

“ORDO” Y DERECHO PENAL

Área temática: “Orden moral, social, político y jurídico”
Luigi Cornacchia, Università degli Studi di Bergamo

Estos apuntes son una primera tentativa de abordar un tema muy debatido – el de la orden al bien común – bajo un aspecto peculiar: la noción de relación como predicamental y sus requisitos.

Se propone una reflexión sobre el *ordo* – estructura de la comunidad política – como fundamento de la justicia distributiva y justificación del derecho penal, cuya finalidad es la restauración del finalismo al bien que caracteriza la naturaleza humana y social, la corrección de la desviación del bien común y la restitución de la persona del reo al bien común político.

1. Tomamos como punto de partida las ideas generales de¹:

- bien común político al que el Estado está ordenado a través de la ley y del derecho
- comunidad política como unidad práctica de orden, hecha de conductas²
- orden ético-jurídico, en el que rigen la ley y las instituciones que garantizan la convivencia pacífica
- ordenación al bien común
- realización del bien mismo en la relación compartida con los otros miembros de la sociedad

El bien común de la sociedad humana tiene dos dimensiones³:

- a. Bien común intrínseco o interior: la relación mutua de los individuos en paz y armonía, la unidad del orden, que es medio, instrumento para lograr la beatitud.
- b. Bien común exterior: la unidad de la beatitud, la felicidad de la vida según virtud.

Le corresponde a la justicia disciplinar las acciones exteriores de los individuos en relación con los demás miembros de la sociedad.

En particular, el derecho penal tiene la función de la *restitución de la persona del reo al bien común político*.

¹ V. F.A. Lamas, El bien común político (Apunte para la cátedra de Filosofía del Estado de la Especialización en Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, 2009, publicado en www.viadialectica.com), 11

² “Toda conducta justa, que es la materia regulable por la prudencia jurídica, es conducta política en el sentido de que es conducta referida a otro en el contexto de relaciones sociales y políticas y, sobre todo, porque dice esencialmente ordenación al bien común político” (F.A. Lamas, La experiencia jurídica, 1983, 275)

³ V. por ej. M.S. Kempshall, The Common Good in Late Medieval Political Thought, Clarendon Press, Oxford, 1999, 127 s.

2. En segundo lugar, se sugieren algunas reflexiones sobre el concepto de relación, que es un accidente.

2.1. En Santo Tomás de Aquino la relatio:

- “*in quantum... accidens est, habet quod sit in subjecto*”⁴: en cuanto accidente, es inherente a la substancia (« *esse in* »)
- “*secundum rationem suam (relatio) non habet quod sit aliquid sed solum quod ad aliud referatur*”⁵: según su ratio es ordenación a demás (« *esse ad* » o « *respectus* »)

La *ratio* propia de la relatio no es la de ser inherente a un sujeto, sino el *respectus ad alterum*: el “*esse ad*”, que no implica inherencia a un sujeto⁶. El terminus es la causa formal externa de la relación.

Santo Tomás de Aquino afirma:

“*Ea vero, quae dicuntur ad aliquid significant secundum propriam rationem solum respectum ad aliud*”⁷; “*... in quantum est relatio vel ordo... solum quod ad aliud sit, quasi in aliud transiens, et quodammodo rei relatae assistens... Prout transit in aliud*”⁸.

“*Relatio autem non significat... ut in subjecto manens, sed ut in transitu quodam ad aliud*”⁹

2.2. Dada su naturaleza, el accidente de la relación es ciertamente **el más fragil**, porque

- a. tiene como fundamento un segundo ser fuera de la substancia (*terminus*): mientras que los demás accidentes están determinados por su misma naturaleza (ej. la cantidad por la posibilidad de ser medida), la relación está determinada por algo externo a ella;
- b. requiere no solamente el ser de la substancia, sino también el de los otros accidentes de los que la relación procede como de su causa: así la unidad en la cantidad es causa de la relación de igualdad; la unidad en la calidad es causa de la relación de similitud;

⁴ S. Tomás de Aquino, Quaestiones disputatae. De potentia, VII. 9 ad 7

⁵ S. Tomás de Aquino, S.Th., I, d, q 20 I. 1

⁶ H. Krings, Ordo. Philosophisch-historische Grundlegung einer abendländischen Idee, 2. Aufl., Hamburg, 1982, 114 ss.; M. G. Henninger, Relations: Medieval Theories, 1250-1325, Clarendon Press, 1989, 16 s.

⁷ S. Tomás de Aquino, S.Th., I, a, q 28, a 1 corp.

⁸ S. Tomás de Aquino, De potentia, VII. 9 ad 7: Ad septimum dicendum, quod ipsa relatio quae nihil est aliud quam ordo unius creaturae ad aliam, aliud habet in quantum est accidens et aliud in quantum est relatio vel ordo. In quantum enim accidens est, habet quod sit in subiecto, non autem in quantum est relatio vel ordo; sed solum quod ad aliud sit quasi in aliud transiens, et quodammodo rei relatae assistens. Et ita relatio est aliquid inhaerens, licet non ex hoc ipso quod est relatio; sicut et actio ex hoc quod est actio, consideratur ut ab agente; in quantum vero est accidens, consideratur ut in subiecto agente. Et ideo nihil prohibet quod esse desinat huiusmodi accidens sine mutatione eius in quo est, quia sua ratio non perficitur prout est in ipso subiecto, sed prout transit in aliud; quo sublato, ratio huius accidentis tollitur quidem quantum ad actum, sed manet quantum ad causam; sicut et subtracta materia, tollitur calefactio, licet maneat calefactionis causa.

⁹ S. Tomás de Aquino, De potentia, VII. 8

- c. supone la “*inclinatio*” de la substancia a la que es inherente como accidente: en fuerza de esta *inclinatio* la substancia tiene que desplegar una fuerza expansiva potencial que le permita asomarse fuera de su naturaleza estática, sobrepasando el círculo cerrado de su absolutidad,¹⁰.

Y efectivamene Santo Tomás de Aquino afirma:

“*Inter omnia alia entia relatio habet debilissimum esse*”¹¹.

“*Relatio est debilioris esse inter omnia predicamenta*”¹².

2.3. Además, Santo Tomás de Aquino reconoce dos tipos de relaciones:

1. “*relativa secundum esse*” (“imposita ad significandum ipsas habitudines relativas, ut dominus et servus, pater et filius”¹³), que requiere la real existencia del terminus, la causa formal externa de la relación misma: por ej. el padre es tal únicamente si hay un hijo o viceversa. Es decir, la relación real o secundum esse puede existir solamente si tiene la forma dada por el “*esse ad aliquid*”¹⁴.
2. “*relativa secundum dici*” (“imposita ad significandas res quas consequuntur quaedam habitudines, sicut movens et motum, caput et capitatum”): por ej. un juez es tal a pesar de que actualmente no ejerce ninguna actividad jurisdiccional¹⁵.

3. En tercer lugar, se intenta esbozar la conexión entre relación y “*ordo*”, a través de la causa final: “*ordo est relatio, quae ad aliud semper est*”¹⁶; “*ipsa relatio nihil est aliud quam ordo unius creatura ad aliam*”¹⁷.

Ya según Aristóteles, “todas las cosas están de alguna manera ordenadas juntas” (“*πάντα δέ συντέτακταί πως*”¹⁸) y además “todas las cosas están coordinadas para un fin” (“*πρός μὲν γάρ ἐν ἅπαντα συντέτακταί*”¹⁹).

Santo Tomás de Aquino ve la esencia de la relación en el “**ordo**”, inclinación al fin, es decir una forma que mantiene juntas y une las partes de un todo.

¹⁰ Habla de una “expansive Kraft” A. Horvát, *Metaphyik der Relationen*, Graz, 1914, 140.

¹¹ S. Tomás de Aquino, S.Th., I, d 8 IV. 3 arg 4

¹² S. Tomás de Aquino, De pot. VII. 9 resp.

¹³ S. Tomás de Aquino, S.Th., I 13,7 ad 1

¹⁴ “Relativum non potest esse sine correlativo”: de por. VIII, 1 arg. 10. V. M. G. Henninger, *Aquinas on the Ontological Status of Relations*, in *Journal of the History of Philosophy*, 1987, (491) 496.

¹⁵ S. Tomás de Aquino, S.Th., I 13,7 ad 1.

¹⁶ J.M. Ramirez, *De ordine. Placita quaedam thomistica*, Salmanticae, Imprenta de Aldecoa, Burgos, 1963, 14 s.; S.Th. I 118, 2 ad 3.

¹⁷ S. Tomás de Aquino, De Pot. 7, 9 ad 7

¹⁸ Aristoteles, *Metaph*, 12.10.1075a16.

¹⁹ Aristoteles, *Metaph*, 12.10.1075a18.

“*Forma autem alicuius totius, quod est unum per ordinationem quandam partium, est ordo ipsius: unde relinquitur, quod sit bonum eius*”²⁰

Y además:

“*Omnia, quorum unus est finis, oportet quod in ordine ad finem convenient, necesse est, quod in partibus universi ordo aliquis inveniatur*”²¹

Emerge la fuerza unificadora de la causa final: es el fin lo que produce en la suma de los miembros una modificación como la forma en la materia²².

“*Et quod omnia sint ordinata ad invicem, patet ex hoc, quod omnia simul ordinantur ad unum finem*”²³.

Entonces, todo fin supone ciertos medios y todo medio lo es con relación a un fin determinado²⁴.

La causa final lleva consigo una determinación predicamental que funda la realización de una relación (accidental): así, como vamos a ver, el bien común determina la conexión o unión – de carácter accidental – entre los miembros de la sociedad²⁵.

Esta última cita además nos permite subrayar la distinción entre las dos clases de relaciones que son esenciales en todas las sociedades²⁶:

A) “*ordo partium ad invicem secundum fines propios*” y

B) “*ordo ad finem commune*”

En el marco de esta doble ordenación se estructuran las relaciones en todas las sociedades.

Pero los fines próximos están ordenados al fin común²⁷.

4. El tema del “*ordo*” lleva a reflexionar sobre la sociedad.

El nombre de *societas* significa un ente real, pero *accidental*, de la categoría de relación.

En la sociedad – desde la familia, hasta las formas sociales más complejas – “*imponitur...ordo per legem et preceptum*”.

“*...leges et praecepta...appellantur ordinationes, nam et lex est ordinatio rationis ad bonum commune ab eo qui curam communitatis habet, idea ab ordinario, promulgata*”²⁸.

²⁰ S. Tomás de Aquino, In XII Metaphys lect. XII.

²¹ Ibidem.

²² A. Horvát, *Metaphysik der Relationen*, 69.

²³ S. Tomás de Aquino, In XII Metaphys lect. XII.

²⁴ S. Tomás de Aquino, *Suma Teológica*, I-II q 7, a 2.

²⁵ A. Horvát, *Metaphysik der Relationen*, 68 ss., 70.

²⁶ A. Krempel, *La doctrine de la relation chez Saint Thomas. Esposé historique et systématique*, Paris, Librairie Philosophique J. Vrin, 1952, 626 ss.

²⁷ S. Tomás de Aquino, 1 Sent d 44 q 1 a 2, 3 Sent d 33 q 3 a 1 sol 4; 4 Sent d 19 q 2 a 2 sol 3; Verit q 5 a 3; et alia.

²⁸ S. Tomás de Aquino, S.Th. I-II, q 90, a 4 c.

“*Iustitia* autem est huius boni *factiva*, in quantum scilicet ad ipsam pertinet ordinem rationis ponere in omnibus rebus humanis” (II-II, 123 12c: aquí claramente se habla de la justicia como virtud cardinal).

Efectivamente la *lex naturalis* es “*ordinatio rationis naturalis*”, dado que se relaciona de manera ordinativa a las inclinaciones naturales.

4.1. Además, en el marco del pensamiento escolástico si hay dos substancias realmente distintas, también hay dos accidentes realmente distintos: un accidente no puede ser inherente a dos substancias, de manera que entre persona y sociedad hay una relación que atañe a la persona (*inesse*) y tiene la sociedad como *terminus (esse ad)*; mientras que entre sociedad y persona hay otra, una relación distinta que atañe a la sociedad y tiene como *terminus* la persona. Dos relaciones distintas, cada una fundada en un accidente distinto.

La parte se corresponde al todo: entonces, el bien común de la comunidad política es idéntico al bien de los individuos.

Por esto la relación entre persona y sociedad es mutua, dado que el fundamento es el mismo, es decir el bien común político.

4.2. El derecho está ordenado al bien común como su fin.

La *lex*, el derecho es el principio del orden en la comunidad política, mejor dicho, es la *ordinatio* de la razón directa al bien común: tiene que ordenar el bien del individuo en relación con el bien de la república.

Es la presencia del fin del bien común lo que distingue el derecho del mero mando.

El derecho es orden y relación²⁹: relación con respecto al bien común (finalidad “*quī*”), a la comunidad política (finalidad “*quo*”) y relación entre las personas (finalidad “*cui*”) ³⁰.

Arthur Kaufmann, citando como fundamento de su tesis la máxima de S.Tomas “*ordo non est substantia, sed relatio*”, entiende el derecho como relación (*Beziehung*), unidad de relaciones (*Verhältniseinheit*)³¹, correspondencia de ser y deber (*Sein und Sollen*) en la que los “relata” son la norma y el caso concreto. Así, como es relación la persona³². Teniendo en cuenta que Kaufmann no

²⁹ S. Tomás de Aquino, S.Th., I, 16, 2 ad 3: “*ordo non est substantia, sed relatio*”

³⁰ V. F. A. Lamas, *Experiencia jurídica*, 292.

³¹ Arth. Kaufmann, *Analogie und “Natur der Sache”*, 1965, 14; 2. Ed. 1982, 18.

³² V. S. Grote, *Die Ontologie der Relationen*, in S. Grote, *Auf der Suche nach einem "dritten Weg"*, *Die Rechtsphilosophie Arthur Kaufmanns*, 2. Edition 2008, 171 ss.; D. von der Pfordten, *Arthur Kaufmanns Auffassungswandel zu einer Ontologie der Relationen und ihre Berechtigung*, in F. Saliger, *Rechtsstaatliches Strafrecht*, FS U. Neumann, 2017, 309 ss.

parece abandonar la postura ontológica precedente, el “*Wandel*” de los años ’60 del siglo pasado puede ser una reflexión abierta, mas allá de la solución reductiva propuesta por el Autor alemán.

El derecho penal trae su *ratio* de la primacía del bien común, finalidad “*qui*”.

El delito es negación de la relación del reo con el bien común: esto es debido no solamente a la libertad humana, sino también a la fragilidad de la relación, como consecuencia de su naturaleza.

El derecho penal tiene que restituir el reo a la sociedad.