

**Vigo, Rodolfo L.**

*La ley natural y la ciudad*

Prudentia Iuris N° 72, 2011

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 para su divulgación en línea.

Cómo citar el documento:

Vigo, R. L. (2011). La ley natural y la ciudad [en línea], *Prudentia Iuris*, 72. Disponible en:  
<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/ley-natural-ciudad-rodolfo-vigo.pdf> [Fecha de consulta:.....]

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

## CAPÍTULO CUARTO

### LA LEY NATURAL Y LA CIUDAD

RODOLFO L. VIGO\*

**Resumen:** El artículo analiza el Capítulo Cuarto titulado “La ley natural y la ciudad”, del Documento de la Comisión Teológica Internacional sobre la ley natural y considera sus grandes temas centrales: el bien común, con particular atención a la naturaleza social de la persona humana, el principio de finalidad, la relación entre bien común y bien individual y el contenido del bien común político; la ley natural, con una referencia a la nueva escuela anglosajona del derecho natural; la cuestión de la moral y el derecho natural, considerando la noción de derecho, lo natural del derecho y los derechos humanos; las relaciones entre derecho natural y derecho positivo, con referencia a la prudencia jurídica y el orden político y el orden escatológico. Se analizan las grandes notas del capítulo, vinculadas con las enseñanzas del realismo jurídico clásico, se muestran otras lecturas para fundar la actualidad y riqueza del Documento y se formulan conexiones con autores de actualidad.

**Palabras clave:** Ley natural - Iusnaturalismo - Positivismo - Derechos humanos - Derecho - Bien común - Persona - Moral - Derecho positivo - Prudencia - Nueva Escuela de Derecho Natural.

**Abstract:** The article analyzes the Chapter Four entitled “The natural law and the city”, from the Document of the Theological International Commission on the natural law and it considers its major central topics: the common good, with particular attention to the social nature of the human person, the principle of purpose, the relation between common good and individual and the content of the common political good; the natural law, with a reference to the new anglo-saxon school of the natural law; the question of the morality and the natural law, considering the

\* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad Nacional del Litoral), Lic. en Ciencias Políticas (Universidad Nacional de Rosario), Ex Ministro de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, Profesor Univ. Católica Argentina, Austral y Nacional del Litoral.

notion of law, natural law and human rights; the relations between natural and positive law, with reference to the juridical prudence, the political order and the eschatological order. The different articles related with the teachings of the legal classic realism are analyzed; other readings are presented to show the current situation and importance of the Document and the cohesions with actual authors.

**Key words:** Natural law - Iusnaturalism - Positivism - Human rights - Law - Common good - Person - Moral - Positive law - Prudence - New School of Natural Right.

## Introducción

El Capítulo Cuarto tiene por objeto medular reflexionar o esclarecer el orden político y jurídico de la sociedad política, lo que modernamente podríamos llamar el Estado. De ese modo pueden desagregarse los siguientes temas centrales: 1. Bien común, 2. Ley natural, 3. Derecho natural, 4. Relaciones entre derecho natural y derecho positivo, 5. Orden político y orden escatológico.

Nos parece conveniente comenzar señalando como marco general del capítulo a analizar tres grandes notas: a) la matriz del capítulo refleja las reiteradas enseñanzas del realismo jurídico clásico que remiten a Aristóteles y Tomás de Aquino, por eso hemos intentado acudir a argumentos de autoridad suficientemente conocidos, que van en respaldo de las tesis centrales afirmadas; b) es cierto que el Documento se mantiene en un nivel de cierta generalidad, evitando introducirse en discusiones o disquisiciones profundas, de todas maneras, inevitablemente, los temas importantes por los que transita remiten a interpretaciones polémicas dentro de la escuela aludida, por ello destacaremos algunas otras lecturas nutridas de las mismas fuentes, con el propósito no de debilitar su verdad y autoridad, sino de mostrar la riqueza, vitalidad y actualidad de las enseñanzas; c) por otro lado, dado que se trata de un Documento que en última instancia se inserta en el mundo jurídico alentando la reivindicación de la ley natural, no nos privaremos de efectuar algunas conexiones con autores y teorías jurídicas contemporáneas que no se inspiran en la filosofía clásica y que por ello permiten constatar cercanías y distancias con las tesis defendidas en el Documento en estudio; y d) atentos al propósito del Documento hemos tratado de mantenernos en el plano de la razón, evitando en lo posible hacer explícitas referencias teológicas, aunque recordando que el conocimiento de la realidad habla de Dios.

## 1. El bien común

### 1.1. La persona humana y la vida social

Es suficientemente conocida y ratificada la tesis clásica de que el hombre es un animal social y político: “[...] el que no puede vivir en comunidad [...] es una bestia o un dios”<sup>1</sup> y “a los demás animales la naturaleza les ha provisto suficientemente de

<sup>1</sup> ARISTÓTELES, *Política*, I, cap. 2, 1253 a 27.

alimentos, vestidos y medios de defensa, como los dientes, cuernos y garras, o cuando menos de velocidad para la fuga. El hombre, al contrario, nace sin ninguno de estos medios naturales: en vez de ellos tiene la razón, por la cual, con el auxilio de sus manos, puede procurarse lo necesario. Mas para obtenerlo y conservarlo, no es bastante un hombre solo. Un hombre solo no puede abastecerse suficientemente para la vida. Es, por consiguiente, natural al hombre vivir en sociedad con muchos otros [...] De ahí la necesidad de que viva en sociedad y de que el uno ayude al otro, dedicándose cada cual, con la ayuda de las luces naturales, a diferentes descubrimientos y artes, quien a la medicina, quien a esto, quien a aquello, para utilidad común<sup>2</sup>. El hombre que es “persona”<sup>3</sup> requiere para satisfacer sus más variadas necesidades de sus semejantes, y así esa inclinación natural a la vida social lo lleva a formar parte y constituir diferentes sociedades que proveen los bienes que el hombre necesita para vivir bien. El hombre nace en el seno de una familia y de una sociedad política, pero con su razón y libertad va creando diferentes sociedades que también proveen bienes que solo no podría obtener o los obtendría muy deficitariamente.

El hombre posee una naturaleza individual y social, y desde el punto de vista metafísico es “sustancia”, mientras la sociedad es un “accidente” que, como tal, no tiene subsistencia propia sino que consiste en un cierto modo de ser de los individuos humanos. En fórmula tomista: “Societas est unitas ordinis”, en tanto la sociedad humana consiste en una cierta unión ordenada de los individuos que la componen y que se orienta a un fin o bien común que la justifica racionalmente. “El fin como causa es aquello por lo que algo se hace”<sup>4</sup>, pero esa causalidad motorizadora del fin reside en la atracción que despierta el mismo en el agente, y es apetecible el fin en cuanto a su bondad, por eso puede afirmarse “el bien en cuanto deseable, lo que da razón de la causalidad del fin”<sup>5</sup>.

El hombre despliega su naturaleza social configurando distintos tipos de sociedades, algunas de ellas están compuestas solo por individuos (una empresa) y otras por sociedades (un municipio); también integra sociedades que le resultan necesarias (la familia) mientras en otras participa en razón exclusiva de su libertad (un club); según el fin de las sociedades cabe distinguir entre religiosas y no religiosas, completas o perfectas (el Estado) e incompletas o imperfectas (la Universidad), etc. El Documento en análisis reconoce que “la persona está en el centro del orden político y social porque ella es un fin y no un medio [...] se encuentra en el centro de una red formada por círculos concéntricos: la familia, el ambiente en el que vive y el trabajo, la comunidad vecinal, la nación y, por fin, la humanidad”, pero finalmente al hilo del orden político y la ciudad su mirada se concentra en el Estado con su competencia para establecer el orden jurídico.

La vida social, o sea las relaciones que el hombre establece con sus semejantes, está al servicio del hombre, más concretamente: de cada uno de sus integrantes, de ahí el sentido ético que asume la sociedad y lo que en ella vive el hombre.

<sup>2</sup> TOMÁS DE AQUINO, *De Regimine principum*, Turin-Roma, Marietti, 1971, 2da. ed., lib. I, cap. 1.

<sup>3</sup> “Persona significa aquello que es más perfecto en toda la naturaleza”, TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, 29, 3.

<sup>4</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, lib. V, c.2.

<sup>5</sup> JOLIVET, R., *Curso de Filosofía*, Buenos Aires, Desclée de Brouwer, 1965, pág. 263.

Pero aquella remisión teleológica implica la necesidad de partir del hombre para poder precisar las exigencias que debe contemplar la “mejor” vida social. Hay así una subalternación de la filosofía social y política a la antropología filosófica a la que refiere Aristóteles: “[...] la política se sirve de las demás ciencias prácticas y legisla además qué se debe hacer y de qué cosas hay que apartarse, el fin de ella comprenderá los de las demás ciencias, de modo que constituirá el bien del hombre”<sup>6</sup>. Solo desde una metafísica de la persona humana pueden plantearse propuestas teóricas en el campo político o jurídico con el propósito de servir al hombre y a la sociedad, pues si el orden jurídico se remite raigalmente a la libertad individual, a la voluntad del legislador o a las decisiones mayoritarias, el orden social a imponerse puede terminar siendo contrario a lo que requiere el hombre, de ahí el reiterado consejo de Cicerón: “[...] la naturaleza del derecho hay que buscarla en la naturaleza misma del hombre”<sup>7</sup>.

El olvido de una comprensión completa y profunda de la naturaleza humana puede traer aparejadas propuestas teóricas alejadas de la realidad y con rostros in-humanos. Por supuesto que los positivismos que acompañaron al siglo XIX y a la primera mitad del siglo XX condenaron al olvido cualquier pretensión metafísica, y lo hicieron en nombre del Círculo de Viena y definiendo como únicos caminos cognoscitivos el de los juicios a posteriori o verificables (siguiendo el modelo de la física) o el de los juicios a priorísticos o tautológicos (de la lógica o las matemáticas). Sin embargo, aquel reclamo permanente de la filosofía jurídica clásica dirigido a los que estudiaban las cosas humanas de partir y apelar a la antropología, hoy ha encontrado adherentes sorprendentes como, por ejemplo, Robert Alexy. El profesor de Kiel, con audacia, se atreve a preguntarse: “¿Derechos humanos sin metafísica?”<sup>8</sup> y luego de identificar a los derechos humanos como derechos universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, responde que ellos “no son posibles sin una metafísica racional y universal”. Por supuesto que esa metafísica concluye en una “construcción”, en donde los derechos humanos terminan reconocidos en el tercer reino de Frege, distantes de los objetos naturales y los objetos psicológicos, pero presuponiendo la competencia y estructura comunicativa humana en clave habermasiana. Más allá de las fuertes pretensiones que acompañan a la teoría alexyana, lo cierto es que su enclave filosófico kantiano solo permite postulaciones que carecen del sustento en la realidad, y por ende, resultan condicionales, contrafácticas o presupuestas. No obstante esas debilidades, nos parece importante ese ejemplo, como para insistir en el llamado a que los juristas también vuelvan a las preocupaciones filosóficas prioritarias en orden a enarbolar con coherencia las banderas de los derechos humanos.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, lib. 1, cap. 1.

<sup>7</sup> CICERÓN, *Tratado de las leyes*, lib. I.

<sup>8</sup> ALEXY, R., “Ideas y Derecho”, *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, 2008, págs. 11-24.

1.2. *El principio de finalidad*

Lo bueno expresa el ser en cuanto apetecible, señala la capacidad que tiene para mover la voluntad o una tendencia cualquiera hacia su consecución. Se comprueba, así, la coincidencia entre bien y fin, atento a que este es aquello por cuya consecución o realización se mueven los entes. En palabras de Mons. Derisi: “Un ser no es formalmente bueno porque es apetecible, sino que es apetecible porque conviene y es capaz de perfeccionar a otro, es decir, capaz de aumentarlo en su ser o perfección, reduciendo a acto sus potencias, o, en términos más simples, porque encierra una perfección comunicable”<sup>9</sup>.

De ese modo se visualiza que el fin es el bien no en cuanto perfección en sí, sino en cuanto capaz de poner en acto una tendencia en su prosecución, por eso concluye el ex rector de la UCA: “Todo ser es bueno, todo lo bueno es apetecible y todo lo apetecible es fin”<sup>10</sup>. Una aclaración muy importante es que del bien se puede estar hablando como un atributo de todo ente (bien ontológico) y también de bien moral que supone la presencia de la libertad y la razón humana, al respecto de éste último Aristóteles en su *Ética* precisa: “[...] todos nuestros actos y todas nuestras determinaciones morales tienen al parecer siempre por mira algún bien que deseamos conseguir; y por esa razón ha sido exactamente definido el bien cuando se ha dicho que es el objeto de todas nuestras aspiraciones”<sup>11</sup>.

El principio de acción consiste en el deseo o apetito que genera el fin en el agente de manera que este opera con el propósito de obtenerlo. Mediante esa atracción posibilitada por la bondad del fin, la causa final mueve a la causa eficiente a producir alguna cosa; Santo Tomás enseña: “[...] el fin es la causa de la causalidad de la causa eficiente, porque él es el que hace que la causa eficiente sea (actualmente) eficiente” (“De principus naturae”). En el orden de la intención del agente inteligente que obra, el fin es siempre lo primero y por el cual se organizan los medios destinados a alcanzarlo; pero en el orden de la ejecución es lo último y el efecto de la causa eficiente; así lo declara el Aquinate: “Finis, qui est primus in intentionis, est ultimus in executione” (*S. Th.* 1, 1).

Señala González Álvarez que la fórmula más exacta del principio de finalidad es “todo agente obra por un fin”<sup>12</sup>, y ello nos exige precisar las diferentes clases de agentes, recordando el clásico principio metafísico de que la operación del ser sigue al modo de ser —operare sequitur esse et modus operandi modum essendi. Y entrando en la consideración de los distintos tipos de agentes, nos interesa prestar atención al agente racional, o sea, el hombre que obra conociendo la causa y dirigiéndose por sí mismo al fin que lo atrae y procura; la síntesis en el Aquinate es: “[...] aquellos seres que poseen razón se mueven a sí mismos al fin, porque tienen dominio de su actos por el libre arbitrio, que es facultad de la voluntad y de la razón”<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> MONS. DERISI, O., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, Educa, 1980, pág. 23.

<sup>10</sup> *Ibid.*, pág. 25.

<sup>11</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, lib. I, cap. I, 1094 a 1-3.

<sup>12</sup> GONZÁLEZ ÁLVAREZ, A., *Tratado de metafísica. Ontología*, Madrid, Gredos, 1961, pág. 432.

<sup>13</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, q.1, a.2.

La evidencia del principio de finalidad es tal que negarlo traería aparejada la pasividad del ente o el absurdo de una actividad sin determinación, pues “si el agente –insiste Tomás de Aquino– no tendiese a un efecto determinado, todos les serían indiferentes. Mas lo que es indiferente a varias cosas no hace una de ellas en vez de otra [...] Sería, por lo tanto, imposible que actuara. Todo agente tiende, pues, a algún efecto determinado, que se dice su fin”<sup>14</sup>. No obstante esta evidencia, y más allá de ciertos antecedentes mecanicistas en la filosofía griega, es a fines de la Edad Media cuando se comienza a poner en dudas el principio de finalidad, nos referimos al determinismo expuesto por Guillermo de Ockham, pero será propiamente en la filosofía moderna donde encontramos la condena más estricta y total al finalismo por vía del mecanicismo geométrico de Descartes y Spinoza, del evolucionismo materialista de Spencer y Darwin, del optimismo inmanentista de Leibniz y del criticismo kantiano encerrado en el juicio teleológico sin validez cognoscitiva ni práctica y con una función meramente regulativa. Esta aversión a la finalidad que caracterizara a la ciencia positivista queda sintetizada en el conocido apotegma de Francis Bacon: “La investigación de las causas finales es estéril y, como una virgen consagrada a Dios, no engendra nada”<sup>15</sup>.

Si trasladamos el problema del fin al campo de la teoría jurídica, se visualiza su firme rechazo en autores de la relevancia de Kelsen. Pero al mismo tiempo, no podemos ocultar que en las últimas décadas encontramos una fuerte y extendida recuperación del fin, incluso ello puede mostrarse en testimonios como el de Norberto Bobbio, con su teoría funcional que comienza a forjarse en la década del sesenta<sup>16</sup>.

En 1966 el profesor de Turín confiesa: “[...] tomo nota de que el positivismo jurídico está en crisis, no solo como ideología y como teoría [...] sino como modo de aproximación al estudio del derecho”, y en 1971 ya avanza acerca de la posibilidad de distinguir entre teorías del derecho que optan por un enfoque estructuralista y aquellas otras que escogen un enfoque funcionalista, reconociendo que en “los últimos cincuenta años ha prevalecido el primero de esos enfoques”, el que se satisface preguntando “de qué se compone el derecho” y prescindiendo de toda preocupación teleológica, mientras que en el análisis funcional la respuesta que se busca es a la pregunta de “para qué sirve el derecho”, o sea que la explicación pone en juego la relación de medio-fin. Aquí también, como en la referencia anterior a Alexy, caben muchas prevenciones y preguntas, pero la traemos a colación para simplemente poner de relieve este nuevo panorama que ofrece el derecho y sus teorías, en donde en las últimas décadas se advierte que viejas tesis que antes en soledad proclamaba el iusnaturalismo, hoy han sido asumidas por los viejos contradictores aunque dotándolas de fundamentos, explicaciones y alcances diferentes.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> BACON, F., *De argumentis scientiarum*, III, 5.

<sup>16</sup> Cf. “La teoría funcional del derecho en Norberto Bobbio” en mi libro *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2006, págs. 124-166.

1.3. *Bien común y bien individual*

Ya hemos hablado del bien en sentido moral en cuanto su capacidad para satisfacer un requerimiento humano que por eso se torna en apetecible y elegible por la persona. En la filosofía clásica hay una íntima relación entre la posesión del bien y la felicidad (eudaimonía) en tanto aquel cuenta con una capacidad perfectiva de la persona humana. Pero es evidente el carácter analógico que tiene el concepto de bien, pues encontramos una amplia variante de bienes, aunque todos ellos coinciden en esa capacidad de atraer y perfeccionar; así podemos reconocer: a) lo que es bueno puro y simplemente (*bonum simpliciter*) de lo que es bueno desde algún punto de vista (*bonum secundum quid*); b) el bien puede ser apetecible por sí mismo (bien honesto), por razón del deleite que podemos encontrar en él (bien deleitable) o por razón de la utilidad (bien útil); c) bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales; d) bienes individuales y bienes comunes; e) bien común trascendente y bien común inmanente; etc.

Del bien común que trata el Documento es el del orden político y social de la ciudad<sup>17</sup> por lo que aquél puede identificarse con el llamado “bien común político”, o sea, del llamado modernamente Estado. De la misma manera que las sociedades no son un mero aglomerado de individuos, el bien común no equivale a la suma cuantitativa o colección de los bienes individuales, pues expresamente afirma Santo Tomás: “[...] el bien común de la ciudad y el bien singular de una sola persona no difieren solamente según lo mucho o lo poco sino según la diferencia formal; pues una es la razón del bien común y la otra del bien singular, como una es la razón del todo y otra la de parte”<sup>18</sup>. El bien común no se opone al bien singular en cuanto aquél no sea el bien de los individuos, sino que es un bien común a varios individuos que de él participan, y que en consecuencia lo apetecen dado que propiamente es un bien para ellos, no es un bien de otro u otros. El bien común que es fin de la sociedad con capacidad para movilizarnos en tanto integrantes de la misma, es el bien del “nosotros” en tanto que “nosotros”, no el bien del otro o el mío propio, pero aquel bien comprende el bien de cada uno aunque excediéndole.

El Documento identifica el bien común con “un conjunto de bienes que conseguir y de valores que defender” y luego insiste en esa terminología inusual para la filosofía clásica de los “valores” pero que ya fue utilizada por el Catecismo de la Iglesia Católica, aludiendo específicamente a cuatro que “diseñan los contornos del bien común que la sociedad debe perseguir, a saber: la libertad, la verdad, la justicia y la solidaridad”. De todas maneras, es cierto que en el marco de la escuela aristotélica tomista ha habido esfuerzos teóricos orientados a rescatar aquel lenguaje axiológico asimilándolo al más ortodoxo de “bienes”<sup>19</sup>. También el Documento avanza en una

<sup>17</sup> La sociedad que es la más perfecta porque “incluye a todas las otras comunidades”, según lo señala el Aquinate en *Comment in Polit.*, 1.

<sup>18</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 58, 7, 2.

<sup>19</sup> Cfr. MONS. DERISI, O., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Buenos Aires, Educa, 1980, caps. IX y X; SOAJE RAMOS, G., “Esbozo de una respuesta tomista al problema del valor”, *Ethos*, n° 8, Buenos Aires, 1980; y MASSINI, C. I., *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, págs. 175-222.



caracterización o definición del “bien común”, especificando que “en un primer nivel, el bien común se puede entender como el conjunto de las condiciones que permiten a la persona ser cada vez más persona humana”, y en “un segundo nivel, el bien común es lo que da su finalidad al orden político y a la misma ciudad humana”.

El bien común político es un todo universal, porque reúne las dos notas de unidad formal y esencial referencia e inclusión de los bienes particulares. Se trata, con mayor precisión, de un todo o universal análogo, pues contiene, actualmente, y no simplemente en potencia, a todos los singulares. Además, el bien común como universal análogo se participa en los singulares, no en igualdad absoluta, sino en modos diversos de igualdad proporcional. Al respecto, Santiago Ramírez con rigurosidad ha precisado: “[...] el bien común es esencialmente comunicable y comunicativo a todos y cada uno de sus miembros componentes, por el mero hecho de ser común y de ser inmanente. No está, ni puede estar fuera del hombre, sino en él [...] Es un todo implícito, no meramente potencial, sino a modo de un todo global confuso que se explica y se distingue según varios modos de participación actual en sus miembros o partes [...] El bien común se difunde y comunica a todos y cada uno de los miembros de la sociedad como el ser a sus modos particulares, como la salud y el bienestar del organismo a todos sus miembros, como la virtud vivificante del alma a todas las partes del cuerpo”<sup>20</sup>.

La sociedad es la unión de los hombres para perfeccionarse en comunidad y no simplemente para estar juntos, y ese “bien-vivir” del nosotros se llama “bien común”, en tanto que el fin afecta y beneficia a todos, y porque para procurarlo se requiere el aporte organizado y coordinado de todos, pero también la suficiencia de ese bien común dependerá de la calidad y cantidad de los bienes que cada uno aporta en y a la convivencia. Los cuatro elementos caracterizadores de la sociedad política son, para Gallegos Rocafull: pluralidad, unión, fin común y organización.

Graneris se ha encargado de hacer un señalamiento de textos tomistas en donde algunos favorecerían una interpretación de corte individualista, mientras otros podrían abonar a favor de una lectura opuesta, o sea a favor de cierto colectivismo, recordemos incluso que en el ámbito de la misma escuela el tema ha dado lugar a intensas y públicas polémicas, pero lo cierto es que se trata de visiones sesgadas y equivocadas. La concepción individualista, centrada en considerar a la sociedad como suma o agrupamiento de individuos, desconfiando de la autoridad política y de los requerimientos comunitarios planteados a los sujetos, es incapaz de valorar el bien común, pues solo hay bienes individuales, y, como explicaba Rousseau, ellos se armonizan inevitable, fácilmente e inexorablemente con el interés general. La concepción colectivista incurre en el error opuesto a la individualista, así la sociedad llega a constituirse en un todo sustancial que termina fagocitando a sus miembros y a sus respectivos bienes; recordemos que Marx explicaba el hombre sosteniendo que era “realidad social” y lo diluía en su análisis clasista economicista. Para la doctrina aristotélico-tomista la misión y el fin de la comunidad política y de su autoridad son generar y promover ese bien común, que es un orden justo, y en consecuencia pacífico, fundado en la naturaleza humana y en sus exigencias a la que se procura

<sup>20</sup> RAMÍREZ, S., “Doctrina política de Santo Tomás”, *Instituto Social León XIII*, 1951, pág. 34.

satisfacer con una plenitud ordenada, dinámica y participada proporcionalmente, de bienes de distinta naturaleza. En definitiva, y apelando a la autoridad del Aquinate, subrayemos: “Hay un bien propio de cada hombre en cuanto es persona singular”<sup>21</sup> y a partir de la diferencia entre el bien individual y el bien común cabe concluir: “El bien común es superior al bien privado si es de el mismo género, pero puede suceder que el bien privado sea mejor según su género”<sup>22</sup>.

#### 1.4. Contenido del bien común político

Sin perjuicio de lo ya expresado, nos proponemos a continuación concretar algunos señalamientos en orden al contenido complejo y diversificado del bien común político.

Mencionemos, en primer lugar, lo que Montejano llama “arquía”<sup>23</sup>, o sea el orden pacífico que debe imperar en toda comunidad para que ella y sus miembros procuren su bien. Se trata del orden dinámico a cuyo servicio la autoridad legítima y competente, de manera permanente y prudente, ejerce monopólicamente la fuerza justa, dictando órdenes y disposiciones claras y eficaces a los fines de que la comunidad logre el clima indispensable para la plenitud humana. Conocida es la clásica definición agustiniana del orden: “[...] la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que corresponde”<sup>24</sup>, y esa recta disposición es obra principal de la autoridad, la que se funda en la necesidad misma del fin de la sociedad política: el bien común. La autoridad política legítima y legitimada es constitutiva de la sociedad política, ella es una fuerza ordenadora y directiva (*vis regitiva communis*) que dirige, ayuda, promueve y fomenta los esfuerzos de los individuos y grupos infrapolíticos para alcanzar el bien común. En este punto, el Documento subraya que “la idea del Estado de derecho [...] se estructura según el principio de subsidiaridad, respetando las personas y los cuerpos intermedios y regulando sus interacciones”. En definitiva, la *arquía* de la que hablamos es, a la vez, un postulado previo y además una consecuencia del bien común, este requiere de cierto orden y de la autoridad, pero el mejor orden es resultado de la suficiencia ordenada de bienes en la sociedad. Santo Tomás destaca ese carácter de condición externa y previa del pacífico orden: “Para establecer la buena vida de la multitud se requieren [...] que la multitud se constituya en la unidad de la paz [...] que la multitud unida en el vínculo de la paz se dirija a obrar bien”<sup>25</sup>.

Esa “arquía” de la que hablamos hoy se expresa en la democracia, por eso Juan Pablo II en “Centesimus Annus” se encarga de destacar: “La Iglesia aprecia el sistema de la democracia, en la medida en que asegura la participación de los ciudadanos en las opciones políticas y garantiza a los gobernados la posibilidad

<sup>21</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Quaest. Dispág. de Charit.*, 4, ad 2.

<sup>22</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 152, 4, ad 3.

<sup>23</sup> Cfr. MONTEJANO, B., “El fin del Estado: el bien común”, *Persona y Derecho*, vol. III, Universidad de Navarra, 1976.

<sup>24</sup> SAN AGUSTÍN, *Ciudad de Dios*, XIX, 13, 1.

<sup>25</sup> TOMÁS DE AQUINO, *De Regimine Principum*, Lib. I, cap. 1.

de elegir y controlar a sus propios gobernantes, o bien la de sustituirlos oportunamente de manera pacífica”, y también en el principio de división de Poderes propio del Estado de Derecho, “en el cual es soberana la ley y no la voluntad arbitraria de los hombres”.

En segundo lugar, no hay posibilidad de bien común sin concordia política. En efecto, toda vida en común requiere un acuerdo básico sobre ciertos intereses y valores comunes. Si la sociedad es unión para el bien común tiene que darse cierta coincidencia elemental respecto al contenido de aquel y los medios para procurarlo; cuanto mayor identidad de aspiraciones, mayor será el vínculo unitivo de la sociedad y las posibilidades de alcanzar la satisfacción de las aspiraciones comunes. Cuando las fuerzas individuales o grupales se enfrentan y no se coordinan mínimamente, se perturban o se frustran los intentos de objetivos comunes. Así, por ejemplo, no hay posibilidad de obtener el bien común familiar si cada miembro vive su vida y el logro exclusivo de sus intereses personales, sin importarle ni colaborar con los demás integrantes de la comunidad familiar; en esta hipótesis no hay bien común doméstico aunque esos sujetos unidos por vínculos de sangre vivan bajo el mismo techo y coman en la misma mesa, y, en consecuencia, se verán privados de las riquezas y perfecciones implicadas en dicho bien común. Lo afirmado para la familia vale análogicamente para la sociedad política, pues el logro del bien común político exige un modo de ser, querer y sentir en el que mínimamente coinciden los miembros de dicha sociedad, y ese *ethos* comunitario, que da un perfil propio, es también postulado y resultado del bien común. Se necesita un acuerdo fundamental en los bienes comunitariamente apetecidos, y al alcanzarlos se precisará ese acuerdo y se enriquecerán los miembros con aquellos asumiendo tales características. Lamas precisa: “[...] la concordia política aparece entonces en una forma más elemental, en la base misma de la vida política y de la justicia y, a la vez, como paz plena, como fruto de la realización de la justicia”<sup>26</sup>.

Un tercer elemento del bien común político es el derecho normativo positivo, encargado de asignar prudencialmente lo suyo a cada uno, en el triple orden clásico de la justicia: general, distributiva o conmutativa. Para aspirar a la suficiencia de bienes en una comunidad, es indispensable que las normas jurídicas generales y particulares determinen la situación que en términos de atribuciones y deberes tienen los individuos y grupos entre sí y en relación a la comunidad. La prudencia jurídica general o arquitectónica ordena sus reglas directamente al bien común; y la prudencia jurídica individual prescribe ciertas normas particulares en el ámbito dejado por las normas generales, por las que se manda lo justo para ciertos casos o sujetos determinados, aunque siempre acomodándose de manera mediata o inmediata a las exigencias del bien de la comunidad política. Los distintos tipos de normas, aunque justas, requieren ser encarnados y realizados por conductas que reflejen y se acomoden a la ejemplaridad de aquellas. Las normas constituyen un “ideal” –al decir de Lachance– o un proyecto a favor del bien común concreto, por eso puede afirmarse que hay un paso desde las normas justas a las conductas justas, que incluso a veces no llega a darse. No basta que se atribuya normativamente algo como

<sup>26</sup> LAMAS, A. F., *La concordia política*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1975, pág. 229.

“suyo”, se requiere además que efectivamente cada uno reciba lo suyo. El recto o justo ordenamiento jurídico normativo es un bien de la sociedad política, y constituye una causa eficiente importantísima en la tarea social de alcanzar el bien común; así señala Lachance: “El derecho no es para sí mismo, sino que está ordenado para hacer posible y conveniente la vida en sociedad, y también para hacerla efectiva, aportando todo para realizar el bien común”<sup>27</sup>. Tomistas relevantes como Lachance, Olgiati, Soaje Ramos, etc. han destacado este carácter de las normas jurídicas ordenadas al bien común político, llamándolo la nota de politicidad del derecho; éste, según las leyes inscriptas en el ser humano, posee una orientación finalística intrínseca al *bonum commune*, que en el caso de la justicia legal y distributiva la referencia es directa, y es indirecta respecto a la justicia conmutativa.

El origen y la finalidad de la vida social son la conservación y el perfeccionamiento integral de la persona humana, por eso el bien común se mide por el bien que redunde en el conjunto de los individuos, así concluye el Aquinate: “[...] el fin de la mejor sociedad política es el mejor fin del hombre”. El bien común es, en definitiva, esa plenitud ordenada de los bienes necesarios para la vida humana plena, la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales del hombre, y de ahí que el bien común será más perfecto cuanto mayor suficiencia posea de los distintos bienes humanos. Conforme a ello, nos proponemos considerar en cuarto lugar cuál es esa “vida humana plena o perfecta” temporal en la que se traduce el bien común político, o sea las partes integrales que comprende el bien humano, y adelantemos que según una clasificación tradicional se distinguen: bienes externos, bienes del cuerpo y bienes del alma.

Cierto grado de bienes materiales o exteriores, tales como vivienda, vestido, dinero, es “condición necesaria” –dice Ramírez– para que el hombre desarrolle sus actividades superiores, por eso la sentencia griega y reiterada por Santo Tomás de “primero vivir, después filosofar”. Millán Puelles introduce una apropiada distinción entre “bienes materiales” y “bienestar material”<sup>28</sup>, destacando que el mero incremento de aquellos bienes individuales no genera de por sí el bienestar material de la comunidad, pues esta exige la justa distribución de lo que es necesario para llevar una vida digna en el orden material o de bienes exteriores. Estos bienes de orden económico no se constituyen en un fin en sí mismo para el hombre, sino que tienen carácter de bienes útiles o de medios para el crecimiento propiamente humano, o sea de sus potencialidades espirituales; enseña el Aquinate: “Necesita el hombre en esta vida de lo necesario para el cuerpo, ya para la vida contemplativa, ya para la vida activa; para la cual se requieren, además, de muchas otras cosas por las cuales ejerza las obras de la virtud activa”<sup>29</sup>. No obstante el carácter instrumental que poseen esos bienes materiales, ellos se requieren para el crecimiento personal y para la paz social, una carencia de ellos y una desproporción irracional avivan rechazos, enfrentamientos y son fuente de frustraciones.

<sup>27</sup> LACHANCE, L., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 97.

<sup>28</sup> MILLÁN PUELLES, A., *Bien común*, Madrid, Rialp, 1971, t. IV, pág. 226 y *Persona humana y Justicia Social*, Madrid, Rialp, 1978.

<sup>29</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II., 4, 7.

El cuerpo humano también tiene el carácter de bien instrumental, pero siendo el hombre unidad sustancial, el cumplimiento de las funciones del alma dependerá del estado del cuerpo. No hay posibilidad del desprecio por el valor del cuerpo en la filosofía realista tomista, e incluso son legítimos los goces corporales, llegando a decir Santo Tomás que “sin amenidad no puede ser duradera la vida del hombre”<sup>30</sup> y “no tiene nada de reprehensible que use de los deleites corporales, a falta de otro, porque los necesita como medicina contra las tristezas”<sup>31</sup>. Un cuerpo sano y fuerte resulta un buen medio para el crecimiento personal y, por el contrario, un cuerpo enfermo y débil constituye un obstáculo para el desarrollo y las virtudes personales. El hombre necesita que se le brinde la oportunidad para satisfacer las exigencias de ese primer y precioso instrumento de cuantos posee el hombre: su propio cuerpo. Es en el trabajo donde se manifiesta el carácter instrumental del cuerpo, con ese esfuerzo el hombre logra lo que necesita y contribuye a la suficiencia de bienes en la sociedad.

Finalmente, si el bien común es un bien humano, el hombre se plenifica temporalmente en el desarrollo de sus posibilidades propiamente humanas: las espirituales. De tal modo que ese bienestar material y ese cuerpo sano y fuerte se orientan a que el hombre “sea mejor persona” a través de los bienes propiamente humanos, o sea los del alma como la ciencia, las virtudes morales y el arte. Es animalizar al hombre y frustrar su posibilidad de felicidad natural, negarle el acceso a la verdad, al bien y a la belleza. El carácter perfectivo del bien común alcanza su mayor plenitud en la medida en que posibilita al hombre la suficiencia de los bienes espirituales, son estos los que revisten el carácter de propiamente humanos y, en consecuencia, ocupan el lugar más elevado. Frente a los efectos negadores de una auténtica felicidad generados por las concepciones que agotan el bien social en dimensiones materiales, pretendiendo hombres con medida no plenamente humana, resulta imprescindible poner de relieve que la felicidad es fruto del bien, pero de un bien pleno que contemple las diferentes dimensiones del hombre naturalmente jerarquizadas.

Al margen de la distinción analizada de las partes integrales del bien humano (bienes externos, bienes corporales y bienes espirituales), es posible dividir los diferentes bienes integrativos del bien común desde el punto de vista del modo en que el hombre hace uso y los recibe. Sobre el particular, Casaubón precisa una triple clasificación: a) bienes comunes participables, que pueden ser disfrutados por cualquier número de personas sin que los mismos se dividan o aminoren (la verdad, la belleza del ambiente, etc.); b) bienes colectivos, que por ser materiales, al ser disfrutados por todos sin recibirlos en propiedad, puede que el disfrute de algunos afecte al de otros (paseos públicos, hospitales, teatros públicos, etc.); y c) bienes distribuibles, que se dividen y distribuyen conforme a justicia distributiva entre los sujetos y los grupos, supliendo cierta insuficiencia de los mismos (subsidios, créditos, alimentos, seguridad social, etc.)<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> TOMÁS DE AQUINO, *De Regimine Principum*, II, 4.

<sup>31</sup> TOMÁS DE AQUINO, *In I Eth.*, lecc. 14.

<sup>32</sup> Cfr. CASAUBÓN, J. A., “Estudio crítico sobre lógica del ser y lógica del deber en la teoría egológica”, *Ethos*, 2/3, Buenos Aires, 19747, pág. 75.

Sin perjuicio de la explicitación precedentemente desarrollada nos gustaría concluir el punto referenciándolo con John Finnis, para quien los derechos humanos representan “una forma de esbozar los contornos del bien común [...] una expresión enfática de lo que está implícito en el término bien común”<sup>33</sup>, y luego de señalar que el bien común “es el objeto de toda justicia”<sup>34</sup>, nos propone la siguiente definición: “[...] conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos objetivos razonables, o para realizar razonablemente por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad”<sup>35</sup>.

## 2. Ley natural

### 2.1. La ley natural

El Documento parte de la distinción entre la ley natural y el derecho natural: “La ley natural (*lex naturalis*) se expresa como derecho natural (*ius naturale*) cuando se consideran las relaciones de justicia entre los seres humanos: relaciones entre las personas físicas y morales, relaciones entre las personas y el poder público, y relaciones de todos con la ley positiva. Se pasa de la categoría antropológica de la ley natural a la categoría jurídica y política de la organización de la ciudad”. En esa diferenciación se vislumbra la distinción entre moral y derecho que por supuesto no alcanza a ser separación si se pretende que este sirva al ser humano y a las sociedades humanas. Es que la ley natural equivale a la *lex ethica naturalis*, por eso su objeto es el campo de los actos propiamente humanos, o sea los realizados con razón y libertad, y qué es lo que el hombre debe hacer u omitir para alcanzar la felicidad o la plenitud ontológica. De ese modo la ley natural contiene los criterios a los que puede apelar la razón práctica mediante los cuales puede discernir entre lo bueno y lo malo, y consiguientemente procurar aquellos bienes que satisfacen los requerimientos e inclinaciones inscriptas en la propia naturaleza humana.

La ley es una especie de regla o medida del obrar, y por ello la ley es algo que pertenece a la razón práctica, o sea aquella que tiene por objeto dirigir el comportamiento humano; para decirlo con palabras del Aquinate: “[...] todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto tendrán carácter de preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos”<sup>36</sup>. Pero todos los preceptos de la ley natural traducen y expresan lo propiamente humano: obrar de acuerdo con la razón, aunque esta puede actuar especulativa o teóricamente, o también práctica u operativamente, y precisamente: “Lo bueno es aplicable a la acción bajo el aspecto de verdadero, que es el objeto del entendimiento práctico. Pues

<sup>33</sup> FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2000, pág. 243.

<sup>34</sup> *Ibid.*, pág. 105.

<sup>35</sup> *Ibid.*, pág. 184.

<sup>36</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 94, 2.

el entendimiento práctico conoce la verdad, como la conoce también el especulativo, pero ordena a la acción la verdad conocida<sup>37</sup>.

En el razonar se requiere partir de “ciertas verdades de inmediato entendidas, que son los primeros principios<sup>38</sup>, y así análogamente tanto la razón teórica como la razón práctica parte de primeros principios “per se nota”, es decir, evidentes por sí mismos. Esa analogía queda afirmada en un texto importante y muy citado del Aquinate: “[...] los preceptos de la ley natural son respecto de la razón práctica lo mismo que los primeros principios de la demostración respecto a la razón especulativa: unos y otros son principios evidentes por sí mismos [...] Entre las cosas que son objeto del conocimiento humano se da un cierto orden. En efecto, lo que primariamente cae bajo nuestra consideración es el ente, cuya intelección va incluida en todo lo que el hombre aprehende. Por eso, el primer principio indemostrable es el siguiente: ‘No se puede afirmar y negar a la vez una misma cosa’, principio que está basado en las nociones de ente y no ente, y en el cual se fundan todo los demás principios, como dice el Filósofo. Pues bien, como el ente es lo primero que cae bajo toda consideración, así el bien es lo primero que aprehende la razón práctica, ordenada a la operación, puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene naturaleza de bien. Por tanto, el primer principio de la razón práctica será el que se funda en la naturaleza del bien: ‘Bien es lo que todos apetecen’. Este, pues, será el primer precepto de la ley: se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en este, de suerte que todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto, tendrán carácter de preceptos de ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos<sup>39</sup>. En definitiva, los juicios de la razón práctica contenidos en la ley natural orientan el obrar libre del hombre en orden a algún bien, pero todos ellos remiten a aquél primer principio o precepto: *bonum est faciendum*. Precisamente, Tomás llama *sindéresis* a esa disposición que tiene la razón práctica para captar de manera inmediata los *prima principia operum humanorum*, de análoga manera que la razón en cuanto teórica cuenta con otra disposición llamada *intellectus principiorum* que le permite conocer sus primeros principios como el de no contradicción.

Si en definitiva la ley natural es la ley moral que regula el comportamiento propiamente humano procurando los bienes que reclama su propia naturaleza, es posible identificar hasta cuatro especies de dichos actos o relaciones: las que tienen por destinatario a Dios (moral teológica), a los otros seres humanos (moral interpersonal o social), al propio sujeto (moral personal) y a las cosas no humanas (moral ecológica o ambiental). En cada uno de esos ámbitos es posible identificar racionalmente exigencias sobre lo que corresponde hacer u omitir en orden a la felicidad o plenitud humana.

Pero volviendo a la matriz tomista, corresponde recordar que la ley natural no se agota en los referidos primeros principios dado que ella contiene otros preceptos que se derivan de los mismos y así se suple la dificultad que genera la “extrema

<sup>37</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, 79, 11, 2.

<sup>38</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, 79, c. 8 y c. 12.

<sup>39</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I, 79, c. 8 y c.12.

generalidad<sup>40</sup> de los *communissima*. Así están unos “preceptos secundarios más particulares, que son a modo de conclusiones próximas a los principios” que “son más concretos<sup>41</sup> pero fácilmente cognoscibles, y el ejemplo que pone el Aquinate son “los preceptos del decálogo”. Mientras la *sindéresis* capta los primeros principios que “expresan el fin natural del hombre y su natural inclinación correspondiente, que pertenecen al entendimiento y a la voluntad como tales, *ut natura*”, corresponde advertir que “las conclusiones, por el contrario, expresan los medios y pertenecen más bien a la razón como razón discursiva y a la voluntad como deliberada y electiva<sup>42</sup>”.

Pero además de los preceptos secundarios reconoce el Aquinate como contenido de la ley natural otros preceptos terciarios “cuya razón no es manifiesta a todos” sino que “requiere mucha consideración de las diversas circunstancias, que no todos alcanzan, sino solo los sabios<sup>43</sup>. Tanto estos preceptos como los secundarios derivan de los primarios, pero su distinción descansa en la mayor dificultad para ser reconocidos por la razón, de ahí la intervención de expertos y prudentes. “Es evidente –ratifica Ramírez– que las conclusiones inmediatas o próximas son más naturales que las remotas o últimas, porque cuando una cosa es más cercana a la naturaleza más participa de ella<sup>44</sup>, lo que coincide con una enseñanza clásica del Aquinate: “[...] en el ámbito de las cosas humanas [...] aunque se dé alguna necesidad en los principios comunes, cuando más descendemos a lo particular tanto más defectos encontramos<sup>45</sup>. La diferencia de dificultades en el conocimiento de los preceptos conlleva que a nivel de los primeros principios ellos resultan universales y arraigan en la naturaleza humana con sus inclinaciones y el bien apetecido, por eso tienen un carácter indeleble. Sin embargo, a nivel de los preceptos derivados ellos pueden ignorarse o “fallar en algunos casos”, debido a impedimentos diversos, tales como “malas persuasiones” o enseñanzas, “costumbres perversas”, “hábitos corrompidos” o circunstancias por las que resulte racional apartarse de lo que es verdadero en la mayor parte de los casos. En los cambios que pueden afectar a conclusiones más remotas de los primeros principios, nos parece importante recordar los “añadidos” o agregados que la razón puede ir descubriendo y que resultan “muy útiles a la vida humana<sup>46</sup>”.

Apropiadamente de Yurre<sup>47</sup> destaca que la ley natural tiene un fundamento ontológico dado que ella recoge y expresa las exigencias de la naturaleza humana y sus proyecciones, pero también hay un fundamento noético que reside en la razón y su capacidad para leer en esa naturaleza y formular los preceptos morales. Precisamente, la razón cuenta con esas inclinaciones que están en todo hombre que lo movilizan tras ciertos bienes, pues esas “inclinaciones no nos dan a

<sup>40</sup> TOMÁS DE AQUINO, C. G., III, 37.

<sup>41</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. Th., I-II, 94, 5.

<sup>42</sup> RAMÍREZ, S., *El derecho de gentes*, Madrid, Studium, 1955, pág. 81 y sigs.

<sup>43</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. Th., I-II, 100, 11c.

<sup>44</sup> RAMÍREZ, S., *El derecho de gentes*, ob. cit., pág. 79.

<sup>45</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. Th., I-II, 94, 4 c.

<sup>46</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. Th., I-II, 94, 5.

<sup>47</sup> DE YURRE, G., *Ética*, Vitoria, ESET, 1969.



conocer los bienes propiamente humanos [...] Las inclinaciones nos dan a conocer, por así decir, la materia de los bienes, pero es tarea de la razón práctica determinar cuál es el modo de satisfacer las inclinaciones y de realizar sus objetos, que es conforme al bien de la vida humana considerada como un todo, y por ello al resto de las tendencias<sup>48</sup>.

La visión antropológica finalista típicamente tomista permite sostener que el orden de los preceptos de la ley natural coincide con el triple orden de las inclinaciones inscriptas en la naturaleza humana: a) la inclinación a conservar el ser, que es común con todos los seres, en donde se inscribe la inclinación a aquellos bienes que posibilitan la vida y la salud; b) la inclinación a conservar la especie, que el hombre tiene en común con los animales, en cuyo objeto entra la procreación y su marco familiar; y c) la inclinación que es propia del hombre a conocer las verdades divinas y humanas, y también a la vida social. Todas esas inclinaciones y sus bienes los asume y regula el hombre con su razón, y así se dota de contenido a la ley natural.

## 2.2. *La nueva escuela anglosajona del derecho natural*

Por supuesto que en el ámbito de la escuela inspirada en Tomás de Aquino han abundado debates e interpretaciones, así en particular respecto a la ley natural o moral recordemos a grandes rasgos algunas propuestas al respecto<sup>49</sup>: a) Gredt, entre otros, insiste en identificar la norma moral con la ley eterna; b) Catrein, en consonancia con Suarez, asocia a aquélla con la naturaleza humana; c) Lottin, Donat, etc. ven la moral en relación con el fin del hombre y las cosas; d) Lehu y Boyer defienden a la recta razón como criterio constitutivo de la moral; etc.

Pero más allá de esos debates de décadas más anteriores, tenemos el propósito de aludir a la “New Natural Law Theory” nacida en Estados Unidos, a mediados de los sesenta, a instancias de Germain Grisez, aunque con la especial colaboración de Joseph Boyle y John Finnis. Grisez, en su famoso artículo “The First Principle of Practical Reason”<sup>50</sup>, al que se le atribuye un carácter fundante de la escuela, subraya algunas tesis centrales<sup>51</sup>: a) el papel decisivo que tiene el fin en el comportamiento humano: “[...] la razón práctica no puede dirigir las posibles acciones que son su objeto sin dirigir las a un fin”, y el fin consiste en el bien procurado en la acción, y los bienes son los objetos de las inclinaciones naturales, pero ellos no son bienes morales; b) la diferencia entre la razón teórica y la razón práctica, entre ser y deber, de ese modo los primeros principios de la razón práctica son naturalmente conocidos y se hacen presente también en los actos malos dado que en ellos se hace presente la razón de fin; c) lo primero es el conocimiento de los fines y su carácter prescriptivo, luego la voluntad; y d) los principios de la razón práctica son originarios y están

<sup>48</sup> RODRÍGUEZ LUÑO, A., *Ética general*, Navarra, EUNSA, 1982, pág. 246.

<sup>49</sup> Para mayores precisiones, cf. MONS. DERISI, O. N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, ob. cit., pág. 370 y sigs.

<sup>50</sup> En *Natural Law Forum*, 10, Año 1965, págs. 168-201.

<sup>51</sup> Una buena síntesis se puede leer en LÓPEZ MARTÍNEZ, A., *El debate angloamericano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*, Roma, Edusc, 2006.

distantes de la metafísica dado que de las verdades de esta no se pueden derivar consecuencias prácticas.

Es el profesor de Oxford, John Finnis, el integrante de la nueva escuela que mayor difusión y proyecciones ha alcanzado. Su libro fundamental que recoge la tesis doctoral que le dirigiera Hart, *Natural Law and Natural Rights*, no solo lleva muchas ediciones sino que ha cosechado comentarios elogiosos de autores muy distantes filosóficamente, así por ejemplo Neil Mac Cormick escribe: “[...] un libro que ha devuelto a la vida, para los estudios británicos, la teoría clásica, tomista y aristotélica, de la ley natural. Una teoría que más de una generación de pensadores ha desdeñado como una falacia anticuada y desacreditada, mantenida viva solo como dogma teológico de una iglesia autoritaria, fue rescatada de un conjunto completo de malentendidos y tergiversaciones”<sup>52</sup>.

Tratando de sintetizar la visión finnisiana<sup>53</sup>, destaquemos: a) su origen y enclave en un medio fuertemente influenciado por la escuela analítica, lo lleva a considerar puntual y detalladamente la crítica al iusnaturalismo de incurrir en “naturalistic falacy”, y al respecto, defiende que la propuesta moral no deriva de la metafísica ni de la antropología; b) el hombre, al reflexionar sobre qué hacer, recurre –al margen del acierto o error en sus conclusiones– a “una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena (*human flourishing*) como bienes que se han de perseguir y realizar”, esos principios *communissima* de la ley natural expresan “las formas básicas del bien humano” y constituyen “el sustrato valorativo de todos los juicios morales”; c) todo hombre con uso de razón y experiencia conoce por evidencia esos bienes humanos básicos (*self-evidents*) comprendiéndolos “como oportunidades o fines deseables y potencialmente realizables y, por ende, que han-de-ser-buscados y realizados en la propia acción, acción a la cual uno ya está comenzando a dirigirse por este mismo acto de comprensión práctica”; d) Finnis evita la terminología de sindéresis y no obstante recurrir a la terminología de “bienes”, prefiere hablar de valores básicos (*basic values*), e incluso ha brindado distintas nóminas de dichos bienes, así en el libro ya citado enumera siete: vida, conocimiento, juego, experiencia estética, amistad o sociabilidad, razonabilidad práctica y religiosidad; en *Practical Principles, Moral Truth and Uitimate Endes*, a la hora de indicar las *categories of basic good* no hay demasiada innovación aunque los agrupa según las personas sean consideradas “como animadas”, “como racionales” y “como animal y racional simultáneamente”; y en su última obra importante: *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*, se atiene a un listado más ortodoxo según las clásicas inclinaciones de Tomás; e) los bienes humanos básicos, además de evidentes, son pre-morales (dado que las elecciones buenas o malas se dirigen a ellos) e incommensurables (no tienen jerarquía entre ellos y son las “razones básicas de acción”); y f) con la captación y el atractivo de los bienes básicos surgen preguntas inevitables tales como: ¿qué hacer?, ¿qué no hacer?, ¿cómo los concreto en proyectos, decisiones y acciones?, nos remite a uno de los bienes humanos básicos que es la

<sup>52</sup> GEORGE, R. P. (ed.), *Natural Law and the Separation of Law and Morals*, en Robert P. George ed. “Natural Law Theory. Contemporary Essays”, Oxford University Press, 1992, pág.105.

<sup>53</sup> Cf. Vigo, R., *El iusnaturalismo actual (de M. Villey a J. Finnis)*, México, Ed. Fontamara, 2003.

razonabilidad práctica, y ésta con sus nueve exigencias constituye “el método de la ley natural para elaborar la ley natural (moral) a partir de los primeros principios de la ley natural (pre-morales)”, esas exigencias son: un plan de vida coherente, ninguna preferencia arbitraria entre los valores, ninguna preferencia arbitraria entre las personas, desprendimientos y desapego, compromiso con el proyecto asumido, eficiencia razonable, respeto a todo valor básico en todo acto, las exigencias del bien común y seguir la propia conciencia.

### **3. Moral y derecho natural o justo natural**

#### **3.1. El derecho**

Ya hemos transcripto del documento la expresa y clásica referencia a que el derecho natural es la parte de la ley natural vinculada a “las relaciones de justicia”. Parece bastante claro instalar en el campo de la moral social o interpersonal esa particular especie de relaciones sociales que incluyen deudas de justicia, porque de lo contrario el riesgo es definir a estas últimas sin considerar al bien humano en general, y específicamente al bien alcanzado en comunidad. A la hora de identificar el fin del orden social, la discusión se torna necesariamente moral, y cualquiera sea la respuesta a esa cuestión, ella tendrá como clave de bóveda una respuesta a lo que se entienda por el “buen vivir” en sociedad. Más allá de que la propuesta sea liberal, colectivista, democrática, autoritaria, etc., ella conlleva debates y posiciones típicamente morales. Afirma Nino, desde posturas alejadas de la escuela, que en última instancia la justificación jurídica desemboca en la moral, pues si a la pregunta por la obediencia de la ley se le responde con la autoridad o la democracia, este recurso instala el problema en un campo moral acerca de la disposición de la libertad o el patrimonio del otro. Son tesis de Alexy que el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico o moral y que los principios que integran el derecho son “contenido moral y forma jurídica”. De todas maneras, insistamos en que nuestro discurso seguirá instalado en la matriz de una filosofía clásica inspirada en Aristóteles y Aquino.

Hemos quedado que el derecho natural es una parte de la ley natural o moral pero el interrogante ahora es cómo identificar el objeto de aquél y lo que lo excede. Comencemos recordando que al decir del Aquinate: “[...] los juristas llaman derecho a lo que Aristóteles llama justo”<sup>54</sup> y desde ese marco podemos precisar que las notas distintivas del derecho son cinco<sup>55</sup>: 1) la materia del derecho es una operación o acto exteriorizado y, también, las cosas que se usan y respetan en dicho comportamiento; 2) el comportamiento debe ser de alteridad, o sea, estar referido a otro; 3) no es relevante la intención o el animus que acompaña el comportamiento; 4) la conducta da o respeta en igual medida a lo que le corresponde a otro (lo suyo, el *suum cuique*), por eso Lachance concluye: “[...] la igualdad del obrar exterior –igualdad cuyo término

<sup>54</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Commenta. Ethic. Nic.*, lib. V, lect. 12, n. 1016.

<sup>55</sup> GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 40.

es otro— es lo que constituye el objeto al que se refiere la justicia”<sup>56</sup>; y 5) el comportamiento puede ser requerido por la fuerza o coactivamente. Concidentemente con lo señalado puede concluirse que no integran el derecho en un sentido estricto: 1) las conductas no exteriorizadas o que permanecen en la interioridad; 2) las conductas meramente subjetivas o sin alteridad; 3) las deudas sociales que no pueden saldarse; y 4) las deudas cuya satisfacción requiere voluntariedad. Quizás un texto que refleja integralmente lo que es el derecho desde una perspectiva realista clásica sea el siguiente: “[...] lo recto en la obra de justicia, aun hecha abstracción del agente, se constituye por comparación a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro”<sup>57</sup>.

Pero hagamos a continuación algunas glosas o comentarios a las precisiones anteriores a los fines de ampliar explicaciones. Hemos optado por identificar al derecho en un sentido propio con conductas, aunque es oportuno recordar que esa no es una opinión pacífica entre tomistas dado que, por ejemplo: a) Urdanoz, en consonancia con Suárez, asimila el derecho en sentido estricto con la facultad del sujeto acreedor, o sea con el derecho subjetivo; b) de Finance o Delos lo ven al derecho como una relación; c) Villey pareciera que lo identifica con los bienes exteriores en cuanto repartidos; d) Hervada escribe: “[...] la palabra derecho designa propiamente el objeto del oficio de jurista”<sup>58</sup>; y e) Finnis encuentra el derecho en las reglas producidas o establecidas. Es cierto que nuestro señalamiento es absolutamente esquemático y puede pecar de exagerado, en tanto que una lectura más amplia de los autores citados seguramente tenderá a debilitar el esquema y a revelar más eclecticismo.

Entre los titulares de los derechos y de aquellos a los que le corresponde respetarlo, darlo o permitirlo es posible que aparezcan personas individuales o colectivas, e incluso el todo social o político. Ello queda reflejado en las distintas clásicas especies o tipos de justicia: distributiva, legal o general y conmutativa, aunque ha sido Finnis uno de los autores que ha impugnado dicho esquema triádico; es que el profesor de Oxford no obstante hablar de justicia general en cuanto “voluntad práctica de favorecer y promover el bien común de las propias comunidades”<sup>59</sup>, ella en definitiva se traduce o se disuelve en exigencias concretas de la justicia particular, sea como justicia distributiva o sea como justicia conmutativa.

Ha sido Graneris un autor que ha insistido en lo que ha llamado la “amoralidad del derecho” dado “que el derecho no es la cosa justa en toda su perfección, sino un *iustum imperfectum*, en cuanto puede darse independiente de las disposiciones de ánimo del agente”<sup>60</sup>. De ese modo, si bien el derecho en su contenido es “res iusta” y “res debita” con la relevancia que ello tiene para el bien de las personas implicadas directa o indirectamente, el sujeto que debe cumplir la deuda de justicia la puede hacer con ánimo injusto. El derecho, a diferencia de la moral, no reclama esa intención justa en la conducta que cumple lo justo, más en concreto prescinde de esa mirada en el terreno del ánimo, y por ende, tampoco reclama habitualidad en los

<sup>56</sup> LACHANCE, L., “El concepto del derecho...”, ob. cit., pág. 225.

<sup>57</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 57, 1.

<sup>58</sup> HERVADA, J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1990, pág. 204.

<sup>59</sup> FINNIS, J., *Ley Natural y Derechos Naturales*, ob. cit., pág. 105.

<sup>60</sup> GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 4.

comportamientos. La conclusión del profesor italiano es “que el deber moral de la justicia no está transcrito exactamente en la ley jurídica”<sup>61</sup>.

El derecho, en definitiva, consiste esencialmente en esas acciones exteriores propiamente humanas, referidas a otro, bajo la razón de debido por igualdad. El derecho no agota el campo de lo debido al otro, es por ello que hay virtudes que no llegan a alcanzar la razón de justicia, ora porque se apartan de la razón de igualdad, ora porque se apartan de la razón débito perfecto o “debitum legale”. Estamos así ante el problema de las partes potenciales de la justicia, que son virtudes anejas a la virtud de la justicia porque convienen en algo con ésta, pero se apartan en algún elemento de la razón perfecta de la misma. Dichas virtudes anejas de la justicia son sociales dado que ordenan los sujetos entre sí, su materia también son las conductas intersubjetivas, pero formalmente se distinguen de la justicia respecto a la igualdad que ella obra o respecto a la deuda que la misma importa. Pesan sobre el hombre ciertas deudas que es imposible satisfacerlas totalmente, se da una desproporción entre lo que se debe y las posibilidades de igualar lo suyo del otro, así señala Santo Tomás: “[...] es de la esencia de la justicia dar a otro lo que le es debido conforme a igualdad [...] Luego una virtud de las que entrañan relación a otro puede separarse de la esencia de la justicia, por dos conceptos: primero, por defecto de la igualdad, y segundo, por defecto del débito”<sup>62</sup>. La primera de esas deficiencias o imperfecciones, en donde no podemos igualar todo lo debido, es el caso –seguimos con Aquino– de las virtudes anejas de la religión, de la piedad y de la veneración. El objeto de la virtud de la religión es dar a Dios el culto que el hombre le debe, pero el hombre nunca podrá restituirle a su creador todo lo que de Él ha recibido. La misma argumentación cabe en virtud de la llamada “piedad” que el hombre debe a sus padres y a su patria; de aquellos recibimos de manera directa nuestro ser y nuestra formación fundamental, y la comunidad política a la que pertenecemos ha contribuido a la definición de nuestra propia identidad personal, pero ambas deudas resultan imposibles de ser igualadas en tanto no podemos devolver todo lo adeudado o encontrarnos que la deuda ha sido saldada. El cuadro tomista de las virtudes anejas a la justicia por el lado de los débitos que no se pueden compensar en igual medida de lo recibido, se completa con la virtud de la observancia o veneración por la que honramos, respetamos y reverenciamos a las personas constituidas en dignidad, o sea, a aquellos que administran de manera excelente y recta los cargos del gobierno de la comunidad.

Además de las virtudes referidas a las deudas impagables, tenemos las virtudes anejas que se separan de la virtud principal por tener razón de débito disminuida. En ellas es posible realizar la equivalencia de la deuda, pero lo que falla es el carácter de la deuda, en efecto, se trata de deudas morales y no estrictamente jurídicas o legales. El “debitum morale”, a diferencia del “debitum legale”, no puede ser forzado a su satisfacción coactiva a riesgo de ser desnaturalizado. La deuda moral no está imperada por el derecho, sino que es exigida por “honestidad de la virtud”, la satisfacción de este tipo de deudas se apoya en la perfección de la virtud en la vida comunitaria. En las deudas morales distingue el Aquinate un doble grado de intensi-

<sup>61</sup> *Ibíd.*, pág. 54.

<sup>62</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 80, 1.

dad: por un lado, aquellas que no pueden dejar de ser satisfechas si la pretensión es una honestidad plena o perfecta en la convivencia y costumbres sociales (así: veracidad, gratitud y vindicación), y por otro lado, aquellas deudas cuyo pago “conduce a una mayor honestidad moral, sin ser indispensable a la conservación de lo honesto” (liberalidad, afabilidad, amistad y otras virtudes semejantes). La veracidad, por la cual nuestras acciones y palabras se adecuan a lo que “es”, se exige por razón de la honestidad que todo hombre debe al prójimo, pero excede las posibilidades del derecho la pretensión de que no existan los mentirosos. En las virtudes de la gratitud y de la vindicación se compensa a otro en bienes o males, por lo que hizo; así, en la primera, renunciamos a algo nuestro en beneficio de aquellos semejantes que han obrado de igual modo hacia nosotros; y en la vindicación, se rechaza el daño injustamente infringido sancionando privadamente al culpable. La virtud de la liberalidad regula rectamente el uso que hacemos de nuestros bienes exteriores de manera que le demos algo de los mismos al otro, pues si fuera algo de lo “suyo” del otro y no de lo “suyo” propio, estaríamos en el campo de la justicia. A la afabilidad corresponde el tratar a nuestros semejantes como es decoroso y con cierta alegría y afecto.

Sintetizando el tema de las virtudes anejas a la justicia, vemos que los débitos implicados en ella no pueden propiamente ser asimilados a los débitos de justicia, dado que en un caso no podemos dar todo lo que debemos, y en el otro, se trata de deudas que por su naturaleza estrictamente moral impiden que su cumplimiento se realice coactivamente.

### 3.2. *Lo natural del derecho*

Recordemos centralmente que los juristas “llaman derecho a lo que Aristóteles llama justo”<sup>63</sup>, y “el derecho o lo justo es algo adecuado a otro conforme a cierto grado de igualdad. Pero una cosa puede ser adecuada a un hombre de dos maneras. Primera, atendida la naturaleza misma de la cosa; por ejemplo, cuando uno da tanto para recibir otro tanto; y esto es derecho natural. Segunda, por convención o común acuerdo, es decir, cuando alguno se manifiesta satisfecho con recibir tanto; y esto puede realizarse de dos formas: por un convenio primado, como el que se constituye mediante un pacto entre personas particulares; o por convención pública, v. gr., cuando todo el pueblo consiente en que algo se considere como adecuado y ajustado a otro, o cuando lo ordena así el príncipe que tiene a su cargo el cuidado del pueblo y lo representa. Y esto es derecho positivo”<sup>64</sup>. Sin perjuicio de que luego hablaremos del derecho positivo, subrayemos ahora que el derecho o lo justo natural, o sea “aquello que por su naturaleza es adecuado o ajustado a otro”<sup>65</sup>, puede acontecer de dos modos: “Primero, considerando la cosa absolutamente y en sí misma”, un ejemplo del mismo Aquinate de ese derecho natural primario sería que los padres se adecuan o ajustan naturalmente al hijo para alimentarlo; “Segundo, considerando la cosa no

<sup>63</sup> TOMÁS DE AQUINO, *Comment Ethic.Nic.*, lib. V, lect. 12.

<sup>64</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 57, 2.

<sup>65</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 57, 3.

absolutamente, en su naturaleza, sino en relación a sus consecuencias”, y el ejemplo que trae a colación es el derecho de propiedad, en tanto “si este terreno se considera en absoluto, no hay razón para que pertenezca a una persona con preferencia a otra; pero, si se considera en atención a la conveniencia de su cultivo y a su pacífico uso, entonces sí tiene cierta aptitud para ser de uno y no de otro, como demuestra Aristóteles”.

Quedó en el párrafo anterior la visión del Aquinate en torno al derecho natural, conforme a la misma, la institución del derecho remite a la vida social humana y a la capacidad de sus integrantes de contar con una razón idónea para dirigir conductas y resolver conflictos. Así, en la sociedad los hombres cuentan con “cosas” (corporales e incorpóreas) que tienen atribuidas y que, consecuentemente, le son debidas en términos de respeto, restitución y, eventualmente, compensación<sup>66</sup>. Pero esos derechos que tiene cada uno nacen en virtud de ciertos “títulos” y cuentan con ciertas “medidas”, por eso desde Grecia se reconoce un “ius” o “iustum naturale” y un “ius” o “iustum positivum”, según esos títulos o medidas provengan de la naturaleza o del acuerdo o decisiones humanas. Lo justo natural coincide, en primer lugar, con todos esos derechos –“iura”– que le corresponde a cualquier miembro de la especie humana por la sola razón de contar con la “naturaleza humana”, o sea, por contar con la esencia que permite identificarlo como alguien humano. Esa esencia no solo cumple con esa función especificadora para identificar de qué ser estamos hablando, sino también ella es principio de operaciones en tanto ellas provienen de su particular naturaleza. (“El nombre de naturaleza significa la esencia de la cosa en cuanto entraña un orden a su operación”, define el Aquinate en *De ente et essentia*, cap. 1). El hombre, al ser persona, dado que cuenta con capacidad para “ser dueño de sí mismo”, es titular de los derechos naturales que coinciden con todos los bienes que forman o son inherentes a su propio ser, y asimismo las operaciones que posibilitan los fines o bienes a los que está inclinado por naturaleza. Esos derechos naturales (bienes y operaciones) exigen como deuda el respeto y la no afectación, y para su conocimiento se requiere el conocimiento de la persona humana, dado que por este medio es posible comprender cuáles son los bienes inherentes como las operaciones y los fines que siguen a la naturaleza humana. Negar esos derechos naturales implica negar o poner en crisis la misma calidad de persona que conlleva todo miembro de la especie humana.

Hemos hablado de títulos naturales y queremos agregar que fácil es reconocer que hay “medidas naturales” de los derechos o de lo justo que no refieren ya a la naturaleza humana sino a la naturaleza de las cosas. En efecto, vemos que en el terreno de la cantidad resulta justo devolver un paquete de un kilo de arroz con dos paquetes de medio kilo de igual calidad de arroz; o también en el terreno de la cualidad, en tanto cada uno de los ejemplares de ese libro de esa edición valen igual; o en el terreno de la finalidad, porque un veneno no sirve para curar o si pretendo curar dos enfermedades distintas requiero de dos tipos de remedios diferentes pero idóneos a esos fines. Con esos ámbitos de derechos y ejemplos queremos destacar la relevancia de la naturaleza de las cosas a la hora de reconocer la medida de un

<sup>66</sup> HERVADA, J., *Introducción crítica al Derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 981, pág. 83.

derecho, y es indudable que el actual derecho ambiental o ecológico resulta un buen ejemplo de dichas medidas naturales.

Dice con acierto Graneris que el *ius o iustum naturale* “admite diversos grados de naturalidad”<sup>67</sup>, en tanto la razón humana puede reconocer de una manera fácil, patente e inmediata que hay algo adecuado o conmensurado a otro, como por ejemplo “el macho se acomoda a la hembra para engendrar en ella”<sup>68</sup> o que mi vida me pertenece y exige de los otros respetarla. Junto a ese derecho natural primario hay otro derecho natural secundario, en tanto lo justo se concluye racionalmente a partir de la naturaleza de la cosa, y así del derecho primario a la vida se concluyen los derechos al alimento, la salud, etc. Esa distinción entre derecho natural primario y derecho natural secundario ha sido interpretada no de manera exactamente igual por autores adscriptos al pensamiento tomista. Así, Santiago Ramírez interpreta: “Cabe un doble derecho natural humano: uno, estrictamente tal, por corresponder objetiva y formalmente al hombre en cuanto a su naturaleza racional; otro, no estrictamente tal, sino en sentido lato, por corresponder solo objetiva y formalmente al hombre como intelectual, mas no como racional. Y ese derecho natural humano estrictamente dicho, es decir, natural-racional, es precisamente el derecho de gentes”<sup>69</sup>.

Jesús García López, tras los pasos de Ramírez, precisa que “los derechos humanos coinciden con los derechos naturales del hombre”<sup>70</sup>, aunque no en el sentido de “derechos puramente naturales” sino en cuanto derechos que corresponde al hombre en cuanto hombre, o sea razón y libertad; reconociendo cierta continuidad entre el derecho fundado en la naturaleza genérica del hombre (derecho natural primario) y el fundado en la naturaleza específica del mismo<sup>71</sup>. La interpretación final de Louis Lachance en torno a los textos tomistas es “que el derecho positivo, *jus positivum*, se divide en derecho de gentes y en derecho civil. El primero constituye una especie original de derecho positivo, muy cercana al derecho natural, tan cercana que, para discernirla y darle existencia, basta con la razón natural”<sup>72</sup>.

Por sobre la precisión apuntada volvamos a Hervada para subrayar la distinción entre derechos naturales primarios y derivados, por un lado, y por el otro, entre derechos naturales originarios y derechos subsiguientes. Los derechos naturales primarios representan los bienes fundamentales de la naturaleza humana y los que corresponden a sus tendencias básicas; mientras que los derechos naturales derivados son manifestaciones o derivaciones de los primarios (por ejemplo: es un derecho primario el derecho a la vida, y de éste se deriva el derecho al alimento). Los derechos naturales originarios proceden de la naturaleza humana considerada en sí misma, y por ello, tienen por titular a todo hombre de todo tiempo y lugar; mientras que los derechos naturales subsiguientes son los que remiten a la naturaleza humana pero en situaciones creadas por el hombre (es un derecho originario el

<sup>67</sup> GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 68.

<sup>68</sup> TOMÁS DE AQUINO, S. Th., II-II, 57, 3.

<sup>69</sup> RAMÍREZ, S., *El derecho de gentes*, pág. 103.

<sup>70</sup> GARCÍA LÓPEZ, J., *Los derechos humanos en Santo Tomás de Aquino*, EUNSA, Pamplona, 1979, pág. 25.

<sup>71</sup> *Ibid.*, pág. 37.

<sup>72</sup> LACHANCE, L., *El derecho y los derechos del hombre*, Madrid, Rialp, 1979, pág. 220.



derecho a la vida, pero frente a una agresión que ponga en peligro su vida aparece el derecho a la legítima defensa). Fácilmente se advierte la carga de historicidad que envuelve a los derechos naturales derivados y a los subsiguientes, de todas maneras –como advierte Hervada–, no cabe asimilar indistintamente la mutabilidad de la ley natural con la historicidad de lo justo natural, o sea, preguntarnos por cómo y cuánto influye el tiempo y el espacio en las cosas atribuidas al hombre por título natural y medida natural. Una primera insistencia al respecto sería que el cambio no afecta a la naturaleza o esencia del hombre, dado que si ocurriera estaríamos no ante la historicidad del hombre sino la evolución o el cambio de especie, de todas maneras la historicidad acompaña a la naturaleza y, por ende, a los derechos naturales o lo justo natural, sin que esas transformaciones afecten el título que tiene todo hombre respecto a los “suyos” naturales. Al margen de la inalterabilidad del título que arraiga en todo miembro de la especie humana, cabe reconocer que la historicidad puede afectar la modalidad y eficacia de los derechos naturales, un ejemplo del impacto sobre el modo de ejercerse el derecho natural puede ser respecto al derecho al alimento que varía en la modalidad según sea un bebé o un hombre adulto, y en cuanto a la eficacia se nos ocurre como ejemplo el derecho al alimento que se suspende en caso de cierta enfermedad, o cuando la persona se coloca en una situación que anula la deuda correspondiente a su derecho natural (por ejemplo, cuando alguien agrade la vida de otro, quien queda habilitado para defenderse proporcionalmente hasta matar de ser necesario). Dejando el punto de la afectación en la modalidad de los derechos naturales pasemos ahora a la eficacia en los mismos, y al respecto es evidente el impacto que produce el contexto histórico, así por ejemplo el derecho a la salud cuenta con una medida eficaz ligada al desarrollo de la medicina, o el derecho al acceso a la justicia depende fuertemente de la sociedad política de la que estemos hablando, aunque hay siempre un contenido esencial o constitutivo que requiere ser satisfecho.

Hemos estado tratando el tema del derecho o lo justo natural, y advertíamos que no podemos confundirlo con el tema de la ley natural, pero esa relación también ha sido motivo de debates al interior de la escuela. Michel Villey, con insistencia, ha suscripto la tesis de que la ley no es algo propiamente jurídico, sino moral atento a que su objeto son los comportamientos debidos y no la justa repartición de bienes entre los integrantes de la sociedad, por ello aconseja leer la concepción del derecho del Aquinate en la cuestión 57 de la II-II y no en el tratado de la ley, dado que aquí es el teólogo el que escribe. Frente al antinormativismo villeyano, la visión más extendida es la que manifiestan, por ejemplo, Graneris, cuando afirma que “la ley es la fórmula con la que se expresa el ius”<sup>73</sup>; Olgiati, al escribir: “[...] la norma es madre del derecho, pero no es el derecho”<sup>74</sup>; Lachance, al recordar *lex statuit ius* y afirmar: “El derecho es a la vez el objeto de la justicia y de la ley, aunque en órdenes diferentes. Estamos autorizados, entonces, a concluir que la ley es la causa el derecho”<sup>75</sup>; o

<sup>73</sup> GRANERIS, G., *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, ob. cit., pág. 68.

<sup>74</sup> OLGATI, F., *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, EUNSA, 1977, pág. 280.

<sup>75</sup> LACHANCE, L., *El concepto de derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, ob. cit., pág. 170.

Kalinowski, al concluir: “[...] nadie puede pronunciarse sobre lo justo o lo injusto sin referirse a la ley, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho”<sup>76</sup>.

### 3.3. *Derechos humanos*

Podemos leer en el punto 92 del Documento el significativo párrafo: “Los derechos naturales son medidas de las relaciones humanas anteriores a la voluntad del legislador. Ellos existen en cuanto los hombres viven en sociedad. El derecho natural es aquello que es naturalmente justo antes de toda formulación legal. Se expresa particularmente en los derechos subjetivos de la persona, como el derecho al respeto de la propia vida, a la integridad de la persona, a la libertad religiosa, a la libertad de pensamiento, el derecho a formar una familia y educar a los hijos según las propias convicciones, el derecho de asociarse con otros, de participar en la vida de la colectividad [...] Estos derechos, a los cuales el pensamiento contemporáneo atribuye gran importancia, tienen su fuente no en los deseos fluctuantes de los individuos, sino en la estructura misma de los seres humanos y de sus relaciones humanizadoras. Los derechos de la persona humana surgen, por tanto, del justo orden que debe reinar en las relaciones entre los hombres. Reconocer estos derechos naturales del hombre significa reconocer el orden objetivo de las relaciones humanas fundadas sobre la ley natural”. A tenor de lo transcrito cabe interpretar que el documento adscribe a aquellos que terminan identificando el derecho natural con los actuales derechos humanos<sup>77</sup>, pues estos son el nuevo nombre de aquel clásico derecho. Por supuesto que esta postura ha tenido resistencias en las filas del realismo clásico, y un buen ejemplo es Michel Villey, quien atribuye la primera formulación de los derechos subjetivos a Guillermo de Ockham en su polémica con el Papa Juan XXII sobre la propiedad de los franciscanos, y es a partir de Suárez cuando queda consolidada la ruptura del “objetivismo jurídico” de Tomás de Aquino y la aparición del “subjetivismo jurídico” que reconoce como el analogado principal del derecho al derecho subjetivo. Esas lecturas históricas son objeto de controversias, de tal modo que otros autores reconocen en los mismos textos tomistas alusiones que pueden traducirse en términos de derechos subjetivos, y a este respecto nos parece apropiada la opinión de Bernard V. Brady, y que hace suya Beuchot<sup>78</sup>, interpretando que Aquino dio primariamente al derecho un sentido objetivo, pero también le reconoció –de algún modo– un sentido subjetivo como poder, aunque este aparece preferentemente como deber y siempre en dependencia del derecho o lo justo objetivo. “Los derechos que Santo Tomás entiende como subjetivos pueden ser activos y pasivos. Pero él no adopta el sentido activo, sino solo el pasivo, es decir, como derechos que son dados o permiten algo por otro, más que como derechos para hacer algo por uno mismo. Por

<sup>76</sup> KALINOWSKI, G., “Lex et jus”, en *Archives de Philosophie du Droit*, N° 8, París, Sirey, 1963, pág. 287.

<sup>77</sup> Según Francisco Puy, “los derechos humanos constituyen el derecho natural de nuestro tiempo”, PUY MUÑOZ, F., *Derechos Humanos*, Santiago, Imprenta Paredes, 1983, pág. 266.

<sup>78</sup> BEUCHOT, M., *Derechos Humanos*, México, UNAM, 1995, pág. 27.

eso los derechos personales pasivos de Santo Tomás difícilmente pueden tomarse como derechos humanos<sup>79</sup>.

Por sobre análisis históricos y de escuela, no solo queremos recordar la larga lista de autores tomistas que explícitamente defienden los derechos humanos (Maritain, Kalinowski, Finnis, Massini, etc.), sino que nos parece claro que a partir de la Segunda Guerra los derechos humanos quedan incorporados a la agenda jurídica, política y moral como un núcleo de juridicidad indisponible cuya violación compromete la validez de cualquier norma jurídica generando responsabilidad jurídica en aquellos que la han creado o aplicado. La condena a los jerarcas nazis se funda en que habían cumplido la ley pero habían violado el derecho, dado que este es incompatible con la injusticia extrema (una violación grave, extendida y manifiesta de los derechos humanos) en que incurría la legislación nazi. Ha sido Robert Alexy quien ha defendido esa fórmula de Radbruch de “la injusticia extrema no es derecho”, de tal manera que si ocurre ese supuesto el intento de hacer nacer derecho se abortará, por eso no estamos frente al supuesto de retroactividad de la nueva ley sino a la inexistencia de una invocada ley o derecho.

Los Tratados de Derechos Humanos están redactados con un lenguaje que remite a una matriz iusnaturalista, es que las notas invocadas expresamente en aquellos como las de “reconocimiento” de los derechos (no de creación), su universalidad e inalienabilidad solo pueden ser entendidos a partir de “algo” que es común a todo ser humano y que se proyecta al campo jurídico como derechos que valen al margen de que las autoridades los reconozcan o los violen. El fundamento o la justificación de esos “suyos” que tiene cualquier miembro de la especie humana consiste, finalmente, en la esencia o naturaleza humana que permite identificar a cualquiera de ellos, y que a su vez se constituye en un modo de operar –racional y volitivo– orientado al bien y a la consiguiente felicidad. El lenguaje de la Declaración Universal de los Derechos Humanos es elocuente en el referido sentido: “[...] la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y es claro que todo hombre tiene una igual dignidad ontológica que se revela en su ser completo e incommunicable, y también una dignidad moral que se alcanza en el ejercicio de sus actos racionales y libres. Es aquella dignidad inherente lo que constituye título suficiente para contar con ciertos derechos humanos que son naturales dado que se fundan en la naturaleza humana, pero esa existencia no implica el automático respeto, la vigencia y el conocimiento de los derechos naturales, de ahí que su violación genera responsabilidad jurídica, al margen de que lo contemple o no el derecho nacional positivo.

El Documento habla de los derechos humanos o naturales como “derechos subjetivos”, y ello supone asimilarlos a un concepto estrictamente jurídico que ha merecido mucha atención entre los juristas. Hablar de un derecho subjetivo supone la posibilidad de distinguir hasta seis elementos: 1) un sujeto titular del derecho (puede ser alguien individual o un sujeto colectivo identificado por la unidad de las relaciones prácticas establecidas entre sus integrantes); 2) un sujeto deudor o sobre el que pesa el respeto o la satisfacción del derecho (también aquí puede ser un sujeto

<sup>79</sup> *Ibíd.*, pág. 28.

individual o colectivo); 3) el objeto del derecho (en última instancia una conducta de dar, permitir o hacer que pesa o se proyecta sobre el sujeto titular y sobre el deudor, y por extensión a otras cosas); 4) el fundamento o la razón justificatoria última o mediata de todo derecho o atribución de derechos y deberes, que es la condición de persona y su dignidad intrínseca; 5) el título o fundamento o razón justificatoria inmediata o próxima de la existencia y titularidad del derecho, pues el título puede provenir de una norma o un principio de derecho natural o positivo; y 6) la medida del derecho, dado que se puede tener el título a recibir una indemnización pero el punto es el *quantum*, en donde puede haber exceso o faltante a tenor de la justicia. Nos gustaría subrayar de la caracterización efectuada del derecho subjetivo que la persona y su dignidad es el fundamento radical o último del derecho, la “fuente de la juridicidad”<sup>80</sup>, en tanto reside en ella la razón de existencia del derecho y el fin al que este debe servir. Pero la persona es algo más que naturaleza, pues la persona es “en razón de su ser y naturaleza la que subsiste, la que se domina a sí misma y se relaciona o comunica con las demás personas. No es la naturaleza humana la que busca perfeccionarse; por el contrario, es la persona, la realidad singular, concreta una e irreplicable la que está orientada por su naturaleza a alcanzar una mayor perfección. Tampoco puede decirse que sea la naturaleza la que actúe, las acciones son de la persona, ella es a quien se le atribuyen las cosas en las que se da el derecho y ella misma la que lo realiza”<sup>81</sup>. Por otro lado, de la referida caracterización surgen la correspondencia que existe entre derechos y deberes, en tanto la estructura óptica de la persona en relación le impone como titular de derechos y deberes en la sociedad, es que el derecho requiere alguien que lo “debe”, y, a su vez, la presencia de una deuda supone un haber del acreedor, pues la finalidad del derecho es atribuir y proteger las justas atribuciones, y para ello impone correlativamente deberes de respeto y restitución respecto a los derechos. Toda persona, en tanto “un ser concreto e individual que subsiste en sí y por sí, como un todo completo, con sus determinaciones esenciales y sus características accidentales, integradas en el acto de ser que ejerce por su propia cuenta”<sup>82</sup>, es posible establecer sobre ella responsabilidades e imputaciones. Esa conexión entre derechos y deberes no solo puede ser oportuna ante las teorías morales y jurídicas que intentan excluir a los deberes<sup>83</sup>, sino que también refleja la pertinente “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” cuando declara: “El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre. Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad. Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”. Una cuarta glosa apunta a que si bien el derecho es “la cosa debida y justa”, ello implica y trae aparejado, en el titular, la facultad de exigir su respeto (*facultas exigendi*), la facultad de hacer (*facultas agendi*) y la facultad de tener (*facultas possidendi*), e incluso puede ocurrir

<sup>80</sup> HOYOS CASTAÑEDA, I. M., *El concepto jurídico de persona*, Pamplona, EUNSA, 1989, pág. 462.

<sup>81</sup> *Ibid.*, pág. 471.

<sup>82</sup> RASSAM, J., *Introducción a la filosofía de Santo Tomás de Aquino*, Madrid, Rialp, 1980, pág. 60.

<sup>83</sup> J. L. Mackie y M. G. Singer, entre otros.

que en algunos casos la cosa justa consiste en una cierta facultad o poder. Finalmente quisiéramos destacar que también existen derechos humanos colectivos, que por supuesto no implica sustancializar otros entes diferentes a las personas de carne y hueso, pero cuya ausencia supone terminar en un sistema jurídico individualista y el riesgo de dominaciones entre pueblos sin que estos puedan reclamar derechos o lo suyo.

#### **4. El derecho positivo. Su relación con el derecho natural**

##### *4.1. La necesidad del derecho positivo*

La ley natural es la expresión racional de las exigencias inscriptas en la naturaleza humana; ella señala los fines que posibilitan al hombre, individualmente y socialmente, su plenitud o su bien. La vida comunitaria responde a esas necesidades que son constitutivas de la persona humana, por ello, la normatividad básica de la sociedad está constituida por la ley natural. En esas relaciones sociales hay “cosas” que tienen atribuidas naturalmente los hombres y que los otros por justicia deben respetar, las que pueden reconocerse por medio del conocimiento antropológico y la experiencia humana más elemental y básica. Pero más allá de ese orden fundamental o raigal, la vida social concreta e histórica suscita conflictos jurídicos y requiere de reglas y medidas que definan lo justo positivo.

Estas normas puestas o creadas racionalmente por el hombre constituyen el derecho positivo y a través de ellas se determinan y prescriben ciertos suyos de cada uno de los integrantes y del todo social. Los diferentes sujetos dotados de potencia constitutiva de derecho (autoridades políticas legislativas, administrativas o judiciales; comunidades locales, nacionales o internacionales; personas colectivas y sujetos particulares) ratifican coercitivamente, completan o precisan el campo de lo justo natural, estableciendo lo justo positivo. Así, una conducta es plena y formalmente jurídica en cuanto iguala lo suyo natural o positivo del otro.

Recurramos una vez más a la autoridad del Aquinate: “[...] una cosa es justa de dos modos; bien por su misma naturaleza, y en este caso se llama derecho natural, o bien por cierta convención entre los hombres, y entonces es derecho positivo, según lo expuesto. Las leyes, empero, se escriben para la declaración de uno y otro derecho, aunque de diferente manera; porque la ley escrita contiene el derecho natural, mas no lo instituye, pues este no toma fuerza de la ley, sino de la naturaleza; pero el derecho positivo se contiene e instituye en la ley escrita, dándole ésta su fuerza de autoridad”<sup>84</sup>.

El iusnaturalismo clásico reivindica la necesidad del derecho positivo, más allá de que a veces ha predominado una mirada poco atenta y desinteresada de la importancia y características del mismo. En la visión estrictamente tomista del derecho positivo, cabe distinguir, por un lado, aquel que es positivo “por accidente” (*per accidens*), en tanto su contenido son “conclusiones” extraídas de las normas de derecho

<sup>84</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 60, 5.

natural (del precepto universal iusnatural de no hacer daño a nadie se infiere que no se debe matar) y es de aquellas de donde obtiene su fuerza obligatoria; y por el otro, el derecho positivo llamado por sí (*per se*), en tanto su contenido son “determinaciones” o aplicaciones del derecho natural que dejan alternativas válidas para la autoridad (por ejemplo, el modo de sancionar al que comete un daño a otro) y que en consecuencia su fuerza obligatoria le viene principalmente de la misma fuente social. Santo Tomás señala esa distinción en los siguientes términos: “Debe saberse que a partir de la ley o derecho natural algo puede derivar de dos modos distintos: de un modo, como las conclusiones a partir de los principios; de otro modo, según ciertas circunstancias de algo general [...] una y otra cosa se encuentran en la ley (o derecho) humana positiva. Pero aquella que pertenece al primer modo (conclusión) se contiene en la ley humana, no a modo de algo puramente puesto por la ley, sino que también tiene algún vigor por ley natural. Pero lo que se obtiene del segundo modo solo tiene fuerza por ley humana”<sup>85</sup>. Desde esa matriz, está claro que los derechos humanos no valen ni obligan porque las autoridades o los ciudadanos han convenido en que valgan, sino que valen jurídicamente aunque no los reconozcan o explícitamente lo rechacen, de ahí la responsabilidad jurídica que suscita su violación, aunque ésta sea conforme a la ley positiva.

El derecho natural se extiende hasta donde llegan las conclusiones o exigencias derivadas del derecho natural originario o primario, y el derecho positivo abarca esos suyos “añadidos”<sup>86</sup> a los naturales. Pero el origen humano de este derecho positivo no lo priva de la misma obligatoriedad que posee el derecho natural, y así lo dice el Aquinate: “El derecho positivo es indiferente en un principio, es decir antes de que sea establecido por la ley (o las normas jurídicas); pero cuando ya ha sido dictado o estatuido por la ley, entonces no es indiferente, sino es justo guardarlo e injusto preterirlo”<sup>87</sup>.

Para el realismo clásico el derecho positivo no solo es necesario, sino que autores como Finnis le han otorgado un valor y papel notable, así el profesor australiano manifiesta preferencia por hablar de “racional” en lugar de “natural”, consecuentemente, no duda en calificar a la ley natural como “solo analógicamente ley”, siendo “la ley humana positiva el analogado principal”<sup>88</sup>, y a la hora de proponer el significado focal del derecho escribe: “[...] law has been used with a focal meaning so as to refer primarily to rules made”<sup>89</sup>. Por sobre discusiones al interior de la escuela, su propuesta está muy lejos de aquella confianza desmedida de los iusnaturalismos de los siglos XVII y XVIII, que confiaban en deducir de ciertos principios todo el derecho, sin consideración alguna a las circunstancias de tiempo y espacio. La nota de politicidad del derecho destacada por Olgiati supone que el derecho en sentido pleno se forma, desarrolla y sirve a la sociedad política o, mejor aún, al bien común de la misma que no es otro que aquel que se define en relación a una sociedad particular; pero a su vez, el profesor italiano, frente a ciertos prejuicios moralistas o antiecono-

<sup>85</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, 95, 2.

<sup>86</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, 91, 3.

<sup>87</sup> TOMÁS DE AQUINO, *In V Ehtic.*, lect.12, n° 1020.

<sup>88</sup> FINNIS, J., *Ley natural y derechos naturales*, ob. cit., pág. 308.

<sup>89</sup> *Ibid.*, pág. 276.

micistas, aclara que esa definición del derecho clásica incluye la dimensión de lo útil o lo económico.

#### 4.2. *La prudencia jurídica*

Para el realismo jurídico clásico el método para determinar o establecer el derecho positivo es el prudencial, así afirma Lachance: “Declarar o definir el derecho pertenece a la prudencia”<sup>90</sup>. La vida moral de los hombres cuenta con la prudencia en tanto virtud de la razón práctica que tiene por objeto señalar e imperar el bien concreto y posible, funcionando como una especie de puente entre las exigencias universales y permanentes y las exigencias contingentes e históricas. Mientras que la *sindéresis* refiere a los puros fines, las virtudes morales del apetito espiritual (justicia) o sensible (fortaleza y templanza) son de los puros medios, es decir, de los fines no últimos y universales, sino próximos, que son al mismo tiempo medios respecto de los puros fines y fines respecto de los puros medios. Recordemos que la justicia es “*medium rei*”, o sea un medio establecido en las cosas, pero para que el mismo sea éticamente relevante, es indispensable que esté subsumido e informado por el “*medium rationis*”, o sea la prudencia, y así adquiera la plasticidad que reclaman las circunstancias de la vida humana, es por ello que en la filosofía realista tomista lo justo o lo suyo de cada uno en una cierta comunidad está determinado por la prudencia a través de las normas jurídicas. El Aquinate señala: “[...] una cosa no se dice recta si no es porque se conforma a la regla y medida” (*In Psalm 32, 1*), y en el orden del obrar humano precisa: “La regla de los actos humanos no es cualquier regla, sino la recta razón”<sup>91</sup>, por lo que puede concluirse que la prudencia está encomendada de formular esa regla y medida del obrar que da lo justo debido o no le priva al otro de lo suyo. La prudencia es –según Ramírez– formalmente intelectual y solo materialmente moral, en cuanto que aplica los principios de la razón práctica a la materia moral, o sea al campo de lo agible humano, de los actos libres y deliberados<sup>92</sup>. Si el acto justo consiste en darle a lo otro lo suyo, se requiere determinar lo que es justo o suyo, y este es el trabajo que debe llevar a cabo la prudencia jurídica formulando y estableciendo la norma jurídica –regla y medida del comportamiento justo– o también la prudencia jurídica de aquel que cumple dicha norma. Destaca el Aquinate: “Así como en las obras externas que se realizan por el arte preexiste en la mente del artista cierta idea que es la regla del arte, así también la razón determina lo justo de un acto conforme a una idea preexistente en el entendimiento como cierta regla de prudencia. Y esta si se formula por escrito recibe el nombre de ley”<sup>93</sup>.

Los distintos juicios prudenciales provienen de la razón práctica, son conclusiones de un correspondiente silogismo práctico, y se dirigen inmediatamente a la acción, la cual tiene por motor la voluntad y las tendencias sensibles. “Hay tantos

<sup>90</sup> LACHANCE, L., *El concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, ob. cit., pág. 121.

<sup>91</sup> TOMÁS DE AQUINO, *In II Sent.*, d.24, q.3, a.3, ad.3.

<sup>92</sup> Cfr. RAMÍREZ, S., *La prudencia*, Madrid, Palabra, 1978.

<sup>93</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 57, 1.

tipos de prudencia como sectores de la actividad humana –señala Georges Kalinowski<sup>94</sup>–, y de ese modo también se da la prudencia jurídica con sus respectivos silogismos prudenciales”. Si bien el razonamiento práctico del constituyente o del legislador pueden diferenciarse del que despliega el juez o del que cumple un particular cuando cumple un mandato jurídico o formaliza un contrato o un testamento, hay una analogía entre ellos; y de esos silogismos prudenciales se formalizarán normas generales o individuales que se constituirán en modelos de ciertas conductas a las que impera, pero a su vez en la realización de estas, los sujetos actuantes se guiarán por sus respectivos juicios prudenciales. El juicio prudencial cierra el proceso del conocimiento práctico, determinando aquí y ahora lo que el sujeto debe hacer y cómo debe hacerlo; a través del mismo, el orden jurídico general y objetivo genera los ajustes personales y alcanza su realización efectiva. En la conducta justa pueden distinguirse dos momentos: el momento cognitivo por el cual la razón prudencial aprehende el derecho o lo justo, y el segundo momento es el del uso activo de la voluntad que sucede al imperio, o sea, el ordenamiento definido por la razón para ejecutar la acción de un modo completo. La razón práctica, como también la especulativa, conoce mediante especies o ideas, que son producidas por la razón como su palabra interior –*verbum mentis*–, de la cual la palabra oral o escrita no es sino la expresión o signo exterior. El acto de imperio genera también esa especie o idea, palabra interior que supone un juicio mental que no es simple enunciación, sino juicio imperativo que ordena a mover eficazmente los actos de otras potencias o de otras personas, según el imperio personal o público<sup>95</sup>. Se comprueba así que en esos juicios o proposiciones de la razón práctica está lo medular de las ordenaciones jurídicas positivas, pues cuando aquellos se exteriorizan y dejan de ser *verbum mentis*, aparecen las normas prescribiendo conductas jurídicas individuales o generales.

La ley es ordenación de la razón dirigida al bien común político, pero esa razón práctica prudencial que la produce por su acto de imperio puede ser llamada razón pública o política o prudencia arquitectónica, dado que así como la razón o prudencia individual o particular mira directamente al propio bien personal, aquella razón atiende directamente al bien de toda la comunidad y es capaz de mover eficazmente a los actos humanos y a los bienes particulares a ese bien de la comunidad.

Reitera el Aquinate: “[...] legislar pertenece a la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de la comunidad”<sup>96</sup>, pues las normas jurídicas positivas de alcance más general –como las constitucionales, legales, administrativas o consuetudinarias– imperan, ordenan e intiman con valor y eficacia motiva, mirando de manera directa al bien común político. Dichas normas son efecto de la razón y de la voluntad humana, y ellas no solo se manifiestan por palabras y escritos de la autoridad que a la comunidad representa, sino también a través de ciertas maneras de obrar, este último caso es el de las normas consuetudinarias donde la repetición de ciertos actos demuestra eficazmente el pensamiento y la voluntad de los miem-

<sup>94</sup> KALINOWSKI, G., “Application du droit et prudence”, *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, L. III/2, Wiesbaden, 1967, pág. 16.

<sup>95</sup> SORIA, C., “Introducción a la cuestión 90”, en TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, Madrid, BAC, 1956.

<sup>96</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, 90, 3.



bros de la comunidad. Dentro de los márgenes definidos en las normas más generales, aparece la creación de las normas iuspositivas particulares o individuales –por ejemplo, las conmutativas o algunas jurisprudenciales– que ordenan lo justo pero particularizándolo respecto de ciertos e individualizados casos y sujetos. El poder público constituido legítimamente para el bien común político implica la facultad de conminar prudencialmente con penas la transgresión de las normas jurídicas dictadas y promulgadas, y eventualmente aplicarlas a los que incumplieron.

Destaquemos que la prudencia en general, y la prudencia jurídica en particular, tiene por objeto “lo agible humano concretísimo y personal con todos sus detalles”<sup>97</sup>, pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y por la experiencia, resulta que la prudencia se funda esencialmente en la experiencia de la vida y de los hombres, por eso observa Aristóteles que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, pero no prudentes. La relevancia del conocimiento de lo circunstanciado en orden a la prudencia lo destaca inequívocamente el Aquinate: “Por ser la prudencia razón activa, es necesario que el prudente posea ambos conocimientos, esto es, tanto el universal como el particular; y de tener solo uno, debe tener más bien este, es decir, el conocimiento de lo particular, que es más próximo a la acción”<sup>98</sup>. También por ello advierte Aquino que “la prudencia no es ciencia. La ciencia es de los universales”<sup>99</sup> y, a su vez, la materia de la prudencia requiere del auxilio interno de la cogitativa en cuanto sentido interno que compara y ordena experiencias<sup>100</sup>.

Conforme a lo señalado, la presencia de la prudencia como matriz generadora de las normas jurídicas positivas es un antídoto contra los riesgos de una visión del derecho “insular” (Nino) o “juridicista” que intente estudiar o comprender el derecho solo con derecho, evitando las impurezas que acompañan a la vida social como la economía, la política, la cultura, etc. El contacto de las exigencias generales o universales con la realidad concreta impone que el resultado se haga cargo de la vida humana social con todas sus riquezas y dimensiones.

#### 4.3. *La justicia e injusticia del derecho positivo*

No es extraño encontrar aún hoy autores iuspositivistas que le atribuyen al realismo clásico el identificar el derecho con la justicia, de tal manera que para la escuela solo lo justo sería derecho. Probablemente en la incomprensión o el rechazo de la analogía está la clave de aquella equivocada conclusión. En armonía con el pensamiento aristotélico-tomista, Casaubón escribe: “[...] la filosofía y la ciencia del derecho no necesitan descartar de su tratamiento ni los ordenamientos relativamente injustos, ni siquiera los absolutamente injustos, y pueden hacerlo siempre que no den al nombre derecho exactamente la misma acepción de los tres diversos casos [...] jerarquizan debidamente los objetos materiales que entran dentro de su específica-

<sup>97</sup> RAMÍREZ S., *La prudencia*, ob. cit., pág. 45.

<sup>98</sup> TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, lect. 6, n. 1194.

<sup>99</sup> TOMÁS DE AQUINO, *In Ethicorum*, lect. 7, n. 1213.

<sup>100</sup> RAMÍREZ, S., *La prudencia*, ob. cit., pág. 47 y sigs.

mente objeto formal sin igualarlo en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad y legitimidad positiva. La jerarquía es: 1. Derecho justo, o sea *simpliciter*; 2. Derecho relativamente justo o *secundum quid*; 3. Derecho impropriamente tal, porque en realidad es torcido o injusto”<sup>101</sup>.

Pues queda claro que hay alguna injusticia en el derecho que no compromete la existencia como tal del mismo, el problema es la extensión y profundidad, de manera que cuando ella alcanza cierto nivel recién ahí desaparecerá la juridicidad y su obligatoriedad. Asimismo, estamos en el terreno del saber práctico donde habitualmente –a diferencia del saber teórico– no son posibles verdades apodícticas o certezas absolutas en el plano de las decisiones concretas prudenciales, y en consecuencia, cabe proceder con mucha humildad y conciencia de las limitaciones epistemológicas que impone la contingencia de lo fáctico. Explícitamente Serna, con respaldo en Hervada y Finnis, reconoce que hay muchas situaciones en la vida personal y social en las que “existe un número de opciones incompatibles entre sí que son correctas (es decir, no malas)”<sup>102</sup>. La admisión del derecho injusto no ofrece la más mínima duda en Finnis, quien además de reconocer autoridad moral al derecho y criticar la objeción de conciencia como medio genérico para incumplir la ley, aconseja la eventual impugnación a través de las vías que ofrece el sistema jurídico a tales efectos, pero una vez ratificada la validez de la norma impugnada, puede haber una obligación moral colateral –no plena– de obedecer la ley injusta.

El propósito central del derecho no es hacer “buenos hombres” sino “buenos ciudadanos”, aunque está claro que aquella calidad exige esta última, pero desde esa perspectiva jurídica se entiende que hay exigencias morales que no son receptadas por el derecho y las diferencias que hay entre el modo de exigir de la moral y del derecho. Una buena síntesis de ese punto es la que concreta Massini: “[...] no es propio de la ley jurídica prohibir y castigar todos los vicios, sino solo: 1) los más graves; 2) los que perjudican a los demás; 3) aquellos sin cuya prohibición la sociedad humana no podría mantenerse; 4) aquellos cuya prohibición no acarree males mayores; y 5) todo ello ha de hacerse de modo gradual y progresivo, teniendo en cuenta el tenor moral de la sociedad a la que debe aplicarse la ley”<sup>103</sup>.

Ollero encuentra en el proceso de “determinación” la clave para entender el surgimiento del derecho, en tanto la decisión judicial remite a la explicitación de un texto normativo general, y éste a un “texto” radicalmente ontológico, así, “la ley jurídica natural, como un primer elemento jurídico que late en el orden universal, aunque no sea todavía realidad jurídica, ‘cosa justa’, sino principio orientador de su búsqueda”<sup>104</sup>, e insiste en otra obra: “Hacer leyes no es, pues, poner la justicia, sino comenzar a hacer la justicia. Juzgar el caso concreto no es aplicar una justicia dada

<sup>101</sup> CASAUBÓN, J. A., *La justicia y el derecho positivo*, Mendoza, Idearium, 1977, pág. 9 y “Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber en la teoría egológica”, *Ethos*, Rev. de Filosofía Práctica, nros. 2-3, pág. 46.

<sup>102</sup> SERNA, P., “Sobre las respuestas al positivismo jurídico”, en RABBI-BALDI, R. (coord.), *Las razones del derecho natural*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pág. 84.

<sup>103</sup> MASSINI, C. I., *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, pág. 99.

<sup>104</sup> OLLERO, A., *Interpretación del derecho y positivismo legalista*, Madrid, Edersa, 1982, pág. 45.

sino acabar un ajustamiento solo incoado<sup>105</sup>. Esa búsqueda por alcanzar la justicia en los casos concretos conlleva la “equidad”: “Por eso lo equitativo es justo —escribe Aristóteles— y mejor que una clase de justicia<sup>106</sup>, es que puede ocurrir que la prudencia jurídica arquitectónica determine normas que en general resulten justas pero que en algún caso se torna irrazonable o injusto aplicarlas estrictamente; así precisa el Estagirita: “El yerro no está en la ley, ni en el legislador, sino en la naturaleza de las cosas, puesto que tal es la índole de las cosas prácticas<sup>107</sup>, lo que es corroborado por Aquino: “[...] decir que no se puede observar la letra de la ley por esta circunstancia, no es juzgar de ella, sino del caso concreto que se presenta<sup>108</sup>. Esta culminación del trabajo del jurista en la equidad para ser fiel a la razón práctica prudencial, le hace escribir a Hervada que “la equidad no es un elemento secundario del arte del derecho, sino parte principal suya” y le asigna como objeto a la equidad el atemperar o dulcificar lo debido en algún caso de acuerdo a circunstancias (por ejemplo, cuando se define el desalojo del modo menos gravoso para el deudor) o también cuando hay que arbitrar un modo sustituto para satisfacer el derecho dado que resulta imposible darle al titular lo que corresponde (por ejemplo, cuando se recurre a una compensación equitativa como para suplir el perjuicio al titular del derecho)<sup>109</sup>.

No se puede ignorar que a veces el iusnaturalismo clásico ha terminado proponiendo un derecho natural en paralelo al derecho positivo, al modo típicamente kantiano, en donde aquel resulta inalcanzable o contrafáctico. Sin embargo, también es cierto que hay propuestas crecientes de afirmar que el derecho vigente se configura con criterios y exigencias provistos desde lo natural y también desde lo puesto, y así en ese entramado es donde los juristas con su razón tienen que ir descubriendo o estableciendo racionalmente lo justo, con los riesgos y las dudas que puede suscitar el ámbito de lo “verosímil” o lo “dialéctico”. Esa mirada del jurista no solo debe estar interesada por los aspectos sustanciales sino también por los formales o procedimentales, pues la razón práctica también se ocupa de estas últimas exigencias que tienen relevancia. A este respecto de interés por los aspectos formales parece forzoso aludir a la teoría de Finnis, no solo cuando explica las nueve exigencias de la razonabilidad práctica o el “método del derecho natural” sino también cuando al definir el derecho en su “significado focal” lo perfilará progresivamente o gradualmente incluyendo inicialmente un análisis estrictamente formal (*the main features of legal order*) seguido por otro parcialmente formal (las ocho desideratas del Rule of Law) y concluir con *a definition a law*.

El realismo jurídico desde ningún aspecto postulaba distancia entre derecho natural y derecho positivo, y buena prueba de ello es la tesis tomista: “[...] todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto tendrán carácter de preceptos de la ley natural en cuanto la razón práctica los juzgue naturalmente como bienes humanos<sup>110</sup>. Desde esa lógica y en consonancia con lo que han propuesto otros auto-

<sup>105</sup> OLLERO, A., “¿Tiene razón el derecho?”, Congreso de los Diputados, Madrid, 1996, pág. 276.

<sup>106</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, V, 10.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

<sup>108</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, I-II, 120, 1.

<sup>109</sup> HERVADA, J., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, ob. cit., pág. 260.

<sup>110</sup> TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, II-II, 94, 2.

res adscriptos al realismo jurídico clásico, nos parece que puede llegar a sugerirse que el derecho natural es el “derecho positivo plenamente válido”. Entendemos por válida una norma jurídica cuando ella está justificada en función de que exhibe una racionalidad suficiente como para reconocerla como tal, y, por ende, estimarla como obligatoria, de modo que corresponde a los destinatarios de la misma aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir –justificadamente– las consecuencias previstas para su incumplimiento. El presupuesto de la obligatoriedad de la norma jurídica es que ella sea válida o justificada, y este juicio remite a la razón práctica que comprueba –con la certeza que le es propia y que se diferencia de la razón teórica– que la misma reúne los requisitos de razonabilidad necesarios. Exigir racionalidad en la norma implica no reducirla a un acto de autoridad e imposición, sino establecer la posibilidad de que sus destinatarios puedan comprenderla y aceptarla por medio de su respectiva razón. Esos requisitos de la validez jurídica plena son: 1. que haya sido dictada por el “órgano” competente para ello (racionalidad orgánica); 2. que en su formulación se haya respetado el “procedimiento” establecido (racionalidad procedimental); 3. que la norma resulte “coherente” con el resto de las normas y valores del ordenamiento (racionalidad sistémica); 4. la norma debe resultar inteligible o comprensible (racionalidad lógica); 5. la norma responde a un fin valioso y escoge un medio idóneo para alcanzarlo (racionalidad teleológica); 6. la norma requiere de una cierta vigencia o uso efectivo de ella (racionalidad social); 7. la norma no puede contradecir verdades acreditadas científicamente (racionalidad científica); y 8. la norma no puede negar aquello que es justo o le corresponde a cada uno (racionalidad axiológica). Por supuesto que la intensidad de la violación de las exigencias señaladas puede variar y a esos fines pueden distinguirse tres grandes tipos de violaciones: graves o intolerables, tolerables e insignificantes. De ese modo, cuando la norma ha alcanzado un nivel grave (extremo o intolerable) en los requisitos de justificación o racionalidad exigidos, estaremos frente a una norma inválida. No cualquier irracionalidad de la norma implica la pérdida de su validez u obligatoriedad, sino solo aquella que supera el piso de lo tolerable. Por supuesto que basta que uno solo de los requisitos sea alterado en aquella máxima magnitud, como para que resulte suficiente en orden a impugnar la validez u obligatoriedad de la norma. Es evidente que en el derecho vigente nos encontramos con normas que están plenamente justificadas y deben ser reconocidas como válidas y obligatorias, pero también están aquellas que no deberían estar en tanto se encuentran afectadas de un déficit insalvable de juridicidad. Esta grave imperfección las torna cuestionables jurídicamente, dado que estrictamente no obligan; y con respecto a la pregunta sobre qué les corresponde hacer a sus destinatarios –ciudadanos o autoridades–, hay que responder en cada caso, dado que habrá que ponderar la magnitud de la irracionalidad de la norma y las consecuencias de su aceptación o violación. Las normas gravemente irracionales no han nacido al derecho aunque estén vigentes (como ocurrió con el derecho nazi), y sus autores o aplicadores asumen el riesgo jurídico (Alexy) de que se les efectúe el reproche jurídico ante un tribunal que los puede reconocer como responsables. Ha habido y habrá normas inválidas que están vigentes, pero no solo es un defecto o una imperfección del derecho que debe ser denunciado, sino que es fuente de responsabilidad jurídica para aquellos que la han creado o aplicado, cuando resulta grave y evidente la inexcusable irracionalidad de la norma jurídica.

### 5. Orden político y orden escatológico o religioso

El Documento, en su punto 4.5., se encarga de reconocer que en la historia de la humanidad “a menudo el orden político ha sido entendido como el reflejo de un orden trascendente y divino”. Esa confusión, que incluso convalidaron ambientes cristianos, posibilitó teologías políticas y teocracias, pero es con la “nueva alianza” donde claramente se “introduce la distinción y la relativa autonomía de los órdenes religioso y político”. En ese marco el Estado no puede erigirse en poseedor del sentido último ni imponer una ideología global ni una religión (aunque sea laica), pues el ámbito del “sentido último” les corresponde a las organizaciones religiosas, a las filosofías y a las espiritualidades, y ellas “deben contribuir al bien común, reforzar el vínculo social y promover los valores universales que fundamentan el orden político”. Este orden político puede simplemente anticipar “el reino de Dios que vendrá” con sus progresos en materia de justicia, solidaridad y paz. Aunque el “orden político no es el ámbito de la verdad última, debe sin embargo estar abierto a la continua búsqueda de Dios, de la verdad y de la justicia”.

Estas definiciones constituyen lo que desde Pío XII se llama la “legítima sana laicidad del Estado”<sup>111</sup> y conforme a las mismas el orden político de la ciudad que busca un bien común temporal “debe procurar a las personas que la componen aquello que es necesario para la plena realización de su vida humana, y esto incluye ciertos valores espirituales y religiosos, como la libertad de los ciudadanos para decidir en relación al Absoluto y a los bienes supremos”. La ley natural exige que la organización de la ciudad y la elaboración de sus proyectos colectivos incluyan “un debate racional abierto a la trascendencia”.

Es un hecho históricamente comprobable la relevancia que han tenido las religiones en la formación de las diferentes culturales, es que en esas identidades colectivas que definen un *ethos* particular que atribuye significados e importancias a la verdad, al bien, a la belleza y a lo útil, la dimensión trascendente y divina resulta decisiva. Al respecto, con expresa referencia a Huntington, concluye Francesco Viola: “[...] reconocer y respetar una cultura significará, en primer lugar, reconocer y respetar el alma religiosa”<sup>112</sup> e incluso con una mirada más localizada afirma el profesor italiano: “Todas las doctrinas fundamentales del pensamiento liberal tienen un origen cristiano: la teoría de los derechos fundamentales, de la propiedad y la justicia, la teoría del respeto debido a cada persona humana en cuanto tal”<sup>113</sup>. Y si vamos a nuestra América Latina y a la formación de los Estados nacionales seguramente es fácil constatar el papel que han tenido teorías formuladas o inspiradas por miembros de la Iglesia Católica, y también la presencia de integrantes oficiales de la misma en aquellos primeros gobiernos o engendros institucionales. Esta referencia valorativa favorable a las religiones, y, en particular, a la influencia del cristianismo, en nada ignora que también en la historia encontramos en las realidades concretas

<sup>111</sup> Cfr. LIMODIO, G., *Legítima laicidad*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2009.

<sup>112</sup> “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”, en APARISI MIRALLES, A. y DÍAZ DE TERÁN, M. C. (coords.), *Pluralismo cultural y democracia*, Madrid, Thomson Reuters, 2009, pág. 113.

<sup>113</sup> *Ibid.*, pág. 136.

de los pueblos enormes distancias y contradicciones con las mejores enseñanzas. Más aún, la misma Iglesia ha aprendido los riesgos y los perjuicios finales en los que desemboca cualquier clericalismo. Se trata de recuperar y reivindicar la enseñanza evangélica de “Dar al César lo que es del César, y a Dios lo que es de Dios”, no obstante las confusiones históricas y las tentaciones y debilidades humanas que se entremezclan en las decisiones y los acontecimientos concretos.

Frente a los clericalismos que niegan las posibilidades a la razón humana para alcanzar verdades prácticas en tanto es la fe la que con exclusividad las provee, y, consecuentemente, terminan exigiendo del Estado que se ponga al servicio de una confesión religiosa, está el riesgo extremo inverso de los laicismos que asumen una actitud beligerante contra la religión y la posibilidad de su presencia en el espacio público, condenándola al ámbito estrictamente privado. De lo que se trata es de defender una “laicidad positiva” en donde lo decisivo sigue siendo el ciudadano, que es el centro y fin del orden político social, un ciudadano con dignidad que requiere sin cortapisas ser respetado y reconocido con madurez como para manifestarse en el espacio público (sobre sus convicciones deportivas, culturales, ideológicas, etc.), sin violentar la dignidad y los derechos humanos de los otros. “Iglesia clerical es aquella –afirma Ollero– en la que los laicos meras ovejas del redil se ven sustituidos en su papel por clérigos metidos a líderes políticos o sindicales. Estado laicista es el que, tratando a sus ciudadanos como meros súbditos, expulsa a esos mismos laicos de la vida pública, entendiendo como poder intruso lo que no es sino ejercicio de las libertades fundamentales con cuyo respeto el propio Estado cobra legitimidad política”<sup>114</sup>. En el fondo del clericalismo late la identificación de lo público con lo eclesial, mientras que en el laicismo la identificación es de lo estatal con lo público, en definitiva, en ambos casos se niega la legítima autonomía de lo social y de los mismos ciudadanos. Resumiendo Ollero<sup>115</sup> las características distintivas de un Estado laico (no laicista) identifica tres: 1) los poderes públicos no solo han de respetar las convicciones de los ciudadanos sino que no han de obstaculizar que estas sean adecuadamente ilustradas por las confesiones a que pertenecen; 2) los creyentes, formada con toda libertad su conciencia personal, han de renunciar en el ámbito público a todo argumento de autoridad, razonando en términos compartibles por cualquier ciudadano y sintiéndose ellos, antes que su jerarquía eclesial, personalmente responsables de la solución de todos los problemas suscitados por la convivencia social y 3) los agnósticos y ateos tampoco pueden ahorrarse el esfuerzo de argumentación racional, sin excluir dogmáticamente cualquier razón que coincida con verdades de fe.

Un Estado laico respeta al creyente dispuesto a dar razones, aunque ellas también reciban el respaldo de la fe, y no parte de la tesis de que las iglesias son organizaciones que instrumentalizan al servicio de las jerarquías a personas idiotas sin razón ni libertad, o de la tesis de que los creyentes son seres incapaces de razonar sin necesidad de aducir sus convicciones religiosas. En perspectiva católica la gracia no se opone a la naturaleza, ni la fe niega la razón, sino que la confirma, pues la verdad es una y es posible alcanzarla por ambos caminos, así se puede admitir la

<sup>114</sup> OLLERO, A., *Un Estado laico*, Madrid, Thomson Reuters, 2009, pág. 84.

<sup>115</sup> *Ibid.*, pág. 106.

justificación de muchos artículos del Código Penal con el mero auxilio de la razón o también justificarlos apelando al Decálogo. Recordemos que el voluntarismo teológico explícitamente fue rechazado por Tomás de Aquino, en tanto ponía en la voluntad de Dios la posibilidad de convertir al error en verdad o al bien en mal, y ello suponía un Dios irracional incompatible con la dignidad del hombre, imagen de Dios. El profesor Viola, luego de estudiar los planteos de Rawls en torno a la “razón pública” y concluir en la doble reducción en la que incurre el autor norteamericano: la de lo público a lo político, y la de lo político a lo jurídico<sup>116</sup>, estima que su propuesta termina siendo “puramente jurídico-formal”. La propuesta del profesor italiano es que en la democracia deliberativa “todos los ciudadanos son funcionarios públicos”<sup>117</sup>, y en ella “los valores constitucionales no pueden ser entendidos como una doctrina tolerante al modo del secularismo francés, y no pueden, ni siquiera, ser considerados como un puro procedimiento, según la teoría de la justicia ‘política y no metafísica’ al modo rawlsiano.

En el primer caso, porque nos inclinaríamos peligrosamente hacia el ‘Estado ético’, el otro adversario histórico del multiculturalismo; en el segundo, porque esto implicaría, inevitablemente, que la neutralidad en materia religiosa sería necesariamente parte de la identidad del ciudadano. Pero si el ciudadano, en cuanto tal, debe despojarse de sus identidades pre-políticas, entonces la política se convierte para él en algo poco interesante, como de hecho está sucediendo”<sup>118</sup>.

Entre los críticos a la visión rawlsiana de la democracia y la razón pública ocupa un lugar destacado Habermas, quien llega a sostener que “con su concepción de la razón pública, Rawls ha convocado a críticos enérgicos. Las objeciones no se dirigen en primera instancia contra las premisas liberales como tales, sino contra una delimitación secularista y demasiado estrecha del papel político de la religión en los marcos de un ordenamiento liberal. No obstante, el disenso también parece afectar en último término la sustancia del ordenamiento liberal. Lo que me interesa aquí son los límites a las pretensiones constitucionalmente ilegítimas. Los argumentos en favor de un papel político de la religión con dimensiones más generosas, argumentos que son incompatibles con el carácter secular del Estado constitucional, no deberían confundirse, sin embargo, con justificadas objeciones a una comprensión secularista de la democracia y del Estado de Derecho”<sup>119</sup> y concluye: “El Estado liberal no tiene que transformar la obligada separación institucional entre la religión y la política en una indebida carga mental y psicológica que no puede ser exigida de sus ciudadanos religiosos [...] En resumidas cuentas, el pensamiento posmetafísico está dispuesto a aprender de la religión al tiempo que permanece estrictamente agnóstico en sus relaciones con ella. Insiste en la diferencia entre las certezas de la fe y las pretensiones de validez públicamente criticables, pero se abstiene de la arrogancia racionalista de que puede él mismo decidir qué es lo razonable y qué lo irrazonable en las doctrinas religiosas”<sup>120</sup>.

<sup>116</sup> “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”, ob. cit., pág. 119.

<sup>117</sup> *Ibid.*, pág. 123.

<sup>118</sup> *Ibid.*, pág. 124.

<sup>119</sup> HABERMAS, J., *Entre naturalismo y religión*, Barcelona, Paidós, 2006, pág. 131.

<sup>120</sup> *Ibid.*, págs. 137 y 151.

Frente a irracionalismos dogmáticos alimentados por una incomprensión y hostilidad hacia la religión y los creyentes difícilmente compatibles con un Estado liberal y democrático, también hay voces que lejos de afinidades o simpatías presupuestas intentan modelar propuestas no extremas, es el caso de Ruiz Miguel. En efecto, el profesor español llega a admitir que un Estado laico puede asumir una “función promocional” de “mera facilitación” como acción del Estado que allana y posibilita la realización de conductas (incluidas aquellas en materia religiosa) que los ciudadanos ya tienden a realizar aunque acaso son menos cómodas, pero rechaza la alternativa que llama de “incentivación”, como acción del Estado especialmente comprometido con el objetivo de que intenta provocar conductas a las que los ciudadanos son renuentes<sup>121</sup>.

Un laicismo puede fácilmente convertirse en una religión del Estado, y de ese modo rechazar las verdades de fe que pueden sin problemas ser comprendidas por los agnósticos o ateos con el mero recurso de su razón, pues si un creyente le dice a un ateo que lo respetará porque es imagen de su Dios, el mismo no tendrá dificultades de advertir cuánto lo respeta. Pero también ese Estado laicista impedirá el aporte que pueden hacer las religiones a una efectiva y vigente ética social, pues hay principios en esta materia avalados por las grandes religiones desde siempre, y ellos aportarán al respeto del mejor orden social, político y jurídico. Aquí también vale que una verdad ética accesible a la razón no pierde esa virtualidad cuando el acceso es por la fe, más aún, ella lejos de debilitarse adquirirá mayor solidez y carácter absoluto.

<sup>121</sup> RUIZ, A. M., “Once tesis sobre la laicidad en la Constitución”, en ARBOS MARIN, X. y otros, *La laicidad desde el derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2010, pág. 129.