

**JULIO RAÚL MÉNDEZ**

*Universidad Católica de Salta*

*Universidad Nacional de Salta*

*Pontificia Academia S. Tomás de Aquino*

## **Sobre la ontología del derecho**

**Resumen:** Habitualmente se da por supuesta la noción de derecho, como si todos entendieran lo mismo y como si fuera algo ya sabido. Pero no es así. El artículo se detiene en dos temas. En primer lugar, en determinar el contenido esencial de lo jurídico. Sobre esto el debate se da entre dos concepciones: el descriptivismo y el axiologismo. En segundo lugar, en identificar dentro de la pluralidad de significados nocionales del derecho cuál sea al que le corresponda la primacía. Esto último en el marco de la comprensión de esa pluralidad como un plexo analógico, en el cual se busca el primer analogado.

### **On the ontology of law**

**Abstract:** Usually, we take for granted the concept of law, as if everyone has the same understanding of the concept and everything is understood. However, that is not the case. This paper examines two points. The first is the essential content of what is law. Under this first point it will consider the debate between “descriptivism” and “axiologism”. The second point attempts to identify which of the plurality of senses of the term law is the primary sense. The plurality of senses is understood as an analogical complex from which the prime analogue is sought.

### **El derecho y lo justo**

El campo de la actividad jurídica tiene la particularidad de generar entre sus actores una intensa reflexión filosófica, que se refleja en los propios productos habituales, como ser los escritos de los abogados en los procesos y las sentencias de los jueces, y así también en abundante bibliografía y actividad académica. Los estudios de grado sobresalen por incluir como disciplina propia su “Filosofía del derecho” o “iusfilosofía”.

---

Aún en el marco de corrientes de época reacias a los planteos ontológicos, en este ámbito iusfilosófico hay una cuestión recurrente, que reside en el núcleo de todas las consideraciones. Se trata del interrogante fundamental: ¿qué es el derecho? Esto significa una indagación ontológica: que se pregunta y afirma sobre la esencia de algo, no meramente sobre el uso lingüístico de los términos; nuestra pregunta es sobre la esencia del derecho.

En las conversaciones comunes de los hombres aparece frecuentemente el término "derecho" como una realidad lingüística instalada, los diálogos transcurren dando por entendida la noción a que corresponde como realidad mental. Esto mismo acontece permanentemente en quienes estudian o trabajan en los asuntos jurídicos. Pero si introducimos la pregunta "¿qué es el derecho?", lo más probable es que ocurra que los hablantes sobre el derecho se vean en serias dificultades para responder<sup>1</sup>. Sin duda la noción "derecho" es muy familiar a los hombres en general y en especial a aquellos que estudian o trabajan en los asuntos jurídicos; más aún, para estos últimos es la noción siempre implicada en todo asunto. Pero es necesario hacernos cargo de precisarla con rigor filosófico por la densidad antropológica que entraña y por las características que se siguen de la construcción social que origina y a la que pertenece.

Kant marca la división entre la ciencia jurídica y la metafísica o filosofía del derecho en la distinción entre la pregunta por lo que dice el derecho o legislación de un país (*quid sit iuris?*) y el interrogante por qué sea propiamente el derecho (*quid sit ius?*)<sup>2</sup>. Mientras el primer interrogante versa sobre lo particular y contingente, el segundo atiende a lo universal y necesario. De allí se deriva que la

---

<sup>1</sup> San Agustín relata algo semejante con la noción de "tiempo", en *Confesiones* XI, 14: "Pues ¿qué cosa es el tiempo? Si nadie me lo pregunta, yo lo sé para entenderlo; pero si quiero explicarlo a quien me lo pregunte, nolo sé para explicarlo".

<sup>2</sup> Cfr. KANT, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, Prólogo, México, UNAM, 1978, pp. 30- 31.

---

filosofía del derecho sea desarrollada propiamente por los filósofos y esa pregunta sea el núcleo fundamental de su especulación.

En el uso común y también en el específico se asocia el derecho a lo relativo a la justicia. Sin embargo, en la reflexión filosófica la cuestión es debatida.

En efecto, algunos autores, como Carlos S. Nino (1943-1993)<sup>3</sup>, sostienen que lo jurídico se define suficientemente por una serie de rasgos fácticos como

- su eficacia,
- el monopolio de la fuerza y
- la dotación de órganos de aplicación con prescindencia de notas valorativas como la de "justicia".

Esta posición de descriptivismo puro, denominada "positivismo metodológico", argumenta que la inclusión de la nota de justicia (o cualquier otra de tipo axiológico) presenta, al menos, tres dificultades:

- tener que hacerse cargo de los diferentes y relativos criterios axiológicos efectivamente vigentes en una sociedad;
- no poder emitir un juicio valorativo sobre el derecho, por haberlo identificado con el valor respectivo (no tendría sentido la expresión "derecho injusto");

---

<sup>3</sup> Apoyándose en las teorías de Kelsen, Benthan, Austin, Ross y Hart, Nino, de la escuela analítica, coincide con Kelsen en la reducción de lo jurídico a lo fáctico y la exclusión de lo axiológico, pero toma distancia del carácter "ideológico" del iuspositivismo kelseniano que encuentra como último fundamento de lo jurídico el hecho de fuerza de la revolución triunfante, cfr. Nino, C. S., Introducción al análisis del derecho, Bs. As., Astrea, 1980, pp. 37-43. Otro autor analítico que excluye lo axiológico es R. Vernengo, quien expresa: "Al hacer depender la aceptación de una norma de su correspondencia con un sistema de valores, que pretendemos exclusivo, incurrimos en ideología, pues nos privamos de la posibilidad de describir al derecho positivo tal como es, juzgándolo, en cambio, a la luz de lo que deseamos. Esta es la tesis que sostuvo durante años Hans Kelsen", en su *Curso de Teoría General del Derecho*, Buenos Aires: Depalma, 1985, 151. Comparar con Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Méjico: UNAM, 1979, 79-80.

- 
- no corresponder al uso habitual que admite como "derecho" aún aquello que se critica como "injusto".

A nuestro parecer a esta tesis, frecuente en los autores analíticos, hay que observarle:

- a) hay que distinguir entre una proposición descriptiva y otra propiamente deóntica. La primera es sociológica, fenomenológica, y pertenece al punto de partida del concepto de lo jurídico. Aquí debemos reconocer que, efectivamente, la vida jurídica de una sociedad se hace cargo de criterios axiológicos vigentes en ella en materia de justicia. En eso consiste toda ella. El legislador o el juez al ejercer su autoridad están asumiendo algún criterio axiológico en materia de justicia, dentro de los posibles; pueden modificar el de otras autoridades e incluso ellos mismos variar de criterio en el tiempo y circunstancias. Pero también cada ciudadano cuando actúa con buena fe en la vida social piensa actuar en justicia. Las controversias entre partes se deben a criterios axiológicos de justicia. Por tanto, un auténtico descriptivismo jurídico no es tal (jurídico) si prescinde de la nota axiológica de justicia. El segundo tipo de proposiciones, en cambio, es el punto de llegada de la discusión iusfilosófica; es el problema del fundamento del derecho o fundamentación crítica del criterio axiológico de justicia o fuente última de juridicidad o validez del derecho (su prueba de identidad). Esta última discusión no queda resuelta por el reconocimiento de la categoría de "justo" como perteneciente al derecho, es un problema ulterior; tiene dos grandes soluciones sistemáticas: el iuspositivismo y el iusnaturalismo, que requieren su propio debate. En ambas posturas cabe la nota de justicia, la cuestión es la identificación de su fuente. Por otra parte, que en el seno de una sociedad existan distintos criterios axiológicos es algo normal, es la base para una discusión crítica y

---

argumentada, que busque cuál es el criterio para reconocer. Esta discusión es habitual en el mundo jurídico, porque es una construcción racional, y no una simple toma de posición por preferencias afectivas no racionales, ni una pura imposición de fuerza desde el poder.

- b) el problema del llamado "derecho injusto" es tributario del anterior en su solución, según se concluya en una posición iuspositivista o iusnaturalista. En ambos casos se podrá mantener esa instancia axiológica, aunque de diversa manera. Esto ocurre muy frecuentemente. Porque se tacha de "injusta" una norma se solicita o se realiza su modificación; porque se tacha de "injusta" una sentencia se apela a otra instancia superior.
- c) éste es propiamente el punto para discutir aquí: si la nota de justicia integra o no lo que habitualmente se considera lo jurídico. Observemos que el ámbito al cual se aplica esa calificación es precisamente el del derecho, fuera de él carece de sentido. Las consecuencias dependerán del criterio axiológico adoptado o test de identidad (iusnaturalismo – iuspositivismo) y de la intensidad de la calificación.

Es oportuno señalar que H. L. Hart abre su concepción descriptivista del derecho rechazando que los mandatos jurídicos se distingan de los de los delincuentes por su contenido de justicia; porque así quedarían fuera los mandatos jurídicos claramente injustos. Por ello, Hart hace residir lo propio de lo jurídico en que no es algo ocasional, sino estable y respaldado por su pertenencia formal al "sistema jurídico". Sin embargo, el mismo Hart rechaza que el derecho pueda tener cualquier contenido sin valoración axiológica: no puede ni siquiera identificarse con aquello que digan los jueces sin importar qué sea. Por ello reivindica, contra el descriptivismo puro, un mínimo contenido de justicia o derecho natural como

---

esencial al derecho, en la conjunción de igualdad y legalidad para la supervivencia de la sociedad humana<sup>4</sup>.

Esta discusión tiene algo parecido con lo que ocurre con el arte. Hay quienes pretenden suprimir de su ámbito la categoría de belleza por las dificultades y los debates que encierra su identificación. Pero, al mismo tiempo, advertimos que, una vez quitada la noción de belleza, nada queda que identifique a ese tipo de producto humano que llamamos arte. Ciertamente, cabe una discusión sobre la calidad estética de un producto u otro, pero esa discusión ya se da en el seno de la categoría de belleza. De todas maneras, nos parece que la elucidación de la cuestión sobre lo jurídico resulta más sencilla.

En el uso generalizado, de lo que se trata es de lo que le pertenece a cada uno como lo suyo, y de esto se dice que es "lo justo". Por otra parte, el lenguaje habla de "jueces",<sup>5</sup> de "administración de justicia", de "corte de justicia"; cuando se termina una presentación judicial es usual consignar "... será justicia". Efectivamente, tomemos en cuenta los siguientes fenómenos:

- cuando se legisla, se discute y se presenta la norma como lo justo para ese momento en esa sociedad;
- cuando surge una controversia digna de llevarse a los tribunales, es porque se considera que de otra manera no se hace justicia;
- cuando se recurre a los jueces, se pretende recibir justicia;
- cuando se critica una norma o se resiste su acatamiento, se fundamenta en términos de justicia lesionada;
- cuando se invoca el acatamiento a una norma, se argumenta en términos de justicia cumplida;

---

<sup>4</sup> Cfr. Hart, H. L., *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004, 9-10; 239-260.

<sup>5</sup> Porque los jueces son aquellos que tienen por oficio pronunciar autoritativamente lo justo, por ello son llamados "la justicia animada". Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, V, 4.

- cuando se recurre a un abogado, se busca auxilio profesional para proteger o reivindicar lo justo;
- cuando se reclama jurídicamente algo de otro sujeto se argumenta en términos de justicia a realizar;
- cuando se recurre a una mediación se estima que es posible modificar las posiciones iniciales de las partes, y encontrar entre ellas, con la ayuda de un mediador, una solución que salve lo suyo de cada uno.

Podemos decir que toda la vida jurídica es una expectativa y un dinamismo acerca de lo justo. La valoración es el sentido que define la actividad; una descripción de lo jurídico que prescindiera de lo justo resulta ininteligible. Por ello consideramos que un descriptivismo que prescindiera de la calidad de lo justo no describe adecuadamente lo jurídico. Una correcta descripción del fenómeno jurídico ha de entender que el derecho es por sí mismo una realidad axiológica.

Toda la argumentación jurídica es siempre valorativa; no se trata de relatar conductas que ocurren, sino de reglarlas y de pretender que sean de un modo o de otro. El modo es lo que se llama “lo justo”. Por este modo de ser (justo) es que algo se llama derecho.<sup>6</sup>

A su vez, el desplazamiento del adjetivo “derecho” a la condición de sustantivo también nos indica la centralidad axiológica. Este término cotidianamente usado en el ambiente jurídico carece de sentido sin su acepción valorativa; es por ésta que ha emergido sobre el carácter tácito de los sustantivos: tanto de la norma, como de la conducta, del poder y del saber práctico, respectivos todos al contenido común de lo jurídico como lo derecho.

---

<sup>6</sup> Tomás de Aquino, *Sententia libri Ethicorum* V lect. 12, 1134 b 18, 15-17: (los juristas) “llaman derecho (*ius*) a lo mismo que Aristóteles llama lo justo (*iustum*), así también Isidoro en el libro de las Etimologías dice que se dice derecho como lo justo”. Cfr. Isidoro, *Etimologías III*, 1. Notemos la precisión con que Tomás señala que lo justo en el ámbito jurídico toma el nombre de derecho (*ius*); es decir que el derecho es la versión jurídica de lo justo.

---

Ahora bien, porque se trata de una construcción humana es siempre revisable, precisamente, desde su aspecto valorativo. A la inversa de lo que dice el primer Nino, en su obra de 1980, la nota axiológica de justicia es el centro de lo jurídico, es lo que le quita el carácter dogmático en sentido fuerte a lo jurídico, y es lo que motiva su revisión; v. gr. quien se piensa agraviado recurre al juez y si no está satisfecho con la solución recibida puede apelar hasta la última instancia del sistema de administración de justicia. Aún ahí puede tener una valoración divergente y reconocer lo jurídico como una construcción humana que tiene sus límites. Permanentemente argumentamos en términos de justicia; no alcanza con la vigencia efectiva de un poder que logra sus objetivos sin oposición adecuada: es necesario que existan razones por las cuales algo pueda ser reconocido como lo suyo en esa convivencia organizada.

La búsqueda de la fundamentación crítica del criterio axiológico de justicia o fuente última de juridicidad marca toda la historia de la iusfilosofía y de las argumentaciones jurídicas como una exigencia de la razón precisamente porque lo jurídico no es algo puramente fáctico, objeto de un relato, sino algo deóntico, objeto de una valoración racional. Si concebimos lo jurídico como un ámbito de simples imposiciones del poder dominante, y los juicios axiológicos como simples apreciaciones afectivas, todo lejano de la racionalidad argumentativa, ya no reflejamos el fenómeno real de que nos ocupamos.

Pensemos lo que ocurre cuando a todo este aparato se le quita la nota de "justo": pues, simplemente, el hombre se sustrae de él. Si no se espera o no se pretende justicia no se recurre al abogado ni al juez, ni se reconoce el ordenamiento normativo. Si una persona ha sufrido un ilícito o un menoscabo en lo suyo, y considera que el aparato estatal no le dará satisfacción, si considera que el aparato estatal no lo atenderá, no será en modo alguno eficiente, o (peor aún) que será aliado de los que lo agravian, no presenta ni tramita su reclamo. Si no tiene, no digamos certeza total, al menos una expectativa de justicia, todo trámite y toda argumentación jurídica carecen de



sentido. Otro fenómeno, más grave aún, que puede ocurrir cuando la desconfianza en el sistema de justicia lo deslegitima, es que se organice un sistema paralelo, no estatal, para resolver los conflictos y dar una organización a la sociedad: es lo que se llama la mafia o criminalidad organizada.<sup>7</sup>

Sin la inclusión, de alguna manera, de la nota de "justicia" todo el ámbito jurídico se desfigura y desaparece; por ello el Digesto se abre afirmando que el derecho (*ius*) es llamado tal porque viene de la justicia.<sup>8</sup> Aunque en realidad más bien parece lo contrario: que la justicia toma su nombre del *ius*, como su realización o aquella energía que lo realiza. Pero, de todas maneras, el vínculo es inescindible.

Con mucha elocuencia San Agustín observaba que en una banda de malhechores puede haber una cierta organización, con un jefe que ejerce su autoridad con consenso de los miembros, y que reparte el botín según reglas preestablecidas. Que haya organización, con mandatos que se imponen, se aceptan y se cumplen, con una autoridad que distribuye el bien común y que puede usar la fuerza, todo ello es necesario, pero solo hasta aquí todavía no alcanza para que haya Estado. Esos son los elementos que para el descriptivismo del positivismo metodológico (v. gr. del primer Nino) definen suficientemente lo jurídico; lo cual, como hemos visto, resulta insuficiente. Lo específico del Estado es la finalidad de justicia que penetra formalmente todos sus actos; por ello Agustín se preguntaba: "(...) si ha sido quitada la justicia, ¿qué son los Estados, sino grandes bandas de asaltantes?"<sup>9</sup>

---

<sup>7</sup> Cf. Savagnone, G., *La Chiesa di fronte alla mafia*. Cinisello Balsamo, San Paolo, 1995, 16-83.

<sup>8</sup> Cf. Digesto I.1.1: "*est autem a iustitia appellatum ius*". Por ello los romanos recogían la tensión entre el "*dura lex sed lex*" (es dura la ley, pero es la ley), y el "*summum ius summa iniuria*" (el derecho más rígido es la mayor injusticia), donde el extremo normativista termina volviéndose contra sí mismo.

<sup>9</sup> AGUSTÍN, *De civitate Dei* IV,4: "(...) *Remota itaque iustitia, quid sunt regna nisi magna latrocinia?*".

Esta percepción común del sentido de la organización política aparece testimoniada en el relato que hace el historiador romano Tácito en su biografía de Agrícola (c. 98 p. C. n.). Allí realiza una dura crítica al Imperio; señala que los britanos obedecen y pagan sus impuestos siempre y cuando no se les trate injustamente (XIII: si iniuria absint: si están ausentes las injusticias); acusa a los romanos de hacer la guerra por su avaricia y ambición (XV: illis avaritia et luxuriam causas belli esse: para ellos la avaricia y la lujuria son causales de guerra). Pero lo más fuerte es lo que transcribe de la arenga de Calgaco, jefe de los caledonios, quien cuestiona el carácter político-jurídico del Imperio por la finalidad que evidencian a fines del s. I sus actores en Britania:

(...) Son los saqueadores del mundo; ahora que ya han devastado todas las tierras, miran al mar: si el enemigo es rico, son avaros; si es pobre, ambiciosos, porque no los han saciado ni sus conquistas a Oriente ni a Occidente. Son los únicos que desean las tierras ricas y pobres por igual: robar, asesinar, saquear es su definición para ese falso imperio; donde lo arrasan todo, dicen que hacen la paz.<sup>10</sup>

Con su mirada de historiador, Tácito hace una lectura de los acontecimientos comparando lo que fue Roma en tiempos pasados, su papel en el mundo como difusor del derecho, y la decadente situación que refleja en su acción carente de criterios axiológicos. El centro de la crítica de Tácito, en su relato general sobre los britanos y en el discurso de Calgaco, es que sin tener la justicia como finalidad en su actividad no es reconocible la organización política llamada imperio: ha perdido el núcleo de la juridicidad.

Ahora bien, el imprescindible reconocimiento de la dimensión axiológica, y no cualquiera, sino la de justicia, todavía no termina de resolver la cuestión. Hemos visto que Tomás de Aquino comparte que el derecho es lo justo, pero advierte que para tener determinada la noción todavía es necesaria una precisión. En el texto que recién

---

<sup>10</sup> Cornelius Tacitus, *De vita et moribus Iulii Agricolae* XXX: “ (...) Raptores orbis, postquam cuncta vastantibus defuere terrae, mare scrutantur: si locuples hostis est, avari, si pauper, ambitiosi, quos non Oriens, non Occidens satiaverit: soli omnium opes atque inopiam pari adfectu concupiscunt. Auferre trucidare rapere falsis nominibus imperium, atque ubi solitudinem faciunt, pacem appellant.”

mencionamos, al citar a Isidoro de Sevilla, que identificaba simplemente el ius y lo justo, Tomás marca una distancia señalando que esto ocurre de parte de los juristas (*iuristae*); aquí aparece una clave fundamental. Hay un sentido técnico, profesional, de lo justo que es lo jurídico.

¿Qué quiere expresar Tomás al circunscribir el derecho no a lo justo en toda su amplitud, sino a lo justo de los juristas? Lo que quiere recoger es que se trata de lo justo político, como lo había hecho Aristóteles; lo justo en la sociedad organizada. Hay relaciones humanas cuya justa adecuación no compete al derecho, además aquí se trata de una justicia acotada por límites: está en manos de hombres, con todos sus condicionamientos culturales, de época, circunstanciales, estructurales y personales. Se busca realizar justicia con marcos definidos, que son garantía y recorte a la vez: su exterioridad, los plazos procesales, los requerimientos relativos a lo que puede considerarse la verdad de los hechos. En la medida en que la prosecución de la justicia es un ejercicio de un poder social, también está limitada por el contrapeso del juego de los diversos poderes.

Por ello cabe, ciertamente, advertir que en el ámbito jurídico se trata de lo justo en un cierto sentido. Evidentemente no hay juridicidad si se expulsa el criterio de justicia, pero también se toma en cuenta que lo jurídico no agota simplemente y por sí la consideración axiológica en materia de justicia. Se trata de la justicia que se pretende y se puede lograr en una sociedad organizada para tal fin.

La preocupación descriptivista por dejar fuera lo axiológico para que pueda mantenerse ese uso, responde equivocadamente a esta realidad del límite de justicia que le pertenece a lo jurídico. Sin duda hay un plus de valoración sobre los hechos de la convivencia social, en materia de justicia, que excede a lo jurídico (así lo reflejan la opinión pública, la estimación del ciudadano, la propuesta política y el análisis moral). Pero este plus de valoración no es totalmente extrínseco e impertinente. Porque el núcleo de lo jurídico es lo justo,

en una expectativa de la praxis social, estas valoraciones son usuales y pertinentes. Y esto es así porque tienen el mismo núcleo significativo, aunque de distintas maneras, es decir con distintos alcances de realidad respecto a la misma meta de justicia.

Quitado del horizonte y de la expectativa de la justicia, el fenómeno jurídico se torna irreconocible. La pura vigencia de una organización sostenida por la fuerza no es lo que habitualmente llamamos derecho, ni es lo que unifica como finalidad social las voluntades y respalda que se sostenga el esfuerzo por su efectiva vigencia. La motivación social, aún para reclamar el respaldo de una organización específica y el uso de la fuerza en los casos necesarios, es la valoración en términos de justicia: que cada uno tenga lo suyo, que en y gracias a la convivencia se pueda vivir humanamente alcanzando los fines propios.

En una obra póstuma, publicada en 1994 y reeditada en 2014, el mismo Nino cambió de posición. Allí reconoce que los actores de la vida jurídica tienen la noción axiológica del derecho y que una perspectiva externa, de tipo sociológico, no puede prescindir de esta nota fundamental.<sup>11</sup>

## El plexo analógico

Ahora bien, en el registro de nuestra experiencia, el hecho jurídico aparece como algo complejo, debido a la polisemia derivada de la sustantivación del adjetivo calificativo que ha desplazado a varios sustantivos: con el término "derecho" designamos:

- las normas,
- las sentencias judiciales, iii.- un poder de reclamar,

---

<sup>11</sup> Cfr. Nino, C. S., *Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014, 47-54. En esta característica axiológica el último Nino identifica lo que denomina la "conexión justificatoria" entre derecho y moral, en su nivel político.

- 
- un sistema de poder político organizado, v.- una conducta social,
  - un orden social,
  - el saber práctico que se ocupa de estas realidades.

Si bien se trata de realidades y nociones diversas, tienen algo en común; por ello decimos que el término "derecho" es un término análogo, y que la noción "derecho" es una noción análoga. En estas siete acepciones hay una comunidad semiótica (en el término "derecho") y semántica (en el significado); el contenido de la comprensión conceptual, el significado, no es exactamente el mismo (como en la univocidad), pero tampoco se trata de siete significados ajenos entre ellos. Hay una comunidad semántica, significativa, conceptual, que los tiene unidos en torno a un núcleo común, por lo cual constituyen un plexo nocional de base intrínseca.

Mientras en la univocidad la comprensión (conjunto de notas contenidas en el predicado) es idéntica en toda la extensión (cantidad de sujetos de quienes se predica), en la equivocidad la comprensión varía totalmente en los casos de la extensión; en cambio, en la analogía la comprensión se mantiene idéntica en algunas notas y varía en otras en los casos de la extensión.

Ahora bien, entre los analogados hay una relación de dependencia: en cuanto el contenido nocional se predica primeramente o con mayor propiedad de uno de ellos y de los otros por alguna referencia a aquél. Este es llamado el primer analogado; su determinación es fundamental para comprender el alcance nocional de todo el plexo significativo y de cada analogado en particular, pues su inclusión en el plexo analógico está originada y definida por dicha referencia al primer analogado. El primer analogado es el portador por excelencia del núcleo significativo.

El término "derecho" no es unívoco, porque se aplica a siete distintas realidades. No es lo mismo una conducta humana que un producto de pensamiento y decisión como es la norma o la sentencia. Sin embargo, no es un término equívoco, pues se predica de esas siete

---

realidades con un significado que no es totalmente divergente. En la predicación analógica hay algo común y hay algo diverso; el plexo de lo jurídico está constituido por siete realidades diversas que tienen algo en común.

Ahora bien, hay dos tipos de analogía. La analogía de proporcionalidad consiste en una comparación de relaciones: por ejemplo, si digo que "6 es a 3 como 4 es a 2", estoy expresando que la relación entre 6 y 3 es análoga a la que hay entre 4 y 2. Análoga porque es en parte igual (es la relación de algo con su mitad) y en parte diferente (en los miembros de la primera relación uno es par y el otro impar, en tanto que los miembros de la segunda relación son pares; también porque las magnitudes son distintas). La analogía de atribución es la que se verifica cuando hay un término que se aplica propia, principal e intrínsecamente a una sola realidad (primer analogado) y a varias otras, sólo debido a sus diversas relaciones con aquélla. Así, en el caso de "sano", el primer analogado es el estado de un cuerpo vivo, de él se dice propiamente y con prioridad que es "sano" como una cualidad que le pertenece por poseer la salud; del clima se dice que es "sano" sólo en cuanto favorece la salud de un cuerpo, de un color en cuanto denota el estado de salud de un cuerpo, de la medicina en cuanto ayuda a recuperar la salud del cuerpo. Sólo por referencia al cuerpo sano (primer analogado) se entiende la predicabilidad de "sano" en los otros analogados (secundarios); si intentamos prescindir de esa dependencia la predicabilidad de los analogados secundarios se destruye. Derecho es un término análogo, con analogía de atribución. Porque se aplica a una realidad primera, que es propia, formal y esencialmente el derecho (analogado principal) y a otras realidades que corresponden al mundo jurídico y reciben el nombre de "derecho" solo por la referencia o vinculación que pueden guardar con el analogado principal (analogados secundarios).

En el caso de "derecho" los siete analogados tienen algo en común: la norma, el poder, la conducta, las sentencias, el orden social, el sistema de poder político, el saber, tienen su referencia a lo

---

justo; de todos se predica lo justo en algún sentido. Lo justo es el núcleo común de significado, la cuestión a resolver es cuál es el portador por excelencia de este núcleo, y por virtud del cual se verifica ese contenido en los otros portadores.

Por ello necesitamos determinar cuál es el primer analogado en el plexo semántico "derecho": este ejercicio filosófico nos dará la noción de mayor rango en lo jurídico y (por esta vía) nos ayudará a ordenar reflexivamente nuestra comprensión del complejo universo jurídico. Vamos a examinar los siete miembros del plexo jurídico para descubrir, razonando, cuál es el principal de ellos.

i.- Comencemos por un analogado que, frecuentemente, es el más destacado en la primera aproximación al plexo jurídico, al punto que para muchos pareciera ser el primer analogado: la norma jurídica. En el lenguaje de los autores normativistas es usual calificar la norma como el derecho objetivo. Evidentemente, se circunscriben a las normas positivas escritas; aquí "objetivo" se toma en sentido empírico-verificable: porque está fijada por escrito y al alcance de todos. En cambio, es más difícil aplicar esa calificación para normas consuetudinarias o verbales; nada digamos de posibles normas "naturales", porque no suelen entrar en este contexto. De todas maneras, nos ocupamos ahora de todo tipo de norma jurídica. Considerando su propia realidad podemos realizar cuatro observaciones que nos muestran que no es la norma el analogado principal.

i.a.- Siendo ella una proposición deóntica en términos de justicia no tiene sentido en sí misma, sino que, por su naturaleza, está dirigida a la producción de una conducta imperada como justa. En efecto, en las normas lo que importa, en primer lugar, y en definitiva, no es una calidad redaccional (como en la literatura), ni una claridad o verdad nocional (como en la ciencia), sino que su sentido está en la conducta

a producirse por su imperio. La norma es, de por sí, una regla o medida de los actos humanos.<sup>12</sup>

Mientras en la literatura la proposición tiene sentido en sí, mientras en la ciencia lo tiene en referencia a la verdad objetiva, en el ámbito normativo el sentido está en la conducta a realizarse: los atributos de belleza redaccional y de claridad nocional son importantes (más este último), pero se subordinan al sentido esencialmente operativo de las normas. Éstas se distinguen en el universo de las proposiciones en cuanto describen e imperan conductas; entre las normas algunas son "jurídicas" en cuanto describen e imperan conductas como "justas" (en términos de justicia).

i.b.- No se entienden las normas sino en referencia a las conductas; a tal punto que, por bien redactado, coherente y claro que sea un cuerpo normativo, si no alcanza a ser operativo, si no tiene vigencia de hecho, deja de ser propiamente normativo: cae en desuetudo, que es la forma más simple de quitarle valor normativo a una proposición.<sup>13</sup>

i.c.- De los dos puntos anteriores se sigue el principio de factibilidad, es decir de que sólo cabe prescribir en la norma lo que es posible que se realice. Es de buena práctica legislativa no prescribir lo que se sabe que es imposible de realizarse (sea por razones objetivas de lo mandado, o sea por razones subjetivas de los obligados).<sup>14</sup> En lo objetivo está la índole propia de la conducta prescripta, pero también la carencia de modos efectivos de urgir su cumplimiento en caso de violación. En lo subjetivo están las capacidades y características de los sujetos particulares, también

---

<sup>12</sup> Cfr. Thomas de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. XCVI a. 2: "*lex ponitur ut quaedam regula vel mensura humanorum actuum*".

<sup>13</sup> Como bien muestran los estudios de sociología jurídica, "sin costumbres que la sustenten, la ley es pura declamación". Cfr. Fucito, F., *Sociología del derecho*. Buenos Aires: Universidad., 1993, p. 16.

<sup>14</sup> Los romanos expresaban este principio general del derecho: "*impossibilium nulla obligatio*" (no hay obligación respecto a lo imposible), también "*ad impossibilia nemo tenetur*" (nadie está obligado a lo imposible).



características generales de índole cultural, cuando lo imperado es opuesto a la idiosincrasia o a las costumbres ancestrales de un pueblo. Si se estima que lo normado no llegará a tener vigencia efectiva por alguna circunstancia que lo torna utópico o distópico, no tiene sentido dictar esa norma en materia contingente.

i.d.- En cambio, la norma alcanza vigencia efectiva cuando las conductas imperadas se realizan establemente, se configura así la consuetudo (la costumbre) que es el modo habitual como vive una sociedad. Para la definitiva conformación de la norma es necesaria su vigencia como consuetudo. Desde el punto de vista funcional, como lo reconoce el sabio realismo de los romanos, no siendo las normas un producto absoluto de la razón y la voluntad del legislador, es necesario que las normas no se modifiquen sin una seria razón de justicia, porque de lo contrario en su inestabilidad no alcanzarán a hacerse costumbre.<sup>15</sup> Es tan fuerte la primacía de la conducta que, cuando su repetición estable teje la costumbre de una sociedad, aunque no exista una norma formalmente establecida, esa costumbre es una fuente jurídica autónoma: el llamado derecho consuetudinario.

Estas observaciones sobre los cuerpos normativos nos hacen ver que, aunque sean el elemento más llamativo del fenómeno jurídico, no son, sin embargo, el principal, en cuanto carecen de sentido en sí mismos, sino que remiten a otro (la conducta jurídica): a él se ordenan y de él reciben toda su razón de ser. La norma jurídica es una proposición práctica, es un mandato. Su sentido no reside en sí misma. Una buena norma no es simplemente aquella que está bien redactada, que tiene buena gramática o incluso belleza literaria. Tampoco el valor de la norma reside en una descripción de la realidad. Aun cuando su formulación esté en el modo indicativo y parezca una descripción, es siempre una prescripción. La norma

---

<sup>15</sup> Cfr. Digesto, Lib. I. Tit. IV leg. 2 *In rebus novis*: “*in rebus novis constituendis, evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est*” (al establecer algo nuevo, su utilidad debe ser evidente, para que se abandone aquel derecho que por tanto tiempo pareció justo). También Tomás de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 97 a. 2.

---

existe en cuanto impera conductas; busca una incidencia en la realidad operativa de la convivencia humana. Es tan cierto que la norma sólo existe en función de la conducta, que si de modo sostenido y generalizado ésta no se realiza la norma deja de existir como tal, cae en desuetudo. Fijémonos qué interesante: la norma pretende que exista la conducta, si no alcanza su objetivo es letra muerta. Por más que haya tenido legitimidad en su origen, si no alcanza la conducta dejó de ser norma jurídica.

ii.- Por su parte las sentencias judiciales tienen el mismo valor de proposiciones deónticas que imperan una conducta en términos de justicia para un caso concreto. Ellas son una realidad jurídica por antonomasia y están inmediatamente ligadas a su finalidad operativa, sin la cual carecerían de sentido, aún en el caso de las llamadas sentencias “declarativas” y las que responden a un recurso de certiorari. Para ellas vale lo que vimos respecto a las normas, todo su sentido radica en las conductas que imperan y pretenden se hagan realidad efectiva. Toman su cualidad de algo “jurídico” de esas conductas justas que describen e imperan.

iii.- Otro analogado de gran prestigio en nuestros usos es el llamado "derecho subjetivo", al punto que pareciera ser él el primer analogado: por ejemplo, cuando se piensa que las normas establecen o reconocen nuestros "derechos" (en este sentido), que del juez pedimos se efectivicen nuestros "derechos", queremos que el abogado nos asesore sobre nuestros "derechos", etcétera. Es frecuente denominarlos "facultades", pero es más preciso llamarlos poderes jurídicos, pues hay casos cuyo ejercicio no es "facultativo" (deónticamente contingente) sino "necesario" (deónticamente): por ej. el caso de la responsabilidad parental.

Ahora bien, estos "poderes", en realidad, están dirigidos a una conducta que se exige de otro para ser puesto cada uno en lo suyo, en su integridad. Este "poder" o "derecho subjetivo" es ininteligible sin la referencia a la conducta del otro, sea de acción u omisión. Esa conducta es la razón y la medida del poder jurídico subjetivo. Cuando reclamamos un derecho no reclamamos una norma, sino una

---

conducta de otro a favor nuestro. Por ejemplo, cuando decimos que tengo el derecho de propiedad significamos que tengo el poder de exigir de otros que no interfieran en el ejercicio de mi dominio real; cuando decimos que tengo derecho a la vida significamos que tengo poder de exigir de otros que no dañen mi vida (y, en ciertos casos, que colaboren con ella); cuando decimos que tengo derecho a una indemnización significamos que tengo poder para exigir que otro me recompense el daño, etcétera. El derecho subjetivo es categorialmente una potencia activa del sujeto, su realidad y su especificidad dependen del acto (conducta) a que se refiere; sin ella se desvanece.

iv.- Por otra parte, cuando decimos “estar a derecho” significamos que nos incluimos bajo el sistema organizado del poder político que se ocupa de la justicia y esa inclusión no significa otra cosa que la realización de las conductas pertinentes.

v.- Del examen precedente resulta que tanto la norma general como la sentencia, los poderes jurídicos y el sistema político relativo a la justicia, están todos referidos a la conducta jurídica. Este analogado se destaca en el análisis del plexo como el primero y el propiamente significado.

vi.- Por ello el orden social que también llamamos estado de derecho está construido por la efectiva realización de esas conductas.

vii.- A su vez, el saber jurídico, que trabaja con proposiciones normativas, particularmente en su nivel de "ciencia jurídica", de por sí, en cuanto "saber práctico", está dirigido a guiar la acción. Pensemos en el caso del abogado o el juez o cualquier funcionario judicial (fiscal, defensor, etcétera): su saber está directamente orientado a unos resultados, que son conductas humanas mediadas por las normas jurídicas. Puede darse el caso del que estudie el saber jurídico sin pretensión (intención o fin subjetivo) de intervenir en el circuito jurídico práctico, sin embargo, dicho saber le señala un curso de acción, que se volverá operativo (pasará de su relativa condición especulativa) llegada una circunstancia pertinente. Los saberes

conexos con la ciencia jurídica, la sociología, la medicina, la filosofía y demás, todos ellos terminan girando sobre las conductas.

## La centralidad de la conducta

Aunque desde el s. XIV se haya dado primacía al derecho subjetivo<sup>16</sup> y desde el s. XVII se haya destacado la norma, lo real es que el centro de la vida jurídica está en la conducta justa debida: como lo hemos visto detalladamente, ésta resulta ser el primer analogado en el plexo "derecho".<sup>17</sup> Es en la conducta social hacia otro que pone en su relativa situación a cada uno donde se encuentra propiamente lo justo. En los otros analogados también se encuentra intrínsecamente, pero sólo en su referencia con la conducta justa pueden propiamente llamarse como algo justo, es decir, como algo jurídico. Así como sin referencia a la conducta no tienen sentido los otros analogados, sin la calificación de "justa" en esa conducta (con el alcance que venimos viendo para esta calificación) los otros analogados no tienen la calificación de jurídicos.

Ésta ha sido la concepción clásica griega, romana y medieval.<sup>18</sup> Los reclamos de Villey en la segunda mitad del siglo XX para un regreso al objetivismo jurídico, como superación del normativismo y

---

<sup>16</sup> Un ejemplo evidente del giro del objetivismo al subjetivismo se puede ver en Francisco Suárez (1548- 1617) cuando expone los analogados jurídicos. En primer término, indica la conducta (en sentido tomista), luego la facultad (facultas), la ley (sólo en cuanto tiene por contenido a la conducta) y, finalmente, la sentencia judicial. De ellos considera al poder subjetivo como el significado más estricto del término "derecho". Lo entiende como un poder moral sobre una cosa o relativo a algo que le es debido. Cf. *Tratado de las leyes y de Dios legislador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1967, 10-12; *Tractatus de legibus ac de Deo legislatore*, Paris: Vives, 1856, 4-5: "(...) *facultas quaedam moralis, quam unusquisque habet, vel circa rem suam, vel ad rem sibi debitam*".

<sup>17</sup> Cfr. Casares, T., *La justicia y el derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1974, 96; Massini, C. I., *Sobre el realismo jurídico*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot., 1978, cap. I. También *Filosofía del derecho*, Buenos Aires: Abeledo- Perrot., 1994, 34.

<sup>18</sup> Aristóteles abre el estudio de la justicia (*dike*) y del derecho (*tó dikaion*) preguntándose de qué tipo de acciones (*praxis*) se trate y cuál sea el criterio para establecer esto último, cf. *Ética a Nicómaco* V,1, 1129a. Por su parte, Tomás de Aquino trata del derecho (*ius*) como la obra exterior (*opus, ipsa res*) de la virtud de la justicia, cf. *Summa Theologiae* II-II qq. LVII-LVIII; en q. LVII a. 1 desarrolla el plexo analógico y la primacía de la obra justa.

del subjetivismo, han sido originados en sus estudios históricos y siguen teniendo un gran valor. En cambio, sus conclusiones teóricas no nos resultan tan satisfactorias.

Efecto, en la reivindicación de la objetividad jurídica frente al normativismo y al subjetivismo, Michel Villey rechaza su identificación en la conducta humana por considerarla una confusión moralizante. La interpretación villeyana de lo justo aristotélico (*tò díkaion*) o la misma cosa justa (*ipsa res iusta*) tomista no es muy precisa. Oscila entre situar lo jurídico en el resultado de la acción en referencia a los miembros de la sociedad, como el estado natural de las cosas en una adecuada proporción en la convivencia, o también en el objeto-materia sobre el que versa esa acción, como la porción que a cada uno le corresponde en la participación social. Al negar la identidad de lo jurídico con la conducta, para Villey las proposiciones jurídicas han de ser indicativas y no prescriptivas: la iurisdictio enuncia lo justo, no es un imperium de conductas.<sup>19</sup> Los aportes de Villey han servido para criticar el subjetivismo y el normativismo en un reclamo de objetividad, pero su interpretación histórica de los textos a veces es forzada y, sobre todo, su respuesta iusfilosófica no resiste totalmente la confrontación con la experiencia.

Un gran mérito le corresponde a Carlos Cossio (1903-1987) por haber recuperado la centralidad de la conducta en el derecho en un contexto de dominio del normativismo. La elaboración del iniciador de la escuela argentina de filosofía del derecho no se hizo partiendo del conocimiento de la historia del derecho ni tampoco del estudio

---

<sup>19</sup> Cfr. Villey, M., *Philosophie du droit*. Vol. I *Définitions et fins du droit*, Paris: Dalloz., 1978, 71-76; *Leçons d'histoire de la Philosophie du Droit*, Paris: Dalloz, 1962.; también *Compendio de Filosofía del Derecho*, Pamplona: EUNSA, 1979, 84-90. Para un análisis del significado de Villey en la iusfilosofía, se puede ver Rabbi-Baldi Cabanillas, R., *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pamplona: EUNSA, 1990; Vigo, R. L., *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1991, 209-291; Errázuriz, C. J. – Sol, T. – Popovic, P. (a cura di), *L'essenza del diritto. Le proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada*, Roma: Pontificia Università della Santa Croce, 2019

---

de los clásicos, sino precisamente partiendo de la observación fenomenológica de la experiencia jurídica.<sup>20</sup>

En la actualidad, a pesar del uso lingüístico normativista anotado, se abre camino el reconocimiento de la centralidad de la conducta y se tiende a calificarla como el "derecho objetivo" en sentido estricto, lo que es más acorde con la realidad de la vida jurídica.

Aquí la calificación de objetivo está tomada en una doble razón: a) en cuanto se adecua a la integridad del término en la relación jurídica, y, por tanto, tiene un patrón de medida fuera de sí, originado en el título respectivo; b) en cuanto está originada por ese patrón (el fin, su perfección) en sentido estricto, prescinde de los aspectos subjetivos tanto del agente como del término.

Se trata de una conducta:

- humana (acción u omisión, mediada por la libertad),
- social (referida a otro, en interferencia intersubjetiva),
- externa (su fin radica en que alcance al término y lo ponga en su integridad),
- justa (porque pone a cada uno en lo suyo, en su integridad),
- debida (porque es imperada por la norma a una libertad con necesidad deóntica).

Con relación a ella se constituyen como "derecho" los demás analogados: la norma y la sentencia que la describen e imperan, el poder que la exige, el saber que la conoce y dirige su ejecución, el sistema de poder que la garantiza y el orden social que resulta de su efectiva vigencia. Con relación a la conducta justa debida se articulan los demás analogados del "derecho": así conocemos por las normas las conductas que debemos realizar respecto a otros y las que podemos exigir de otros.

---

<sup>20</sup> Cfr. Cossio, C., *Teoría egológica del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1964.

---

El derecho como conducta pertenece a un miembro de la relación como a su término en virtud de un título que vincula esa conducta con su integridad; pertenece al otro miembro como a su sujeto ejecutor, también debido a algún título que lo vincula con la conducta como a quien le pertenece realizarla. Así, cuando se realiza dicha conducta, "ajusta" a ambos miembros entre sí.

Por ejemplo, en el caso de un contrato de mutuo: pertenece al sujeto agente (deudor) cumplir en tiempo y forma el pago a que se ha obligado, pertenece al término (acreedor) recibir dicho pago que lo pone (en ese respecto) en su integridad patrimonial, el "poder jurídico" del acreedor es el de exigir del deudor que realice la conducta justa que le debe. En el caso del derecho a la vida, pertenece a cada hombre como sujeto realizar conductas de respeto a la vida, y en caso de extrema necesidad de asistencia en su salvaguarda, respecto a todo otro hombre (término) para que tenga su integridad biopsíquica; éste, a su vez, tiene el poder jurídico de exigir esas conductas respecto a todo sujeto.

La centralidad de la conducta, que nace de la inteligencia y de la voluntad de las personas, lleva a considerar la costumbre como fuente jurídica superior a la norma no sólo por la posibilidad de la desuetudo que la derogue. En realidad, el poder de la autoridad, de cuya inteligencia y voluntad emanan las normas, no existe sino por un sustento en el consenso social que se expresa en una costumbre. La autoridad legisla y gestiona en nombre de la multitud de personas que tienen inteligencia y voluntad propia; la autoridad social siempre la tiene delegada. Por ello si la costumbre la sostiene vale, y si la costumbre le quita el respaldo cesa. La centralidad de la conducta está en el origen de la legitimidad de la autoridad normativa. El consenso social que respalda a la autoridad se expresa en la costumbre como conducta sostenida y compartida.<sup>21</sup> Esta centralidad

---

<sup>21</sup>Sobre este origen en cierto sentido democrático del derecho a través de la costumbre, cfr. Tomas de Aquino, *Summa Theologiae* I-II q. 97 a. 3 ad 3. El principio es sostenido tanto para la situación en la que la población libremente da su consenso a una autoridad, como para el caso en que tolera un gobierno

---

de la conducta nos descubre la vida jurídica como una praxis social, como un proceso social ordenado según una instancia racional.

Como se ve, del hecho que una conducta sea la que ajusta a los miembros de la vida social se sigue que sea debida, es decir que uno deba realizarla y el otro tenga el poder de exigirla: la conducta porque es justa es debida.<sup>22</sup>

Lo que especifica una conducta social (causa material) como "derecho" es que sea "justa" (causa formal intrínseca), es decir que pertenezca al sujeto agente y al término como lo que les pertenece en su relación. La noción de lo justo es la percepción de la integridad de los miembros en su interferencia intersubjetiva. Es objetivo porque solamente toma en cuenta lo que resulta de los títulos de los miembros de la relación, no las pretensiones en más o en menos de ellos. Aristóteles señala que lo justo es un medio objetivo entre las subjetividades de los actores que pueden pretender en más o en menos, en exceso o en defecto; la tarea de cada actor de la vida jurídica y en especial del juez en su sentencia es alcanzar a determinar ese medio objetivo con la mayor exactitud prescindiendo de las deformidades subjetivas.<sup>23</sup> Esa objetividad que nace de los títulos de los miembros es algo racionalmente argumentable porque puede ser fundada en dichos títulos y éstos en los fundamentos que los originan. No se trata de un reparto arbitrario, sino de una

---

de fuerza. Cuando deja de tolerarlo, los actos destituyentes expresan y ejecutan la caída del consenso. El término democracia tiene en Tomás un significado diverso; pero el concepto está dentro de la semántica actual de ese término.

<sup>22</sup>No a la inversa: que sea justa porque es debida. Luego habrá que resolver el interrogante del fundamento del derecho, lo que hace "justa" a una conducta social.

<sup>23</sup>Cfr. Aristóteles, *Ética a Nicómaco* V,1, 1129 a. Es doctrina aristotélica permanente que las virtudes, así la justicia, tienen por objeto una conducta media entre dos errores: exceso y defecto. Esta posición no significa una búsqueda de la mediocridad o un compromiso que sacrifique lo que verdaderamente (objetivamente) corresponde a cada uno, sino la conclusión de la razón práctica en aquello que es lo debido apartándose de los errores hacia un lado u otro. Como bien dice M. Villey, esta búsqueda racional y su aplicación práctica en las conductas no tratan de descansar en una meseta, sino de ascender esforzadamente a una cima; cf. *Compendio...*, 85.



---

asignación, en la participación del bien común, de la que se puede dar razones.

En la relación jurídica la primacía pertenece a la integridad del término, que es el fin de la conducta justa concreta. Por ello decía con acierto R. von Ihering que "el fin es creador del derecho": recuérdese que el fin es la causa de las causas porque es lo buscado en todo el proceso causal. Concomitantemente, se pone también en su integridad relativa al sujeto agente, por ello se igualan en y a través de la convivencia en cuanto cada uno está en su integridad actuando o recibiendo lo que le corresponde.

No se trata de una igualdad aritmética que suprima las diferencias entre los miembros sino de una igualdad geométrica, en cuanto los diversos miembros, gracias a la interferencia activa, alcanzan la integridad de su propia figura identitaria relativa. Esta igualdad construye un estado general en la sociedad que llamamos el bien común: un orden de justicia contribuye a que cada miembro de la sociedad pueda alcanzar su plenitud, en una contribución a la felicidad de los miembros.<sup>24</sup>

Que la pluralidad social de miembros no sea aritmética, sino geométrica, significa que la alteridad no es la simple multiplicación de lo mismo en un otro que es lo mismo, sino de otro que es lo mismo de otra manera. Esta alteridad radical, sin embargo, se da en el seno de la igualdad básica o esencial por la identidad humana. En rigor filosófico tenemos que decir que la igualdad es esencial y la diferencia es accidental; no como algo carente de valor, sino como algo que se da caracterizando a cada persona individual, pero sin modificar la común pertenencia a la condición humana esencial que es la misma sustancia de cada persona.

---

<sup>24</sup>Decimos "contribuye" porque por sí sola la justicia no es suficiente para lograr el bien común; es necesaria pero no suficiente: debe ser completada con los frutos de otras virtudes vinculadas a ella y también de la caridad.

---

Ahora bien, hay fines humanos personales y sociales: por ello hay derechos personales y sociales. Esto nos hace reconocer un pluralismo jurídico originario en cinco grandes esferas de términos jurídicos: las personas, las familias, los cuerpos intermedios, el Estado, la comunidad internacional.<sup>25</sup>

Por ello, no resultan aceptables los monismos jurídicos que dan sentido exclusivo a los términos originarios, sea el colectivista (el único originario es el Estado), sea el individualista (el único originario es el interés individual, la sociedad sólo está para su resguardo). La primera es la visión totalitaria del comunismo y del nazismo; la segunda es la concepción madre del liberalismo, sistematizada por Kant.

De la intrínseca definición del derecho como "lo justo debido" se deriva el carácter controversial que hemos indicado antes. Si la inteligencia humana no tuviera la capacidad de reconocer en distintos grados (en gran parte con probabilidad, más que con certeza apodíctica) qué es lo justo, si la voluntad humana no estuviera en condiciones de quererlo, no habría controversia ni se organizarían los mecanismos judiciales, de mediación, de arbitraje, etcétera, para solucionar los conflictos.

La pretensión de justicia en "lo suyo" es lo que fundamenta la organización social, el acatamiento a las normas y la búsqueda de solución a los conflictos. Si se entendiera, al modo puramente descriptivista, que cualquier organización social es autoconsistente de una manera meramente formal sin el contenido de "justicia" no se entendería la consistencia de muchos conflictos y acciones reivindicativas; la organización social quedaría como algo meramente "fáctico", en el ámbito de lo descriptivo como la naturaleza prehumana, fuera del sistema deóntico de las relaciones humanas.

---

<sup>25</sup>Cf. J. Messner, *Ética general y aplicada*. Madrid: Rialp, 1969, 21 ss.