

VERSION SUBJETIVISTA Y REALISTA DE LOS LLAMADOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LA PERSONALIDAD O ESENCIALES DEL HOMBRE *

1. *Introducción*

El tema que nos ocupa ha sido estudiado desde el campo de la filosofía política y jurídica, como así también desde el derecho positivo, aunque en este último caso se encuentran irremediablemente subyacentes aquellas conclusiones filosóficas. La denominación misma del problema muestra una gran diversidad, así se ha hablado de *jus in se ipsum* (derechos sobre la propia persona) por Gómez de Amesqua; la Escuela Racionalista del Derecho Natural los llamó derechos naturales; y desde perspectivas más jurídicas se los denomina: derechos fundamentales o primordiales (Carbonnier); derechos sobre el propio hombre (Carnelutti); derechos esenciales de la Persona (Castán); y modernamente se ha generalizado el nombre derechos personalísimos o de la personalidad.¹

La actualidad del tema en estos tiempos de falsos o desorbitados humanismos, resulta obvia, no sólo en relación a los ámbitos tribunales, sino también como tema preferido de organismos internacionales y de medios de comunicación masiva.

La mayoría de los autores coinciden, en cuanto a su naturaleza jurídica, que se trata técnicamente de derechos subjetivos innatos y vitalicios, que tienen por objeto manifestaciones interiores de la persona; agregando entre sus características el de ser inherentes al hombre, extrapatrimoniales, necesarios, absolutos, relativamente disponibles, autónomos, etc. Su consagración normativa originaria se estableció por vía constitucional, es decir, en el ámbito del derecho público, pero las modernas reformas a los antiguos Códigos de dere-

* Trabajo presentado en el Primer Congreso Mundial de Filosofía Cristiana, celebrado en Embalse, Córdoba, Argentina desde el 21 al 27-X-1979.

¹ Una de las obras jurídicas editadas en nuestro país más completa lo constituye SANTOS CIFUENTES, *Los Derechos Personalísimos*, Ed. Lerner, Córdoba, 1974.

cho privado de corte patrimonialistas, han ido incorporando los aludidos derechos de la personalidad.²

Aun cuando se han dado variadas clasificaciones de dichos derechos, en general se coincide en los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y a la integridad espiritual (incluyendo en éstos el derecho a la intimidad, a la imagen y al honor).

Nos parece indudable que la elaboración doctrinaria de los aludidos derechos, fue una aplicación del subjetivismo jurídico, que hace del derecho subjetivo el analogado principal del derecho. Históricamente se comprueba que al constituirse la noción moderna del derecho subjetivo, llevaba en germen la expansión creciente y descontrolada de los derechos individuales en cuestión. Esta afirmación nos exige historiar sintéticamente la gestación y evolución del concepto de derecho subjetivo, para luego estudiar la proyección del subjetivismo jurídico como derechos de la personalidad.

2. Origen y desarrollo del subjetivismo jurídico

Mientras que Urdanoz, Hering, Rommen, y Merkelbach estiman que Santo Tomás de Aquino conocía y empleó el término derecho como facultad jurídica, otros lo niegan con mayor o menor rigorismo, tales como Lachance, Lottin, Lehu, Von Overbeke, Bouvier, Simon, Lumbreras y Villey, este último terminantemente afirma: "Es muy errado lo que ciertos tomistas han pretendido de que Santo Tomás conocía el sentido subjetivo de la palabra jus, sobre lo que no pueden aportar pruebas".³

"De justitia et jure" (1593) de Luis de Molina fue traducido por Manuel Fraga de Iribarne con el título "Los seis libros de la justicia y el derecho", y en el discurso preliminar señala: (en) "...Molina, el teólogo del libre albedrío, el sistema de la justicia y el derecho sólo se puede asentar sobre la base de los derechos subjetivos". Arturo Cuevillas en la misma senda tiene un artículo precisamente titulado: "Luis de Molina: el creador de la idea del derecho subjetivo".

Giocelle Solari, dice que la doctrina del derecho subjetivo o sea de los derechos innatos "fue elaborada por los iusnaturalistas siguiendo las ideas de Descartes", se refiere, siguiendo a Jellinek, a la Escuela protestante del Derecho Natural.

² Ver ALEJANDRO GUZMÁN BRITOS, *La fijación del derecho*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1977.

³ MICHEL VILLEY, *Estudios en torno a la noción de Derecho Subjetivo*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Chile, 1976, pág. 168.

Sin embargo, estimamos suficientemente convincentes los estudios realizados por Villey, Lagarde y Folgado⁴ entre otros, en donde se logra demostrar que correspondió a Guillermo de Occam la primera elaboración teórica del derecho subjetivo. Este monje franciscano, cuya vida se extiende durante la primera mitad del siglo XIV se ve envuelto en la famosa controversia que protagonizará su orden con el Papa Juan XXII, en la que los franciscanos, pretendiendo ser fieles al mandato de pobreza de su fundador, reclaman el privilegio de no poseer ningún derecho subjetivo.

A través principalmente de dos obras "Opus nonaginta dierum" (1333) y "Breviloquium de principatu tyrannico" (1341), expone Occam de manera orgánica, precisa y sistemática la tesis común de los franciscanos espiritualistas; y así *jus* o derecho se definirá "poder lícito —de obrar, usar, disponer, ordenar, etc.— del que nadie debe ser privado contra su voluntad si no existe culpa o causa razonable; con facultad, si lo fuese injustamente, de defenderlo y vindicarlo". Se concreta así una ruptura con la tradición jurídica que definía al derecho como "lo justo", que iniciara Aristóteles, completara prácticamente el derecho romano, y lograra con Santo Tomás su mayor perfección teórica.

Lo jurídico en Occam se explica desde la noción de poder; su origen último descansa en el derecho subjetivo de Dios, y a partir de esta potestad absoluta se derivan los llamados *jura poli* (poderes concedidos por Dios a cada uno de los hombres y previstos de sanción) y los *jura fori* (poderes engendrados por el derecho positivo humano). Tanto el orden natural y sobrenatural para Dios, como el orden jurídico positivo para el legislador humano es puro albedrío; el campo de éste es lo indiferente desde el punto de vista de la ley divina y del derecho natural *primo modo*, y se extiende en definitiva a todo lo que no mande o prohíba el precepto divino. El derecho se divide en divino y humano, y ambos se subdividen en positivo y natural. El autor del derecho divino-positivo, divino-natural y humano-natural es Dios; éstos derechos se definen como "decreto libérrimo de la divina voluntad"; es decir en Occam no hay propiamente naturaleza, no hay bien ni mal en sí, sólo hay decreto de la divinidad que hace arbitrariamente que lo ordenado sea bueno y lo prohibido malo.

La caracterización que realiza Occam del derecho desde el derecho subjetivo es una consecuencia lógica de las particularidades de su filosofía, o sea de su nominalismo e individualismo, de la ausencia

⁴ AVELINO FOLGADO, "Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo" en *Anuario Jurídico Curialense*, Nº 1, 1960, Madrid.

⁵ ETIENNE GILSON, *La Filosofía en la Edad Media*, Ed. Gredos, Madrid, 1965, pág. 592.

del orden natural y de la construcción de un orden moral y jurídico sustentado en la voluntad divina y humana, y de la actitud antimetafísica y empirista. Es que si bien, como dice Gilson, Duns Escoto es "el primer filósofo en quien se manifiesta el espíritu del siglo XVI",⁶ agreguemos con Julián Marías que "todo lo que está apuntado en Escoto está extremado en Occam".⁶

De este modo, sobre las bases del voluntarismo, individualismo y nominalismo aparece el concepto de derecho subjetivo, que conquistará durante los siglos XIV, XV y XVI la mayor parte de las universidades europeas, en donde enseñarán moderni y voluntaristas como Juan de Gerson (1363-1429), Juan Mayr (1469-1550) y Jacobo Almain, y también antiqui e intelectualistas entre los que se destacan Conrado Summenhart (1450-1502) y Juan Driedo (1480-1535).

Señalamos algunas breves referencias sobre estos autores de transición y divulgadores del subjetivismo jurídico. Gerson, que llegará a ser Canciller de la Universidad de París y que es incluido por Francisco Suárez entre los gravissimos scriptores que tuvo por guías para su tratado *De Legibus* (1612), precisará que jus o derecho es el "poder o facultad actual atribuida a alguien por dictamen de la recta razón", destacando al respecto Villey que "esta es, en adelante, la doctrina corriente de la Escolástica".

Summenhart, profesor y Decano de la Facultad de Teología de Tubinga, pondrá de relieve el doble sentido de jus, como lex y como facultad o poder, llegando a utilizar a jus como equivalente de dominio. El escocés Juan Mayr, llamado en su tiempo "príncipe de los teólogos de París", insiste en esta identificación entre derecho y dominio.

Finalmente, las ideas expuestas por Juan Driedo en *De libertate christiana* estarán presentes en Suárez, que lo menciona entre los gravissimos scriptores y Vitoria lo llamará auctor optimus y egregius doctor.

En esta sintética historia de la consagración desordenada de la facultad jurídica, corresponde mencionar a la Escuela Teológica española del siglo XVI y primera mitad del XVII. El fundador de la llamada segunda escolástica será el dominico Francisco Vitoria en la Universidad de Salamanca, y sus seguidores más representativos son en su origen Domingo de Soto, los agustinos Pedro de Aragón y Miguel Bartolomé Salón, y los jesuitas Luis de Molina y Francisco Suárez. A instancia de esta poderosa e influyente Escuela, y luego de

⁶ JULIÁN MARIAS, *Historia de la Filosofía*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1964, pág. 180.

tres siglos de ignorancia, se restablecerán como textos las "Sumas" de Santo Tomás de Aquino, aunque se estudiaran y enseñaran con gran parte de las categorías del humanismo renacentista. Es que aquellos autores son hijos del antropocentrismo de su tiempo y sus preocupaciones fundamentales serán la libertad, dignidad, responsabilidad e intervención del hombre en la historia. Subyace en sus teorías y afirmaciones una sobrevaloración de la capacidad transformadora y creadora de la voluntad humana en la realidad social.

Aun cuando Vitoria no puede identificarse a Suárez, empleará la caracterización del derecho como derecho subjetivo, y así siguiendo a Gerson lo definirá como "lo que se puede, lo que se puede según la ley, es decir, lo que es lícito por las leyes".

Pero a los fines del presente trabajo no caben dudas que Suárez es con Occam el otro hito fundamental en la evolución del subjetivismo jurídico, principalmente por la trascendencia de su doctrina. Julián Marías afirma que "*Disputaciones metafísicas* servirá de texto durante los siglos XVII y XVIII en multitud de universidades europeas, incluso protestantes; Descartes, Leibniz, Grocio, los idealistas alemanes, las han conocido y utilizado. Puede decirse que Europa, durante dos siglos, ha aprendido metafísica en Suárez...".⁷ Además de esta influencia directa, se comprueba otra indirecta a través del llamado Doctor eximius de la Escuela Racionalista del Derecho Natural, Hugo Gocio, que llega a calificar a Suárez de "teólogo y filósofo de una profundidad que apenas tiene igual".

Suárez, en su "Tratado de las leyes y de Dios legislador", bajo el inequívoco y elocuente título de "Significado propio de la palabra derecho", afirma que "Según el último y más estricto significado de derecho, con toda propiedad suele llamarse derecho al poder moral que cada uno tiene sobre lo suyo o sobre lo que se le debe; así se dice que el dueño de una casa tiene derecho sobre la casa y que un obrero tiene derecho al salario, por razón de lo cual se dice que es digno de una recompensa".

El voluntarismo suareciano queda patentizado en su concepción de la ley; ésta deja de ser como en Santo Tomás "una ordenación de la razón dirigida al bien común", y el lugar de la razón lo toma la voluntad, pues en Suárez es el imperium el acto propio de la ley, lo fundamental es que emane de un órgano soberano, que expresa la voluntad imperativa del órgano y que además sea ejecutable por la fuerza del poder público. Como explica el padre André Vincent, la supremacía del derecho natural sobre el positivo no es, conforme

⁷ *Ibid.*, pág. 208.

a la doctrina tomista, fundada en la supremacía intrínseca de la razón sobre la voluntad, sino que en Suárez se motiva en la superioridad de la voluntad divina —conformadora de la ley natural— sobre la voluntad humana, creadora de la ley positiva.⁸ Lachance confirma que “Suárez influenciado sin duda por las doctrinas exageradas de Molina, sobre la libertad humana, y confundiendo la dirección pasiva de la voluntad hacia el fin o la atracción que ella experimenta, con la directiva activa que imprime la inteligencia hacia ese fin, escribirá que la dirección, la orden, la regulación pertenecen a la voluntad”, destacando además la influencia de Driedo en Suárez.⁹

3. *Formulación doctrinaria explícita de los derechos subjetivos de la personalidad*

Llegamos al siglo XVII, que al igual que el XIV, son siglos revolucionarios en el plano de las ideas filosóficas y jusfilosóficas; es que en aquel siglo no sólo estará Suárez y gran parte de los representantes de la Escuela Racionalista del Derecho Natural (Grocio, Hobbes, Locke, Pufendorf, etc.), sino que además los juristas destacan que en 1609 en la obra “*Tractatus de potestate in se ipsum*” del toledano Baltazar Gómez de Amesqua aparece el primer antecedente concreto y explícito de elaboración doctrinaria sobre los derechos de la personalidad.

Aquella obra de Gómez de Amesqua pretende ser un tratado de la potestas, facultas o jus in se ipsum, o sea de aquellos derechos que la persona tiene sobre sí mismo; para decirlo con palabras del autor: “ya por ley de la naturaleza, o por los preceptos de los derechos civil, canónico y regio, todo hombre tiene una potestas in se ipsum, en los límites establecidos por la ley”, en síntesis, tratará de los derechos que tiene toda persona de hacer de sí mismo lo que quiera, salvo lo prohibido por la ley. Las 480 páginas que comprende la obra en cuestión, se agrupan en dos partes cada una con 24 capítulos, y en ella analizará cuestiones generales, pero fundamentalmente cuestiones prácticas; así por ejemplo hablará del suicidio, si es lícito abstenerse de comer, de rehusar la medicina, si se puede desear la muerte, si pudiendo huir es lícito quedarse en la cárcel, etc.

Los autores que se han encargado de estudiar la historia de los derechos de la personalidad, después de Gómez de Amesqua se refieren al alemán Samuel Stryk, Decano de Wittemberg y Rector de la Universidad de Halle, que en 1675 pronuncia una conferencia y la

⁸ ANDRÉ VINCENT, *Génesis y desarrollo del voluntarismo jurídico*, Ed. Gherzi, Buenos Aires, 1978, pág. 24.

⁹ LOUIS LACHANCE, *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 316.

titula "De jure hominis in se ipsum", dividida en cinco capítulos: En el 1º "De jure in se ipsum obligandi", establece que el derecho sobre sí mismo es la libertad; en el 2º "De jure hominis in animam" se refiere a las facultades concedidas por la celeste indulgencia, al juramento y los votos; en el 3º "De jure hominis in vitam" habla del derecho del hombre sobre su vida, la legítima defensa y el estado de necesidad; los capítulos 4º y 5º se denominan, respectivamente, "De jure hominis in corpus" y "De jure hominis in famam".

Estos autores cumplieron la tarea de traducir al campo propiamente jurídico práctico las enseñanzas que en torno al concepto de derecho subjetivo se habían ido imponiendo en Europa desde Occam hasta la Escolástica española, pero sin duda que el subjetivismo y voluntarismo jurídico logrará su pleno desarrollo doctrinario y su triunfo social y político con la llamada Escuela racionalista o protestante del Derecho Natural que imperará de un modo casi unánime en las Universidades europeas durante los siglos XVII y XVIII.

En Grocio, el fundador de la Escuela, aparece el método idealista que unos años después perfeccionará Descartes, al afirmar que "como los matemáticos... al explicar el derecho liberaré mis pensamientos de la consideración de todo hecho particular". Queda así definitivamente roto el realismo gnoseológico de la *adaequatio intellectus et rei*, el conocimiento será tarea exclusiva de la razón, y el derecho nada tiene que ver con el conocimiento práctico y el juicio prudencial. La justicia en Grocio es algo interior al hombre y de definición negativa, pues "...consiste únicamente en abstenerse de lo que pertenece a otro". La ruptura entre razón y voluntad que en Kant alcanzara su más acabada culminación, se comprueba en Grocio al distinguir entre el Derecho Natural que llamará Derecho Racional, y el Derecho Positivo que denominará Derecho Voluntario.

Pero lo que queremos destacar es que el sistema de Grocio se construye a partir del derecho subjetivo. El derecho en sentido estricto y propio es facultad jurídica, distinguiendo una serie de potestas: potestas in se: libertad; potestas in alios: por ejemplo el poder paternal; y potestas in re-dominium. Si bien el "querer" vivir en sociedad fundamenta la ciencia de Grocio, el voluntarismo alcanza a toda obligación, ésta siempre se genera de un modo expreso o tácito en el consentimiento, y el hombre debe cumplir sagradamente con lo prometido. De las distintas potestates grocianas, se destaca la propiedad, como dice Villey "más que de todos los sistemas modernos, se puede extraer del "Tratado de la Guerra y de la Paz" una sustancial teoría de la propiedad".¹⁰

¹⁰ MICHEL VILLEY, *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Ed. Chersi, Buenos Aires, 1978, pág. 25.

Ese mismo profesor de la Universidad de París ha señalado que el derecho subjetivo es "el vocablo maestro del derecho moderno", agregando que "más que ningún otro, Hobbes ha sido su filósofo".¹¹ Hobbes llevará el voluntarismo e individualismo de Grocio a un nivel sensiblemente superior; y así todo el proceso de creación jurídica se deduce del derecho subjetivo, no hay más derecho que el voluntario, y su fundamento último es el deseo de vivir haciendo cuanto uno quiere, en aras del cual se constituirá el Estado absoluto.

El ideólogo del liberalismo individualista, es Locke, pues en la base de su sistema encontramos los sagrados derechos naturales, subjetivos y privados a la vida, a la salud, a la libertad y a la propiedad. Su mayor originalidad es haberlos sustraído a éstos del poder del Estado y de la ley; el contrato social tiene por fin garantizar su ejercicio y existencia. Locke funda la propiedad sobre las cosas, desde la propiedad sobre la propia persona.

La culminación del voluntarismo e individualismo será Juan Jacobo Rousseau, y la palabra clave para entender su teoría es libertad. El problema que se propone estudiar en el *Contrato Social* es que "El hombre en todas partes ha nacido libre, y vive sin embargo amarrado", agregando que "el orden social... no proviene de la naturaleza, pues está fundado en meras convenciones".

Hemos hecho el desarrollo histórico del subjetivismo jurídico en donde todo el orden social y jurídico se explica desde el individuo aislado y solitario, fruto de una razón ciega al ser, el que es definido por los derechos subjetivos y su felicidad dependerá exclusivamente del respeto a esos derechos absolutos, fundamentalmente la libertad y la propiedad. La Asamblea Nacional francesa, al sancionar el 26-7-1789 la "Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano", va a garantizar el triunfo político y publicista de aquella corriente. La claridad y elocuencia de algunos de sus párrafos nos exime de comentarios, así dice aquélla: "Considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del Hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer en una Declaración solemne los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... Art. 1º: Los hombres nacen y viven libres e iguales en derechos... Art. 2º: El fin de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión... Art. 4º: La libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a otro. Así, el ejercicio

¹¹ MICHEL VILLEY, en *Estudios en torno...*, ob. cit., pág. 195.

de los derechos naturales de cada hombre no tiene más límites que... el goce de los mismos derechos". Sin duda un documento de clara ortodoxia individualista, ignorante de las exigencias sociales, y en donde el hombre aparece caracterizado por una libertad desencarnada y disolvente.

4. *Los derechos subjetivos de la personalidad en la concepción jurídica tomista*

Muchas veces la doctrina intenta mostrar que gracias a esos autores de los siglos XVII y XVIII, y al triunfo de la causa de la Revolución francesa, se logró el reconocimiento del valor de la vida, la libertad, de los bienes espirituales y materiales del hombre; derrumbándose en consecuencia, esa noche oscura de la Edad Media dominada por la Iglesia a través de la Inquisición. No es nuestro propósito defender la Edad Media y mucho menos negar la importancia de la vida, la libertad y de los bienes del hombre; sólo nos proponemos mostrar que Santo Tomás, tras los pasos del realismo aristotélico, reconoció y valoró esas realidades que modernamente se denominan derechos subjetivos esenciales o de la personalidad, en el marco del orden teleológico y valorativo del ser, y de la caracterización del derecho como término análogo y definido como la ipsa res justa (la misma cosa justa).¹²

La voz derecho, según lo destaca Santo Tomás en la "Suma Teológica" c. 57 a. 1 de la II-II, tiene distintas acepciones, y de ellas la que designa la cosa justa es la propia y formal, o sea el analogado principal; mientras que las otras acepciones serán derivadas o analogados secundarios, quedando legitimado el uso del vocablo en la medida que la realidad a la que llamamos jurídica o derecho guarde relación con la cosa justa.¹³ De este modo, la facultad jurídica, o sea el derecho visto desde el sujeto, es otro analogado que existe para poner en existencia a la obra justa: el derecho subjetivo no tiene un valor autónomo, radical o absoluto, sino que su razón de ser lo determina "lo debido", y éste no tiene tal carácter porque está la facultad de exigirlo, sino que es precisamente al revés, cuento con la facultad porque determinado obrar es debido u obligatorio.

¹² Para la concepción tomista del derecho puede verse: FRANCESCO OLGIATI, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1977; GIUSEPPE GRANERIS, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, EUDEBA, Buenos Aires, 1973; VÍCTOR CATHREIN, *Filosofía del Derecho*, Ed. Reus, Madrid, 1926; TOMÁS D. CASARES, *La justicia y el derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1974; CARLOS I. MASSINI, *Sobre el realismo jurídico*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1978; y la obra citada de LOUIS LACHANCE.

¹³ Ver JESÚS GARCÍA LÓPEZ, *Estudios de Metafísica tomista*, EUNSA, Pamplona, 1976, pág. 48 y sgts.

El subjetivismo jurídico implica poner como analogado principal al derecho subjetivo, y de ahí que el carácter jurídico se adquiere por la conexión con el mismo; en esta concepción, la norma jurídica está para definir derechos subjetivos, y éstos llegan a transformarse en fines en sí mismos. Además, y según lo destaca Lachance, al definir el derecho por la facultad, se escoge una realidad potencial, dado que para que la misma logre su propósito o se concrete, se requiere el acto del sujeto obligado, cumplimentándola. Por otra parte, al calificar a la facultad como moral, al modo de Suárez, se corre el riesgo de identificar, sin las precisiones del caso, el campo de la moral con el del acto justo y el derecho.

En definitiva, para el tomismo el derecho propia y esencialmente es el objeto de la justicia, y ésta consiste en dar a cada uno lo suyo o sea su derecho. La justicia es algo segundo, presupone el derecho, pues "Si el acto de justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, es porque dicho acto supone otro precedente, por virtud del cual algo se constituye en propio de alguien" (*Suma contra Gentes*, 2, 28), y precisamente el acto justo es el que satisface el derecho del otro, cumpliendo con su débito.

"El derecho o lo justo es algo adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de las cosas... Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, por convenio privado o por convención pública" (*Suma teológica*, II-II 57, 2). Vemos aquí reflejada por Santo Tomás la doctrina aristotélica de lo justo natural y de lo justo legal, no pudiendo contradecir éste a aquél. El bien debido que satisface el acto justo, se funda en la naturaleza del ser y en orden siempre a su perfección. El acto justo es siempre una actividad exterior social y real, en donde se da lo suyo a otro hombre o a la comunidad. Lo adeudado puede ser una cosa, una acción o una abstención; y el acto justo, al margen de las intenciones del sujeto, se satisface cuando se iguala la medida de lo adeudado, por eso Santo Tomás en doctrina aristotélica insiste que la justicia es "medio real" (*Suma Teológica*, II-II, 58, 11) y que el "derecho o lo justo es lo lo igualado o medido a alguien" (*Suma Teológica*, II-II-57, 2), y en la c. 79 a. 1 afirma: "constituye alguien la igualdad de la justicia haciendo el bien, esto es dando a otro lo que se le debe. Y conserva la igualdad de la justicia ya constituida apartándose del mal, o sea no infiriendo al prójimo daño alguno".

¹⁴ LUIS RECASENS SICHES, "Los derechos humanos", en *Dianoia-Anuario de Filosofía*, 1974, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 133.

Es decir, que el acto justo es acto de igualdad geométrica o aritmética, que constituye la igualdad entre lo dado y lo debido, o que una vez constituida la conserva; para decirlo con palabras del Aquinate que de un modo especial nos interesan, la justicia rectifica las relaciones con el otro haciéndole el bien debido o evitándole hacerle el mal, que equivale a privarlo de un bien.

Sin incurrir en los excesos del subjetivismo jurídico, con la precisión que alcanzara en el siglo XVIII, hay otros autores que recurren a fundamentaciones diversas. Así, Recasens Siches en un artículo dedicado al tema sostiene que "Los derechos humanos son principios o máximas de estimativa jurídica, que se expresan como criterios supremos que deben ser obedecidos y desenvueltos prácticamente en la elaboración del derecho positivo, tanto por el legislador como por los órganos jurisdiccionales".¹⁴ Insistimos, que esa explicación la encontramos en Santo Tomás en términos de derecho natural; hemos dicho que la injusticia es retener o quitar al hombre lo que es suyo, y ese "suum" puede fundarse en la naturaleza misma de la cosa ("ex ipsa natura rei") o en una convención humana, aclarando que lo que está en contradicción con el derecho natural no puede justificarlo la voluntad humana, y el carácter de irrevocabilidad y necesidad de lo "suyo natural" deriva de la creación ("Por la creación empieza primeramente el ser creado a tener algo suyo", *Suma contra Gentes*, 2, 28).

Además recalquemos que en la doctrina tomista la justicia "tiene por misión ordenar al hombre en lo que dice relación al otro (*Suma Teológica*, II-II, 57, 1), y esta nota de alteridad que caracteriza al acto justo e injusto exige tener presente que "el otro" puede ser un hombre o una comunidad; y precisamente la justicia legal refiere al débito para el "todo social", y en la justicia distributiva que regula las relaciones de la comunidad hacia su miembro, recibiendo éste "en la medida en que debe darse a la parte lo que pertenece al todo" (II-II, 61, 2). Frente al individualismo estéril y finalmente anárquico, y frente al totalitarismo negador del bien personal, afirma el tomismo el posible y conveniente equilibrio entre lo suyo personal y lo suyo comunitario,¹⁵ destacando que la vida social es necesaria e instrumento de perfección para el hombre, que al decir de Santo Tomás "es lo más excelente de toda la naturaleza" (*Suma Teológica*, I, 29, 3).

Con los elementos recordados precedentemente del pensamiento de Santo Tomás, aludamos a las citas que más tienen que ver con el

¹⁵ Respecto a la caracterización del bien común y a su armonización con el bien personal, ver de BERNARDINO MONTEJANO, "El Fin del Estado: el Bien Común", en *Persona y Derecho*, Vol. III, 1976, Facultad de Derecho, Universidad de Navarra.

objetivo que nos hemos trazado. En la *Suma Teológica*, c. 73, a. 3 de la I-II, leemos textualmente: "hay tres clases de bien del hombre, a saber, el bien del alma, el bien del cuerpo y el bien de las cosas exteriores"; y en la c. 65 a. 3 advierte que entre los bienes del cuerpo hay de tres órdenes: 1º la integridad de la sustancia corporal, el cual se perjudica por el homicidio o por la mutilación; 2º la delectación o el reposo de los sentidos, al cual se opone la verberación o todo lo que produce sensación de dolor; y 3º el movimiento y uso de los miembros, el cual se impide por las ligaduras o encarcelación o por cualquier detención. Es decir, que vemos expuestas en el Aquinate la vida, la libertad, la integridad corporal, el honor, las cosas exteriores, etc., como bienes que realizan cierto grado de perfección y que además de ese valor implicado en sí, fundamentalmente se destacan por su carácter de instrumentos idóneos y posibilitadores de la plenificación del hombre.¹⁶

El concepto de bien es en el tomismo análogo, lejos de la univocidad platónica y del vaciamiento metafísico kantiano. La ética del realismo se asienta en el bien ontológico de todo ser; y desde el orden teleológico de la naturaleza humana —constitutivamente ética y social— afirmará el *bonum honestum*, caracterizado por el desarrollo completo y ordenado de todas las posibilidades de perfección que ofrece el ser humano. Lo que "debe ser" está inscripto en el "ser", la regla suprema de la moralidad tomista es el fin al que se encuentra ligada la naturaleza humana ("ex ultimo fine dependet tota bonitas vel malitia voluntatis", *Suma contra Gentes*, 4, 95), y esa perfección coincide con su felicidad ("est enim beatitudo ultima hominis perfectio", *Suma Teológica*, I-II, 3, 2).

La ética del tomismo es también teoría de las virtudes, pues éstas en el orden natural confieren o respetan el bien del otro (justicia), posibilitan la resistencia necesaria para afrontar las dificultades en la procura del bien (fortaleza) y controlan los apetitos concupiscibles evitando que oscurezcan la dilucidación del bien (templanza), y dirigiendo a todas y cada una de estas virtudes de la voluntad la virtud intelectual de la prudencia que permite la determinación de la medida de justicia, fortaleza y templanza en función de las circunstancias en las que se desenvuelven cada uno de los *actus humani*, "De donde resulta que la prudencia es más noble que las virtudes morales y que las mueve" (*Suma Teológica*, II-II, 47, 6).¹⁷

¹⁶ En cuanto a la ordenación de los seres materiales y de las distintas zonas del propio ser humano, y de los bienes correspondientes a cada una de ellas, puede consultarse de OCTAVIO N. DERISI, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, 1941, y *Filosofía de la Cultura y de los Valores*, Emecé Editores, Buenos Aires, 1963.

¹⁷ Para la caracterización tomista de las virtudes de la justicia y de la prudencia, ver JOSEF PIEPER, *Las virtudes fundamentales*, Madrid, 1976.

Podemos preguntarnos, en qué medida, para Santo Tomás, los bienes aludidos: vida, integridad corporal y espiritual, libertad, etc., entran al campo de lo jurídico o sea de la justicia. La respuesta está esbozada arriba; en efecto, la justicia exige que no afectemos ilícitamente los bienes constituidos, porque si de algún modo privamos al otro de los mismos estamos infiriéndole un mal o daño, que será mayor o menor según el bien afectado, y que trae aparejada la necesidad de restituir lo quitado o compensar el daño cuando no es posible la restitución; y por otra parte, la salud de la comunidad y la recuperación del dañoso funda el castigo o pena que puede llegar a imponerse. Pero digámoslo con la transcripción de la q. 61 a. 3: "la justicia tiene por objeto ciertas operaciones exteriores, es decir, la distribución y la conmutación que consisten en el uso de cosas o personas, o también obras; de las cosas, como cuando alguno quita o restituye a otro lo suyo; de las personas, como cuando alguno injuria personalmente a un hombre, como hiriéndole o afrentándole, o también cuando le demuestra reverencia; y de las obras, como cuando alguno exige de otro lo que es justo, o compensa a otro alguna obra. Si pues consideramos como materia de una y otra justicia las cosas de que son uso las operaciones, la materia de la justicia distributiva y de la conmutativa es una misma; porque las cosas pueden ser distribuidas de lo común a los particulares, y ser cambiadas de uno a otro; y también hay cierta distribución de los trabajos y recompensas si tomamos como materia de una y otra justicia las mismas acciones principales por las cuales nos servimos de las personas, cosas y operaciones; entonces hállese en una y otra diversa materia. Porque la justicia distributiva es directiva de las distribuciones; mas la conmutativa dirige los cambios que pueden ser considerados entre dos personas. De los cuales unos son involuntarios y otros voluntarios. Involuntarios, cuando alguno usa de cosa de otro o de su persona o de su obra contra su voluntad. Lo cual sucede a veces ocultamente por fraude, y otras aún claramente por la violencia. Y lo uno y lo otro tiene lugar o en la cosa o en la propia persona o conjunta. En la cosa... hurto y rapiña. En la persona propia, ya en cuanto a su existencia, ya a su dignidad. En cuanto a la existencia de una persona se la ataca hiriéndola, matándola, encarcelándola, azotándola o mutilándola. Y en cuanto a la dignidad de la persona es dañado alguno ocultamente por falsos testimonios o detracciones, por los que se le priva de su fama, o por otros medios semejantes; y manifiestamente por la acusación en juicio o llenándola de injurias..."

La persona, al decir de De Finance "presenta siempre un carácter axiológico";¹⁸ pero además la vida, la libertad, la integridad física

¹⁸ JOSEF DE FINANCE, *Ensayo sobre el obrar humano*, Ed. Gredos, Madrid, pág. 237.

y espiritual son realidades humanas que no escapan al criterio teleológico inserto en lo humano, pues su valor también guarda relación con el servicio que posibilitan para la perfección o plenitud del hombre. Aquellos bienes se juridizan en la medida en que una persona cualquiera los suprime —parcial o íntegramente— en perjuicio del titular de los mismos; y así frente a esa injusticia consistente en no conservar “la igualdad ya constituida” se exige el restablecimiento de la “igualdad”, ya sea devolviendo el bien afectado o por medio de un bien sustituto, y además la sanción del “injusto”. Es decir, que en la doctrina tomista el “suum” aparece definido conforme a un determinado “ordo” entendido con una finalidad inserta en el propio ser, y que al hombre prudencialmente le corresponde ir determinando concretamente. Sólo hay facultad jurídica para reclamar “lo propio”, “lo debido” natural o legalmente, y esa pertenencia siempre tiene por razón de ser el bien personal y el bien común. La forma especificadora de toda realidad jurídica es la justicia, y en consecuencia sólo resulta legítimo atribuirle ser jurídico a las exigencias de justicia.

De este modo a estas pertenencias o atribuciones del hombre no puede en sentido estricto conferírsele al carácter de “absolutos” o “ilimitados”. Absolutum simpliciter significa¹⁹ “lo separado desligado de cualquier cosa” o que “es por sí mismo” y es indudable que los derechos a que nos hemos referido carecen de esa nota de independencia total e incondicionalidad. Se admite pacíficamente que dadas ciertas condiciones pueden llegar a suprimírseles, como por ejemplo al delincuente que pierde su libertad, y además también sufren las exigencias o deberes hacia los otros y hacia la comunidad. De manera más radical digamos que el hombre y sus pertenencias tienen fines que dan razón de ser y al mismo tiempo justifican sus limitaciones;²⁰ la naturaleza humana explica el existir del hombre, sus posibilidades y sus obligaciones; así Leclercq afirma: “Si el hombre pretende desviar su poder de acción del fin para el que lo ha recibido, desaparece el carácter moral que hace de este poder un derecho. Ya no hay derecho, sólo hay violencia... Siempre que se reconoce un derecho al hombre, es necesario preguntarse la razón de este derecho, inquirir en qué forma ayuda al hombre a procurar su finalidad, a contribuir por su parte a la obra común del progreso... Decir que un derecho es absoluto implica solamente que este derecho es inviolable dentro de los límites que le asignan los motivos que lo justifican”.²¹

¹⁹ JOSÉ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía*, Ed. Sudamericana, Bs. As., 1969, T. I., pág. 33.

²⁰ Ver JOSÉ CORTS GRAU, *Curso de Derecho Natural*, Ed. Nacional, Madrid, 1970, pág. 310.

²¹ JACQUES LECLERCQ, *El derecho y la sociedad*, Ed. Herder, Barcelona, 1965, pág. 239.

5. Conclusiones

Saquemos para terminar algunas conclusiones que se derivan de las concepciones analizadas:

1º) Perder de vista el orden del ser y el deber ser inscripto en el mismo, y sustituirlo por el hombre como fuente inagotable de derechos: se puede así llegar a contradicciones manifiestas y a afirmaciones francamente erróneas. En efecto, por ejemplo frente al derecho a la vida se habla del derecho a la interrupción del embarazo, a la esterilización del esposo, al suicidio, etc.; y también se ha llegado a defender el derecho a la plena libertad sexual, el derecho a destruir las propiedades, etc. Es que la vida, la libertad, el cuerpo, son bienes posibilitadores de la perfección del hombre, pero también un uso contrario al orden natural, puede ocasionar la frustración como hombre o la perturbación del bien común.

2º) El subjetivismo jurídico, fiel a su base egoísta, no habla en general de deberes, y no en vano desde Grocio a Leibniz se olvida o menosprecia la justicia distributiva; es que para aquella corriente el problema del derecho es el de la libertad exterior, procurando evitar que su ejercicio acarree daño a otro. Mientras que Santo Tomás mira el derecho desde lo debido al otro o a la comunidad para el bien del hombre, en el subjetivismo jurídico se llega a concluir que lo social es una suma de libertades individuales al modo en que lo desarrolló el neokantiano de Stammler.

3º) El subjetivismo jurídico con su base racionalista y voluntarista puede degenerar en el absolutismo de Estado de Hobbes, en el liberalismo de Locke o en el anarquismo de Max Stirner. Al perder de vista el orden teleológico y jerárquico de las cosas, y que el ser es coextensivo de la verdad y el bien, se llega a negar la politicidad natural del hombre y el fin inscripto en su ser, el que se alcanza por el ejercicio de las virtudes.

4º) Los métodos deductivos y logicistas propios del voluntarismo jurídico no se armonizan con la realidad jurídica, que exige en cada caso la realización de lo justo. Para el realismo el conocimiento jurídico es obra de la razón práctica, la que es una extensión de la razón teórica, y tiene por finalidad una decisión prudencial, o sea intelectual, que precise en el caso la medida de justicia. Además, mientras que el racionalismo se maneja con hombres fuera del tiempo y del espacio, el realismo habla de los hombres de carne y hueso e integrados en determinadas comunidades históricas.

5º) Una de las causas de la teoría de los derechos de la personalidad como derechos subjetivos, responde a esa tentación que de-

riva del racionalismo jurídico, de hacer coincidir el derecho natural con el derecho positivo, olvidándose la naturaleza diferente de ambos. Es que cuando por inspiración de Thomasio se produce la ruptura irreconciliable entre derecho y moral y todo lo social se juridiza, es éste el único remedio para el desorden y para pretender conductas en el otro; como advierte De Finance "hay que rebasar la concepción individualista que sólo ve en el derecho la garantía de las libertades".²²

6º) Finalmente, vemos que el intento de explicar los derechos de la personalidad como derecho subjetivo contradice la misma caracterización científica de éstos, en efecto vemos fracasar los intentos para distinguir entre sujeto y objeto, o incurrir en argumentaciones sin consistencias.

RODOLFO LUIS VIGO (H.)

²² JOSEF DE FINANCE, *ob. cit.*, pág. 445.