nada más caro al derecho romano —y a la antigüedad toda— que la distinción entre extranjeros y ciudadanos (sólo tardíamente relativizada por corrientes de pensamiento más universalistas⁸⁸).

Es verdad que en Tomás de Aquino —por influencia del cristianismo— esas distinciones son sensiblemente matizadas, pero tampoco puede colegirse de ello la existencia, en aquel entonces, de un derecho a la libertad de expresión en los términos en los que ahora nos son conocidos.

88. La distinción entre el derecho quirritario y el de extranjeros de que da cuenta todo el derecho romano es un lugar común de la antigüedad. Sabida es, en Grecia, la importancia del ostracismo y en esta línea se encuentra el análisis aristotélico de la *amistad*, la que encuentra su sentido más propio en la polis. Sobre la ausencia de una noción más universal en Aristóteles, cfr la crítica de Finnis, J., *op. cit.*, pp. 147-150.

Con todo, desde la misma lógica argumentativa de la escuela del derecho natural clásico, la opinión villeyana nos parece que no puede prosperar. ¿Cómo pensar que el respeto a la persona humana es un bien «interior», carente de una realidad perfectamente detectable en la vida de las personas? ¿Sería posible concebir la convivencia pacífica entre los hombres si la piedra de toque de ésta no fuera el deber inviolable de respetar al «otro»? *Este débito es, en sí mismo, un derecho*: lo justo que corresponde a toda persona en razón, diría Hervada, de su propio ser «personal»⁸⁹.

Y ese derecho-deber (sin el cual la vida en sociedad sería inviable) goza de una indudable *exterioridad*, pues puede ser —de hecho ha sido y es— cegado. ¿O es que el derecho a ejercer la libertad de pensamiento no ha sido practicado, de modo claro e inequívoco, en todas la épocas y también, desgraciadamente, limitado y conculcado —con actos tan *exteriores* como *violentos*— en todos los tiempos?. Y en este punto no tiene relevancia el hecho de que la dignidad humana no sea una noción estrictamente jurídica ya que la no-discriminación, la libertad de expresión, de pensamiento o de asociación son manifestaciones ciertamente jurídicas que se derivan de ella y que quedan, con todas su peculiaridades, a la consideración de todos. Y aquí resalta la importancia del jurista ya que a éste cabe la función de reglamentar esos derechos (que son lo *suyo* de todo ciudadano) y, por ese medio, de garantizar la posibilidad —al menos teórica— de su adecuado cumplimiento.

VI. CRITICA A LA REDUCCION DEL DERECHO COMO "CONDUCTA" DE KALINOWSKI

El jurista franco-polaco extrae su opinión fundamentalmente de dos textos del Aquinate (II-II, 57, arts. 1 y 2) y de un pasaje del

89. Hervada, J., *Introducción...*, cit., pp. 63 ss.

Estagirita (EN 1131 a 10-14) aunque, a nuestro juicio, ninguno de ellos avalan completamente la tesis de este autor.

Si tomamos el texto más citado por Kalinowski (el de la II-II, 57, art. 2), vemos que esta obra (*opus*) que es el derecho o lo justo tiene siempre un límite objetivo: la *aequalitas* que es lo que da la medida de lo justo, o, en otras palabras, lo que constituye lo justo en sí mismo que la *opus* debe realizar. Y lo mismo creemos que acontece con el texto de Aristóteles que a continuación se transcribe: «si el hombre injusto es desigual y si, por otra parte, la noción de injusticia corresponde a la desigualdad, salta a los ojos que existe también un cierto medio por relación a lo desigual y éste es precisamente lo igual: porque en toda *acción* donde haya de más y de menos hay también lo igual»⁹⁰. Kalinowski omite sin embargo el párrafo siguiente de este pasaje, el cual a nuestro entender aclara la idea recién transcrita y relativiza, en buena medida, su opinión: «Por tanto, si lo injusto es desigual, *lo justo es igual*, cosa que, sin necesidad de razonamiento, todos admiten». En efecto, para nosotros todo el eje de éste párrafo gira en torno de una realidad objetiva (lo igual y su opuesto, lo desigual) y no, como parece entenderlo Kalinowski, a partir de la noción de acción. Esta, por el contrario, sólo interviene para advertirnos que, en ocasiones, se da lo más, lo menos, o lo igual, pero no para decirnos —y he ahí lo decisivo— que lo igual sea la acción. Así las cosas, parece claro que lo justo —el derecho— es lo igual, en tanto que —y aquí se abre campo la interpretación— a la acción queda reservada el papel de mero instrumento gracias al cual se puede alcanzar lo igual toda vez que se dé la *medida justa*, ni más, ni menos.

¿Como se entiende entonces la postura de Kalinowski, según la cual «es esta acción la que iguala o no una cierta medida y es por ello justa o injusta...»?⁹¹. Esta perspectiva es parcialmente acertada

90. EN 1131 a 10-14 (traducimos conforme a la versión francesa de Gothier y Jolif, que es la empleada por Kalinowski). El subrayado es de ese autor.

91. «Sur l'emploie...», *cit.*, p. 335.

porque a la hora de concretar lo «justo» la presencia del obrar humano es fundamental. Sin embargo, no se agota en ello la realidad del derecho. El fenómeno jurídico es, a nuestro juicio, más complejo ya que no debe perderse de vista que una cosa es el derecho, lo que se debe en razón de un título cualesquiera y otra el hecho de dar esa cosa que se debe. Esto último supone una acción y se inscribe dentro del mundo de las virtudes, las cuales, conforme a lo antes dicho, se refieren a acciones o pasiones. En concreto, el «hecho de dar» al que nos estamos refiriendo alude a la virtud de la justicia particular, la que según la célebre fórmula romana consiste en «dar a cada uno su derecho». Virtud y objeto marchan juntos pero no son sinónimos. En nuestro caso, la virtud de la justicia particular *sigue* al derecho⁹² de donde el acto que la corona será tal cuando cumpla lo debido.

Y este es, creemos, el punto de confluencia a partir de cuya consideración podremos superar las posiciones antagónicas hasta aquí estudiadas. En efecto, las acciones, como ya lo reconocía Aristóteles, pueden dar de más o de menos y en ese caso no ser derecho, ora por exceso, ora por defecto. ¿Qué es, pues, lo determinante? ¿la acción por la que se iguala una medida y en cuyo caso se ve que la acción no es *per se* lo justo, o la medida que es en sí misma lo igual? A nuestro juicio el derecho sólo se realiza cuando se reúnen ambos requisitos.

Con todo, si desde un punto de vista teórico es dable considerar como lo suyo de cada uno a la «misma cosa justa» (en el ejemplo de Kalinowski los mil francos que debe Pedro) no puede considerarse como derecho a la conducta de Pedro hecha abstracción de las circunstancias, ya que la acción del deudor no satisface el derecho si llega a abonar a su acreedor novecientos o mil cien francos. En este contexto, parece claro que no es posible llamar como hace este autor a los mil francos «derecho en sentido metonímico», porque sin un conocimiento acabado de ese aspecto de la

92. Hervada, J., *Introducción...*, cit., p. 25.

realidad jurídica es imposible dar con la solución justa. De ahí que si nos situamos en la perspectiva de la conducta, sólo podemos decir que ella es justa cuando, al mismo tiempo, conocemos el otro aspecto, es decir, la cosa que debe darse. Sólo así tendremos ante nuestros ojos el todo del derecho.

A la luz de lo recién expuesto, parece claro que el pensamiento de Kalinowski no sólo peca por defecto sino que, además, no parece armonizar con las fuentes que cita, que, como se ha visto, consideran estos dos elementos como un todo inescindible. Y esto es incluso más diáfano en el texto de la II-II, 57, 1c que Kalinowski para nuestra sorpresa cita a pesar de no precisar el lugar específico al que se refiere.

VII. CONCLUSION

A nuestro juicio, a partir del análisis hasta aquí efectuado, la tesis central de los autores (para Villey el derecho entendido como la «misma cosa justa»; para Kalinowski, el derecho concebido como «acción» o «conducta») siendo en sí misma correcta, no es, empero, definitiva, ya que adolece de omisiones que la aludida confrontación ha pretendido poner de relieve.

En punto a esto último, parece oportuno corroborar la intuición de Kalinowski en el sentido de que esta tenaz polémica mantenida por casi treinta años con su «estimado colega y amigo» (como gustaba denominarlo⁹³) ha logrado aclarar sensiblemente los aspectos discutidos, los matices del tema y los aciertos –a nuestro juicio parciales– de quienes participaron en él. Por ello, nuestra propuesta ha querido integrar opiniones divergentes formuladas a partir de textos comunes ya que, pensamos, no tiene mayor sentido señalar el número de veces que Tomás de Aquino alude al derecho

93. Cfr «Sur le langage...», *cit.*, *passim* y, muy especialmente, «Aristote et Thomas...», en *Colloque*, *passim*.

como «cosa», como «acción» o como ambas a la vez. Lo importante es asumir, en la medida de lo posible, el espíritu del Aquinate en armonía con el cual puede concluirse, con cierto aplomo, que la solución correcta es la mencionada en último término. Y este resultado creemos que podría extrapolarse a los autores aquí glosados, quienes se encuentran inmersos en una polémica que, nos atreveríamos a decir, les impide explícitamente aceptar la perspectiva del contrario, la cual, en el fondo, no tendrían problemas de admitir. Esto explica la negativa de Villey a admitir que la conducta forma parte del mundo jurídico⁹⁴ o la concesión, casi graciosa, de Kalinowski de que los mil francos debidos por Pedro son lo justo sólo en atención a las circunstancias del caso⁹⁵.

Pero, como dijimos antes, de la radicalización de ciertas posturas puede percibirse con mayor facilidad en que puntos están en lo cierto y en cual yerran. Y es este el caso de los autores recién citados quienes nos dejan, al término de éste estudio, una doble perspectiva del primer analogado del derecho —la *cosa* y la *acción*— y ambas en el marco de una *relación* que es donde éste nace, transcurre sus vicisitudes y, finalmente, si cabe, muere⁹⁶. Cual de los dos sea el aspecto que finalmente prime es un punto que, según como se enfoque la relación, se habrá de determinar. En cualquier caso no creemos que este aspecto sea decisivo, o, al menos, no

94. Cfr especialmente «De l'indicatif...», *cit.*, p. 55.

95. Cfr «Aristote et Thomas...», *cit.*, p. 62, nota 7. Pero: ¿es que cabe otra solución?

96. Por ello no parece acertado el razonamiento de Kalinowski, expuesto en «Sur l'emploi...», *cit.*, p. 335 en el sentido de que si se considera al derecho como cosa, se estaría haciendo abstracción de la *relación* que supone la deuda, en virtud de la cual alguien da (acción) lo que debe a otro. Soaje Ramos en «Sobre la politicidad del derecho», *Boletín de Estudios Políticos*, 9, Mendoza, 1958, p. 78, *cit.* por Massini, C. I., «La categorización del derecho según Santo Tomás» en *El derecho...*, *cit.*, p. 21, abona esta tesis aunque con una argumentación diferente: dice, en efecto, que siendo lo determinante la *acción* por la que se paga la deuda -lo cual supone de suyo la *relación* - la cosa (en su ejemplo, un automóvil) es apenas *materia remota* del derecho.

creemos que lo sea desde una postura –como la nuestra– más bien crítica al excesivo celo por las sistematizaciones y más próxima, por consiguiente, al pragmatismo de dilucidar, en cada caso, el «derecho justo»⁹⁷.

97. Sobre la idea del «derecho justo» cfr entre otros Stammler, R., *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Halle, 1926; Kaufmann, A., «Sentido actual de la filosofía del derecho», *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, nº 12, 1972, pp. 7 ss., trad. A. Ollero; Larenz, K., *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechethik*, Beck, München, 1979.