

# ACERCA DEL DERECHO EN LA UNIDAD ORGANICA DE LAS CIENCIAS Y DE LAS ARTES

*Cristóbal Orrego Sánchez\**

Alumno de Quinto Año  
Facultad de Derecho, Universidad Católica de Chile

## INTRODUCCIÓN

La ciencia del derecho deambula en pos de una filosofía que la justifique y que la oriente. La busca no porque haya dejado alguna vez de tenerla, sino porque se había olvidado de ella: el positivismo jurídico, que dejaba esas “cuestiones metajurídicas” al cambiante mundo de las opiniones, sólo ha conseguido que la filosofía que siempre está en la base de toda ciencia se haya vuelto inconsciente, oculta, pero no por eso menos operante. Por ejemplo, en el campo del Derecho Penal, las cuestiones fundamentales sobre la libertad y la responsabilidad personales —que llegan a fundamentar tanto la imposición de la pena como el derecho a la rehabilitación— no se deciden sino en el plano filosófico. La adopción de la postura relativista o escéptica (“filosóficamente nada se ha probado ni puede probarse”) es ya una actitud filosófica, por cierto la más cómoda, que lleva a resolver estos problemas en forma voluntarista y que en último término implica la indiferencia ante cualquier postura también en el plano práctico: el indeterminismo relativo no tiene argumentos frente al determinismo absoluto que rechaza el derecho penal de culpabilidad. El Derecho Constitucional, por su parte, no puede prescindir de una filosofía del derecho. De lo contrario, no tienen sentido expresiones como “derechos humanos” o “dignidad de la persona”, “bien común”, etc., pues son todos conceptos que no derivan del ordenamiento jurídico positivo y que no tienen sentido en él sin una filosofía del derecho.

Por otro lado, no cualquier filosofía del derecho puede servir de fundamento a la ciencia del derecho. Al decir de Maritain, se requiere una filosofía “esencialmente fundada en verdad”. “Ciertamente, es necesario, puesto que el hombre está hecho para la verdad, que una doctrina esencialmente fundada en verdad sea *posible* a nuestro espíritu”<sup>1</sup>. La ciencia jurídica, como toda ciencia, es conocimiento de lo real. Por eso, sólo una filosofía realista del derecho (firmemente arraigada en la metafísica del ser) puede ser su fundamento.

Esta investigación tiene por objeto reflexionar en torno al problema del *conocimiento del derecho*<sup>2</sup>: ¿Qué clase de conocimiento se ocupa del dere-

\* Primer Premio del Cuarto Concurso de Investigación Jurídica para Alumnos “Francisco Bulnes Ripamonti”, correspondiente a 1988.

<sup>1</sup> Jacques MARITAIN: *El Campesino del Garona* (Bilbao, Desclée de Brouwer, 1967) pp. 138 y 139.

<sup>2</sup> Cfr., para una visión general y muy distinta de la que se adopta aquí, Manuel MANSON TERRAZAS: “Filosofía del Derecho, Ciencia Jurídica y Lógica formal”. *3 Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (1985) pp. 209 y ss.

cho? ¿Qué lugar ocupa entre los demás conocimientos, especulativos o prácticos? Se trata, como se ve, de una labor de *localización* de este tipo de obra y conocimiento en el ámbito de los otros saberes y actividades del hombre. De ahí el título: "*Acerca del Derecho en la Unidad Orgánica de las Ciencias y las Artes*"<sup>3</sup>.

Conviene aclarar que no se inicia la labor desde alguna hipótesis, como hacen las ciencias particulares<sup>4</sup>; más bien se intenta reflexionar, desde la perspectiva del pensamiento de Tomás de Aquino<sup>5</sup>, en torno al problema propuesto<sup>6</sup>. El enfoque adoptado intenta ser exclusivamente filosófico<sup>7</sup>, sin perjuicio de recurrir a ejemplos jurídicos concretos cuando sea menester. Este es un trabajo de Filosofía del Derecho. Quizá por eso se le puso punto final con un resabio de desilusión: no soluciona grandes problemas, sino que los abre, reabre y agudiza. Es poco práctico: sólo ha servido para comenzar a indagar un misterio planteado desde las primeras clases de Derecho, y posteriormente sepultado bajo la indiferencia de profesores y compañeros de estudios.

En orden a desentrañar la cuestión, hemos abordado tres temas complicados: el derecho<sup>8</sup>, la ciencia<sup>9</sup> y, finalmente, el conocimiento del derecho<sup>10</sup>. En este último aspecto se han analizado tres clases de saberes jurídicos, desde una perspectiva tomista y iusrealista: la Prudencia del Derecho, el Arte del Derecho y la Ciencia del Derecho. El énfasis se ha puesto en la Jurisprudencia, que se juzgó el aspecto menos estudiado modernamente —¡mucho menos que la ciencia, por cierto!—, incluso en el campo de la filosofía tomista. No se analizará la Filosofía del Derecho en cuanto tal —sí la relación de los otros saberes con ella—, pues tal estudio exigiría una mirada estrictamente reflexiva, propia de la filosofía, ciertamente, mas —por ahora— fuera del alcance de mi capacidad.

## I. EL DERECHO

"Es por medio de la palabra como se juzga de lo justo y lo injusto"<sup>11</sup>. Cuando no hay acuerdo en las palabras, se resiente la justicia. Por ello, resulta sugerente la proposición del filósofo griego: "Todo hombre que se dedique a pervertir, en las almas de los jueces, el sentido de la justicia, pleiteando y

<sup>3</sup> Cfr. Mariano ARTIGAS: *Introducción a la Filosofía* (Pamplona, Eunsa, 1984) pp. 31-40 y 66.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>5</sup> Se ha procurado evitar la polémica, pues las visiones acerca del tema son sumamente contradictorias. Cuando no ha sido posible, se ha desterrado la discusión a estas notas.

<sup>6</sup> Vamos a *reflexionar* y no a presentar demostraciones apodícticas. Este método implica volver de vez en cuando sobre cuestiones ya planteadas, e ir avanzando como *empujados* por lo ya descubierto. No obstante, la reflexión no es sinónimo de vaguedad: haremos un esfuerzo de precisión y rigor metodológico.

<sup>7</sup> Cfr. supranota 3, pp. 20 y 21.

<sup>8</sup> Capítulo I.

<sup>9</sup> Capítulo II.

<sup>10</sup> Capítulo III.

<sup>11</sup> PLATÓN: "De lo Justo", en *Obras Completas* (Madrid, Ed. Aguilar, 1966), p. 1696.

volviendo a pleitear en contra de este sentido de la equidad (...), podrá ser procesado judicialmente"<sup>12</sup>; y aun "condenado a muerte"<sup>13</sup> en caso de reincidencia.

Lo anterior, referido a los abogados, puede extenderse al filósofo del derecho, quien en su busca infatigable del sentido último del "derecho" y la "justicia" puede llegar incluso a disociar ésta de aquél<sup>14</sup>. Por ende, resulta imprescindible aclarar —al inicio de esta investigación— de qué hablaremos utilizando el vocablo "derecho"<sup>15</sup>.

## 5. ¿Qué se entiende por "derecho"?<sup>16</sup>

El término "derecho" tiene diversos sentidos, tanto en el lenguaje común como en el científico y filosófico.

5.1. El Derecho, en sentido preceptivo, es un conjunto de normas (*normas jurídicas*) que regulan la vida del hombre en sociedad. Se habla del *Derecho objetivo*, para distinguirlo del *derecho subjetivo* (infra 5.2). Así se dice, por ejemplo, que el Derecho obliga a los ciudadanos a sufragar.

5.1.1. La concepción normativista considera que en este punto se da la razón propia y formal de lo que es el Derecho<sup>17</sup>. Las demás acepciones

<sup>12</sup> PLATÓN: "Las Leyes, o de la Legislación" en *Obras Completas* (Madrid, Ed. Aguilar, 1966), p. 1519.

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> Piénsese, por ejemplo, en concepciones tan antagónicas como el iusnaturalismo realista y el positivismo formalista. Para la primera, el derecho es el objeto de la justicia, *lo justo*: si no es justo, no es derecho. Para la segunda, el derecho puede ser contrario a un "ideal de justicia", supuestamente extrajurídico.

<sup>15</sup> Lo mismo haremos al referirnos a la ciencia. Este trabajo engorroso de aclarar el sentido y alcance de los términos, es el fundamento necesario de toda la investigación posterior. Causa bastante frecuente de discusiones, en el ámbito filosófico y científico, es la despreocupación por el significado de las palabras. Las ciencias naturales (física, química, etc.) definen sus propios conceptos y magnitudes: Cfr. Mariano ARTIGAS y Juan José SANGUINETI: *Filosofía de la Naturaleza* (Pamplona, Ed. Eunsa, 1ª ed. 1984), pp. 130 y ss. En filosofía, una labor semejante es más necesaria, porque hay una tendencia mayor a dar por supuestos los significados de las palabras, como se verá más adelante. Tomás de AQUINO parece muy amigo de las etimologías, en un esfuerzo por aclarar su sentido.

<sup>16</sup> En la exposición que sigue debe tenerse en cuenta que se adopta la concepción realista del derecho, tan radicalmente opuesta a la concepción normativista que se ve hipotecada incluso la cuestión terminológica. En síntesis, se afirma que el derecho no es la ley, sino lo justo, la cosa justa. Cfr. Michel VILLEY: *I Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y Fines*. (Pamplona, Eunsa, 1979), pp. 84 y ss. Cabe recordar que la división de los autores en "normativistas" y "realistas" se da incluso dentro del grupo de filósofos iusnaturalistas. La mayoría de los filósofos iusnaturalistas son normativistas (el Derecho Natural es la Ley Natural, o parte de ella). Unos pocos son realistas (la ley natural es fuente del derecho natural, el cual es "lo justo natural", lo debido a alguien por su naturaleza).

<sup>17</sup> Hemos dicho que la "polémica" (y la alusión a los diversos autores) será desterrada al ámbiot de estas notas a pie de página. Con todo, es ineludible: sin diálogo no hay filosofía ni ciencia del Derecho. En síntesis, puede verse que para la mayoría de los autores el Derecho es un orden normativo. Confróntese, por ejemplo:

son derivadas, dependientes de esta primera y fundamental. Consecuencialmente, la ciencia del derecho se vincula esencialmente al estudio de normas (sean positivas o naturales), a su interpretación, aplicación, valoración, etc.<sup>18</sup>

5.1.2. La concepción realista del derecho ve en la ley, en la norma jurídica, una fuente del derecho, de lo que es justo. La ley no siempre es derecho<sup>19</sup>. Por ello, cuando se adopta este punto de vista para el análisis filosófico de la realidad jurídica se produce un "divorcio originario", a *radice*, con respecto a todos los enfoques normativistas. Siempre cabrá alguna comparación, pero se dificulta en la misma medida en que los conceptos iniciales son diversos.

5.2. También se entiende por "derecho" la facultad inherente a un sujeto para reclamar lo que se le debe, lo suyo<sup>20</sup>. Se trata del denominado *derecho subjetivo*, un "poder moral que cada quien tiene de disponer de lo suyo o de reclamar lo que le es debido"<sup>21</sup>. En este sentido se dice "tengo *derecho* a la información, la buena fama...". Los "derechos humanos" son facultades de exigir frente a los demás y al Estado.

5.2.1. Un sector de la filosofía tomista considera que la razón propia y formal del *ius* se encuentra en el derecho subjetivo. Se sostiene, por ejemplo, que "no existe sino un derecho formal y propiamente dicho o una sola razón esencial del mismo, que es el derecho subjetivo o facultad moral de la perso-

a) Giorgio del VECCHIO: *Filosofía del Derecho* (Barcelona, Ed. Bosch, 9ª ed. 1969), pp. 229 y ss.; p. 338 y ss. Considera al Derecho como una "coordinación objetiva de las acciones posibles entre varios sujetos, según un principio que las determina excluyendo todo impedimento" (p. 327).

b) Edgar BODENHEINER: *Teoría del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, 3ª ed. 1964), pp. 26 y ss.; 92 y ss.; 303 y ss. Considera al Derecho normativamente, como el conjunto de reglas generales de conducta que limitan el poder del Estado y de los individuos particulares (p. 26); es uno de los medios de control social, junto a otras reglas de conducta como la moral y la costumbre social (p. 92).

c) Luis RECASÉNS SICHES: *Introducción al Estudio del Derecho* (México, Ed. Porrúa, 7ª ed. 1985), pp. 25 y ss.; 29 y ss.: "Derecho, en el sentido estricto de esta palabra, lo es tan sólo el conjunto de normas dictadas o reconocidas por el Estado..." (p. 44).

d) Etcétera. En el ámbito del positivismo jurídico, el normativismo alcanza su cumbre en Hans Kelsen. Sin embargo, también se pueden citar autores en el ámbito tomista y neotomista. Cfr. D. BARBEDETTE: *Ética o Filosofía Moral conforme al pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás*. (México, Ed. Tradición, 1974), p. 138; para este autor, el derecho "ya significa la misma ley o el conjunto de leyes, ya el objeto de la ley o también el efecto de la ley".

<sup>18</sup> Luis LEGAZ LACAMBRA: "Ciencia del Derecho". VII *Gran Enciclopedia Rialp*, voz *Derecho* (Madrid, Ed. Rialp, 1972), pp. 412-414.

<sup>19</sup> Michel VILLEY: *I Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y Fines* (Pamplona, Eunsa, 1979), p. 225. Cfr. supranota 16.

<sup>20</sup> Miguel Sancho IZQUIERDO y Javier HERVADA: *I Compendio de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsa, 1980) p. 31.

<sup>21</sup> C. BARBEDETTE: supranota 17, p. 138. En relación al concepto de "derecho subjetivo", Vid. Máximo PACHECO: *Teoría del Derecho* (Santiago, Ed. Jurídica, 2ª ed. 1984), pp. 26; 127 y ss.; 153 y ss. Además, cfr. M. VILLEY, supranota 19, p. 162 y ss.

na”<sup>22</sup>. Otros discípulos del Aquinate, en cambio, consideran que esta facultad moral se llamaría “derecho” de manera impropia, por analogía de atribución<sup>23</sup>.

5.2.2. García Maynez define el derecho subjetivo como la “autorización concedida al pretensor”<sup>24</sup>, un “permiso derivado de la norma”<sup>25</sup>. En general, todas las teorías normativas del derecho ven la facultad moral como derivada de la norma (sólo de la norma positiva, para los iuspositivistas; también de la ley natural, para los iusnaturalistas)<sup>26</sup>. Ihering, por su parte, alude a la *solidaridad de la ley y el derecho concreto*<sup>27</sup>, manifestando que derecho objetivo —normativo o abstracto— y subjetivo —concreto— se potencian mutuamente.

5.3. Una tercera acepción —prácticamente olvidada por la filosofía moderna— es la del derecho como *lo justo*, la cosa justa, el objeto de la justicia<sup>28</sup>; la cosa concreta en cuanto debida a alguien, una acción justa, una situación justa, o —en términos de generalización en la sociedad— la “realidad social justamente ordenada”<sup>29</sup>. En este sentido se afirma que *el salario* es un derecho del trabajador: la cosa justa que se le debe en virtud del trabajo realizado. *La vida*, en cuanto debe ser respetada por otros, es un derecho de todo ser humano.

5.3.1. El normativismo jurídico no considera esta acepción del derecho, y más bien tiende a configurar sus conceptos en torno a la relación Derecho objetivo-derecho subjetivo. La cosa sobre que recae una facultad moral de exigirla no es “derecho”, sino “objeto del derecho”, porque a ella se refiere la norma o se vincula el derecho subjetivo.

5.3.2. El realismo jurídico llama “derecho objetivo” al derecho en esta acepción: “lo suyo de cada uno”, a que se alude cuando se habla del objeto de la justicia (“dar a cada uno lo suyo”). Para referirse a lo que en la actualidad se llama “Derecho objetivo”, usa la expresión “derecho normativo” u otra equivalente. En esta concepción, el derecho en sentido propio y formal es “lo justo”, y desde la consideración del objeto se predica analógicamente el concepto *ius vel directum* (derecho) respecto de otras realidades (la ley, la facultad moral subjetiva, etc.).

5.4. Finalmente, a lo largo de la historia se ha dado el nombre de “derecho” al *conocimiento* y *actividad* que los hombres vinculan a las normas, o a las facultades morales de exigir, o a lo justo. Se habla entonces del derecho como “ciencia” o como “arte”. Cuando se dice que alguien “estudia derecho”, no se hace referencia sólo a las normas o derechos subjetivos, sino a los conocimientos acumulados y elaborados en relación a lo jurídico.

<sup>22</sup> VV.A.A.: “Introducción a la Cuestión 57. El Derecho, Objeto de la Justicia”. VIII *Suma Teológica* (Madrid, BAC, 1956), p. 202.

<sup>23</sup> Id., pp. 196 y 197. Véase, además Sancho Izquierdo y Hervada, supranota 20, pp. 208 y 209.

<sup>24</sup> Eduardo GARCÍA MÁYNES: *Introducción al Estudio del Derecho* (México, Ed. Porrúa, 29ª ed. 1978), p. 36.

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Cfr. Del Vecchio, supranota 17, p. 338 y ss.; Pacheco, supranota 21, pp. 127 y ss.; Jorge Iván HÜBNER GALLO: *Introducción al Derecho* (Santiago, Ed. Jurídica, 4ª ed. 1976), pp. 185 y ss.

<sup>27</sup> Rudolph VON IHERING: *La Lucha por el Derecho* (Buenos Aires, Ed. Petrel, 1985) pp. 97 y ss., específicamente p. 106.

<sup>28</sup> Supranota 22, p. 184.

<sup>29</sup> Sancho Izquierdo y Hervada: Supranota 20, p. 31.

5.4.1. El normativismo considerará la ciencia del derecho como un conocimiento y aplicación de normas, según ya se ha dicho. Así, verbigracia, afirma Austin que "la ciencia de la Jurisprudencia se ocupa de leyes positivas" <sup>30</sup>. En el mismo sentido, García Máynez <sup>31</sup>. Y no parece necesario referirse al iuspositivismo —en particular, a Hans Kelsen—, que sólo puede ser normativista —en el sentido amplio que aquí hemos estado dando al término—, pues la consideración del derecho como "el objeto de la justicia" o "lo justo" es una intromisión indebida de elementos ideológicos, moralizantes, en el ámbito jurídico objetivo <sup>32</sup>.

5.4.2. El realismo jurídico entiende el derecho en cuanto ciencia o arte en el sentido que le dieron los juristas romanos, fundándose en Aristóteles. Ulpiano dice que el derecho es "ars boni et aequi" <sup>33</sup>, el arte de conocer y realizar en concreto lo bueno y equitativo. Y la Jurisprudencia es ciencia de lo justo y de lo injusto, para lo cual se requiere tener cierto conocimiento (*notitia*) de las cosas humanas y divinas: "Jurisprudencia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque injusti scientia" <sup>34</sup>.

Es decir, para el realismo jurídico la ciencia o arte del derecho no atiende primariamente a las normas, ni a los derechos subjetivos, sino a los hechos, cosas, acciones, en cuanto justas o debidas a otro.

5.4.3. Este significado de la palabra "derecho" es el objetivo de nuestra reflexión. Como se ve, es fundamental adoptar *antes* de proseguir la investigación un enfoque, una postura, en relación al fenómeno jurídico: o se le enfrenta considerándolo esencialmente como *norma*, o se le enfrenta considerándolo esencialmente como *objeto* o *cosa real*.

Las alternativas propuestas conducen la investigación por caminos totalmente diversos; ambas, por cierto, intentarán una explicación racional para todo el fenómeno jurídico. El normativismo no excluye *per se* la consideración de la justicia (ideal del Derecho, ley natural, etc.), aunque está abierto a tal posibilidad. El iusrealismo no excluye, por su parte, el estudio de las normas en su relación con la justicia y el derecho.

Ahora bien: frente a esta opción intelectual, necesaria, ineludible, mas no por eso caprichosa, voluntarista o absuelta de razones, ¿qué lleva a decidir en un sentido o en otro? Escapa al objetivo de este trabajo el exponerlo. Sin embargo, hay dos consideraciones que vale la pena apuntar:

a. A nuestro juicio, el realismo jurídico logra explicar mejor la totalidad del fenómeno jurídico, no sólo en su dimensión normativa, sino también en sus aspectos valorativos y fácticos <sup>35</sup>. Este aserto no puede probarse fácilmente.

<sup>30</sup> Citado por E. BODENHEIMER, supranota 17, p. 315.

<sup>31</sup> Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, supranota 24, pp. 36 y ss.

<sup>32</sup> Cfr. Hans KELSEN: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho* (Buenos Aires, Eudeba, 2ª ed., 1960), pp. 34 y ss.; y 55 y ss. Y Carlos José ERRÁZURIZ: *La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, Visión Crítica* (Pamplona, Eunsa, 1986), pp. 61 y ss.; 84 y ss.; 135 y ss.; 142 y ss.

<sup>33</sup> D. 1, 1, 1 pr., citado por Alvaro D'ORS: *Derecho Privado Romano* (Pamplona, Eunsa, 5ª ed. 1983), p. 12 Cfr., además, Julián PASTOR y ALVIRA: *Manual del Derecho Romano* (Madrid, Imp. de la viuda e hija de Gómez Fuentenebro, 3ª ed. 1903), pp. 12 y 13.

<sup>34</sup> D. 1, 1, 10, 2, citado por A. D'ORS: supranota 32.

<sup>35</sup> Cfr. Miguel REALE: *Introducción al Derecho* (Madrid, Ed. Pirámide, 3ª ed., 1979), pp. 65 y ss. y 235 y ss. Vid. También Sancho IZQUIERDO y HERVADA,

te, pues sería necesaria una exposición orgánica de toda la filosofía del Derecho desde la perspectiva realista.

b. La inmensa mayoría de los autores ha profundizado en la filosofía y ciencia del derecho como norma. Evidentemente, cada día es mayor el horizonte que se ofrece al trabajo especulativo en esta dirección, y no puede considerarse un campo agotado. Con todo, resulta interesante el derrotero que abre la consideración realista del derecho: una selva virgen, terreno de exploradores solitarios y audaces... aun so riesgo de incomprensión.

En cualquier caso, todos los autores tienen una postura al respecto, aunque la mayoría de las veces no la hayan explicitado como *tal opción* en su obra<sup>36</sup>. De nuestra parte, es un deber de rigor intelectual —de veracidad, por tanto— aclarar los puntos de partida<sup>37</sup>.

#### 6. Analogía del "derecho" en Tomás de Aquino

Hemos pasado revista a las principales acepciones de la voz "derecho" en el lenguaje común y filosófico<sup>38</sup>. Ahora nos corresponde *aproximarnos* al análisis que realiza Tomás de Aquino sobre el derecho, para así delimitar con mayor precisión cuanto se refiere al mismo como ciencia o arte.

6.1. Santo Tomás considera que el sentido original del vocablo "derecho" es el de "la misma cosa justa"<sup>39</sup>, entendiéndose por "justo" lo que *corresponde a otro* según alguna igualdad, como la remuneración debida por un servicio prestado<sup>40</sup>. De modo que así como la justicia ordena al hombre *en las cosas relativas a otro*, el término del acto de la justicia se determina sin considerar la persona del que obra —*etiam praeter comparationem ac agentem*<sup>41</sup>—, sino en atención a otro sujeto. Por ello se dice que el objeto de la

supranota 20, p. 33; y PACHECO, supranota 21, p. 779: "la norma es el resultado de la integración de un hecho en un valor". Hay que hacer notar, empero, que Reale no es un filósofo del "realismo jurídico", si bien su aguda observación de la realidad social, y su "realismo cultural", lo llevan a tener ciertos puntos de contacto en las conclusiones.

<sup>36</sup> Por ejemplo, cuando FRIEDRICH —haciendo no filosofía, sino Historia de la Filosofía Jurídica— expone el pensamiento jurídico de Tomás de AQUINO, sólo se fija en las cuestiones dedicadas a la ley... No obstante, Santo Tomás se refiere explícitamente y por extenso al *derecho* (ius) varias cuestiones después que a la ley, en la Suma Teológica. Cfr. C. J. FRIEDRICH: *La Filosofía del Derecho* (México, Fondo de Cultura Económica, 1ª ed. 1964), p. 67.

Lo mismo ocurre en PACHECO, op. cit., supranota, pp. 736-737.

<sup>37</sup> En adelante, se omitirá —dentro de lo posible— la comparación con la visión normativista del derecho, y se intentará seguir el método y los principios de la filosofía tomista.

<sup>38</sup> Hay otras acepciones o connotaciones del término, pero no interesan para los efectos de este trabajo. Cfr. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *I Diccionario de la Lengua Española* (Madrid, Espasa Calpe, 20ª ed. 1984), voz "derecho".

<sup>39</sup> S. Th. II-II q. 57 a. 1, ad primum. Cfr. Santo Tomás de AQUINO: *Suma teológica*, supra nota 22. En adelante se citará la Suma Teológica en la forma tradicional, según su sistemática interna, con lo cual se evita el problema de la diversidad de ediciones.

<sup>40</sup> S. Th. II-II q. 57 a. 1, resp. El subrayado es nuestro.

<sup>41</sup> Idem. En las otras virtudes, en cambio, el objeto o "lo debido" es relativo a cada uno, de modo que, por ejemplo, la virtud de la templanza no impone la

justicia se determina por sí mismo, "objetivamente", "externamente", y es llamado lo justo ("*iustum*"). Eso es el derecho ("*ius*"), objeto de la justicia.

Ahora bien, ¿qué hace a una cosa constituirse en lo justo? Santo Tomás, buscando el fundamento del derecho objetivo, afirma:

6.1.1. "*ius, sive iustum, est aliquod opus adaequatum alteri secundum, aliquem aequalitatis modum*"<sup>42</sup>.

Cuando dice "*ius, sive iustum*", establece una plena identificación entre una expresión genérica (el derecho) y otra concreta (lo justo). Y lo justo "est aliquod opus", "algo"<sup>43</sup>, más exactamente, "algún trabajo", "alguna obra" o "alguna cosa"<sup>44</sup>. Es decir, el concepto de derecho no se refiere sólo a las cosas, sino también a las acciones. "La justicia tiene por objeto solamente las *acciones* y las *cosas* exteriores, conforme a cierta razón especial del objeto, esto es, en cuanto que por ellas un hombre se coordina con otro"<sup>45</sup>.

Este "*aliquod opus*" se especifica como derecho en cuanto es "*adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum*"<sup>46</sup>. De suerte que el derecho se constituye como tal en cuanto la cosa "se hace igual", se adecua, o se ajusta a otro. La cosa es justa en cuanto es debida a otro, y se le debe porque es "adecuada" a ese otro. Nosotros, al decir que una cosa es adecuada para algo o para alguien, entendemos que es "apropiada" o "conveniente". Santo Tomás, en cambio, está empleando el término en su sentido latino originario: "igualar", "hacer igual", "ajustar"<sup>47</sup>.

6.1.2. El fundamento de que una cosa se adecue a un hombre está en la naturaleza o en la convención<sup>48</sup>.

En el primer supuesto, la cosa se constituye en derecho (es adecuada a otro, es "suya" o le es debida) "*ex ipsa natura rei*", por la misma naturaleza de la cosa. Es útil hacer notar que en toda adecuación hay dos términos que se ajustan. En el caso del derecho, esos dos términos son "la cosa" y "el otro". Santo Tomás llama "derecho natural" (lo justo natural) a aquello que "*ex sui natura*" es adecuado o conmensurado a otro. También advierte que ese algo debe ser "natural al hombre", considerando a este hombre en su naturaleza concreta, que es el otro término de la comparación. Si uno de los dos términos falla, no hay una *conmensuración*<sup>49</sup>, y por tanto la cosa deja de ser "derecho" a "lo justo natural" para ese hombre<sup>50</sup>. "La naturaleza humana es mutable"<sup>51</sup>,

---

misma cantidad de comida a un hombre que a otro: uno necesita comer más, el otro menos; uno es enfermo y requiere alimentos especiales, mientras el otro puede comer de todo, etc.

<sup>42</sup> S. Th. II-II q. 57 a. 2, resp. En este punto no sigo la traducción de la BAC, porque hay ciertos matices que aparecen más claros en el texto original.

<sup>43</sup> Id., en la traducción de la BAC.

<sup>44</sup> Cfr. *Diccionario Ilustrado Latino-Español, Español-Latino Vox* (Barcelona, Ed. Bigliográf., 19ª ed., 1985), voces "aliqui" y "opus".

<sup>45</sup> S. Th., II-II, q. 58, a. 8, resp.

<sup>46</sup> "Adecuado a otro, según cierto modo de igualdad".

<sup>47</sup> Cfr. *Vox*, supranota 44, voces "adaequo", "aequo" y "aequus, a, um".

<sup>48</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 2.

<sup>49</sup> Cfr. Real Academia Española, supranota 38, voz "conmensuración".

<sup>50</sup> Como se ve, el "derecho natural" en este sentido es más amplio que "lo debido a todo hombre por el hecho de ser hombre" (por su dignidad de persona humana). Así, por ejemplo, la vida es un derecho natural de todo hombre. Pero es "derecho natural" sólo del depositante que se le devuelva el depósito. Ergo, hay

y, por consiguiente, lo que es natural al hombre puede algunas veces fallar. Por ejemplo, es de igualdad natural que se devuelva el depósito al depositante; y, por tanto, si la naturaleza humana fuera siempre recta, esto sería siempre observado. Sin embargo, como a veces la voluntad del hombre se pervierte, existe algún caso en el cual el depósito no ha de ser devuelto, para que un hombre de voluntad perversa no use mal de él; v.gr., si un demente o un enemigo de la República reclamara las armas depositadas<sup>52-53</sup>.

6.1.3. De otra manera, puede ser una cosa adecuada a un hombre: por convención o mutuo acuerdo. Se trata del derecho positivo: la voluntad humana, en virtud de un convenio común, puede establecer algo como justo en aquellas cosas que de suyo no se oponen a la justicia natural<sup>54</sup>. Hay un ám-

“derechos” que son “naturales” siempre y en todo lugar, y hay “derechos naturales” mudables y susceptibles de excepción, como se verá.

<sup>51</sup> Se habla de la “naturaleza concreta”, individualizada *hic et nunc* en este hombre, con esta alma (inteligencia y voluntad), con este cuerpo. No se hace referencia a la “naturaleza humana” en general, como se ve en el texto latino, que dice: *Natura autem hominis est mutabilis* (“Empero, la naturaleza del hombre es mudable”), y no dice “humana natura” (“naturaleza humana”, en términos de abstracción formal). Esto puede verse más claro cuando habla de la ley natural. (S. Th., I-II, q. 94, a. 4, respuesta) y cuando afirma que la palabra “hombre” no excluye todo lo que se da en la naturaleza del hombre; en cambio, “humanidad” excluye lo que no es de su esencia (I-II, 51, 1, ad 1; 110, 4 ad 4). También distingue, en otro lugar (S. Th., I, q. 3, a. 3, resp.), entre “esencia del hombre” y “esencia de tal hombre”, y la naturaleza es la esencia en cuanto principio de operaciones. Hablar de la “naturaleza del hombre” como “mudable” puede parecer extraño, porque la doctrina más difundida sobre el particular es propia del racionalismo (y del iusnaturalismo racionalista), y no la de Tomás de Aquino, más cercana a lo real y concreto. Cfr., al respecto: ARISTÓTELES: *Metafísica* (Barcelona, Ed. Iberia, 1968), pp. 108-109; Tomás ALVIRA, Luis CLAVELL y Tomás MELENDO: *Metafísica* (Pamplona, Eunsa, 1982), pp. 93-100, 101-105, 122-123. Sobre la distinción entre abstracción total y abstracción formal (“naturaleza del hombre” v/s “naturaleza humana”), véase: Jesús GARCÍA LÓPEZ: *Estudios de metafísica tomista* (Pamplona, Eunsa, 1976), pp. 21-24.

<sup>52</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 2, ad 1. En este caso tampoco seguía la traducción de la BAC (supranota 22, tomo VIII, p. 235), pues utiliza el término “norma”, ausente del texto latino y que presupone una interpretación particular del mismo.

<sup>53</sup> Este criterio, “doblemente objetivo” de determinación de lo justo natural, es una clave útil para explicar por qué los derechos naturales se determinan tanto a partir de la naturaleza del hombre como en consideración a la *naturaleza de las cosas*, ambas tal cual se dan aquí y ahora. Un ejemplo: el “salario justo” se considera atendiendo a la “naturaleza concreta” del trabajador, a su familia (“salario familiar”), a la productividad de su trabajo, al bien de la empresa, al bien común de la sociedad, etc. Cfr. Johannes MESSNER: *Ética General y Aplicada. Una Ética para el hombre de hoy* (Madrid, Ed. Rialp, 1969), pp. 361 a 366. De este modo, no existe verdaderamente una “incompatibilidad” entre los derechos: todos tienen una determinación objetiva. (Vid., más adelante, lo relativo a los derechos subjetivos.)

<sup>54</sup> S. Th., II-II q. 57, a. 2, resp. y ad 2. Se añade que el mutuo acuerdo puede realizarse de dos formas: por convenio privado o por convención pública (cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y representa su persona). Aquí ya se vislumbra cómo la ley puede ser fuente del derecho, en cuanto es el fundamento —en ciertos casos— de que algo sea “adecuado a otro”, “debido”, es decir, “justo” o “derecho”.

bito de la realidad en que las cosas no se atribuyen a determinadas personas por su misma naturaleza, de modo que la única manera de atribuirles —de repartirlas— es poniéndose de acuerdo al respecto. Ciertamente, las voluntades nunca podrán ponerse de acuerdo en que las cosas no sean lo que de hecho son. Por ejemplo, en una donación la voluntad humana puede decidir que un bien comience a ser “lo suyo” de otro, porque ningún bien es por naturaleza propio de una persona determinada. Pero el humano arbitrio no puede disponer del mismo modo de los derechos de los padres sobre sus hijos; y nadie puede hacer que su propia vida deje de ser conmensurada naturalmente con su persona (no se puede disponer de la propia vida, y el que auxilia al suicidio comete un acto contra el derecho del suicida, aunque el suicida hubiese consentido . . . )<sup>55</sup>.

6.1.4. Santo Tomás pone en esta noción del derecho como “lo suyo de cada uno” la razón propia y formal del *ius*<sup>56</sup>. Ahora bien, es frecuente que los nombres sean desviados de su sentido primitivo para significar otras cosas de un modo u otro relacionadas<sup>57</sup>. Uno es el analogado principal, pero el mismo concepto se aplica a otras realidades en parte semejantes y en parte diversas. Ahora nos corresponde referirnos a los analogados del derecho.

6.2. La noción de “derecho subjetivo” no se encuentra desarrollada explícitamente en la obra del Aquinate. Al respecto, subsiste una ardua disputa. Sin embargo, Santo Tomás reconoce la existencia de la “facultad moral” o “poder moral” de exigir un derecho. A veces le da el nombre de “ius”<sup>58</sup>, mas no considera esta acepción —ni aun como derivada— al tratar explícitamente el tema.

En cualquier caso, puede afirmarse que la facultad moral, la *potestas ve, facultas exigendi*, existe en la misma medida que existe la cosa justa. De modo que el derecho subjetivo es “derecho” en sentido análogo, en cuanto termina en la cosa debida.

6.2.1. Quienes objetan la noción de “derechos humanos” o “derechos fundamentales de la persona”, se apoyan frecuentemente en la negación del concepto análogo de “derecho subjetivo”, y en que los “derechos humanos”

<sup>55</sup> Además, se atenta contra el bien común y se hace injuria a Dios. Cfr. S. Th., II-II, q. a. Cae fuera del objeto de esta investigación el fundamento último de que la cosa constituya objetivo y “suum” para alguien. Santo Tomás lo pone en el acto creador y en la naturaleza del hombre en cuanto criatura de Dios, según explica Pieper: Josep PIEPER: *Justicia y Fortaleza* (Madrid, Ed. Rialp, 2ª ed. 1972), pp. 19 a 36.

<sup>56</sup> Cfr. Javier HERVADA: *Introducción Crítica al Derecho Natural* (Pamplona, Euns, 1981), pp. 41 y ss. La exposición de Hervada sobre el derecho objetivo es muy detallada y esclarecedora, aunque en este trabajo no se adopta plenamente (simplément, no he reflexionado suficientemente al respecto).

Otros autores tomistas sostienen que lo propio del derecho radica en el derecho subjetivo. Cfr. supranota 22.

Finalmente, algunos afirman que “en el orden de la significación” la voz *derecho* se refiere primero al derecho objetivo, después al derecho subjetivo y en tercer lugar al derecho preceptivo; pero que “en el orden de la realidad” sería a la inversa, teniendo la primacía el derecho normativo. Cfr. Antonio ROYO MARÍN: *I Teología Moral para Seglares. Moral Fundamental y Especial* (Madrid, Ed. BAC, 5ª ed., 1979), p. 461.

<sup>57</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1, resp.

<sup>58</sup> Cfr. supranota 22, pp. 188 y ss.

serían *absolutos por su naturaleza*, imposibles de coordinar unos con otros e imposibles de satisfacer con los bienes limitados existentes<sup>59</sup>. La crítica es válida respecto del concepto liberal de “derechos del hombre”, pero no es este el único concepto.

El pensamiento iusrealista reconoce la existencia de “derechos naturales concretos”<sup>60</sup>, que derivan su fuerza de la misma naturaleza humana y de la misma naturaleza de las cosas existentes, de modo que los tales derechos no son absolutos, porque están “medidos”<sup>61</sup> por las cosas naturalmente debidas a su sujeto. Tampoco son incompatibles los derechos de un hombre con los de otros, pues recaen sobre cosas diversas; así, el derecho a la vida de cada hombre es correlativo a su propia vida. Otro tanto ocurre con cada uno de los “derechos humanos”, tocando a la prudencia del derecho (Jurisprudencia) deslindarlos en los casos menos claros.

En fin, no puede decirse que “los derechos humanos” son *exigencias imposibles de satisfacer*, pues siempre son “derechos” a cosas realmente existentes —o a acciones realmente posibles—, pero que no están en poder de sus titulares. En ese sentido, no es igual el derecho a la salud que posee un hombre del siglo XX en un país desarrollado, que el que posee un hombre del siglo II en un pueblo paupérrimo. En el primer caso, puede ser una exigencia de justicia proporcionar medicamentos para curar, por ejemplo, una tuberculosis. En el segundo, por contraste, no podría imaginarse tal derecho; y si algún tuberculoso moribundo *exigiera* recuperar la salud, no estaría reclamando su “derecho a la salud”, sino más bien rebelándose contra lo inevitable.

En definitiva, la tesis iusrelista orienta correctamente la solución de los problemas que se plantean con la noción de “derecho subjetivo”, al medirlo con el patrón del derecho objetivo, sin confundir ambas realidades.

6.2.2. En tanto que es un correlato de “lo justo objetivo”, el derecho subjetivo también puede ser de origen natural o positivo, o una combinación de ambos<sup>62</sup>. Por ejemplo, el justo precio en una compraventa o el interés en un mutuo se determinan por convención (derecho positivo); sin embargo, si son excesivos —o, a la inversa, demasiado bajos— puede infringirse la justicia natural por lesión enorme o por usura<sup>63</sup>.

En busca de mayor claridad, analicemos el llamado “derecho a la información”. La información es una *cosa*: la acción o el efecto de dar noticia acerca de una realidad<sup>64</sup>. Esta cosa, en cuanto se adecua por su naturaleza

<sup>59</sup> Cfr. VILLEY, supranota 19, pp. 166 a 179.

<sup>60</sup> Es cierto que la ciencia jurídica y la legislación se refieren a estos derechos en forma abstracta (“el derecho a la salud”, “el derecho a la libertad”, etc.) y “absoluta”; mas ello se debe a que todo conocimiento (en el caso de la ciencia) y toda ordenación (en el caso de la ley) deben tener cierta generalidad. No se trata de afirmar la existencia de “derechos absolutos”, como se ve claramente en las normas particulares que limitan y regulan el ejercicio de todos los derechos. Cfr. José Luis CEA EGAÑA: “Estatuto Constitucional de la Inversión Industrial”, XII *Revista Chilena de Derecho* N° 1 (enero-abril de 1985), pp. 12 y 13.

<sup>61</sup> Lo “absoluto” es precisamente lo que no tiene límites, lo que no es “medido” por nada distinto de sí mismo.

<sup>62</sup> Cfr. HERVADA, supranota 56, pp. 79-81.

<sup>63</sup> *Idem.*, p. 88.

<sup>64</sup> Cfr. Real Academia Española, supranota 38, voces “información” e “informar”. No se transcribió la definición textual.

o por convención a un hombre, le es debida. Ahora bien, en la información podemos distinguir dos aspectos: la acción y el efecto de informar. Estos, a su vez, pueden diversificarse infinitamente: hay tanta diversidad de “informaciones” cuanta es la multiplicidad de las realidades comunicables.

Entonces, resulta que el “derecho a la información”, tan *simple* abstractamente considerado, se torna complejo cuando hablamos de los “concretos derechos —naturales o positivos— a la información”. En efecto:

a) La acción de informar en cuanto derecho se presenta como una *libertad para* dar a conocer determinadas realidades. Mas, en orden a la existencia del derecho concreto a informar sobre una realidad determinada, debe existir la adecuación entre esa cosa y el hombre titular de aquél. No siempre el que tiene conocimiento de algo tiene derecho a informar. Si dicha verdad “pertenece” a otro —“se adecua a otro”—, sólo éste podrá informar de ella. Por ejemplo, nadie tiene derecho a informar una verdad tocante a la vida privada de otro, o que disminuye su fama<sup>65</sup>, etc.; el secreto profesional es una obligación jurídica, pues no se tiene derecho a informar sobre las verdades comprendidas en él, adecuadas por su naturaleza al confidente, etcétera. En cambio, tratándose de verdades que por su naturaleza se adecuan a muchos —o a todos—, cualquiera tiene derecho a informar sobre ellas; así ocurre, en general, cuando se refieren al bien común, o son en sí mismas bienes comunes no susceptibles de monopolio alguno (la ciencia, la cultura, la religión, etc.).

b) La información en cuanto “efecto” se presenta como un derecho a conocer la verdad, que en términos concretos requerirá la conmensuración entre la realidad comunicable y la persona titular del derecho. Encontramos verdades que sólo algunos tienen derecho a conocer, como las relativas a la propia intimidad o a los negocios particulares; y hay otras cuya comunicación puede ser exigida por todos, como —por regla general— las que se refieren al bien común (en determinados supuestos particulares, cuando no sea prudente su divulgación, sólo los gobernantes tienen derecho a conocerlas, en su calidad de gestores directos del bien común). Desde esta perspectiva, se entiende que exista un derecho amplísimo del pueblo a conocer las distintas opciones de la vida política (gran “libertad de información política”), pues ésta mira al bien común. Por el contrario, no existe el derecho a inmischuirse en la situación económica o tributaria, por ejemplo, de los políticos<sup>66</sup>.

6.3. “*Lex iuris est species*”, afirma Isidoro de Sevilla<sup>67</sup>, en continuidad con la tradición jurídica romana<sup>68</sup>. Sin embargo, Tomás de Aquino precisa un poco más la cuestión: “*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed ali-*

<sup>65</sup> Cfr. C.P.R. de 1980, art. 19 N° 4°, en relación al art. 19 N° 12.

<sup>66</sup> He desarrollado esquemáticamente este ejemplo, porque, a mi juicio, el moderno “derecho de la información y de la informática”, con todo el complejo problema de la computación y de las telecomunicaciones, puede abordarse con mucha claridad desde una perspectiva iusrealista.

<sup>67</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1°, objeción 1.

<sup>68</sup> Cfr. PASTOR, supranota 33, pp. 13 y ss. Al comentar el texto de las “Instituciones” de Justiniano, pasa de la consideración del *ius objectivum* a la explicación de los “preceptos del derecho”: “*Juris praecepta sunt haec, honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”; y expone la división del Derecho de acuerdo a los tipos de reglas.

*qualis ratio iuris*"<sup>69</sup>. En efecto, la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia, la cual, formulada por escrito, recibe el nombre de ley<sup>70</sup>.

6.3.1. Esta "regla del derecho" o "razón del derecho" se llama también "derecho" a secas por analogía, puesto que es útil para conocer lo justo o para "constituirlo" propiamente, como se ha visto en el caso del derecho positivo. En efecto, hay en la ley ciertas cosas mandadas porque son naturalmente buenas, o prohibidas porque son malas; y hay otras que son buenas porque están mandadas, o malas por prohibidas (pues lo justo y lo injusto en ellas se estableció por la convención pública, o la orden del príncipe)<sup>71</sup>.

La ley humana —positiva, sea escrita o consuetudinaria— es fuente del derecho: fuente sólo de conocimiento del mismo, en cuanto a su aspecto natural (pues las leyes positivas contienen aspectos de derecho natural); o también de constitución, en cuanto a su aspecto positivo. Se dice, v.gr., que la Constitución *asegura* —reconoce— los derechos de la persona<sup>72</sup>; en cambio, la misma norma *establece* la duración de cada período presidencial, determinando "lo justo político" (el derecho político) en este aspecto, aunque podría haber sido de otra manera<sup>73</sup>.

6.3.2. De lo expuesto se deduce que el conocimiento de la ley —del derecho normativo en general— es fundamental para el conocimiento del derecho, de lo justo concreto. Por eso, las concepciones normativistas —e incluso el iuspositivismo<sup>74</sup>—, poniendo el acento en el estudio de la norma, han impulsado la configuración de una *ciencia de la ley* y una estructuración científica de todo el ordenamiento positivo. A mi juicio, empero, todo ese esfuerzo encomiable resulta estéril cuando no se orienta a dar "razón del derecho" ("*aliqualis ratio iuris*") y a descubrir qué es lo debido a cada uno *hic et nunc*. Precisamente por el olvido del "derecho objetivo", todo normativismo hace *posible* la escisión entre "el derecho" y "lo justo". Algunos trasladan "lo justo" a la esfera de lo ideal o del Derecho Natural (abstracto, en el sentido del iusnaturalismo racionalista). Otros —quizá con mayor coherencia— se olvidan de "lo justo", considerándolo una abstracción ideológica. En cualquier caso, el estudio del derecho parece quedarse a mitad de camino.

Retengamos, con todo, una idea fundamental: el arte del derecho no podrá prescindir de un acucioso estudio de las normas<sup>75</sup>.

<sup>69</sup> S. Th., II-II q. 57, a. 1<sup>o</sup> ad 1: "La ley no es el derecho mismo...".

<sup>70</sup> *Idem*.

<sup>71</sup> S. Th., II-II q. 57, a. 2<sup>o</sup>, respuesta y ad 3. Cfr., además, Etienne GILSON: *Santo Tomás de Aquino* (Madrid, Ed. Aguilar, 2<sup>a</sup> ed., 1949), pp. 292-319 y 365-396.

<sup>72</sup> C.P.R. de 1980, art. 19.

<sup>73</sup> C.P.R. de 1980, art. 25, inc. 2<sup>o</sup>.

<sup>74</sup> Me refiero fundamentalmente a Kelsen y a sus seguidores. Cfr. supranota 32.

<sup>75</sup> En tercer año de derecho vine a descubrir que la "razón" del derecho es la ley, la norma, cuando *constaté* que la respuesta capaz de satisfacer todas las inquietudes de algunos profesores era... "¡Porque lo dice el código!" Aun así, no se aquieta el entendimiento de un joven que se asoma por vez primera a los textos legales: "¿Por qué lo dice el Código?" Sin duda, por algo distinto de él mismo: porque es lo justo naturalmente, o porque es lo prudente en virtud de tales y cuales razones... Sólo así la ley es "*aliqualis ratio iuris*": una cierta razón del derecho, de lo justo: ¡una razón razonable!

6.4. El vocablo "derecho" se utiliza, por último, para designar "el arte con que se discierne qué es lo justo"<sup>76</sup>, como cuando se dice que un hombre es *experto en derecho*. Los autores de este siglo no han hablado de "arte", sino de "ciencia del derecho" en un sentido amplio, que incluye un aspecto teórico o dogmático y otro más bien práctico<sup>77</sup>. Santo Tomás, por su parte, aborda este tema como uno de los analogados del derecho. En orden a profundizar en este aspecto —objetivo principal de la investigación— se requiere dilucidar, al menos someramente, una cuestión previa: el problema de la ciencia<sup>78</sup>.

## II. EL CONOCIMIENTO CIENTÍFICO

### (*La arquitectura de las ciencias y las artes*)

7. El hombre, enfrentado con el mundo, no tiene medios biológicos de defensa y especialización, porque tiene la razón y las manos: "la mano es el órgano de los órganos, porque hace todos los instrumentos, y está en lugar de todos los instrumentos"<sup>79</sup>. Puede decirse que el hombre, por el conocimiento en cierto sentido se hace dueño de la realidad circundante, y, por medio de su actividad exterior, la va transformando. Razón y manos: conocimiento y actividad, en el entendido de que toda actividad humana presupone de algún modo el ejercicio de la razón<sup>80</sup>. Si analizamos la interna estructura psicológica del hombre, veremos en ella la raíz de sus realizaciones culturales. Por ejemplo, del conocimiento —que es algo subjetivo— deriva una objetivización externa de conocimientos —la ciencia en cuanto exterior y diferenciada de los científicos—. Más claro es el caso de las bellas artes: de una serie de aptitudes y de intuiciones, del genio de determinados hombres, han surgido obras exteriores que permanecen más allá de la vida de sus autores. Así sucede con todas las realidades humanas: o son internas al sujeto y desaparecen con él; o son externas ("realizaciones") y trascienden a su autor. Las segundas tienen su origen en las primeras.

Es por ello que, para el análisis de la "ciencia" y de su ubicación en el universo de las realidades humanas, conviene partir de la consideración antropológica.

Desde este punto de vista, encontramos en toda persona humana una serie de facultades o potencias operativas, las cuales se enriquecen por determinadas cualidades que facilitan su operación y que Aristóteles llamó "hábitos" o —en el caso de facilitar el *bien* obrar— "virtudes"<sup>81</sup>. Estas se dividen

<sup>76</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 1.

<sup>77</sup> Cfr., v.gr., Eduardo GARCÍA MÁYNEZ, *supranota* 24, pp. 36 y ss.

<sup>78</sup> A partir de este momento se procurará utilizar la voz "derecho objetivo" o simplemente "derecho" para referirse al objeto de la justicia, sea natural o positivo. Con los términos "facultad", "potestad" u otro análogo, se hará referencia al derecho subjetivo. Para hablar del derecho normativo se recurrirá a palabras tales como ley, norma, etc.

<sup>79</sup> S. Th., III, q. 83, a. 5, ad 1.

<sup>80</sup> Cfr. Jorge PEÑA VIAL: *Rasgos Diferenciadores y específicos de la Vida Humana* (Santiago, 1985, sin publicar), pp. 1 a 24.

<sup>81</sup> Cfr. I-II, q. 49, a. 1; y Aristóteles, *supranota* 51, pp. 125 y 126. Lo que se expone a continuación es un resumen de la filosofía aristotélico-tomista sobre las

según su sujeto: la inteligencia y la voluntad. Hay, pues, virtudes intelectuales y virtudes morales.

7.1. Las virtudes morales son los hábitos buenos de la voluntad y se reducen a cuatro principales: prudencia, justicia, fortaleza y templanza. Estas virtudes, en tanto no dirigen directamente el intelecto, quedan fuera de la consideración de este capítulo, referido a la ciencia. Sólo se exceptúa la prudencia, porque es virtud materialmente moral (dirige el bien obrar del resto de las virtudes), pero formalmente intelectual (pues supone un juicio práctico y reside formalmente en la razón). Por otro lado, debemos considerar que la justicia —al no ser virtud intelectual— no mueve a conocer el derecho, sino a “darlo a cada uno”. Con todo, en tanto la justicia inclina a juzgar rectamente, es necesaria al jurista incluso desde un punto de vista científico. En este sentido, Santo Tomás sostiene que el juicio —la determinación de lo justo— es un acto de la justicia<sup>82</sup>. En la ciencia del derecho, por su carácter práctico, cobra especial relieve el “conocimiento por connaturalidad”<sup>83</sup>.

7.2. Las virtudes intelectuales, a su vez, se clasifican en especulativas (entendimiento, sabiduría y ciencia) y práctica (arte y prudencia).

7.2.1. Los hábitos que perfeccionan al entendimiento en su uso especulativo son entendimiento (*habitus principiorum*), sabiduría y ciencia, porque la operación propia del intelecto es conocer la verdad, y lo verdadero es cognoscible de dos maneras: en cuanto que es evidente por sí mismo o por otra cosa<sup>84</sup>.

Se llama entendimiento o *habitus principiorum* al hábito por el que se perfecciona a la inteligencia en su captación inmediata de los primeros principios evidentes por sí mismos. A esta virtud no nos referiremos, pues está necesariamente en la base de toda actividad intelectual, sin constituir un área específica del pensamiento humano. Este hábito no es susceptible de expresión objetiva externa, es decir: no hay una “obra del hombre” que refleje en forma pura los primeros principios del ser y del pensar, que ya tienen vigencia de suyo (la realidad es no contradictoria, independientemente de las obras del hombre).

La verdad conocida no inmediatamente, sino mediante un proceso de raciocinio, es de dos tipos y da lugar a dos hábitos: el término del proceso racional es, o último en un determinado género, o último respecto de todo el conocimiento humano. Lo último respecto de todo el conocimiento humano es en sí lo primero y más cognoscible, y de esto se ocupa la sabiduría, que considera las causas supremas. En orden a las verdades que son últimas en un determinado ámbito de lo cognoscible, es la ciencia la que perfecciona al entendimiento. Como los ámbitos o géneros de verdades cognoscibles son

virtudes, con el fin de tener una visión global de toda la arquitectura del obrar humano.

<sup>82</sup> S. Th., II-II, q. 60, a. 1<sup>o</sup>, resp.

<sup>83</sup> Cfr. Jacques MARITAIN: *Lecciones fundamentales de la filosofía moral* (Buenos Aires, Club de Lectores, 1966), pp. 62 y ss.

<sup>84</sup> Al hablar de “entendimiento” a veces se alude a la “potencia intelectual” (inteligencia) y a veces al hábito o “virtud de entendimiento”. Esta anfibiaología tiene su origen en que el *habitus principiorum* es tan próximo a la misma potencia intelectual, que ambos tienden a confundirse.

muchos, los hábitos científicos también, es decir, hay muchas ciencias<sup>85</sup>. En cambio, como las causas últimas pertenecen al mismo ámbito, la sabiduría es una sola.

En el lenguaje moderno algunos autores dan el nombre de "ciencia" sólo a las ciencias particulares y llaman "filosofía" a la "sabiduría". Otros consideran que la "filosofía" es una ciencia universal<sup>86</sup>. A nuestro juicio, mientras no se niegue el valor epistemológico ni de la "filosofía" ni de las "ciencias particulares", la cuestión resulta indiferente. En todo caso, adoptaremos una noción amplia de "ciencia", como se verá más adelante.

7.2.2. Finalmente, las virtudes del intelecto práctico son el arte y la prudencia. El arte se define, tradicionalmente, como *recta ratio factibilium*<sup>87</sup>, la recta razón en la producción de las cosas. La prudencia, en cambio, es la *recta ratio agibilium*<sup>88</sup>, la recta razón en el obrar. Ambas virtudes se refieren a lo contingente, mas la primera en cuanto al hacer y la segunda en cuanto al obrar. Aristóteles afirma: "En lo que puede ser de otra manera de cómo es, es preciso distinguir dos cosas: de una parte, la producción, es decir, lo que producimos exteriormente, y, de otra, la acción, es decir, lo que sólo pasa en nuestro espíritu"<sup>89</sup>. De modo que el arte opera *ad bonum operis* —para el bien de la obra hecha—, y la prudencia, en cambio, para el bien del que obra —*ad bonum operantis*—<sup>90</sup>.

8. Las virtudes se distinguen, en primer lugar, por el sujeto o potencia que perfeccionan, y, en segundo lugar, por el objeto al que se refieren. En este contexto, cada uno de los hábitos que hemos analizado se diversifica en atención a una pluralidad de objetos: la prudencia puede referirse al gobierno de la ciudad (prudencia política) o del hogar (prudencia doméstica o "económica"), etc.; el arte tiene infinidad de ramificaciones (construcción, navegación, bellas artes, etc.); las ciencias son múltiples, y en la medida del ensanchamiento del horizonte cognoscitivo aumentan las especializaciones. Incluso, dentro de las ciencias particulares hay algunas puramente especulativas (su fin es sólo conocer la verdad), como la biología y la física; y otras más bien prácticas (buscan conocer para realizar una obra), como la ingeniería y la política...<sup>91</sup>. Hay autores, en todo caso, que incluyen las ciencias prácticas dentro de las artes<sup>92</sup>. En definitiva, la realidad del conocimiento humano

<sup>85</sup> Puede apreciarse que se trata de *hábitos* realmente distintos —otras aptitudes, otros enfoques, otros métodos—; por ejemplo, al comparar el trabajo de un biólogo con el de un físico, o el de un matemático, o un cientistas político... ¡Llega a haber diferencias abismales!

<sup>86</sup> Cfr., por ejemplo, *Gran Enciclopedia Rialp*, supranota 18, voz *ciencia*.

<sup>87</sup> Cfr. Roger VERNAUX: *Filosofía del Hombre* (Barcelona, Ed. Herder, 3ª ed., 1971), p. 213.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> ARISTÓTELES: *Moral a Nicómaco* (Madrid, Espasa Calpe, 3ª ed., 1983), p. 204.

<sup>90</sup> Jacques MARITAIN: *Arte y Escolástica* (Buenos Aires, La Espiga de Oro, 1945), p. 27. Esta distinción es muy interesante a la hora de analizar la "ciencia del derecho", también llamada "arte del derecho" o "prudencia del derecho" ("iuris prudencia"). El derecho, ¿es ciencia, arte o prudencia?

<sup>91</sup> Cfr. Roger VERNAUX: *Introducción General y Lógica* (Barcelona, Ed. Herder, 2ª ed., 1972), pp. 31-33.

<sup>92</sup> Cfr. Juan José SANGUINETI: *La Filosofía de la Ciencia según Santo Tomás* (Pamplona, Eunsa, 1979), pp. 205-211.

es tan compleja que no se somete a fáciles clasificaciones: hay una gama de modalidades intermedias que impiden toda rigidez explicativa en esta materia, como el mismo Santo Tomás —ajeno a toda concepción racionalista, apriorística— expresamente reconoce al hablar de las ciencias medias<sup>93-94</sup>.

Siendo imposible abordar aquí la filosofía de la ciencia desde la perspectiva tomista, nos limitaremos a enunciar los puntos más relevantes que deben tenerse en cuenta a la hora del análisis metafísico de la ciencia del derecho.

8.1. *Noción y objeto de la ciencia.* “La ciencia es el conocimiento ordenado y mediato de los entes y sus propiedades, por medio de sus causas”<sup>94</sup>. Esta definición incluye en sí la que da Aristóteles, al decir que la ciencia es el conocimiento cierto de las cosas por sus causas<sup>95</sup>.

Toda disciplina científica se define por su objeto. El *objeto material* es la realidad de que se ocupa una ciencia, pero considerada en sí misma, genéricamente, independientemente de su captación científica. El *objeto formal* es el aspecto de los entes —del respectivo objeto material— considerado específicamente por una ciencia. Este es el que la distingue de las demás, aunque la diferencia entre los objetos formales de cada saber científico no siempre es rígida (los estudios interdisciplinarios son una forma de reconocer la peculiar perspectiva y método de cada ciencia, a la vez que sus límites y sus puntos de contacto con otras disciplinas).

8.2. *Filosofía y Ciencias.* Hay distinción y armonía entre filosofía (o “sabiduría”) y ciencias particulares (o simplemente “ciencias”). La filosofía es la ciencia que estudia todas las cosas en sus principios primeros y más universales; en cambio, una ciencia particular estudia un tipo específico de entes, en sus principios próximos<sup>96</sup>. Ahora bien, cada ciencia particular supone y comprende ciertas nociones fundamentales, pero no las estudia directamente, pues ello implicaría pasar al plano filosófico<sup>97</sup>. Piénsese, por ejemplo, en tantos científicos que llegan a una conclusión “matemática” y unánime en sus estudios, mas no pueden ponerse de acuerdo sobre la naturaleza del acto de conocer, o de la “verdad”, o sobre el alcance gnoseológico de su propia disciplina.

8.3. *El Orden de las Ciencias.* Los criterios de clasificación de las ciencias son muy diversos, de modo que cuando nos preguntamos acerca de la ciencia del derecho en la arquitectura del conocimiento y la praxis humanos, no atendemos a alguna clasificación en particular, sino al panorama global de los hábitos científicos (subjetivos) en cuanto tienen un correlato en un cuerpo orgánico de conocimientos (objetivo).

8.3.1. En cuanto a su finalidad, las ciencias pueden ser especulativas (teóricas: estudian lo que es) o prácticas (operativas: consideran lo que se ha de obrar), según se ha visto. Adelantándonos un poco, conviene desta-

<sup>93</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 185 y ss.

<sup>94</sup> Juan José SANGUINETI: *Lógica* (Pamplona, Eunsa, 1982), p. 145.

<sup>95</sup> *Ibidem.*, p. 148; Cfr., además, una detallada explicación en Regis JOLIVET: *I Tratado de Filosofía Lógica y Cosmología* (Buenos Aires, Ed. Carlos Lohlé, 5ª ed., 1960), pp. 150 y ss.

<sup>96</sup> Cfr. Antonio MILLÁN PUELLES: *Fundamentos de Filosofía* (Madrid, Ed. Rialp, 9ª ed., 1972), pp. 176-177.

<sup>97</sup> SANGUINETI, *supranota* 94, pp. 153-159.

car aquí la subordinación de toda ciencia práctica a alguna ciencia especulativa, por cuanto la acción humana requiere un conocimiento de las cosas sobre las que opera<sup>98</sup>. El desarrollo de la bioingeniería, para ilustrar con la moda, se apoya en la biología y la física, que han alcanzado un conocimiento detallado de los entes materiales y de la vida en sus aspectos más cuantificables.

8.3.2. Las llamadas "ciencias humanas" (pedagogía, psicología, historia, sociología, etc.) han adquirido autonomía desde fines del siglo pasado. Antes se consideraban sólo en su aspecto filosófico: no había "Psicología experimental", sino sólo "Psicología racional" o filosofía del hombre; o bien, no se consideraban auténticamente científicas, por el prejuicio positivista-naturalista, que exigía la rígida exactitud de lo matematizable<sup>99</sup>. Actualmente el desarrollo de las ciencias humanas es indiscutible y se ha recurrido a las matemáticas como un instrumento formidable, mas sin considerarlo como método formalmente propio. Así, la economía y la sociología recurren a la estadística, al cálculo o la ingeniería de sistemas, conservando sus propios objetivos, tan diversos entre sí.

La inteligibilidad de las ciencias positivas humanas es física y espiritual, pues el hombre es a la vez corpóreo y espiritual. Las ciencias del hombre están particularmente vinculadas a la filosofía, pues emplean conceptos fundamentales sobre el ser del hombre, su finalidad, etc.<sup>100</sup>. Es fácil apreciar que un historiador marxista y ateo escribe una "historia" radicalmente diversa de la que puede exponer un historiador inspirado en la filosofía cristiana. La Psicología descubierta por un científico, que arranca de un presupuesto filosófico determinista, no puede ser igual a la que descubre un hombre que cree en la libertad. Lo mismo ocurre, y en mayor grado, con las ciencias humanas prácticas, como la ciencia política<sup>101</sup>.

8.3.3. *Unidad y Subalternación de las Ciencias.* En el saber humano hay una unidad de orden, pues las ciencias dependen unas de las otras y se apoyan mutuamente. La subalternación o subordinación de una ciencia a otra es la dependencia de un saber científico respecto de otro, del que recibe algunos conocimientos, y puede ser material o formal.

La subalternación material consiste en que una ciencia recibe principios de otra para utilizarlos como instrumentos. Generalmente las ciencias superiores —en cuanto estudian entes más perfectos o desde un punto de vista más completo— son materialmente subalternas de ciencias inferiores: las utilizan. Así, por ejemplo, para el estudio de la vida —biología— se requieren conocimientos físicos —referidos al ente material *in genere*, no vivo— y químicos, y también matemáticos, etc. No así al revés: el matemático no requiere conocer biología...

<sup>98</sup> Ibidem, pp. 161-168.

<sup>99</sup> Cfr. Juan José SANGUINETI: *Augusto Comte: Curso de Filosofía positiva. Crítica Filosófica* (Madrid, Ed. Magisterio Español, 1977), pp. 53-62 y 89-92.

<sup>100</sup> Cfr. SANGUINETI, supra nota 94, pp. 168-170.

<sup>101</sup> Incluso en saberes tan prácticos y técnicos como la arquitectura (que, además, es una de las "bellas artes"), su relación teleológica con las necesidades humanas conlleva necesariamente una influencia de la filosofía. En la arquitectura se ve clarísimamente la influencia de concepciones culturales y metatécnicas: se construye con criterios puramente utilitaristas sólo cuando prima una filosofía utilitarista de la vida.

La subalternación formal es una verdadera *fundamentación* de la ciencia subalternada en la subalternante. Esta proporciona conocimientos a aquélla, y no se trata de meros "instrumentos", sino de "presupuestos". Así, por ejemplo, las ciencias particulares se fundamentan formalmente en la filosofía que estudia los principios últimos (el físico no se cuestiona, en cuanto tal, qué es la física ni cuál es su estatuto gnoseológico, y trabaja convencido de que el mundo existe y que es cognoscible, aunque no reflexione sobre estos temas desde su ciencia).

Las ciencias prácticas se apoyan en las especulaciones y se subordinan —todas— formalmente a la ética, pues cualquier objetivo práctico del hombre es orientado hacia su fin último por normas universales, las cuales no impiden, en todo caso, un uso de la libertad contrario a ellas.

8.4. *Método de las ciencias.* "Método científico es el modo ordenado de proceder para el conocimiento de la verdad, en el ámbito de una determinada disciplina científica"<sup>102</sup>. Es "la lógica de la ciencia"<sup>103</sup>. La ciencia es el conocimiento de unas conclusiones, obtenidas demostrativamente a partir de unos principios que se toman de la experiencia. De modo que la experiencia es el punto de partida del saber científico, tanto especulativo como práctico. Mas no basta la experiencia ni la formulación de principios universales a partir de ella, sino que se requiere llegar a conclusiones particulares por medio del uso del raciocinio o *demostración*.

La demostración puede ir de los efectos a las causas o de las causas a los efectos. En el primer caso (demostración *quia* o por el efecto) hay una explicación científica, pues se señala una causa antes desconocida. En el segundo caso (demostración *propter quid* o por la causa) estamos en presencia de una verdadera deducción, que adquiere modalidades y grados de aplicación diversos, dependiendo de la ciencia o causa de que se trate. Por ejemplo, las matemáticas son esencialmente educativas. En las ciencias prácticas se razona *propter quid* a partir de la finalidad, pues las causas finales constituyen los primeros principios en materias operables. Así, si un arquitecto quiere demostrar la conveniencia de un determinado proyecto o de una distribución o tamaño de las habitaciones, deberá partir de la finalidad a que se destina el respectivo edificio (no es lo mismo construir un hotel que una oficina o una casa de familia o un cuartel militar). Esta observación tiene particular importancia en el caso del derecho<sup>104</sup>.

### III. EL CONOCIMIENTO DEL DERECHO

#### 9. *Síntesis arquitectónica del saber jurídico*

El conocimiento es la posesión intencional de una forma y la verdad se da propiamente en el entendimiento cuando juzga correctamente acerca de

<sup>102</sup> SANGUINETI, supranota 94, p. 173. Cfr., además, Jolivet, supranota 95, pp. 167 y ss.

<sup>103</sup> Ibidem.

<sup>104</sup> Cfr. SANGUINETI, supranota 94, pp. 173-184. Además, vid. Jacques MARITAIN: *El Orden de los Conceptos* (Buenos Aires, Club de Lectores, 1967), pp. 201-226.

lo que es y de lo que no es. La verdad —*adaequatio rei et intellectus*— se da propiamente en el juicio <sup>105</sup>.

En el caso del derecho, el conocimiento de una cosa *en cuanto debida a otra*, puede darse en diversos niveles. Se puede juzgar que esta cosa es debida a este hombre, como hacen los jueces en el ejercicio cotidiano de su función jurisdiccional. O se puede juzgar en términos genéricos qué es lo justo en determinadas situaciones, como un profesor universitario que enseña el derecho. También se puede reflexionar acerca de lo que significan, en último término, “ser justo”, “derecho”, “justicia”, etc., como hace el filósofo.

En definitiva, el saber que fundamenta las actividades jurídicas no es uno solo, sino que supone un conjunto de virtudes intelectuales armónicamente concatenadas: prudencia, arte, ciencia y sabiduría. Evidentemente, un individuo solo no puede desarrollar todas estas virtudes. El abogado o el juez tendrán un conocimiento preferentemente prudencial o artístico. El profesor universitario o el científico del derecho poseerán un conocimiento más universal, metódico y ordenado, pero menos directamente práctico <sup>106</sup>. El filósofo del derecho buscará los fundamentos últimos de los saberes anteriores, para lo cual puede prescindir relativamente de tal o cual realidad práctica del derecho (no así de una experiencia global al respecto).

El análisis de la arquitectura de estos saberes jurídicos es el panorama que enfrentamos a continuación.

#### 10. *Iuris prudentia atque ars iuris*

El entendimiento, en cuanto dirige la acción, se llama práctico, y hemos visto que las dos perfecciones del entendimiento en su vertiente práctica son el arte y la prudencia.

10.1. El derecho es Jurisprudencia, la virtud intelectual de la prudencia aplicada al conocimiento de lo justo: *iuris prudentia* o prudencia del derecho. Esto se ve claro si se tiene en cuenta que el fin de una virtud moral es alcanzar un justo medio según una proporción *que el sabio —es decir, el prudente— determinará* <sup>107</sup>. En el caso de la justicia, el medio consiste en cierta igualdad proporcional de *la cosa exterior a la persona exterior*, de modo que el justo medio en la justicia es racional y también *real (medium, rationis et medium rei)*. Cuando la prudencia indica a la justicia su “justo medio” le está

<sup>105</sup> S. Th., I, q. 21, a. 2; I q. 16, a. 1; cfr. Alejandro LLANO: *Gnoseología* (Pamplona, Eunsa, 1983), pp. 25 y 45; en general: pp. 25-50.

<sup>106</sup> Piénsese, por ejemplo, en tantos abogados *no científicos*, expertos en defender derechos, mas poco dados a las fundamentaciones generales o a la elaboración de teorías que avalen sus posturas (se limitan a tomarlas de los textos clásicos). Por otro lado, *un científico del derecho* frecuentemente tiene un contacto con la práctica por la vía de los informes en derecho, es decir, de explicaciones científicas de un caso concreto; mas no se dedica a intervenir en juicios directamente. Ciertamente, ambos aspectos se dan unidos en muchas personas que tienen arte y ciencia, como en el caso de profesores que dedican la mitad de su tiempo al bufete y el resto a la investigación y enseñanza. Con todo, la división de especializaciones, con la ventaja de lograrse una mutua potenciación, no impide la desventaja de que el tiempo que se da a un área se roba a la otra.

<sup>107</sup> S. Th., II-II q. 47, a. 7. sed contra y resp.

señalando la medida de su objeto, la medida del derecho, que es algo externo <sup>108</sup>.

El conocimiento del derecho aquí y ahora es una *mirada* sobre la realidad exterior. No implica una divagación sobre los "ideales de justicia", sino una *indicación* de lo justo. No se está hablando de lo que *debe ser*, sino de lo que de hecho *es*: una cosa *pertenece* a determinada persona. Ciertamente, la consecuencia es un *deber ser*: debe darse a cada uno lo suyo. Mas la función propia de la prudencia del derecho es conocer qué es lo suyo, imperar o preceptuar racionalmente que sea dado, y nada más. A la justicia —virtud moral, no intelectual— compete *darlo*.

De modo que la Jurisprudencia es conocimiento del derecho, objeto de la justicia.

10.1.1. Todo conocimiento completo se da en el juicio del intelecto, sede de la adecuación veritativa. En el caso de la justicia y el derecho, el juicio consiste en decir el derecho (*ius dicere*). Por eso, "*iudicium proprie nominat actum iudicis in quantum est iudex*" <sup>109</sup>. El juez es *ius dicens*, quien dice el derecho; su juicio implica la definición o determinación de lo justo o del derecho. Ahora bien, decir o definir algo es propio de la razón, y si lo definido es el objeto contingente de una virtud, es acto de la razón práctica proferido o pronunciado mediante la prudencia. En este caso, mediante la *iuris prudentia* <sup>110</sup>.

La prudencia del derecho reside en cualquier hombre que practica la justicia en las circunstancias normales de la vida. No obstante, como la justicia ordena al hombre a otro, no basta el juicio de cada uno para decidir con certeza acerca del derecho. Con frecuencia hay una mirada aguda para el derecho propio; y otra más apagada para el ajeno. Por ello, se requiere el juicio de algún superior "que sea capaz de argüir a ambos y poner la mano sobre ellos" <sup>111</sup>. En este sentido, cuando el caso concreto no es claro y hay apreciaciones diversas acerca de lo justo, se debe recurrir a un juez que indique en definitiva cuál es la verdad práctica. Con toda propiedad se da el nombre de *jurisprudencia* a las decisiones judiciales expresadas en las sentencias. Puede decirse que el juez —en la significación lata del término— es quien se especializa en este tipo de saber práctico. Los demás *hombres de derecho* lo son en otro sentido, análogo y de algún modo subordinado, como el abogado, quien debe poseer *iuris prudentia* para aconsejar a sus clientes, mas cuya función propia es *defender* el derecho y no *declararlo*.

10.1.2. La Prudencia del Derecho llega a una visión de lo justo "*per quandam collationem*" <sup>112</sup>. El jurisprudente tiene en cuenta varias opiniones

<sup>108</sup> Cfr. S. Th., II-II q. 58, a. 10; y q. 61, a. 2, ad 1. Véase en general: Santiago M. RAMÍREZ: *La Prudencia* (Madrid, Ed. Palabra, 1979), pp. 95-115.

<sup>109</sup> S. Th., II-II q. 60, a. 1, resp.

<sup>110</sup> Idem., ad 1. Tomás de Aquino señala, en el mismo lugar y de modo principal, que el juicio es acto de la justicia, en cuanto dispone al que juzga para juzgar rectamente en lo concerniente a la justicia. De modo que no se puede ser *jurisprudente* sin ser, a la vez, justo. Siempre hay una interacción vital entre el conocimiento intelectual —sobre todo si es práctico— y la rectitud moral de la voluntad.

<sup>111</sup> Idem., ad 3.

<sup>112</sup> "Por medio de una confrontación o comparación". Cfr. Diccionario Vox, supranota 44, voz *collatio*.

o puntos de vista acerca del derecho en estudio. Siendo el derecho concreto una cosa singular, esta *visión* del derecho reside en el entendimiento práctico, que conoce los singulares, como ya se ha dicho. Ahora bien, en esta función de conocer el derecho *hic et nunc*, la prudencia debe aplicar los principios universales a los casos concretos, por donde se ve que este conocimiento práctico se subordina de algún modo a un conocimiento previo más universal. La Jurisprudencia necesita de la ciencia del derecho y de la filosofía; por eso los jueces recurren frecuentemente a la doctrina jurídica, la cual constituye cierta "fuente" del derecho <sup>113</sup>.

10.2. Santo Tomás señala una serie de virtudes que deben acompañar a la prudencia para que sea perfecta, o que forman parte de ella. No es este el lugar para su análisis, puesto que están en el mismo orden gnoseológico. Aun así, interesa señalarlas para tener una visión más completa de la Prudencia del Derecho que debe poseer todo juez.

10.2.1. En primer lugar, forman parte de la Jurisprudencia la memoria y el "*intellectus*".

Si buscamos un conocimiento de lo justo concreto, no podemos detenernos —aunque hemos de pasar por ella— en la verdad absoluta y necesaria: se requiere descender a lo contingente, para lo cual debemos guiarnos por lo que sucede comúnmente. Esto nos lo enseña la experiencia, formada por muchos recuerdos, de donde se colige que la memoria ayuda a la prudencia, en cuanto ésta supone conocer lo pasado.

El *intellectus* o inteligencia de los primeros principios (vid. supra 7.2) es presupuesto de todo conocimiento, tanto científico como artístico y prudencial. Por ello, es parte de la prudencia del derecho en cuanto ésta supone un conocimiento claro de los principios. Además, en el caso de la prudencia, existe un *entendimiento actual de un fin particular*, necesario para el conocimiento de lo presente contingente. A este "*intellectus*" se refiere el Aquinate como parte específica de la prudencia.

10.2.2. Memoria e *intellectus* poseen un conocimiento del pasado o del presente. No obstante, para *alcanzar bien* ese conocimiento se requieren dos habilidades específicas. Por un lado, se necesita *docilidad* para recibir un saber prudencial —por tanto, no demostrado apodícticamente— de manos ajenas, puesto que no puede un solo hombre considerar la infinita variedad de acciones particulares <sup>114</sup>. Por otra parte, es menester cierta sagacidad (*solertia*) o vigilancia para la adquisición de una recta opinión por sí mismo. La palabra que usa Santo Tomás ("*solertia*" o "*sollertia*") significa "habilidad, ingenio, industria" o "astucia, talento, arte", y en el caso del derecho se habla de "*iudicandi sollertia*" —"criterio para juzgar"— <sup>115</sup>. Es decir, esta habilidad se orienta a obtener un recto juicio o estimación de lo justo y consiste en saber "conjeturar bien" <sup>116</sup>.

10.2.3. En seguida, se requiere del *buen razonamiento* para aplicar rectamente los conocimientos generales a los casos particulares, que son variados e inciertos. El buen uso de la facultad discursiva facilita una "especie de in-

<sup>113</sup> Cfr., en relación a lo expuesto, S. Th., II-II, qq. 47 y 48.

<sup>114</sup> S. Th., II-II, q. 49, a. 3, resp.

<sup>115</sup> Cfr. Diccionario Vox, supranota 44, voz *sollertia*.

<sup>116</sup> S. Th., II-II, q. 48, a. 1, resp.

vestigación que va de unas cosas a otras”<sup>117</sup>, por la cual el juez *se aconseja* antes de emitir un juicio.

En cuanto la prudencia impera, el discurso racional debe ir acompañado de “circunspección”, “precaución” y “previsión” o “providencia” (el juez *ve antes* con detalle, pues no le interesa sólo conocer lo justo, sino mandar que se practique; y, si ve obstáculos a futuro, intenta removerlos, tomando las “providencias” necesarias)<sup>118</sup>.

10.2.4. Finalmente, hay capacidades complementarias de la prudencia, aunque diversas. Así, la “eubulia” ayuda a aconsejar bien; pero esta virtud no se conecta tan directamente con la prudencia del derecho, la cual se encuentra más en el juicio y en el precepto. Por eso se requieren otras dos virtudes: la “synesis” o buen sentido —sensatez—, que se ordena a juzgar bien de acuerdo a las reglas comunes; y la “gnome” o agudeza en el juicio, que sirve para juzgar bien conforme a principios superiores a las reglas comunes, en casos excepcionales. En efecto, juzgar o decir el derecho implica una habilidad especial cuando se presenta la necesidad de hacer una obra al margen de las reglas comunes de la acción, como denegar el depósito al traidor a la patria o cosas semejantes<sup>119</sup>; en estos casos, el derecho concreto ha variado en una forma que resulta imperceptible para quien no tenga este sentido de lo excepcional. Y lo mismo puede decirse para los casos en que la *perspicacia del derecho* lleve a juzgar con indulgencia<sup>120</sup>.

### 10.3. *Los actos de la Iuris Prudentia*

La prudencia del Derecho tiene por fin la justicia, según hemos visto, porque le señala su objeto. Se trata de un fin práctico, un operable, algo que se ha de hacer. A la Jurisprudencia no le compete hacerlo, sino más bien indicarlo e imperar que sea hecho. Lo vemos en la actividad jurisdiccional: la sentencia dice el derecho y manda cumplirlo; mas la última energía que realiza el acto de la justicia y *da* a cada uno lo suyo, ya no es un acto del juez, sino de los litigantes movidos por su propia voluntad o por voluntad ajena (fuerza o poder). Nos corresponde ahora analizar los actos comprendidos en el ejercicio de la Jurisprudencia: consejo, juicio e imperio. No nos detendremos en el análisis del ulterior *cumplimiento* del derecho, puesto que desborda el campo de la razón práctica.

#### 10.3.1. En primer lugar tratemos del consejo o deliberación

Las cosas singulares y contingentes —el derecho concreto entre ellas— son inciertas por su misma variabilidad. En materias dudosas e inciertas la razón no da su juicio sin una inquisición precedente. Es necesaria una “investigación”, “averiguación” o “información”<sup>121</sup>, y una deliberación al respecto, an-

<sup>117</sup> S. Th., II-II, q. 49, a. 5, resp.

<sup>118</sup> S. Th., II-II, q. 48, a. 1, resp.; y q. 49.

<sup>119</sup> S. Th., II-II, q. 51, a. 4.

<sup>120</sup> Cfr. ARISTÓTELES, supranota 89, pp. 214-215.

<sup>121</sup> Cfr. Diccionario Vox, supranota 44, voz *inquisitio* (es la que usa Santo Tomás en el original latino).

tes de decir racionalmente el derecho<sup>122</sup>. A toda sentencia debe preceder un debido proceso.

La Jurisprudencia es obra colectiva<sup>123</sup>, y emplea una "lógica de la controversia"<sup>124</sup> en busca de un objeto por el cual un hombre se relaciona con otro. Se trata de una búsqueda a través del diálogo (*método dialéctico*), especialmente en esta etapa del proceso cognoscitivo jurisprudencial<sup>125</sup>, pues el consejo propiamente implica una conferencia<sup>126</sup> o deliberación tenida entre muchos. Útil es recordar que para conocer con certeza la cosa justa particular y contingente se deben considerar muchas condiciones o circunstancias, difícilmente observables por uno solo y que, en cambio, pueden ser percibidas con más facilidad por varios, pues lo que no advierte uno se le ocurre a otro<sup>127</sup>. En un proceso judicial se aprecia que las partes iluminan el asunto desde perspectivas diversas, alegando cada una su interés. Este aporte a la labor de indagación es su modo específico de colaborar con la justicia. Los auxiliares de la administración de justicia hacen, otro tanto, de diversas maneras. En fin, la función deliberadora alcanza su máxima expresión en los tribunales colegiados, donde varios deliberan y esos mismos juzgan<sup>128</sup>.

Frente a la experiencia patética de la dilación en los juicios, cabe preguntarse si la etapa de consejo o deliberación<sup>129</sup> tiene un proceso al infinito. Tomás de Aquino, en otro contexto, responde que "*inquisitio consili, et finita in actu*"<sup>130</sup>. En efecto, hay determinados principios que la investigación consultiva supone sin discutir ni indagar, de modo análogo a como una ciencia subalternada supone elementos de otra subalternante. Estos principios son todos los datos de los sentidos<sup>131</sup> y todas las verdades universales adquiridas por una ciencia especulativa o práctica<sup>132</sup>. Por parte de su origen o fundamento, entonces, el consejo es finito: al respecto no se delibera. Mas la deliberación también tiene un punto de término: aquello que "*statim est in potestate*"<sup>133</sup>, que está inmediatamente —del modo más próximo— en la potestad

<sup>122</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 14, a. 1, resp.

<sup>123</sup> Cfr. Villey, *supranota* 19, pp. 225 y ss.; y tomo II, pp. 68 y ss.

<sup>124</sup> *Idem.*, p. 225.

<sup>125</sup> Pensamos que es fácil percibir el paralelismo con las etapas de un proceso judicial externo, tal como se da en los tribunales.

<sup>126</sup> En latín, *collationem* = confrontación, comparación, choque... Cfr. *supranota* 112.

<sup>127</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 14, a. 3, resp.

<sup>128</sup> La causal de casación en la forma del artículo 768 N° 3 *in fine del C.P.C.* es de lógica natural. Su fundamento arranca de la misma estructura metafísica del acto jurisprudencial.

<sup>129</sup> Téngase en cuenta que incluye todo el trabajo de obtener la información y luego deliberar. El siguiente acto —juicio— corresponde a la dictación de sentencia (sin perjuicio de que en un único proceso existan juicios acerca de cuestiones menores o incidentales, subordinadas a la principal).

<sup>130</sup> "La investigación del consejo es finita en acto", S. Th., I-II, q. 14, a. 6, resp.

<sup>131</sup> En la inspección personal del tribunal, por ejemplo, se consignan las circunstancias o hechos materiales que se observan; a su respecto no se delibera, pues tienen valor de plena prueba. Cfr. C.P.C., arts. 407 y 408.

<sup>132</sup> Nótese que la prudencia del derecho requiere de la ciencia del derecho, de la cual toma estas verdades universales.

<sup>133</sup> S. Th., I-II, q. 14, a. 6, resp.

o posibilidad de hacer del juez <sup>134</sup>. ¿Y qué puede *hacer inmediatamente* el juez? Lo único que procede, después de una deliberación suficiente, lo único *inmediatamente posible*, es *decidir*, juzgar, partir, repartir, decir el derecho. Se toma una decisión *no arbitraria* —pues se funda en el consejo o indagación— que *pone término* a la deliberación <sup>135</sup>.

10.3.2. Respecto del juicio en cuanto acto de jurisprudencia, debe tenerse en cuenta lo expuesto en los nn. 10.1 y 10.2.4. En este lugar nos corresponde investigar la relación entre la Jurisprudencia y la ley, pues dicha vinculación se da propiamente en el juicio.

Hemos visto que la prudencia supone un conocimiento más universal. Santo Tomás firma que *"illius operis iusti, quod ratio determinat, quaedam, ratio preexistit in mente, quasi quaedam prudentiae regula. Et hoc (...) vocatur lex"* <sup>136</sup>. Y en otra parte: *"iustus per virtutem prudentiae pronuntiat iudicium ex regulis iuris"* <sup>137</sup>.

El establecimiento de las leyes humanas tiene un fin primordialmente político: orientar al bien común de la sociedad la conducta de sus miembros. Toda ley tiene por fin el bien común <sup>138</sup>. Bajo este aspecto, la ley no es estudiada por la ciencia del derecho, sino por la ciencia política. No obstante, la ley también es necesaria para regular cómo se ha de juzgar <sup>139</sup>. En este sentido, la ley interesa a la Jurisprudencia y ciencia del derecho. En efecto, Santo Tomás señala que "los legisladores dicen el derecho en universal y sobre lo futuro, mientras que los hombres que presiden en los juicios juzgan de asuntos presentes, en los cuales incluyen el amor, el odio u otra pasión, interés o deseo, que pueden falsear los juicios" <sup>140</sup>. Por otro lado, "es más fácil encontrar unos pocos sabios para instituir leyes justas que los muchos que se requerirían para juzgar rectamente en cada caso particular" <sup>141</sup>. Por último, "los legisladores consideran durante mucho tiempo lo que la ley ha de imponer, mientras que los juicios de los hechos particulares se formulan en casos que ocurren súbitamente; y el hombre puede ver más fácilmente lo que es recto después de considerar muchos casos que sólo tras el estudio de uno solo" <sup>142</sup>.

Esta *primacia de la ley*, tan realista, se funda en que no son muchas las

<sup>134</sup> Cfr. *Ibidem.*, en general.

<sup>135</sup> Cfr. Villey, *supranota* 19, tomo II, p. 79.

<sup>136</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.: "De aquella obra justa que la razón determina, preexiste en la mente cierta razón, como una especie de regla de prudencia. A ésta (...) se le llama ley". (Tampoco seguimos literalmente la traducción de la BAC.)

<sup>137</sup> S. Th., II-II, q. 60, a. 1, ad 2.: "El justo por la virtud de la prudencia pronuncia un juicio de acuerdo a las reglas del derecho".

<sup>138</sup> S. Th., I-II, q. 90, a. 2.

<sup>139</sup> Puede considerarse el siguiente ejemplo de norma "reguladora de conducta" y, a la vez, "indicativa del derecho": *La provocación a duelo será castigada con reclusión menor en su grado mínimo* (Código Penal, art. 404). La redacción es inmediatamente *indicativa*: dice lo justo en estos casos; asigna o atribuye una pena, que es "lo suyo" de quien delinque. Obviamente, el fin mediato es que se eviten esas conductas, en aras del bien común.

<sup>140</sup> S. Th., I-II, q. 95, a. 1, ad 2.

<sup>141</sup> *Idem.*

<sup>142</sup> *Idem.*

personas que tienen un sentido certero de lo justo. La *Iuris Prudentia* es escasa. Además, es muy flexible, y en materia de derechos se requiere *seguridad jurídica*. Por eso —concluye Santo Tomás— se ha hecho necesario que la ley determine "*in quibuscumque est possibile*" —en todas las cosas que sea posible— lo que se ha de juzgar; y que encomiende poquitas cosas al arbitrio de los hombres, como algunos detalles particulares que no pueden ser comprendidos en la ley<sup>143</sup>.

Por otra parte, recordemos que el juicio es la definición o determinación del derecho (*ius sive iustum*); y que una cosa es justa por su misma naturaleza o por convención entre los hombres. A las leyes compete *declarar* ambos derechos: contienen el derecho natural, sin instituirlo; y contienen e instituyen el derecho positivo. De donde se deduce que el juicio debe hacerse conforme a la ley para no apartarse ni de lo justo natural ni de lo justo positivo<sup>144</sup>. Ahora bien, siguiendo la misma lógica, menester es apuntar que *no debe* juzgarse conforme a las leyes escritas si el juicio comporta lesión de lo justo natural (aquí no se está hablando del deber moral, pues éticamente se justifica —a veces, y con causa grave— la emisión de un juicio falso, como cooperación material y no querida con el mal obrar de otros; aquí nos referimos a que el juicio contrario al derecho natural constituye siempre un error de conocimiento, una jurisprudencia deficiente). Esto ocurre cuando la misma ley es injusta —no puede llamarse ley, sino más bien corrupción de la ley<sup>145</sup>— o cuando, siendo justa en general, falla en un caso concreto, debiendo interpretarse con equidad<sup>146</sup>.

En síntesis, quien dice el derecho interpreta de algún modo el texto de la ley aplicándolo a un asunto particular<sup>147</sup>. Por eso, el fundamento del juicio está en un conocimiento previo del juez, tanto de las reglas del derecho —contra las cuales no debe admitir prueba— como del negocio particular —del que se informa en la investigación o consejo, por los *medios de prueba*—<sup>148</sup>.

10.3.3. Cualquier persona puede poseer la prudencia del derecho, más o menos desarrollada, en estas dos primeras etapas. Ello explica que los ciudadanos, y en especial los hombres de derecho, *juzguen a los jueces*, es decir, confronten sus juicios personales acerca de un caso con la jurisprudencia definitiva del juez. Con todo, la *Iuris Prudentia* se da en su plenitud sólo en el juez que de alguna manera tiene potestad pública, pues sin ella no se puede *imperar*, y el imperio es el acto perfectivo, final y propio de la prudencia.

El imperio consiste en aplicar a la operación los consejos y juicios, y es el acto principal de la razón práctica. El imperar supone una *moción ordenada*, que es acto de la razón en cuanto al orden y de la voluntad en cuanto a la moción (el mismo vocablo "*orden*" tiene una acepción intelectual —*el orden*— y otra volitiva —*la orden*—). Por eso afirma Santo Tomás que "siendo la voluntad el principio que mueve a las demás facultades a la ejecución del acto (...), la moción de la razón, cuando impera, procede de la voluntad. Resulta, pues, que imperar es acto de la razón, presupuesto un acto de la

<sup>143</sup> Idem., ad 2 y ad 3.

<sup>144</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 60, a. 5, resp.

<sup>145</sup> Idem., ad 1.

<sup>146</sup> Idem., ad 2.

<sup>147</sup> S. Th., II-II, q. 60, a. 6, resp.

<sup>148</sup> S. Th., II-II, q. 67, a. 2, resp.

voluntad, en virtud del cual la razón mueve por imperio al ejercicio de un acto”<sup>149</sup>.

En tanto el acto de la jurisprudencia supone un juicio seguido de imperio, o más bien un imperio precedido de deliberación y juicio, la sentencia del juez es un acto del superior sobre sus súbditos. La existencia de un Poder Jurisdiccional del Estado está en la naturaleza del derecho: a la autoridad compete decir el derecho en forma definitiva. Santo Tomás lo aclara diciendo que “*sententia iudicis est quasi quaedam particularis lex in aliquo particulari facto*”<sup>150</sup>. Esta sentencia del juez —al igual que la ley general— debe tener fuerza coactiva, por la que ambas partes sean constreñidas a obedecerla. Por tanto, sólo puede ser plenamente juez quien ejerce autoridad pública (sólo éste posee potestad coactiva en las cosas humanas)<sup>151</sup>.

10.4. Al analizar los actos de la Prudencia del Derecho nos damos cuenta de que se desenvuelven de modo externo. Indudablemente, todo el que *opina* o *juzga* acerca de lo debido a otro ejecuta un acto jurisprudencial. Sin embargo, reiteramos, sólo lo hace en forma plena el juez dotado de autoridad pública y en un proceso externo o público. Por su *facción exterior*, también se da el nombre de *arte del derecho* a la *iuris prudentia*.

El arte es la *recta ratio factibilium*<sup>152</sup>, la recta razón de las cosas externas que se han de hacer. En un proceso judicial ejercen distintos aspectos del arte del derecho todos los que intervienen activamente, principalmente abogados y jueces. Se deben presentar escritos, delimitar el objeto del litigio, probar los hechos, confrontar posiciones, redactar las decisiones, etc. Respecto de cómo hacer estas cosas externas, necesarias para el ejercicio de la jurisprudencia, también hay reglas: la clausura del tribunal (sólo puede intervenir un cuerpo especializado de jurisconsultos: juez, abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, procuradores, etc.); “*ponere causam*” (delimitar el objeto del litigio: si el juez se desvía, incurre en el vicio de *extra* o *ultra petita*); argumentar y probar (oyendo a ambas partes: *audi alteram partem*); concluir (observando requisitos externos de la sentencia, etc.)<sup>153</sup>.

El derecho es una de las llamadas “artes liberales”, porque se ordena al conocimiento (conocimiento de lo justo, que se da en el juicio jurisprudencial). Las artes llamadas “serviles” o “mecánicas” son las que se dirigen a alguna utilidad que se obtiene por la acción exterior<sup>154</sup>. Este *ars iuris* da reglas

<sup>149</sup> S. Th., I-II, q. 17, a. 1, resp.; cfr. S. Th., II-II, q. 47, a. 8, resp.

<sup>150</sup> S. Th., II-II, q. 67, a. 1 resp.: “La sentencia del juez es como cierta ley particular en algún caso particular”. Ciertamente no es *tan moderna* la conceptualización de la sentencia como “norma individual”. Cfr., además, S. Th., II-II, q. 60, a. 6, resp.

<sup>151</sup> *Ibidem*. Santo Tomás, en la misma cuestión (ad 2), se refiere al problema de los árbitros, donde unas personas se someten al juicio de otras que no son superiores y que no tienen plena potestad coercitiva. La solución está en robustecer externamente el arbitraje, con una pena... Es decir, la potestad pública debe avalar, de algún modo, la sentencia arbitral.

<sup>152</sup> Cfr. Maritain, supranota 90, p. 20.

<sup>153</sup> Cfr. Villey, supranota 19, tomo II, pp. 68 y ss.

<sup>154</sup> “*Unde et illae solae artes liberales dicuntur, quae ad sciendum ordinantur: illae vero quae ordinantur ad aliquam utilitatem per actionem habendam, dicuntur mechanice sive serviles*” (In Met., lib. I, lec. III, 59): *Sancti Thomae Aquinatis In Metaphisicam Aristotelis Commentaria* (Taurini, MCMXV), p. 20.

para el buen uso de los medios externos; mas en cuanto a los actos mismos de conocimiento del derecho, que son el fin, el derecho no es ya arte, sino jurisprudencia.

De lo expuesto se concluye que el arte del derecho se subordina a la Jurisprudencia como a su fin, y ésta depende de aquél como instrumento. Con todo, una diferencia esencial interesa destacar en cuanto a la diversa relación de uno y otra con la justicia. En efecto, la *Iuris Prudentia* *falla totalmente* si no llega al conocimiento de lo justo; o si, conociéndolo el juzgador, su sentencia expresa o impera algo distinto. En cambio, el arte del derecho —habilidad para realizar los actos exteriores: tramitar, argumentar, probar, etc.— no falla en cuanto tal si se emplea en obtener una errónea apreciación de lo justo. En ese sentido, puede parecer laudable la pericia del arte de un abogado que defiende la injusticia, aunque se abuse del arte empleándola en el mal (se trata de una deficiencia *ética*, mas no *técnica*). Por el contrario, el juez injusto no es buen juez en ningún sentido <sup>155</sup>.

Por último, consignemos aquí que las leyes reguladoras de cómo se ha de juzgar, sean positivas o naturales, pueden ser tanto *regulae artis iuris* (reglas de rate) como *regulae iuris prudentiae* (reglas de prudencia). Estas establecen qué es lo justo en universal y para lo futuro <sup>156</sup>, y se han de tener en cuenta principalmente al decir el derecho (ejercicio de la *iuris dictionis*). Aquéllas indican cómo se ha de proceder para realizar una adecuada indagación (consejo), plasmar externamente el juicio e imperar su cumplimiento <sup>157</sup>.

### 11. De Scientia Iuris <sup>158</sup>

La Jurisprudencia y el Arte del derecho no se bastan a sí mismos. Suponen un conocimiento más universal que oriente este “saber hacer”. Tal es la ciencia del derecho. Tomás de Aquino se refiere con frecuencia al arte y a la prudencia del derecho, al concreto saber dar a cada uno lo suyo, al saber averiguar el ius o derecho de cada uno. Este conocimiento práctico “consiste en saber *qué* hay que dar, *a quién* hay que darlo, *cuándo* . . .” <sup>159</sup>. En cambio, habla poco de la *ciencia del derecho*. Al enseñar los requisitos del juicio recto menciona, entre otros, la *scientia iuris* en quien juzga <sup>160</sup>.

<sup>155</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 71, a. 3, ad 1.

<sup>156</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 95, a. 1, ad 2. Vid. supra 10.3.2.

<sup>157</sup> Encontramos aquí un posible criterio de distinción entre las llamadas “normas sustantivas” y las “nomas adjetivas o procesales”.

<sup>158</sup> Para una reseña y análisis de la ciencia del derecho desde la perspectiva normativista. Cfr. Domingo GARCÍA BELAÚNDE: *Conocimiento y Derecho. Apuntes para una Filosofía del Derecho* (Lima, Fondo Editorial, 1982). Esta obra aborda el mismo tema que la presente investigación, y no tiene nada —o casi nada— que ver con ella. En el mismo sentido, otro autor entiende “por ciencia del derecho el saber que trata de describir las normas jurídico-positivas y que tradicionalmente se ha llamado dogmática jurídica o jurisprudencia”: Albert CALSAMIGLIA: *Introducción a la Ciencia Jurídica* (Barcelona, Ed., Ariel, 1ª ed., 1986), pp. 12 y 13. Como se ve, hasta los términos tienen un sentido bastante diferente; además, se adopta una postura nominalista *a priori*, según expresa más adelante (p. 21).

<sup>159</sup> Hervada, supranota 56, p. 17; vid., pp. 15 y ss.

<sup>160</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 60, a. 6, 4 y ad 4.

11.1. El Derecho como ciencia es un conocimiento cierto, ordenado y mediato, de lo justo natural o positivo en general, a partir de sus causas próximas.

11.1.1. En efecto, la ciencia del derecho es, en cuanto a su sujeto, un hábito del entendimiento especulativo: su fin es contemplar la verdad. (Determinados hombres son *teóricos del derecho*, y no se trata de una calificación peyorativa; por el contrario, poseen un conocimiento más universal, abstracto y necesario que el que supone conocer lo justo en un caso individual.) Con todo, el hábito en sí es una ciencia operativa o práctica —no puramente especulativa— por parte de su objeto, el cual —aun cuando sea conocido genéricamente— es un operable, algo que de suyo es objeto de una virtud moral activa: la justicia. (Recordemos que el derecho es objeto de la justicia en cuanto a la operación; y de la *iuris prudentia* en cuanto a la intelección.)

11.1.2. El Derecho se apoya en el conocimiento de unas causas variables, múltiples y —a veces— contradictorias, como son, entre otras, las leyes positivas. Una ley positiva es causa de lo justo positivo; pero las leyes positivas proliferan, no siempre tienen por fin declarar el derecho, son susceptibles de variadas y hasta opuestas interpretaciones, etc. Dentro de esta natural limitación, la ciencia del derecho puede alcanzar un grado variable de certeza moral (no física ni metafísica), *conjetural*.

11.2. El objeto de la ciencia del derecho es “la misma cosa justa”<sup>161</sup>, con todas sus propiedades y cualificaciones jurídicas. Podemos distinguir el objeto material y el objeto formal del Derecho. Todas las cosas y los actos humanos exteriores pueden ser objeto material de la ciencia jurídica. En un sentido derivado, lo son las personas (titulares de derechos, deudores, etc.). Sin embargo, al Derecho sólo le interesan estas cosas en cuanto justas o debidas a otro. El objeto formal de la ciencia del derecho es *la justicia*, centro de referencia último de esta disciplina. Esta afirmación es tan cierta respecto de la ciencia del derecho en su aspecto natural como en su vertiente positiva. Cada rama del Derecho se ocupa a la vez de lo justo y natural y de lo justo positivo en un sector determinado (Derecho Civil, Penal, Constitucional o Procesal, por ejemplo)<sup>162</sup>.

11.3. La ciencia del derecho se subordina a determinados órdenes del saber, y otros se subordinan a ella<sup>163</sup>.

11.3.1. *Materialmente*, la ciencia jurídica se subordina a la *Iuris Prudentia* y al *Ars Iuris*, pues en estos saberes inmediatamente prácticos encuentra la experiencia que está en la base de todo conocer científico<sup>164</sup>. Además, el Derecho, siendo una ciencia operativa, es tanto más perfecto cuanto más considera las cosas particulares en las cuales se da la acción jurídica<sup>165</sup>. Por eso, si bien es cierto que el Derecho puede ser enseñado precisamente en la

<sup>161</sup> Cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 1.

<sup>162</sup> Cfr. Hervada, supranota 56, pp. 181-187.

<sup>163</sup> Villey, supranota 19, p. 200.

<sup>164</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 7, a. 3, resp.

<sup>165</sup> En efecto, sostiene el Aquinate que “*omnis operativa scientia in particulari consideratione perficitur*” (S. Th., I-II, q. 6, introducción). Y: “*Omnis enim scientia operativa tanto perfectior est, quanto magis particularia considerat, in quibus est actus*” (S. Th., I, q. 22, a. 3, ad 1).

medida que es ciencia<sup>166</sup>, no es menos cierto que para la perfección de su enseñanza —ergo, de la ciencia misma— se debe recurrir a la Jurisprudencia y al Arte del Derecho. *Formalmente*, en cambio, según hemos visto, la subalternación entre estos saberes va en sentido inverso.

11.3.2. El Derecho se fundamenta *formalmente* en la Metafísica y la Ética. Se subordina a la primera en cuanto la ciencia jurídica es una ciencia particular que requiere de un fundamento filosófico de sus últimos principios y causas, lo cual compete a la Filosofía del Derecho; a la segunda, en cuanto el Derecho es una ciencia práctica, pues cualquier objetivo práctico del hombre es orientado a su fin último por la Moral. La afirmación anterior resulta especialmente verdadera en el caso del Derecho —entre las demás ciencias operativas—, pues determinar cognoscitivamente, en general, las cosas justas, supone una noción de *justicia* que viene dada por la Filosofía Moral (de ahí que las distintas concepciones morales de los juristas les lleven a diversas apreciaciones acerca del derecho). Por ejemplo, el Derecho Constitucional chileno puede afirmar: “Es de derecho —lo justo es— que el Presidente de la República dure en el ejercicio de sus funciones por el término de ocho años, y no pueda ser reelegido para el período siguiente”<sup>167</sup>. Sin embargo, da por sentado lo que significa “derecho” o “lo justo político” (en este caso).

Por ende, una ciencia del derecho *neutral*, que pretende prescindir de la Ética —en último análisis, de la dignidad de la persona humana—, contradice su propio objeto formal (la justicia), que de suyo es ético. Puede compararse a una ciencia biológica que prescindiera de la vida, o a una Matemática que se olvidara del número y la cantidad.

En todo caso, conviene recordar que la Filosofía del Derecho necesita, a su vez, de la ciencia jurídica. Esta le proporciona datos sobre la realidad, los cuales —tomados globalmente— constituyen la experiencia indispensable para toda filosofía realista. Otro tanto ocurre con la Moral, que en el orden práctico de la justicia requiere un conocimiento del derecho. Se trata, en las dos situaciones, de una *subalternación material*.

11.4. La ciencia jurídica puede demostrar en forma aproximada (vid. supra n. 11.1.2.) cuál es el derecho en general. Para ello puede argumentar de dos maneras.

11.4.1. En primer lugar, la ciencia del derecho argumenta a partir de las causas conocidas (*propter quid*). En efecto, hemos visto que “lo justo” se constituye por naturaleza o por convención, es decir, las fuentes (o causas) del derecho son la naturaleza y la convención pública o privada. De modo que cuanto más se profundiza en el conocimiento de las fuentes del derecho, tanto más puede conocerse en ellas el derecho mismo.

La ley positiva es una de estas fuentes. Luego, al derecho compete el estudio de las leyes en cuanto causas de lo justo, o en cuanto expresan —sin causarlo— el derecho natural. El Derecho *no estudia la ley positiva bajo todos sus aspectos*, sino sólo en cuanto es cierta razón del derecho. De suerte que la formulación científica sólo intenta mostrar en términos generales, a partir de la ley, “la parte de cosas o de cargas que debe corresponder a cada materia

<sup>166</sup> Juan de Dios VIAL LARRAÍN: *Metafísica de Aristóteles. La Filosofía de Aristóteles como Teología del Acto* (Santiago, Ed. Universitaria, 1ª ed., 1980), pp. 41 y 66.

<sup>167</sup> Cfr. C.P.R. de 1980, art. 25, i. 2º.

justiciable" <sup>168</sup>. Puede apreciarse lo específico del Derecho comparándolo con la Política, otra ciencia que estudia las leyes positivas. Esta se preocupa de *las conductas exigidas* por la norma en atención al bien común. La ciencia jurídica, al contrario, no dicta órdenes, sino que dice y significa proporciones <sup>169</sup>. Dice, por ejemplo, a tal delito corresponde tal pena; pero no ordena: "no cometerás tal delito", lo cual es propio de la Política y de la Moral.

Ahora bien, la ley no es la única fuente, porque lo justo concreto a veces no está en la ley <sup>170</sup>. Además, existen reglas del derecho surgidas de la costumbre o de la jurisprudencia de los tribunales y de las interpretaciones de los juristas. Todas deben ser consideradas por la ciencia jurídica, en su afán de alcanzar casos que pueden salirse de la regla común. Ciertamente, el conocimiento de estas otras causas del derecho general (no confundir con la *causa jurídica* de los derechos concretos o con la causa en los contratos, que son parte del objeto de la ciencia, y no su fuente) no es tan simple como el conocimiento de la ley positiva.

11.4.2. Precisamente por ello el Derecho también demuestra la existencia y consistencia de una causa a partir del efecto. Todo lo que ocurre tiene una causa, actual o pasada. Así, por ejemplo, esta ciencia se preocupa de probar en términos generales la existencia de una costumbre jurídicamente vinculante a partir de sus efectos conocidos <sup>171</sup>. Otro tanto ocurre con la determinación de los precedentes en el sistema jurídico anglosajón <sup>172</sup>. Una vez establecida la regla general, que opera como causa, se puede —a partir de ella, por demostración *propter quid*— decir el derecho en general.

En la argumentación, a partir de los efectos, el Derecho puede recurrir al método hipotético: ante determinados fenómenos jurídicos, de causa desconocida o no bien precisada, pueden formularse hipótesis que se van poniendo a prueba mientras avanza la investigación.

11.5. Finalmente, debe tenerse en cuenta que la ciencia del derecho no es plenamente universal, pues lo justo, siendo natural y positivo, varía de un lugar y tiempo a otros. Este es uno de los fundamentos del Derecho Comparado y de la Historia del Derecho, especialidades que, por arrancar de una experiencia más universal, comprenden fácilmente la flexibilidad que de hecho tiene y debe tener todo lo jurídico. En ese sentido, prestan un auxilio importante a las diversas ramas del Derecho. La división en ramas se apoya en la distinción específica de derechos o *cosas* a repartir: cargos o cargas; bienes materiales o penas, etc.

<sup>168</sup> Villey, supranota 19, pp. 224-225.

<sup>169</sup> Ibidem., p. 227.

<sup>170</sup> Ibidem., p. 225.

<sup>171</sup> Cfr., por vía ejemplar, los requisitos que señala el Código de Comercio en su artículo 4º.

<sup>172</sup> Cfr. René DAVID: *Los Grandes Sistemas Jurídicos Contemporáneos. (Derecho Comparado)*. Madrid, Ed. Aguilar, 2ª ed., 1967), pp. 291 y ss.