

De verborum significatione. “Nominis appellationem rem significare Proculus ait”

Por Luis Aníbal Maggio²⁵⁶

Resumen

El enunciado de Próculo reproduce el aserto de Aristóteles (“No significar una sola cosa equivale a no significar nada”) de cuyo realismo, así como de la Stoa, es tributaria la jurisprudencia romana. El nominalismo, por lo contrario, entiende que las palabras son meros “*flatus vocis*”. La concepción nominalista se instala en la filosofía del derecho y se manifiesta en el puro formalismo cuyo representante arquetípico es Hans Kelsen. Para el jurista romano, lo justo (el *dikaion* griego) está conformado por lo legal (convencional) y lo natural (no convencional), es un amalgama inescindible de materia y forma. La forma jurídica (ley universal y abstracta) tiene siempre por referencia una “*res*”, una realidad inteligible, sin tal componente el “*ius*” no alcanza su forma, es algo defectuoso. Varias citas del Digesto, especialmente del título “*De verborum significatione*”, avalan la tesis que se expone.

Palabras clave: Realismo; nominalismo; cosa.

²⁵⁶ Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

I.

Narra el libro del Génesis que luego de haber creado Dios (con suprema maestría, Borges dixit) el mundo, considerando no ser bueno que el hombre estuviera solo, modeló con arcilla a todos los animales del campo y a todos los pájaros del cielo y los presentó al hombre para ver qué nombre le podría: porque cada ser viviente debía tener el nombre que le pusiera el hombre. (“*Omne enim quod vocavit Adam animae viventis, ipsum est nomen eius*”).²⁵⁷ El nombre que le impuso el hombre, ese es en adelante el nombre de cada ser viviente, decretó el Creador. Pero aquello que el hombre hubo de nombrar, ya existía, ya era un ser algo, un “ente”. El único que pudo crear cosas desde la nada por la fuerza de la palabra (*fiat*) fue Dios; el hombre solo pudo admirar y ponerle un nombre a las cosas que ya estaban creadas. Pero, conjeturemos, las maravillas de la creación a nominar eran tantas que al hombre no le alcanzaban las palabras inaugurales. Entonces empezó a usar una palabra para nombrar distintas cosas y las cosas a compartir todas una palabra que, poco a poco, fue oscureciendo la identidad de cada una y sombreando confusión. No conforme, como Dios le diera licencia para nombrar “*ad libitum*”, “y aunque, sin duda, el primer hombre había sido lo bastante sagaz como para llamar, en su lengua edénica, a toda cosa y animal de acuerdo con su naturaleza,”²⁵⁸ eso no entrañaba que hubiere dejado de ejercer una especie de derecho soberano al imaginar el nombre que a su juicio correspondía mejor a dicha naturaleza”, quiso hacer uso de la franquicia y emular la potencia del Verbo inventando palabras con la intención de crear nuevas y propias cosas. Tan vana pretensión no creó cosa alguna y las palabras se convirtieron en meras formas vacías, pero, obstinado el hombre, se compensó inventando juegos de palabras que, aunque nada significaban, muchas eran tan seductoras como para complacerse en ellas y olvidarse de las cosas. Dios las transformó en cacofónico palabrerío ininteligible para escarmentar con ellas a los hombres cuando quisieron edificar la famosa torre.

Jules Marouzeau, analizando cómo pronunciarían el latín los romanos, señala el sentido onomatopéyico del lenguaje. La palabra refleja algo (alguna característica, el sonido, el aspecto, etc.) de aquello que se nombra. Si se llega

²⁵⁷ Génesis 3, 3, 18/20. *El Libro del Pueblo de Dios*. Madrid: Editorial Paulinas, 1980. Biblia Vulgata. BAC.

²⁵⁸ Eco, Umberto (1986). *El nombre de la rosa*. “Quinto día” Buenos Aires: Ediciones de la Flor.

al socavón de una palabra, su etimología halla siempre alguna “raíz” que unifica las variaciones diacrónicas y sincrónicas de los vocablos y se vincula con alguna entidad originaria.²⁵⁹

En el nunca suficientemente apreciado ensayo *Verbum Iuris*, Alfredo Di Pietro explica que “*nomen*” se alitera con “*numen*”. Para el hombre antiguo, el mundo estaba colmado de maravillas, misterios, fuerzas inexplicables. Cada cosa estaba animada por algo mágico, divino, sobrenatural, portaba un “*numen*”. Lo “*numinoso*” era el modo de ser de las cosas en la percepción del antiguo terrícola. Cuando este hombre nombraba algo, no se refería precisamente a la materialidad de una cosa sino al “*numen*” de los dioses que la rige y gobierna. De allí que el usar incorrectamente la palabra era como una ofensa a la divinidad oculta detrás de la cosa y podría ser un sacrilegio.²⁶⁰ En la obra citada, Eco deriva “*nomen*” de “*nomos*” “o sea ley, porque precisamente los hombres dan los nomina *ad placitum*, o sea, a través de una convención libre y colectiva”. Obviamente el famoso semiólogo y novelista reflexiona aquí en clave nominalista (ver significado más abajo).

II.

Aristóteles escrutó empeñosamente la equívocidad del lenguaje. El término “ser” –sentenció para la posteridad– se dice de diversos modos, tiene muchos significados, pero todos ellos en relación con algo único y con una naturaleza única. “Todos estos significados no tienen una mera coincidencia nominal, sino que (...) los diferentes significados del ente están referidos a un principio único”; “Es imposible encontrar los elementos de los seres, si antes no se dis-

²⁵⁹ *Comment Prononcaient les lartins*. Traducción IV Congreso sobre Principios Generales y Derecho Romano. UFLO Universidad, 2017; Benveniste, Emil (1983). *Vocabulario de las instituciones europeas*. Madrid: Taurus; Lapieza Elli, Ángel (1982). *Aequitas. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 2. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

²⁶⁰ Di Pietro, Alfredo (1968). *Verbum Iuris. Monografías*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; Cfr: Otto, Rudolf (1980). *Lo Santo. Lo racional y lo irracional en la idea de Dios*. Madrid: Alianza Editorial.; Frazer, James George (1953). *La rama dorada: magia y religión*. México: Fondo de Cultura Económica.

tinguen los múltiples significados del ente”; “No significar una sola cosa equivale a no significar nada. Y si las palabras carecen de significado, se elimina la posibilidad de diálogo con los demás y con uno mismo”; “Concédasenos, que la palabra tiene un significado”; “Pues es imposible inteligir algo si no se entiende una única cosa y, si lo fuere, tendría que poner un solo nombre a esa cosa”. También el Estagirita dictaminó que la verdad es concordancia del juicio con las cosas, *“adequatio rei et intellectu”*, según la fórmula clásica con que se expresó desde el medioevo. “No eres blanco porque pensemos que eres blanco, sino que ocurre justamente lo contrario”.²⁶¹

En la *quaestio* 2. 2. 57 a 1 de la Summa Teológica, Santo Tomás coincide casi *“ad pedem litterae”* y desarrolla el pasaje de Paulo (Dig. I. I. 11) sobre las significaciones de la palabra *“ius”*. Y, a propósito del significado primario, en el Comentario al Libro V de la Ética a Nicómaco, formula un rotundo aserto: los juristas romanos *“nominantius quod Aristoteles iustum nominat”*.²⁶² (“Los romanos llaman *“ius”* a lo que Aristóteles llama justo”).

Si preguntamos a Aristóteles qué es lo que llama *“justo”*, su respuesta es: el δικαιο, ²⁶³ compuesto por: lo legal (νομμος) y lo igual (ισον). Lo injusto: lo ilegal (παρανομος) y lo desigual (ανισον). Lo justo, en tanto medio (μεσον), lo es entre lo más y lo menos y, en tanto justo (ισον), dado que la justicia propiamente dicha es la que se ejerce con relación a otro (προς ετερον), supone las personas a las que se da algo justo y las cosas que se dan, que son también dos. Lo justo es entonces algo “proporcional” entre extremos desproporcionados.²⁶⁴ Bajo esa clave, Santo Tomás dirá *“iustitiae proprium est inter alis virtutes ut ordinet hominem in is quaesunt ad alterum. Importat enim aequalitatem quaedam, ut ipsum nomen demonstrat”*. Lo propio de la justicia entre las otras virtudes es ordenar al hombre en cosas con relación a otro. Importa pues cierta proporción como su mismo nombre lo demuestra. A su vez Dante define: *“Jus est reales ac personalis hominis ad hominem proportio. Qua eservata societatem servat, corrupta corrumpit”*. (“Lo justo es una real y personal proporción de hombre a hombre que, conservada, conserva a la sociedad y corrompida, la corrompe”).²⁶⁵

²⁶¹ *Metafísica*: IV 1003^a, I, 992^a, IV 1006^a, b. IX, 1051^a.

²⁶² *Com. a la Ética Nicómaco* (1983). Lib. V, lect. 12. Buenos Aires CIAFIC Ediciones.

²⁶³ *Étic. Nic.* V. I. 1128^a, 1129b.

²⁶⁴ *Ibid.* V.III, 1130b.

²⁶⁵ *De Monarquía*. II, 5.

Hay tantas y tan diversas “concepciones” de la Justicia que llevan a posiciones relativistas o escépticas, a la imposibilidad de definirla, a punto tal que Kelsen la acusa de ser un ideal irracional.²⁶⁶ Para algunos una sociedad justa debe privilegiar la seguridad sobre la libertad, para otros a la inversa; para algunos la justicia debe ser igualitaria, para otros meritocrática. Para unos prima el individuo, para otros la nación, “*et ita porro*”. Es que la escala de ciertos valores básicos –vida, seguridad, libertad, igualdad, solidaridad, etc.– cambian de estimación y por consiguiente de grado en la jerarquía axiológica y política en distintos lugares y épocas. No obstante y por sobre todas las variables concepciones, es posible elaborar un “idea”, para Hart, o “concepto”, para Rawls, de justicia, que contemple las nociones de no distinciones arbitrarias y de balance correcto de pretensiones, y se expresa en la exigencia de “tratar los casos semejantes de la misma manera y los casos diferentes de diferentes maneras”, como lo había señalado mucho antes Aristóteles: “Cuando se trata de iguales, lo bueno y lo justo es que tengan partes iguales y semejantes; pero que los iguales no las tengan iguales ni los semejantes semejantes es contrario a la naturaleza y nada antinatural es bueno”.²⁶⁷ El dictado aristotélico se traducirá modernamente como el “principio de igual trato”, fundamental en filosofía política.²⁶⁸ Tal es para unos la “idea”, para otros el “concepto formal de justicia”, que no es lo mismo que la “justicia formal”; esta última es un tipo de justicia que popularizó Max Weber, equivalente a proceso regular, en tanto en la primera acepción no es un tipo o especie sino que, por ser universal, contiene las notas comunes a toda noción de justicia.²⁶⁹

Chaim Perelman²⁷⁰ cree hallar cuatro posibilidades al pasar revista distintas definiciones de la justicia: 1) no tienen nada en común; 2) solo una corresponde a la justicia verdadera; 3) todas son reducibles a una; y 4) todas tienen algo en común. Lo que tienen en común es un cierto criterio de igualdad que, si bien no es un principio suficiente, lo es en cuanto se lo entienda como la

²⁶⁶ *De Monarquía*. II, 5.

²⁶⁷ Kelsen, Hans (1991). *Teoría Pura del Derecho*. Capítulo II. “¿Qué es la Justicia?”. Buenos Aires: Editorial Leviatan.

²⁶⁸ Hart: Op.cit, cap. VIII; Rawls: Op.cit, I. *La Justicia como equidad*. Ed. Tecnos; Aristóteles. *Política*, IV, 3.

²⁶⁹ Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.

²⁷⁰ Heller, Agnes (1990). *Más allá de la Justicia*. Barcelona: Editorial Crítica.

aplicación de la misma norma a todos los miembros de una categoría específica. Agnes Heller²⁷¹ recepta el concepto formal de justicia de Perelman, en cuanto implica un principio de acción de acuerdo con el cual los seres de una misma categoría esencial deben ser tratados del mismo modo, aplicarse una regla a todos los miembros de una categoría esencial, y observarse una regla que establece la obligación de tratar de cierto modo a todas las personas que pertenecen a una determinada categoría. No obstante, discrepa en cuanto las definiciones de Perelman transmitirían la impresión de la preexistencia de ciertas categorías esenciales o agrupaciones. En su opinión, es a la inversa, ya que la aplicación de las mismas normas o reglas a un cierto grupo de personas es lo que constituye a la agrupación, por lo que redefine el concepto el concepto formal de justicia como “la aplicación consistente y continuada de las mismas normas y reglas a todos y cada uno de los miembros del grupo social al que se aplican las normas y reglas”. Para la autora el concepto formal de justicia es la máxima de la justicia, la consecuencia de su inobservancia es una contradicción y su aplicación constituye un imperativo moral, aun si las normas y reglas no son de naturaleza moral.

Luis Recasens Siches comenta al respecto: “El análisis de todas las doctrinas sobre la justicia, desde los pitagóricos hasta el presente, pone de manifiesto que entre todas las teorías se da una medular coincidencia: el concebir la justicia como regla de armonía, de igualdad proporcional, de proporcionalidad, entre lo que se da y lo que se recibe en las relaciones interhumanas, bien entre individuos, bien entre el individuo y la colectividad. (...) Es impresionante la coincidencia del pensamiento sobre la idea formal de la justicia a lo largo de veinticinco siglos de historia de la Filosofía”. Múltiples autores concuerdan en similar visión.²⁷²

Tal es la idea formal de justicia, pero la nuda formalidad no es *per se* un dique contenedor de la injusticia dispersa por el mundo. Un régimen perverso puede muy bien mantener “la aplicación consistente y continuada de las mismas

²⁷¹ *The Idea of Justice and the problem of Argument*, Londres, 1963; *De la Justicia*, Bruselas, 1945.

²⁷² Recasens Siches, Luis (2019). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ciudad De México: Editorial Porrúa; Hart, Herbert (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot; Rawls, John (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Et passim. Sto. Tomás: Summa Theolog. II-II-58, 2.

normas y reglas a todos y cada uno de los miembros del grupo social al que se aplican las normas y reglas” y someter tiránicamente con las mismas reglas a todos por igual. Aristóteles había adoctrinado que lo justo supone una cierta proporción aritmética o geométrica y, en consonancia, Santo Tomás, que siempre el nombre justicia implica proporcionalidad, como ya se dijo supra. Los romanos, a su vez, dejaron preceptuado que “*In omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda sit*”²⁷⁴ (“En todas las cosas ciertamente, pero sobre todo en el derecho, sea observada la equidad”). *Aequor*, en latín es lo parejo, lo nivelado como la llanura o la superficie del mar. La “*aequitas*” exige equilibrio, nivelación en las relaciones sociales, que no existan graves desequilibrios o desventajas.²⁷⁴ Al referirse a la equidad y lo equitativo, Aristóteles examina qué relación guarda la primera con la justicia y lo segundo con lo justo, concluyendo que lo justo y lo equitativo son ambos buenos y lo mismo, pero lo equitativo sin embargo es superior porque es justo no solo por la ley sino porque es un “enderezamiento” de la justicia legal.²⁷⁵ Es decir, aquellas normas que deben aplicarse a todos por igual han de ser, además, no meras formas neutras de contenido sino prescripciones que contemplen e impongan lo equitativo, que establezcan un balance equilibrado de prestaciones recíprocas tanto en su proceso de producción como de aplicación. Si ese componente visceral del “ἰσος” no aparece a causa de la generalidad de la ley, el juez en función vicaria de legislador, es el encargado de restaurar la equidad.²⁷⁶

En nuestro tiempo, Rawls ha caracterizado a la justicia como “equidad”, equivalente a “imparcialidad” (*fairness*). Pero, es notable, el célebre autor entiende que sus principios de justicia (de la libertad y la diferencia) acordados en situación de imparcialidad son, a diferencia de las corrientes procesalistas, “sustantivos”; en su entender, superan, reformulándolo, el dualismo kantiano de materia y forma.²⁷⁷

²⁷⁴ Dig. L. XVII, 90.

²⁷⁵ Lapieza Eli, Ángel (1982). *Aequitas. Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 2. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

²⁷⁶ Etic. Nic. V. X.

Maggio, Luis Aníbal (1999). “Epieikeia aristotélica y equidad romana.” En *Revista Prudentia Iuris*. N° 35. Universidad Católica Argentina.

²⁷⁷ Rawls, John (1979). *Teoría de la Justicia*. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Rawls, John (1999). *Justicia como equidad*. Madrid: Editorial Tecnos.

Lo legal es aquello que en principio es indiferente (circular por la izquierda o la derecha, plazos para apelar, etc.), pero una vez establecido por la ley, deja de serlo y es lo justo a obedecer, lo justo legal, porque “es claro que todas las cosas legales son de algún modo justas”. Lo justo natural es lo igual (ἰσότης), lo que todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación, bien entendido sin embargo que lo natural también puede ser mutable.²⁷⁸ “Lo que siempre es bueno y equitativo” dirá el jurista romano.²⁷⁹ La ley rectamente establecida, salvo la improvisada a la ligera²⁸⁰ es justa, pero al mismo tiempo es justo lo que en todas partes tiene su misma fuerza y no depende de aprobación o desaprobación, es decir, no es un puramente convencional sino algo que tiene entidad, es una “res”, una patencia inteligible definitiva. Una “cosa” (*res*) alcanza su plenitud ontológica, su verdadero ser, cuando logra la forma que la constituye en lo que es y no otra cosa.²⁸¹ Lo legal y lo igual no son dos entidades separadas sino que ambas amalgamadas identifican para el romano lo que verdaderamente llamaban “*iuris*”. Una norma que no mantiene y expresa una igualdad como proporción, equilibrio, parejura, en las relaciones bilaterales no alcanza la plenitud de su forma, es defectuosa, de-formada, viciada en su contenido. La igualdad proporción, fuera de una norma, es un principio matemático o aspiracional, una especie de personaje en busca de un lugar, que para aspirar a conformar “*iuris*” necesita emigrar y cobijarse en el mundo de las normas.

III. Nominalismo

En la Edad Media ocurre la celeberrima “querrela de los universales” entre el “realismo” de cuño aristotélico patrocinado especialmente por Santo Tomás (realismo aristotélico tomista) y el “nominalismo”, cuyos fuentes pueden rastrearse desde los orígenes de la Filosofía, pero emerge con toda potencia entre los siglos XI (con Roscelino) y XIV (Guillermo de Occam)

²⁷⁸ Etic. Nic. V I, VII.

²⁷⁹ Dig. I. III, 11.

²⁸⁰ Etic. Nic. V. I.

²⁸¹ *Metafísica*. I 983^a.

y despliega una enorme influencia en el pensamiento de la modernidad. Incluso a la llamada “Segunda Escolástica” (Española) se le endilga cierto carácter nominalista, especialmente en la obra de Francisco Suárez.²⁸² De allí en adelante, el nominalismo se enseñorea hasta nuestros días en el mundo de derecho en sostenida pugna con el realismo. Si se examina a fondo, en los diversos enfoques de todas las teorías jurídicas subyace esta añeja cuestión de los universales.

Entre las variantes de la matriz nominalista, que son muchas, podemos destacar las siguientes:²⁸³ a) Las entidades abstractas no son más que imágenes, vocablos comunes, *sonus et percussio aeris sensibilis* (Boecio), *flatus vocis* (Roscoscelino) para designar entidades concretas. Tenemos un nominalismo terminista; b) Están en nuestra mente como conceptos abstractos pero no existe la realidad denotada (conceptualismo), solo existen entidades concretas (nominalismo moderado); y c) Los términos para designar entidades concretas son también entidades concretas (nominalismo absoluto).

La concepción aristotélico-tomista configura un “realismo moderado”, a diferencia del realismo absoluto o platonismo, en el que las entidades tienen una existencia propi desvinculada del mundo causal y no son asequibles por los sentidos. Para el realismo moderado las cosas existen en modo singular, pero en cuanto a su comprensión en modo universal. Por un proceso de abstracción, el intelecto captura el universal que se encuentra “*in rebus*” singulares y lo traduce en conceptos. Los conceptos tienen en consecuencia un fundamento real (*res*), una realidad (no necesariamente física o sensible) cognoscitivamente inteligible.²⁸⁴ Al hombre universal (para prevenir cuestiones de género, aclaremos que, según Dig. L. XVI, 152, hombre incluye a la hembra como al varón) no lo encontraremos nunca en nuestro camino. Por suerte o desgracia nos encontramos con este o aquel hombre, pero de este o de aquel predicamos que son hombres no porque se nos ocurra proferir un sonido, sino porque hay algo, una “*ousia*” o causa, abstraída por el intelecto humano colectando propiedades comunes, que, configuradas en un concepto, hace que cuando se dice hombre, hombre sea algo con una consistencia

²⁸² Suárez, Francisco (1967). *Las Leyes*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.

²⁸³ Ferrater Mora, José (1999). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Editorial Ariel.

²⁸⁴ Massini-Correas, Carlos (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

ontológica propia y no otra cosa y, merced al lenguaje que lo expresa, los humanos puedan comunicarse y entenderse.

En el nominalismo hay un nexo con las cosas mundanales; pero, mientras estas cosas son para el platonismo meras copias de las ideas existentes en un “topos uranos” y para el realismo individuaciones de un universal abstraído por el intelecto en forma de conceptos formulados lingüísticamente, para el *nominalismo* solo existen las cosas particulares y las formas o medios con que nos referimos a ellas son verbalizaciones convencionales, no entidades o “esencias” objetivas.

Entre la posición conceptualista y el realismo moderado parece haber un puente que las interconecta en cuanto representación de algo en o por el intelecto. Sin embargo la identificación sería engañosa, ya que para el realismo moderado los conceptos tienen un fundamento real, una objetividad inteligible propia, mientras que para el nominalismo son puras construcciones verbales que percuten auditivamente como sonidos, vientos de la voz.

Para la doctrina empirista (Hume, Locke, etc.) se trata de representaciones mentales originadas por las percepciones del mundo real y alojadas en el fuero interno, en la mente (“*in anima*”). Los conceptos tienen un origen empírico mental o psicologista y su relación con el mundo externo no es directa sino mediada.

Así pues, las entidades abstractas andan deambulando entre las cosas y la mente y, como si fuera poco, también el lenguaje en que se expresan ocasionando interminables controversias en la teoría del conocimiento. Veamos algunos casos. Dice J. Raz: “Los conceptos consisten en cómo concebimos aspectos del mundo y se encuentran entre las palabras en las cuales son expresados y sus significados, por un lado, y la naturaleza de las cosas a las que se aplican, por el otro”. Entre nosotros, Eugenio Bulygin, en línea con Hart y Ryle, lo refuta y niega que existan propiedades esenciales o necesarias independientemente del concepto que usamos para identificarla; ninguna propiedad de una cosa es esencial “*per se*” sino en relación con un concepto. No existen propiedades esenciales, tanto de una mesa como del derecho, fuera del concepto de mesa o de derecho que estamos utilizando. Que existan propiedades esenciales *per se* extraconceptuales, implica una “especie de esencialismo”, desterrado sin misericordia por el positivismo.²⁸⁵

²⁸⁵ Raz, Joseph, Alexy, Robert y Bulygin, Eugenio (2007). *Una discusión sobre la teoría del derecho*. Madrid: Editorial Marcial Pons; Bulygin, Eugenio (1961). *La naturaleza jurídica de la letra de cambio*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

IV.

Según Alchourrón y Bulygin el derecho ha sido abordado desde tres perspectivas: a) como conjunto de normas; b) como conducta; y c) como razones para actuar.²⁸⁶ Dentro de la concepción “normativista”, las normas han sido entendidas como sentido de los actos de voluntad dirigidos a la conductas de otros (Kelsen), como directivas (Ross) y como prácticas sociales (Hart). La concepción del derecho como conducta implica una postura “realista”, pero no necesariamente en términos del realismo moderado.

El desarrollo de la teoría iusfilosófica moderna muestra una decidida influencia nominalista que alimenta la tendencia a la pura formalidad de las normas con prescindencia de todo componente material. El enfoque del fenómeno jurídico desde un ángulo rigurosamente normativista le sustrae de todo contenido y, por ende, ingresa en un pleorama que lo distancia de la realidad hasta perderla de vista. Nos vamos asentando en el limbo de las normas como reglas formales generales y abstractas olvidando que si bien lo son, regulan “*eum quod plerumque fit*”, aquello que generalmente en efecto sucede, aquello que tienen un fundamento en la realidad mundanal.²⁸⁷ Una rigurosa asepsia de toda referencia semántica para no contaminar la pureza metódica hace que “el objeto de estudio de una teoría general del derecho consiste en las normas jurídicas, sus elementos, su interpretación, el orden jurídico como totalidad, su estructura, la relación entre diferentes ordenamientos jurídicos y, por último, la unidad del derecho en la pluralidad de los ordenamientos jurídicos positivos”. Así pues, las normas cada vez a más distancia del “*lebenswelt*” (mundo de la vida, Husserl) y vaciadas de contenidos, se convierten en meros “*flatusvocis*”, sonidos convencionales que, en concreto, como enseñara Aristóteles (*supra*), al no significar una cosa, no significan nada, o pueden usarse a libre y lúdico arbitrio.

Hans Kelsen propone la que sin duda es la más importante teoría jurídica

²⁸⁶ *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía* (2017). Volumen II. Madrid: Editorial Trotta.

²⁸⁷ Dig. I, III, 3/5.

²⁸⁸ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada; Kelsen, Hans (1979), *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de Roberto Vernengo. Ciudad de México: Editorial de la UNAM; Kelsen, Hans (1958). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Imprenta Universitaria.

de nuestros tiempos, la Teoría Pura del Derecho,²⁸⁸ sustentada en decidida postura nominalista. Entre “la verdad como principio fundamental de la ciencia y la justicia como *supremum desideratum* de la política” hay un conflicto “realmente trágico”. “La realidad jurídica, la existencia específica del derecho, se manifiesta a sí misma en un fenómeno que suele designarse con el nombre de positividad del derecho”. El derecho positivo, que aparece “en cuanto lo distinguimos de la justicia”, es el “creado por un acto de autoridad humana”, “es un producto artificial y arbitrario del hombre”. Pero “la realidad específica del derecho no se manifiesta en la conducta real de los individuos sometidos al orden jurídico”. No obstante su concepción netamente procesalista, dice Jurgen Habermas: “Kelsen desliga el concepto jurídico de persona no solo de la persona moral, sino incluso de la persona natural porque un sistema jurídico que se ha vuelto completamente autónomo debe arreglarse con solo las ficciones que el mismo genera”.²⁸⁹

Por otra parte, Estado, derecho, poder y autoridad moral son “figuras de lenguaje”: “...prácticamente no tiene ninguna importancia si la constitución prescribe aplicar el derecho tal como el legislador lo ha creado y no como podría haberlo creado. El derecho debe ser aplicado aun si es juzgado malo”.²⁹⁰

El derecho para el autor es un sistema de normas que regulan (coactivamente) el comportamiento humano. Norma es un deber cuyo sentido lo constituye un acto de voluntad del legislador (ser), expresados mediante enunciados lingüísticos (deber ser). El modo de existir de la norma es la “validez”, que abstrayendo absolutamente de todo contenido (so pena de ideologismo) se funda formalmente en haber sido creada en virtud de una norma superior conforme las prescripciones de una constitución. La cópula (*debe*) que enlaza antecedentes y consecuencia en la norma jurídica no tiene ningún contenido real, su carácter puramente lógico es reiteradamente enfatizado. “Kelsen estableciendo la equivalencia entre norma positiva y derecho, instaura el nominalismo jurídico de valor que adapta el pensamiento a las palabras, o bien el derecho a los conceptos jurídicos elaborados por la voluntad del legislador. Dicho de otro modo: los hechos carecen de finalidad y

²⁸⁸ Habermas, Jurgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta.

²⁹⁰ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada, pág. 173.

no son inteligibles por sí mismo, sino que la adquieren gracias a la operación del espíritu que realiza construcciones conceptuales jurídicas”.²⁹¹

a) Derecho es solamente el positivo; solamente este contiene las propiedades con que se lo puede identificar como tal. Solo existen entidades concretas: el derecho positivo tal cual es, cada una de las normas de un ordenamiento “puesto” en el tiempo y el espacio.

b) Si bien las normas son entidades concretas, se expresan y son explicadas mediante términos y conceptos. Lo concreto es que alguien priva a otro de la vida, pero a ese acto nos referimos con conceptos abstractos (vida, matar) y la vida y el matar dependen de las propiedades con que nuestros conceptos convencionales identifiquen como vida y acto de matar, que no son más que imágenes, vocablos comunes, *sonus et percussio aeris sensibilis, flatus vocis*. En consecuencia, ese acto identificado como matar depende del sentido que le otorguen nuestros conceptos insustanciales de lícito o ilícito, ya que no hay bienes o males en sí. O sea, lo ilegal no es ilegal por ser malo sino que lo malo es malo por ser ilegal. Pero podría ser al revés: lo malo fuere legal y lo bueno ilegal, todo sería posible en el concierto de las voces prescindentes de lo real.

c) Como no hay nada “esencial”, fuera de nuestros conceptos arbitrarios, todo el universo jurídico se reconduce a un acto de construcción conceptual; se construyen conceptos y se los relaciona como juegos del lenguaje en los que solo importa la validez formal con abstracción de todo contenido valorativo. Sea bueno o malo, humanitario o genocida, liberador o tiránico, todo “es derecho”, voces, percusiones sensibles.

“Las definiciones, en sentido técnico, son operaciones relativas a un lenguaje, no a una realidad: relacionan palabras (y los conceptos que designan) con palabras (y los conceptos correspondientes). Además, la pretensión de realizar definiciones reales va muchas veces unida al esencialismo lingüístico, esto es, a la errónea creencia de que la relación entre las palabras y su significado no

²⁹¹ Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (compilador) (2008). *Stamatios Tzizis: Controversias en torno a la idea de naturaleza de las cosas y de derecho natural in: Las razones del derecho natural*. Buenos Aires: Editorial Abaco-Depalma, pág. 272.

es convencional, sino que tiene un carácter necesario. Este error es frecuente encontrarlo cuando los juristas emprenden la tarea de buscar la naturaleza jurídica de una institución. (...) En resumen, parece que las definiciones deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística y/o de análisis conceptual: sirven para informar sobre cómo se usa una palabra, para proponer algo nuevo o precisan alguno ya existente; y en ocasiones son el resultado de un análisis conceptual o instrumento para ello. Pero no son procedimientos para arribar a la esencia de las cosas, de la realidad”. En la concepción “convencionalista” del lenguaje, explica Nino, “el significado de las palabras está determinado por las reglas convencionales que determinan las condiciones de uso de las palabras”.²⁹²

d) Hay que distinguir tajantemente las proposiciones descriptivas (*ser*) de las prescriptivas (*deber*). Aunque Kelsen reconoce carecer de una definición del “deber ser” por tratarse de una categoría original tan imposible de describir como el “ser”, su sentido es excluyentemente lógico, neutro a todo valor. Las razones o motivaciones por las que al antecedente *a)* se atribuye la consecuencia; *b)* implican un juicio de valor y los juicios de valor no son fundamentables racionalmente ni competen al jurista, que ha de limitarse a constar mediante un juicio de hecho, de realidad, la correspondencia positivamente establecida. La cópula “debe” no implica en absoluto que haya en *a)* alguna potencialidad normativa que lleva a establecer alguna relación necesaria aunque no causal con *b)*; la imputación podría ser cualquier otra, incluso la contraria, a voluntad y convencionalismo lingüístico sonoro del legislador.

e) Por todo ello, se profesa el “escepticismo ético”, a veces ontológico, a veces gnoseológico, desde el cual el ángulo de visión jurídico se abstendrá de toda valoración sobre la justicia o injusticia de la imputación. “Justicia significa legalidad (...) solo en el sentido de legalidad puede el concepto de justicia puede entrar en el ámbito de la ciencia jurídica”. “Justo es que una regla general sea aplicada en aquellos casos en que debe ser aplicada (...) injusto que la regla fuese aplicada en un caso y dejase de aplicarse en otro similar (...)

²⁹² Atienza, Manuel (2009). *El sentido del derecho*. Barcelona: Ariel, págs. 51 y 52; Nino, Carlos (1980). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, págs. 38 y 39.

independientemente de cuál sea el valor intrínseco de la regla cuya aplicación es examinada”.²⁹³

g) Si las nociones abstractas son términos, imágenes, vocablos comunes, la ciencia jurídica consiste en describir las relaciones nominales del juego pragmático de construcciones conceptuales. Las cosas no son portadoras de un significado concreto, no tienen entidad (*ser*) propio, son lo que nuestros “*flatusvocis*” o “percusiones” convencionales dicen que son. Por esta vía se llega a validar cualquier régimen por inhumando que fuere y a la célebre sentencia de que derecho “es lo que los jueces dicen que es derecho”. Si así fuera, poco les quedaría a los jueces para decir. Qué derecho podrían aplicar si el derecho todavía no existe hasta que sea proferido por labios judiciales, que seguramente no formulan “*a divino ore*” como Justiniano.²⁹⁴

Por suerte, Herbert Hart y otros prestigiosos autores, aun nominalistas, han pulverizado este famoso absurdo del llamado “realismo” escandinavo y norteamericano,²⁹⁵ que en definitiva es crudo nominalismo.

V.

Frente a esta especie de sobrevuelo al espinoso prado (Justiniano dixit)²⁹⁶ del derecho desde el nivel del formalismo normativista, ¿cuál sería la mirada del jurista y sus fuentes romanistas desde la superficie abandonada?

Sabido es que la formación del jurista romano fue tributaria de la cultura griega, especialmente en cuanto a los principios aristotélicos y de la Stoa.²⁹⁷ Desde este portal, podemos entrever que el jurista romano no tenía duda alguna de que el nombrar algo, al formular un enunciado, no se estaba

²⁹³ *Teoría General del Derecho y del Estado*, op. cit. I, c) 5.

²⁹⁴ *Deo auctore*, 6.

²⁹⁵ Hart, Herbert (1977). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, cap. I y VII.

²⁹⁶ *Deo auctore*, 9.

²⁹⁷ Cfr: Zoltan Mehez, Kornel (1971). *Advocatus romanus*. Buenos Aires: Víctor de Zavalía Editor.

emitiendo un sonido verbal sino mentando una “cosa”, algo que es “*res*” porque que tiene una “realidad” perceptible o cognoscitiva identificada en un concepto. Así lo certifica el pasaje L. XVI. 4: “*Nominis appellationem rem significare Proculus ait*” (“Dice Próculo que con la denominación de nombre se significa una cosa”).

“*Res*” en latín, “cosa” en español, es, quizá, la palabra más polisémica en el idioma latino y sus derivados, por lo que se requiere identificar expresamente qué cosa es *la cosa* cuando se habla en derecho. ¡Pero qué cosa! ¿Cómo es la cosa? No sea cosa que... Es poca cosa. Era cosa superior (Martín Fierro). Cosas veredes, Sancho (don Quijote). ¡Argentinos a las cosas! (Ortega y Gasset). Las cosas de la vida. La “cosa en sí” que desvela a los filósofos, en fin, es cosa de nunca acabar. Martín Heidegger se despacha con un par de libros y otras indagaciones tratando de hallar “la cosidad de la cosa” (sic)²⁹⁸ y, en verdad, después de leerlos quedan muchas dudas sobre cómo sea la cosa. El enrevesado pensador llega a la conclusión de que la pregunta ¿Qué es una cosa? es la pregunta ¿Qué es el hombre? Ello es así porque en definitiva *cosa* es todo aquello que de alguna manera “concierna al hombre”.²⁹⁹

Ocioso sería comentar el religioso respeto del romano por la palabra y la especial preocupación que sobre sus múltiples usos. Tanto es así que como culminación el Digesto le dedica un largo título aclarando con total precisión un amplio repertorio de nociones jurídicas. El romano desconfiaba de las definiciones por ser todas peligrosas. Por ello, en prevención de posibles alteraciones, dedica el citado Título XVI del Libro L, “*De verborum significatio-ne*”, a clarificar minuciosamente el significado de los conceptos utilizados, a qué “cosa” concretamente se refieren las palabras en el derecho.³⁰⁰ Existen 246 incisos que permiten cerciorarnos de un universo de conceptos que muchas veces utilizamos en forma laxa sin mayor perfilamiento. Allí podemos abreviar qué debe entenderse en derecho cuando mencionamos la mayor parte del día, promesa, mujer, hombre, madre de familia, manceba, viuda, intestado, Roma, próximo, derogar y abrogar, enemigo, último, enfermedad sónica, campo, barbecho, acción, divorcio, repudio, mercancía, etc., etc., etc.

²⁹⁸ Heidegger, Martín (1992). *La pregunta por la cosa*. Buenos Aires: Editorial Memphis.

²⁹⁹ Di Pietro, Alfredo. “La prudente interpretación en el derecho romano”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 9 (y su cita “Das Ding, “La chose”). Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³⁰⁰ Dig. L. XVI; XVII, 202.

Quizá si Cicerón hubiera conocido que “*Armorum appellatio non utique tantum scuta, et gladios, et galeas significat, sed et fustes, et lapides*” (“La denominación de ‘armas’ no significa ciertamente solo escudos y espadas y yelmos sino también los palos y las piedras”), Cecina no hubiera perdido, como algunos sostienen, el pleito.³⁰¹

Sin perjuicio del sentido general de la cosa, en el Título que comentamos obran no menos de quince aclaraciones sobre la significación de cosa en instituciones jurídicas concretas y, si vamos a Instituta de Gaius, nos encontramos con muchas otras categorías jurídicas sobre las cosas.³⁰² No dejaría de sumar méritos una metodología pedagógica de ir a este libro y título del Digesto como peregrinando a las fuentes antes que a los manuales de uso.

Gastar una palabra es mentar una cosa, no es proferir un sonido verbal que podría percudir paradójicamente como cualquier cosa. Como lo esclareciera Husserl, un juicio es decir algo de algo;³⁰³ Ese algo mentado en una norma o

³⁰¹ Dig. L. XVI, 41. Cicerón (2001) “Pro Cecina.” En *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano*. Madrid: Edisofer SL.

³⁰² No se limita a nuestro patrimonio, como “pecunia,” sino que comprende también lo extrapatrimonial (L. XVI. 5), que pertenece a todo contrato y obligación, que no incluye las sagradas, ni las religiosas ni las destinadas a usos públicos (17), unas se hacen, otras se gestionan y otras se contratan y que “gestionado” significa cosa hecha sin palabras (19), que en que en la palabra restituir (que no es lo mismo que exhibir) se comprenden muchas cosas (22) como las causas y los derechos (23), que como bienes comprende no solo las que están bajo nuestro dominio sino también las que fueron poseídas de buena fe o superficiarias, al igual que todo lo que corresponde a las acciones, las peticiones y las acciones persecutorias (49), que mercancía es cosa mueble (66), que restituir rectamente “esta cosa” comprende los frutos (73), que con la denominación cosas “mías” o “tuyas” se comprenden las acciones, que nadie puede hacer al mismo tiempo dos “cosas” (acciones) contrapuestas (124), que una cosa es la pena y otra el fraude (131) o prometer que no es ladrón y estar libre de hurto y de noxa (174); indiferencia entre cuánto valiere y cuánto parece que vale esta cosa (179); familia se aplica a las cosas y las personas (195); bienes denota cierta universalidad no cosas particulares; equivalencia de cantidad y estimación (232); significación de llevar, transportar y conducir cosas (235); significado de restituir una cosa. Gaius (1993). *Instituta*. Traducción de A. Di Pietro. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³⁰³ Cfr: Cossio, Carlos (1987). *Radiografía de la Teoría Ecológica*. Buenos Aires: Editorial Depalma. B

Kalinowski, Georges (1980). “Loi juridique et loi logique?” En *Archives Philosophie du Droit*. N° 25.

un enunciado jurídico no es un mero sonido, es una “res”, una re-alidad cognoscitiva.³⁰⁴ No por casualidad, “res” es palíndrome de “ser”.

Es una característica del lenguaje tornarse abstracto, pero abstracción no quiere decir que el contenido de una expresión se vaya difuminando, disolviendo hasta convertirse en un puro y muchas veces seductor sonido convencional a gusto del emisor. Aldo Schiavone,³⁰⁵ al comentar sobre la estructura “diairética” (de diairesis: separación por géneros y especies) dice: “Descubrimos de hecho cómo la estructura diairética requería siempre, en toda aplicación, un presupuesto esencial: la conquista de un alto nivel de abstracción respecto de los conocimientos encuadrados en ella. Sería imposible disponer por géneros y especies a los caballos, o las cualidades del orador, si no se poseyera una idea general de la ‘caballerosidad’ o de la oratoria y esto también debía valer necesariamente para las nociones jurídicas, la descomposición de sus elementos constitutivos suponía siempre la abstracción de los conceptos desde los cuales partía”. Desde Platón a Aristóteles, la Stoa y el enciclopedismo helénico “la abstracción era siempre un presupuesto lógico e histórico respecto a la diairética”. Según el autor, en el saber romano esta condición no se daba por descontada hasta la aparición del gran Quinto Mucio Scévola (140-82 a. C.). Cuando el legislador sanciona una norma, regula cierta conducta no a su antojo sino operando el razonamiento práctico prudencial (*recta ratio*) en función de ciertos valores relevantes en una sociedad (ética) con una finalidad (bien común). Evidente es entonces que el contenido de la norma no es una mera ocurrencia graciosa del legislador sino algo fundamentado, sea en principios autoevidentes, sea en razones argumentativamente demostrables. Según las circunstancias del caso, el arbitrio del legislador puede ser muy amplio, amplísimo, pero siempre, a más de la condición formal de igual aplicación a los casos de iguales, ha de resguardar la condición visceral de mantener una cierta proporción en las relaciones bilaterales que resultan del reparto de los bienes y cargas de la sociedad, aun en los casos en que las opciones son en principio indiferentes (circular por la izquierda o la derecha, plazo para apelar, etc.). La preferencia y decisión por una u otra es fruto de un acto de

³⁰⁴ Massini-Correas, Carlos (1994). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, cap. II.

³⁰⁵ Schiavone, Aldo (2009). *IUS. La invención del derecho en Occidente*. Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, cap. 12: “Abstracción y Formalismo”.

conocimiento “al menos para descubrir la necesidad de la exigencia de una norma monádica para regular esa actividad, así como el alcance y sentido de la alternativa entre las regulaciones posibles”.³⁰⁶ Entonces el contenido de ese acto no es un “*flatus vocis*” sino una “cosa”, una “*res*” contorneada de debida proporcionalidad, que se desprende de la subjetividad y el acto psíquico del legislador y adquiere una existencia objetiva, una entidad intencional o cognoscitiva, susceptible quizá de alguna interpretación pero no cualquiera a libre discrecionalidad. Convencional no es “cualquier cosa”, la norma no solo debe ser legal sino también legítima y la legitimidad requiere suficiente justificación. Jürgen Habermas, no obstante su enfoque del derecho desde el “giro lingüístico” señala: “Las normas morales válidas son ‘correctas’ en el sentido de justas. Las normas jurídicas válidas concuerdan, ciertamente, con las normas morales, pero además son ‘legítimas’ en el sentido de que, allende eso, expresan una autocomprensión auténtica de la comunidad jurídica, un equitativo tener en cuenta todos los intereses y valores distribuidos en ellas, así como la elección racional (con arreglo a fines) de estrategias y medios”.³⁰⁷ Todo este proceso racional que in-forma la formación jurídica lejos está de una mera estructura lingüística construida artificialmente. Por lo contrario, encarna en la significación de la norma una densidad cognitiva objetivamente inteligible.

Las normas no son, dice Massini-Correas, exponer las ideas al respecto del autor polaco citado supra:

1) meras locuciones lingüísticas; ni 2) simples entes de pura razón sin fundamento alguno en la realidad; ni 3) la sola expresión de sentimientos, como podrían ser gritos o gemidos. Por el contrario, cuando nos topamos con una norma –en nuestro caso una norma jurídica– estamos frente a la expresión racional de un juicio normativo, es decir, frente a una proposición deóntico-normativa que tiene en sí misma una existencia intencional, o sea aquella que compete a las realidades cognoscitivas; sea a nuestros conocimientos como en el caso de la proposición que describe la estructura de una molécula, o prácticos: como el caso de la proposición normativa que establece el deber de respetar la propiedad ajena. Pero en cualquier caso se tratará de una realidad inmaterial, que no es tampoco el acto psicológico que la produce, ni el

³⁰⁶ Kalinowski, Georges (1980). “Loi juridique et loi logique”. En *Archives Philosophie du Droit*. N° 25.

³⁰⁷ Habermas, Jürgen (1998). *Facticidad y Validez*. Madrid: Editorial Trotta, págs. 223/4.

hábito por el que la tenemos presente de modo usual en el entendimiento, sino su contenido, aquello que esos actos o hábitos tienen por objeto y conforme a lo cual debemos ordenar nuestra conducta para que ella resulte “derecha”.³⁰⁸

En el proceso de aplicación tampoco reina una arbitrariedad desembrada al son de las palabras. El juez y las partes “concernidos” en torno a la “res litigiosa” y ejercitando el “arte de lo bueno y lo equitativo” han de hallar, hacer aparecer (*pro-ducere*) la “*ipsa res iusta*”, que, a la luz de la norma, a veces luce patente y muchas otras latente, como a la espera del parto, en la misma causa.

El mismo Kelsen nos dice que “considerado en su aspecto exterior, un hecho es siempre un fenómeno que se desenvuelve en el espacio y en el tiempo y es perceptible por los sentidos, pero cuando se trata de un hecho creador de una norma, su significación objetiva no es perceptible por los sentidos: dicha significación es el resultado de una interpretación, es decir, de una operación intelectual”.³⁰⁹ Pero, como para el autor todos los conceptos son convencionales y la justicia es una idea irracional, la interpretación podría hacer turismo verbal por distintos niveles de lo normado hasta convertirlo en palabras al viento.

El jurista romano no podría contemplar el derecho como pura norma ni el “*ius*” como mero nombre, “*flatus vocis*”. En tanto norma, el “*ius*” es ley, regla, precepto común al que debe obedecerse. Tomamos “*lex*” en sentido amplio, como el ámbito normativo distinto de las respuestas y sentencias de los juristas.³¹⁰ En efecto, no podría porque “*in his quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris*”³¹¹ (“En aquello que está constituido contra la razón del derecho, no podemos seguir la regla del derecho”). Ocurre que “*regula est, quae rem, qua eest, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quoddest, regula fiat*”³¹² (“Regla es la que exponer brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho

³⁰⁸ Op. cit. págs. 51 y 52.

³⁰⁹ Kelsen, Hans (1960). *Teoría Pura del Derecho*. Traducción de M. Nilve. Buenos Aires: Editorial Losada, cap. I, 3b.

³¹⁰ Di Pietro, Alfredo (1986) “Significado y papel de la ley en Roma.” En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. N° 6. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

³¹¹ Dig. I. III, 15.

³¹² Dig. L. XVII, 1.

que hay”, del Corral). Quizá podría mejor traducirse por “lo que es derecho”. ¿Cuál es la “*ratio iuris*” contra la que no se puede avanzar y el “*ius*” del que se extrae la regla? ¿Es la nuda norma por la norma o la norma in-formada por el “*ison*”, la equidad a la que sobre todo en el derecho ha de rendirse tributo?

No es sostenible que esta “cosa” a la que se refiere el *nomen* “*ius*”, que el dador de la norma intenta reflejar y establecer y en torno a la cual en la “res litigiosa” el juez, las partes y los auxiliares están todos “concernidos” para hallarla, develarla, ponerla de manifiesto, sea para el jurista romano una percusión, un sonido o un constructo meramente convencional. Convoquemos a Alfeno en defensa de nuestro argumento: el *ius* no está en lo que decimos sino “en la causa” (*ius positum in causa*) donde hay que buscarlo, porque el *ius* se origina en el hecho (*ex facto ius oritur*, dice Baldo), en algo real, no en meras sonidos y palabras.³¹³ “Causa” y “cosa” “pertenecen a la misma familia. Dicen lograr la solución sobre todo en la realidad del ser, más que a partir de la norma. (...) Los contratos o las sociedades, no constituían para los romanos —como nos sucede a nosotros, hijos del nominalismo de abstracciones puras— construcciones artificiales del espíritu humano, sino cosas, hechos sociales, relaciones de negocios, en las que su busca el derecho que los regule”.³¹⁴

“*Cui pecudum fibrae parent*”: desentrañar las vísceras de la víctima, dice Virgilio.³¹⁵ Cuando en la fórmula se difiere la solución al “*si paret*” del juez, no se la libra al puro arbitrio, a lo que *le parece* o “le suena”, sino a lo que *se le aparece* con evidencia de “*ius*” (lo justo) desentrañando las vísceras de la causa. Porque “*verbum oportere non ad facultatem iudicis pertinet, qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur*”³¹⁶ (“La palabra conviene no se refiere a la facultad del juez que puede condenar en más o en menos, sino a la verdad”). Verdad que es “*adequatio res et intellectu*”.

Un ente, una “res”, alcanza su plenitud ontológica cuando cumple acabadamente su “forma”; si no la logra, padece un de-fecto, se encuentra “de-formada”. Una de las tantas manifestaciones de la visión “*ligh*” de la cultura de nuestros días consiste en la de- o mal-formación de las palabras para licuar

³¹³ Dig. IX, 2, 52, 2.

³¹⁴ Villey, Michel (1996). “La naturaleza de las cosas”; en Massini-Correas, Carlos (compilador). *Iusnaturalismo Actual*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, pág.459 y 460.

³¹⁵ Geórgicas.

³¹⁶ Dig. L. XVI, 37.

sus significaciones reales. Así, por ejemplo, se habla de bebidas alcohólicas sin alcohol, café descafeinado, o de una moral indolora, sin reglas, etc. Desde nuestro mirador podríamos aportar una larga lista: democracia sin libertades, república sin instituciones, derechos sin obligaciones, etc. El genial Macedonio Fernández se refería en estos casos a “las cosas sin ellas”, parecen ser ellas, pero les falta ser ellas mismas. Una pregunta cabe para cerrar esta exposición: una pura norma sin el componente sustancial del “*ius*”, ¿sería para el jurista romano una “cosa sin ella”? Creo poder fundar una respuesta afirmativa en las fuentes: “*Res ‘habesse’ videntur, us Sabinus ait, et Pedius probat, etiam haec, quarum corpus manet, forma mutata est; et ideo si corruptae redditae sint, veltransfiguratae, videre abesse, quoniam plerumque plus est in manus pretio, quam in re*” (“Se ‘considera que faltan las cosas’, como dice Sabino, y aprueba Pedio, aun aquellas cuya materia subsiste, pero cuya forma fue cambiada; y por tanto, si hubieren sido devueltas alteradas o transformadas, se consideran que faltan, porque muchas veces importa más la mano de obra que la cosa”). Para nuestro jurista la cosa de-formada es una cosa “que falta”, cosa sin la cosa. La regla que expone brevemente la cosa es, dice Sabino, como un compendio de la causa “*quae, simul quum in aliquo vitata est, perdit officium suum*” (“que tan pronto como es viciada en algo pierde su eficacia”, del Corral), su sentido, su función normativa,³¹⁷ no es una “cosa” que semánticamente merezca nominación jurídica, tal vez se nos haya convertido en un “*flatusvocis*”.

Para concluir, valga acordar con Alain Supiot que, luego de revisar distintas interpretaciones de la dogmática jurídica, enfatiza: “El hecho de que estos proyectos hayan fracasado finalmente muestra la vanidad de las teorías que hoy pretenden explicar el derecho prescindiendo de la idea de justicia”.³¹⁸

Aclaración del autor: Al mencionar a Kelsen como ejemplo de la formalidad nominalista, lo hago exclusivamente en cuanto circunscribe el orden jurídico a un enfoque puramente metodológico, que, por otra parte, merece ser tenido en alta consideración porque ha contribuido magistralmente a despejar muchos malentendidos en la teoría jurídica. Pero, no participo de la errónea imputación que se suele formularle en cuanto su presunta indiferencia por la

³¹⁷ Dig. L. XVI, 13; L. XVII, 1.

³¹⁸ Supiot, Alain (2007). *Homo iuridicus*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores, pág.24.

justicia o que deba obedecerse cualquier aberración como derecho. “Justicia es felicidad social”;³¹⁹ “Puesto que la ciencia es mi profesión y, por lo tanto, lo más importante de mi vida, la justicia es para mi aquello bajo cuya protección puede florecer la ciencia y, junto con la ciencia, la verdad y la sinceridad. Es la justicia de la paz, la justicia de la democracia, la justicia de la tolerancia”;³²⁰ “Así para una teoría objetivista el concepto de derecho es idéntico con el concepto del derecho internacional y, justamente por esto, a la vez, un concepto ético”, traduce sus palabras E. A. Ferraro en un excelente y recomendable trabajo en el que aclara que el patrocinio de Kelsen a una severa neutralidad valorativa tuvo una fundada motivación en la coyuntura histórica que le tocó vivir.³²¹

³¹⁹ *Teoría Gral. del Derecho y el Estado*, op. cit. pág. 7.

³²⁰ Kelsen, Hans (1981). *Qué es la justicia*. Buenos Aires: Editorial Leviatán.

³²¹ Cfr: Ferraro, A. E. (1999). “Límites de la moral en la reforma de la Constitución.” En *Revista Latinoamericana de Filosofía*. Vol. XXV, n° 2. Buenos Aires.

