

LA PERSONA HUMANA, SUJETO DE DERECHO (*)

Jean - Marc Trigeaud

Universidad de Bordeaux

(traducción del francés de la **Dra. Catalina Elsa Arias de Ronchietto***)

La reflexión sobre la persona se encuentra a la orden del día. No solamente en el programa de este coloquio (**). La época parece propicia, la opinión favorable. Y el recurso a la palabra en sí misma en su acepción más central y en el sentido más general, sin entrar en las distintas categorías de personas de estatuto considerable, también se ha vuelto fuertemente "significativo".

Significativo, en primer lugar de un cierto cansancio por la ausencia de puntos de referencia o, mejor, de fundamentos de carácter "absoluto". Porque la persona designa en su máxima comprensión lógica y valorativa, tal fundamento último, tal punto incondicionado de referencia antes mismo de ser calificada de "humana": ella se refiere a una realidad subyacente a una "hypó-stase", que el filósofo ha bautizado con el nombre de *ser*. Pero esta diligencia en la reflexión sobre la persona es también significativa de un cierto abandono de las aproximaciones teóricas que han pretendido abstenerse.

Estas aproximaciones, en efecto, han condenado hasta al vocablo persona y se han centrado en las *relaciones* en detrimento de los *sujetos* que vinculan y que, por lo tanto fundan, han preferido el *lenguaje* a la *cosa* expresada y sin la cual no serían más que un balbuceo. A fuerza de razonar sobre los *medios*, en suma, han terminado por rechazar los fines potenciales a los que debían servir y por caer en la impotencia nihilista procurando encontrar justificación a un discurso puramente funcional. El cual está embriagado de hacer malabarismos en las estructuras y los sistemas donde las personas están implicadas... sin jamás definir las, ni sutillar sobre sus combinatorios más eruditos... pero que se abren sobre un gran vacío. Los más vivos remordimientos han nacido allí en el seno mismo de las denunciadas corrientes teóricas puesto que ellas mismas son las que paradójicamente nos invitan a dar un rodeo sobre conclusiones personales a partir de un lenguaje instrumental de medios. Así, el mes pasado, un debate simbólico de esta nueva atmósfera intelectual reunió en Oxford a varios teóricos del derecho en torno a la persona; el debate se enroló en la línea de una escuela a la vez post estructuralista, analítica, contractualista y positivista, que ha sido la más encarnizada en estas últimas décadas en borrar toda

* Sobre las referencias histórico-comparativas y para su ampliación, el autor remite a sus obras *Filosofía europea*, y sobre todo, *Persona o la justicia de doble rostro*.

** El autor se refiere a las IV Jornadas Rene Savatier realizadas en Poitiers el 25 y 26 de marzo de 1993

referencia a la persona, al hombre productor o destinatario de las reglas, un hombre devenido ficción o mito nominalista, ése, que tal como señaló con no disimulada satisfacción Foucault, acusando a nuestras conceptualizaciones jurídicas de anacronismos... ése al cual donde la mar de la historia borra el rostro como una figura escrita en la arena.

Es entonces suficientemente revelador que en su preocupación de renunciar en parte a su primitivo proyecto y a la espera de una renovación, estas aproximaciones que no hace mucho tiempo tenían a la persona fuera de su campo de exploración, hoy reintroducen (no digo en lugares precisos pero sí quiero señalar que en el ambiente general del momento nos fuerza absolutamente a tenerlo en cuenta) este tema de la persona, de la persona humana y de su identidad dentro del derecho. Cualesquiera sean las conclusiones todavía inciertas e indecisas de tales acercamientos, al menos prueban que el problema personal se confunde con el de una indispensable *búsqueda de justificación* de un principio fundador del derecho.

Pero ya observaremos cómo progresivamente esas justificaciones integradas al orden jurídico comienzan por un esfuerzo de definición y análisis.

El sentido inmediato de la expresión elegida para designar estas Jornadas está por precisarse. Pero debemos partir de algunos lugares comunes porque este sentido debe establecer las bases y los límites elementales de toda profundización ulterior. El objeto de estos encuentros es indudablemente, la persona humana a la que el jurista conceptualiza en vistas de reconocerle o de atribuirle derechos. Se trata de *la persona en sentido jurídico* en tanto que posee derechos, y más radicalmente se trata de la *personalidad jurídica* como aptitud de titularizarlos, como capacidad de disfrutarlos. En cuanto a los derechos a imputar a este sujeto personal, denominado "sujeto" porque en lógica predicativa él los soporta, ellos pueden ser divididos en *derechos extra-patrimoniales* atendiendo a los derechos respecto a lo que la persona *es*, y sus *derechos patrimoniales* en referencia, a lo que ella *tiene*.

Ciertos derechos permiten tratar directamente a la persona que es, sin embargo su sujeto como verdadero "objeto" del derecho son los derechos *extra-patrimoniales*. La persona está allí vinculada mediante sus componentes psíquicos o morales, ligados a un estado del sujeto (presencia del cuerpo) o a su actividad (expresión **del** pensamiento y/o de todas sus necesidades).

Pero, los llamados derechos patrimoniales referidos al haber personal conducen ellos también a representarse inevitablemente a la persona como objeto de derecho, aunque de manera indirecta. Pues ningún derecho patrimonial será reconocido si él no presupone una suerte de imagen de la persona a través del bien jurídico que ella constituye. La propiedad tiene también un sujeto personal, parece unirse a este sujeto después de haber recibido su definición específica. Pero, lo sabemos bien, es lo inverso lo que se produce en la génesis de la institución a construir: es partiendo del sujeto, de sus rasgos distintivos reflejo de diversas aspiraciones inferidas a las cosas externas, que se llega a acordarle un derecho de propiedad en proyección; y el sujeto entonces figura de sustantivo, de "naturaleza" y el derecho de calificativo, de determinación.

La expresión "sujeto de derecho" no sería, entonces, burlada. *Ella remite a una persona que es igualmente "objeto de derecho" en tanto que intermediaria de los bienes.* Tal constatación parece obligar a ceñirse en prioridad a la lectura que el derecho propone de la realidad de la experiencia, de la vida personal. Dicho de otro modo, la primera reflexión que se impone *es vincular a la persona concreta o existente .con el concepto gracias al cual el derecho la identifica.*

En efecto, la interpretación del derecho no es exclusivamente lógica, y ella no conlleva solamente un problema técnico de calificación, en atención a la necesidad de encontrar un sujeto a los derechos admitidos. Se trata de una interpretación a las implicaciones a la vez gnoseológicas y axiológicas, ofrece un *problema de conocimiento y de valor*, un problema que es perdurable a través de las dos preguntas siguientes:

- Primera pregunta: *¿Qué es lo que el derecho, su racionalidad conceptual puede conocer de la persona humana?*
- Segunda pregunta: *¿Qué finalidad personal puede acoger el derecho en el concepto que él forma? - Un concepto a partir del cual los derechos llamados de la persona, los "derechos humanos" pueden estar a su vez estar fundados.*

Consideremos el orden en el cual despejaremos las dos preguntas.

La primera es de la teoría del derecho (centrada en la coherencia de la estructura del derecho como mecanismo intelectual adaptado a fines prácticos; que no prejuzga de ningún modo una visión positivista de la teoría como cerrada en ella misma y declarando sustituir a una filosofía.

La otra pregunta es más netamente de filosofía jurídica y ella remonta a los presupuestos de la aproximación teórica misma.

Podríamos tratar de fraguar las expresiones de *doctrina* y de *philosophia*. de *ius* y de *iustitia personae* para traducir mejor este dualismo de preocupaciones que se ubican sucesiva y complementariamente desde un *punto de vista interno* y desde un *punto de vista externo* al derecho positivo.

I.- DOCTRINA Y *IUS PERSONAE* O EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Desde la óptica de la primera cuestión la persona en sentido jurídico se nos presentaba de golpe ubicada *en el interior* del derecho.

Ocurre que la teoría o la doctrina tienden a desbordar de su orden propio, del orden "interno" y anticipan a veces respecto del orden externo que no es el suyo. Se puede lograr que postule toda una interpretación de la relación que se establece exteriormente, fuera del derecho, entre la persona en sentido jurídico y la persona real. Ella se desliza también desde la primera pregunta que nosotros hemos enunciado, a la segunda, pero la resuelve a partir de la primera, y rehusa reconocerle su originalidad. Tal es con todo rigor el *positivismo* del cual convendrá admitir la presencia respecto de la persona en sentido jurídico.

A.- El concepto subjetivista: estructura y evolución

Por cierto, la teoría habitual, limitada a su propio campo, está a salvo de estas críticas. Ella es no-positivista en aquello que pretende no interesar más que al orden interno del derecho sin forzar esta amalgama para la cual el derecho se confunde con el orden que le es exterior. Tal es la teoría familiar a todos los juristas en la enseñanza referida a la persona o apuntando asimismo a los aspectos patrimoniales del derecho y el derecho público (de las libertades) tanto como el derecho privado, y aún, el derecho internacional respecto a las condiciones protectoras de la persona. Es inútil intentarlo. Ello será ampliamente demostrado durante estas Jornadas.

Destaquemos simplemente que las dificultades que esta teoría encuentra se vinculan con la historia del *reconocimiento* de la personalidad jurídica y que ellas han integrado, sobre todo en nuestro país, el estatuto de nociones llamadas subjetivistas, herederas "del espíritu" del Código Napoleón (y lo más común de la escolástica del derecho natural leibniziano y kantiano pasa por Wolf, Achenwall): la personalidad es sin duda la primera de las categorías subjetivistas catalogadas, y el conjunto de las otras categorías de ello deducidas: solamente queda soñar con el "patrimonio-personalidad" de la doctrina de Aubry et Rau inspirada en Zachariae, o con la voluntad en los actos jurídicos, la obligación y el derecho personal. Está bien tal empeño de corresponder a este sentido subjetivista de la personalidad que llevó a ciertos autores, siguiendo a Demolombe y a Planiol, a alinear los derechos reales sobre los créditos y remozar la "obligación pasiva universal" de la *Rechtshre* del maestro de Koenigsberg.

La personalidad tal como nuestro derecho la ha entendido no ha cesado de evolucionar bajo la influencia de estas otras nociones derivadas, que se sitúan mucho más en contacto con los hechos, las costumbres y los usos, releídos a la luz de una encuesta sobre las "fuentes reales" por Saleilles, Géný y Bonnetcase. Y esta evolución

ha sido requerida tanto por los intereses sociales como por los cambios económicos a merced de sus fluctuaciones. El Decano Rene Savatier a ese respecto a descrito la "metamorfosis", pero como la palabra lo indica, el contenido significado, es decir la persona subjetivamente entendida tiene siempre persistencia sobre sus sucesivos avatares, sobre los acomodamientos exigidos porque ella desciende de su pedestal. Todos estos arreglos han consistido en ajustar los roles a su rol de principio, a hacer captar la *persona*, al actor, los papeles más precisos en función de las circunstancias y a perder su uniformidad, por abstracción: ella ha podido llegar a ser por ejemplo, en derecho de obligaciones especiales un vendedor profesional de tal tipo de bien y no un vendedor indiferenciado. Se ha pasado .en suma, de una persona afectada por un exceso de racionalidad a una persona más concreta, pero sin prestar atención al esquema subjetivista del punto de partida. En la Toscana primitiva, hasta la palabra *persona* emergía misteriosamente en un lenguaje escénico teatral que debía ser más tarde el de los juristas y de las *Instituías* de Gayo. Se ha visto esa palabra verse en diversos sub-roles develando todo el abanico posible del actor. *Persona* era el actor único, el trágico y el comediante y pronto, *persona* (el viejo *phersu*, etrusco) fue el soldado o el cabaretero, el padre de familia o el senador... La conciencia popular no se engañaba, sabía discernir bajo las apariencias el derecho vuelto visible, como dirá Ihering ("Sichtbarkeit des Rechts" ...), percibía bajo sus máscaras *una sola mascara*: conocía el rol de su abstracción y su entidad lógica bajo los roles derivados. Pero en realidad las dificultades no son las mismas según que se mire el dominio más alejado de las personas o su dominio más íntimo: según que se busque dar una configuración al *partenaire*, al otro, para una operación comercial o bancaria(¿qué es sino un "iniciado" en el derecho de las negociaciones de títulos en la bolsa?) o para fijar la identidad misma de la cual cada uno tiene necesidad en la escena social (¿qué es un transexual en los registros del estado civil?). De todos modos, la mayor parte del tiempo, las dificultades parecen no superar la base de una adaptación interna que de ninguna manera violenta para revisar el concepto genérico y abstracto de personalidad tal como él es admitido: no se trata más que de proceder a una subcategorización a partir de un esquema que no se cuestiona y se trata sobre todo por anticipación (eso es lo que han hecho siempre los juristas gracias a las técnicas de la ficción y de la analogía), de prever las conexiones entre sub categorías existentes y estimadas demasiado rígidas, de manera elemental a partir de la dualidad de sexos, surgió la necesidad de calificar el pasaje de un sexo a otro y de hacer aparecer una tercer categoría de transición.

Sin embargo, los obstáculos más profundos se manifiestan a veces y la actualidad jurídica no ha cesado de revelarlos. Ellos muestran la insuficiencia y los límites de la definición convenida de la personalidad jurídica frente a las nuevas situaciones pues éstas introducen en un concepto indiferenciado una referencia a la persona real y viviente: comienzo de la persona e interrupción del embarazo o fecundación artificial, pero también eutanasia, status de extranjero respecto de los principios culturales o costumbres religiosas fijando un cierto modo de ser de la persona en su organización de vida (el vestido, los ritos alimenticios o los periodos de descanso)... En todas estas

situaciones no hay duda que importa menos la subcategorización que la categoría madre genérica y generadora, que es discutida por los juristas en toda su comprensión y su extensión temporal (personalidad del embrión o del feto o del agonizante) y espacial (personalidad del extranjero, del marginal) conformando lo mejor de las aspiraciones fundamentales que están subyacentes en el concepto subjetivista de partida. Tales aspiraciones cargadas de significaciones unívocas de las cuales él es canal privilegiado, son un don intangible, un dogma común. Pero esto no quiere decir que el jurista teórico, legítimamente atormentado por las contradicciones con las otras significaciones posibles, no dirija un llamado al filósofo del derecho con el fin de resultar esclarecido sobre los límites de su conocimiento y de su estimación, de su juicio de esencia y de su juicio de valor sobre la persona real. Todavía no haría falta que se interponga en la coyuntura una interpretación positivista, interpretación que oculta la del filósofo del derecho o que la hace pasar por doctrina elaborada o teoría interna y que al mismo tiempo reúne las exigencias de la interpretación del teórico del derecho puesto que utiliza indebidamente su método y su técnica para desarrollarlas en un orden que es exterior al derecho y que no lo releva de su competencia.

B.- Las revisiones realistas y las positivistas del concepto: una formalización progresiva.

Aún antes de que se presenten dificultades, de las que constataremos que implican la teoría y la filosofía del derecho ellas convocan todas a una especie de proceso de la realidad personal; una crítica ha sido formulada muy pronto: el concepto subjetivista es atacado pero en un simple aspecto de coherencia semántica y lógica. Esta primera crítica filosófica es deudora del derecho histórico constituido por el derecho de Roma, un derecho elaborado sobre el fundamento de la ética nicomaquea de Aristóteles. Ella ha recobrado el sentido puramente realista que se atribuye a la *persona* grecolatina (así Sokolowski, Radbruch, Cesarini Sforza, Ors, Villey, Marcic). Pero finalmente, en su evolución a la que nos hemos referido antes, en su progreso tendiente hacia subcategorías cada vez más precisas la *persona* moderna retoma perfectamente el sentido antiguo de la persona-actor cuya conducta tipo está dictada por la "naturaleza de las cosas". De hecho, bajo la unidad de principio de la persona sujeto de derecho, hoy vemos reaparecer una multitud de personas poseedoras cada una de su característica de serie básica, hemos visto emerger una diversidad de roles o de status en forma de típicos perfiles (de propietario o de acreedor), impuestos por el respeto de los bienes (derechos reales u obligaciones) que son disputados sobre la escena jurídica, roles o status ordenados a las finalidades que se descubren en esos bienes o que son sobre todo inherentes a las relaciones que los tienen por objeto. Se ha innovado en relación al viejo método de los romanistas transmitido por el tomismo medieval, y por otra parte, también por las otras tradiciones monoteístas, judía y árabe

que se inspiran en Aristóteles respecto al fundamento o no del derecho romano o del canónico.

Se ha descifrado ante todo un destino intrínseco a las "cosas" del derecho (intercambio de bienes) para determinar *secundariamente* la actitud de los actores, de los intermediarios, de las personas bajo su consideración. En la búsqueda de la justicia las personas no han sido examinadas más que por consecuencia (*iustum personae*, pero *medium rei*) como está dicho en la *Summa Theologiae*, *Ila., Ilae., q. 57 s...*). Si la persona misma ha sido llamada a llegar a ser jurídicamente justa, es después de haber medido cada vez el acuerdo con una justicia primera inscrita en la cosa, y más frecuentemente, procurando una igualdad que adapte su derecho a las exigencias de la contraparte prevista (conmutatividad interna en las prestaciones contractuales). Sin embargo, esta crítica salida del universo romano solamente consideró el sector patrimonial del derecho simplemente porque la *persona* latina, y su equivalente en la tradición jurídica de Tomás de Aquino, de Maimónides o de Averroes, no ha tenido vocación de considerar más que los bienes fuera del hombre o. más exactamente, los intercambios (*sinagmas* o *conmutaciones*) que les conciernen. También es pertinente decir que ella ha sido mostrada, como impotente para desarrollar una noción de persona adecuada al derecho patrimonial, derecho que engloba en principio los derechos atribuibles al hombre, en tanto que tal, tomando a este hombre como su objeto. Ella no ha sabido asumir en absoluto la urgencia y la gravedad moral de reconocer tales derechos. De ningún modo ha querido decir que dentro del cuerpo filosófico, sobre el cual esta crítica se apoyaba, no existían principios capaces de dirigirla en ese sentido. Pero era necesario tomar esos principios del lado de una justicia moral o política y, en rigor, no jurídica y no se podía pretender deducirlos de una justicia particular, jurídica, guiada por definición al sólo dominio de lo patrimonial o del tener.

Cierto, la crítica en cuestión ha permitido librarse del subjetivismo y denunciar las reducciones, las limitaciones de las que es tributaria a fuerza de extraer las finalidades immanentes a la naturaleza social, económica o histórica del objeto de derecho observado.

Pero hasta que ella no pueda invocar la "naturaleza de las cosas", esta crítica denominada "objetivista" permanece silenciosa. Pues parece no saber qué es el hombre, ni si él tiene una naturaleza o aún una persona substancialmente independiente del derecho, anterior a la atención de éste.

Este extraño mutismo resume el vacío estructural o analítico de una época en la que el tema "anti - humanista" ha hecho furor...

Las otras críticas que pueden desactivar parcialmente lo anterior son todas de origen positivista.

En el viejo positivismo (siglo XIV. sobre todo en la época de los tratados de Guillermo de Occam) el nominalismo ha conducido a pensar que las palabras abstractas existían solamente en la medida de su utilidad funcional, a fin de construir un sistema de derecho conceptualizado: que procura decir que la realidad subyacente de las personas no es más que una ficción. Ella no es ciertamente la inspiración de

nuestro derecho para el cual la persona subjetiva tiene una densidad, un *sentido*, tanto si este sentido no es "realista" sino "idealista", aún si no traduce una exigencia de ser sino una exigencia racional, un requisito de generalidad de acuerdo a la filosofía de "las Luces".

En el positivismo moderno, según una primera tendencia *fenomenista* (que radicalizó el criticismo kantiano) y sociologizante, siguiendo a Comte y a Durkheim, se ha podido invocar la situación social real de la persona empíricamente comprobada, contra una abstracción vuelta inútil. Se ha podido, en suma, comprometerse con la crítica opuesta y empobrecer el concepto de persona, sujeto de derecho, bajo el pretexto de que la única realidad expresable lo es sobre todo a través de las *funciones*, funciones en las cuales las reglas invisten a los individuos en tanto ellos siempre sean miembros de un grupo y solidarios de su destino. Y se sabe que Duguit y Kelsen, en contra de todo subjetivismo, han hecho de esos argumentos un derecho formado de reglas sin personalidad jurídica, sin sujeto, sin derechos subjetivos, sin la más mínima dimensión voluntarista. tampoco, un derecho que procura el mejor reflejo de los fenómenos sociológicos de solidaridad o de prácticas convenientes como lo enseñará una escuela marxista inicialmente situada dentro de la misma tendencia, o el "personalismo" de Mounier dividido dentro de este mismo sociologismo y el neo kantismo de Renouvier. Al final, aquello que se entiende por persona en el estricto positivismo normativista de tipo duguista o kelseniano, representa solamente un "complejo" de cargas y de poderes respecto a los correlativos emolumentos atribuidos a cada parte en la colectividad, pero sin que se haya empleado, a este fin, un vocabulario personalizante y subjetivista en términos de sujeto y de derechos, este vocabulario es juzgado definitivamente superfluo y anticuado, el complejo no designa más que el receptáculo necesariamente abstracto que viene a rellenar las realidades sociales, es decir relacionales registrables por los métodos cuantitativos. Pero el positivismo contemporáneo imitando el paso al análisis lingüístico, está advertido de reanudar con el viejo nominalismo y de re adoptar el concepto de persona.

Después la crítica sociológica, que él mismo tiene el proyecto de superar, el positivismo cree que ese concepto está definitivamente desertado tanto por su primitivo idealismo como por el realismo cuya evolución había parecido realimentarlo. El actual positivismo quiere ver de nuevo en la persona un puro signo, un emisor de actos preposicionales expuesto a la investigación del lingüista o del semiólogo, un "locutor" que no se define más que en función de su discurso. Y para no perder las "conquistas sociales" que corresponden a las nuevas categorizaciones extraídas de la historia, este positivismo procura someter al sujeto real al mismo lenguaje que al sujeto jurídico. Ahora bien, es justamente allí el desborde que puede comprometer de manera irremediable la validez de estos retrocesos. La persona jurídica expresaría al *sujeto real*. Pero ese sujeto real sería él mismo definido con menosprecio de su realidad existencial según la *misma terminología*, nacida del *mismo método*, el cual se aplicaría únicamente a los fenómenos que una encuesta de tipo sociológico está capacitada para establecer. Sería descompuesto o

recortado en "hechos", a través de un manojo de respuestas obtenidas de preguntas que son otras tantas hipótesis o preconceptos abstractos sobre una realidad irreductible. He ahí que reconciliaría todos los positivismos entre ellos, sobre la espalda de una filosofía capaz de testimoniar acerca de un sujeto *verdaderamente real* y viviente en la singularidad concreta y que evade tales rejas.

Pero derribando mientras tanto el acercamiento, preguntémosnos directamente sobre *la relación entre la persona real y la persona jurídica en sentido jurídico*, en la formación misma de su concepto, en el conocimiento de la *verdad* que ella reivindica de lo humano, además *del/in* que ella pretende traducir.

II.- *PHILOSOPHIA Y JUSTITIA PERSONAE* O EL PUNTO DE VISTA EXTERNO

Considerar la realidad empírica vivida en relación al mundo jurídico, reubicar al orden del derecho en el orden exterior de las personas vivientes, permite hacer aparecer el problema filosófico siguiente: ¿Cómo puede el derecho captar la realidad personal en un concepto y cómo puede asir los fines que el concepto determina a través de las condiciones, a través de los elementos constitutivos que él está destinado a enunciar y que designan otros tantos contenidos a garantizar a la persona humana? Es necesario en todo caso suponer que algún *a priori* de la teoría positivista no se interponga: que alguna negación de la realidad y del valor, *del ser y del deber ser*, y de su conocimiento, no está permitido y erigido en un principio de modo que no sea demasiado factible adular en consecuencia toda reflexión auténtica. A su manera, el derecho interpreta el ser personal oscilando entre el realismo y el idealismo. La cuestión a asumir desde la base es la del ser y el deber ser de la persona, ella es la posibilidad de acceder a su sentido "verdadero", a su conocimiento. Dos caminos se dibujan desde allí - de una parte la vía de un *idealismo racionalista* que impregna nuestra concepción originaria de la persona en sentido jurídico y que propone un esquema de interpretación de la relación entre la realidad y el derecho donde el derecho prolonga en suma una naturaleza general y trascendente del hombre desde una perspectiva kantiana que ha sido implícitamente la de nuestra Escuela de la exegesis, aquella del Pandectismo de Savigny Outre-Rhin;- y, por otra parte, la vía de un *realismo intelectualista* volviendo a las fuentes clásicas más antiguas; esta vía puede enriquecer y completar la noción idealista anterior sin tener que contradecir frontalmente: ella puede revelar al derecho la necesidad de una apertura *al reconocimiento de un substrato singular más profundo que la naturaleza de una subsistencia* (tal es la palabra transmitida por Boecio a Santo Tomás) quien podrá unificar los elementos sensibles y racionales o morales de esta naturaleza sin hacer de ella fundamento sino al contrario la simple mediación de una justicia situada más allá. En este último caso la diferencia mayor es que la justicia, asiento de una *justitia personae* cese por consecuencia de ser bajo el nombre de "persona" en una abstracta naturaleza humana de referencia, que no presente más que puros medios que son a su

turno depositarios *defines* más altos, *ella pertenece al substrato mismo, ella realza la personalidad subyacente.*

Dicho de otro modo dos caminos se bifurcan: según el primero para ser una persona digna de reconocimiento yo estoy convidado *a llegar a ser (devenir) todo el hombre de un cierto género en mí*, o de una cierta humanidad que el derecho me propone como modelo, y según el segundo camino, se trata sobre todo para mí de que gracias al derecho reducido a una simple condición, de *poder devenir lo contrario de quien yo soy*, no solamente todo el hombre sino también una singularidad rebelde a todas nuestras clasificaciones que atraviesa la naturaleza en su generalidad y sus particularidades pero sin reducirse a ella.

A.- Devenir de todo el hombre de un cierto género en mí

Tomemos la formación del concepto jurídico de persona en su punto de partida. El derecho no hace más que prolongar el pensamiento racional. Forma un concepto de persona, pero la persona en sentido jurídico tal como ella está concebida, como producto de la razón, tiene necesidad de fijar las semejanzas, los rasgos genéricos, para comprender la realidad, esta persona, decimos nosotros, *no es la persona real.* Yo siento, yo veo a esta persona, pero ella no sabría coincidir con la persona en sentido jurídico, incluso si ella me provee una suerte de tipo o de modelo permitiéndome descifrar, identificar los rasgos constantes.

De hecho, existe otra actividad para la articulación entre el sentimiento inmediato que nosotros tenemos del mundo de las personas y el pensamiento racional de un derecho que construye una categoría: se trata de la actividad del espíritu que forma las ideas. Reconozcamos que antes de poder formar un concepto de persona, *nosotros no tenemos solamente el sentimiento de qué es una persona sino que tenemos la idea de su ser y también la idea de su deber ser.* Esta idea se explicita, por cierto racionalmente, pero ella no deriva casi de la razón, se impone a la razón para que la razón razone; tiene nuestra estructura mental.

Esta idea puede ser negada y puede ser tratada solamente como un acto racional más sofisticado que los otros, así también lo ve el idealismo lejanamente inspirador de nuestro derecho. Entonces las consecuencias que se siguen son elementales. La persona en sentido jurídico conceptual será distinguida de la persona filosófica ideal, pero la persona real será asimilada a la persona ideal, y esta idealidad de la persona siendo ella misma inmanente a la razón, la persona humana no designará más que un género racional, una identidad, la más abstracta de todas. Y afirmaremos que este ser de pura razón indica el fin del hombre y que tal es el objetivo al cual se debe conformar toda exigencia de justicia; el fin del derecho será el de traducir lo mejor de esa identidad a través de una jerarquía de la persona y la ética jurídica que de alguna manera resulta de esto, consistirá para el hombre en buscar el parecerse al arquetipo propuesto, en *llegar a ser en sí el género, la humanidad jurídica de referencia ...*

Nosotros parafraseamos asimismo las célebres fórmulas que tomamos prestadas de Kant, Hegel o Feuerbach: aquellas de nuestra cultura después del siglo XIX, una cultura envuelta en el genericismo germánico, imbuida de asimilaciones que hoy podemos juzgar abusivas, con un cierto replegamiento... Durante mucho tiempo han podido dominar las concepciones de la persona en sentido jurídico fundadas en la sola *relación* de "reconocimiento" dentro del grupo hypostasiado (Julio Binder o Karl Larenz), que ha conducido a negar, bajo la relación una singularidad primitiva e inalienable, que es acorde en todo caso con un genericismo absoluto. La misma sociología lo ha constatado con Tarde y Dupréel. Estas concepciones inspiradas sobre todo en el neohegellianismo han producido aquí y allá en Europa olas desencadenadas con retardo. Ciertamente, ellas han podido parecer tocar un poco nuestro país en tanto que toda una generación de juristas (Gény el primero) un poco había sido implícitamente formada y prevenida por la crítica bergsoniana. Bergson ha recordado (como Ortega y Gasset en el país hispánico y también en América Latina, con García Maynez y Recaséns Sienes) que el fenómeno mitológicamente primario de la existencia personal se entiende es el de la libertad irreductible de tomar el sentido de una obligación social, una obligación que está procurando tomar forma jurídica. También, según Bergson, el derecho arraiga en la experiencia que cada persona hace de esta obligación: ella es una primer donación de su conciencia vuelta hacia las relaciones del grupo, pero marca como tal la preeminencia de una realidad singular sobre aquel, porque la demostración tiende a establecer *que no habría grupo sin un sujeto que fuese en el origen refractario a toda socialidad*. Esta es, además la definición de la persona legada por la teología patristica trinitarista transmitida tanto a Santo Tomás como a Rosmini. La relación singular de *donde sí misma* característica de la persona (y de la cual la obligación bergsoniana en su generosidad tendida hacia el prójimo es el signo) preexiste a la relación *de dependencia y de reparto*, relación sinalagmática típica del derecho en sociedad.

Pero si estos movimientos neorelacionalistas, absorbiendo toda la persona en la relación y una relación comprendida en términos sinalagmáticos no pareciera haber afectado de esta manera demasiado el dominio jurídico francés, es por tanto más difícil hoy en esto sustraer indirectamente los últimos esfuerzos que pretenden tomar ciertas distancias de ellos allí recaen, por no citar otros que Rawls o Habermas. Desde que la persona es reencontrada, ella es percibida como *un fin en sí misma* (y no *un fin propio!*), y desde que su fin es invocado en el fundamento de un sistema jurídico, se está en vista de conformarse a ella: -sea como fuere la razón dicta, por su generalidad, del ser del hombre- sea como fuere exige la razón decisoria o el método del *consenso* que reproducen las normas mismas de generalidad.

Resulta de esto una confusión, una amalgama de lo ético y de lo jurídico predicando un *devenir persona conocido como devenir exclusivamente aquello que hay en común a todos desde el punto de vista de una utilidad exterior* que no es siempre nombrada o declarada. Allí podría estar el origen de una alienación, de una funcionalización de la singularidad de cada uno, en razón de la asignación a cada uno de fines anclados en

una realidad fuera de sí misma, ficticia, la realidad de un hombre inexistente, la realidad de opiniones fabricadas.

Este fenómeno se agrava en el "no-cognitivismo" de la filosofía analítica inicial, o en la ética llamada también "no fundacional" pues esta filosofía y esta ética contribuyen a poner cerrojo al acceso a otra realidad, otra realidad que es el objeto, en cuanto tal, de un *conocimiento*, pero según las voces del filósofo metafísico: las voces que remontan al ser en el hombre mismo, a su ser personal profundo, con tal que persona signifique *sub-yacencia* radical.

La discusión es muy actual, las búsquedas son intensas en un mundo intelectual sacudido por una suerte de maldad consciente y de remordimientos post analíticos: las obras de ética ("no fundacional", es decir de "meta-ética", con connotación jurídica) bajo la "identidad personal" (temas caros para Rawls, para Rorty, para Perry- como en una óptica más general en Ricoeur incluso en Küng) son incontables. La contradicción siempre renaciente es la de saber cómo conciliar lo múltiple, la diversidad de géneros que lo componen (la persona dependiendo del género racional kantiano -de *l'ipséité*- más que de lo sensible, de la empírica y humana continuidad de los estados corporales, fácticamente aprehensibles que podemos calificar de *mismidad*) cuando ninguna unidad se despeje y cuando comprendamos también que ninguna democracia es concebible como fundada en ese falso sentido de la pluralidad, de cara a las violencias y a las guerras! En estas condiciones obligado es inquietarse acerca de los "nuevos principios comunes". Tal fue muy recientemente en febrero pasado, el argumento de un debate en Oxford que reunió diversos filósofos, teóricos del derecho en torno de Rawls [*entre ellos* Dworkin, Raz y Ricoeur). ¿Pero este argumento se permite una contradicción, y en todo caso jaquea todo renunciamiento metafísico en el orden jurídico?. La persona no deduce su identidad del género sin devenir un instrumento de guerra, de opresión, de exclusión. El remedio a estudiar crece en las cepas mismas que han engendrado sin duda el mal a vencer. Es el razonamiento por el género el que debe ser revisado y es el prejuicio tenaz de la confusión del ser y de aquello que el pensamiento manifieste que será necesario exorcizar (*). Este razonamiento genericista que puede contaminar la persona con connotaciones desgraciadas parece apoyarse bien sobre el desconocimiento de la singularidad que constituye el escollo de todas las teorías contemporáneas de la justicia, teorías que recurren en realidad al lenguaje de la persona, "del otro", pero que alinean *la singularidad* del ser en sentido metafísico, que es un absoluto, irreductible, incondicionado, sobre la *particularidad* de una visión científica que especifique, que individualice un género dado y que depende de ese género. De esta manera lo singular se distingue de lo particular, de lo individual, los cuales engendran solamente

* Cfr. Del autor: "La persona desnaturalizada de la impotencia de la Naturalistic Fallacy a alcanzar la persona", en *Persona Y Derecho*, Pamplona, EUNSA, 1993

inclinaciones egoístas si son desvinculados de esta referencia más radical, en la incapacidad para servir como criterios de justicia.

En este sentido, la *igualdad* deviene palabra-maestra; ella está vinculada a múltiples subcategorías, la categoría de nacional por ejemplo es una. Pero no puede arriesgar obtener una realidad más fundamental de carácter no puramente intersubjetivo o relacional, y por ello no categorizable, la realidad que se presenta bajo el nombre de "singular". Pues el derecho descansa *a priori* sobre la igualdad pero él no sabría hacer de eso toda la justicia que lo "justifica". Esta justicia no puede contentarse con una *igualdad segunda* sin pronunciarse ante todo sobre la *dignidad* de las personas iguales que está primera; y es una escapatoria o un desplazamiento el definir tal justicia por la igualación abstracta de los otros, por la generalización kantiana, al interior de cualquier categoría por más pre constituida que sea.

De hecho, la profundización del mecanismo de la idea invita a tomar una dirección opuesta, comenzando por admitir que la idea no sigue a la razón sino que ella la precede, aún si ella está provista de límites que tienen como un hecho que la realidad personal no está en la idea de persona y la sobrepasa como ella desborda *a fortiori* la razón.

B.- Poder devenir aquel que yo soy

La idea de la persona (persona ideal) es sin ninguna duda limitada. La idea nos introduce en el conocimiento filosófico, pero este conocimiento no va casi más lejos que la forma misma de la existencia de la cosa que ella designa. Si nosotros "sabemos" más exactamente en este sentido, nuestro saber manifiesta una certeza dada a nuestro espíritu y tiende entonces a un conocimiento, el más elevado de todos, un conocimiento "universal", y no un conocimiento simplemente general. Nosotros "sabemos" que la persona existe, y sabemos que existe en *ella*, más allá de la forma de existencia tomada, en su contenido, es irreductible a las apropiaciones de una lógica de la identidad, no del orden del "mismo" sino más bien de la "alteridad": la persona es lo *universalmente singular*, un singular que no podemos en rigor conocer, sino no llegaríamos precisamente a usar de esta fórmula del "singular" donde el pensamiento abdica su competencia. Porque la *persona real* sobrepasa por esta singularidad a la *persona ideal*, que es la persona universal en el pensamiento, como ella excede también a la persona conceptual, la persona en general del derecho. La persona no es de ahí en más *el actor*, el rol sino el sujeto dotado de una dignidad propia, y es *el autor*, el maestro de sus actos, el *dominium sui actus*, expresión de una sustancia singular.

Pero sobre el fondo mismo de esta experiencia intelectual se juega una ética y se desarrolla en consecuencia el derecho. Si la ética indica *aquello que debe ser*, un valor, este valor se inscribe en el ser universal así comprendido. Eso que "debe ser" del hombre, eso que es "justo" para él, *es del ser, ese que es*, es el poder de sustraerse

a las reducciones que lo encerrarán en la idea, en el menosprecio de la singularidad que debe dejar ser, sea en el concepto, en el menosprecio de aquel que no cabe en el género establecido.

El derecho a recurrir inevitablemente a las reducciones, del momento que se opera por razón y por concepto es decir, de golpe por generalidad. Pero no pretende ser justo de modo absoluto: él es justo por *participación* en esta justicia que lo hace derecho y que desborda de la idea, del sustrato fundamental sólo universal. El derecho teórico conceptualizará la idea; transpondrá la singularidad personal al nivel de semejanza ("parecido universal"), hará de contenido de un universal en general, *pero, una generalidad que respete la universalidad de todas las generalidades y sub generalidades a la vez.*

Introducir la igualdad puede alcanzar aquí, entonces, todo su sentido. *Basta que haya sido claramente expuesto el principio a ese respecto de esta intangible universalidad debajo de la generalidad.* Es esto lo que falta en las teorías analíticas y positivistas, ellas no lo descubrirán jamás si permanecen prisioneras de la confusión del pensamiento metafísico y de la actividad racional y argumentativa, y peor de la confusión de lo real y lo racional, del mundo de la existencia y del mundo mental. Es también, falta de este principio el afirmar una función diferente a la singularidad ontológica de cada persona preexistente a toda búsqueda de identidad posible, es entonces el hecho de esa carencia por el que encontramos deformada toda cuestión relativa a la *identidad personal* que no sabrá traducirse ante todo como identidad diferente. En realidad, la pregunta de la identidad es la cuestión general de aquello que es *generalizable*, de lo que es *igual*, de aquello que entra en una igualdad con todos los otros elementos y a los cuales se puede reconocer su derecho (su *tus suum*) proporcionalmente, a su estado, a la serie o al género que por consiguiente eleva, según un cálculo de igualdad que trata al derecho como parte debida o igual. Lo propio del concepto y de sus sub categorías (particularidades del género) es en consecuencia la de preparar una *primer igualdad de los elementos de cada serie*. El derecho que procede por concepto integra por su intermediación esta igualdad, pero ella en principio, sólo es instrumental. En ningún caso podría estar erigida en valor fundante porque no define *el ser del hombre* sino *la relación de los seres entre ellos* a través de aquello que los asemeja - que los asemeja positivamente en la generalidad y que viene luego de aquello que los asemeja negativamente en la universalidad, tomado en sus diferencias *aquello que constituye el dominio de la pura justicia pre jurídica y de relaciones éticas de donde sí, de "amor" entre las personas*-. Dicho de otro modo, una vez más, el hombre no es igual sino después de haber sido reconocido singular, y lo singular no es lo específico o lo particular que individualiza un género dado.

La segunda igualdad intrínseca del derecho tiene una referencia acreedor-deudor sin la cual no hay derecho. Es esta igualdad la que lo autoriza a desarrollar su mecanismo sancionador. Esta conexión prolonga la dimensión de reciprocidad de intercambio. Pero el hombre no trae consigo sólo eso. La persona de referencia, bajo la naturaleza, no tiende hacia el *intercambio* y su reciprocidad; ella es desde el acto mismo de la

existencia, de lo viviente, quien posee su fin singular en sí mismo quien florece en *el don*. Y la relación del don de existir no es aquella del intercambio. ¿Poder devenir aquel que se es? Esta fórmula en fin podría arrojar, cierta luz sobre los trabajos que se comprometen a proveer un criterio elemental de *justicia personal* por más *negativa* que sea.

Se trata de verificar en suma si el derecho permanece al abrigo de una amalgama entre realidad e idea o concepto, que no hace más que traducir la amalgama misma entre ética y derecho. Porque parece que es a costa de la distinción entre ambas instancias que el respeto de la *persona ética* puede ser similarmente atendido respecto a la *persona en sentido jurídico*.

De hecho, el derecho participa de la justicia, hemos dicho: él mismo establece solamente un conjunto de condiciones inspiradas pero no determinadas por ella. La justicia tiene también una vocación *orientadora* pero no *constitutiva* y toda solución llega a limitar su exigencia absoluta. A partir de lo cual lo más urgente es reconocerlo para evitar hundirse en gratuitas asimilaciones que son portadoras de discriminaciones. Por ello, ninguna voluntad de reforma o mejora de un estatuto de derecho debe olvidar que la justicia absoluta de referencia no está en un estatuto precedente y parcial al que el nuevo estatuto debe "integrarse", sino que es una realidad más profunda que es *común a las dos, a la antigua y a la nueva, en la diferencial*, (es el argumento del ser como "tercer realidad" o "subyacente" desde Platón). El verdadero pluralismo pasa por la mediación de esta unidad, una unidad en la cual testimonian el pensamiento más alto y los sentimientos más inmediatos de los seres entre ellos: la unidad de las personas no puede nacer de una razón calculadora que divide categorizando el infinito: de la unidad *de los vínculos, del sistema* que los coordina: *la unidad nace de la unidad del ser, de la unidad de aquello que la persona es, de su verdad que indica por sí misma el fin* (²).

Cierto, es decepcionante no poder extraer ninguna solución positiva de una justicia de esta índole. Pero nosotros nos beneficiamos al menos gracias a ella con una guía segura, aquella que nos procura el conocimiento "de aquello que no es necesario hacer".

Ella enseña en efecto a evitar la injusticia, la injusticia *que consistirá en tratar aquello que no es más que parte de un todo*, la injusticia que establecería las soluciones necesariamente parciales sin verificar *si ellas contradicen o no el principio universal de diferencia radical según el cual de ninguna solución positiva se puede deducir más que una obligación de no hacer* (principio antirawlsiano, o posible, porque el principio de diferencia en Rawls no sirve más que para corregir los efectos de un primer principio de selección centrado en una persona totalmente abstracta e ilusoria).

² El autor indica que adopta la idea de "la unidad nacida de la unidad" de Rosmini cuyos visos personalistas son esenciales en sus consecuencias jurídicas.

Que una solución vaya o no en el sentido de ese principio debe poder, aun al precio de temibles análisis, constatarse que la negación de justicia en toda solución jurídica parece estar allá, y *no estar más que allá*. Esto es lo que explica la modestia de la tarea del jurista, pero también su grandeza. Permanece atento a escuchar un lenguaje del ser, de la persona, de sus fines. Pero de él no se requiere ser el intérprete de ese lenguaje de la realidad, menos aún ser el revisor o el censor. Simplemente, es legítimo esperar de él que *deje ser*. que contribuya a su despliegue y que confiera otra expresión a su modo, que superponga en una palabra un segundo lenguaje, *su* lenguaje, adaptado a sus fines propios (en función de una *exigencia de igualdad*, aún si ella no es más que instrumental, un lenguaje de *medios* exaltando a crear y a formar, sin duda, un lenguaje ofreciendo a la persona las armas de defensa de las cuales ella está naturalmente desprovista en el medio de todas las circunstancias de la vida social donde se encuentra implicada -la libertad de ser que ella reivindica bajo las más variadas formas biológicas o morales, a los bienes de los cuales ella puede prevalerse a través de sus aspectos en apariencia más dispares, patrimonio hereditario o fruto de su trabajo).

Este lenguaje prestará a la *persona real* los nuevos vestidos de la *persona del derecho*. Este lenguaje la someterá desde los roles originarios, del niño nacido o por nacer, hasta el adulto que protege el secreto de su intimidad, al acreedor o al deudor, al vendedor o al comprador, al locador o al locatario, a los esposos en la sociedad conyugal, al que participa de una indivisión, al empleador o al asalariado, al ciudadano o al extranjero: ... este lenguaje ubicará a la persona viviente sobre una escena en la cual ella ordena las reglas, el procedimiento de la entrada de los actores, pero tendrá sin cesar como objetivo fundamental el permitir elaborar *las mejores condiciones del modo de existir de esta persona*. Y jamás parecerá tampoco que ella pueda arrogarse la autoridad de imponerle el deber ser aquel al que ella tiende, el deber ser que hace que fuera de la escena de la legislación o del pretor, la persona conserva su verdadera identidad singular e irremplazable.

En el fondo, si la persona es conducida a ser "dirigida" en esta escena no lo es más que en la medida en la que una vez que ella la haya dejado se encontrará mejor comprendida y develada como el autor exclusivo de sus propios actos, como *autor* y no más simplemente como *actor*. Si el derecho vive en los juegos del aparecer, no es, de ningún modo, con el fin de asegurar un ser vacío, a las apariencias, a las máscaras que desfilan bajo su mirada: es con el fin de asegurar el testimonio y el respeto de quien no le pertenece ... y bajo el nombre de persona humana servir a quien la excede.