

Herrera, Daniel Alejandro

*La ley natural y la persona humana como
principio y fundamento del derecho y del orden
jurídico*

Documento de cátedra

Facultad de Derecho

Este documento está disponible en la Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina, repositorio institucional desarrollado por la Biblioteca Central "San Benito Abad". Su objetivo es difundir y preservar la producción intelectual de la Institución.

La Biblioteca posee la autorización del autor y de la editorial para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Herrera, D. A. (2010). La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico [en línea]. En J. I. Pérez Cursi (coord.). *Los derechos humanos en Latinoamérica*. Buenos Aires : Educa. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/ley-natural-persona-humana-herrera.pdf> [Fecha de consulta:.....]

(Se recomienda indicar al finalizar la cita la fecha de consulta. Ej: [Fecha de consulta: 19 de agosto de 2010]).

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA ARGENTINA

FACULTAD DE DERECHO

CÁTEDRA INTERNACIONAL

“LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA”

LA LEY NATURAL Y LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPIO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO Y DEL ORDEN JURÍDICO.

Daniel Alejandro Herrera
Coordinador área Filosofía del Derecho.

1. El Problema del Principio y Fundamento.

1.1. Planteo de la cuestión.

Los temas de la ley natural y de la persona humana pueden ser abordados desde distintas disciplinas epistemológicas: Teología, Filosofía, ya sea en el plano especulativo (Antropología y Metafísica), como en el campo práctico (Filosofía moral, política, económica o jurídica, junto con los saberes particulares en cada una de estas áreas), como también desde las ciencias, donde al tratarse de temas esencialmente filosóficos, constituyen límites a los que deben ajustarse las mismas. En nuestro caso, los abordaremos en clave jurídica, o más bien filosófico jurídica, donde los veremos como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico.

La pregunta por el principio y fundamento es la pregunta filosófica por excelencia. Principio y Fundamento se refiere tanto al sostén o soporte óntico de una realidad, como al principio o fundamento a partir del cual podemos conocerla. También el derecho es algo real. Realidad humana práctica (en el orden del obrar humano) que como tal necesita ser fundada. En consecuencia la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿existe algún principio, norma o realidad en que se apoya el derecho? Si existe ¿podemos conocerlo? En otras palabras, el problema que nos ocupa nos pone frente a dos cuestiones: 1) la existencia en el orden del ser de algo que sea el sostén o soporte óntico del derecho (*principio y fundamento ontológico u óntico*); 2) la posibilidad en el orden del conocer de alcanzar una verdad o certeza en el orden de la praxis jurídica (*principio y fundamento gnoseológico o noético*)¹.

1.2. El problema del principio y fundamento en el positivismo.

Hasta la aparición del positivismo era pacíficamente aceptada la ley natural o el derecho natural como principio y fundamento del orden jurídico. Efectivamente

¹ Sobre este punto es ineludible la lectura de Georges Kalinowski: *El problema de la verdad en la moral y el derecho*, Eudeba, Bs.As., 1979.

podemos citar la noción de *Physys* griega como principio y fundamento del orden social, político y jurídico (salvo para la sofística que separaba *Physys* y *Nomos*); la división del *ius* en natural y positivo del derecho romano (que ya encontramos previamente en Aristóteles); la ley natural (cósmica) en el estoicismo y en Cicerón; la conexión y fundamentación de la ley natural en la ley eterna que encontramos en la patristica y la escolástica (especialmente en San Agustín y Santo Tomás, como también en Vitoria, Soto, Suárez, etc.); incluso el mismo derecho natural sin fundamentación sobrenatural de la escuela moderna racionalista (a partir de Grocio y su hipótesis *Etiamsi Daremus*). Es recién con Hobbes y su *Leviatán* donde empezamos a ver las bases del futuro positivismo, sin perjuicio de encontrar antecedentes cercanos en el nominalismo medieval (Ockam) o en el comienzo de la modernidad (Lutero), como también lejanos en el pensamiento sofista con la ya mencionada separación entre el orden de la *Physys* y el orden del *Nomos*.

Justamente la cuestión del principio y fundamento fue siempre el talón de Aquiles del positivismo jurídico. Efectivamente al identificar el derecho con las normas positivas (concepto moderno de derecho objetivo) y al negar la existencia de algún principio, norma o realidad suprapositiva en las que estas se apoyan y justifican racionalmente su existencia y obligatoriedad (pues sería admitir un fundamento metafísico de la realidad jurídica, incompatible con el prejuicio reduccionista propio del modo de conocer positivista), necesariamente tendrían que fundarse a sí mismas, coronando un voluntarismo arbitrario del legislador que se impone por la fuerza. No respetando de esta manera, el modo de obligarse y obedecer propio de los hombres, que exige una justificación racional.

En suma, ni los postulados ideológicos de los primeros positivistas², ni la norma fundamental supuesta de Kelsen³, ni la regla de reconocimiento de hecho o empírica de Hart⁴, ni el principio de efectividad que reconoce la mayoría del pensamiento positivista⁵ (por solo nombrar algunos de los más importantes intentos), logran superar

² Conf. La conocida división del positivismo que hace Norberto Bobbio: *ideológico, teórico y como aproximación al estudio del derecho*. En *El problema del positivismo*, Eudeba, Bs.As, 1965.

³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Bs.As, 1965

⁴ Hart, H.L.A., *EL Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As, 1977, Pág. 125 y sigtes.

⁵ Conf. Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia*, Eudeba, Bs.As. 1974. que señala el sistema normativo “se funda en el hecho de que las normas son *efectivamente* obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias”(Pág.29), por lo que se pregunta “Si la validez de un sistema de normas, en sentido amplio, significa lo que el sistema puede servir, en razón de su efectividad como un esquema de interpretación, ¿de que modo se aplica este criterio al derecho?”(Pág. 29), a lo que responde: “Solo los fenómenos jurídicos en sentido restringido –la aplicación del derecho por los tribunales- son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de las ideas generalmente aceptadas es necesario insistir que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas, debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares. Por ejemplo, si el aborto esta prohibido, el verdadero contenido del derecho consiste en una directiva para el juez, en el sentido de que éste debe, en ciertas ocasiones, imponer una pena por el aborto. Para determinar si la prohibición es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones sean descubiertas y juzgadas. Es indiferente que los súbditos acaten o desoigan con frecuencia la prohibición” (Pág.35) Conf. Kelsen, Hans y Cossio, Carlos, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, teoría ecológica y teoría pura*, Kraft, Bs.As.1952, donde ambos autores realizan un estudio comparativo de sus teorías del cual transcribimos el siguiente dialogo: “El Derecho no excluye absoluta, sino relativamente, la fuerza porque el entuerto y la sanción son fuerza por igual; pero cuando la fuerza esta ejercida por la Comunidad es sanción: la paz jurídica es un estado de monopolio de la fuerza, un monopolio de la fuerza por la

la dificultad, tornándose en una verdadera *petición de principio* que infructuosamente buscan sin poder alcanzarlo.

1.3. *El problema del principio y fundamento en el constructivismo.*

Ante el fracaso del positivismo se han alzado voces que sin caer en una postura técnicamente iusnaturalista, pretenden construir a partir de la razón práctica algunos principios supra iuspositivos, a fin de fundamentar objetiva o intersubjetivamente el orden ético y jurídico y que por lo tanto podemos englobar bajo el nombre de “constructivistas”⁶.

Entre estos intentos podemos señalar a las distintas formas de constructivismo ético-jurídico, que ante la auto proclamación de la imposibilidad de descubrir estos principios en la realidad (que solo puede ser expresada por juicios descriptivos o de realidad, pero no a través de juicios prescriptivos o normativos propios del conocimiento práctico) buscan construirlos a través de distintos caminos: 1) por el *contrato* que en algunos casos establece los principios de justicia a partir de un consenso imaginario (Rawls) o ante la imposibilidad de alcanzar un consenso real apelar a la democracia como una especie de consenso sucedáneo regimentado (Nino); 2) por el *discurso racional o argumentación* a través de la cual por medio de la justificación racional lógica de las argumentaciones se funda el razonamiento práctico, que solo surge de las cualidades formales o procedimentales del discurso (Habermas), de la adjudicación del juez frente a casos difíciles (Dworkin), de la interpretación de la moderna hermenéutica jurídica (Gadamer, Kauffman) o del resurgimiento de la argumentación tópica y retórica (Wieveg, Perelman, Recasens Siches).

Tampoco el constructivismo puede dar una respuesta satisfactoria a la cuestión del principio y fundamento del orden ético-jurídico, por dos razones que expone claramente Massini: 1) el consenso es un fundamento débil de carácter relativo y variable que no es apto para fundar una normatividad ético-jurídica fuerte, cuya obligatoriedad es necesaria y exige un respeto incondicionado y sin excepción; 2) el constructivismo procedimental incurre en lo que se puede llamar “*la falacia procedimentalista*”, al pretender obtener principios éticos-jurídicos de contenido a través del establecimiento de reglas del procedimiento argumentativo de la razón constructiva, lo que viola la elemental regla de la lógica que sostiene que no podemos arribar a una conclusión (de contenido) que no se encuentre de algún modo en las premisas de las que parto (puramente formales)⁷. Tampoco una argumentación puramente tópica o dialéctica sin una fundamentación en principios ciertos es suficiente, porque nada puede ser probablemente verdadero si no hay algo verdadero y cierto, si no

comunidad”(Cossio) “Pero ustedes, al hablar aquí de Comunidad, quieren fundar la validez del derecho en su vigencia o eficacia. Esto es inaceptable porque sería derivar del ser el deber ser. Es una confusión entre hecho y derecho” (Kelsen); solo aceptamos el *Principio de Efectividad*, cuya importancia usted mismo nos ha enseñado a apreciar”(Cossio); *El principio de efectividad*, de acuerdo al cual el jurista no considera válido un sistema de normas si ella no tienen un mínimo de eficacia es una condición *sine qua non* del conocimiento jurídico pero no una condición *per quam*; es una condición necesaria pero no una condición suficiente. La validez de una norma se funda exclusivamente en que es dictada de acuerdo al procedimiento señalado para dictarlo por otra norma mas elevada de la pirámide jurídica. Sin esto se destruye la estructura de un deber ser lógico que tiene el ordenamiento como un conjunto” (Kelsen).

⁶ Conf. Massini Correas, Carlos I. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Abaco, Bs.As 1999. Pág.22

⁷ Conf. Masini Correas Carlos I, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, op.cit. pág.42

hay una verdad en virtud de la cual pueda hablarse de verosimilitud⁸. En suma, el constructivismo no puede establecer un fundamento objetivo y necesario del obrar humano, sino en el mejor de los casos simplemente un punto de referencia intersubjetivo, relativo y variable (consenso) que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento.

Cada una de estas líneas (tanto en el positivismo como en el constructivismo) tendría que ser objeto de un estudio pormenorizado, pero no es ese el objeto del presente trabajo, por lo que solo las mencionaremos y pasaré a considerar el tema propuesto.

2. El problema del derecho y del orden jurídico.

Antes de abordar el tema de la ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico, tenemos que ver que entendemos justamente por derecho y orden jurídico.

2.1. El Derecho

Para el iusnaturalismo clásico el derecho es un término análogo que en su acepción principal se refiere a *lo justo*. Objeto de la virtud de la justicia, la *ipsa rem iustam*⁹ para Tomas de Aquino, o el *to-dikaion*¹⁰ en el lenguaje de Aristóteles, que constituye el eje de la analogía y lo podemos describir como *aquello que es debido a otro conforme a algún tipo de igualdad y que por ende constituye su bien, lo suyo (derecho objetivo)*. A partir de allí podemos derivar analógicamente otras acepciones como la ley (*derecho normativo*) y los poderes o facultades subjetivas (*derecho subjetivo*). En realidad respecto a este último significado, es posterior, pues aparece a partir del siglo XIV, no porque anteriormente no se conocieran los poderes o facultades jurídicas, sino simplemente porque no se los llamaba *ius*, sino *potestas* o *facultas*.

De acuerdo al proceso histórico que siguió después, hubo un *corrimiento del derecho* (entendido como lo justo) *hacia la ley* (entendida como ordenación racional al bien común). Primeramente ese corrimiento se da hacia la *ley natural* (sin perjuicio de la vinculación que hay en el plano del fundamento del derecho) como primera ordenación de la razón al bien, de la que se derivan todas las leyes positivas, que solamente son válidas en tanto y en cuanto guardan conformidad con esa ley natural, de lo contrario ya no son ley sino *corruptio legis*. Posteriormente esa ley natural se independiza de su fundamento divino a partir de la hipótesis grociana *etiamsi daremus nom esse Deum* (el derecho natural sería válido aún bajo el supuesto de que Dios no exista), y de esa naturaleza humana secularizada se van a deducir los derechos fundamentales preexistentes al derecho positivo, como va a ser desarrollado por la *escuela moderna del derecho natural racionalista*.

En segundo término, hubo *otro corrimiento de la noción clásica de ley* (como ordenación racional al bien común) *hacia la noción moderna de ley* (como voluntad absoluta del soberano legislador), prevaleciendo los aspectos formales en el procedimiento de sanción de la ley (*formalismo jurídico*) por sobre los aspectos

⁸ Cfr. Lamas Felix Adolfo, “*Dialéctica y Derecho*”, op. citado, pág. 75.

⁹ Santo Tomás de Aquino, S. Th. II-II, 57, 1, sol. 1º

¹⁰ Aristóteles, *Ética a Nicómaco*, libro V. Lección 1º

materiales o de contenido (*justicia o injusticia de la norma*), aceptando incluso la juridicidad de leyes no solamente injustas sino aberrantes (*positivismo jurídico*).

Por otro lado también hubo otro *corrimiento de la noción de derecho como lo justo objetivo a la moderna noción de derechos como potestades o facultades* (derecho subjetivo). Este proceso comienza en el siglo XIV con Guillermo de Ockam, pasa por los contractualistas modernos y llega hasta nuestros días. En consecuencia, el pensamiento jurídico moderno distingue entre el *derecho objetivo* (las normas) y el *derecho subjetivo* (los derechos). Entre el derecho-ley (*Law*) y los derechos (*Rights*)¹¹. En suma, el derecho como la cosa justa (verdadero derecho objetivo), la vieja patrona de la casa como dice Graneris¹², es desplazada por las modernas concepciones del derecho entendido como ley (*derecho normativo*, nueva concepción de derecho objetivo) y como potestad o facultad (*derecho subjetivo*).

2.2. El derecho objetivo (Lo justo).

Volviendo a la concepción clásica, la justicia (y su objeto: *el derecho*) consiste en el bien del otro. El bien del otro entendido como particular o el bien del otro como común. Aquí se fundamenta la jerarquía de los bienes que constituyen lo justo, pues lo justo particular se funda en lo justo general o legal y el bien particular en el bien común. Por lo tanto, no puede explicarse el derecho o lo justo desde la sola perspectiva de la relación acreedor-deudor como si se tratara de una relación marginal, sino en el marco de una pólis donde el derecho se conforma en un entramado de relaciones calificadas y regidas por la justicia legal dentro de una concepción cósmica donde cada persona y cada cosa ocupa el lugar que le corresponde. Por eso todo título jurídico incluso los que se dan en la justicia conmutativa (relación acreedor-deudor) tienen carácter de tal por su ordenación mediata o inmediata al bien común en tanto principio fundante del orden jurídico y político (*politicidad del derecho*).

El acto de justicia (acto segundo) da o respeta el bien (derecho) del otro que lo precede¹³. Bien que en algunos casos se materializa en una cosa exterior (corporal o incorporal) y en otros coincide con el acto exterior (activo o pasivo) que considerado en su exterioridad puede ser asimilado a una cosa, y, por lo tanto como sostiene Graneris incluido dentro del termino genérico latino *res*, que es mucho más amplio que nuestra palabra cosa, dado que abarca también la *actio* y el *opus*¹⁴. El derecho como término objetivo del acto de justicia lo especifica, mientras que éste a su vez especifica a la virtud. En consecuencia, la virtud de la justicia tiene un doble objeto: el derecho (el bien exterior) que como objeto terminativo especifica al acto de justicia y el acto que a su vez especifica a la virtud.

Por eso en el derecho podemos distinguir una doble relación de igualdad: por un lado la relación que existe entre la cosa justa y el título del otro (*relación titular o*

¹¹ A diferencia de nuestro idioma español que tiene dos palabras *derecho* y *ley* para referirse a lo justo y a la norma, en inglés solo tenemos una palabra *law* para referirnos tanto al derecho como a la ley, entendiendo prácticamente al derecho como ley, pues por otro lado la palabra *rights* (derechos), no refiere a lo que nosotros entendemos por derecho (lo justo), sino más bien a lo que modernamente se llama derechos subjetivos (poderes o facultades jurídicas).

¹² Cfr. Graneris, Giuseppe, “*Contribución tomista a la Filosofía del derecho*”, Bs. As. 1977, Eudeba, pág. 31.

¹³ Santo Tomás de Aquino, *Suma contra gentiles*, II, 28.

¹⁴ Graneris, Giuseppe, *op.cit.*, pág.22

fundante), y, por otro la relación entre lo debido y la acción que lo realiza y de la cual es su término u objeto (*relación de débito*), siendo la primera el fundamento de la segunda y por lo tanto es esta igualdad la que en la última instancia constituye formalmente el derecho¹⁵. Por tanto, *lo que la acción da debe ser igual a lo que le corresponde al otro en virtud de su título*. En suma, *este bien que es el derecho o lo justo se materializa en cosas o actos exteriores, en tanto y en cuanto tengan la debida ordenación (igualdad) al título del otro, fundado en ley y en orden al bien común*.

2.3. El derecho normativo (la ley) y el Derecho Subjetivo (el poder jurídico).

Asimismo, si bien se distingue el derecho en sentido estricto, de la ley y del derecho subjetivo, se puede llamar derecho a la ley y a los poderes o facultades jurídicas que constituyen los derechos subjetivos, utilizándose aquí la locución derecho, no en sentido propio o estricto, sino impropio o analógico, en virtud de la relación de causalidad que guardan con la acepción principal del derecho: *lo justo*.

Como dice Tomas de Aquino, si bien la ley no es el derecho (en sentido estricto) es cierta razón del derecho¹⁶, en tanto realiza una doble causalidad respecto de lo justo: 1) *causa formal extrínseca o ejemplar* en tanto constituye el modelo de lo justo; 2) *causa eficiente* en cuanto es principio de la obligación o débito que siempre existe en el derecho¹⁷. Claro que para entender la vinculación que existe entre el derecho y ley no hay que reducir este término solamente a la ley positiva humana, sino que hay que extenderlo analógicamente a todas las leyes, a saber: *la ley eterna, la ley natural y la ley divino – positiva*, en tanto todas estas realidades participan de la noción de ley como *ordenatio rationis* que establece en la cuestión 90 de la I-II¹⁸. Al respecto dice Kalinowski: “*Esto le permite transformar el concepto de ley, que tiene en su origen la ley humana, en un concepto trascendentalmente analógico, es decir, en un concepto que se extiende analógicamente a la ley humana y a Dios*”¹⁹.

De la misma manera, el poder o facultad jurídica no es el derecho entendido en sentido estricto, sino que puedo llamarlo analógicamente derecho (subjetivo), en virtud que de la existencia del derecho como *res iusta*, surgen como una consecuencia necesaria ciertos poderes que se tienen sobre esas cosas que constituyen lo suyo para el sujeto titular. Pero *no se confunde el derecho (objetivo) con el poder (subjetivo) que se sigue de él*.

Todo derecho subjetivo implica una *relación de pertenencia*²⁰, *habere*²¹ o *suidad*²², entre un sujeto de derecho y un objeto de derecho que sería el bien que constituye el término de la relación respecto del sujeto jurídico. En realidad,

¹⁵ Hervada, Javier, *Lecciones de filosofía del derecho*, Euns, Navarra, Pág.222

¹⁶ Santo Tomás de Aquino, S. Th. II-II, 57, 1, sol.2º

¹⁷ Conf. Lachance, Louis, *El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, Bs.As.1953, Pág.171 y sigtes. Y 180 y sigtes.; en el mismo sentido Vigo, Rodolfo L.(h), *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As.,1983, caps IV y V

¹⁸ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I-II, 90 y sigtes

¹⁹ Kalinowski, Georges, *Concepto, Fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs.As., 1982, Pág.52

²⁰ Dabin, Jean, “El derecho subjetivo”, trad. De Francisco Javier Osset, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1955, pag.100 y sigtes

²¹ Lachance, Louis, *El derecho y los derechos del hombre*, op.cit., pag195.

²² Hervada, Javier, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op.cit., pags.216 y 254/55

técnicamente correspondería hablar mejor de una *situación jurídica de pertenencia, habere o suidad*, que vincula este bien u objeto con un sujeto al cual le pertenece, constituyendo lo suyo del sujeto. Esta situación jurídica se da en el marco de una relación jurídica (entre personas), siendo justamente la posición relativa que el sujeto ocupa en la misma (acreedor, deudor, propietario, usufructuario, etc.). Ahora bien, esta situación jurídica se deriva inmediatamente del título que reviste al sujeto, identificándose prácticamente con él. Por lo tanto, si bien en la base de todo derecho subjetivo encontramos esta situación jurídica de pertenencia, *habere o suidad*, no podemos confundir ésta con el poder o facultad que se deriva de ella, de la misma manera que no podemos confundir al título con el derecho subjetivo que se deriva de él.

Por otro lado, todo derecho subjetivo entendido como facultad o poder implica necesariamente la posibilidad jurídica de actuar (o no actuar según el caso). Como señala Kalinowski, la *relación de permisión* entre un sujeto de acción y una acción (positiva o negativa) por la cual el sujeto ejerce su derecho (por ejemplo, puedo decir que una persona revestida de la correspondiente aptitud nupcial tiene el derecho entendido como “posibilidad o poder” de casarse, como también de no casarse)²³. Ahora bien, esta relación de permisión constituye cierta potencia o facultad en el sujeto. Esta facultad o poder puede consistir en “la facultad de hacer (**facultas agendi**), la facultad de tener (**facultas possedendi**) y la facultad de exigir (**facultas de exigendi**). Especialmente la **facultas exigendi** se entiende como facultad inherente a todo derecho, pues como sea que el derecho es algo de obligatorio respeto y supone un deber (débito), su titular tiene la facultad de exigir”²⁴. Este poder no puede confundirse con la acción procesal que es el instrumento para reclamarlo judicialmente.

En suma, el derecho (*lo justo*) es el término u objeto de cosas tan diversas como una acción o conducta, una norma y un poder²⁵. En consecuencia, existe una identidad de objeto respecto a estas tres realidades. Sin embargo, así como distinguimos entre el derecho y la acción o acto segundo de justicia señalando que necesariamente el derecho precede a la acción justa; de la misma manera tenemos que distinguir entre el derecho como término u objeto de un poder y el poder mismo, pues como en el caso de la conducta, el derecho como *res iusta* precede al poder que surge como una consecuencia necesaria de la existencia de lo justo objetivo. Lo mismo podemos decir respecto de la norma, pues si bien el derecho es el término u objeto de la ley que es su regla, no quiere decir que el derecho sea un ente de la razón (como es la norma), sino que se trata de una ente real, que guarda una relación extrínseca con aquella, en este caso, no como consecuencia de lo justo objetivo, sino como causa de éste.

2.4. El orden Jurídico.

Ahora bien, si pasamos de la noción de derecho como lo justo (sin perjuicio de la vinculación con las otras realidades a las que analógicamente llamamos derecho como la ley y los derechos subjetivos), a la de orden jurídico, esta es una noción más

²³ Massini, Carlos Ignacio, “El derecho subjetivo: ¿Realidad universal o histórica? (consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)”, *Prudentia Iuris IX*, abril de 1983, pág15 y sigtes. Y recopilado en su libro: *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho y el valor del derecho*, Bs.As. 1987, Abeledo-Perrot, pags.60 y 61.

²⁴ Hervada, Javier, “Lecciones...”, op.cit.,pág.250

²⁵ Conf. Lamas Félix Adolfo, “Dialéctica y derecho”, *Rev. Circa humana Philosochia*, III Bs.As. 1998, Pág.57

amplia, porque se refiere justamente al orden que debe existir en las relaciones jurídicas, en ese entramado de relaciones, reguladas por las normas según un criterio de justicia en orden al bien común y de las que surgen deberes y derechos recíprocos.

La palabra orden refiere a la disposición por la cual cada cosa ocupa el lugar que le corresponde, conforme un criterio ordenador (por ejemplo, en una biblioteca ordeno los libros por temas o por autores o por disciplinas, etc.). En el caso del orden jurídico, este criterio ordenador de las distintas realidades jurídicas, sería la justicia, considerada la misma, no como virtud (moral), sino, justamente como orden²⁶.

Así en el orden jurídico podemos distinguir tres planos distintos aunque vinculados: 1) *un orden en las normas o normativo* (ordenamiento jurídico); 2) *un orden en las conductas o acciones*, a través de sus objetos (derecho) por medio de las cuales se vinculan los sujetos en las relaciones jurídicas; 3) *un orden entre deberes y poderes o facultades* (deberes jurídicos y derechos subjetivos), de los mencionados sujetos. En otras palabras, se trata de un *orden relacional*, donde las normas, las conductas, los poderes y los deberes jurídicos se encuentran vinculados por el mismo objeto común (lo justo) que constituye el eje de dicho orden.

Vinculado con el orden jurídico encontramos el orden moral, que se refiere a las conductas humanas reguladas por la ley moral en orden al bien del hombre, que incluye tanto su aspecto individual como social, y, el orden político institucional que ordena las distintas relaciones que se dan dentro de la comunidad política (y entre comunidades políticas), que también tiene como fin el bien común. En realidad, el orden moral, político y jurídico son aspectos (distintos pero vinculados entre sí) de un mismo orden: *el orden de las cosas humanas*. Dicho de otra manera, si bien distinguimos entre orden moral, orden político y orden jurídico, este último, si bien tiene una especificidad propia, es parte del orden moral y político y a su vez el orden político es también parte del orden moral y realiza su propio orden (entre otras cosas) a través del orden jurídico. Como también el orden moral que incluye al político y jurídico, más allá de las especificidades propias de ambos, se expresa también (entre otras manifestaciones) a través del orden político y jurídico.

Ahora bien, analizado tanto el derecho como el orden jurídico, abordaremos finalmente el tema central propuesto: *La ley natural y la persona humana como principio y fundamento de ambos*. Aquí tenemos que volver a la distinción que hicimos al comienzo, entre principio y fundamento gnoseológico y principio y fundamento ontológico, y, así nos referiremos a la ley natural en el primer caso y a la persona humana en el segundo.

3. La ley natural como principio y fundamento gnoseológico del derecho y del orden jurídico.

En este sentido, como ya vimos, principio y fundamento se refiere al *punto de partida sobre el que se estructura toda una serie de nociones que constituyen una ciencia o conocimiento*.

3.1. Intelecto especulativo e Intelecto Práctico.

²⁶ Graneris, Giuseppe, “Contribución Tomista a la Filosofía del Derecho”, Bs. As. Eudeba, pág. 49.

Antes de ver los principios de las distintas ciencias (donde ubicamos al derecho y también a la ética y la política), corresponde considerar la cuestión en el marco de la división del conocimiento en *teórico y práctico*, conforme a la previa distinción del intelecto o razón en *teórica o especulativa y práctica* y por tanto la consecuente ubicación de las ciencias como *teóricas y prácticas*. Esta distinción no constituye una separación al modo como la concibió Kant y sus continuadores, sino que conforma una unidad, pues la inteligencia es una única facultad que se ordena a conocer la verdad (teórica) y que por extensión se transforma en práctica al dirigir la acción (verdad práctica)²⁷.

Así tanto el conocimiento teórico como el práctico se apoyan en primeros principios *evidentes (per se nota)*, *indemostrables e inderivados* que constituyen su sostén noético: “No obstante en las cosas que caen bajo la *aprehensión de los hombres* hallase cierto orden. **Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente**, cuya idea está incluida en todas las demás que cualquiera aprehende. Y por eso el primer principio indemostrable es que no se puede afirmar y negar a la vez, lo cual se funda en la noción de ser y no ser, **y sobre este principio se fundan todos los demás**, como se dice en *Met.* (1.4, t. 9) **y así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la operación; porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien**. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: **El bien es lo que todos apetecen**. Luego, éste es el primer precepto de la ley: **que el bien debe hacerse y procurarse y evitarse el mal**. Y sobre éste se fundan todo los demás preceptos de la ley de la naturaleza; para que todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenezcan a los preceptos de la ley”²⁸.

Por tanto, todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de ser, *porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente* y así mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ser bajo la razón de *verum* (verdad); el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de *bonum* (verdad práctica que constituye su bien). Así como el primer principio del intelecto especulativo es el de no contradicción, que basado sobre la noción de ser afirma que *no se puede ser y no ser al mismo tiempo y bajo el mismo aspecto*. De la misma manera el primer principio del intelecto práctico es el que se apoya sobre la razón de bien (*bien es lo que todos apetecen*), que como trascendental es convertible con la de ser (*ens et bonum conventur*), y por tanto se constituye como el principio de no contradicción práctico, que podemos expresar: *el bien debe hacerse y el mal evitarse*.

En consecuencia, para hablar con más precisión, decimos intelecto y no razón (aunque se refiere a la misma facultad y por eso puedan usarse indistintamente), pues esto responde a otra tradicional distinción de la inteligencia, entre *intellectus* (entendimiento o *Nous*) y *Ratio* (razón). Mientras que “**la *ratio* es la facultad del pensar discursivo, del buscar e investigar, del abstraer, del precisar y concluir**. **El *intellectus*, en cambio, es el nombre de la razón en cuanto que es la facultad del *simples intuitus*, de la ‘simple visión’, a la cual se ofrece lo verdadero como al ojo el paisaje**. Ahora bien: **la facultad cognoscitiva espiritual del hombre, y así lo entendieron**

²⁷ Santo Tomás de Aquino, S.Th.I, 79 sed contra.

²⁸ Santo Tomás de Aquino, S.Th.I-II,.94, resp

los antiguos, es ambas cosas: *ratio e intellectus*, y el conocer es una actuación conjunta de ambas. El camino del pensar discursivo está acompañado y entrelazado por la visión comprobadora y sin esfuerzo del *intellectus*, el cual es una facultad del alma no activa, sino pasiva, o mejor dicho receptiva; una facultad cuya actividad consiste en recibir”²⁹.

En otras palabras, cada uno de éstos principios es captado *inmediatamente* por la inteligencia (ya sea teórica o práctica) en contacto con la realidad, sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior (por que sino no serían primeros). A su vez a cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum* para los principios teóricos o especulativos y la *sindéresis* para los principios prácticos.

3.2. Los principios de la ley natural.

Justamente los principios prácticos captados por el hábito de la *sindéresis* como una patencia del bien, constituyen el contenido de la ley natural. Dicho de otra manera, son la ley natural. Entre los principios podemos distinguir: 1) los primeros principios (*communissima*), cuyos términos son captados por todos inmediatamente, por ejemplo, El bien debe hacerse y el mal evitarse; 2) los secundarios derivados de los primeros, que si bien no son inmediatamente conocidos, se obtienen con cierta facilidad, como ser aquel que refiere que según el orden de las inclinaciones será el orden de los principios o preceptos; 3) Aquellos sólo accesibles para los más sabios, como es el caso de la prohibición de la usura. Como dice García Huidobro: “el criterio para distinguir unos de otros es el grado de dificultad que envuelve su conocimiento”³⁰. Sin embargo, si bien distinguimos distintos tipos de principios, “diremos que todos esos preceptos de la ley de la naturaleza, en cuanto se refieren a un solo primer precepto tienen razón de una sola ley natural”³¹.

Conforme a lo dicho pertenecen a la ley natural: 1) en primer lugar (*en común con todos los seres*), aquellas cosas por las que se conserva la vida humana y se impide lo contrario (la defensa del bien primario de la vida humana y la condena de todo ataque a la vida humana inocente, ya sea desde la concepción, como en el caso del homicidio prenatal o aborto, y hasta el final de la vida con la eutanasia, mal llamada “homicidio por piedad”); 2) en segundo lugar (*en común con los animales*), la unión de ambos sexos (y no del mismo sexo), y la educación de los hijos (cuyo derecho-deber corresponde originariamente a los padres y no al Estado, que sólo debe actuar subsidiariamente, y no como sucede hoy en el mal llamado campo de la “salud reproductiva” y la “educación sexual”); 3) en tercer lugar (*específicamente humano*), que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quien se debe vivir y demás cosas que se refieren a esto. Es por eso un bien esencial o natural al hombre el acceso a la verdad, a conocerla y a exigirla, como también a vivir en sociedad, que como tal no es objeto de libre elección, sino una exigencia de su propia naturaleza social o política. Aquí encontramos el principio y fundamento, tanto de las libertades básicas (de conciencia, civiles y políticas, etc.), como de los deberes fundamentales para con los demás, ya sea en particular o respecto de la sociedad toda.

²⁹ Pieper, Josef, “El ocio y la vida intelectual”, Rialp, Madrid, 1979, pág. 21.

³⁰ García Huidobro, Joaquín, “Razón práctica y Derecho Natural”, Valparaíso 1993, Edeval, pág. 48.

³¹ Santo Tomás de Aquino, S.Th., I-II, 94, 2, ad. 1.

Sin perjuicio de ello, como afirma Graneris dejan de ser naturales y resultan antinaturales, las patologías, los vicios, las perversiones, etc., en tanto y en cuanto alejan al hombre de su fin perfectivo, que se encuentra inscripto en su propia naturaleza, identificándose la naturaleza misma con el fin³². En efecto, el hombre libremente en sus opciones concretas a los bienes particulares puede apartarse del orden de la razón y dejarse llevar por un apetito desordenado. Lo malo no es el apetito o la pasión que en si mismos son buenos, sino el desorden al subvertirse al orden racional al bien. Como dice Santo Tomás: “*Así pues la misma inclinación a la sensualidad que se llama **fomes**, ciertamente en los otros animales tiene en absoluto razón de ley, si bien en aquel sentido en que los tales puede hablarse de ley, según la directa inclinación de la ley. Más en los hombres, no tiene este concepto el carácter de ley, siendo mas bien desviación de la ley de la razón. Pero en cuanto por la divina justicia el hombre es destituido de la justicia original y del vigor de la razón, ese ímpetu de la sensualidad que le guía tiene razón de ley, en cuanto penal y conexas por ley divina al hombre destituido de su propia dignidad*”³³.

Por eso el hombre para alcanzar tan alto bien al que se encuentra ordenado necesariamente por creación o naturaleza, pero al que accede libremente conforme a su particular modo de ser o naturaleza (racional), necesita del auxilio de las *virtudes* (en el orden natural) que facilitan el cumplimiento de la ley en cuanto ordenamiento al fin, y de la *gracia* (en el orden sobrenatural) que sana y eleva a la naturaleza caída por el pecado, ayudándolo a alcanzar la beatitud. Así afirma el aquinate: “*el principio exterior que mueve al Bien es Dios, que nos instruye por la ley y nos ayuda por la gracia*”³⁴. Por eso, en lo sobrenatural (*Dios*) se encuentra el fundamento de lo natural (*hombre*). La ley moral natural se extiende y plenifica en la ley del Espíritu, por la cual en lenguaje paulino dejamos el hombre viejo *somático* para transformarnos en un hombre nuevo *pneumático*. Así el hombre solo se realiza en *Cristo*, la antropología se extiende y se entiende en y desde la Cristología.

3.3. Ley natural y derecho.

Ahora bien, ¿esto quiere decir qué de estos principios de la ley natural podemos obtener inmediatamente la solución justa de cada caso concreto? ¿qué de estos principios surgen sin intermediación tanto los títulos (de débito y de derecho), como la medida de *lo justo concreto*? La respuesta es no. Los mismos son sólo el punto de partida de la justificación racional del obrar humano (moral y jurídico), pero como tales necesitan ser concretados, tanto por la naturaleza misma de las cosas humanas (de los actos, de sus objetos, fines y circunstancias), y en el caso del derecho (de las relaciones e instituciones jurídicas, a saber, obligaciones, contratos, delitos, daños, etc.), como también, por un sin fin de determinaciones prudenciales, tanto morales como jurídicas, generales (normas) y particulares (sentencias), que completan y complementan en forma positiva (al modo de moral positiva y de derecho positivo) ese núcleo de principios naturales. En el caso del derecho, esto se debe a su dialecticidad propia, dado que tanto como realidad o como saber o ciencia es algo racional y dialéctico, que se maneja en el

³² Cfr. Graneris, Giuseppe, “*Contribución...*”, op.cit., pág 88.

³³ Santo Tomás de Aquino, S.Th.I-II, 91.,6.

³⁴ Santo Tomás de Aquino, S.Th.I-II, 90.

campo de lo probable, pero encontrando como límite la verdad y certeza de los principios³⁵.

En algunos casos, tanto el título como la medida se fundan en la naturaleza de los hechos y las cosas que dan origen al derecho, naturaleza que no se refiere a las cosas físicas, sino humanas sociales. Justamente este es el caso de los derechos fundamentales que constituyen aquellos bienes básicos que le son debidos a las personas por su sola condición humana, siendo por tanto su título la propia naturaleza humana (la hominidad o esencia humana) y la medida establecida por la naturaleza de las cosas humanas que se siguen de ella y por la que se manifiesta esa naturaleza humana, v gr. es conforme a la naturaleza de las cosas humanas que el daño causado deba ser reparado.

Mientras que en otros supuestos son las normas positivas (generales y particulares), las que establecen las consecuencias jurídicas que se siguen del hecho o acto antecedente determinantes de su título y de su medida. En realidad en la mayoría de los casos se complementan ambas fuentes originando títulos y medidas mixtas³⁶, pues por un lado la positivización, mediante la inclusión en una norma positiva de aquellas consecuencias que surgen de la misma naturaleza de las cosas, no significa negar su origen natural, pues en este caso el legislador no hace mas que leer en la propia realidad el orden que esta misma impone y en consecuencia lo que establece la norma escrita, es justo natural *per se* y positivo *per accidens*. Mientras por otro lado las normas positivas integran y complementan la fuente natural, pues determinan aquellos aspectos que la naturaleza regula en forma imprecisa, delegando justamente en el legislador positivo la determinación precisa de lo justo dentro de ciertos límites negativos de la razonabilidad³⁷.

Dicho de otra manera, por una parte la norma jurídica fundándose en la propia realidad o naturaleza de las cosas e integrándola y complementándola en la forma anteriormente señalada, *indica* en forma genérica (a modo de *causa formal extrínseca o ejemplar*) lo que es justo, estableciendo cuales son las consecuencias jurídicas respecto a los hechos (involuntarios) y actos (voluntarios) jurídicos, que constituyen el antecedente o fuente inmediata de lo justo concreto, en el marco de una relación jurídica determinada, por la cual se relacionan personas o sujetos de derecho. Así por ejemplo en un accidente de tránsito, la ley establece las consecuencias jurídicas determinando la indemnización por medio de la cual se repara los daños producidos (daño emergente, lucro cesante y daño moral si hubiera) e indica de esta manera la medida de lo justo concreto. En otras palabras, en este caso la norma jurídica señala las pautas que hay que tener en cuenta para determinar lo que es justo en los distintos casos donde se producen daños como consecuencia de hechos u actos jurídicos.

Hay que distinguir que en el caso de los actos jurídicos, como sucede por ejemplo con los contratos, son las mismas partes las que establecen cuales son las consecuencias jurídicas de su vinculación contractual, estableciendo la medida concreta de igualdad entre las distintas prestaciones, propio de lo justo conmutativo, como así también los efectos jurídicos en caso de incumplimiento de las prestaciones debidas. Esto se produce en virtud de que este tipo de actos jurídicos tiene naturaleza normativa, pues

³⁵ Cfr. Lamas, Félix, “*Dialéctica y derecho*” Rev. Circa Humana Philosophia, III, Bs.As., 1998.pág. 61, 72 y 75.

³⁶ Hervada, Javier, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Eunsa, pag. 90

³⁷ Graneris Giuseppe, *Contribución...*, op.cit.,pág.74

dentro del marco de una adecuada delegación reciben su fuerza jurídica de la norma general de la que derivan a modo de determinación (conforme lo establece nuestro artículo 1197 del Código Civil), por cuanto el legislador deja librado a las partes establecer el contenido de sus respectivas prestaciones dentro de un marco de justicia propio de la relación contractual (esta determinación puede ser revisada judicialmente en caso de manifiesta desproporción, como sucede en los supuestos de “*abuso del derecho*”, “*lesión subjetiva*” y “*teoría de la imprevisión*”, establecidos por los artículos 1071,954 y 1198 del Código Civil respectivamente).

Por otra parte, simultáneamente a la determinación o indicación de lo justo que señalamos precedentemente, la norma jurídica (a modo de *causa eficiente*), a través de los hechos y actos jurídicos que regula, *impone* por un lado un título de obligación o deuda, en virtud del cual alguien se convierte en titular de una determinada prestación (de dar, hacer o no hacer), que constituye un débito o deber jurídico, y por otro lado *atribuye* a la otra parte, el correspondiente título de derecho o crédito, por el cual se transforma a otro alguien en titular de un determinado bien que le pertenece o le es debido por la contraparte, y del cual surge un poder o facultad jurídica respecto de aquel. Así lo señala por ejemplo otro de los principales referentes de la moderna lógica deóntica junto con Kallinoski, como es García Maynes cuando dice: “*La regulación jurídica a diferencia de la creada por normas de otra especie, no es simplemente imperativa, sino **imperativo-atributiva**. Mientras las reglas convencionales y los preceptos de la moral obligan, pero no facultan, aquella regulación faculta y obliga a un tiempo, por lo que certeramente se ha dicho que los deberes que de ella dimanen no solo son deberes, sino deudas*”³⁸.

En el mismo ejemplo del accidente de tránsito a que hicimos referencia anteriormente, la norma jurídica además de determinar lo que es justo indicando la medida de la indemnización, al mismo tiempo *impone* al generador de accidente por medio de distintas reglas de imputabilidad o responsabilidad, tanto subjetiva (v.gr.1109 y las normas de la ley de tránsito que regulan las prioridades de paso en la vía pública), como objetiva (v.gr.1113 C.Civ.), el deber jurídico de reparar el daño causado (medido conforme a las pautas que vimos anteriormente), y *atribuye* al damnificado la titularidad sobre la indemnización debida, otorgándole la correspondiente facultad o poder jurídico respecto de ella, junto con las acciones procesales como instrumentos de reclamación judicial. Por otra parte en el caso de los actos jurídicos normativos (v.gr. contratos) son las propias partes las que en el marco de la delegación normativa a que hicimos referencia, juntamente con la determinación de lo justo contractual, imponen las obligaciones o deberes y atribuyen las facultades o poderes jurídicos recíprocos, como así también las sanciones o penas en caso de incumplimiento.

3.4. *Ley Natural, Naturaleza humana, naturaleza de las cosas y derecho natural.*

Sin embargo, si bien es cierto que las soluciones justas, o sea, las medidas concretas de igualdad en cada caso o relación, no las encontramos directamente en la ley natural, ya que ésta nos marca los principios generales, que como tales necesitan ser determinados en su máxima concreción, ya sea por la naturaleza de las cosas humanas o el arbitrio humano (normas positivas generales o particulares). Tanto esta naturaleza de las cosas, como las determinaciones positivas convencionales son concreciones o

³⁸ García Maynes, Eduardo, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México,1977, pags.245/246

manifestaciones que se derivan de la ley natural, que les sirve de fundamento. Como dice Eduardo Quintana: “*Estas relaciones tienen su base en el principio de causalidad, que como veremos implican simultáneamente la participación de la causa en lo causado. Según Villey, la moralidad surge de la ley natural, mientras que el derecho y la juridicidad tienen su fuente en la naturaleza de las cosas entendida como naturaleza de las relaciones sociales. Pero falta dar un paso, que está a la vista: esta segunda fuente no es otra cosa que la misma ley natural en cuanto operativa de las acciones sociales y por la vinculación entre la ley natural y la ley humana como su complemento y determinación implica una relación causal, denominada en la escolástica eficiente (principal para la primera ley es instrumental para la segunda)*”³⁹.

Por eso entre la ley natural y la naturaleza de las cosas encontramos la relación que existe entre la regla y lo reglado, a lo que puedo llamar ley, no en sentido estricto sino por analogía⁴⁰. En este sentido señalaba la cuestión 94 oportunamente citada que “*tiene el hombre natural inclinación a conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. Y según esto pertenecen a la ley natural las cosas que atañen a tal inclinación, como son el que evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y demás que se refieren a esto*”⁴¹.

En consecuencia, las cosas del universo social, son estas cosas a las que se refiere el aquinete como pertenecientes a la ley natural, en cuanto concretan y manifiestan el principio general de vivir en sociedad que surge de la naturaleza social del hombre, *zoom politikon*, diría Aristóteles. Por lo tanto, el derecho natural entendido en su acepción estricta es lo justo concreto natural, determinado por la naturaleza misma de las cosas humanas sociales. Como tal no se identifica con la ley natural que le sirve de fundamento, aunque dicha vinculación nos permite por analogía denominar derecho natural a la parte jurídica de la ley natural moral⁴².

Así podemos distinguir conceptos semejantes pero no idénticos: 1) *naturaleza del hombre*: la esencia humana que en cada hombre constituye el principio dinámico de sus operaciones en orden a su fin; 2) *naturaleza de las cosas* (humanas): el modo de ser de los hechos y actos (operaciones), de los que surge la medida natural de igualdad en que se funda lo justo concreto en una relación determinada y los títulos naturales de cada uno de los sujetos; 3) *ley natural* (moral): el núcleo de principios universales, evidentes (per se nota), indemostrables e inderivados, que constituyen la primera *ratio* por la que el hombre dirige su obrar, formalizando de esta manera el conocimiento práctico de la misma esencia (naturaleza) humana como principio de operaciones en orden al fin; 4) *derecho natural*: en sentido estricto es lo justo natural, o sea, aquello que en cada caso es justo por determinación de la naturaleza de las cosas humanas sociales (*ex ipsa natura rei*), sin perjuicio, que analógicamente, en sentido amplio lo podemos identificar con aquella parte de la ley natural que sin dejar de ser moral, tiene connotaciones jurídicas porque se refiere a los preceptos de justicia.

3.5. Ley natural y orden jurídico.

³⁹ Quintana, Eduardo Martín, “*Moral y Derecho en Michel Villey*”, ED.

⁴⁰ Santo Tomás de Aquino, S.Th.I-II, 91, 2 resp.

⁴¹ Santo Tomás de Aquino, S.Th. I-II, 94, 2 resp.

⁴² Cfr. Herrera, Daniel Alejandro, “*Derecho Natural y Ley Natural, relaciones y diferencias*”, en Prudentia Iuris XXI-XXII.

Si como hicimos en el punto anterior pasamos de la noción de derecho como lo justo a la de orden jurídico como orden relacional de normas, conductas, deberes y poderes jurídicos, regidos por un criterio de justicia, en orden al bien común, podemos concluir, que la primera regla de la recta razón humana que constituye su principio y fundamento (al igual que del orden moral y político con los que se vincula tal como vimos en el punto anterior), es justamente la ley natural que conocemos por el hábito de la *sindéresis*.

Al tratarse el derecho de una realidad práctica, operable, su fundamento natural, o sea, el derecho normativo natural (aquí la palabra derecho no está utilizada en el sentido estricto como lo justo sino en el derivado como norma o ley), no lo constituye un código ya hecho o un castillo de fórmulas, sino un núcleo de principios⁴³, que el hombre conoce y expresa a través de la ley natural en forma paralela al orden de las inclinaciones naturales y a partir del cual es necesario determinar en cada caso la medida concreta de igualdad (*lo justo concreto*) ya sea por la misma naturaleza de las cosas (*ex ipsa natura rei – lo justo natural*) o por voluntad humana (*ley positiva – lo justo positivo*) que se deriva de la ley natural, conforme lo que señala aquinate en la cuestión 95 de la I-IIae.

3.6. Objeciones a la ley natural.

Frente a esta concepción de la ley natural como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico (como también del moral y político), podemos señalar tres objeciones principales que se opusieron en parte del pensamiento moderno: 1) La *ley o principio de Hume*, por la cual no se puede derivar proposiciones prescriptivas como las que constituyen el contenido de la ley natural, a partir de proposiciones descriptivas como son los juicios de realidad por los que conocemos las realidades naturales⁴⁴; 2) La *falacia naturalista* de Moore, por la cual se niega la posibilidad epistemológica de definir el bien, por considerarla una noción simple que no puedo dividir analíticamente en partes para poder conocerla, como sucede con los conceptos complejos⁴⁵; 3) La *falta de consenso* sobre su existencia y contenido, pues no todos entienden la ley natural de la misma manera, ni todos admiten por tanto su existencia. Dicho de otra manera, la cuestión es si en una sociedad posmoderna y relativista podemos hablar de ley natural como principio y fundamento de todo orden.

Respecto a la primera objeción, justamente es el pensamiento moderno antimetafísico (que no es todo el pensamiento moderno), empirista y positivista, el que reduce la noción de naturaleza a las leyes físicas y biológicas, constituyendo el eje del problema de la racionalidad moderna conforme lo señalara Benedicto XVI en Ratisbona⁴⁶. Así, para Hume, lo natural es un mero hecho (*factum*), conocido

⁴³ Granieris, Giuseppe, *Contribución...*, op. Cit., pág. 98

⁴⁴ Hume, David, “*Tratado de la Naturaleza humana*”, 1, III, cap. I, sec. 1, “in fine”.

⁴⁵ Moore, George Edward, “*Principia Ethica*”, Candbrige Press, 1968, pág. 9 y 37.

⁴⁶ Benedicto XVI, “*Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*”, Ratisbona, Alemania, 12 de septiembre de 2006. Se puede consultar en www.vatican.va: “En el trasfondo de todo esto subyace la autolimitación moderna de la razón, clásicamente expresada en las «críticas» de Kant, aunque radicalizada ulteriormente entre tanto por el pensamiento de las ciencias naturales. Este concepto moderno de la razón se basa, por decirlo brevemente, en una síntesis entre platonismo (cartesianismo) y empirismo, una síntesis corroborada por el éxito de la técnica. Por una parte, se presupone la estructura matemática de la materia, su racionalidad intrínseca, por decirlo así, que hace posible comprender cómo funciona y puede ser utilizada: este presupuesto de fondo es en cierto modo el elemento platónico en la

empíricamente y que solamente puedo describir mediante juicios de realidad, sin posibilidad de inferir ninguna prescripción para dirigir el obrar moral por constituir una falacia lógica en la que según él cae el pensamiento iusnaturalista. En otras palabras, para esta concepción existe un verdadero abismo entre el orden del ser (reducido a lo fenoménico) y del deber ser, entre determinismo natural y libertad cultural, o entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, culturales o sociales⁴⁷.

En verdad, esta concepción reduccionista de la naturaleza acota el conocimiento de la realidad, de la naturaleza, al solo conocimiento de las causas materiales y eficientes, sin consideración de las causas formales y finales que aportan el logos y el sentido a las cosas. Ahora bien, este reduccionismo llevado al extremo es una falacia, porque de la afirmación “conozco hechos”, no puedo deducir que sólo conozco o puedo conocer esos hechos y nada más.

Al respecto, dice *Veritatis Splendor* N° 47: “Han surgido las **objeciones de fiscismo y naturalismo** contra la concepción tradicional de la **ley natural**. Esta presentaría como leyes morales las que en sí mismas serían solo leyes biológicas. Así, muy superficialmente, se atribuiría a algunos comportamientos humanos un carácter permanente e inmutable, y, en base al mismo, se pretendería formular normas morales universalmente válidas”⁴⁸.

La manera de superar esta objeción, en la que de ninguna manera cae la doctrina tradicional de la ley natural, es distinguiendo justamente entre *las leyes naturales (físicas y biológicas)* y *la ley natural (moral)*. Santo Tomás de Aquino, su principal exponente y en quien se inspira el Magisterio de la Iglesia sobre este tema, justamente se cuida bien de realizarla. En efecto, luego de definir la ley como *ordinatio rationis* al bien común en la celebre cuestión 90 de la I-II⁴⁹, en la siguiente distingue “La ley puede considerarse de dos maneras, ya que es regla y medida: como está en quien mide y regula y como está en lo medido y regulado; porque lo medido y regulado lo está en cuanto participa de la regla y medida”⁵⁰. El *aquinate* señala una doble “existencia” de la ley: una primera como regla y medida de la razón, (ley en sentido estricto, *propio o formal: la ley eterna, la ley natural*); una segunda, como lo regulado y medido por ella, no reside en la razón, sino en las cosas mismas (Ley en sentido *amplio, impropio o material: las leyes naturales en tanto participan de su regla y medida que es la ley eterna*).

De esta manera, se demuestra que la concepción clásica de la ley natural y de los primeros principios prácticos evidentes no es alcanzada por la objeción de Hume, porque no son conclusiones obtenidas por medio de un indebido paso de premisas descriptivas (reductivas de la realidad) a conclusiones prescriptivas, sino más bien se trata de proposiciones prescriptivas evidentes paralelas (y no conclusiones deducidas) al orden de las inclinaciones naturales al fin, por lo cual el primer principio de la ley natural estaría explícita o implícitamente en todo razonamiento práctico, justificando la

comprensión moderna de la naturaleza. Por otra, se trata de la posibilidad de explotar la naturaleza para nuestros propósitos, en cuyo caso sólo la posibilidad de verificar la verdad o falsedad mediante la experimentación ofrece la certeza decisiva. El peso entre los dos polos puede ser mayor o menor entre ellos, según las circunstancias (...).”

⁴⁷ Cfr. Kelsen Hans, “*Teoría pura del derecho*”, Bs. As. 1960, Eudeba, pág. 24 y sigtes.

⁴⁸ VS, 47.

⁴⁹ Santo Tomás de Aquino, S.Th. I-II, 90, 4.

⁵⁰ Santo Tomás de Aquino, S. Th., I-II, 91, 2, resp.

practicidad de la conclusión⁵¹. Además estos principios se encuentran fundados en una concepción de la realidad no reductiva a lo fáctico, sino ampliada⁵² a lo ontológico, que incluye al bien y al deber ser, como manifestaciones del ser en el orden práctico. En este sentido debe entenderse la conocida tesis de Pieper: “*Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad*”⁵³.

Tampoco es alcanzada por la objeción de Moore, conocida como falacia naturalista, porque no se pretende definir el *bien* como un concepto analíticamente definible por el género común y la diferencia específica, pues, al tratarse de un trascendental, como sucede con el *ser* con el cual es convertible (*ens et bonum convertitur*), justamente trasciende todos los géneros y por tanto no es estrictamente objeto de un concepto, sino más bien de un juicio que afirma o niega su existencia y por ende su debitud y exigibilidad.

Por último, respecto a la falta de consenso sobre la ley natural y su contenido, corresponde ahora distinguir *entre el conocimiento de la ley natural* (por el hábito de la sindéresis) y *su reconocimiento* (por el juicio de la conciencia). Entre el conocimiento evidente de los primeros principios prácticos que obtenemos por la sindéresis y el juicio de la conciencia que se realiza a efectos de aplicarlos a un caso particular aquí y ahora⁵⁴.

⁵¹ Cfr. Kalinowski, Georges, “*El problema de la verdad...*”, *op. cit.* y “*Concepto, Fundamento y concreción del derecho*”, Bs.As.1982, Abeledo Perrot y Finnis, John, “*Ley Natural y Derechos Naturales*”, Bs. As. 2000, Abeledo Perrot.

⁵² Cfr. Ratzinger, Benedicto XVI, “*Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*”, Ratisbona, Alemania, 12 de septiembre de 2006. Se puede consultar en www.vatican.va.

⁵³ Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974, pág.15.

⁵⁴ Cfr. Ratzinger, Joseph, “*Verdad, valores, poder*”, Madrid 1995, Ediciones Rialp SA, pág. 65 y sgtes.: “La principal corriente de la Escolástica expresó los dos planos de la conciencia mediante los conceptos *sindéresis* y *conscientia*. La palabra *sindéresis* (*synteresis*) procede de la doctrina estoica del microcosmos y es recogida por la tradición medieval de la conciencia. Su significado exacto sigue siendo confuso, y por eso se convirtió en un obstáculo para el desarrollo esmerado de este plano esencial del problema global de la conciencia. Por eso quisiera, sin embarcarme en una disputa sobre la historia de las ideas, sustituir esta palabra problemática por el más claro concepto platónico de *anamnesis*, que no sólo es lingüísticamente más claro y filosóficamente más puro y profundo, sino que, además, está en armonía con motivos esenciales del pensamiento bíblico y con la antropología desarrollada a partir de la Biblia. Con la palabra *anamnesis* expresamos aquí exactamente lo que dice San Pablo en el segundo capítulo de la *Epístola a los Romanos*: ‘En verdad, cuando los gentiles, guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia’ (2,14-15) (.....) Eso significa que el primer *estrato*, que podemos llamar *ontológico*, del fenómeno de la conciencia consiste en que en nosotros se ha insertado algo así como un *recuerdo primordial de lo bueno y de lo verdadero* (ambos son idénticos), en que existe una íntima tendencia ontológica del ser creado a imagen de Dios a promover lo conveniente a Dios. Su mismo ser está desde su origen en armonía con unas cosas y en contradicción con otras (....) Después de estas reflexiones sobre el primer plano, esencialmente ontológico, del concepto de conciencia, debemos ocuparnos del segundo estrato, designado en la tradición medieval sencillamente con la palabra *conscientia*, conciencia. Presumiblemente esta tradición terminológica ha podido contribuir en algo al estrechamiento moderno del concepto de conciencia. Santo Tomás, por ejemplo, solo denomina conciencia a este segundo plano y, en consecuencia, la conciencia no es para él *habitus*, es decir, una cualidad estable del ser del hombre, sino *actus*, o sea, un acontecimiento consumado. Sin embargo, Santo Tomás supone evidentemente el fundamento ontológico de la *anamnesis* (*synderesis*) como algo dado. El aquinate la define como una resistencia interior contra el mal y una íntima inclinación al bien. El acto de conciencia aplica este saber fundamental a las situaciones concretas. Según Santo Tomás, consta de tres momentos: reconocer (*recognocere*, dar testimonio (*testificari*) y juzgar (*iudicare*). Se podría hablar de un concierto entre la función de control y la de decisión. Siguiendo la tradición aristotélica, Santo Tomás ve este acontecimiento de acuerdo con el modelo de los

Este juicio de conciencia, en sentido estricto o propio es individual, pero por una analogía impropia (metafórica) puede extenderse a la sociedad toda y así hablar en sentido lato o impropio de una “*conciencia colectiva*”, que reconoce o niega (falibilidad de la conciencia) las exigencias objetivas de la ley natural como fundamento del orden social y primera regla de la razón práctica por la cual lo conocemos. En consecuencia, cuando en la actualidad muchas veces se afirma que no se puede fundar el orden social moral, político y jurídico en la ley natural, porque no todos la aceptan, ni hay consenso sobre ella, *se confunde el problema de la existencia y conocimiento de la ley natural, con su reconocimiento a través del juicio de la conciencia* de cada uno de los formadores del consenso. Juicio de conciencia que a veces puede fallar en cuanto a los preceptos secundarios o en la aplicación de los principios a los casos particulares, debido a la influencia de ideologías o intereses contrarios al bien de hombre, a los malos consejos, a la concupiscencia de la carne, o bien a costumbres depravadas y hábitos corrompidos⁵⁵. ***“Reconocer o no reconocer algo depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce a él. Depende, pues, del talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente”***⁵⁶.

Justamente el meollo del relativismo es que el debilitamiento de la razón produce un debilitamiento de la conciencia moral, una conciencia más laxa, pues al no tener referencia necesaria a una verdad objetiva pierde su quicio. En efecto, lo que produce el relativismo es la ruptura definitiva entre los dos ámbitos de la conciencia, el objetivo (la ley natural) y el subjetivo (el juicio de la conciencia), desconociendo al primero y coronado como única instancia de apelación moral al segundo, que al no estar anclado en la realidad, corona el más “absoluto” subjetivismo, valga la paradoja de un relativismo “absoluto”.

Por eso, es un grave error (muy común últimamente) hacer depender la existencia y el conocimiento de la ley natural del consenso que exista sobre ella, poniendo de esta manera, el carro delante de los caballos. En realidad, no es la ley natural la que se funda o depende del consenso, sino que es el consenso el que debe fundarse y depender de la ley natural, pues solo puede haber consenso entre seres racionales y libres, que tienen una determinada naturaleza (racional) y por ende una determinada ley. Desconocer la ley natural porque no hay consenso sobre ella, es

procedimientos conclusivos. Sin embargo, subraya enérgicamente lo específico de este saber práctico, cuyas conclusiones no derivan del mero saber ni del puro pensar.

Reconocer o no reconocer algo depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce a él. Depende, pues, del talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente. En este plano, el plano del juicio (*conscientia* en sentido estricto), es lícito decir que también la conciencia errónea obliga. En la tradición racional de la Escolástica esta proposición es absolutamente clara. Nadie debe obrar contra su conciencia, como ya había dicho San Pablo (Rom. 14,23). Pero el hecho de que la conciencia alcanzada obligue en el momento de la acción no significa canonizar la subjetividad. *Seguir la convicción alcanzada no es culpa nunca.* Es necesario, incluso, hacerlo así. Pero *sí puede ser culpa adquirir convicciones falsas y acallar la protesta de la anamnesis del ser.* La culpa está en otro sitio más profundo: no en el acto presente, ni en el juicio de conciencia actual, sino en el abandono del yo, que me ha embotado para percibir en mi interior la voz de la verdad y de sus consejos. De ahí que autores que obraron convencidos, como Hitler o Stalin, sean culpables. Los ejemplos extremos no deberían servir para tranquilizarnos, sino más bien, para sobresaltarnos y hacernos ver con claridad la seriedad del ruego: límpiame de los deslices que se me ocultan (Ps 19, 13)”.

⁵⁵ Cfr. Santo Tomás de Aquino, S. Th. I-II, 94, 6.

⁵⁶ Ratzinger, Joseph, op.cit., pág. 72

confundir su justificación racional en la evidencia *per se nota* de sus principios, con la aceptación efectiva de la misma en el juicio de conciencia de todos y cada uno de los hombres, que justamente nos permite distinguir la conciencia recta y verdadera de la conciencia errada (vencible o invenciblemente errada).

3.7. Fundamentación de la ley moral

Ahora bien, hechas estas aclaraciones, tanto respecto a la noción moderna que reduce el concepto de naturaleza al de leyes naturales (excluyendo a la ley natural), como al concepto clásico que lo identifica con la esencia como principio operativo en orden al fin, que el hombre por su naturaleza racional puede conocer a través del hábito natural (*sindéresis-anamnesis*) y expresarlo formalmente en una ley moral natural. Corresponde ahora referirse a la fundamentación misma de la ley moral. Mientras para el pensamiento moderno empirista y posmetafísico, la ley encontraría su fundamento en el consenso como expresión del principio de autonomía de la voluntad, para la concepción clásica esta fundamentación se encuentra en la ley eterna de la cual la ley natural participa⁵⁷.

En el primer caso, la concepción de la ley moral consensual es consecuencia de la crisis de la razón en la modernidad, del estrechamiento de la razón reducida solamente al conocimiento de los fenómenos empíricamente verificables por las ciencias positivas y de una secularización radical con su consecuente relativismo moral, que excluye tanto a la Fe como a la metafísica purificada por la misma Fe, en la síntesis lograda entre el helenismo y el cristianismo (*paideia cristiana*), y a la racionalidad práctica en cuanto capaz de alcanzar la verdad en el orden moral, político y jurídico. De esta manera se produce un desplazamiento al ámbito de lo subjetivo (*aquí está el meollo de la cuestión de la modernidad*). El sujeto, basándose en su experiencia, decide lo que considera admisible y la “conciencia” subjetiva se convierte, en la única instancia ética⁵⁸.

En otras palabras, si la razón se reduce solamente a lo empíricamente verificable y expresable matemáticamente, tanto la racionalidad de la Fe, centrada en el problema de Dios y del sentido último de la vida humana, como la racionalidad de la ética, de la política y del derecho referidas al obrar humano, cada una desde su perspectiva específica, quedan excluidas, lo que lleva necesariamente a negar la posibilidad de conocer la verdad práctica en cualquiera de los tres ámbitos, cayéndose en un secularismo, individualismo y relativismo casi “absolutos” (o quizás sin el casi). De esta manera, todo este campo va a ser regido, no por la racionalidad sino por la voluntad ciega o por la emoción⁵⁹, *pasándose de un objetivismo realista a un subjetivismo voluntarista o emocionalista, o en su caso a un intersubjetivismo también volutarista*, expresado por la idea del consenso como fundamento último de todo el orden ético, político y jurídico. Por su parte, el consenso solo, sin fundamento alguno, no puede

⁵⁷ Cfr. Santo Tomás de Aquino, S.Th., I-II, 91, 2, resp.

⁵⁸ Cfr. Ratzinger, Benedicto XVI, “Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones”, Ratisbona, Alemania, 12 de septiembre de 2006. Se puede consultar en www.vatican.va.

⁵⁹ Conf. Kalinowski, Georges, “El problema de la verdad en la moral y en el derecho”, Bs.As 1979. Eudeba.

constituirse en la base o sostén de todo el orden social, pues no es, ni puede ser por sí mismo, una justificación objetiva común y firme donde se pueda apelar.

Solo podremos superar el reduccionismo de la razón (que no es negar el impresionante desarrollo del conocimiento científico y técnico, sino por el contrario asumirlo con sus fabulosas conquistas y sus grandes riesgos), si podemos alcanzar una noción de *razón ampliada* como propone el Papa en Ratisbona. Dicho de otra manera, no es un volver a una *premodernidad* que desconozca los legítimos avances de la razón sobre todo en el campo de la ciencia, ni tampoco aceptar sin beneficio de inventario una *posmodernidad* materialista y relativista como resultado de una razón debilitada, sino asumir la modernidad desde una razón mas plena, que respetando una sana laicidad y la legítima autonomía de los saberes temporales⁶⁰, no solamente se limite a conocer como funcionan las cosas, sino también porqué y para qué existen.

Además de la ampliación de la razón hacia la racionalidad de la Fe, también se la debe *ampliar hacia la razón práctica* (superadora del voluntarismo subjetivista) por la cual a partir de los primeros principios evidentes o *per se nota*, que constituyen el contenido de la ley natural, de la ley inscrita en el propio ser del hombre, en la persona humana, podemos alcanzar conclusiones y soluciones racionales y razonables con el fin de dirigir la acción humana, tanto en el plano individual como social.

En realidad, esta ampliación no es totalmente distinta y mucho menos contraria a la anterior, porque la racionalidad de la Fe no es solamente especulativa, sino que tiene también una dimensión práctica (pensemos en el caso de la teología moral). Fe que convertida en esperanza y amor transforma al ser humano desde el centro mismo de su ser (esta es la auténtica conversión o *metanoia*). Por lo tanto, como tal no solo es plenamente compatible con la racionalidad práctica, sino que además es perfectible de aquella racionalidad práctica que alcanzamos naturalmente por el solo uso de la misma razón. En suma, la relación y síntesis entre Fe y Razón no se da solo en el plano del conocimiento especulativo, sino también en su extensión en el conocimiento práctico donde justamente el amor que nos muestra la fe y que alimenta nuestra esperanza es la plenitud misma de la *ley moral* y de su sujeto: *la persona humana*.

En cambio, para la concepción clásica de fundamentación de la ley natural en la ley eterna, en otra parte, dice Ratzinger: “***el hombre por sí mismo, simplemente por su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derechos, y su existencia misma es portadora de valores y normas, que pueden encontrarse, pero no inventarse. Quizás hoy en día la doctrina de los derechos humanos debería complementarse con una doctrina de los deberes humanos y los límites del hombre y esto podría quizá ayudar a replantear la cuestión de si no podría haber una razón de la naturaleza, y por tanto un derecho racional para el hombre y para el estar del hombre en el mundo (...)*** La era contemporánea ha formulado, en las diferentes declaraciones de los derechos humanos, un repertorio de elementos normativos de ese tipo y los ha sustraído al juego de las mayorías. La conciencia de nuestros días puede muy bien darse por satisfecha con la evidencia interna de esos valores. Pero esa clase de autolimitación de la indagación también tiene carácter filosófico. ***Existen, pues, valores que se sustentan por sí***

⁶⁰ Cfr. GS, 36; DCE, 28 y discurso de S.S. Benedicto XVI en la inauguración de la V conferencia del Episcopado latinoamericano y del Caribe, en el Santuario de Aparecida en Brasil, 13 de mayo de 2007, www.vatican.va

misimos, que tienen su origen en la esencia del ser humano y que por tanto son intocables para todos los poseedores de esa esencia⁶¹.

Como vemos, cuando habla de especie humana o de esencia del ser humano se está refiriendo al concepto clásico de naturaleza, como aquella ley (moral) que el hombre descubre (en su propio ser ontológico), pero no inventa. En otras palabras, no es un conocimiento que la razón construye a partir de sí misma, sino que es un conocimiento participado. Una *participación de la ley eterna en el hombre*⁶², por la que capta el orden dispuesto por aquella en su ser o naturaleza.

Por eso de la noción de naturaleza humana (*natura hominis*), en que se fundan la mayoría de las doctrinas del derecho natural, ya hemos visto que la moderna noción racionalista de una razón autosuficiente y autónoma no es sostenible. Tampoco lo son las distintas concepciones individualistas del estado de naturaleza (*homo in natura*). Como también serían insuficientes (más allá de la verdad que contienen por fundarse en la realidad), la concepción iusnaturalista romana, y la propia de Aristóteles, que es verdadera en cuanto concibe a la naturaleza como la esencia misma en tanto principio de operaciones en orden a su fin o entelequia (*operari sequitur esse*). Pero como bien dice Gómez Robledo carece de un fundamento último absoluto, por faltarle la noción de creación y por tanto de participación (ejemplarismo trascendente) en el ser y en el conocer que sí aparece en el iusnaturalismo cristiano, tanto en San Agustín, como específicamente en Santo Tomás⁶³. Aún sin alcanzar la meta final al no poder romper la caparazón del propio cosmos, en este punto estuvo más cerca Platón con su doctrina de la participación *eidética* y Cicerón con la noción de ley natural de raíz estoica, que en el caso de ésta última será purificada de sus elementos panteístas por San Pablo en la epístola a los Romanos y por la patristica (especialmente San Agustín) y la escolástica (sobre todo Santo Tomás).

Es necesario que por encima exista una concepción fundada en una verdadera antropología y metafísica del hombre, entendido como *creatura*, unidad substancial de cuerpo y alma, cuerpo animado y alma incorporada. En consecuencia, el fundamento último no sólo del orden social moral, político y jurídico, sino del hombre mismo, de su naturaleza y de su ley natural, es Dios como creador, sin perjuicio que su conocimiento no es evidente como en el caso de los principios de la ley natural, sino analógico a partir de los seres creados.

En consecuencia, si bien no es necesario remontarse al acto de Ser de Dios para justificar el razonamiento práctico que se deriva de los primeros principios evidentes de la ley natural, su Ser es el fundamento último de todo lo que existe, del hombre, de su ley y de su obrar. Como dice Finnis: “*Pero así como el hecho de que puede darse una buena explicación del movimiento molecular sin aludir a la existencia de un creador increado del completo estado de cosas en que tienen lugar las moléculas y las leyes del movimiento, no implica por sí mismo que no sea necesaria una explicación adicional de ese estado de cosas, o que no esté disponible tal explicación adicional, o que la existencia de un creador increado no sea esa explicación, así el hecho de que la ley natural pueda ser comprendida, aceptada, aplicada y analizada reflexivamente sin*

⁶¹ Ratzinger, Joseph, “*Las bases premorales del Estado Liberal*”, diálogo con el filósofo Jürgen Habermas en la Academia de Baviera, enero 2004, La Nación 28 de junio de 2005.

⁶² Cfr. Santo Tomás de Aquino, S.Th., I-II, 91, 2, resp.

⁶³ Cfr. Gómez Robledo, “*Meditaciones sobre la Justicia*”, Bs.As.,

aludir a la cuestión de la existencia de Dios, tampoco implica por si mismo que no sea necesaria una explicación adicional del hecho de que existen pautas objetivas sobre el bien y el mal y principios de razonabilidad (sobre lo moralmente correcto e incorrecto), o que no esté disponible tal explicación adicional, o la existencia y naturaleza de Dios no sea esa explicación”⁶⁴. En realidad, la explicación adicional es en última instancia la explicación fundamental, o sea, la explicación del fundamento del obrar humano, aunque no sea necesario remitirse a ella para justificar racionalmente el razonamiento práctico (justificado por su referencia a los primeros principios evidentes) por el que se dirige dicho obrar.

Al respecto señala Ratzinger: “La naturaleza, efectivamente, no es –como lo afirma un cientificismo totalizante- una obra del azar y de las reglas de su juego, sino una creación. En ella se expresa el **Creator Spiritus** (el ‘Espiríu creador’). Por eso, no existen solamente leyes naturales en el sentido de dinamismos psico-físicos: la ley natural verdadera y propiamente dicha es al mismo tiempo (también) ley moral. La creación misma nos enseña como podemos ser hombres de la manera que corresponde”⁶⁵.

Por otra parte cuando habla del hombre como sujeto de derechos y deberes, se está refiriendo a la persona humana como *suppositum*, o *subsistencia* individual de naturaleza (ousía, substancia o esencia) racional. Dicho de otra manera, el sujeto del derecho y del orden social, moral, político y jurídico es el hombre, es la persona humana, con su naturaleza y dignidad, que conoce y expresa a través de la ley natural moral, en la que se fundan tanto sus derechos como sus deberes fundamentales. “La ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos y los deberes, fundamentados en la naturaleza corporal y espiritual de la persona humana. Esta ley no puede entenderse como una normatividad simplemente biológica, sino que debe ser concebida como el orden racional por el que el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos”⁶⁶. Esto nos lleva a la consideración del último punto: la persona humana como principio y fundamento ontológico del derecho y del orden jurídico.

4. La persona humana como principio y fundamento ontológico del derecho y del orden jurídico.

En este sentido principio y fundamento se refiere al *sostén o soporte óntico de un ente o de una realidad, cualquiera que sea*.

4.1. El derecho como realidad accidental.

Toda realidad requiere un soporte óntico: *existe en sí* (sustancia) o *existe en otro* (accidente) y a su vez, *su existencia la recibe de otro* (el *ens* causado) o *no la recibe de ninguno* (el *esse* incausado). En el primer caso, el ser accidental para existir como tal requiere del ser sustancial en el que inhiere, pero a su vez en el segundo caso si este ser sustancial no es el *Ser* (incausado), tiene o participa del ser porque lo recibe de otro (ente causado). En consecuencia, el fundamento último de toda realidad sustancial o

⁶⁴ Finnis, John, “Ley Natural y Derechos Naturales”, Bs. As. 2000, Abeledo Perrot, pág. 81

⁶⁵ Ratzinger Joseph, “Iglesia y modernidad”, op. cit. Pág. 32.

⁶⁶ *Donum Vitae*, Introd., 3

accidental es el *Ser* o *esse* (incausado) que al participar al *ens* sustancial (causado) funda al mismo tiempo todos los accidentes que anidan en él.

Ahora bien, el derecho es una realidad accidental que constituye un cierto bien que especifica el obrar humano y por lo tanto anida en el hombre como en su sustancia. Como señala Félix Lamas: “*El derecho es una propiedad humana, es decir, es un accidente que procede o emana de la naturaleza específica del hombre. Sin pretender avanzar ahora en un análisis de su estatuto ontológico, de lo ya dicho surge con claridad que –en cuanto es lo justo– es algo formalmente cualitativo. En efecto, decir que un hombre es justo o que una conducta es justa, que la realización de un deber es justo, que un poder es justo, o que una norma es justa, es predicar de todas estas cosas la cualidad (el valor) de la justicia*”⁶⁷, aunque no se predique de todas de la misma manera, en algún caso lo será en sentido estricto y en otros en sentido amplio.

Entonces si el derecho entendido como lo justo es algo formalmente cualitativo, es algo por lo cual puedo calificar como justa o injusta tanto a la acción como a la relación. Por eso cuando digo que una acción es justa o una relación es justa, no estoy identificando al derecho con la acción o con la relación sin más, sino más bien valorando ambas según un criterio cualitativo de justicia. ¿Esto quiere decir que un accidente inhiere en otro accidente? Por cierto que no, pues los accidentes inhieren en la sustancia, aunque puedan hacerlo a través de otro accidente (por ejemplo la cualidad inhiere en la sustancia a través de la cantidad). En este caso cuando decimos que una acción es justa o injusta o que una relación es justa o injusta, lo hacemos siempre referido a un sujeto (el hombre) que es la sustancia donde inhiere. Así a través de la acción justa o injusta es el hombre realizador de la misma el que en última instancia es justo o injusto. Lo mismo sucede en el caso de la relación, pues cuando por ejemplo digo que una relación es justa o injusta, lo que en definitiva estoy afirmando es que uno de los sujetos de la relación es justo o injusto respecto del otro sujeto que es el que recibe aquello que es justo o que sufre la injusticia.

4.2. *La persona humana como realidad sustancial: la concepción ontológica.*

Si pasamos del derecho como accidente al sujeto que sería la sustancia donde inhiere, esta sería el hombre en tanto constituye una unidad sustancial de cuerpo y alma (*corpus et anima unus*). Un ser compuesto de cuerpo (materia) y forma (alma), unidos substancialmente, en un único ser sustancial donde el cuerpo y el alma no son dos sustancias completas, sino más bien dos co-principios sustanciales de un mismo y único ser, que se relacionan como acto (forma) y potencia (materia).

En consecuencia, el alma como forma, es acto primero del cuerpo, única forma sustancial en la unidad del compuesto. Por eso a través del alma como forma sustancial, el hombre (compuesto de cuerpo y alma) tiene el acto (primero) de ser, que numéricamente es uno, y que en orden de la especie, en tanto forma, lo determina constituyendo junto con la materia informada su esencia. Por eso con la unión sustancial del cuerpo y el alma se constituye el hombre en su ser (acto primero) y en su esencia humana (corpórea-anímica o psico-física), que conforma el principio intrínseco de sus operaciones propias (acto segundo), tanto de las específicas de su alma racional, como de las genéricas de su sensibilidad y vegetabilidad, virtualmente contenidas en

⁶⁷ Llamas, Félix Adolfo, “Dialéctica y derecho”, k Rev. Circa Humana Philosophia, III, Bs.As., 1998, pág. 61.

su alma racional como única forma substancial del hombre. Y justamente esta esencia como principio intrínseco de operaciones es la naturaleza (*Physys*), su naturaleza humana. En consecuencia, estas operaciones siguen al ser, pues cada ser opera conforme a su naturaleza (*operari sequitur esse*), realizando las mismas a través de las distintas potencias del alma y por tanto estas operaciones manifiestan la naturaleza y a través de ellas puedo conocerla.

. En otras palabras, este hombre constituye una *sustancia* (que existe *per se*), *individual* (indistinto en sí mismo, pero distinto de lo demás⁶⁸), de *naturaleza* (esencia o *ousía* como principio operativo en orden al fin), *racional* (en virtud de su alma espiritual pero unida constitutivamente con el cuerpo), lo que constituiría la tradicional definición de *persona* de Boecio: *Persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*⁶⁹. Como vemos ambas nociones (hombre y persona) están relacionadas, aunque en sí mismas se distinguen, pues *si bien todo hombre es persona, no toda persona es hombre*, pues como veremos, persona se predica primera y principalmente de Dios y secundaria y participativamente del hombre.

Por eso si partimos de esta definición tradicional, el sujeto de la definición (que refiere al ente que se identifica con la persona) sería la *substancia* como sustrato primario y fundamental del ser, sujeto de los accidentes, de las potencias, del obrar y del ocurrir. Una sustancia de unas características determinadas (la naturaleza racional) que la distingue de otras substancias (irracionales).

Ahora bien, el origen de esta acepción (más allá de su origen etimológico como *prosopon* = máscara) se asocia con las palabras griegas *ousía* (substancia, esencia) e *hypóstasis* (subsistencia). La misma surge como respuesta a los misterios trinitario y cristológico, por lo que corresponde hacer una distinción entre el ser persona en Dios y en el hombre. En efecto, si en Dios usáramos la palabra persona como *ousía* o esencia, llegaríamos a la conclusión que en la Santísima Trinidad habría tres *ousías* o esencias divinas distintas, dada cada una en su ser substancial, lo que evidentemente es una herejía frente al dogma por el que creemos en tres Personas (*hypóstasis*) divinas distintas (Padre, Hijo y Espíritu Santo) y un solo Dios (una sola *ousía*, substancia o esencia).

De la misma manera en Cristo, cada *ousía* (substancia, esencia o naturaleza: divina y humana) subsiste en la misma *hipóstasis* (la persona divina del Verbo encarnado). Caso contrario, si cada *ousía* o naturaleza realizara en Cristo su propia hipóstasis, tendríamos dos personas (humana y divina) paralelas a sus dos *ousías* o naturalezas, por lo cual no habría un solo Cristo sino dos (uno humano y otro divino), unidos como dos substancias o subsistencias completas en un mismo ser substancial mixto, lo que sería no sólo un error, sino un absurdo.

Esta ha sido justamente la crítica de Ricardo de San Víctor a la definición de Boecio: *Persona, no puede ser substancia, sino titular de una substancia*. Por su parte, él define la persona como: *Existens per se solum juxta singularem quamdam rationalis existentiae modum* (existente que existe por sí mismo en la forma singular de existencia

⁶⁸ Cfr. Santo Tomás de Aquino, S.Th. I, 29, 4

⁶⁹ Conf. Boecio: “*De duabus naturis et una persona Christi*”: Migne, Patrol. Lat. Vol 64 col. 1343 D, citado por Karol Wojtyla en “*Persona y Acción*”, Madrid, 1982, BAC, opág. 90, nota 6).

racional). Personalidad es un modo de existencia, un *modus existentiae*, no un inventario cualitativo, sino su específica realización individual. Existencia, no esencia⁷⁰.

Por eso Santo Tomás aclara: “Lo mismo que nosotros decimos de Dios en plural tres **personas** y tres **subsistencias**, los griegos dicen tres **hipóstasis**. Pero como el término ‘**substancia**’, que en su acepción propia equivale a ‘**hipóstasis**’, es en nuestro lenguaje palabra equívoca ya que unas veces significa la esencia y otras la hipóstasis, para alejar peligros de error han preferido traducir ‘**hipóstasis**’ por ‘**subsistencia**’, más bien que por ‘**substancia**’⁷¹.

De allí que la noción ontológica de persona sea equivalente al griego **hypóstasis** o **subsistencia** como titular o portador de una *ousía*, esencia o naturaleza⁷² (o de dos como en el caso de Cristo). En consecuencia, si bien en la realidad ambas nociones (persona y naturaleza: *hypóstasis* y *ousía*) se dan en un mismo ser, conceptualmente se distinguen, pues mientras que *naturaleza* refiere a la esencia universal o común que se realiza existencialmente en cada hombre, en cambio *persona* refiere al existente (ente) portador o sujeto de una naturaleza⁷³. Pudiendo existir incluso, una naturaleza humana sin persona humana, como es el caso de Cristo cuya naturaleza humana se realiza hipostáticamente en la persona divina del Verbo.

En consecuencia, en sentido propio llamamos persona al *sujeto que subsiste en el género de substancia (ousía) racional*, o sea, al *suppositum* de naturaleza racional, o como dice Boecio: “*Persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” . En dicho *suppositum* coexisten el principio del *subsistir*, por el cual existe por sí y no en otro y el principio del *subestar*, por el cual es el soporte ontológico de los accidentes que inhiere en él. Por lo tanto, aclara Santo Tomás que en el caso del “*individuo compuesto de materia y forma debe a su materia el tener o sustentar accidentes y por eso dijo Boecio que: ‘la forma simple no puede ser sujeto’, pero el subsistir por sí lo debe a la forma, porque ésta no adviene a algo ya subsistente, sino que es ella la que da el ser actual a la materia para que el individuo pueda subsistir. Si, pues, Boecio atribuye la **hipóstasis** a la materia y la **usiosim o subsistencia** a la forma, es porque la materia es **principio del subestar**, y la forma del **subsistir***”⁷⁴.

Si en el hombre además de su distinción en cuerpo (materia) y alma (forma), distinguimos entre su esencia corpóreo-anímica (potencia) y su ser (acto); este acto de ser penetra su esencia (haciéndola pasar de la potencia al acto) a través de su forma substancial (alma espiritual), por la cual el ser humano (persona) subsiste *per se*. Pero al mismo tiempo este acto de ser es recibido y limitado por la potencia a la que está ordenado y actualiza que es el cuerpo que sub-yace en la materia signada por su relación trascendental con la cantidad. Por lo tanto, en el caso del hombre su subsistir que le viene por su alma y su subestar que le viene por su cuerpo, constituyen conjuntamente al *suppositum* o *hipóstasis*, al individuo humano, que por ser un *suppositum* de una naturaleza racional, lo llamo *persona*, para distinguirlo de los otros *suppositum* no racionales.

⁷⁰ Conf. Spaemann Robert, “Personas, acerca de la distinción entre algo y alguien”, Pamplona, 2000, Eunsa, pág. 48

⁷¹ Santo Tomás de Aquino, S.Th. I, 29, 2, sol.

⁷² Cfr., Santo Tomás de Aquino, S.Th. I, 29, 2.

⁷³ Cfr. Hervada, Javier, “Lecciones...”, pág.

⁷⁴ Santo Tomás de Aquino, S.Th. I, 29, 2, 5

Por eso, en el caso del hombre, de cada hombre, hay un plexo de sujeto y acto de ser. Acto de ser que el hombre no tiene por sí mismo (*a se*), sino que lo recibe por participación de Dios, pero que como acto de ser subsistente (*per se*) de un ser de naturaleza racional, es, como dice Karol Wojtyła, necesariamente un acto de ser personal, o sea, constitutivo de la persona, que lo distingue como *alguien* (sujeto) y no meramente *algo* (objeto), en el universo: “La persona en cuanto tal posee su propia estructura óntica, aunque es distinta de todas las demás que rodean al ser humano en el mundo visible. Esta diferencia, la proporción o más bien la desproporción que se indica en las palabras ‘alguien’ y ‘algo’, llega a las mismas raíces del ser que es el sujeto. Según Santo Tomás, la dinamización fundamental del ser por medio de la existencia – *esse*-, y, en consecuencia, también todas las dinamizaciones posteriores que se reflejan en el actuar, operar y ocurrir, manifiestan también la misma diferencia, la misma proporción con su desproporción intrínseca. La persona, el ser humano en cuanto persona, es sujeto de la existencia y de la actuación, aunque es importante hacer notar que la existencia, *esse*, que le es propia es personal y no meramente individual en el sentido de naturaleza individual. Por consiguiente, el actuar –con el que se significa todo el dinamismo del hombre, incluyendo su actuación y lo que ocurre en él- es también personal. La persona se puede identificar con su soporte óntico, con la condición de que el ser que es ‘alguien’ manifieste no sólo su semejanza, sino también sus diferencias y alejamiento del ser que es meramente ‘algo’”⁷⁵.

En el mismo sentido Robert Spaemann hace también la distinción entre “alguien” y “algo”: “¿Qué significa que las naturalezas racionales existen como personas? Ciertamente persona es también un **nomen dignitatis**. Las naturalezas pueden exigir una clase determinada de respeto. Sin embargo, el sentido primario de la definición de Boecio es ontológico. La naturaleza racional existe como identidad. Eso significa que el individuo que existe así no se puede describir adecuadamente con ninguna descripción posible. Con otras palabras,: su denominación no puede ser sustituida por ninguna descripción. La persona es **alguien**, no **algo**, no un mero caso de una esencia indiferente frente a él (...) las personas son individuos que existen *per se* y tienen **dominiun sui actus**, dominio de sus propias acciones. Sus acciones no resultan simplemente de su naturaleza. De ellas se puede decir, más bien: **Non solum aguntur, sicut alia, sed per se aguntur**. No sólo actúan como las demás cosas, sino que obran por sí mismas. Es decir, son libres”⁷⁶.

Como necesariamente, el alma espiritual creada directamente por Dios es singular, creada en el mismo instante de su unión con el cuerpo individual y concreto que informa, por dicha unión comunica al cuerpo y a todo el hombre el acto singular de ser, único y distinto del acto singular de ser de todo otro hombre. Por eso, el alma espiritual en tanto acto primero del cuerpo es necesariamente incomunicable, pues si así no fuera y pudiera comunicar su mismo ser a otro, ese ser humano dejaría de ser el que es, para convertirse en otro, lo que es palmariamente imposible. En consecuencia, cada ser humano es único e irrepetible y por lo tanto *incomunicable* en su ser y no

⁷⁵ Wojtyła, Karol, “Persona y acción”, Madrid, 1982, BAC, pág. 90.

⁷⁶ Spaemann, Robert, “Personas, Acerca de la distinción entre algo y alguien”, Pamplona, 2000, Eunsá, pág 48/50.

intercambiable con ningún otro, lo que lo convierte en un ser ontológicamente cerrado en sí mismo.

Ahora bien, sin perjuicio de la *incomunicabilidad* radical de su ser, la persona humana, es, sin embargo, bajo otro aspecto, un ser abierto al mundo y al otro, pero en tanto otro, o sea, manteniendo la *alteridad*. Por lo tanto, así como la incomunicabilidad radical de su ser se funda en la ontología de la persona, la *comunicabilidad* con el mundo y los demás también se funda en la misma ontología, en tanto constituye una perfección accidental (relacional) de su sustancialidad individual. Esta apertura es intencional en cuanto se realiza a través del conocimiento. El conocimiento intelectual es la actividad (acto segundo) específica de su naturaleza racional que supone el acto de ser participado en cada sustancia individual o persona (acto primero).

Esta perfección accidental en el orden de la relación (la persona humana no es una relación pero es un ser en relación), no es un mero agregado extrínseco y accesorio a su naturaleza, sino que se trata de un accidente propio que se sigue necesariamente de su misma esencia o naturaleza racional. En otras palabras, se funda en la naturaleza social y política de la persona humana (el *zoom polytykon* de Aristóteles), por la cual la sociedad como plexo de relaciones es una realidad accidental (que constituye un todo virtual) que inhiere en la persona humana como en su sustancia (que a su vez constituye un todo substancial). En esta participación del accidente en el ser de la sustancia, a la que a su vez determina y perfecciona accidentalmente, estriba la primacía de la *persona* (sustancia) sobre la *sociedad* (accidente), en cuanto la sociedad es para la persona tanto en su dimensión individual como social (sin caer por ello en el error del individualismo) y no la persona para la sociedad (lo que llevaría a alguna forma de totalitarismo).

Por eso el Aquinate va a definir la persona (distinguiéndola de todo otro suppositum o hipóstasis) por la dignidad de su naturaleza racional: ‘*la hipóstasis que se distingue por alguna propiedad perteneciente a la dignidad*’⁷⁷. En consecuencia, para el Aquinate “*Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional (scilicet subsistens in rationali natura)*”⁷⁸.

4.3. La persona en el pensamiento posmetafísico: La concepción funcional.

Ahora bien, en el pensamiento posmetafísico moderno la noción de persona va a sufrir un cambio radical, pues ya no va a echar sus raíces en la ontología, en el ser (y propiamente en el ser persona) a la que va a repudiar. Ya no se considerará *persona* al *suppositum*, *hipóstasis* o *subsistencia* de naturaleza (*ousía*) racional, sino al sujeto de alguna funcionalidad vital a la que se le reconoce el atributo de ser el origen de la personalidad o personeidad. Actualmente muchos distinguen entre *ser humano* y *persona humana*, pues, mientras que aquel es todo individuo de la especie humana, la persona humana se la identifica con el *status* de un sujeto, solo en tanto realiza alguna función vital (la racionalidad en acto, la percepción placer-dolor, la dimensión relacional, etc.), o con el reconocimiento público (concepción política de la persona), que concede dicho status de persona al sujeto (humano o no humano) poseedor de alguna nota característica, no de su ser (porque eso sería ontología metafísica) sino de

⁷⁷ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 29, 3, 2.

⁷⁸ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 29, 3.

su funcionalidad operativa⁷⁹. Por lo cual afirman que el hombre no es persona sino que se hace persona a través de una evolución progresiva y puede dejar de serlo al desaparecer la función vital con la que identifican la personalidad. Así para algunos no son personas, los embriones humanos, los fetos, los enfermos sin conciencia, etc.⁸⁰, o pueden serlo incluso los animales superiores no racionales⁸¹.

Por ejemplo, sostiene Rawls: “Quiero subrayar que la concepción de la persona como libre e igual es una concepción normativa: es **construida** por el pensamiento y la práctica –morales y políticos-, y es estudiada por la filosofía moral y política y por la filosofía del derecho. Desde la antigua Grecia, tanto en la filosofía como en el derecho, el concepto de persona ha sido el de alguien que participa en la vida social o cumple algún papel en ella, por tanto de alguien que puede ejercer y respetar sus diversos derechos y deberes. (...) Como corresponde a una concepción política de la justicia que entiende la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, un ciudadano es aquel que puede ser un participante libre e igual durante toda una vida. **No ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano** (un miembro de la especie **Homo sapiens**) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole, entre los que se incluyen, por ejemplo, los conceptos de facultades morales y de las virtudes morales y políticas”⁸².

En última instancia, Rawls distingue entre el concepto descriptivo de ser humano propio de la biología o psicología y el concepto normativo o prescriptivo de persona como sujeto autónomo, central de su concepción política, que como tal es *construido* por el pensamiento y la práctica moral y política. En otras palabras, *no todo ser humano necesariamente es persona*, sino solamente el que como tal es reconocido por los textos fundamentales como portador de personalidad, como sujeto de derecho en tanto ciudadano libre e igual. Por eso, *bajo ningún aspecto puede considerarse una concepción política de la persona (como la propuesta por Rawls), como una concepción metafísica o fundada en alguna concepción metafísica, sino más bien debe entenderse como una concepción política fundada en lo que la razón pública (el consenso) entiende como persona*.

Así hoy día podemos distinguir en sentido amplio claramente dos concepciones de la persona humana: 1) *ontológica*: que identifica la persona humana con el ser humano que subsiste en una *ousía* o naturaleza racional y que constituye el sustrato o soporte ontológico (*suppositum*) de los accidentes, de las potencias, del obrar y del ocurrir. Tiene su ser en acto (como acto primero de una esencia humana), aunque el ejercicio o funcionalidad de la racionalidad no siempre se encuentre en acto (como acto segundo de la misma esencia) sino en potencia (como sucede con los embriones o los enfermos que pierden la conciencia)⁸³. 2) *funcionalista*: toda concepción que identifica

⁷⁹ Cfr. Rawls, John, “El liberalismo político”.

⁸⁰ Cfr. Engelhardt, Tristram, “*Los fundamentos de la Bioética*”, Barcelona, 1995, Paidós.

⁸¹ Cfr. Singer, Peter, “*Ética práctica*”, Barcelona 1984; “*Repensar la vida y la muerte-el derrumbre de nuestra ética tradicional*”, Barcelona, 1997, Paidós.

⁸² Rawls, John, “*Justicia como equidad una reformulación*” edición a cargo de Erin Kelly, op. cit. Pág. 49.

⁸³ Cfr. Spaemann, Robert, “*Personas, Acerca de la distinción entre algo y alguien*”, Pamplona, 2000, Eunsu, pág 234/236: “En relación con los niños, el argumento del nominalismo dice que son sólo personas *potenciales*. Precisan ser cooptados por la comunidad de acogida para convertirse en personas. A una parte del argumento he respondido ya: la acogida supone al ser que hay que acoger. De algo *no* deviene alguien. Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si persona es alguien

la noción de persona humana con alguna función vital del ser humano, o con alguna forma de reconocimiento público por medio del consenso. En consecuencia, para estos últimos la personalidad es un atributo que se adquiere o se pierde con prescindencia del ser humano que subyace.

4.4. La dignidad de la persona humana.

En relación con la noción de persona y particularmente de persona humana, encontramos la concepción también fundamental de *dignidad humana*. “*Dignitas quiere decir la cualidad de ‘dignus’*. Esta palabra, deriva de la misma raíz ‘dec’ que encontramos en el verbo defectivo ‘decet’ (‘es conveniente’, ‘merece’) y en el sustantivo ‘decor’ (lo que es merecido), de donde toda la serie de los otros términos relacionados con el decoro, es decir, con la apariencia excelente pero merecida”⁸⁴. En otras palabras, la dignidad refiere a algo excelente, merecedor de respeto. Por eso cuando hablamos de dignidad humana se refiere a la cualidad de excelencia y merecedora de respeto que tiene el hombre por ser hombre.

En consecuencia, según cual sea la concepción de persona será la de dignidad humana. Al respecto, existen dos grandes modelos paradigmáticos de *dignidad humana*: 1) el modelo kantiano; 2) el modelo clásico.

1) El **modelo kantiano**: identifica la dignidad humana con la autonomía de la voluntad: “*es la constitución de la voluntad por la cual ésta es una ley para ella misma (independientemente de toda constitución de los objetos del querer). El principio de autonomía es, así pues; no elegir sino de tal modo que las máximas de la propia elección estén comprendidas a la vez en el mismo querer como ley universal*”⁸⁵. Señala Kant: “*nada tiene otro valor que el que la ley le determine. Pero la legislación misma, que determina todo valor, tiene que tener precisamente por eso una dignidad, esto es,*

que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la substancia según Aristóteles. La persona es substancia porque es el modo como es el hombre. No comienza a existir después del hombre ni se extingue antes que él. (...) El ser personal no es resultado de un desarrollo, sino la estructura característica de un desarrollo. Como las personas no son absorbidas por sus respectivos estados actuales, pueden entender su propio desarrollo como desarrollo y a sí mismos como una unidad a través del tiempo. Esta unidad es la persona. Hablar de personas potenciales carece asimismo de sentido porque el concepto de potencialidad sólo puede surgir suponiendo el ser personal (...) Algo es posible cuando se dan todas las condiciones. Pero, en ese caso, también es real (...) las personas son o no son. Pero si son, son siempre actuales, *semper in actu*. Son, como la substancia aristotélica, *prote energeia*, realidad primera que encierra en sí la posibilidad de diferentes actualizaciones ulteriores. Hablar de intencionalidad posible y de intencionalidad naciente tiene, desde luego sentido. Los actos intencionales pueden emerger de la conciencia y adoptar poco a poco la estructura proposicional por virtud de la cual se convierten en unidades atómicas distintas. Siempre que se habla de intencionalidad potencial, suponemos a personas *reales*. El reconocimiento del ser personal es el reconocimiento de una demanda absoluta. La incondicionalidad de la demanda sería ilusoria, si, siendo incondicionada como tal, su existencia efectiva dependiera de condiciones empíricas, que son siempre hipotéticas (...) Para la condición de ser personal sólo puede y debe haber un criterio: la pertenencia biológica al género humano. De ahí que tampoco se pueda separar el comienzo y el fin de la existencia de la persona del comienzo y fin de la vida humana. Si existe ‘alguien’, existe desde que existe un organismo humano individual, y seguirá existiendo mientras el organismo esté vivo. El ser de la persona es la vida del hombre. Por eso no tiene sentido decir, por ejemplo que la muerte cerebral acaso no sea la muerte del hombre, pero sí la de la persona, pues la persona es el hombre, no una cualidad del hombre. Por eso no puede la persona morir antes que el hombre. De ahí que sean competentes en el problema del comienzo y fin de la persona aquellos que son competentes en el problema del comienzo y el fin biológicos de la vida humana”.

⁸⁴ D’Ors, Alvaro, “la llamada dignidad humana”, Bs. As. La Ley 31/7/1980, Año XLV, N° 148.

⁸⁵ Kant, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, Barcelona, 1996, Ariel, pág. 211.

un valor incondicionado, incomparable, para el cual la palabra **respeto** proporciona la expresión conveniente de la estimación que un ser racional tiene que efectuar de ella. La **autonomía** es, así pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional”⁸⁶. Por eso “en el reino de los fines todo tiene precio o dignidad”⁸⁷. Las cosas son sustituibles por algo equivalente (precio), en cambio “lo que se halla por encima de todo precio, y por tanto no admite nada equivalente, tiene una **dignidad** (...) aquello que constituye la condición únicamente bajo la cual algo puede ser fin en sí mismo no tiene puramente un valor relativo, esto es un precio, sino un valor interior, esto es una **dignidad** (...) la moralidad y la humanidad en tanto es capaz de la misma, es lo único que tiene **dignidad**”⁸⁸. En otras palabras, el hombre en virtud del principio de autonomía de la voluntad es un fin en sí mismo y nunca puede ser tratado como medio. En consecuencia, aquí reside su *dignidad*.

2) El **modelo clásico**: funda la dignidad humana en el ser del hombre, en su naturaleza (esencia) humana. En este sentido Santo Tomás se refiere a la igual dignidad de las personas divinas en la Santísima Trinidad: “Por tanto, la paternidad es la dignidad del Padre, como es la esencia del Padre, ya que **la dignidad es cosa absoluta y pertenece a la esencia**; y, por consiguiente, como la misma esencia que en el Padre es paternidad es en el Hijo filiación, la misma dignidad que es paternidad en el Padre es filiación en el Hijo”⁸⁹. Por eso el Aquinate va a definir la persona (distinguiéndola de todo otro suppositum o hipóstasis) por la dignidad de su naturaleza racional: “Aunque el término ‘persona’ en su significado originario no convenga a Dios, sin embargo, en cuanto a aquello para significar lo cual se emplea, es a Dios a quien más conviene. En efecto, debido a que en las comedias y tragedias se representaban algunos personajes famosos, se empleó el nombre de ‘persona’ para designar a los que tenían alguna dignidad. De aquí viene que en las iglesias se acostumbre a llamar ‘personas’ a los constituidos en dignidad. Por esto también definen algunos la persona diciendo que es ‘**la hipóstasis que se distingue por alguna propiedad perteneciente a la dignidad**’, y puesto que es gran dignidad subsistir en la naturaleza racional, a todo individuo de esta naturaleza se le llama persona, como hemos dicho. Pues bien, la dignidad de la naturaleza divina excede a toda otra dignidad, y por ello el nombre de persona conviene sobre todo a Dios”⁹⁰. En consecuencia, para él “Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea, el ser subsistente en la naturaleza racional (**scilicet subsistens in rationali natura**)”⁹¹. Así siguiendo su pensamiento podemos fundar la dignidad en el ser antes que en el obrar. En otras palabras, la dignidad subsiguiente en el obrar se sigue de la dignidad original en el ser, porque se funda en el ser (*operari sequitur esse*).

En suma, la noción ontológica de persona se corresponde con la concepción clásica de dignidad humana, en cambio, la concepción funcional de la persona sigue el modelo kantiano. En el primer caso, serían personas todos los seres humanos por ser *suppositum* de una *ousía* o naturaleza racional, siendo en consecuencia dignos

⁸⁶ Kant, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, op.cit., pág. 201.

⁸⁷ Kant, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, op.cit., pág. 199.

⁸⁸ Kant, “Fundamentación de la metafísica de las costumbres”, op.cit., pág. 199.

⁸⁹ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 42, 4, sol. 2

⁹⁰ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 29, 3, sol. 2

⁹¹ Santo Tomás de Aquino, S. Th. I, 29, 3, sol. 2.

(merecedores de respeto) por constituir la dignidad algo de la esencia. Por su parte, en el segundo caso, sólo son personas aquellas que son reconocidas como tales por el consenso (principio de autonomía), en virtud de alguna función vital (conciencia, relación, etc.). En consecuencia, sólo las personas son dignas, se les reconoce dignidad humana. Pero como para estas concepciones *no todo ser humano es persona*, aquellos seres humanos que no son considerados personas (embriones, fetos, neonatos, discapacitados mentales profundos o enfermos comatosos) tampoco tendrían dignidad, ni serían merecedores de respeto.

4.5. Concepción ético-jurídica de la persona.

Ahora bien, luego de haber analizado la noción de persona en el plano teórico, corresponde abordar su estatuto *ético-jurídico* en el plano práctico. Así mientras para la concepción ontológica del ser humano como persona, esta es fundamento de la éticidad y juridicidad con que tiene que ser reconocido y tutelado; para la concepción funcional de la persona, el estatuto ético-jurídico de la persona humana surge del reconocimiento público de alguna dimensión de su funcionalidad operativa (conciencia, relación, etc.), por la cual se lo considera y tutela como tal.

El *estatuto ético-jurídico* de la persona humana contempla tanto al sujeto del obrar moral, como al sujeto jurídico titular de derechos y deberes. Así para la concepción ontológica tenemos que distinguir la acepción filosófica de persona (sustancia individual de naturaleza racional), de su acepción moral (sujeto del obrar moral) y jurídica (sujeto de derecho). En realidad estas nociones no se contraponen, pues la existencia del sujeto de la acción moral, como de los distintos *status* con sus respectivos derechos y deberes, suponen un *status* básico común que es la condición humana y que coincide con la concepción ontológica de la persona, que por ser más amplia y genérica incluye a la moral y a la jurídica como más especiales y específicas, dado que la moralidad y la juridicidad surgen de la racionalidad y su consecuente sociabilidad que constituyen al *suppositum* individual en persona humana.

Al respecto, dice Hervada: “La persona humana, justamente por ser persona, posee un ser inferior pero semejante al ser en acto puro: es el ser **debido** o, en otras palabras exigitivo. Todo lo que es intrínseco a su ser –fundamentalmente dos cosas: su ser en acto y su ser en potencia, esto es, lo que es en cada momento histórico y los fines que le son naturales- no es acto puro, pero es **debido, exigitivo**. Se trata de ser en grado tan alto y eminente que **postula**, debe ser según su condición histórica y según sus fines. Ello proviene de su mismo **quantum** de ser, de su perfección o eminencia de ser, de modo que la acción contraria o degrada la persona o la hiere; es contra su propia ontología, la cual queda contrahecha o lesionada. En otras palabras, el ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber ser. Se observa que aquí se entrecruzan dos cosas: la ética y el derecho. Hay un **deber ser moral**, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona. Y hay un **deber ser jurídico** de los demás respecto de la persona”⁹².

Por una parte, como sostiene Wojtyla la acción humana en el plano moral presupone a la persona, pero por otra, fenomenológicamente la manifiesta y en consecuencia podemos llegar a la consideración de la persona a través de sus acciones:

⁹² Hervada Javier, “Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho”, op. cit., pág. 46

*“Una acción presupone una persona. Esta ha sido la orientación normal en los diferentes campos de la reflexión que tienen como objeto el actuar del hombre, y es especialmente claro en el caso de la ética, que trata de la acción, que presupone una persona, es decir, que presupone al hombre como persona. Por otra parte, el objetivo de nuestro estudio, titulado **Persona y acción**, es invertir esta relación. No se trata de una disertación sobre la acción en que se presupone a la persona. Hemos seguido una línea distinta de experiencia y entendimiento. Para nosotros, la acción revela a la persona y miramos a la persona a través de su acción. La misma naturaleza de la correlación inherente en la experiencia, en la misma naturaleza de la actuación del hombre, implica que la acción constituye el momento específico por medio del cual se revela la persona. La acción nos ofrece el mejor acceso para penetrar en la esencia intrínseca de la persona y nos permite conseguir el mayor grado posible de su conocimiento. Experimentamos al hombre en cuanto persona, y estamos convencidos de ello porque realiza acciones”⁹³.*

En cambio, respecto a la concepción jurídica de persona, más allá que originalmente (como sucedía en el Derecho Romano y en el Antiguo Régimen) se refirió a la dignidad o rol social de cada hombre en la sociedad, que constituyen los distintos *status*, luego por influencia del cristianismo paso a identificarse con la misma condición humana como *status* básico común. Ahora bien, como sostiene Antonio Truyol y Serra: *“Ello no supone evidentemente que el hombre medieval no tenía derechos fundamentales. Lo que ocurre es que la Edad Media, e incluso la Edad Moderna durante el llamado ‘Antiguo Régimen’ (que en determinadas zonas, movimientos y corrientes se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX, en espera de intentar resurgir bajo nuevas formas en el siglo XX), conoce ‘derechos estamentales’, derechos propios de los estamentos, de los ‘estados’ u ‘ordenes’ en que aparece estratificada la sociedad feudal. La sociedad se presenta al hombre medieval y al del Antiguo Régimen como ‘naturalmente’ estructurada en un orden jerárquico de estamentos con un **status** desigual, en el que la desigualdad se asienta esencialmente en el principio hereditario condicionado por el nacimiento. La pertenencia a un estamento, orden o estado (**Stand, état**) determinaba así cual fuera el patrimonio jurídico de cada cual, su situación jurídica en el todo social. Un exponente de tales derechos es la famosa Magna Carta inglesa (1215), documento feudal por su carácter y forma, en el cual Juan sin Tierra confirmó a los barones de su reino disposiciones anteriores a su favor y otras que se extenderían también a las demás categorías de súbditos. En realidad, la Edad Media no desconocía que todos los hombres, más allá de su **status** social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana, hecha ‘a imagen y semejanza de Dios’, la igualdad esencial de los hombres. Estos principios permitieron a un sector de la doctrina, especialmente a Santo Tomás de Aquino y su escuela, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho natural de conquista por parte de los cristianos fundado en la infidelidad, que muchos defendían. Aquella fue asimismo la posición de la teología moral española de los siglos XVI y XVII: Vitoria, Las Casas, Soto, Suárez y otros, quienes la desarrollaron sistemáticamente con ocasión del descubrimiento de América*

⁹³ Wojtyła, Karol, “Persona y acción”, Madrid, 1982, BAC, pág. 12.

y su ocupación por los españoles, con consecuencias de gran alcance para el derecho de gentes y el derecho de colonización (así, las celebres **Leyes de Indias**)”⁹⁴.

Por eso, caído el antiguo régimen hoy se reconoce al *status* básico común del ser humano como fundamento jurídico natural de su ser persona, en tanto sujeto de derecho, titular de derechos y deberes, y de su *isonomía* (igualdad básica ante la ley), más allá de las desigualdades posteriores propias a su condición o ubicación dentro del orden social. Podemos citar nuevamente a Hervada: “Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la **juridicidad natural** de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de **sujeto de derecho** –como la condición de sujeto de la comunicación oral – no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre puede ser, si se quiere, capaz de derechos. La **juridicidad natural** significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser **persona** no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho (.....) la **condición ontológica de persona** incluye la **subjetividad jurídica**, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano ”⁹⁵.

En consecuencia, para la concepción ontológica que sostiene el iusnaturalismo clásico todo el orden del deber ser humano (ético y jurídico), se funda en el ser del hombre⁹⁶, o sea, en el ser persona: “En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es **persona**, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y de voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo **derechos y deberes** que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables”⁹⁷.

En cambio, para la concepción funcional, como por ejemplo vimos en el caso de Rawls, “la concepción de la persona se desprende del modo en que la cultura política pública de una sociedad democrática concibe a los ciudadanos, algo que se plasma en sus textos políticos fundamentales (constituciones y declaraciones de los derechos humanos) y en la tradición histórica de interpretación de esos textos”⁹⁸. La personalidad (en una concepción política) es un atributo que se desprende, no de alguna característica natural del ser humano reconocida por las constituciones y declaraciones de derechos humanos, sino de lo que estas constituciones o declaraciones considera persona. Aquí se encuentra el meollo de la cuestión respecto al carácter declarativo o constitutivo de derechos de las constituciones y declaraciones. En otras palabras, para esta concepción estos instrumentos no son meramente declarativos de una realidad anterior que reconocen y garantizan, sino que son constitutivos de la realidad política en

⁹⁴ Truyol y Serra, Antonio, “Los Derechos humanos-Declaraciones y Convenios internacionales”, Madrid, 1994, Editorial Tecnos, pág. 12.

⁹⁵ Hervada Javier, “Introducción crítica al derecho natural”, op. cit., pág. 119 y 122.

⁹⁶ Pieper, Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974, pág.15.

⁹⁷ *Pacem in Terris*, 8.

⁹⁸ Rawls, John, “Justicia como equidad una reformulación” edición a cargo de Erin Kelly, op. cit. Pág. 44.

la que se inscriben teniendo como cuestión central el status de persona por ellos construido.

*“la concepción de la persona –continúa Rawls- como libre e igual es una concepción normativa: es **construida** por el pensamiento y la práctica –morales y políticos-, y es estudiada por la filosofía moral y política y por la filosofía del derecho (...) **no ha de confundirse esta concepción de persona con la concepción de ser humano** (un miembro de la especie **Homo sapiens**) que pudiera establecer la biología o la psicología sin hacer uso de conceptos normativos de diversa índole, entre los que se incluyen, por ejemplo, los conceptos de facultades morales y de las virtudes morales y políticas”⁹⁹.*

En otras palabras, el *status de persona* como sujeto de derecho (titular de derechos y deberes) no se funda en el ser del hombre, en su naturaleza sino en el consenso o en el discurso normativo, por el cual no se reconoce la personalidad a todos los seres humanos (vgr. embriones, etc.) sino a los que reúnan determinadas características funcionales (conciencia, relación, etc.) reconocidas por el consenso público. En consecuencia, a diferencia que para la concepción ontológica clásica que enarbola el iusnaturalismo, *ser persona no es de origen natural sino positivo*.

En el mismo sentido y en clave estrictamente jurídica podemos citar a Kelsen como paradigma del positivismo jurídico que define a la persona como un *centro de imputación de normas*, como una noción técnica creada por el derecho entendido como el conjunto de normas coactivas, formalmente validas y fácticamente eficaces. *“La persona física no es el hombre, como lo considera la doctrina tradicional. El hombre no es una noción jurídica que expresa una función específica del derecho; es una noción biológica, fisiológica y psicológica. Cuando una norma utiliza el concepto de hombre no le confiere a ello el carácter de una noción jurídica. De la misma manera, el concepto de la electricidad no se convierte en una noción jurídica cuando es utilizado en una norma jurídica que regula el empleo de esta fuerza natural. El hombre solamente puede transformarse en un elemento del contenido de las normas jurídicas que regulan su conducta cuando convierte algunos de sus actos en el objeto de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos. El hombre no es esa unidad específica que denominamos persona. La distinción entre el hombre, tal como lo define la ciencia de la naturaleza, y la persona como concepto jurídico, no significa que la persona sea un modo particular del hombre, sino, por el contrario, que esas nociones definen objetos totalmente diferentes. El concepto jurídico de persona o de sujeto expresa solamente la unidad de una pluralidad de deberes, de responsabilidades y derechos subjetivos, es decir, la unidad de una pluralidad de normas que determinan estos deberes, responsabilidades y derechos subjetivos. La persona denominada ‘física’ designa el conjunto de normas que regulan la conducta de un solo y mismo individuo. La persona es el ‘soporte’ de los deberes, de las responsabilidades y de los derechos subjetivos que resulten de estas normas, o más exactamente, el punto común al cual deben ser referidas las acciones y las omisiones reguladas por estas normas”¹⁰⁰*

4.6. El fundamento de la persona humana.

⁹⁹ Rawls, John, “Justicia como equidad una reformulación” edición a cargo de Erin Kelly, op.cit. Pág. 49.

¹⁰⁰ Kelsen, Hans, “La teoría pura del Derecho”, Bs. As. 1960, Eudeba, pág. 125.

Nos queda por último hacer una referencia al fundamento de la persona humana (como hicimos con la ley natural) y al respecto podemos distinguir que mientras para la concepción funcional del pensamiento moderno posmetafísico, el fundamento de la persona también sería el consenso por el cual se otorga dicho status a determinados seres humanos (o no humanos), de acuerdo a determinadas características funcionales; para la concepción ontológica clásica el fundamento de la persona humana se encontraría en la participación y analogía del ser.

En el primer caso, la concepción funcional de la persona es consecuencia de la crisis de la razón en la modernidad, del estrechamiento de la razón al que hacíamos referencia, por lo que me remito a lo dicho en el punto 3.7 tanto respecto al reductivismo de la razón moderna como a la imposibilidad de considerar el consenso como fundamento.

La crisis del fundamento ha sido justamente la clave de la crisis de la modernidad. Al respecto señala Benedicto XVI: *“Entre estas, quiero mencionar en primer lugar la necesidad de un estudio exhaustivo de la crisis de la modernidad. Durante los últimos siglos, la cultura europea ha estado condicionada fuertemente por la noción de modernidad. Sin embargo, la crisis actual tiene menos que ver con la insistencia de la modernidad en la centralidad del hombre y de sus preocupaciones, que con los problemas planteados por un "humanismo" que pretende construir un **regnum hominis** separado de su necesario fundamento ontológico. Una falsa dicotomía entre teísmo y humanismo auténtico, llevada al extremo de crear un conflicto irreconciliable entre la ley divina y la libertad humana, ha conducido a una situación en la que la humanidad, por todos sus progresos económicos y técnicos, se siente profundamente amenazada”*¹⁰¹.

Por eso, frente a este proceso moderno y contemporáneo de desconstrucción de la metafísica, habría que oponer una reconstrucción de la misma. Pero pienso que formularlo de esa manera significaría una concesión al pensamiento débil desconstruccionista, pues parecería reconocer que su prejuicio antimetafísico realmente hizo mella en el pensamiento fuerte del realismo filosófico, lo cual es falso. O sino por el contrario puede parecer que la metafísica sea algo que podamos construir o desconstruir *“a piacere”*. Por eso prefiero hablar de una *re-afirmación* de la metafísica.

Si bien existen distintas concepciones que pueden ser legítimas, el sólido pensamiento de Santo Tomás de Aquino tiene una ventaja sobre ellas, pues con la originalidad de su distinción entre esencia y acto de Ser, va más allá de la distinción entre materia y forma que se da en el plano de la esencia y de esta manera nos permite superar tanto al esencialismo formalista (por medio de la primacía del acto de Ser), como al existencialismo radical que no reconoce las esencias (p.ej. Sartre). De la misma manera, con la noción de participación metafísica (que en el siglo XX resaltara Fabro) del ente (que tiene el ser participado) en el Ser imparticipado (*ipsum esse subsistens*), que se da en el marco de una concepción de la creación y de la creaturidad, entendida como relación trascendental y constitutiva de dependencia (en el ser) respecto al Creador, la metafísica tomista como expresión máxima de la razón humana se integra

¹⁰¹ Discurso a los Participantes en el encuentro europeo de Profesores universitarios, 23 de junio de 2007, www.vatican.va.

con la Fe que se funda en la revelación divina, en una síntesis magistral e insuperable. El desafío no es simplemente repetirla literalmente, sino apoyados en ella repensar la realidad actual con su problemática, con el mismo espíritu realista que animó al aquinate.

Si partimos del ente móvil (el movimiento justamente es el paso de la potencia al acto), filosóficamente la inteligencia se remonta a partir del mismo (compuesto de materia y forma), a través del orden causal y por medio de la analogía (del ser) de proporcionalidad propia, que expresa la semejante aunque diversa constitución de los entes en orden a la relación trascendental entre acto y potencia, hasta Dios como el mismo ser subsistente (*ipsum esse subsistens*). *Acto puro e intensivo de Ser, sin mezcla alguna de potencia, infinito y no coartado o determinado por ninguna forma limitante*, en el que como señala Santo Tomás su esencia divina se identifica con su mismo acto de Ser¹⁰². “El mismo *esse* es lo más perfecto de todo, pues se compara a todo como acto. Nada tiene, en efecto, actualidad sino en cuanto es. De ahí que el mismo ser (*ipsum esse*) es la actualidad de todas las cosas e incluso de las mismas formas. En consecuencia no se compara a las demás cosas como el recipiente a lo recibido sino más bien como lo recibido al recipiente”¹⁰³.

Para una vez alcanzada las altas cumbres de la fundamentación metafísica en el *ipsum esse subsistens*, descender por el mismo orden causal, por medio de la analogía (del ser) de atribución intrínseca (que tiene a Dios como el primer analogado o analogante, que comunica realmente el ser a los demás entes), como conocimiento y expresión de la doctrina de la participación metafísica, que explica la esencial dependencia de los entes creados respecto del Ser increado. La creación misma se entiende como esta relación trascendental y constitutiva de dependencia en el orden del ser. Participan del acto de ser, que reciben de la ejemplaridad y eficiencia divina a través de su forma sustancial en tanto co-principio determinante de su esencia. *Acto de ser participado, determinado, finito y limitado por esa esencia*, por el cual, a diferencia de Dios, podemos distinguir su acto de ser (su ser en acto) de su esencia (compuesta de materia y forma), como potencia que lo limita y coarta.

En el caso del hombre, este acto de ser lo recibe a través del alma espiritual por la cual es imagen y semejanza de su creador. Alma (forma) que es acto primero de su cuerpo (materia), en última instancia de su ser humano (en la unidad del compuesto). En consecuencia, Dios es persona, entendido como relaciones subsistentes entre Padre, Hijo y Espíritu Santo, predicándose su ser persona *per se primo*. Por su parte el hombre, creado a imagen y semejanza de Dios persona, es también persona, aunque entendido no como relación subsistente, sino como subsistente en el género de substancia, o sea o naturaleza racional, sin perjuicio que su predicación no es *per se primo*, sino *per participationem*.

Por lo tanto, para la concepción ontológica clásica, el término y la noción de persona es análoga, correspondiendo a Dios en tanto *ipsum Esse Subsistens*, en sentido propio y estricto, como el primer y principal analogado y analogante en la analogía de la persona, mientras que el hombre en tanto su ser subsistente racional lo tiene en sí pero no por sí (*per se*, pero no *a se*), es persona también pero por participación, como analogado derivado del principal. Al respecto distingue Hervada: “Claro está que el

¹⁰² S.Tomás de Aquino, S.Th. 1 q.3 a. 4

¹⁰³ S.Tomás de Aquino, S. Th, I, 4,1, 3

sentido filosófico de persona, al igual que ocurre con otros términos filosóficos como el de ser, resulta ser analógico, ya que en Dios las subsistencias personales son relaciones (relaciones subsistentes), mientras que en el hombre lo subsistente como persona es la sustancia”¹⁰⁴.

5. Conclusión

En suma, el **principio y fundamento gnoseológico inmediato** del derecho y del orden jurídico sería la naturaleza misma de las cosas humanas (*ex ipsa natura rei*) y las normas positivas generales y particulares que la complementan. Mientras que el **fundamento mediato** sería la ley natural como conocimiento evidente constituido por el primer principio que rige el obrar humano: “Se debe hacer el bien y evitar el mal”, y aquellos otros que se siguen inmediatamente a partir de él y que conocemos paralelamente (no deductivamente) a las inclinaciones humanas, a través del hábito intelectual de la *sindéresis* (hábito de los primeros principios prácticos). Por esta ley participamos de la Ley Eterna entendida como la razón y voluntad de Dios Creador y legislador de todo el universo que constituye su **principio y fundamento último**, por el cual todas las cosas (incluyendo el hombre) reciben su ley, por las que las podemos conocer.

En cambio el **principio y fundamento ontológico inmediato** del derecho y del orden jurídico sería el hombre como persona humana (ente subsistente en el género, *ousía* o naturaleza racional), donde estos accidentes inhieren, siendo sujeto de derechos y deberes y portador de una esencial dignidad; mientras que Dios (*el ipsum esse subsistens*), a quien le corresponde ser persona *per se primo* (las personas divinas constituyen relaciones subsistentes), de quien el hombre recibe su ser, su dignidad y su personidad *per participationem*, sería su **principio y fundamento ontológico último**.

Ahora bien, ambos son aspectos de un único último principio y fundamento: **Dios** en quien ser y conocer; persona y ley se identifican. A diferencia que en nosotros en que el orden del ser se distingue del orden del conocer siendo inversamente proporcionales, pues mientras el orden del ser va de las causas a los efectos, el del conocer va de los efectos a las causas. Por otra parte como el ser o realidad es el objeto y medida de nuestro conocer, el fundamento ontológico funda a su vez el gnoseológico sirviéndole de soporte metafísico. Por eso como decía Aristóteles nuestro conocimiento va desde lo primero y mas conocido para nosotros (los efectos) hasta lo primero y más cognoscible por naturaleza (las causas)¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Conf. Hervada Javier, “Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho”, op. cit., pág. 429.

¹⁰⁵ Aristóteles, Segundos Analíticos, L.I, sección 2ª, cap. 2,11.