

PRUDENTIA IURIS N° 79

Revista de la Facultad de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”



Junio 2015

AUTORIDADES

**Pontificia Universidad Católica Argentina
“Santa María de los Buenos Aires”**

Rector

Mons. Víctor M. Fernández

Vicerrectora de Investigación

Dra. Beatriz Balián de Tagtachian

Vicerrector de Asuntos Académicos e institucionales

Dr. Gabriel Limodio

Vicerrector de Asuntos Económicos

Dr. Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Daniel A. Herrera

Decano

Dr. Néstor Raymundo

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Prosecretario Académico

Dr. Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Director de la Revista

Jorge Nicolás Lafferriere

Secretaria de Redacción

Débora Ranieri de Cechini

Comité Editorial

Gabriel Limodio (UCA)
Daniel Herrera (UCA)
Francesco D'Agostino (Univ. de Tor Vergata de Roma)
Carlos I. Massini Correas (Univ. Mendoza)
Raúl Madrid (Pontificia U. Cat. de Chile)
Joaquín García Huidobro (Universidad de Los Andes)
Rafael Santa María D'Angelo (Universidad Católica San Pablo)
Andrés Ollero (Universidad Rey Juan Carlos)

Consejo Académico

Eduardo Quintana (UCA)
Rodolfo Vigo (UCA)
Eduardo Ventura (UCA)
Félix Adolfo Lamas (UCA)
Florencio Hubeňak (UCA)
Jorge Guillermo Portela (UCA)
Marcelo U. Salerno (UCA)
Carlos Mahiques (UCA)
Pedro Coviello (UCA)
Eugenio Palazzo (UCA)
Laura Corso de Estrada (UCA)
Fernando Ubiría (UCA)
Carlos Alberto Gabriel Maino (UCA)
Úrsula Cristina Basset (UCA)
Luis Fernando Barzotto (Universidad Federal de Porto Alegre)
Wambert Gomes Di Lorenzo (Pontificia Universidad Católica de Porto Alegre)
Claudio Sarteá (LUMSA)
José Chávez Fernández (Universidad Católica San Pablo)
Gabriella Gambino (Tor Vergata)
Fernando Toller (Universidad Austral)
Alfonso Santiago (Universidad Austral)
Renato Rabbi Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires)
Héctor Iribarne (Universidad de Buenos Aires)
Juan Cianciardo (Universidad Austral)
Ligia de Jesús (Ave María Law School)
Iván Garzón Vallejo (Universidad de La Sabana)
Ángela Vivanco (Universidad de Santo Tomás de Aquino – Chile)
Catalina E. Arias de Ronchietto (Universidad de Mendoza)

PRUDENTIA IURIS

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, pág. 3).

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 310 publicaciones tanto nacionales como extranjeras.

En las últimas páginas del ejemplar se incluyen las Normas de Publicación para los autores junto con el sistema de evaluación empleado para la selección de las colaboraciones por publicar. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos EBSCO. Todos los contenidos también pueden ser encontrados en la Biblioteca Digital de la Universidad.

Datos de contacto para suscripciones, canjes, envíos de trabajos y correspondencia:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; www.uca.edu.ar/derecho.

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723



Editorial de la Universidad Católica Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2015 – N° 79

Presentación 11

PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

HERRERA, Daniel A.
En defensa de la moralidad del Derecho (In Defense of the Morality of Law).... 17

BANDIERI, Luis María
Los animales, ¿tienen derechos? (Do Animals have Rights?) 33

LAMAS, Félix A.
La estructura del orden moral. Una introducción a la ética de cuño
aristotélico-tomista (The Structure of the Moral Order. An Introduction
on Aristotelian-thomistic Ethics) 57

PARTE II. Estudios Doctrinales

DÍAZ DE TERÁN VELASCO, Maricruz
Derecho, religión y tolerancia: reflexiones sobre un debate siempre actual
(Law, Religion and Tolerance: Considerations on a Current Debate)..... 89

GODIO, Leopoldo M. A.
Los buques públicos y el Derecho Internacional Contemporáneo: el caso
de la “Fragata ARA Libertad” (Public Ships and Contemporary
International Law: the case of “Fragata ARA Libertad”)..... 101

FORTUNAT STAGL, Jakob
El Estado de Derecho contra el Estado de Codicia: Edmund Burke contra
la Compañía Británica de las Indias Orientales (The Rule of Law against
the State of Greed: Edmund Burke against the East India Company) 125

RATTI-MENDAÑA, Florencia
Los principios jurídicos: revisión histórica y concepción actual desde la
perspectiva neoconstitucionalista (The Legal Principles: Historical Review
and Current Conception from Neoconstitucionalism)..... 159

SUMARIO

MORENO, Guillermina Intervención de terceros en el amparo. Comunidad de controversias y afectación de derechos (Third Party Intervention in the Writ of Amparo. Community Disputes and Law's Infringement)	185
RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, Juan Carlos Alcance y límites de la interpretación analógica (Scope and Limits of Analogical Interpretation)	197
LÓPEZ DÍAZ-VALENTÍN, Patricio J. La fundamentación eugenésica del Artículo 86, inc. 2, del Código Penal y el fallo "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva". Convalidación de una teoría aberrante (Eugenic Basis of Article 86, section 2, of the Criminal Code and Ruling Judgement "F., A. L. s/ medida autosatisfactiva". Recognition of an Aberrant Theory).....	217
QUIROGA, Florencia; IBARZÁBAL, María y ABBONDANZA, Belén El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado (The Common Good as the Foundation of the State's Responsibility)	229

PARTE III. Notas y comentarios

El concepto de "vida privada" en la fecundación heteróloga y el diagnóstico genético preimplantatorio. A propósito de la STEDH "Costa y Pavan c/ Italia", del 28 de agosto de 2012 (The Concept of "Privacy Life" in Heterologous Fertilization and Preimplantation Genetic Diagnosis. About the ECHR decision "Costa and Pavan vs. Italy", on august 28, 2012) <i>por José Antonio Santos</i>	251
Apuntes para repensar el "acuerdo práctico" de Jacques Maritain (Notes for Rethinking the Jacques Maritain's "Practical Agreement") <i>por Luciano Laise</i>	259
Los principios de la Bioética (Bioethic's Principles) <i>por Bernardita Berti García</i>	269
Verdad, Realidad y Derecho. La verdad práctica y el Derecho (Truth, Reality and Law. The Practice Truth and the Law) <i>por Lucila A. Bossini</i>	281

SUMARIO

¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres? El problema en Platón y Aristóteles (Law's Government or Men's Government? The problem in Plato and Aristotle) por Julio E. Lalanne	295
---	-----

PARTE IV. Documentos

Mensaje del Santo Padre Francisco para la celebración de la XLVIII Jornada Mundial de la Paz, Vaticano, 1º de enero de 2015	313
“Las elecciones, exigencia de compromiso ciudadano”. Conferencia Episcopal Argentina. 18 de marzo de 2015.....	321

PARTE V. Recensiones

JORGE VELARDE ROSSO. <i>Límites de la democracia pluralista. Aproximación al pensamiento político de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI.</i> Buenos Aires. Ediciones Cooperativas-Instituto Acton de Argentina. 2013 (por Roberto H. Bosca)	327
UGARTE MOSTAJO, DANIEL L. <i>La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial.</i> Lima. Palestra Editores. 2014 (por Milagros Salaverri).....	329
Normas de publicación	331

PRESENTACIÓN

Fundada en 1980, la Revista *Prudentia Iuris* cumple 35 años como ámbito académico para publicaciones de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. En tal contexto de celebración, presentamos el número 79 que recoge contribuciones de investigación orientadas a muy actuales temáticas que debate la ciencia jurídica.

En la sección dedicada a la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, publicamos la *Lectio brevis* sobre el tema “En defensa de la moralidad del Derecho”, pronunciada por el Decano de la Facultad, Dr. Daniel A. Herrera, al inicio del año académico 2015 y que completa su trilogía dedicada a la racionalidad y la politicidad del Derecho. Por su parte, el Profesor Luis María Bandieri asume el desafío planteado por una sentencia judicial que pretende declarar a los animales como sujetos de derechos no humanos. Asimismo, el Profesor Félix A. Lamas indaga en torno a la estructura del orden moral, a modo de introducción a la ética de cuño aristotélico-tomista.

En la sección Estudios Doctrinales, desde la Universidad de Navarra, la Profesora Maricruz Díaz de Terán Velasco publica un interesante trabajo de investigación sobre “Derecho, religión y tolerancia: reflexiones sobre un debate siempre actual”, poniendo el eje en torno a los posibles modelos de sociedad que están en disputa en el marco del interculturalismo y el pluralismo y las interacciones entre las esferas pública y privada. Desde el campo del derecho del mar, la grave problemática planteada en torno a la Fragata ARA Libertad es profundizada por el investigador Leopoldo Godio, quien analiza el tema de la inmunidad de los buques de guerra extranjeros durante su estadía en puertos de otros Estados. Por su parte, Jakob Fortunat Stagl recurre a la investigación histórica para plantear un problema perenne de la ciencia jurídica: el Estado de Derecho contra el Estado de Codicia. En este caso, el autor indaga en la problemática planteada por la Compañía Británica de las Indias Orientales y la visión de Edmund Burke, pues considera que Burke “vio en India una metáfora de su natal Irlanda y sospechó de la corrupción de los políticos británicos, a causa del dinero y la influencia que los hombres de la Compañía ganaron en India”. La becaria de CONICET, Florencia Ratti-Mendaña, aborda un tema de gran actualidad: el neoconstitucionalismo y el lugar que ocupan los “principios jurídicos”, en la perspectiva más amplia de la historia del Derecho y considerando también la relación de los principios con las reglas y los valores. Desde la Facultad Teresa de Ávila en Paraná, Guillermina Moreno indaga sobre la problemática de la intervención de terceros en

PRESENTACIÓN

el amparo. Por su parte, el Profesor de la Universidad de los Hemisferios en Ecuador, Juan Carlos Riofrío Martínez Villalba, ofrece una investigación sobre el alcance y los límites de la interpretación analógica, partiendo de la convicción de que la analogía es uno de los términos metafísicos más usados en el tráfico jurídico. Desde Mendoza, y continuando con la tarea de ofrecer criterios interpretativos fuertes para defender el derecho a la vida desde la concepción ante la expansión de las pretensiones de legalización del aborto, Patricio López aborda en perspectiva histórica los orígenes del Artículo 86, inciso 2, del Código Penal, vinculado con la causal de no punibilidad del aborto cometido en caso de violación de una mujer “idiota o demente” y demuestra su fundamentación eugenésica. Finalmente, tres jóvenes del Programa de Adscripción a la Investigación de la Facultad, Florencia Quiroga, María Ibarzábal y Belén Abbondanza, presentan un estudio sistemático sobre el bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. El tema adquiere notable actualidad luego de la sanción de la Ley N° 26.944 de Responsabilidad del Estado y su correlación con la discutida disposición del nuevo Código Civil y Comercial, que trasladó esta institución al campo del Derecho Administrativo.

En la sección de Notas y comentarios, el Profesor de la Universidad Rey Juan Carlos, José Antonio Santos, presenta un análisis de la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Costa y Pavan / Italia” y el concepto de “vida privada” en la fecundación heteróloga y el diagnóstico genético preimplantatorio. Por su parte, Luciano Laise retoma la siempre actual cuestión de la justificación racional de los derechos humanos y lo hace desde el pensamiento de Jacques Maritain y su “acuerdo práctico”. La Profesora mendocina María Bernardita Berti García ofrece una sistematización de la relación entre los principios de la Bioética y los principios del Derecho. Por su parte, un problema perenne es el objeto de la contribución de Lucila A. Bossini: la relación entre Verdad, Realidad y Derecho, con particular referencia al tema de la verdad práctica y el Derecho. Finalmente, la sección se cierra con el trabajo del Profesor Julio E. Lalanne sobre el pensamiento de Platón y Aristóteles en torno al problema: ¿Gobierno de la ley o gobierno de los hombres?

La sección dedicada a los Documentos recoge el último mensaje del Papa Francisco para la Jornada Mundial de la Paz y las oportunas e iluminadoras reflexiones de la Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Argentina sobre las elecciones. En las Recensiones, Roberto Héctor Bosca se refiere al libro *Límites de la democracia pluralista. Aproximación al pensamiento político de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI*, de Jorge Velarde Rosso; mientras que Milagros Salaverri reseña la obra del Profesor peruano Daniel L. Ugarte Mostajo, *La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial*.

Recapitulando los contenidos que publicamos en este nuevo número de la Revista, podemos advertir la renovada preocupación por encontrar los mejores canales para seguir ofreciendo la rica y sabia tradición jurídica del iusnaturalismo realista, en diálogo con las corrientes de pensamiento hodiernas y procurando que los grandes principios de la dignidad de la persona humana y el bien común sigan siendo el eje de la convivencia social justa.

Es justo terminar esta presentación con un profundo agradecimiento a todos los investigadores que colaboran para difundir la revista y prestigiarla invitando a

PRESENTACIÓN

juristas a participar de esta iniciativa académica que quiere ser un espacio de reflexión y aporte para la ciencia jurídica. Tal agradecimiento se dirige especialmente a la Profesora Débora Ranieri de Cechini, por su incansable, rigurosa y valiosa tarea de preparar cada ejemplar de *Prudentia Iuris* para que cumpla con los mejores estándares de calidad académica y editorial.

DR. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

PARTE I

**CÁTEDRA INTERNACIONAL
LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**

EN DEFENSA DE LA MORALIDAD DEL DERECHO *In Defense of the Morality of Law*

Daniel A. Herrera*

1. Planteo de la cuestión

En la primera *lectio* con la que iniciamos el año académico 2013 expuse sobre el tema: “En defensa de la racionalidad del Derecho”. Cicerón ya decía que la naturaleza del Derecho debíamos buscarla en la naturaleza del hombre, y ésta justamente en su especificidad es racional (lo que nos permite distinguirnos de los otros seres irracionales), por eso el Derecho debe fundarse en su ser racional. Por su parte, en el inicio del año académico 2014 expuse: “En defensa de la politicidad del Derecho”, en consonancia con la defensa de su racionalidad que hicimos aquella primera vez. Esto es posible por la estrecha relación que existe entre ambas dimensiones (la racionalidad y la politicidad), debido a que el hombre es un animal político, como decía Aristóteles (*zoom politykon*)¹, porque es un animal racional (*zoom logotykon*). A diferencia de otros animales, donde lo gregario se da en el orden instintivo, en el hombre la sociabilidad y la politicidad suponen la racionalidad².

Siguiendo la misma línea, este año voy a referirme a la moralidad del Derecho, a fin de completar la trilogía (racionalidad, politicidad y moralidad). De ahí el título de la presente *lectio*: “En defensa de la moralidad del Derecho”. Esto es así porque de la misma manera que el hombre es también un animal ético (*zoom ethykon*), es racional y así todo su obrar ético se funda en su racionalidad, por aquello de que el obrar sigue al ser (*operari sequitur esse*). De esta manera, lo que pretendo demostrar en la presente tesis es que tanto la politicidad del Derecho a la que me referí el año pasado, como a la moralidad del Derecho a la que me referiré en esta disertación se fundan en la racionalidad del Derecho abordada en la primera *lectio*. Por eso, en algunas partes de esta disertación me remitiré a las dos anteriores ya que las tres lecciones forman un conjunto.

* Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. El presente texto corresponde a la *Lectio brevis* del inicio del año académico 2015.

1 Cf. Aristóteles. *La Política*. L. I.

2 Cf. Tomás de Aquino. *Del Gobierno de los Príncipes*. Libro I. Capítulo I.

En esta exposición voy a utilizar los términos *moralidad* y *eticidad* como sinónimos, más allá de que algunos le dan sentidos distintos, a los que no me referiré por razones de tiempo, pues como dice Basso: “[...] la palabra *ética* procede del griego *ethos*, que significa *costumbre*, y equivale totalmente al término *moral* derivado del latín *mos*, de igual significado. Tanto en uno como en otro caso se expresa un modo *connatural* de obrar, o sea ‘por costumbre’ o ‘por hábito’. La ética o moral vendría a ser, consecuentemente, la ciencia que estudia la conducta humana o las costumbres de los hombres. Esta terminología fue la comúnmente utilizada durante muchos siglos. En la actualidad se ha dado a los términos *Ética* y *Moral* significados muy diferentes, en muchos casos ambiguos y, en otros, contrarios a los originales”³.

La cuestión a saber es si el Derecho tiene en su núcleo un contenido de moralidad o eticidad indisponibles o se trata de ámbitos separados; si el orden jurídico se vincula con el orden moral o se trata de órdenes independientes uno de otro. Esta cuestión acompaña al hombre desde el comienzo de su reflexión sobre la justicia y el Derecho y nunca ha desaparecido. La encontramos en el dilema de Antígona, que finalmente desobedece la ley positiva injusta del tirano que prohíbe dar sepultura a su hermano por ser contraria a la ley divina que ordena la misma, mostrando que el Derecho Positivo en su contenido no puede ser contrario al obrar o a las costumbres establecidas por una legislación superior divina.

También la encontramos en la tesis que Trasímaco defiende frente a Sócrates, reflejada en el libro I de la República de Platón: “Establecidas las leyes, los gobernantes demuestran que para los gobernados es justo lo que a ellos les conviene. ¿No castigan a quienes violan esas leyes como culpables de una acción injusta? Tal es, querido amigo, mi pensamiento: en todas las ciudades, la justicia no es sino la conveniencia del gobierno establecido. Y éste, de una u otra manera, es el que tiene poder. De modo que para todo hombre que razone sensatamente, lo justo es lo mismo en todas partes: lo que conviene al más fuerte”⁴. Si comparamos con el caso anterior, evidentemente Antígona era una insensata que desobedeció la ley del tirano. Sin embargo, Platón mostrará cómo Sócrates desbaratará tal argumento, al comparar que así como el médico no ordena lo conveniente para sí sino para el enfermo y el piloto no se propondrá como fin su propia conveniencia sino aquello que convenga a la nave que pilotea, “todo hombre que ejerce el gobierno como gobierno y cualquiera que sea el carácter de su autoridad, no examina y ordena lo conveniente para sí mismo, sino lo conveniente para el gobernado y sometido a su poder, y con este fin le procura cuanto le es conveniente y ventajoso, dice cuanto dice y obra cuanto obra”⁵. De esta manera, muestra que el contenido del Derecho no depende tanto de la voluntad del que dicta la ley, de hacer lo que quiera sin importar las consecuencias, sino más bien de la naturaleza de las cosas normadas por ella en tanto se ordenan al fin que le es propio.

3 Basso, D. M. OP. (1997). *Los fundamentos de la moral*. Buenos Aires. Educa, 13.

4 Platón. *República*. L. I, 338, e.

5 Platón. *República*. L. I, 342, e.

Planteada la cuestión la abordaré desde distintos momentos y perspectivas: 1) desde la separación del Derecho y la moral en el positivismo jurídico moderno; 2) desde la conexión construida entre Derecho y moral en el neoconstitucionalismo y el garantismo actual; 3) desde la conexión necesaria entre Derecho y moral en el iusnaturalismo clásico.

2. La separación entre Derecho y ética o moral en el positivismo jurídico moderno

Luego de muchos siglos en los que pacíficamente se reconocía la existencia del Derecho Natural al que el Derecho Positivo tenía que ajustarse, nuestra cuestión vuelve a aparecer con el surgimiento del positivismo en la modernidad, mediante una separación radical entre Derecho y ética o moral, entre Derecho y justicia. Si bien podemos citar a muchos referentes de este positivismo, su máximo exponente, sin dudas, fue Hans Kelsen, para quien el Derecho es un orden coactivo que podía tener cualquier contenido fijado por aquel que tiene la fuerza para imponerlo⁶. Mientras que fiel a su escepticismo moral, el problema de los valores es, en primer lugar, un problema de conflicto de valores, y este problema no puede resolverse mediante el conocimiento racional. La respuesta a estas preguntas es un juicio de valor determinado por factores emocionales y, por tanto, subjetivo de por sí, válido únicamente para el sujeto que juzga y, en consecuencia, relativo. Los valores determinados de ese modo, y sobre todo la definición de la idea de Justicia (dar a cada uno lo que le corresponde), no son para él más que fórmulas vacías que pueden servir para justificar cualquier orden social⁷. Así, mientras su idea de Derecho se identifica con la fuerza del que detenta el poder (como afirmaba Trasímaco), su idea de Justicia y de moral transita por los carriles del escepticismo relativista, negando la posibilidad de alcanzar la verdad en la moral, reclusa en el ámbito de la emoción y no de la razón.

Así lo afirma casi todo el positivismo jurídico, como por ejemplo Alf Ross, para quien el Derecho consiste en reglas concernientes al ejercicio de la fuerza; en cambio, en el dominio de la moral o de los usos convencionales no hay legislador ni juez. Cada individuo decide por sí mismo lo que considera moral o propio. Del mismo modo, la desaprobación que es la sanción para las transgresiones a la moral y a los usos convencionales procede de cada individuo y no de la autoridad común⁸.

Un caso especial es el de Hart, que sin perjuicio de remarcar la separación entre Derecho y moral como una de las tesis centrales del positivismo jurídico al que él suscribe, reconoce que no sólo el Derecho y la moral comparten un vocabulario, de modo que puede hablarse de obligaciones, derechos y deberes morales y jurídicos, sino también que todos los sistemas jurídicos nacionales reproducen la sustancia de

6 Cf. Kelsen, H. (1974). *Teoría pura del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 74 y 136.

7 Cf. Kelsen, H. (1982). *¿Qué es Justicia?* Ariel. Barcelona, 39 y 46.

8 Cf. Ross, A. (1974). *Sobre el derecho y la justicia*. Buenos Aires. Eudeba, 58 y 60.

ciertas exigencias morales fundamentales. El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del Derecho y la moral. Además, hay una idea, la de justicia, que parece unir ambos campos. Sin embargo, también dice que las teorías que llevan a cabo esta estrecha asimilación del Derecho a la moral, con frecuencia parecen confundir, en último término, uno y otro tipo de conducta obligatoria, y dejar un lugar insuficiente para las diferencias de especie entre las reglas morales y las jurídicas y para las divergencias en sus requerimientos. Estas para él son por lo menos tan importantes como las semejanzas y convergencias que también podemos hallar⁹. De esta manera, en un lenguaje que suena escandaloso para un positivista, habla de que el sistema jurídico tiene que tener un contenido mínimo de Derecho Natural, que él circunscribe al “presupuesto tácito de que el fin propio de la actividad humana es la sobrevivencia; y esto reposa en el simple hecho contingente de que la mayor parte de los hombres desean continuar viviendo. Las acciones que llamamos naturalmente buenas son las exigidas para seguir viviendo [...] Dado el engarce de hechos naturales y propósitos humanos, que hacen que las sanciones sean a la vez posibles y necesarias en un sistema nacional, podemos decir que se trata de una necesidad natural, y alguna frase de este tipo se necesita también para expresar el *status* de las formas mínimas de protección a las personas, a la propiedad y a las promesas, que son características similarmente indispensables del Derecho nacional. Es de esta manera que debemos contestar a la tesis positivista que dice ‘el Derecho puede tener cualquier contenido’ (como decía Kelsen)”¹⁰. En suma, si bien afirma la separación entre el orden jurídico y el moral, reconoce la existencia de una conexión, que si bien no es necesaria, es al menos contingente y depende del hecho de que los hombres quieren seguir viviendo (supervivencia) y, por lo tanto, el Derecho se refiere a medidas para garantizar la existencia continuada y no a reglas para un club de suicidas¹¹.

Como antecedente filosófico de esta separación entre Derecho y moral podemos citar a Kant (de gran influencia sobre Kelsen), que distingue entre la legislación interna o autonomía de la moral y la legislación externa o heteronomía del Derecho (sin perjuicio de que esa legislación externa tenga su origen en el contrato social fruto de la autonomía de la voluntad política que da origen a la sociedad y al Estado). Y si bien ambos (Derecho y moral) persiguen como fin último asegurar la libertad del hombre, impidiendo que pueda ser rebajado a simple medio (para Kant el hombre siempre debe considerarse como un fin en sí mismo y nunca como un medio), mientras la moral lo hace desde el móvil del deber autónomo: “Obra de tal manera que la máxima de tu voluntad pueda valer siempre al mismo tiempo como principio de una legislación universal”; el Derecho lo hace desde la coercibilidad externa como nota esencial, ya que sin ella la fuerza arbitraria de unos podría impedir a otros la actuación de su libertad. De ahí el supremo imperativo jurídico: “Obra externamente

9 Cf. Hart, H. L. A. (1977). *El concepto de Derecho*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 9.

10 Hart, H. L. A. (1977). *El concepto de Derecho*. Ob. cit., 236 y 246.

11 Cf. ibídem, 238.

de tal manera que el libre uso de tu arbitrio pueda coexistir con la libertad de cada cual según una ley universal de libertad”¹².

Ahora bien, sin perjuicio de la afirmación de la nota de coercibilidad externa como esencial del Derecho, que va a ser tomada *in totum* y sin beneficio de inventario por el positivismo posterior, va a ser en su concepción ética o moral donde encontramos la centralidad del pensamiento kantiano en la modernidad. Como señalara Benedicto XVI en el famoso discurso de Ratisbona: “En el trasfondo de todo esto subyace la autolimitación moderna de la razón, clásicamente expresada en las ‘críticas’ de Kant, aunque radicalizada ulteriormente entre tanto por el pensamiento de las ciencias naturales. [...] Esto implica dos orientaciones fundamentales decisivas para nuestra cuestión. Sólo el tipo de certeza que deriva de la sinergia entre matemática y método empírico puede considerarse científica. Todo lo que pretenda ser ciencia ha de atenerse a este criterio. También las ciencias humanas, como la historia, la psicología, la sociología y la filosofía, han tratado de aproximarse a este canon de valor científico. Además, es importante para nuestras reflexiones constatar que este método en cuanto tal excluye el problema de Dios, presentándolo como un problema a-científico o pre-científico. Pero de este modo nos encontramos ante una reducción del ámbito de la ciencia y de la razón que es preciso poner en discusión [...] Pero hemos de añadir más: si la ciencia en su conjunto es sólo esto, entonces el hombre mismo sufriría una reducción, pues los interrogantes propiamente humanos, es decir, de dónde viene y a dónde va, los interrogantes de la religión y de la ética, no pueden encontrar lugar en el espacio de la razón común descrita por la ‘ciencia’ entendida de este modo y tienen que desplazarse al ámbito de lo subjetivo. El sujeto, basándose en su experiencia, decide lo que considera admisible en el ámbito religioso y la ‘conciencia’ subjetiva se convierte, en definitiva, en la única instancia ética (aquí me permito agregar, que en la desconexión de la conciencia subjetiva con la ley natural objetiva se encuentra justamente la raíz del relativismo moral actual, denunciado por el Cardenal Ratzinger al inicio del cónclave que lo coronó Papa). Pero de este modo, el *ethos* y la religión pierden su poder de crear una comunidad y se convierten en un asunto totalmente personal (en el sentido de individual). La situación que se crea es peligrosa para la humanidad, como se puede constatar en las patologías que amenazan a la religión y a la razón, patologías que irrumpen por necesidad cuando la razón se reduce hasta el punto de que ya no le interesan las cuestiones de la religión y de la ética. Lo que queda de esos intentos de construir una ética partiendo de las reglas de la evolución, de la psicología o de la sociología, es simplemente insuficiente”¹³.

Así Kant va a negar la posibilidad de un conocimiento metafísico en el plano de la razón teórica (la existencia de Dios y la inmortalidad del alma son postulados necesarios pero de la razón práctica) y la ciencia moderna ya no va a tener por objeto

12 Cf. Truylol y Serra, A. (1976). *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*. Madrid. Biblioteca de la Revista de Occidente, Tomo II, 302 a 305.

13 Benedicto XVI (12 septiembre 2006). *Fe, Razón y Universidad, recuerdos y reflexiones*. Ratisbona. Cf. www.vatican.va.

el ser con toda su carga ontológica, esencial y teleológica, sino que se va a reducir al conocimiento del *factum*, hechos percibidos como fenómenos (lo que se aparece) que puedo constatar empíricamente, así la ciencia jurídica moderna va a estudiar los hechos sociales que configuran el orden jurídico. De esta manera surge un indebido abismo entre el orden del ser (reducido a fenómeno) y el orden del deber ser (fruto de la subjetividad), como lo expresa el conocido principio de Hume, por el cual constituye una falacia lógica derivar el deber ser a partir del ser, contrariamente a lo sostenido por la filosofía clásica al afirmar que el deber ser se funda en el ser, porque el obrar (en el orden del deber ser) sigue al ser (*operari sequitur esse*), dado que cada ser obra conforme a su modo de ser. Este abismo se junta con el que surge en el orden del deber ser entre el deber moral y el deber jurídico, entre el orden interno autónomo y el orden externo heterónomo que surge del voluntarismo de quien detenta el poder dentro del Estado.

Justamente de la simbiosis entre el Derecho y el Estado moderno soberano que monopoliza la producción jurídica, va a surgir la moderna noción de Estado de Derecho a la que nos referimos el año pasado, donde distinguimos distintos modelos, más moderados (inglés, americano) o más radicalizados (francés), pero que en su versión moderna positivista, al no estar limitada por contenidos morales de ningún tipo, puede llegar y de hecho lo ha hecho a extremos de *arbitrariedad* legal como ha sucedido en los regímenes totalitarios del siglo pasado. Mientras que el Derecho que emana del Estado sigue las tradiciones jurídicas del Derecho Común y Consuetudinario, la conjunción entre Derecho y Estado (Derecho Estatal) servía para garantizar el orden jurídico y político. Ahora bien, cuando el voluntarismo legal excede los límites de lo tolerable y el Estado mismo se vuelve criminal (como en regímenes totalitarios a los que me referí anteriormente o cuando legaliza el aborto o la eutanasia como sucede en muchos casos actualmente), o sin ser criminal no respeta la naturaleza misma de las cosas que tiene que regular (como ha sucedido en Argentina con la institución del matrimonio), el “Derecho” que emana de él pierde su *status* intrínseco de jurídico y se convierte en violencia sobre las personas y las cosas, más allá de la aparente juridicidad extrínseca y una eficacia impuesta por la fuerza.

3. La conexión construida entre Derecho y ética o moral en el neoconstitucionalismo y el garantismo actual

El positivismo jurídico como filosofía jurídica dominante entra en crisis a mediados del siglo XX como consecuencia del colapso ocasionado por las aberraciones producidas en la Segunda Guerra Mundial realizadas por regímenes totalitarios que, traspasando el límite de injusticia tolerable según la conocida fórmula de Radbruch: *la injusticia extrema no es derecho* (reformulada por Alexy con posterioridad respecto al conocido caso de los guardianes del muro en la Alemania oriental comunista), instauraron el crimen de Estado, justificándolo en la juridicidad extrínseca del Derecho Positivo vigente y la obligación de su obediencia.

Esto va a dar lugar a que en torno a los países derrotados del eje (Alemania e Italia, a los que se agregarán décadas después España y Portugal) se vaya gestando un nuevo modelo o paradigma de Estado de Derecho conocido como Estado Constitucional de Derecho, donde por encima de las leyes se encuentran los principios o valores constitucionales cuyo contenido son los derechos humanos constitucionalizados junto a sus garantías, haciéndolos operativos por encima de las leyes. Dicho de otra manera, estos derechos humanos se identifican con los principios constitucionales u operan a modo de principios, en lo que va a ser el punto de partida de un proceso de constitucionalización de todo el derecho, tanto público como privado.

Esto se da simultáneamente con un proceso de internacionalización de los derechos humanos, tanto a escala mundial como regional. En el primer caso con la creación de la ONU y la sanción de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los posteriores Pactos de Derechos Civiles y Políticos por un lado, y Derechos Sociales y Económicos, por otro (1966), y una serie de convenciones sobre derechos en particular. Mientras en el plano regional, con la constitución de la UE y la Convención Europea de salvaguarda de los derechos humanos, por un lado, y la creación de la OEA en 1948 con la Declaración Americana de los Derechos Humanos y, posteriormente, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, de 1969, pero que entra en vigencia en 1978, por el otro.

Este Derecho Internacional de los Derechos Humanos se constituye en un nuevo *ius cogens* o Derecho imperativo, transformado en virtud de los pactos y tratados internacionales en una especie de supraderecho por encima de los Derechos nacionales de cada uno de los Estados, que deben incorporarlo como parte fundamental del mismo, lo que constituye una verdadera transformación de la noción de soberanía nacional en el plano jurídico. Además de su contenido normativo con la inclusión de los tratados y pactos, tiene también una dimensión jurisdiccional con la creación de tribunales internacionales, como el Tribunal europeo de Estrasburgo o la Corte Interamericana, que ejercen el control de convencionalidad, por el que se realiza la adecuación del Derecho Interno (incluido el Constitucional) a las respectivas convenciones, por encima del control de constitucionalidad que realizan las cortes supremas o los tribunales constitucionales en cada uno de los países. Como decíamos el año pasado, este nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho viene a reemplazar al llamado Estado Legal de Derecho positivista y formalista.

Como decía Nino en su conocida obra, *Ética y derechos humanos*, estos derechos humanos serían “derechos morales” que operan como principios morales o se derivan de ellos, siendo juridizados al positivizarlos mediante el proceso democrático como un procedimiento sucedáneo del discurso moral, que permite alcanzar un consenso moral regimentado ante la imposibilidad de lograr un consenso absoluto y unánime¹⁴.

Algunos autores, como Dworkin o Alexy, distinguen entre principios y normas, diferenciándose del positivismo de estricta observancia que identificaba al Derecho

14 Cf. Nino, C. (1984). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires. Paidós, 26 y 239.

como un sistema cerrado de normas positivas. A diferencia de las normas que se identifican por su origen o *pedigree* en cuanto han sido sancionadas por el órgano competente y mediante el procedimiento formal correspondiente, los principios para Dworkin (lo que él llama los Derechos en serio) valdrían por el peso de su contenido que debe ponderarse para su adecuada interpretación y aplicación. Por su parte, Alexy distingue entre los *mandatos de optimización* (principios) que deben ponderarse de acuerdo a las posibilidades jurídicas (en relación con otros principios y con las normas) y fácticas (con los hechos) y los *mandatos definitivos* (normas) que se aplican *in totum* o no se aplican porque son desplazados por otras normas en caso de conflicto normativo o por principios en el caso de conflicto entre normas y principios. Sin perjuicio de la similitud de lenguaje, hay diferencias entre ambos, especialmente entre el consecuencialismo de Dworkin, cuando los principios (que no explica de dónde los saca, quedando más bien como una práctica social consuetudinaria, interpretada y aplicada autoritativamente por los jueces) los aplica (a mi juicio equivocadamente) a casos difíciles como el aborto o la eutanasia¹⁵, y el principialismo de Alexy, que si bien reconoce la necesidad de una metafísica para fundar los Derechos, no lo hace desde una perspectiva realista en el orden del ser sino neokantiana.

Una distinción semejante la encontramos en el *neoconstitucionalismo italiano* tanto de *Zagrebelsky* como de *Ferrajoli*. Para *Zagrebelsky*, los principios constitucionales con su apertura a los derechos del hombre y a los grandes principios de justicia limitan a la ley. Ahora bien, aunque para el jurista italiano los principios constitucionales no son de Derecho Natural, sino más bien la instancia suprema del Derecho Positivo, que justamente positiviza lo que hasta entonces era una prerrogativa exclusiva del Derecho Natural, sin embargo, en cuanto a la determinación de la justicia y de los derechos humanos, se asemejan, en su formulación universalista y abstracta, a los principios de Derecho Natural, sin serlos, lo que constituye una seria dificultad para su justificación desde el neoconstitucionalismo¹⁶. En cambio, para Ferrajoli (que actualmente reniega del neoconstitucionalismo y prefiere el rótulo de garantista), *todos los derechos fundamentales equivalen a vínculos de sustancia y no de forma*, que condicionan la validez sustancial de las normas producidas y expresan, al mismo tiempo, como manifestación máxima del Derecho Positivo, los fines (que operan a modo de principios) a que está orientado ese moderno artificio que es el Estado Constitucional de Derecho, por lo que no trasciende el ámbito del Derecho Positivo, e incluso del propio positivismo jurídico¹⁷. Ambos distinguen entre principios sustanciales o de contenido material (los derechos humanos individuales y colectivos), que constituye la esfera de lo que no es susceptible de decidirse por los poderes constituidos, y los principios procedimentales o puramente formales (la democracia y los demás procedimientos establecidos para la toma de decisiones en un Estado democrático).

15 Cf. Dworkin, R. (1998). *El dominio de la vida*. Barcelona. Ariel.

16 Cf. Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 115.

17 Cf. Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías, la ley del más débil*. Madrid. Trotta, 19.

En suma, en el nuevo paradigma del Estado Constitucional de Derecho habría una conexión construida a través de mecanismos procedimentales democráticos entre la moral y el Derecho. Entre los derechos humanos entendidos como “derechos morales” que constituyen los principios u operan como principios del nuevo orden y su juridización y positivización a través de los tratados, pactos y constituciones, buscando plasmar en la realidad el ideal utópico de la *Paz perpetua* propuesto por Kant, que más allá de si se trata o no de un proyecto de Estado Mundial o de un republicanismo cosmopolita es imposible (lo prueba la realidad) y, por tanto, es contrario a la paz imperfecta pero posible que pueda darse en la realidad.

Pues si bien este nuevo paradigma se ha generalizado e impuesto universalmente a través del proceso de internacionalización de los derechos humanos al que hice referencia, su aceptación no es pacífica y es puesta en tela de juicio en distintos lugares del planeta. Por un lado, por las mismas grandes potencias como sucede con USA, que no ha suscripto el Pacto de San José de Costa Rica, ni reconoce a la Corte Interamericana, pues no acepta otro derecho superior a su Constitución, ni otra jurisdicción por encima de su Corte Suprema; otro tanto sucede con Rusia, China u otras potencias que en el actual escenario internacional imponen sus condiciones sobre el resto de las naciones, o también por los distintos problemas que plantea el multiculturalismo frente a una globalización del modelo occidental y secularista de derechos humanos, como los ocasionados por los movimientos migratorios con su distintas culturas (a modo de ejemplo podemos citar el caso del uso del velo en Francia) o la de los llamados pueblos originarios (como sucedió con el caso de la comunidad wichi en Argentina). Por otro lado, por la amenaza cruenta del terrorismo fundamentalista, como por ejemplo Isis o EI (Estado Islámico) con los atentados terroristas y las ejecuciones filmadas en medio oriente, donde hoy día hay persecuciones y martirios por cuestiones de fe, especialmente de cristianos católicos como sucede en Irak o Siria, o la amenaza incruenta de otra forma de Estado Constitucional como son los nuevos constitucionalismos populares o más bien populistas, como se da especialmente en algunos países de Latinoamérica (Venezuela, Ecuador, Bolivia, etc.), donde muchas veces se confunde lo nacional con un sector o con los intereses del régimen de turno e incluso en algunos casos se violan derechos o libertades fundamentales (reconocidas en la propia Constitución) por razones políticas o de Estado, como por ejemplo en Venezuela.

Al respecto vuelvo a citar al Cardenal Ratzinger en una brillante conferencia sobre la crisis del Derecho (a la que me referí en la primera lección), pronunciada el 10 de noviembre de 1999, con ocasión de serle conferido el grado de doctor honoris causa en Derecho por la Facultad de Derecho de la universidad italiana LUMSA, donde señala dos riesgos actuales del Derecho:

1) El “final de la metafísica”, que en amplios sectores de la filosofía moderna se viene dando como un hecho irreversible, y que ha conducido al positivismo jurídico que hoy ha cobrado sobre todo la forma de teoría del consenso como fuente del Derecho (por el que solo hemos pasado de un positivismo legalista a otro constitucionalista y judicialista, por el cual se emparentan los modelos positivistas y neoconsti-

tucionalistas, agrego yo). Si la razón no está ya en situación de encontrar el camino a la metafísica (o sea a la verdad del ser), sólo quedan para el Estado las convicciones comunes de los ciudadanos, concernientes a valores, las cuales se reflejan en el consenso democrático. No es la verdad la que crea el consenso, sino que es el consenso el que crea no tanto la verdad cuanto los ordenamientos comunes. La mayoría determina qué es lo que debe valer (estar vigente) como verdadero y como justo. Y eso significa que el Derecho queda expuesto al juego de las mayorías y depende de la conciencia de los poderes de la sociedad del momento, la cual viene determinada a su vez por múltiples factores.

2) La disolución del Derecho a causa del empuje de la utopía, que parece menos actual de lo que era hace unos veinte años (decía Ratzinger hace dieciséis años), cuando había tomado forma sistemática y práctica en el pensamiento marxista. El punto de partida es aquí la convicción de que como el mundo presente es un mundo de opresión y de falta de libertad, ese mundo tiene que ser sustituido por un mundo mejor que, por tanto, hay que planificar y realizar. Esta imagen de la nueva sociedad se convierte en verdadera y única fuente del Derecho; por tanto, moral y jurídico es aquello que sirve al advenimiento del mundo futuro. Y con base en este criterio, en esta lógica se ha venido elaborando el terrorismo (el de antes y el de ahora, agrego yo), que se considera paradójica y plenamente como un “proyecto moral”; el homicidio y la violencia aparecen como acciones morales porque están al servicio de la gran revolución. También aquí se ha dado por descontado el “fin de la metafísica”, y lo que queda en lugar de ella es, en este caso, no el consenso procedimental de los contemporáneos (como en el supuesto anterior), sino el modelo ideal que representa el mundo futuro¹⁸. Como aquí se señala, el fundamento de la moral y el Derecho no está en el origen de las cosas sino en el futuro y se justifica maquiavélicamente la utilización de cualquier medio. Como consecuencia de ello se confunden los ámbitos, dado que tanto lo moral, como lo jurídico, lo político, lo económico y lo cultural, en general, están ordenados al ideal utópico que hay que alcanzar, sin importar cuál sea el camino para llegar.

Ahora bien, el problema que no puede resolver este nuevo paradigma tal como está planteado, ya sea en las corrientes de raíz empiristas (Dworkin), neokantianas (Alexy, Habermas, Rawls, etc.), neoconstitucionalistas (Zagrebelsky) o garantistas (Ferrajoli), es el de la fundamentación o justificación racional de los derechos humanos para alcanzar un fundamento sólido y objetivo que permita superar el plano de la subjetividad o intersubjetividad variable y relativa. Como dije en la lección del pasado año, no vamos a discutir la importancia que tienen los derechos humanos y los procedimientos en el mundo actual y que puede considerarse un avance o progreso frente a modelos positivistas y formalistas, pero más que principios (evidentes o derivados inmediatamente de principios evidentes) son más bien *postulados* proclamados como tales por razones ideológicas, políticas o de estructura gnoseológica,

18 Cf. Ratzinger, J. (10 de noviembre de 1999). *La crisis del derecho* (palabras de agradecimiento por su Doctorado Honoris Causa pronunciadas en la universidad italiana LUMSA).

como sucede con el apriorismo de raíz kantiana. A diferencia de los principios, los postulados no se justifican ni se fundamentan sino que justamente se postulan o proclaman y a partir de ellos se pretende fundar toda la estructura posterior. Todo esto tiene una consecuencia sumamente importante pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos sin límite, como sucede con algunos “derechos humanos” creados o inventados a partir del dogma de la autonomía de la voluntad sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano. En realidad, los derechos humanos existen como una dimensión esencial del ser humano y como tal deben ser protegidos, y esto hay que decirlo para que no quede lugar a equívocos, pero no son en sí mismos principios fundantes, sino más bien fundados. Si fueran fundantes en sí mismos no tendría sentido plantearse la cuestión central del fundamento de los derechos humanos. La dignidad humana y los derechos que se siguen de ella sólo pueden fundarse en la esencia humana, en la naturaleza racional (que supone lo biológico), moral y política del hombre, pues no existen en el hombre aislado, sino inmerso en la comunidad, por eso una de las notas esenciales del Derecho y de los Derechos es su referencia al otro (*alteridad*) que se perfecciona en la reciprocidad y en la armonía o concordia (*synalagma* y *koinomya*). Lo mismo sucede con los llamados principios procedimentales que tampoco son en sí mismos fundantes, dado que el sólo y mero procedimiento o método no puede ser fundamento de realidades sustanciales o de contenido material, sino que más bien son válidos en tanto y en cuanto estos procedimientos se fundan en los principios de justicia (formal y material), a los que tienen que respetar. Claro que en este caso ya no estaríamos en esta perspectiva neoconstitucionalista y garantista, sino más bien en una perspectiva clásica como veremos seguidamente.

4. La conexión necesaria entre Derecho y ética o moral en el iusnaturalismo clásico

Luego de ver tanto el modelo iuspositivista de separación entre Derecho y moral, como el neoconstitucionalista y garantista de conexión construida entre el Derecho y la moral a partir de la prioridad de los Derechos (morales) respecto al Derecho (que los hace jurídicos al positivizarlos y garantizarlos), viene bien volver a las fuentes y ver cómo es la relación entre Derecho y moral en el pensamiento iusnaturalista clásico.

Esta concepción clásica no parte ni de los derechos individuales y presociales (cuya noción comienza con la vía moderna nominalista con Ockam), ni de las leyes jurídicas positivas como única expresión del Derecho (como señala la tradición positivista), sino de la misma realidad, de la realidad moral de la ordenación de los actos humanos (medios) al bien (fin) y de la realidad jurídica de la ordenación del objeto de los actos de justicia (medios) al bien común (fin).

Así en la tradición central de Occidente el Derecho será lo que para Aristóteles era el *to-dykayon*, para los romanos el *ius/tum* y para Tomás de Aquino la *ipsa res*

iusta (la misma cosa justa). Al respecto dice Tomás de Aquino en su *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*, libro V, lección XII: “[...] los juristas (romanos) llaman *ius/tum* (Derecho) a lo mismo que Aristóteles denomina *to-dykayon* (lo justo). Isidoro expone en el libro de las Etimologías, que se dice Derecho como si se dijera *lo justo*”¹⁹. Justamente, Tomás de Aquino va a constituir el momento cumbre de esta tradición que hace en la famosa cuestión 57 del *ius/tum* (*lo justo*) el objeto de la justicia (en el que termina el acto de justicia) aún sin tener en cuenta cómo lo ejecuta el agente, sea con intención virtuosa o no. En este punto, va a apoyar Graneris su controvertida expresión de amoralidad subjetiva del Derecho²⁰.

Por otra parte, también hay que destacar que lo justo o el Derecho (*ius*), en su relación con la ley como cierta razón del mismo (*ratio iuris*), constituye el eje central de la concepción analógica del Derecho, por la cual puedo llamar Derecho (*ius*) tanto a la misma cosa justa, como a la ley, al arte de discernir lo justo de lo injusto o a las potestades o facultades (Derechos Subjetivos) que se siguen de ella. De esta manera, el Derecho o *ius* es tanto objeto de la justicia (*lo igual*), como de la prudencia, al ser la ley un acto de esta (*lo legal*), que coincide con la definición de Aristóteles del *to-dykayon* como *to-nomykon* (lo legal) y *to yson* (lo igual), al ser al mismo tiempo un *medio real* (en tanto objeto de la justicia, su medio se establece en referencia a otro y no al propio sujeto como sucede en el resto de las virtudes) y un *medio de razón* (en tanto objeto de la prudencia, al ser esta la virtud que rectifica a la razón en su función práctica).

En consecuencia, el acto de justicia de dar a cada uno lo suyo es un acto segundo respecto a la determinación del *ius* como acto primero, dado que no puedo dar al otro lo suyo, si primero no conozco qué es lo suyo (*ius*) del otro, como refiere otro texto del Aquinate en la *Suma contra Gentiles*, 2,28: “Siendo el acto de justicia dar a cada uno lo que es suyo, al acto de la justicia precede otro acto por el cual alguien se apropia de algo, según consta por las cosas humanas, pues uno trabajando merece que se convierta en suyo lo que el retribuyente le da por acto de justicia. Por tanto, aquel acto por el cual, en un principio, alguien se apropia de algo, no puede ser acto de justicia”²¹.

Ahora bien, el problema de la determinación de lo justo (*ius/tum*) nos lleva a la cuestión de su fundamento. Allí tanto Aristóteles, como el Derecho Romano y Tomás de Aquino distinguen entre lo justo determinado por la naturaleza de las cosas humanas (*lo justo o Derecho Natural*) y lo justo determinado por convención pública o privada (*lo justo o Derecho Positivo*), más allá de que en Tomás, a diferencia de los anteriores, esta distinción se extiende e integra analógicamente con la analogía de la ley en cuanto razón (*ratio*) que abarca desde las leyes humanas (positivas) hasta su fundamento último en la ley eterna y su participación en el hombre (ley natural). Extensión e integración por la cual podemos ir desde el *ius* (lo justo natural o posi-

19 Tomás de Aquino, *Comentario a la ética a Nicómaco de Aristóteles*. Libro V, lección XII.

20 Cf. Graneris, G. (1977). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 45.

21 Tomás de Aquino. *Suma contra Gentes*. 2, 28.

tivo) a su *ratio iuris* (la ley natural o positiva) y volver desde la *ratio iuris* al *ius*. De esta manera, el *Derecho Natural* (lo justo natural y su fundamento en la naturaleza del hombre y de las cosas humanas expresada en la ley natural) es el principio o fundamento de validez por el cual todo el Derecho (tanto Natural como Positivo) adquiere *valor*; así como el *Derecho Positivo* (tanto consuetudinario como convencional o legal) es su principio de concreción y vigencia por el cual todo el Derecho (tanto Natural como Positivo) adquiere *vigor* en su dimensión espacio-temporal. Sobre ambos encontramos la ley eterna que es Dios mismo en tanto *razón* última y fundamento de todo lo demás.

En definitiva, siguiendo al Aquinate hay que señalar que las leyes jurídicas positivas en cuanto regla y medida de lo justo positivo se derivan de la ley moral natural por dos vías: 1) como conclusión (deducida a través de un razonamiento silogístico); 2) como determinación (prudencial, teniendo en cuenta tanto los principios universales como las circunstancias particulares). Por tanto, toda ley que se contrapone a la ley natural más que ley será corrupción de la ley, respondiendo de esta manera al dilema de Antígona del que hablamos al principio²². Dicho esto hay que aclarar que las leyes jurídicas positivas no prohíben todos los actos viciosos de los que se abstiene un hombre virtuoso conforme a la ley moral natural, sino sólo los más graves y especialmente aquellos que ocasionan perjuicio para los demás, ya sea otro particular o la sociedad en su conjunto²³. De la misma manera, no ordenan todos los actos de todas las virtudes sino sólo aquellos que se dirigen al bien común, sea de manera inmediata o mediata²⁴. En este sentido, Aristóteles señala que la Justicia General, a través de las leyes (por la que es también llamada Justicia Legal), ordena el acto de todas las virtudes, pero no absolutamente en cuanto a la perfección del sujeto que actúa, sino en cuanto debidas en orden al bien común (como, por ejemplo, los actos de fortaleza que tienen que realizar como deber de justicia aquellos que tienen que defender la Patria o la sociedad)²⁵.

De la misma manera, hay que aclarar que en la mencionada derivación de las leyes jurídicas positivas respecto de la ley moral natural puede darse cierta imperfección por defección, por la cual la justicia (y su opuesto la injusticia) admite grados, lo que hace que Aristóteles diga que la ley recta establece lo justo rectamente, mientras que las improvisadas lo hacen a la ligera²⁶, o Tomás de Aquino señale que las leyes humanas pueden ser justas o injustas, ya sea según su fin (si se ordenan o no al bien común), según su autor (si excede o no la potestad del legislador) o según su forma (en cuanto respeta o no la proporción igualitaria en orden al bien común). Pero aclara que mientras las leyes injustas que atentan contra un bien humano obligan en conciencia salvo si su injusticia es mayor que la injusticia de desobedecer

22 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 95, 2

23 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 2.

24 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 3.

25 Cf. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. LV, I.

26 Cf. ídem.

la ley (lo que habilita tanto lo que hoy llamamos la objeción de conciencia como la desobediencia civil), las que atentan contra un bien divino (como las que ordenan la idolatría) no obligan nunca, pues citando a Pedro y los apóstoles, “es necesario obedecer primero a Dios que a los hombres” (Hechos de los Apóstoles, 5,29)²⁷.

Al respecto dice Casaubón: “[...] la filosofía y 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 de Derecho la misma acepción en los tres diversos casos. Por ello, no es necesario descartar el Derecho Natural, ni la nota de justicia como esencial al Derecho, para que las disciplinas jurídicas, filosóficas o positivas tengan una amplitud objetiva tan grande como la que tienen las posiciones que niegan lo uno o lo otro. Más aún su amplitud es mayor, porque estudian también el Derecho Natural y lo justo *simpliciter*. Y tienen aún otra ventaja; jerarquizan debidamente los ‘objetos materiales’ que entran dentro de su especificante ‘objeto formal’, sin igualarlos en una gris e indiferente descripción de todos los órdenes normativos dotados de coactividad o de legitimidad positiva y coactividad. La jerarquía es: 1) derecho justo, o sea *simpliciter*; 2) derecho relativamente justo o *secundum quid* y 3) derecho injusto”²⁸. Por eso Aristóteles sostenía que “las cosas contrarias pertenecen a la misma facultad, como lo blanco y lo negro a la vista, y a la misma ciencia, como lo sano y lo enfermo a la medicina”²⁹.

En suma, podemos ubicar a lo moral y a lo jurídico como aspectos de la realidad práctica que se refiere a *lo agible* (obrar humano), distinguiéndose del ámbito de *lo factible* (hacer humano), por el cual el conocimiento del primero se alcanza por la ciencia ética o moral en cuanto a su verdad universal (admitiéndose la posibilidad de una verdad práctica en la moral y en el Derecho), siendo regido por el saber prudencial en cuanto a su concreción particular y circunstancial; mientras que el conocimiento del segundo (*poietico*) se logra por medio de las artes o técnicas (*ars o tecné*), sin perjuicio de la primacía del primero respecto del segundo, en cuanto a que el hacer como toda actividad humana está limitado y sometido a la ética o moral.

Ahora bien, dentro de la ética o moral podemos distinguir una ética o moral individual y una ética o moral social. Dentro de esta ética o moral social podemos ubicar a la Ciencia Jurídica o Derecho entendido analógicamente como ciencia, que estudia el obrar jurídico o Derecho entendido como lo justo (de la misma manera podemos ubicar a la Política y lo político o a la Economía y lo económico). En consecuencia, el Derecho tiene respecto a la ética o moral una relación de parte a todo, pues sería un mínimo de ética o moral (como dijimos, no ordena los actos de todas las virtudes ni prohíbe los actos de todos los vicios a los que se refiere la ética o moral), exigible públicamente (en tanto esos actos exigidos o esas prohibiciones se ordenen al bien común). Además podemos señalar que la perspectiva del jurista se distingue

27 Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. I-II. 96, 4.

28 Casaubón, J. A. (1978). “Estudio crítico sobre la lógica del ser y lógica del deber ser en la Teoría Ecológica”. En *Ethos*, Revista de Filosofía Práctica. Buenos Aires, N° 2-3, 46.

29 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Libro V. Lección I.

de la del moralista, pues mientras éste ve el acto en su integralidad (tanto en cuanto a su objeto como a la virtud del sujeto), aquel (el jurista) lo ve en la perfección de su objeto (la ordenación del acto al bien común), sin tomar en cuenta la virtud o falta de ella en el sujeto (aunque sí requiera la voluntariedad del acto, más allá de que falte la constante y perpetua voluntad o habitualidad de la virtud). En consecuencia, si bien no se confunde el Derecho y la moral, se los distingue, pero no para separarlos sino más bien para integrarlos como la parte (Derecho) al todo (moral).

5. Reflexión final

Todas estas cuestiones pueden parecer abstractas o muy filosóficas pero sin embargo están relacionadas a dilemas morales y jurídicos muy concretos. Efectivamente, según cuál sea la concepción del Derecho y la moral será la respuesta a estos dilemas. Esta respuesta variará según nos ubiquemos desde una separación radical, como la que propone el positivismo; desde una conexión construida en forma subjetiva, como sucede con la moral kantiana o intersubjetiva, basada en el mero consenso circunstancial, como sucede en el neoconstitucionalismo y garantismo; o finalmente desde una conexión necesaria fundada en la naturaleza de las cosas humanas, como en el iusnaturalismo clásico.

Entre estos dilemas podemos señalar los siguientes: 1) el estatuto del embrión humano; 2) la manipulación genética y embrionaria; 3) la fecundación artificial o asistida; 4) el aborto; 5) la eutanasia; 6) la eugenesia; 7) la naturaleza o desnaturalización del matrimonio; 8) la identidad; 9) las cuestiones planteadas por la llamada voluntad procreacional; 10) la sexualidad natural y su sustitución por el género construido, etc.

Volviendo al principio, podemos ver la íntima relación entre moralidad, politicidad y racionalidad del Derecho, pues sólo un derecho que reconozca (no que construya) un núcleo de moralidad intrínseca y una politicidad también intrínseca mediante la ordenación al bien común puede dar respuesta a estos dilemas y al sentido mismo de la existencia tanto personal y como comunidad. Y esto es posible en tanto y en cuanto la juridicidad, la moralidad y la politicidad se funden en la racionalidad, o sea, en la naturaleza racional del hombre.

Aquí podemos ver la equivalencia entre naturaleza y razón. Todo obrar humano se orienta a un fin (*telos*), que tiene razón de *bien*, y que descubrimos por la razón en la propia naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin. Así podemos apreciar también la equivalencia de los principios *kataphysys* (obrar conforme a la naturaleza) y *katalogos* (obrar conforme a la razón), pues la naturaleza y la razón en el hombre no se separan, ni se oponen, sino que se implican recíprocamente por ser el hombre naturalmente racional. Por lo cual obrar conforme a la razón (recta) es obrar conforme a la naturaleza (criterio de rectitud de la razón). El hombre es un animal político (*zoom polytykon*) y un animal ético (*zoom ethykon*) porque es un animal racional (*zoom logotykon*).

Por último, tenemos que decir que el hombre es un animal racional (*zoom logotykon*), que tiene en sí (*per se*) una naturaleza racional, aunque finita y creatural, en tanto participa (*per participationem*) de una racionalidad infinita y creadora que se identifica con Dios mismo. Por eso el *kataphysys* (obrar conforme a la naturaleza) y el *katalogos* (obrar conforme a la razón) se fundan en el *katatheos* (obrar conforme a la razón y voluntad de Dios). Esta verdad de la participación de la creatura humana respecto del Creador a la que podemos acceder por la razón, los cristianos la podemos ver confirmada, ampliada y profundizada por la Fe en la revelación del misterio de Dios, resumido magistralmente por San Juan en el prólogo de su evangelio: “Al principio era el Logos y el Logos estaba con Dios y el Logos era Dios. Al principio estaba con Dios. Todas las cosas fueron hechas por medio del Logos. Y sin Él no se hizo nada de todo lo que existe [...] y el Logos se hizo carne y habitó entre nosotros. Y nosotros hemos visto su gloria. La gloria que recibe del Padre como Hijo único, lleno de gracia y de verdad”³⁰.

³⁰ San Juan 1, 1 a 3 y 14.

LOS ANIMALES, ¿TIENEN DERECHOS?

Do Animals have Rights?

Luis María Bandieri*

Resumen: Los animales no humanos, ¿pueden tener derechos? Un tribunal argentino, a fines de 2014, determinó que Sandra, una orangutana residente en el zoológico de Buenos Aires, es un sujeto de derecho y un hábeas corpus en su favor debe ser objeto de tratamiento. El artículo examina esa sentencia y los argumentos “antiespecistas”, por parte de Peter Singer, Tom Regan y Eugenio Raúl Zaffaroni. También los argumentos de la ecología profunda acerca de los derechos de la naturaleza, con referencia a la llamada “ecología andina”, de acuerdo con las Constituciones de Ecuador y Bolivia, las primeras en el mundo que han codificado los derechos de la Madre Tierra, la Pachamama.

Palabras claves: Derechos de los animales - Ecología profunda - Derechos de la naturaleza - Deberes fundamentales.

Abstract: Do non-human animals have rights? By the end of 2014, an Argentine court decided that Sandra, a female orangutan in the zoo of Buenos Aires, is a subject of law and an habeas corpus file in her behalf must be examined. The article studies the anti-speciesism arguments from Peter Singer, Tom Regan and Eugenio Raúl Zaffaroni. And also the reasons from “deep ecology” about the rights of nature and the so called “andean ecology”, according to Constitutions of Ecuador and Bolivia, the first countries in the world to codify the right of Mother Earth, Pachamama.

Key-words: Animal rights - Deep ecology - Natural rights - Fundamental duties.

* Doctor en Ciencias Jurídicas. Profesor Titular Ordinario con Dedicación Especial en grado, Posgrado y Doctorado (UCA). lmbandieri@gmail.com.

Los animales, excluida la especie humana, ¿son entes capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones? Una respuesta reciente, no enunciada en el plano académico o en el de la opinión general, sino en el terreno de la decisión judicial, del decir el Derecho, a primera vista revestido de *imperium*, fue en la causa “Orangutana Sandra s/ recurso de casación s/ hábeas corpus”¹. Se partió, entonces, de esta afirmación circular: “[...] menester es reconocer al animal el carácter de sujeto de derechos, pues los sujetos no humanos (animales) son titulares de derechos”.

El punto de partida del caso

Pablo Nicolás Buompadre, en su calidad de presidente de la “Asociación de Funcionarios y Abogados por los Derechos de los Animales” (AFADA)², interpuso una acción de hábeas corpus a favor de la orangutana de Sumatra llamada “Sandra”. Sostuvo que el animal fue privado ilegítima y arbitrariamente de su libertad por parte de las autoridades del Zoológico de la Ciudad de Buenos Aires y que su estado de salud físico y psíquico se hallaba profundamente deteriorado, con evidente riesgo de muerte. Requirió su urgente liberación y su posterior e inmediato traslado y reubicación al “Santuario de Sorocaba”³, ubicado en el Estado de São Paulo, República Federativa del Brasil.

En primera instancia, en instrucción penal, se rechazó el hábeas corpus por considerarse que, de acuerdo con los artículos 30 y 51 del CC aún vigente⁴, las personas que pueden ser sujetos de derecho son aquellas que presenten “signos característicos de humanidad”, lo que impide incluir a la orangutana en aquella categoría. Considerando que los hechos enumerados en la presentación podrían encuadrarse en el tipo penal del art. 1º de la Ley N° 14.346 (malos tratos y actos de crueldad a los animales), resolvió pasar las actuaciones a la justicia correccional, para la investigación del caso. Elevado el expediente en consulta a la Cámara de Apelaciones en lo Criminal, el superior confirmó el fallo.

Así se llegó a Casación, donde se produjo el pronunciamiento ya referido. El fallo no hace lugar al hábeas corpus, ni ordena medida cautelar alguna. Como en el ínterin la justicia correccional se había declarado incompetente, el caso había

1 Cámara de Casación Penal Federal, Sala II, votos de Alejandro Slokar y Ángela Ledesma, 18/XII/14.

2 Mayores datos en www.afadaong.org. El último acceso a esa página (9/II/15) la muestra en su mayor parte aún en construcción. Puede consultarse su estatuto. Los “funcionarios” referidos en la denominación asociativa, aclara dicho instrumento, son “funcionarios judiciales”.

3 Sobre el “Santuario de Sorocaba” puede acudirse a www.projetogap.org.br. Responde al GAP (Global Animal Partnership), un movimiento internacional cuyo objetivo “es luchar por las garantías de los derechos básicos a la vida, a la libertad y a la no tortura de los grandes primates no humanos –chimpancés, gorilas, orangutanes y bonobos”, según surge de la página. A estarse a la información allí suministrada, la casi totalidad de su población se compone actualmente de chimpancés. Puede verse el especial interés con que se sigue la peripécia judicial argentina de la orangutana Sandra.

4 El nuevo Código Civil y Comercial que entrará en vigencia este año se refiere a “persona humana” (lo que Vélez denominaba “personas de existencia visible”), en veintitrés ocasiones (Título I, arts. 19, 22, 23, 31, 51, 52, 62, 73, 93, 193, 1004, 1404, 1671, 1673, 1678, 2065, 2154, 2158, 2165, 2182, 2613, 2616).

pasado a la fiscalía penal, contravencional y de faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). El tribunal de casación, en el tercero de sus considerandos, ratifica que debe seguir tramitando en extraña jurisdicción, ya que estaban en curso medidas probatorias. A este punto tercero, y sólo a él, es al que adhiere el voto del tercer camarista, que no se pronuncia, pues, sobre la calidad de sujeto de derecho que pueda alcanzar la primate sumatrina.

La primera consideración que surge de la lectura del fallo es que se trata de un pronunciamiento abstracto, ya que nada establece sobre el caso concreto, manteniendo el curso señalado en primera instancia, ratificado en la alzada, con el cambio de una competencia ordinaria a una de la CABA. No es el primer pronunciamiento en abstracto de nuestros tribunales⁵. La función oracular se va convirtiendo en el manjar de los jueces, ahora también en nombre de los derechos de los animales. Lo que queda en claro del fallo de Casación es que se abre una puerta a futuro para el ejercicio de este tipo de acciones a favor de entes no humanos, considerándolos como sujetos de derecho.

La segunda consideración es que la declaración abstracta de Casación carece de fundamentación, pese a que la norma procesal (art. 34, inc. 4º, CPCyC) y la garantía constitucional del proceso justo la exigen irrevocablemente. El tribunal alude a una “interpretación jurídica dinámica y no estática del Derecho”, pero no la justifica ni señala por qué se aparta de la definición legal de la persona como sujeto de derecho invocada en las dos instancias anteriores. Los jueces recurren a un argumento de autoridad, *ad verecundiam*: la opinión de Eugenio Raúl Zaffaroni en su *Derecho Penal*, parte general, y en su trabajo “La Pachamama y el Humano”. *Magister dixit*, la autoridad epistémica del ministro saliente habló y se nos remite sin más a su palabra, como los “arduos alumnos de Pitágoras”. ¿Puede aceptarse esta simple remisión a la autoridad magistral como fundamento de un fallo?

La tercera consideración es acerca de la vaguedad y liviandad de la fórmula adoptada en la modalidad pedisequa⁶ del *magister dixit*. Los animales no humanos son sujetos de derecho. ¿Qué debe entenderse por “animal”? ¿Todos los seres vivientes, excepto las plantas⁷? ¿Todos los integrantes del reino animal, o sólo algunos, o sólo la especie humana más los primates, o sólo entre ellos los nacidos en Sumatra? Un pronunciamiento tan vasto e impreciso resulta jurídicamente biodegradable.

5 Recuérdese el caso “F.A.L.” de interpretación de la causal de no punibilidad del aborto del art. 86, inc. 2º, del CP. La propia Corte Suprema señala que la “práctica abortiva” ya había sido realizada, y la cuestión, según la manida fórmula tantas veces despachada en la misma sede, había devenido abstracta. Pero, arguyó nuestra Corte, para no frustrar su función de “garante supremo de los derechos humanos”, correspondía decidir sobre agua pasada “para la solución de casos análogos que puedan presentarse en el futuro”.

6 “Pedisequo” es el que sigue servilmente a otro en sus pareceres. Proviene del esclavo que en Roma seguía los pasos de su amo y la expresión italiana “pedisequo” es habitual en ese idioma. Fue utilizada en nuestro idioma por Rubén Calderón Bouchet, Leonardo Castellani y otros.

7 Cuenta Konrad Lorenz, en *La otra cara del espejo* (Barcelona, ed. Plaza y Janés, 1974), que el zoólogo Oskar Heinroth, cuando se le hablaba de diferencias entre el hombre y el animal, tenía por hábito preguntar: “disculpe, pero cuando usted habla de animal, ¿piensa en una ameba o en un chimpancé?”

Animal, hombre, persona, sujeto de derecho

A fin de evitar las falacias por ambigüedad, comenzaremos precisando el sentido de los términos “animal”, “hombre”, “persona” y “sujeto de derecho” utilizados en este trabajo.

“Animal” es la denominación genérica de todo ser animado, esto es, de todo organismo que vive, siente, se mueve, nutre y crece por propio impulso, incluido el ser humano.

“Hombre” es utilizado en el sentido general de “ser humano”, incluyéndose en el término ambos sexos, todas las edades, todos los individuos y todos los grupos. Tal extensión tiene una bimilenaria prosapia en el campo del Derecho⁸.

“Persona” (en griego, *prósopon*) era la máscara que utilizaban los actores de teatro en Grecia y Roma, que tenía una especie de bocina para aumentar la resonancia de la voz (*per-sonare*). Persona era, originariamente, el nombre de un objeto: la máscara actuaral⁹. Más tarde, se extendió el significado al actor que la portaba y, por consiguiente, al rol que desempeñaba.

La expresión “persona”, en el sentido de sujeto de derecho, aparece tardíamente en Roma, utilizándose con anterioridad, de preferencia, el término *caput* (cabeza y, por extensión, persona individual), entendiéndose por *caput* el sujeto de derecho, esto es, alguien con quien se puede trazar una relación jurídica y que puede actuar por él mismo como titular de derechos y obligaciones.

“Persona”, entonces, es una expresión y un concepto nacido en el ámbito de lo jurídico para indicar el sujeto de la relación de derecho, antes llamado *caput*. La teología cristiana, especialmente a partir de la patrística griega, la retoma para expresar conceptualmente el misterio de la Trinidad, y la partición entre católicos y ortodoxos gira principalmente alrededor del sentido y alcance de *prósopon* y *persona*, *hypostasis* y *sustantia*, *ousia* y *essentia*. Luego, la expresión “persona” pasa al ámbito filosófico y al lenguaje común.

Hay un matiz entre “sujeto de derecho” y “sujeto de derechos” (expresión utilizada en el fallo referido y en la obra a la que se remite), que conviene distinguir, ya que la primera expresión es más amplia que la segunda. El sujeto de derecho expresa una subjetividad situada en el campo integral del Derecho, esto es, incardinada en los aspectos objetivo y subjetivo de lo jurídico, titular de derechos y obligaciones consiguientes. “Sujeto de derechos” es el aspecto de aquella subjetividad instituida para gozar de los derechos subjetivos, especialmente de los fundamentales, los derechos humanos, sin referencia a objetividad alguna. Es la expresión preferida por los deconstructores de la objetividad del Derecho.

Veamos ahora las relaciones que podemos establecer entre los términos cuyo sentido y alcance hemos establecido.

8 En el *Digesto* (50.16.152), refiriéndose al significado de las palabras, se cita a Gayo, quien afirmaba: “[...] no se dude de que en la palabra ‘hombre’ se incluye tanto a la mujer como al varón”; *Sobre el significado de las palabras – Digesto 50.16*. (1997). México. UNAM, versión de Martha Patricia Irigoyen Troconis, N° 152, 29. La forma propia, en la antigua Roma, de denominar al individuo del sexo masculino era *vir*, y *mulier*, para el individuo del sexo femenino.

9 Casi todos los estudiantes de latín han pasado por la experiencia de traducir la fábula de Fedro, “*Vulpes ad personam tragicam*”, esto es, “La zorra a la máscara de la tragedia”.

Cuando en el lenguaje común utilizamos el término “animal”, nos referimos a los seres vivientes no humanos. El hombre es un animal, pero no sólo un animal. En palabras de Lorenz: “[...] no todo el hombre está en el animal, ni mucho menos; pero todo el animal sí está en el hombre”¹⁰. Sobre el nivel biológico compartido, hay un nivel específicamente humano, caracterizado por la cultura y la conciencia histórica. Por eso, mientras el animal está en un medio circundante (Umwelt), el hombre, que puede adaptarse a diversos medios circundantes, apunta al mundo (Welt), en su totalidad, “se halla abierto al mundo”¹¹, elabora concepciones sobre este y le otorga significados. Sólo a él pertenece ese modo de ser, con la consiguiente capacidad de elaboración semántica. No puede pasarse por alto una dimensión muy actual del tema que tocamos: la biopolítica. En Grecia se distinguía entre zoé, nuda vida, en común con los animales, el horizonte de la necesidad que une al hombre a las exigencias de la supervivencia, es decir, el poder de autoconservación y actitud de resistencia ante la muerte, y bíos, la vida que tiene forma, la forma de vida, que es específicamente humana y en la que lo político tiene un lugar. La zoé, la vida biológica, estaba excluida de lo político, esfera propia de la bíos¹². Aristóteles, que en la *Ética nicomáquea* se refiere a la bíos politikós, define al hombre como zoon politikon, donde en lo político, en la polis, se conjuga y supera la vida nuda, la vida animal, el mero vivir, por la vida cualificada de la bíos politikós. El hombre es un ser viviente, animado, capaz de una existencia política, de encontrar formas políticas de convivencia dentro de la morada común. El zoon politikon no es pura vida biológica, sino que aspira a formas de vida en común donde alcanzar la felicidad de la “vida buena”. A partir de Michel Foucault y de Hannah Arendt, y especialmente de las reflexiones de Giorgio Agamben, se plantea si no es la nuda vida, la vida biológica, cuyas necesidades son comunes a la especie y semejantes al resto de la vida animal, la que se traslada actualmente al centro de las nuevas luchas políticas y estrategias económicas globales. En síntesis, si no es el ser vivo humano específico el que está en cuestión, y la distinción propiamente política, la línea entre amistad y enemistad, debe trazarse hoy en el umbral entre nuda vida y vida política, entre zoé y bíos¹³.

“Persona”, en el lenguaje común, se opone a animal y cosa. Aquí, el vocablo equivale a “hombre”. Pero “hombre” y “persona” no se superponen. Porque, como

10 Lorenz, K. y Leyhausen, P. (1979). *Biología del comportamiento –raíces instintivas de la agresión, el miedo y la libertad*. México. Siglo XXI, 1.

11 La distinción entre *Umwelt* (medio o mundo circundante) y *Welt* (el mundo en su totalidad) fue establecida por Scheler, M. (1938). *El puesto del hombre en el Cosmos*. Buenos Aires. Losada, 79-80.

12 Ver Agamben, G. (1998). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia. Pre-textos, 111 y ss.

13 Ver Foucault, M. (1998). *Historia de la sexualidad I – La voluntad de saber*. México. Siglo XXI, 85; Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Buenos Aires. Paidós, 37 y ss.; Agamben, G. Ob. cit., 111 y ss. El concepto de biopolítica fue introducido por Foucault a partir de un curso sobre “medicina social” dictado en 1975 en Río de Janeiro, a propósito del tratamiento de epidemias. El repudio foucaultiano a toda forma de poder no desvirtúa que, en tales casos, las decisiones coercitivas, como por ejemplo, la cuarentena, resultan imprescindibles para la salud pública. El concepto, ampliado y reformulado por Agamben, en términos cuya discusión excede a esta nota, da lugar a las afirmaciones del texto. Las macrodecisiones sobre control de la población y de la natalidad, y las tendencias pro choice, eugenésicas y eutanásicas, se inscriben en el proceso arriba señalado.

señala Gustavo Bueno¹⁴, en primer lugar, existen, entre las creencias de nuestra cultura, y sobre todo en el lenguaje, personas no humanas (personas divinas: Padre, Hijo y Espíritu Santo; personas angélicas o diabólicas). Personas en cierto sentido “sobrehumanas”. Corresponde, desde el Derecho, agregar las “personas jurídicas” o “personas de existencia ideal”, constituidas por personas individuales, pero distintas de ellas (hasta el extremo de la sociedad o empresa unipersonal).

En segundo lugar, y siguiendo otra vez a Bueno, persona humana añade algo no sólo a “persona” sino también a “humano”. El hombre recibe una determinación importante cuando se le considera como persona así como la persona recibe una determinación no menos importante cuando se la considera como humana. No es lo mismo hombre que persona. “Hombre” es un término más genérico o indeterminado, referido al individuo de la especie humana. La misma etimología de la palabra “persona” demuestra que es un concepto no atemporal, sino con una historia, sobreañadido al concepto de hombre. En el Derecho Romano los esclavos eran hombres, pero no eran personas. Los juristas romanos que usaban el concepto de hombre lo disociaban del concepto de persona; históricamente, ocurre como si nuestro concepto actual de persona, equivalente a hombre, fuese el resultado de una ampliación progresiva del concepto de persona. Es evidente la tendencia jurídica a ampliar el concepto de persona, como sujeto de derecho, a todos los miembros de la especie humana. Pero dicha tendencia señala que a quien se reconoce y reviste como sujeto de derecho, desde su misma concepción¹⁵, es a un hombre en tanto individuo de la especie humana. Este reconocimiento y revestimiento ha tenido una historia, muchas veces heroica de reivindicación, no de concesión graciosa. En las actuales declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos las expresiones “ser humano” o “individuo” resultan, de tal modo, sinónimos de “persona”. Así surge de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 1º; de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 6º; de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 1.2 y 3º; del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 16. Así como figuradamente “por arriba”, la noción de persona se ha ampliado a entidades no humanas, el umbral, “por abajo”, de esta progresiva ampliación del concepto jurídico de persona a todo ser humano está en la pertenencia a la especie, en donde el concepto jurídico de persona fue desenvolviéndose. El problema planteado por la afirmación de “derechos de los animales” reside, precisamente, en si el concepto histórico de persona, con su contenido jurídico, aplicado al ser humano y desarrollado por el hombre y para el hombre, puede exorbitarse hasta superar la barrera específica, donde y para la que fue concebido.

Para situar en su quicio la cuestión, convengamos que a esta altura sabemos que los animales, o por lo menos algunos de ellos, poseen una racionalidad o “inteligencia práctica”, como decía Scheler, una sensibilidad y capacidad de demostrar emociones; se comunican entre ellos, pueden evaluar en cierta forma sus intereses, conforman en varios casos sociedades complejas, tienen el sentido de la pertenencia

14 Bueno, G. (1996). El sentido de la vida. Oviedo. Pentalfa ediciones, 115 y ss.

15 Art. 4º, Convención Americana de Derechos Humanos; reserva y declaración argentina respecto del art. 1º de la Convención sobre Derechos del Niño.

cia familiar y grupal, pueden fijarse estrategias para alcanzar ciertos objetivos, servirse de útiles y efectuar algunos cálculos. Los animales del tronco vertebrado –y el hombre, entre ellos– transmiten a sus congéneres, según demostró Lorenz, un imprinting –una impronta– territorial, jerárquica y agresiva. Estas informaciones filogenéticas se dan en todo el tronco de los vertebrados y regulan innatamente su comportamiento básico. Köhler estudió las capacidades de los chimpancés para fabricar útiles rudimentarios para llegar hasta alimentos situados fuera de su alcance. Janet Goodall los observó en su ámbito natural fabricándose utensilios para extraer termitas de las termiteras. Trixie Gardner mostró haber enseñado a un chimpancé el lenguaje de signos ASL y afirmó haberse comunicado con él. Ann Premack presentó a la chimpancé Sara, capaz de pasar airoso el test de conservación de líquidos que Piaget sitúa a los 5 años del infante humano¹⁶. Frans de Waal demostró la existencia de luchas por el poder en los chimpancés¹⁷. Ya fray Benito Jerónimo Feijóo (1676-1764) critica a Descartes y a su antecedente español, Gómez Pereira, que asimilaban los animales a máquinas, negándoles un alma sensitiva. El sabio beneditino gallego va más allá y afirma que, en ciertos animales, existe una racionalidad funcional que permite una elección y dirección activa por parte de aquellos, contra la opinión de santo Tomás de Aquino, que los entendía dirigidos sólo por la razón divina¹⁸. Esto sentado, ninguna de tales cualidades permite incorporar a los animales, o a algunos de ellos comúnmente considerados “superiores”, a la categoría propiamente humana de personas, en el sentido de sujetos de derecho. Lo diferencial del hombre es que, a partir de su naturaleza biológica, donde se inscribe como especie, ha podido en buena parte superar ese nivel biológico, esto es, no quedar reducido a su medio ambiente y abrirse a la comprensión del mundo en su totalidad, a través de la capacidad de representación simbólica, dándole sentido y significaciones. Ningún simio puede establecer la diferencia entre el agua bendita y el agua destilada, dice Marshall Sahlins, ni, agre-

16 “Dotar a un antropoide de una laringe humana no hará de él un hombre, lo mismo que privar a un hombre del lenguaje no lo convertirá en un chimpancé”, afirmó Ann Premack (*L'Express*, 22/3/85).

17 De Waal, F. (1995). *La Politique du Chimpanzé*. Paris. Éditions Odile Jacob. Puede verse al respecto Bandieri, L. M. “La Nueva Provincia”. En *La Política de los Chimpancés*, Suplemento “Ideas / Imágenes”. Bahía Blanca, 1995. De Waal trabajó observando una colonia de chimpancés en semilibertad en el zoológico de Burgers, en Arhem, Holanda. El libro fue publicado en 1982. En 1980, el chimpancé dominante, de apodo Nikkie, fue destronado por su congénere Luit, que tenía un pacto con Yeroen, el tercer macho influyente de la comunidad. Luit gozó poco tiempo de su dominio. Una noche, Nikkie y Yeroen, compinchados, atacaron a Luit, que apareció a la mañana siguiente herido y mutilado, y no sobrevivió pese a los cuidados brindados. Sólo en 1984, en un congreso de primatología, de Waal comunicó este “crimen político”, que había omitido en su libro, porque desmentía la imagen pacífica y juguetona que se había hecho de los grandes simios.

18 Feijóo, B. J. *Teatro Crítico Universal*. Tº 3º, discurso 9º: la “Racionalidad de los brutos”, accesible en <http://filosofia.org/bjfbjfbj000.htm>, por la fundación Gustavo Bueno, que ha digitalizado la obra completa del gran beneditino. El discurso es una crítica dirigida a Descartes y Gómez Pereira, pero, por otra parte, discute la afirmación de santo Tomás de Aquino en *la Suma Teológica*, I,II, q.13, art. 2., donde se afirma que en el animal no hay razón, elección, ordinación, o dirección activa de parte suya, sino sólo pasiva; son ordenados y dirigidos por la razón divina, del mismo modo que ellos se dirigirían si tuvieran uso de razón, así como la flecha, sin tener uso de razón, es dirigida al blanco por el impulso del flechante, como ella misma se dirigiría, si fuera racional, y directiva.

gamos, puede advertir en el árbol al que asciende un símbolo del eje del mundo o en el fruto que devora un don de la tierra¹⁹. En esa búsqueda de sentido y en ese dispensar significaciones, tenemos elaborado en la especie el derecho y la persona, en sentido jurídico. Para considerar a un simio como sujeto de derecho, tendría que demostrarse que es capaz de concebir y hacer valer sus derechos, así como reconocer sus obligaciones y, consecuentemente, reconocer que los otros son igualmente titulares de los mismos derechos y sometidos a las mismas obligaciones. La réplica habitual a este argumento de los autores animalistas es: “[...] no se sostiene [dicho argumento], porque son muchos los humanos que carecen de capacidad de lenguaje (oligofrénicos profundos, fetos) o que nunca la tendrán (descerebrados, dementes en los últimos estadios) y, sin embargo, a nadie se le ocurre negarles ese carácter, so pena de caer en la tesis genocida de las vidas sin valor vital de una de las cúspides del pensamiento penal”²⁰. Podríamos agregar al listado los enfermos en coma o en estado vegetativo crónico persistente y los embriones humanos, que han encontrado otros tantos fervientes defensores de su aniquilación, como los de la tesis bien criticada por nuestro autor²¹. En todos estos casos, tenemos sujetos de derecho carentes de capacidad de obrar, sea por no tener plena conciencia de sí o por carecer en plenitud de inteligencia y voluntad, a cuyos efectos tienen instituida una representación: están presentes a través de un representante. El reconocimiento como sujetos de derecho tiene su base en que se trata de seres humanos, en la amplia extensión en que al individuo de la especie, según ya señalamos, se le reconoce el carácter jurídico de persona. Desde ese enfoque, es obvio que se trata de excepciones –la tarea del jurista es la de establecerlas, registrarlas e incorporarlas adecuadamente a la norma general. En el caso de los animales, en

19 La cita de Sahlins: “El ejemplo del matrimonio punalúa viene muy a propósito, porque en antropología es moneda corriente ilustrar la arbitrariedad del símbolo mediante la observación de que ningún simio podría advertir la diferencia entre agua bendita y agua destilada”. Sahlins, M. (1968). *Cultura y Razón Práctica –contra el utilitarismo en la teoría antropológica*. Barcelona. Gedisa ediciones, 65.

20 Zaffaroni, E. R. (2012). *La Pachamama y el Humano*. Buenos Aires. Ediciones Madres de Plaza de Mayo/Colihue, 54-55. El penalista cumbre es Karl Binding, que con el psiquiatra Alfred Hoche publicó en 1920, año de su muerte, un libelo eugenésico y eutanásico titulado *La licencia para la aniquilación de la vida sin valor de vida* (hay una edición castellana en Ediar, Buenos Aires, 2009).

21 El caso “Artavia Murillo y otros (fecundación *in vitro*) vs. Costa Rica”, resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el 28 de noviembre de 2012, resulta un buen ejemplo de la “función oracular” de los tribunales supremos, en que se deciden cuestiones en abstracto, fuera de la continenencia de la causa. En el caso, se trataba de un planteo efectuado por parejas afectadas por la prohibición legal existente en Costa Rica respecto de la práctica de la fecundación extracorpórea. Debíó, en todo caso, ceñirse el pronunciamiento al reconocimiento de los perjuicios sufridos y a la exhortación a Costa Rica para que legislase sobre aquella práctica. Sin embargo, la Corte fue más allá e “interpretó” el art. 4.1 de la Convención, donde se refiere al origen de la vida, entendiendo que la “concepción” se produce no en el momento de la fecundación del óvulo por el espermatozoide, sino con la implantación o anidación del embrión en la pared uterina, que ocurre alrededor de catorce días después de aquélla. Excediéndose así de la continenencia de la causa y del alcance de su jurisdicción (como surge del voto disidente del jurista chileno Eduardo Vio Grossi), la CIDH dejó fuera del carácter de sujeto de derecho al embrión humano, producto de singamia corpórea o extracorpórea, otorgándole el de cosa desechable y en el comercio. La doctrina, también abusivamente creada por vía pretoriana por la propia CIDH, acerca del carácter de aplicación obligatoria por todos los sistemas judiciales de los países signatarios de la Convención, de sus interpretaciones supremas por vía del control de convencionalidad, extiende a nivel continental esta infausta decisión.

cambio, la regla sería la incapacidad para obrar y hacer valer sus derechos, por lo que estableceríamos una especie de infrasujetos colonizados a perpetuidad por sus representantes humanos. Los animales no humanos, en este enfoque, resultarían incapaces absolutos a perpetuidad, unos subhombres imperfectamente acabados, interrumpidos a mitad de camino de su desarrollo. Cuando la cuestión se presenta a la inversa: el animal es completo y perfecto en su ámbito; el hombre, en cambio, es el único animal inacabado, frágil, de maduración tardía y el menos especializado (un “especialista en la no especialización”)²². Quienes pintaron los bisontes, cérvidos y caballos en las cuevas de Altamira y de Lascaux, no los creían seres a medio terminar: admiraban, en cambio, la completitud del animal, frente a sus propias carencias, y nos dejaron de ellos una imborrable imagen poética. Resulta extraño que los defensores del “derecho de los animales” reduzcan estos últimos a incapaces absolutos y perpetuos, lo que hubiera asombrado a nuestros lejanos antepasados de las cavernas.

La argumentación animalista

Podría remontarse muy atrás quien quiera encontrar las raíces de las actuales posturas “animalistas”. Cánones pitagóricos o budistas, el vegetarianismo de Porfirio, los nombres de Plutarco, Séneca o, más tarde, de Shakespeare o Bacon o, ya entre los ilustrados, los de Voltaire y Rousseau, aunque en estos casos la propuesta de una benevolencia universal hacia todos los seres animados, y la consiguiente protesta por la crueldad en el tratamiento por parte del hombre, no resulta en postularlos como sujetos de derecho. Con otro fundamento, no muy distinto de san Francisco predicando a los pájaros²³ o amansando con su palabra al “hermano lobo” o la comprensión del raciocinio funcional del bruto por fray Benito Jerónimo Feijóo. La excepción en el mundo ilustrado es Jeremías Bentham, el filósofo del utilitarismo social, cuyo principio moral era: “[...] la mayor felicidad posible para el mayor número posible”. Bueno es lo que procura placer al mayor número de individuos, y malo lo que inflige dolor al mayor número de individuos. Sujeto moral es, pues, aquel individuo de cualquier especie que pueda sentir placer o dolor. Respecto de los animales no humanos la cuestión no es si tienen uso de razón o si poseen lenguaje. El punto es ¿pueden sufrir? La respuesta afirmativa los eleva a sujetos morales y, por ello, sujetos de derecho.

Ya cerca de nuestro tiempo, puede señalarse a Henry Salt (1851-1939)²⁴, un “moralista” y “reformador social” británico, que arranca su producción con una defensa del vegetarianismo, cofundador de la “Liga Humanitaria”, miembro también

²² La expresión es de Gehlen, A. (1987). *El hombre, su naturaleza y su lugar en el mundo*. Salamanca. Editorial Sígueme, 70-83.

²³ Sobre el sentido profundo de hablar el lenguaje de los pájaros, ver Guénon, R. (1969). *Símbolos fundamentales de la Ciencia Sagrada*. Buenos Aires. EUDEBA, 45 y ss.

²⁴ Ver para lo que sigue Ongay, I. (2002). “Los derechos de los animales y Enrique Salt en español”. En *El Catoblepas*, revista crítica del presente, N° 9, 8 –puede accederse a través de www.nodulo.org-, del que tomamos buena parte de la información.

de la Sociedad Fabiana, en cuyo círculo de amistades se contaron George Bernard Shaw y Gilbert K. Chesterton²⁵.

En 1892 aparece un opúsculo de Salt llamado *Los derechos de los animales considerados en relación al progreso social*²⁶. El autor se plantea la posibilidad de un ius animalium desde la pregunta: “¿Puede atribuirse a los animales inferiores algo al menos análogo a los derechos que se asignan al ser humano?” Salt retrotrae el problema a la idea de “derechos humanos”: si se atribuyen derechos a los seres humanos también habrá de reconocérselos a los animales no humanos. ¿Por qué los hombres tienen derechos? Ambas clases de derechos, los de los hombres y los de los animales, no son de ninguna manera incompatibles. Es más, las dos reivindicaciones permanecen imbricadas en cierto modo, según nuestro autor: si los animales en general tienen derechos, a fortiori deben tenerlos también los animales humanos.

Concluye Salt:

“Este ensayo [...] se dirige antes bien a quienes ven y sienten que, como bien se ha dicho, el gran avance del mundo, a través de las edades, se mide por el aumento de la humanidad y la disminución de la crueldad [...] y que la realización de los derechos humanos que se aproxima tendrá inevitablemente que traer tras de sí la realización, posterior pero no menos cierta, de los derechos de las razas animales inferiores”.

El lector habrá advertido ya ciertas inconsistencias en el planteo saltiano. Nuestro autor, desnordeado por el evolucionismo spenceriano, atribuye primero los derechos humanos a una extensión de los derechos de los animales no humanos (si estos los tienen, con mayor razón los tendrán los hombres) para concluir que, inversamente, los derechos de los animales serían una extensión progresiva y fatal de los derechos del hombre. Esta última versión es la que en el fino fondo orienta a los defensores del “animalismo”, para los que los derechos de los animales no humanos resultan de la generalización progresiva y progresista a todo ser vivo de los derechos humanos, versión posmoderna, calcándose aquellos a partir de estos. De ese modo, la consideración hacia los animales no humanos cae exclusivamente en el ámbito de lo jurídico, hasta hace poco reservado al ser humano considerado como persona.

Bentham y Salt están en las bases y puntos de partida del pensamiento del mayor agitador actual del animalismo: Peter Singer y su obra, aparecida en 1975, *Animal Liberation*²⁷.

²⁵ Una referencia elíptica en el capítulo introductorio a *El Napoleón de Notting Hill* a un supuesto panfleto: “¿Por qué debe Salt sufrir?”, da cuenta de la intención satírica de Chesterton respecto a su amigo. El secretario nihilista y vegetariano de *El Hombre que fue Jueves*, que hablaba calurosamente de cómo aseñar entre una tajada de tomate y tres cuartos de vaso de agua tibia, parece surgir del mismo referente. En *Ortodoxia* (cap. VII) comparece otra vez el “idealista vegetariano”, Mr. Salt. Por su parte, en la obra de Salt puede encontrarse algún texto crítico respecto de Chesterton, como *Mr. Chesterton's Mountain* (ver www.henrysalt.co.uk/bibliography/essays/mr-chestertons-mountain).

²⁶ Hay una traducción castellana (1999), *Los derechos de los animales*. Madrid. Ediciones Libros de la Catarata, con una introducción de Jesús Mosterín, que preside la sección española del “Proyecto Gran Simio” y con la “Declaración de Derechos de los Grandes Simios”, de 1993, como uno de sus apéndices.

²⁷ Hay traducción al castellano (1999). *Liberación Animal*. Madrid. Trotta.

Cabe aquí una advertencia previa. Sobre Singer y sus planteamientos bioéticos relativos a la eutanasia, la experimentación con embriones o deficientes mentales, el infanticidio como mecanismo de regulación de la natalidad, etc., en nombre de los intereses de la especie, cae la acusación de eugenismo. Recordemos que George Bernard Shaw se significó también como ardoroso defensor de la puesta en práctica de programas eugenésicos positivos y negativos (promoción de ciertos matrimonios, esterilización de incapaces, aborto eugenésico...) con vistas al mantenimiento de un grado aceptable de higiene social. Quizás en ambos se ilustra la sospecha de Chesterton de que el amor abstracto a los animales escondía un cierto desprecio por los demás seres humanos, especialmente en cuanto a los momentos de comienzo y fin de la vida. Aquí se presenta un argumento efectista: Hitler era vegetariano, no fumador²⁸ y amaba a los animales, especialmente a su perra pastora, Blondi, y de joven, cuenta un testigo, se indignaba por ver a los perros San Bernardo teniendo que tirar de los carros de la leche. A más, fue en el Tercer Reich cuando se dictó “la primera legislación realmente ecológica y completa en el sentido moderno”²⁹. En fin, todo da para la *reductio ad hitlerum* del tipo de la que propone con arte Luc Ferry³⁰ y que en su versión más rudimental sería: si Hitler era vegetariano y amaba a los animales y los animalistas son en general vegetarianos y aman a los animales, entonces... Nos abstendremos de incurrir en esta falacia reductiva, descripta por Leo Strauss, con la que se cierra por mala parte toda posibilidad de debate.

Singer sigue los pasos de Bentham y de Salt. El sufrimiento es la única característica vital que atribuye a un ser vivo el ser igualmente considerado, y por lo tanto la condición de sujeto de derechos. Esta última condición tiende a ampliarse progresivamente. En los hechos, dice Singer, hablamos de igualdad, pero encontramos en todos los seres humanos diferencias. El principio de la igualdad de seres humanos –continúa– no es la descripción de una igualdad real. Es una prescripción de cómo debemos tratar a los seres humanos. Y aquí encaja el principio de igualdad moral establecido por Bentham, a través de la experiencia del placer y el sufrimiento, y la consideración por igual de los intereses de cada uno. Este principio de igualdad debe ser extendido a todos los seres, negros o blancos, masculinos o femeninos, humanos o no humanos. Y así como hay un racismo por el color de la piel o un sexismo que discrimina a la mujer, hay un *speciesism*, traducido como “especieísmo”, “especiesismo” o “especismo”, esto es, un prejuicio que nos lleva a considerar exclusivamente los intereses de nuestra especie, en detrimento de los intereses de otras especies. Los racistas violan el principio de igualdad dando mayor peso a los intereses de su propia raza cuando hay un conflicto entre ellos y los de miembros de otra raza. Los sexistas violan el principio de igualdad favoreciendo los intereses del propio sexo. Del mismo

28 “Jamás habría podido conseguir mis objetivos si no hubiera dejado de fumar y no hubiera dejado de comer carne”, dicen que dijo alguna vez el *Führer*.

29 Zaffaroni. Ob. cit., 93-94.

30 Ferry, L. (1992). *Le Nouvel Ordre Écologique*. Paris. Grasset, crítica muy interesante y valiosa de la corriente llamada de la “ecología profunda”, que encuentra vinculada con las líneas maestras del discurso tanto nacionalsocialista como stalinista: “[...] la ecología profunda hunde sus raíces en el nazismo y extiende sus ramas en las esferas más extremas del izquierdismo cultural”. Ver las consideraciones al respecto de Zaffaroni. Ob. cit., 94-95.

modo, los “especieístas” o “especiesistas” colocan los intereses de su propia especie por encima de los intereses de los miembros de otras especies. El patrón de conducta –dice Singer– es idéntico en los tres casos. La mayoría de los seres humanos son especieístas, concluye. Como se sabe, estos planteos fueron recogidos en el “Proyecto Gran Simio” (PGS), redactado por el mismo Singer y Paola Cavalieri, cuyo subtítulo es: “La igualdad más allá de la humanidad”³¹.

La línea de razonamiento animalista o “antiespecieísta”, en la secuencia que viene de señalarse, admite una variante muy próxima, como la de Tom Regan, que reclama su filiación en Kant, para quien los mamíferos, a partir del año, poseen una continuidad biográfica, resultan “sujetos de una vida”, con un valor de dignidad inherente, y no pueden servir de medios para los fines de la especie dominante. Por lo tanto, propone la total abolición del uso de animales para experimentos científicos; su caza o utilización comercial y deportiva y todo tipo de cría de animales en establecimientos agropecuarios con fines comerciales³².

Superando los límites infranqueables del animalismo

En todos estos casos, la raíz del razonamiento está viciada. En efecto, se trata de establecer, desde el postulado de una igualdad moral, sea con referencia benthamiana o kantiana, un allanamiento de la diferencia entre seres humanos y animales no humanos. La cuestión debe ser planteada a la inversa: desde la diferencia en los seres vivos entre humano y no humano (que es un hecho, no un supuesto y no necesita demostración) debe demostrarse la igualdad moral. Por ejemplo, como señala Alain de Benoist, debería demostrarse que el sufrimiento del animal es de la misma naturaleza que el sufrimiento humano³³. El sentido que podemos dar los humanos al sufrimiento otorga la diferencia. ¿O acaso consolaríamos a un perro herido recitándole aquello de Esquilo de que “aprender con dolor hizo (Zeus) que fuera su ley”? Surgen, inevitablemente, otras preguntas: el sufrimiento del tigre ¿es comparable al de la ostra o del protozoario?, la posibilidad de sentir el dolor ¿sólo pertenece al reino animal? El otro aspecto erróneo del argumento animalista reside en la extrapolación de las nociones de “moral” y “derechos” más allá del límite de nuestra especie. Desde luego que la pertenencia biológica a una especie no nos da de por sí un criterio ético o jurídico. Lo que ocurre es que las nociones de “ética”, “moral” y “derechos” han sido establecidas desde la especie humana, cuando en su seno va estableciéndose la noción de persona. La actual asimilación entre ser humano y persona nos ha hecho olvidar que aquella proviene de un escarpado proceso –porque en el ejercicio automático de asimilarlos no advertimos que detrás de la persona, como previo, hay siempre un individuo de la especie humana, y sólo de ella. Tengamos en cuenta que aún existen hoy seres humanos por muchos no asimilados a personas: el embrión, el

31 Publicado en 1993, hay traducción castellana en ed. Trotta, Madrid, 1998.

32 Regan, T. *The Case for Animal Rights*. Recuperado en <http://www.animal-rights-library.com/texts-m/regan03.pdf>.

33 De Benoist, A. (2010). “Observations sur la question du ‘droit des animaux’”. En *Éléments* N° 134, 45.

feto, el comatoso profundo, etc. Cuando hablamos de “moral” o “derechos” olvidamos que ambos términos y sus significados provienen del desenvolvimiento humano y se plantean, desde su origen, sólo por y para personas humanas.

En la idea vigente de reciprocidad de derechos y deberes, es obvio que si otorgamos derechos a los animales, o a algunas especies entre ellos (como el PGS), resulta necesaria la contrapartida de la exigencia de los correspondientes deberes. Incluso la posibilidad de la coerción para exigir su cumplimiento, con lo que volveríamos a la posibilidad de colocar animales en el banquillo de los acusados, como ocurría siglos atrás. Por otra parte, planteos como los del PGS recrean automáticamente una situación de desigualdad, como la denunciada en origen por los animalistas, con la diferencia de que ahora el elenco de “especieístas” se vería engrosado por otras especies de primates. Ciñéndonos momentáneamente al PGS, y atendiendo a los términos de la Declaración Universal de los Derechos de los Animales proclamada por la UNESCO en 1978³⁴, los animales tendrían que ser incorporados a los sistemas de la seguridad social, protección sindical, resguardo policial y acceso a la agencia judicial, en su propio interés. Menudo problema plantearía, además, defender a cada especie no sólo de las agresiones humanas sino de la actividad predatoria de otras especies³⁵. Mientras estas cuestiones prácticas y el marco teórico con que se pretende fundamentarlas sean planteados en términos de “derechos”, en un *tour de force* de *exorbitación* cuyos límites, lagunas e inconsecuencias ya hemos señalado, vamos a girar en las declaraciones abstractas –como las del fallo citado al principio– o en situaciones conducentes al absurdo.

El punto de partida está en los deberes. Pero no en los deberes considerados la contrapartida cargosa de los derechos. Se trata de deberes unilaterales, que no originan en respuesta derechos ni se fundan en ellos. Deberes hacia nosotros mismos, hacia los demás y, para los creyentes, hacia Dios. Deberes para con los animales e incluso hacia los reinos inanimados, vegetal y mineral. Deberes “fundamentales” en el sentido de que el sistema de derechos³⁶ se funda en aquellos, desplegándose en una forma complementaria y subordinada a la previa del deber, esto es, relativa a aquellos o aquello hacia lo que cada uno está obligado. En los párrafos iniciales de *L'Enracinement*³⁷, Simone Weil expresa:

“La noción de deber prevalece sobre la de derecho, que le es subordinada y relativa. Un derecho no es eficaz por sí mismo, sino únicamente por el deber a que corresponde; el cumplimiento efectivo de un derecho proviene no de quien lo posee, sino de los otros hombres que se reconocen obligados hacia él. El deber es eficaz des-

34 Recuperado en: <http://www.me.gov.ar/efeme/diaanimal/derecho>.

35 O de la violencia intraespecífica. Piénsese en el caso del “asesinato político” de Nikkie referido en n. 18 y su eventual “judicialización”.

36 Ver Bandieri, L. M. (2011). “Derechos fundamentales, ¿y deberes fundamentales?”. En *Direitos, Deveres e Garantias Fundamentais*. Coord. Salomão Leite, G.; Wolfgang Sarlet, I.; Carbonell, M. Bahía, Salvador. Ed. Jus Podium, 211-244.

37 *Collection Idées*, NRF, 1992, 1-2. El subtítulo del libro es: “Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano”. Traducido entre nosotros como *Raíces del existir* (1954). Buenos Aires. Ed. Sudamericana, por María Eugenia Valentié. Hay otras versiones castellanas más actuales. En el original, y en la traducción de Valentié, se utilizan indistintamente los términos “obligación” y “deber”, que he preferido unificar en “deber” para mantener el sentido del texto.

de que es reconocido. Un deber que no fuera reconocido por nadie no perdería nada de la plenitud de su ser. Un derecho que no es reconocido por nadie, no es gran cosa”.

Es un planteo un poco trastornante de nuestras ideas recibidas. No es “dado que tengo derechos, los otros tienen deberes”, sino “dado que tengo deberes, los otros tienen derechos”. Aquí Simone Weil está señalando al ser humano como un ser de deberes, integrado con otros en una condición de necesidad que surge de su incompletitud. El deber estructura su vida y llega a la condición de persona, jurídicamente hablando, no a través de una reivindicación de “su” derecho, sino a través de los deberes que los otros reconocen tener hacia él. Precisa nuestra autora:

“No tiene sentido decir que los hombres poseen, por una parte, derechos y por otra, deberes. Estas palabras expresan diferentes puntos de vista. Su relación es la de objeto y sujeto. Un hombre, considerado en sí mismo, sólo tiene deberes, entre los cuales se cuentan ciertos deberes para consigo mismo. Los otros, considerados desde su punto de vista, sólo tienen derechos. A su vez, tiene derechos cuando es considerado del punto de vista de los otros, que reconocen sus deberes para con él. Un hombre que estuviera solo en el universo no tendría ningún derecho, pero tendría deberes”³⁸.

Tenemos de este modo, sin exorbitación del derecho y de la ética fuera del ámbito del género humano, los fundamentos de los deberes del hombre hacia el resto de los seres animados e incluso hacia la naturaleza inanimada.

Otra vuelta de tuerca: ecología profunda

Hasta ahora hemos seguido los planteos animalistas, que pretenden extender los derechos a todos los seres vivos o, cuando menos, a ciertas especies entre ellos. Otra corriente, la de la “ecología profunda” (*deep ecology*), da un paso más allá y plantea los derechos de la naturaleza misma, tanto en sus formas animadas como inanimadas. Así como existen los derechos humanos, y como se plantean los derechos de los animales, hay que formular los derechos del planeta.

La ecología profunda “reconoce personería a la naturaleza, como titular de derechos propios, con independencia del humano”, resume Zaffaroni³⁹. Las relaciones entre animalistas y ecólogos profundos no siempre han sido cordiales. Nuestro conocido Peter Singer, por ejemplo, niega un valor intrínseco a la naturaleza inanimada, lo que levanta objeciones en el bando contrario. Michel Serres, pensador francés contemporáneo, propone un “contrato natural”, con una redefinición del objeto y del sujeto, entre la Tierra y la Humanidad, que toma de aquélla y debe devolverle⁴⁰. Serres de algún modo subjetiviza al objeto, la Tierra, que se compromete, y objetiviza al sujeto, la Humanidad global, que se convierte en parte de la cosa comprometida. Este planteo, formulado según se invoca desde la Filosofía del Derecho, ha levantado

38 *Ibidem*, ob. cit., loc. cit.

39 Zaffaroni. Ob. cit., 69.

40 Serres, M. (2007). *Regreso al contrato natural*, Homo Habitus, publicación electrónica. Recuperado en http://www.biblioteca.homohabitus.org/pdfs/palau_serrescontratonatural.pdf.

numerosas objeciones y el propio autor lo sitúa en el mundo hipotético de lo no acaecido, como el “contrato social” del que pretende tomar el relevo.

En esta línea de pensamiento, Zaffaroni⁴¹ da cuenta de la hipótesis Gaia (Gea, la Tierra, el elemento primordial), planteada por James Lovelock. “Según esta hipótesis –dice Zaffaroni–, el planeta es un ente viviente, no en el sentido de un organismo o de un animal, sino en el de un sistema que se autorregula”. Somos parte de Gaia y nuestra actitud depredadora altera sus equilibrios autorreguladores. Continúa nuestro autor: “[...] de la *hipótesis Gaia* se deriva una ética hacia Gaia [...] configura un nuevo paradigma [...] pues implica reconocer los derechos de todos los otros entes que componen con nosotros la tierra y reconocerles –al menos– su derecho a la existencia y al pacífico desarrollo de sus vidas [...] en tanto formamos parte de un *continuo* de la vida, e incluso a la materia inerte, que no es tan inerte como parece”⁴². Un resumen de la postura puede encontrarse en esta cita de Leonardo Boff que trae Zaffaroni: “[...] nosotros no vivimos sobre la Tierra. Nosotros somos Tierra (*adamah-adam, humus-homo-homem*), parte de la Tierra”⁴³.

La ecología profunda maximaliza la tendencia ideológica del animalismo. Los animalistas pretenden borrar la diferencia entre lo humano y lo animal. Los ecologistas profundos pretenden borrar la diferencia entre lo viviente y lo no viviente. Se postula la abolición de lo humano, dando paso a lo poshumano, transhumano, etc.⁴⁴. No es anecdótico que uno de los objetivos de la *deep ecology* sea la disminución drástica de la población mundial⁴⁵. Aquí animalistas y panecologistas coinciden y confirman la sospecha chestertoniana: cuanto más amplia y global se vuelve la pretensión ideológica, abarcando ya todo el reino animal o ya todo el planeta, más des-

41 Zaffaroni. Ob. cit., 79.

42 *Ibidem*, ob. cit., p. 84. Los destacados son del autor.

43 *Ibidem*, 88. La cita es de Boff, L. (2003). *Civilização planetária. Desafios à sociedade e ao Cristianismo*. Río de Janeiro. Sextante, 51; también (2008). *Homem: Satã ou anjo bom?* Río de Janeiro. Record, 169 y 188. *Adamá* o *adamah*, en hebreo, es “tierra”, y *adam*, nombre del primer hombre según el Antiguo Testamento, significa “hombre” [Schallman, L. (1952). *Diccionario de Hebraísmos y voces afines*. Buenos Aires. Ed. Israel].

44 El filósofo sueco Nick Bostrom, presidente de la World Transhumanist Association (WTA), ha definido el transhumanismo como “un movimiento cultural, intelectual y científico que afirma el deber moral de mejorar las capacidades físicas y cognitivas de la especie humana, y aplicar al hombre las nuevas tecnologías, a fin de que se puedan eliminar los aspectos no deseados y no necesarios de la condición humana: el padecimiento, la enfermedad, el envejecimiento e, incluso, la condición mortal”. Los artículos de Bostrom pueden seguirse en <http://www.nickbostrom.com>. Las nuevas tecnologías son las que se reúnen con los acrónimos NBIC (Nanotecnología, Biotecnología, Tecnología de la Información y Ciencia Cognitiva) y GNR (Genética, Nanotecnología y Robótica). Ray Kurzweil, director de ingeniería de Google, es uno de los principales promotores del transhumanismo. Su previsión es que hacia 2045 la inteligencia artificial superará la inteligencia humana. Las entidades poshumanas, a su juicio, reconocerán y respetarán a los seres humanos como sus ancestros. Un poshumano sería un ser (natural-artificial) superior y diferente, con unas capacidades que superarían de forma excepcional las posibilidades del hombre actual.

45 *Sustancial decrecimiento de la población*. Recuperado de http://wikipedia.org/wiki/Ecolog%ADa_profunda, consulta del 4/2/15; *Substantial decrease of the human population*. Recuperado de http://wikipedia.org/wiki/Deep_ecology, consulta del 4/2/15. El ecologista profundo Lester Embree, de la Florida Atlantic University, considera de “sentido común” que “la población humana sea reducida en varios miles de millones –by several billion” [Embree, L. (2004). “The Possibility of a Constitutive Phenomenology of the Environment”. En *Phenomenology: Critical Concepts in Philosophy*. Nueva York. Ed. Dermon Moran and Lester E. Embree, Routledge, 145].

dibujado, desprovisto e inerme queda el prójimo humano. Antiespecieístas de ambas corrientes plantean una enemistad contra la propia especie, en especial respecto de sus elementos más débiles: el nasciturus, los ancianos, enfermos terminales, discapacitados, etc.

Lo que unifica ambas grandes corrientes, animalistas y panecologistas, es tender a una eliminación de todo límite y toda diferencia, apuntando a una suerte de “sopa primordial” indiferenciada, que serviría de caos informe y primitivo para el nuevo modelaje del mundo por un demiurgo tecno-científico. La deconstrucción de lo dado según la naturaleza de las cosas, con sus límites y diferencias cualitativas, sólo dejaría el reino numérico de la cantidad con todos los indicadores puestos a cero (René Guénon lo advirtió tiempo ha⁴⁶), en una suerte de “reseteado” global. Lo que debe comprenderse es que esta destrucción de límites y diferencias es “sistemática”. En el interior de un sistema complejo y dinámico como el de nuestro mundo actual, todo está ligado entre sí, de modo reticular, e impregnado de una difusa “videología” poshumana en casi todos los aspectos de la vida colectiva donde aún se manifiestan límites y diferencias. La metafísica de la subjetividad extrema, la cultura narcisista de la expansión del proyecto biográfico, el deseo como fundamento y configuración de la reivindicación de “mi” derecho, el utilitarismo erigido en criterio moral, el relativismo pronunciado como absoluto, el costo/beneficio como única racionalidad posible, la conectividad virtual como sustituto del vínculo social, lo desechable y lo efímero como única permanencia, etc., forman parte de nuestro sistema posmoderno donde el individuo es la medida de evaluación universal. Ninguna diferencia puede subsistir, ningún límite puede quedar en pie: la perspectiva de género disuelve o neutraliza la diferencia entre los sexos; el antiespecieísmo la diferencia entre la especie humana y las otras especies; la panecología la diferencia entre lo viviente y lo no viviente; la globalización financiera allana las economías nacionales y regionales para concentrarlas en la cobertura con nuevos adeudos de los servicios de deudas impagables en el principal; la biopolítica destituye la finalidad de la política en el bien común y la vida buena de cada comunidad, para reducirla a una gobernanza tecnocrática sobre la especie. ¿Y el derecho? Permitámonos aquí un *excursus*.

El derecho biodegradable

El derecho, por su propia naturaleza, fija límites y establece diferencias. El campo de lo jurídico, para usar la metáfora tan apropiada de Zygmunt Bauman, pertenece al universo de lo sólido y se corrompe y desnaturaliza cuando desde su interior se procede a licuar los límites y fluidificar las diferencias. Por eso corresponde llamar “jurisclastas” a los afanosos en tal empeño. En el derecho se busca la concreción de lo justo para el caso, lo que significa distinguir entre lo suyo y lo no suyo de cada uno, para lo que se cuenta con la distinción y límite de lo permitido y lo no permitido que resultan de la norma. Recordemos que “norma”, en latín, nos

⁴⁶ Guénon, R. (1945). *Le Règne de la Quantité et les Signes des Temps*. París. Gallimard. Hay versión castellana (1976). *El Reino de la Cantidad y los Signos de los Tiempos*. Madrid. Ed. Ayuso.

remite a la escuadra del albañil o carpintero, un instrumento de medida que permite instituir (poner y mantener en pie) por medio del trazo recto *–directum*. El derecho cobija así una necesidad humana, y hasta de todo ser viviente, ya que la fluidez, el estado líquido y hasta gaseoso no permiten definir la identidad del ser vivo, que busca escapar a la disolución, la fugacidad y el caos por medio de la afirmación de una cierta permanencia y fijeza. Cada uno tiene necesidad de saber quién es: hombre o mujer, adulto o niño, padre o hijo. La indiferenciación generalizada destruye la obra del derecho. Para esa obra, el derecho ha contado con la noción de persona, tal como hemos visto, ya que en ella se expresa el carácter relacional de lo jurídico, porque la persona no puede concebirse nunca sola, sino en relación con otras.

Por otra parte, aunque toda relación social es portadora de derecho, lo jurídico, en su concreción, siempre es *tópico*, esto es, se concreta desde un *topos*, un lugar, una cultura. El derecho u-tópico –como la política u-tópica– conduce al desastre. La precaución frente al peligro de lo u-tópico no significa renuncia al ideal, que es cosa distinta: los ideales pertenecen a nuestra naturaleza, ya que resultan del humano deseo de perfeccionar la morada; en cambio, lo utópico es lo que no tiene lugar de realización. Lugar y espacio son cosas diferentes. Los espacios son homogéneos, indiferenciados e intercambiables: un aeropuerto es un espacio, un no-lugar. Los lugares, por el contrario, están incardinados en una cultura. Lugar, lar y hogar resultan vocablos unidos desde el origen. El derecho, como “tópico”, necesita un lugar; en cambio, por ejemplo, el “espacio jurídico global” uniforme y uniformizador, con tribunales de jurisdicción globalizada cortados según el mismo molde, es una regulación que pretende, metafóricamente hablando, reducir la complejidad del mundo a la forzada simplificación de un aeropuerto.

“Global” se refiere a una generalidad indefinidamente extensible y el sustantivo “globalización” designa la operación por medio de la cual esta extensión ilimitada se realiza hasta saturar toda realidad que caiga en su dominio. El antiespecieísmo, que borra la diferencia entre lo humano y lo animal, y el panecologismo que diluye la frontera entre lo viviente y lo inanimado, resultan modalidades extremas de la globalización sistemática, en donde el derecho, conformado por límites, diferencias y distingos, se vuelve materia biodegradable, como ejemplifica el fallo comentado al principio.

Invocando a la Pachamama

Según Zaffaroni, las posiciones que venimos de reseñar, cuya orientación general comparte, están sin embargo afectadas, como provenientes del “mundo central”, de los poderosos del planeta, por un gran “caos ideológico” y viciadas por una sustancial hipocresía, ya que aquellos “impulsan la depredación económica o, al menos, no hacen mucho por contenerla”⁴⁷.

El caos ideológico resulta de que el surgimiento en los países centrales tanto del antiespecieísmo como del panecologismo convive con una más fuerte impronta ideológica, humanista y antropocéntrica, según la cual el hombre, único ser racional,

⁴⁷ Ob. cit., 97.

está destinado a dominar a la naturaleza, poniéndola a su servicio. Razón, progreso indefinido y dominación sobre las periferias colonizables se conjugan en este esquema. Dominio ejercido especialmente por los europeos, incurriendo de paso en la depredación que altera los equilibrios de Gaia.

El caos ideológico del centro, en el quedan sumergidos tanto el antiespecieísmo como la panecología, debe ser remediado –según nuestro autor– con un llamado al orden pronunciado desde la periferia. “En medio de este caos, el constitucionalismo andino tomó la palabra”⁴⁸.

Zaffaroni cita dos textos constitucionales: la constitución ecuatoriana de Montecristi⁴⁹ y la constitución boliviana de 2009. En el preámbulo de la primera se asienta: “[...] celebrando a la naturaleza, la Pachamama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia”, se decide construir “una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”. En el capítulo VII se reconoce a la naturaleza como titular de derechos. En cuanto a la Constitución boliviana, en su preámbulo se afirma: “[...] cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia”. En ambas constituciones, dice Zaffaroni, “[...] la Tierra asume la condición de sujeto de derechos”⁵⁰ y cualquiera puede reclamar por esos derechos. Agrega que “la invocación de la Pachamama va acompañada de la exigencia de su respeto, que se traduce en la regla básica ética del *sumak kawsay*, que es una expresión quechua que significa *pleno vivir* y cuyo contenido no es otra cosa que la ética –no la moral individual– que debe regir la acción del Estado y conforme a la que también deben relacionarse las personas entre sí y en especial con la naturaleza”⁵¹. “De este modo –señala Zaffaroni–, Gaia entre nosotros se llama Pachamama”⁵², llegándonos a través de una cultura ancestral y, en este momento, constitucionalizada. Veamos algunas precisiones que respecto de la Pachamama nos da nuestro autor:

- “Es una deidad protectora [...] cuyo nombre [...] significa *Tierra*, en el sentido de *mundo*”.
- “Es la que todo lo da, pero como permanecemos en su interior como parte de ella, también exige reciprocidad”.
- “*Pacha* [...] es todo el cosmos y también es todo el tiempo [...] *Pacha* y su *espíritu* son uno solo aunque todos participamos de su espíritu”.
- “No nos parece difícil sostener que la *Pachamama* sea un arquetipo conforme al pensamiento de Jung, quien expresamente se refirió a la *Gran Madre* en un sentido tan amplio y tan abarcativo como *Gaia*”⁵³.

48 Ob. cit., 108. Para contextualizar mejor, recordemos que la base de la obra es la *Lectio* con que recibió el doctorado honoris causa en la Universidad Andina Simón Bolívar de Quito, en septiembre de 2010.

49 Por la ciudad donde se reunió la asamblea constituyente, famosa además por sus sombreros de paja toquilla o sombreros Panamá.

50 Ob. cit., 111.

51 Ob. cit., loc. cit.

52 Ob. cit., 113.

53 Ob. cit., 117, 118, 119, 121. Los destacados son del autor.

Finaliza Zaffaroni: “[...] la ecología constitucional, lejos de negar la dignidad humana, la recupera de su camino perdido por el afán de dominación y acumulación indefinida de cosas”, siendo estos dos últimos empeños, nacidos en el “centro”, los que nos han conducido a la depredación ambiental del presente.

El trabajo zaffaroniano se cierra con propuestas. La principal es la de una acción popular en defensa de entes naturales no humanos, para cuya legitimación no sería necesaria la condición de damnificado. Siendo la naturaleza sujeto de derechos, cuando se la ataca ilegítimamente se convierte en tercero agredido, habilitándose así la legítima defensa en su favor, por todos los medios de lucha no violentos. Los jueces tendrán que ir perfeccionando respuestas a cuestiones como: “¿tienen los ríos el derecho a conservar sus cauces o pueden ser desviados?, ¿tienen las montañas el derecho a preservar sus laderas o pueden ser lesionadas [...]?, ¿hasta qué límites se la puede horadar?”⁵⁴. Dejando a la judicatura el fardo de tal tarea, además de las que ya ha cargado la posmodernidad en sus alforjas –atribuir el sexo⁵⁵, distribuir la maternidad⁵⁶, establecer la “verdad histórica” sobre conflictos pasados y remotos⁵⁷, etc.–, se cierra la obra zaffaroniana.

Precisiones y rectificaciones

Todo pensamiento está situado. Pensamos al mundo, a nosotros mismos y al derecho, desde nuestra ecuación personal dentro de una ecúmene cultural. Nuestra ecúmene cultural es la iberoamericana, plural a su vez, que algunos llaman “románica”, porque hablamos principalmente dos lenguas romances, el portugués y el español. Desde aquí pensamos y procuramos la verdad, sabiendo –además– que no existen los universales culturales: existen algunas invariantes humanas, que sólo pueden entenderse desde las diversas ecúmenes culturales, en sus propias impos-

54 Ob. cit., 141-143.

55 Como en el caso del escocés Norrie May-Welby, residente en Australia, que fue reconocido como sujeto neutro en cuanto al sexo. Nacido como varón, por medio de una operación quirúrgica adoptó el sexo femenino, pero no encontrándose tampoco a gusto en este último, obtuvo el reconocimiento anotado (ver wikipedia.org/wiki/norrie_may-welby).

56 Como en el caso, ocurrido en Buenos Aires, de una pareja de mujeres que, con la finalidad de afianzar más aún su relación, sienten la necesidad de tener un hijo y, siendo esto biológicamente imposible mediante cualquier método natural, recurren a que una integrante de la pareja realice un tratamiento de fertilización extracorpórea, en el que se utiliza el esperma de un donante anónimo para fecundar un óvulo de la otra componente, implantándose luego el embrión en el útero de la primera, siendo de esa manera madres las dos. El reclamo planteado fue para que la obra social de ambas reconociera la obligación de cobertura del tratamiento de fertilización asistida. El Código Civil de Québec, que consagró la homoparentalidad femenina, atribuye dos madres a los hijos concebidos con “el aporte de fuerzas genéticas ajenas”. El mismo Código aclara que, en caso necesario, de las dos madres será homologada al padre aquella que no dio a luz al niño.

57 El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, por ejemplo, en varios casos no se limitó a juzgar conductas, sino que estableció sin apelación la verdad respecto de hechos históricos, incluso ocurridos en el siglo XVI, que determinaron la conciencia identitaria de los pueblos croata, serbio, bosnio, etc. y que tienen una diversa interpretación para cada uno de ellos. Ver Cavoski, K. (2005). “Juger l’Histoire”. E *Krisis*. París. Février.

taciones y modulaciones. En todo caso, no hay una verdad de los “centros” y otra de las “periferias”⁵⁸.

Estas cuestiones han sido mistificadas en la globalización sistemática que presenta la occidentalidad posmoderna. Allí se postula la “multiculturalidad”. Que las culturas se manifiestan en plural es un hecho de observación. La multiculturalidad consiste en meter todas las culturas, con sus consiguientes diversidades, en una ensaladera y mezclarlas con los ingredientes de lo “políticamente correcto” para sacar de allí un condumio único, y monocolor, cuyo consumo se impone, ya que la única manera de aceptar ese bocado es por vía de la imposición.

Las reacciones frente a tal reduccionismo se dan, entre otros caminos, por reivindicaciones identitarias, entre las que podrían inscribirse las búsquedas del constitucionalismo ecuatoriano o boliviano. Un rastreo que remite a sus mitos, sus sueños originarios, en los que a través de un sistema de símbolos los pueblos prehispánicos del espinazo andino se interpretaron a sí mismos y al acontecer del mundo. Como en distintas advocaciones ocurrió en los momentos originarios de las culturas, la referencia es a las grandes diosas madres, unidas al nacimiento, al abrigo, la ternura, el alimento, la fecundidad: la tierra es una madre y la madre es una tierra. Allí está la Pachamama, que es el mundo, es la naturaleza, y de la que todos seríamos parte.

Resta saber el concreto sentido y alcance de tales invocaciones preambulares⁵⁹. Ateniéndonos a la acepción de fundamento y fuente operativa de derechos que le asigna Zaffaroni, aceptaremos que cabe interpretarlas especialmente en el último sentido referido.

Aquí surgen algunas dificultades. Resulta la formulación de una especie de panteísmo natural, en donde el mundo está en la Pachamama, y nosotros en ella, en una unidad viviente y activa. Se presenta como un Ser que no admite plural, que no deja lugar alguno a los seres. No hay personas, porque el Ser (la Pachamama así entendida) puede concebirse solo, pero la persona es un concepto relacional: la persona no puede estar sola. Hay que entender, como dice el pensador peruano, Gustavo Flores Quelopana, que “en el despotismo de la teocracia inca, que se asemeja al chino o egipcio, no existía la idea de *civitas* o de dignidad de la persona humana que alumbró con la cultura grecorromana. El prehispánico [...] deduce la esencia del hombre de la esencia de universo [...] el prehispánico no es un sujeto sino un colaborador cósmico”⁶⁰. Esta desaparición del sujeto personal en una sustancia única y totalizante lleva al mismo resultado que el afán de dominio del “centro” que el propio

58 “¿Tu verdad? No, la Verdad/Y ven conmigo a buscarla”, dice la copla de Antonio Machado. Pero Nicolás Gómez Dávila advierte sobre las dificultades: “[...] las verdades convergen todas hacia una sola verdad –pero las rutas han sido cortadas”. En Gómez Dávila, N. (2003). *Notas*. Bogotá. Villegas editores, 216.

59 Entre nosotros, son minoritarios los autores que han reconocido en el preámbulo constitucional un “contenido y valor normativo” (Bidart Campos). En el caso “Nordensthol”, de 1985 (*Fallos*: 307:326), donde se declaró la inconstitucionalidad de normas de emergencia, la Corte Suprema sostuvo que el preámbulo encerraba pautas normativas respecto del alcance de derechos fundamentales. Schmitt, C. (1982). *Teoría de la Constitución*. Madrid. Alianza ed., 48-49, manifiesta que los preámbulos son más que leyes: decisiones políticas constituyentes que forman el supuesto básico para todas las ulteriores normaciones.

60 Flores Quelopana, G. *Hermenéutica del ser peruano*. Recuperado de <http://www.librosperuanos.com/autores/articulo/00000000479/hermeneutica-del-ser-peruano.htm>.

Zaffaroni ha criticado unas páginas antes: “[...] el *subjectum* es empujado hacia abajo [...] yace abajo porque fue volteado, aplastado, empujado, lanzado hacia abajo”⁶¹, lo que afirma el señorío, la distancia y la ajenidad del *dominus* sobre el dominado. Aplastamiento en un caso, reducción a innominado peón cósmico en otro: no demasiada diferencia entre “centro” y “periferia”.

La Conquista significó el arrollamiento de aquel horizonte mítico ante la racionalidad conceptual traída de allende el mar. América existía antes de la llegada de Colón, pero es partir de allí que lo mítico autóctono se convierte en óntico y lo óntico en ontológico, y se produce la “invención” de América, según describiera con acierto el mexicano Edmundo O’Gorman⁶². Los pueblos americanos no pueden ni renunciar a su acervo occidental ni renegar de su pasado indígena⁶³. Tan obvio como lo anterior es que se carece ya de la inocencia necesaria para retomar relatos míticos fundadores y fijarse una puesta a cero de la historia, reinventándose como primitivos para recomenzar sin la noción de sujeto y de persona.

Lo curioso es que este retorno a lo arcaico se presenta contradictoriamente mezclado con los rasgos del nihilismo posmoderno, esto es, la disolución de todos los valores, la deshistorización y deslocalización de la existencia, privada de significados, en un presente continuo sobre un espacio global. En el campo de lo jurídico, se manifiesta con la ideología imperante acerca de los derechos humanos, donde el derecho subjetivo se entiende como facultad ilimitada de todo ejemplar de la especie, por el solo hecho de ser tal, a desprenderse de cualquier elemento relacional –a partir del cual se edifica propiamente el derecho–, a romper todo vínculo, a negar toda pertenencia, a librarse de toda relación durable y perenne con los suyos, y convertirse en un individuo soberano y narcisista que debe desenvolver al máximo su proyecto biográfico, convirtiendo su deseo en realidad, porque cree en la realidad de sus deseos en cuanto se enuncian como “su” derecho. Así se produce, ahora desde la posmodernidad, el escamoteo del sujeto de derecho, desvestido de un pasado, unos orígenes, unos vínculos, una tierra y una historia, para volverlo líquido, fluido, móvil, indefinido, ahora “sujeto de derechos” cosmopolíticos. Rige allí el maximalismo subjetivista del derecho a tener derechos con abstracción del derecho.

“Laudate si’, mi Signore, per *sora nostra madre terra/la quale* ne sustenta et governa”, dice el maravilloso “Cántico de las Criaturas”, de Francisco de Asís: “[...] la *hermana madre tierra*, que nos sustenta y gobierna”. “La naturaleza es una hermana, y hasta una hermana menor: una hermanita algo bailarina, digna de risas y amores”, glosa el pasaje Chesterton⁶⁴. Quizás allí se encuentre el camino medio

61 Ob. cit., 101.

62 O’Gorman, E. (1958). *La invención de América –el universalismo de la cultura de Occidente*. México. FCE.

63 Garcilaso de la Vega, el Inca, tradujo del italiano al castellano los *Tres Diálogos del Amor*, de León Hebreo y, en ese texto neoplatónico, creyó encontrar la explicación de la tragedia del pueblo y de la cultura de su madre, princesa del Incario, tras la conquista española. Imaginó una unión del Nuevo y del Viejo Mundo por medio del poder reconciliador del amor, fuerza cósmica universal. Un mestizo buscó en Platón, a través de Judá Abrabanel, llamado León Hebreo, judío español que escribía en italiano, la cifra de su tierra y de su origen: esta mixtura extraña y sugerente es nuestra América.

64 Chesterton, G. K. (1917). *Ortodoxia*. Madrid. Casa Editorial Calleja, 220.

entre los dos extremos arriba señalados, entre una Gea devoradora y un Narciso desmoronado.

Algo sobre *sumak kawsay*. Su significado es “buen vivir” (Constitución de Montecristi), “vivir bien” (Constitución de Bolivia)⁶⁵. No estoy en condiciones de discutir si se trata de una expresión de la tradición lingüística quechua o de un eslogan de creación reciente⁶⁶. Por cierto que evoca el *eu zen*, la vida buena y la *eudaimonía* que aparecen en el pensamiento griego, transmitido por Platón y Aristóteles. No es éste el lugar para desarrollar estos amplísimos y muy trabajados conceptos. Quizás la traducción habitual de “eudaimonía” por “felicidad” no rinde su sentido, ya que “feliz” resulta hoy un término trillado que apunta hacia un “pasarla bien” hedonista. Un *eudaimón* en el sentido platónico es alguien que está bien con relación a su daimón, que podríamos verter como “conciencia”. Un bienestar derivado del equilibrio del alma, unido a la virtud, a la *areté*, esto es, la excelencia o competencia en lo que nos toca hacer en la vida. De ningún modo una cuestión individual, porque la realización de la vida buena sólo se alcanza en la *polis*. De allí lo terriblemente reductivo de la biopolítica y la necesidad de reivindicar la “vida buena” en sus distintas modulaciones.

Apenas repasadas estas nociones muestran su parentesco con el *sumak kawsay*, sin que se trate de establecer preclusiones sino correlaciones. Un florecimiento humano que implica deberes para con nosotros, para con los otros y para con el mundo que nos rodea. Una consideración acerca del nivel de importancia que debe contar para nosotros respecto del ser, el tener, el hacer y el sentir. No estamos tan lejos en los Andes o en las pampas de las conversaciones griegas o romanas (*beatitudo, fortuna*). La cuestión de la vida buena no sólo es una cuestión ética, sino una constante de la preocupación filosófica, jurídica y política⁶⁷.

Memoria y balance

- Partimos de una sentencia que nada resuelve, carece de fundamento e insta la continuidad de una causa en un ámbito fuera de su jurisdicción. Pero que, con el brazo armado del derecho, y desde una función oracular, formula una

65 El Diccionario Kichwa-Castellano publicado por el Ministerio de Educación de Ecuador en 2009 (recuperado de <http://es.scribid.com/doc/109090661/Diccionario-Kichwa-Castellano#scribid>) define “*sumak*: bello bonito, lindo, precioso, distinguido” y “*kawsay*: vida”. En aimara la expresión equivalente es *sumak qamaña*.

66 La filóloga Iliana Almeida (recuperado de <http://es.slideshare.net/ecuadordemocratico/sumakkawsay-por-iliana-almeida>) señala que el lingüista quichua, Fabián Potosí, no logró encontrar el concepto en el diccionario de González de Holguín, que se considera la mayor recopilación de dicha lengua. Agrega que algunos vocablos semejantes podrían aludir al anhelo de corrección de la injusticias surgidas con el Incario. Breton Zolo de Zaldívar, V. (2013). *Etnicidad, desarrollo, 'buena vida' - Reflexiones críticas en perspectiva histórica*. Universitat de Lleida y FLACSO Ecuador, N° 95, 71/95. Recuperado de www.erlacs.org; http://www.cedla.uva.nl/50_publications/pdf/revista/95, habla de una “tradición inventada”, “suerte de retórica que ha servido para construir una imagen esencializada y estática de las culturas andino-amazónicas”. Y cita a un autor “pachamamista”, Atawallpa Oviedo, para el que el lema es “una mezcla o ‘champús’ como la que gusta actualmente a la posmodernidad para hacer un ‘mejunje’ de todo un poco [...] una combinación de buen vivir platónico con ciertos postulados cristianos y humanistas, algunos conceptos de los paradigmas ecologistas [...] consumando el irrespeto a la sabia y milenaria tradición andina”.

67 Ver, p. ej., Wolf, U. (2002). *La Filosofía y la Cuestión de la Vida Buena*. Madrid. Síntesis.

declaración abstracta que abre la puerta a la deconstrucción de los fundamentos de lo jurídico. Es buena tarea, pues, deconstruir intelectualmente a los deconstructores.

- Conceder derechos a los animales, en nombre del antiespecieísmo, y a lo inanimado, en nombre del panecologismo, allanando las diferencias entre lo humano y lo animal y entre lo viviente y lo no viviente, significa la disolución de la persona como sujeto de derecho en el proceso de globalización sistemática donde el único rasgo diferencial es lo numérico y el objeto de cualquier obrar la especie en su conjunto.
- El derecho, que supone la solidez de lugar, límites, diferencias, se fluidifica y se torna biodegradable tanto por el flanco de la indiferenciación universal señalada, como por la maximalización subjetivista de los derechos humanos asentados sobre el deseo, que diluye la posibilidad de concreción de lo político y lo jurídico, privándose así a dos bandas a la persona de su máxima garantía: el derecho como sitio de puesta en práctica de lo justo.
- Hay que cambiar el punto de partida y entender a la persona como sujeto de deberes hacia sí mismo, hacia los otros, hacia los animales y hacia lo inanimado, reconstruyendo su lugar en la sociedad y en la naturaleza.
- La búsqueda de la “vida buena”, en las distintas impostaciones y modulaciones culturales en que tradicionalmente se ha planteado, es la respuesta adecuada a la imposición presente sobre la nuda vida.

LA ESTRUCTURA DEL ORDEN MORAL
UNA INTRODUCCIÓN A LA ÉTICA DE CUÑO ARISTOTÉLICO-TOMISTA
The Structure of the Moral Order.
An Introduction on Aristotelian-thomistic Ethics

Félix A. Lamas*

Resumen: El texto realiza un análisis sobre el orden moral en su objeto material (la conducta humana) y el objeto formal (el bien o la perfección). Se detiene en la experiencia moral planteando los problemas, las dudas y las dificultades tales como la naturaleza humana, el fin natural, la libertad, las pasiones, la necesidad de indignancia y la deontica, entre otros. Luego estudia el esquema de la estructura del orden moral en el orden moral vivido, disposicional, subjetivo, normativo y de fines. Estas dimensiones se integran a través de la causalidad final.

Palabras claves: Orden moral - Aristóteles - Santo Tomás - Causalidad - Praxis - Bien - Experiencia moral.

Abstract: The text makes an analysis on the moral order in your subject material (human behavior) and the formal object (the good or perfection). It stops at raising moral experience problems, doubts and difficulties such as human nature, the natural order, freedom, passion, the need for poverty and deontic, among others. Then study the outline of the structure of the moral order in a subjective, normative and moral purposes lived, dispositional. These dimensions are integrated through the final causality.

Key-words: Moral Order - Aristotle - St. Thomas - Causality - Praxis - Good - Moral Experience.

* Profesor Titular ordinario en Filosofía del Derecho en la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires" y Director del Seminario de Filosofía y Teología orientadas al Derecho del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la misma Facultad.

I. Segregación empírica del objeto material de la ética

1. Introducción

Con la expresión ἡ περὶ τὰ ἀνθρώπεια φιλοσοφία (“la filosofía de las cosas humanas”; “circa humana philosophia”, en la versión latina de *Moerbeke*) designa *Aristóteles* lo que *Santo Tomás de Aquino* llamará “Filosofía Moral”, otros “Filosofía Práctica” y en nuestros días simplemente “Ética”. Usaré esta última expresión por comodidad, advirtiendo que con ella me refiero a la Ciencia del Orden Moral, que tiene por objeto material todo el ámbito de la conducta humana (la “praxis”), y por objeto formal, el orden al bien o perfección humana. En este sentido, la Ética, como bien lo entiende el *Aquinate* en su *Comentario a la Ética Nicomaquea*, se trata de una ciencia genérica, que tiene tres especies: la Ética monástica (o del hombre individual), la Ética Económica o social (o del hombre como miembro de la familia) y Política (dentro de esta última ciencia se inserta el Derecho)¹.

Ahora bien, una introducción a la Ética consiste en una primera aproximación y consideración de su objeto –material y formal–, pues, como es sabido, tanto para *Aristóteles* como para *Santo Tomás de Aquino*, las ciencias se especifican por el objeto.

Respecto del objeto de la Ética o Ciencia Moral, es obvio que se debe partir de la experiencia para obtener un concepto más o menos claro y preciso que sirva como principio y término medio en las demostraciones o en los razonamientos; ella es condición, además, para que el pensamiento humano tenga arraigo en la realidad. Esto es común a todas las ciencias según el método de *Aristóteles*; pero aquí se plantea una dificultad, porque el objeto de la Ética no es algo natural como puede ser un animal, una planta, el agua o el dinamismo de las cosas del mundo físico, que de alguna manera se recortan por sí mismos dentro del contexto real que constituye el campo perceptivo del hombre. El objeto de la Ética es algo relativo al hombre y que emana de él, pero no es el hombre mismo inmediatamente; ni es algo que *es* definitivamente, sino más bien que *se hace* o que *se obra*. De ahí que la determinación del objeto resulta más problemática que en el caso de otras ciencias.

La experiencia, pues, tiene como primera función metodológica el señalamiento del objeto y una aproximación realista al mismo. Esto es lo que se llama aquí “segregación del objeto material de la Ética a partir de la experiencia moral”. Se presupone que hay una experiencia moral y que la misma, mediante una reflexión metódica, es idónea para separar o distinguir el objeto de la Ciencia Moral del resto del campo de la experiencia humana.

Es necesario también revisar algunas conclusiones acerca de la experiencia. No sólo debe precisarse qué se entiende por experiencia sino ver, aunque sea muy someramente, el alcance de la experiencia en general y, concretamente, qué posibilidades tiene una experiencia tan peculiar como la que llamamos “experiencia moral”. ¿Por qué esto? En primer lugar, porque en el mundo moderno y contemporáneo el concepto de experiencia entra en controversia o en discusión, quizás a partir de la figura medieval de *Roger Bacon*, pero sobre todo a partir de *Locke*, *Hume* y *Kant*. En

1 Cf. *In ethicorum*, proemio, Lectio I, nn. 1-6.

esta época, por lo menos hasta la aparición de *Franz Brentano*, parece prevalecer la alternativa según la cual la experiencia queda reducida a una experiencia sensible, como en el caso de *Hume*, o a una experiencia de tipo idealista, como en el caso de *Kant*, *Hegel* y sus epígonos respectivos.

2. El concepto de experiencia

Si bien no es posible ahora desarrollar el tema de la experiencia, conviene al menos apuntar aquí algunas tesis que recapitulan una doctrina acerca de la misma².

1°. La experiencia es el primer contacto intencional³ del hombre con la realidad. Ella se identifica con el aparecer de la realidad (al hombre) en su concreción fenoménica y, de tal modo, certifica la realidad de todo conocimiento posterior originado o fundado en ella. Esto implica la adopción de un método realista o, para decirlo con una expresión más fuerte, la adopción del realismo como método.

2°. La experiencia, como acto de conocimiento o percepción, en general, pone de manifiesto la continuidad de las funciones perceptivas y cognoscitivas del hombre. Desde la sensación (sentidos externos) hasta la intelección, sin perjuicio de la heterogeneidad de las funciones y facultades, hay una unidad y contigüidad que se explica por la doctrina de la participación. El fenómeno, pues, no es un dato *clauso* de una conciencia sensible, sino tan sólo un momento provisorio –un signo– de la captación de la verdad del ser.

3°. Como hábito, la experiencia explica la estabilidad del conocimiento sensible mediante una estructura –el esquema– que es ministro de la inteligencia en la unificación, configuración y significación del objeto. Da cuenta, además, de la posibilidad de la subsunción del esquema perceptivo o empírico bajo el hábito de la ciencia y demás virtudes intelectuales y morales.

4°. La experiencia permite acceder en forma inmediata al valor concreto del objeto y a su identidad individual (sensibles *per accidens*); de la misma manera, alcanza a determinar ciertos vínculos reales (causalidad), todo lo cual significa una preparación material adecuada para la abstracción e inducción de las ciencias que tengan por objeto el valor, la sustancia y la causalidad.

5°. Existe, además de una experiencia especulativa, y fundada en ésta, una experiencia práctica en sentido estricto, entendida como conocimiento inmediato y directivo del obrar y de la necesidad (normativa) de éste.

6°. La experiencia humana originaria es la experiencia externa, que tiene por objeto *directo* los fenómenos mundanales materiales (sensibles *per se* y *per accidens*), noética y ónticamente anteriores a todo contenido de conciencia; a esto cabe designar como *primo-intencionalidad* de la experiencia externa. La experiencia

2 Las tesis formuladas en el texto están extraídas, con alguna pequeña modificación, de mi obra (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, 279-281.

3 La palabra “intencional” está usada en el sentido escolástico-medieval, reeditado por *Brentano*, como “aquello cuya esencia o forma consiste en estar referido al objeto”.

interna es la reflexión sobre los propios actos del hombre –objetivados, es decir, convertidos en objeto directo precisamente por la reflexión que sobre ellos efectúa la inteligencia– y en la cual los objetos fenoménicos de la anterior experiencia externa pasan a ser objetos *oblicuos*; a esto cabe designar como *secundo-intencionalidad* de la experiencia interna. La experiencia interna, como percepción, se identifica con la conciencia actual. La experiencia interna práctico-moral es, pues, lo mismo que la conciencia moral.

7°. Quede claro que la experiencia no se reduce a lo sensible, aunque esto constituya su objeto primario. Por el contrario, ella alcanza a lo espiritual en sus manifestaciones concretas, sea los actos propios del sujeto, sea “tangencialmente” (sensibles *per accidens*) la significación espiritual de los actos u obras ajenas.

8°. Consiguientemente, mediante la experiencia el hombre puede alcanzar la significación concreta no sólo de su propia conducta sino aún de la conducta exterior ajena, y la de los valores, fines, normas y relaciones concretas que en ella, de una u otra manera, se verifican.

9°. Por su carácter noéticamente originario, la experiencia es necesaria para la constitución de todos los saberes, en desigual medida, en particular de las Ciencias Morales; ella está exigida en la inducción de los principios comunes y propios, en la inducción de los principios secundarios y en la verificación de la realidad de sus objetos.

10°. Cabe resaltar, en especial, la función de la experiencia como parte de la prudencia, y como constitutiva de la premisa menor del silogismo respectivo.

11°. Finalmente, debe señalarse la radical insuficiencia e imperfección de la experiencia, y su necesaria ordenación al saber como a su perfección propia.

3. Los fenómenos morales

3.1. Semántica y referencia de las palabras “Ética” y “moral”

Como se ha dicho, el objeto de la Ética no es un objeto natural ya constituido antes del obrar humano. A diferencia de lo que pasa con las Ciencias Naturales, el objeto moral, de alguna manera, está constituido por el hombre mismo. No sólo es algo, como ya se dijo, relativo al hombre, sino que es algo realizado por el hombre, que en su existencia depende de la vida humana.

Ahora bien, como el campo de la experiencia y de la vida humana es sumamente amplio, para segregar un sector o un aspecto se debe utilizar algún método. Y este primer momento metodológico está constituido por el análisis del lenguaje. El lenguaje, en efecto, es en sí mismo una manifestación de experiencia, una forma de experiencia, en cuanto es experiencia social condensada. Cada palabra incluye o implica una determinada experiencia del mundo, de la vida del hombre, etc. Incluso, y más allá de los términos, todo el lenguaje en su conjunto, con sus estructuras morfológicas y sintácticas, es vehículo de experiencia. Pero por ahora, hemos de limitarnos a tomar como punto de partida las palabras “ética” y “moral”, por su atinencia semántica con el objeto de esta ciencia.

Debe tenerse presente, por lo pronto, que la palabra “ética” es de origen griego, mientras que la palabra “moral” es de origen latino. Esto, de suyo, parece constituir

un indicio de que podría existir alguna diferencia de significación y referencia entre ellas.

La palabra “ética” proviene de dos fonemas griegos que suelen ser transcritos en caracteres latinos en forma idéntica: “*ethos*”. Se trata de dos palabras diferentes pero que guardan una relación etimológica, semántica y referencial estrecha. “Ética” es un nominativo neutro plural, que en principio quiere decir –según el sentido de un neutro plural griego– “las cosas éticas”, que son las cosas relativas al “*ethos*”. “Ética” es pues una sustantivación de un adjetivo. Lo que tenemos que averiguar, en consecuencia, es qué significa “*ethos*”.

Ya se ha advertido que hay dos vocablos griegos que pueden transcribirse en forma idéntica en caracteres latinos. Uno de ellos es *éthos* (con *épsilon*, que es una “e” corta), el otro es *éethos* (con *eta*, es decir, con “e” larga). La etimología de ambas palabras es la misma. *Éthos* (con *épsilon*) significa principalmente costumbre, conducta habitual. *Eéthos* (con *eta*, o “e” larga) significa también costumbre pero, sobre todo a partir de *Aristóteles*, significa el conjunto de las disposiciones y hábitos humanos. Se hace referencia en este contexto a las disposiciones más o menos permanentes del hombre en orden a ciertos actos y conductas y a sus objetos respectivos (recuérdese que tanto para el *Estagirita* como para el *Aquinata* el hábito se especifica por el acto, y el acto se especifica por el objeto; reductivamente, pues, el hábito y las disposiciones en general se especifican por el objeto). Virtudes y vicios, por ejemplo, son hábitos o disposiciones, que inclinan al hombre a ciertas conductas relativas a ciertos objetos. El *eéthos*, para *Aristóteles*, pues, es lo que hoy suele denominarse *carácter moral*.

El hecho de que estas dos palabras tengan la misma etimología parece indicar que originariamente fueron una sola palabra, que significaba conducta habitual, conducta reiterada, costumbre. Sin embargo, los dos vocablos se fueron distinguiendo en la medida en que uno ponía el acento en los actos mismos habituales, es decir, lo que se llama *costumbre* y otro ponía el acento en la estructura disposicional. Hasta aquí las palabras que usaba *Aristóteles*.

El vocablo latino correlativo es quizás menos rico, en cuanto tiene menos precisión (pues no menta originalmente el carácter); pero igualmente abarca un ámbito muy grande de la experiencia. “Moral” deriva de *mos-moris*, que designa las conductas habituales, las conductas que constituyen costumbre. En cuanto llegó a designar o calificar el carácter, parece que tuvo en su origen un sentido más bien peyorativo, algo así como “mala gana”⁴. Pero, como contrapartida, tiene en el pensamiento clásico romano un fuerte matiz normativo, asociado a la idea de patria o costumbre de los mayores. Las costumbres patrias o de los mayores constituían reglas obligatorias de conducta. De tal manera, para el romano la palabra *moral* como adjetivo indicaba el conjunto de aquellas conductas que de alguna manera se vinculaban con las costumbres y con las reglas de una buena conducta. Repárese en que el sentido de *mos* no era el de costumbre en el sentido sociológico y meramente fáctico que a veces tiene en nuestra lengua. En la medida en que las costumbres eran reglas de conducta, en

4 Cf. Ernout-Meillet (1979). Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine. Paris. Klincksieck, voz correspondiente.

esa misma medida eran criterios de discriminación de valor, de lo bueno y de lo malo, de lo justo y de lo injusto, de lo conveniente y de lo inconveniente, de lo oportuno y de lo inoportuno, de lo prudente y de lo imprudente, de lo valeroso y de lo cobarde, de lo temperante o de lo intemperante, de lo amistoso o de lo inamistoso, etc.

Aunque “Ética” y “moral” puedan usarse indistintamente, hemos de preferir “Ética” para designar a la Ciencia Moral, y “moral” para nombrar, mediante una calificación, los fenómenos que constituyen nuestro objeto de estudio.

Pero también debe hacerse una alusión a la referencia de este término. La referencia no es algo esencialmente distinto de la significación o de la semántica sino que es tan sólo el concreto señalamiento de la cosa significada por la palabra. Distingo semántica y referencia como dos aspectos de la palabra⁵. El aspecto semántico alude al contenido significativo de la palabra, sobre todo en relación con el concepto respecto del cual la palabra es signo. En cambio, la referencia indica más bien la cosa significada por la palabra y por la idea. No se trata de cosas realmente distintas, porque el concepto es el signo de la cosa, sino que, en el segundo caso, más bien se pone de manifiesto la cosa real, el objeto material real; y cuando se habla de *real*, se pone implícitamente de manifiesto la existencia de la cosa. Mediante la referencia de un término, pues, puede aludirse de alguna manera a la relación de un objeto señalado con el hecho de la existencia. Si la semántica constituye un primer paso en la línea del conocimiento de lo que es un objeto, la referencia es el primer momento en la investigación del ámbito en el qué, dónde y respecto de qué cosas concretas se verifica esa significación. Se trata, como se ve, de un momento fuertemente realista en este análisis lingüístico y empírico.

Por lo pronto, la palabra *moral* hace directa referencia a ciertas conductas; pero también puede decirse que hace referencia a disposiciones de la conducta. También parece evidente que no es lo mismo una conducta que una disposición en orden a una conducta; no es lo mismo un acto aislado de justicia que la justicia como virtud, es decir, la disposición habitual para realizar actos justos. Tanto es así que puede haber un acto justo que no implique una disposición justa, o puede haber una disposición habitualmente justa y un acto aislado y casi accidentalmente injusto. Son cosas distintas. Entonces, debemos referirnos tanto a conductas como a disposiciones (virtudes, vicios).

Se ha visto que la palabra “moral” significa un criterio de discernimiento de lo bueno y de lo malo, de lo valioso y lo disvalioso. Consiguientemente, esta palabra también puede hacer referencia a ciertos principios prácticos de discernimiento que son las reglas, pautas o modelos de conductas que llamamos *normas*.

Ahora bien, si “moral” se refiere a conductas, disposiciones y normas, es lógico que su referencia se extienda a aquellas *cosas* que son objetos de dichas conductas, disposiciones y normas. Ya sea objetos inmediatos, y hablaremos de objetos morales, ya sea de objetos mediatos o últimos, y hablaremos de fines morales. Y si hablamos de fines, que pueden ser calificados de morales o de éticos, forzosamente estamos

⁵ En rigor, podría expresarse con la distinción escolástica entre *significatio* y *suppositio*, pero ello implicaría establecer las distinciones y precisiones que hicieron al respecto los medievales, lo cual nos alejaría de nuestro objetivo.

implicando *medios*. Fines y medios son bienes o valores. Se ve, pues, cómo se ha ampliado el ámbito de referencia.

Podría quizás haber, además, fenómenos cognoscitivos de algún modo desinteresados o puramente teóricos, y que podrían ser calificados como “morales” si su objeto fuera también moral. Pero en materia moral la conducta presupone unos momentos cognoscitivos que son constitutivos de la misma, porque sin conocimiento no hay conducta o, lo que es lo mismo, no hay acto consciente, y mucho menos responsable. Por lo tanto, el momento cognoscitivo no sólo puede ser un momento posterior a los hechos morales y desinteresado respecto de los mismos, sino que puede ser –y de hecho lo es siempre– un momento constitutivo de estos fenómenos morales. Incluso cuando pensamos en la norma como discernimiento o regla de lo bueno y de lo malo, de lo valioso y de lo disvalioso, de lo justo y de lo injusto, ella misma no tiene sentido si no es en función de un conocimiento. La norma misma –en tanto se expresa en un enunciado– es fruto del conocimiento práctico, y el acto moral o jurídico que se conforma con ella es un cierto efecto del conocimiento. En todo caso la norma implica un conocimiento. Estos momentos cognoscitivos, pues, son también morales o éticos. Y habrá entonces conocimientos éticos empíricos, conocimientos morales de conciencia, conocimientos práctico-normativos inmediatos (que es el caso del conocimiento prudencial), conocimientos normativos generales, incluso principios normativos que para el pensamiento aristotélico son sapienciales y que *Santo Tomás* llamará principios de *sindéresis*, todos los cuales son fenómenos morales.

De otra parte, hay ciertos aspectos de la estructura disposicional del hombre que, si bien no son hábitos, influyen en las disposiciones del sujeto, por ejemplo las pasiones. Las pasiones, que son fenómenos psicológicos, constituyen también fenómenos morales en tanto guardan alguna relación con la conducta y con las disposiciones morales. Y así las pasiones pueden ser también ellas morales o inmorales, es decir, tiene sentido predicar de ellas el adjetivo *moral* o *ético*.

Incluso, puede preguntarse por el conjunto de las facultades humanas que están implicadas en la conducta moral; desde este punto de vista las facultades pueden ser también sujeto de predicación del término *moral*, por ejemplo la voluntad, la libertad, etc.; y así se habla de voluntad moral, de libertad moral, etc.

3.2. *El ámbito empírico de lo moral*

Puede intentarse ahora una breve recapitulación de lo alcanzado. En primer lugar, se ha puesto de manifiesto que el ámbito empírico de lo moral aparece denotado por los términos *moral* y *ético*, adjetivos que sirven para demarcar el campo, señalando los objetos que están dentro de este ámbito inmenso de la experiencia humana. Y al irlos señalando, los van distinguiendo del resto de los fenómenos humanos; en cierto modo los van poniendo aparte en la consideración científica, sin que esto signifique juzgar que en la realidad están separados como cosas o entes autónomos. Nada impide, en efecto, que un fenómeno formalmente psicológico, lógico o metafísico, sea a la vez moral bajo otro respecto formal.

En segundo lugar, se advierte que en este campo segregado provisoriamente, o el conjunto que resulta de esta segregación –que se puede calificar como *moral*–, es

en realidad un conjunto de cosas heterogéneas, esencialmente distintas. Es evidente que una norma es algo distinto que una conducta; un acto es algo distinto que una virtud o una disposición; un fin o un valor es algo distinto que una norma o una disposición, y tampoco puede identificarse sin más con una conducta. Son cosas esencialmente distintas que tienen una calificación común: son *morales*. Esta diversidad esencial de significaciones o de referencias posibles, y la evidente vinculación de las mismas entre sí, sugiere que el término *moral* es analógico.

En tercer lugar, la propia palabra está indicando, como pasa con el término *jurídico* –tal como lo ha mostrado Soaje Ramos⁶–, dos grandes niveles de significación, y por lo tanto dos grandes franjas de la referencia correspondiente. Una significación amplia y una estricta o restringida:

- a) *En sentido amplio*, parece que la palabra *moral* significa lo relativo al *ethos*, a la conducta, a los principios de ésta (fines y normas) y, en general, como dice Soaje, todo lo que está en el campo moral o, para ser más precisos, todo lo que guarda algún tipo de relación, cualquiera que ésta sea, lógica o real, de congruencia o no, con el *ethos*, con la conducta, con los fines y normas, etc. El término tendría, en este sentido, su máxima amplitud significativa. A este sentido amplio que tiene la palabra *moral* se le opone –con oposición lógica de contradicción– lo *amoral*, que es aquello que no tiene significación moral, que está fuera del campo de lo moral, que no guarda ninguna relación lógica o semántica con lo moral. Desde este punto de vista la palabra *moral* puede incluir cosas contrarias, positivas o negativas; por ejemplo, el mentir es un fenómeno moral, el delito es un fenómeno moral; porque sobre ambos cabe una calificación moral, aunque constituyan fenómenos morales negativos.
- b) *En sentido estricto*, la palabra *moral* indica algo valioso, algo que en sí mismo parece un bien, como el fin, como la virtud, como la norma o regla de conducta, o una relación de congruencia, de conformidad con ese fin o norma. En este caso su opuesto ya no es de índole meramente lógica; es un opuesto contrario o privativo, es un opuesto real, y es lo *inmoral*.

Quede aquí esta primera aproximación empírica, realizada de la mano del significado de las palabras.

II. Los problemas morales

1. Un axioma metodológico de Aristóteles

Puede avanzarse ahora un poco más, dentro de esta presentación empírica, para dirigir la atención hacia los problemas que surgen en el marco de la experiencia

6 Cf. Soaje Ramos, G. (1998). “El concepto de Derecho – Examen de algunos términos pertinentes”. En *Circa Humana Philosophia III*. Buenos Aires, 77-105.

humana y que de algún modo contribuyen a precisar la especificidad del objeto de la Ética.

Para *Aristóteles* constituye un axioma metodológico que quien quiera investigar un objeto debe comenzar planteando con precisión los problemas, las dudas o las dificultades que el mismo suscita, a efectos de poder obtener las respuestas adecuadas:

“Los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores, y no es posible soltar, si se desconoce la atadura. Pero la dificultad del pensamiento pone de manifiesto la atadura en relación con el objeto; pues, en la medida en que siente la dificultad, le ocurre así como a los que están atados; en ninguno de los dos casos, efectivamente, es posible seguir adelante. Por eso es preciso considerar bien, antes, todas las dificultades, por las razones expuestas y porque los que investigan sin haberse planteado antes las dificultades son semejantes a los que desconocen adónde se debe ir, y, además, ni siquiera conocen si alguna vez han encontrado o no lo buscado; pues el fin no es manifiesto para quien así procede, pero para el que se ha planteado antes las dificultades sí es manifiesto”⁷.

Ahora bien, los problemas que se verifican en materia práctica son de índole distinta a los propios del pensamiento teórico o especulativo. Los problemas éticos o morales, antes que constituir dificultades o dudas para la ciencia o el científico, y sin perjuicio de éstas, son cuestiones vitales, aporías reales del vivir humano. Y así, aunque sin dudas el pensamiento ético-científico debe formularse esta pregunta fundamental: ¿por qué hay en la vida humana una dimensión moral, y no la hay –o al menos parece no haberla– en la vida animal o de las plantas?, en el plano de la acción los hombres se interrogan en su conciencia, en los tribunales y a la hora de los premios y castigos sociales, acerca de la verdad y rectitud de sus juicios morales, y la eficacia de estos últimos en orden a la vida feliz.

Aquí deberán distinguirse dos grandes planos. Uno, que es el problema fundamental, tanto para la ciencia como para la vida morales. Otro, que viene a ser como la explicación de este problema central.

2. El problema moral central

El problema que podría calificarse como originario o fundamental de la moral, es decir, del que surgen todos los demás problemas éticos, deriva de una propiedad específica del hombre, que permite definir a éste como un “animal moral” (de modo análogo a como pueden hacerse otras definiciones tomando una propiedad específica del hombre: “animal social y político”, “animal que habla”, “animal histórico y tradicional”, “animal económico”, etc.). Lo moral no se verifica *per se y directamente* ni en el animal, ni en el ángel, ni en Dios. En estos casos no hay problema moral.

7 *Aristóteles*, *Metafísica*, L. III, cap.1, 995 a27-b2.

La moral aparece empíricamente respecto del hombre a partir de un problema específico que deriva de dos hechos:

- a) En primer lugar el hombre, como todo animal, como todo lo que existe, tiene una naturaleza. Y toda naturaleza tiene unos fines perfectivos, una entelequia que es la plenitud perfecta, máximamente desarrollada, de su forma natural o específica. Esto constituye una afirmación metafísica que no es otra cosa que la constatación de un hecho. Lo mismo que un animal o que una planta, el hombre presenta una naturaleza que tiene que desarrollarse a partir de un modo originario (que corresponde al momento de la generación y del nacimiento) en el que la forma específica sólo está actualizada en un grado apenas suficiente para vivir, para existir como tal ente.
- b) Pero a diferencia de lo que pasa con el hombre, el animal y la planta están dotados de una cierta infalibilidad disposicional hacia el fin; en el caso de las plantas, éstas están vegetativa o ejecutivamente orientadas hacia el fin natural; y en el caso de los animales, están dotados de unos esquemas, más o menos rígidos y automáticos de conducta como respuestas frente a estímulos determinados; esquemas disposicionales complejos que suelen ser llamados instintos. Ahora bien, a diferencia del animal, en el hombre existe el fenómeno de la libertad, que provisoriamente puede considerarse como un fenómeno de indeterminación o de contingencia respecto de los medios ordenados a alcanzar el fin. De ahí que en el hombre se suscite la posibilidad de que la conducta se desordene intencionalmente respecto del fin natural. Existe por esta razón la posibilidad de que el hombre, como animal o como sujeto de una especie, fracase en la consecución del fin específico. Si cada conducta de un animal, si cada acto vegetativo de una planta o cada acto de un hombre son momentos tentativos de alcanzar un fin, o en dirección a un fin, resulta que, mientras en el animal y en la planta –supuesto la normalidad biológica– desde el punto de vista intrínseco no suele verse frustración, sino que ésta suele provenir más bien de un elemento extrínseco a su naturaleza respectiva, en el hombre puede haber tentativas intrínsecamente equivocadas de alcanzar el fin. Y éste es el problema moral central u original, que puede analizarse desde muchos puntos de vista.

Uno de ellos es el punto de vista del valor o del bien. Y así puede decirse que, a diferencia de un animal, aunque en cada conducta del hombre se intenta la realización electiva de un bien o valor, de hecho puede resultar algo malo o disvalioso; es decir, en cada conducta del hombre se actualiza la posibilidad de la elección entre un bien real o un bien aparente. Y dado que el hombre puede equivocarse en la elección de ciertos objetos inmediatos que parecen buenos o valiosos pero que –aunque desde algún punto de vista lo sean– resultan malos o disvaliosos en función del bien íntegro de su naturaleza y de su personalidad, en cada elección de hecho se ve comprometido su fin natural, su *entelequia*, que, como se verá, puede identificarse con su felicidad. Para entender mejor esto anticipemos algunas ideas. Todo fin se alcanza a través de ciertos medios. El fin es, pues, principio intencional y *especificante* de ciertos medios, pero éstos constituyen principios eficientes de aquél –eficientes

porque conducen a su realización. En consecuencia, el fin se realiza y se concreta (se determina como resultado de una totalidad dinámica) por los medios, de tal modo que al equivocarse el hombre en la elección de los medios, equivoca en concreto el fin, de hecho elige en concreto otro fin. Ahora bien, al elegir un fin concreto equivocado –y en tanto perseverar en la elección del medio equivocado– puede verse frustrado en la consecución de su fin natural y personal.

3. Otra perspectiva del problema central

Otra perspectiva posible, que en rigor es una variante del mismo problema central, surge del análisis de las pasiones o, dicho de otro modo, de la dualidad natural que se verifica en el hombre, que es a la vez animal y espiritual⁸. En efecto, de una parte, el hombre parece espiritual; hay muchos elementos empíricos que lo indican: la conciencia, la capacidad de abstracción, la propia capacidad de elección o libertad, la posibilidad de querer bienes generales y no sólo bienes particulares; todo esto indica algo que llamamos *espíritu*, sin que ahora nos detengamos a ver qué significa categorialmente⁹. De otra, el hombre tiene una naturaleza animal que implica las inmutaciones propias de ciertas operaciones que se llaman *pasiones*.

De esta doble naturaleza –o, mejor dicho, de esta duplicidad de aspectos de la única naturaleza humana– surge una duplicidad de apetitos. Hay un apetito racional y unos apetitos sensibles. Es un hecho que hay actos dirigidos a bienes generales, universales o comunes; por ejemplo, puede quererse el bien de la patria; y es obvio que la patria no es algo que pueda tocarse, pues aunque es algo concreto no es un fenómeno inmediatamente sensible; el bien de la patria o el del Estado es algo general y común, con generalidad causal. Pero también se quiere el bien del cuerpo, de la vida individual. Entonces, en un soldado, por ejemplo, aparece el conflicto: por una parte el amor al bien general, y por otra parte el amor de la propia vida, del propio cuerpo; aparece el miedo a la muerte, en conflicto con el amor a la patria o con el deber de defenderla. Este conflicto, típico conflicto moral, es fruto de una duplicidad de querer, que deriva de la duplicidad constitutiva de la naturaleza humana.

La pasión es, según se dijo, la inmutación del apetito sensible, el movimiento tendencial o intencional producido por el conocimiento sensible de un objeto correlativo a la tendencia del apetito sensible. Tómese como ejemplo la sed, cuyo objeto tendencial es saciar una necesidad de agua. La sed –considerada como pasión– es la conciencia sensible de la necesidad del agua y el deseo consiguiente. Tal necesidad genera en el organismo animal una inmutación, un movimiento. Lo mismo el hambre, el deseo sexual o lo que fuere. Pues bien, todos estos movimientos o estas inmutaciones del apetito sensible que llamamos *pasiones* pueden o no coincidir con el apetito racional, como a su vez el apetito racional –la voluntad, o la libertad– pue-

8 Es fácil advertir que la problemática moral deriva de la naturaleza humana. En mi obra (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires. IEF “Santo Tomás de Aquino”, he intentado exponer las líneas centrales de una antropología o psicología como ciencia subalternante de la Ética.

9 Entiendo por *espiritual* o *espíritu* la referencia a un fin universal y absoluto, la referencia al Ser, al Bien, al Uno en su infinitud intensiva. Esto es lo que caracteriza el fin humano.

de coincidir o no con la regla de razón; es decir, en ambos casos puede o no haber conformidad del querer humano con el fin natural y personal del hombre.

Consiguientemente, no sólo debe ordenarse la libertad y la elección en dirección al fin, sino que se plantea este otro problema: qué hacer con estas pasiones, que en principio no están ordenadas a un bien general sino que están dirigidas a un bien particular, dado que a menudo puede haber conflicto entre el bien particular y el bien universal. Las pasiones no son sólo ni principalmente un fenómeno moral; son un fenómeno psicológico. Pero constituyen un fenómeno –y un problema– moral en la medida en que pueden ser juzgadas en función de la regla moral y del querer de la voluntad ajustado a la razón. Pero no basta con juzgarlas, sino que de alguna manera aparece la necesidad de ordenarlas con alguna eficacia.

En resumen: hay un orden de tendencias instintivas que dan origen a movimientos fuertes de la sensibilidad –que se llaman *pasiones*– que amenazan con arrastrar la conducta humana, y hay un orden racional del querer, donde reina propiamente la libertad. La existencia de estas dos esferas tendenciales plantea de suyo la posibilidad de un conflicto, de un contraste. La libertad humana se tiene que entender, pues, no sólo consigo misma, sino con pasiones que no siempre son fácilmente gobernables y ante las cuales puede sucumbir. Éste es otro aspecto de la falibilidad de la libertad humana.

Ahora bien, el acto de elección, aunque implica un juicio, no es un mero juicio; es la posición de un querer de la voluntad que realiza el bien o el mal para el hombre; y en tanto es causa del mal, no es sólo falible sino también defectiva.

4. La defectividad del hombre requiere auxilios

En el hombre verificamos, pues, el fenómeno de la libertad, que es una cierta contingencia o indeterminación respecto de los actos humanos y de sus objetos correlativos. Esta indeterminación –que es una propiedad que deriva de la espiritualidad del hombre y que en tanto tal es buena y uno de los signos de su dignidad– no es necesariamente buena desde todos los puntos de vista. Esta indeterminación es buena en tanto el hombre es dueño del propio acto para alcanzar su bien personal, pero es defectiva en la medida en que esa indeterminación es fuente de error y de la posibilidad de malas elecciones. La posibilidad del mal y del pecado, y de la consiguiente frustración del fin, no es –desde este punto de vista– una perfección.

Dado que es amplia la indeterminación de la libertad humana, la probabilidad, tanto en sentido lógico como en sentido estadístico-matemático, de equivocarse, es muy grande. La experiencia personal y la historia dan cuenta suficientemente de esto. Entonces, parece que es necesario que haya algo que ayude a determinar racionalmente esa indeterminación, orientando las propias facultades en la línea de su propia naturaleza, pero conservando siempre la libertad, que es el modo humano de obrar.

Del hecho, pues, de que el hombre es defectivo –es decir, de que puede equivocarse e introducir el mal en su vida y en el mundo– en orden a la consecución de su propia perfección natural, personal y social, se sigue que el hombre necesita de ciertos auxilios que le aseguren la elección. Se habla aquí, en primer lugar, de una *necesidad de indigencia*. Pero habida cuenta del hecho de la existencia de un fin, que

no es otra cosa que la propia entelequia humana, se habla también de una cierta necesidad natural y de una *necesidad deóntica*.

Dichos auxilios son múltiples:

- a) Uno es la norma, que es una regla racional e imperativa de conducta, un camino que la razón y la voluntad asociada a la razón mandan seguir, un modelo de conducta recta y eficaz en orden a la consecución del fin.
- b) Otro auxilio está constituido por las disposiciones del sujeto, sus virtudes morales, que son inclinaciones hacia objetos buenos o moralmente valiosos, y que en general son *rectificaciones* de los apetitos, de las facultades y de las pasiones humanas en orden al fin natural y personal.
- c) Existen también otros auxilios exteriores, vinculados con los anteriores, y que son las *instituciones* sociales, políticas, jurídicas, morales en general; por ejemplo, el matrimonio es una institución social, jurídica y moral; análogamente, el Estado, el Derecho, los tribunales, son auxilios exteriores, y en general la autoridad y los sistemas de premios y castigos.

Cada uno de estos auxilios constituye un gran capítulo de la problemática específicamente moral.

5. Otros problemas morales

Aunque podría continuarse indefinidamente con la formulación de otros problemas morales, hemos de limitarnos a enumerar unos pocos más, propios de esta ciencia.

El primero de ellos se reduce a saber qué es o cuál es el fin moral; ese fin natural que además de ser natural aparece como un fin exigido de un modo distinto al de los demás entes naturales (plantas y animales). Un fin que puede o no alcanzarse y cuya exigencia natural, por lo tanto, parece tener ribetes misteriosos. La Ética se topa así con una necesidad distinta de la meramente natural. En el animal hay una necesidad instintiva de alcanzar el fin; en el hombre, en cambio, no, pues puede equivocarse en la elección de los medios y en la consecución del fin. ¿Qué clase de necesidad es ésta, de índole moral, que es distinta de la necesidad psicológica de un animal? ¿Qué es la obligación moral, la jurídica, la política, etc.? ¿Qué es el bien moral, o el bien de la persona, que de alguna manera se liga con esta nueva forma de necesidad? ¿Qué eficacia tienen estas reglas de conducta que llamamos *normas*? ¿Qué eficacia tienen estas virtudes morales que llamamos *justicia, fortaleza, templanza y prudencia*? ¿Cuál es la propia función de la Ética o de la Ciencia Moral en la elección correcta, y en qué relación se encuentra en especial con la prudencia? Son otros tantos problemas que constituyen el punto de partida de la ciencia.

Con esto finaliza una primera indagación en torno del objeto material de la Ética. La conclusión es que éste no es un objeto meramente dado, que simplemente está ahí, sino que es algo propio de la vida del hombre y que es problemático. Es decir, los fenómenos morales tienen en común con los fenómenos psicológicos que son fenómenos constituidos en y por la vida del hombre. Pero se distinguen porque a lo psicológico le agregan una nueva formalidad y un orden de problemas específico.

III. La perspectiva del orden (el objeto formal)

1. Necesidad de esta perspectiva

Hablar del objeto formal de la experiencia moral, y por lo tanto de la Ética, es aludir al tema del orden, por dos razones que han de considerarse por separado.

1.1. Desde el punto de vista del objeto mismo

De una parte, hay una necesidad de tipo objetivo, es decir, que emana del propio objeto de la Ética.

Se ha visto que el objeto material de la Ética no es una cosa natural, como puede ser un ente vivo, tal como lo estudia la Biología, ni el movimiento natural, tal como lo estudia la Física. Tampoco es un objeto natural que esté ya constituido previamente a la conducta humana. El objeto material de la Ética aparece constituido por una referencia a la consecución del fin de la vida del hombre, de su perfección como persona. Es un fenómeno –el moral– siempre relativo al fin, al bien, al valor. Si se vuelven a examinar con un poco de atención cada uno de los fenómenos calificados como morales, se observa que el orden es un factor necesariamente constitutivo de los mismos. Tómese por ejemplo el fin; dado que todo fin implica algún medio, se verifica un fenómeno de *ordenación* del medio en función del fin (se trata, pues, de un fenómeno de relación o de orden). Consideremos ahora la norma; cuando se habla de norma como fenómeno moral, parece evidente que ella no es algo en sí misma; no es una cosa, como un gato o un perro; no es una sustancia. La norma dice esencialmente una referencia, una ordenación a la conducta de la cual es regla. Una norma que no esté referida a una conducta no es norma. Pero, por otra parte, la norma misma regla o regula en función de un fin. Luego, en la norma encontramos una doble ordenación, ordenación de la norma al fin y ordenación de la norma a la conducta. Son dos ordenaciones distintas. Dos referencias distintas. Pero las dos son constitutivas de la norma. Tomemos el caso de las virtudes, de los vicios, de las disposiciones, de las pasiones. Son todos fenómenos referidos a conductas u objetos de conductas. La disposición es disposición a algo, referencia a algo. La propia conducta se entiende en función del objeto. Algo semejante pasa con todos los fenómenos morales.

El orden, pues, es un factor que, por decirlo de alguna manera, salta a los ojos en una experiencia atenta de los fenómenos morales, como un aspecto constitutivo de los mismos.

1.2. Desde el punto de vista de la fenomenología y la ciencia

Hay un segundo aspecto, que es propiamente científico, en virtud del cual la perspectiva del orden aparece como necesaria.

Se han enumerado una pluralidad de fenómenos esencialmente disímiles calificados como morales. Es moral una norma, una conducta, una disposición, una pasión, un fin, un medio, etc. Ante esa multiplicidad disímil, ¿cómo puede tenerse

una perspectiva científica sobre la cualificación común de *moral*?, ¿cómo es posible una reducción a la unidad, sin violentar la esencial disimilitud de fenómenos? La perspectiva científica, si es posible una ciencia sobre esta materia, exige que se establezca una cierta unidad en la pluralidad de aspectos. Una unidad que no sea amorfa, que no sea la unidad de una mera agregación. Una unidad que forzosamente será una unidad de orden.

En conclusión, la perspectiva del orden como punto de vista formal está exigida, en primer lugar, por el propio objeto, de acuerdo con los principios epistemológicos y metodológicos de la filosofía aristotélica. Y en segundo lugar, está dada por la propia función de la ciencia, que es función ordenadora y unificadora.

2. Concepto de orden

2.1. Aclaración previa sobre la palabra “orden”

Con la palabra *orden* se pueden significar dos cosas distintas:

- a) Un todo ordenado, es decir, un conjunto, una pluralidad de cosas, que constituyen una unidad. En este caso se dice que hay un orden con referencia al todo, al conjunto mismo, que conforma una unidad precisamente porque está ordenado.
- b) O se puede indicar lo que es el elemento formal de ese todo ordenado¹⁰, es decir, aquello en virtud de lo cual se dice que constituye una unidad y está ordenado, su principio estructural.

En ambos casos, a su vez, la palabra “orden” puede referirse a algo concreto (por ejemplo, tal todo de orden que es tal familia particular, o la disposición recíproca de las partes de esa familia), o bien a algo abstracto. A diferencia de otras palabras, que forman parejas de términos concretos y abstractos (v. gr., hombre-humanidad, bello-belleza, etc.), esta palabra puede tener valor concreto o abstracto, según sea su ámbito de referencia y su contexto.

Debe advertirse asimismo que muchas veces “orden” tiene un sentido equivalente a “ordenación”¹¹. Ahora bien, la palabra *ordenación* puede referirse al acto mismo de ordenar o al efecto de dicho acto. De aquí se sigue que, cuando “ordenación” hace referencia al efecto de ordenar, puede ser equivalente a “orden” (en el sentido de principio formal). “Ordenación” como acción de ordenar, en cambio, nunca puede asimilarse con propiedad “orden” en ninguna de sus significaciones. Lo que se dice de estos vocablos castellanos vale también para el latín (*ordo* y *ordinatio*).

¹⁰ La palabra “formal” significa, en lenguaje aristotélico, *aquello en virtud de lo que algo es tal cosa y no tal otra*.

¹¹ Cf., en el *Diccionario de la Lengua Española*, edición de 1984, las voces *orden* (primera acepción) y *ordenación* (tercera acepción): “Colocación de las cosas en el lugar que les corresponde”.

2.2. Concepto general (análogo) de orden

Intentemos ahora formular una definición general de orden que, como se aplica a cosas esencialmente diversas, será forzosamente una definición análoga.

El orden es la conveniente disposición de una pluralidad que conforma una cierta unidad, en función de un principio de ordenación. Tenemos así tres elementos analíticos:

- a) Se trata, en primer lugar, de una multiplicidad, que constituye lo que podría denominarse el “elemento material”. No hay orden sin una multiplicidad.
- b) Como elemento formal consignamos “una conveniente disposición”. ¿Qué es una conveniente disposición? Se trata, por lo pronto, de una cierta relación, que se llama “conveniente” en la medida en que esta disposición sea congruente con un principio de ordenación.
- c) Y en tercer lugar está el resultado de esta disposición relativa, que es una cierta unidad.

A su vez, la conveniente disposición constitutiva formalmente del orden que, como se vio, se trata de una relación, tiene una estructura triple. Es decir, se integra por tres grandes relaciones que, para ser breves, las vamos a denominar de acuerdo con el esquema de las relaciones sociales según *Gurvitch* y *Legaz y Lacambra*: “relaciones de integración”, “relaciones de subordinación” y “relaciones de coordinación”.

Las relaciones de integración son aquellas que vinculan o integran la parte con el todo; podrían llamarse también “relaciones de pertenencia”, y que se expresan lógicamente con el binomio “todo-parte”.

Las relaciones de subordinación, o relaciones jerárquicas, son las relaciones de anterioridad y posterioridad, es decir, relaciones de jerarquías recíprocas y relativas de las partes entre sí.

Las relaciones de coordinación son las que vinculan las partes entre sí, haciendo abstracción de su diferencia de valor y de jerarquía.

Para que se comprenda mejor el sentido de esta distinción lógica de tres clases de relaciones en su aplicación al orden ético, pongamos el caso de la justicia. La justicia general, según *Aristóteles*, es la justicia propia de las relaciones de integración de la polis. La justicia distributiva es la justicia propia de las relaciones de subordinación. La justicia correctiva, que *Santo Tomás* llama *conmutativa*, se corresponde con las relaciones de coordinación.

Un todo de orden puede ser –y lo es si se habla de un todo de orden en sentido estricto– algo constituido por cosas real e individualmente distintas; en tal caso no es un todo sustantivo, sino un todo accidental. Por ejemplo, el Estado, la familia, un hormiguero, una manada, una casa no son respectivamente una sustancia. También se podría decir en cierto sentido, y analógicamente, que una sustancia constituye un todo de orden, en la medida en que en un todo sustantivo se distinguen partes realmente distintas, aunque ninguna de ellas pueda existir individualmente sin las otras o sin integrar la sustancia. Pero en este caso, si bien hablamos también de un orden, porque hablamos de una unidad a partir de una multiplicidad, estamos hablando *simpliciter* de un todo sustancial. Cuando se habla, pues, del orden de un

todo sustancial, debe hacerse la advertencia de que en rigor no se trata de un todo de orden. Al todo sustancial lo llamamos “todo” pero significando que tiene una unidad ontológica fuerte, porque existe en sí mismo y consigo mismo. En cambio, en el todo de orden tenemos un todo que sólo existe como algo uno por el orden y en un sustrato óntico.

3. Digresión acerca de la analogía del concepto de orden

A modo de corolario, conviene volver a considerar el carácter analógico del concepto de orden, respecto del objeto formal de la Ética. Como ya se vio, con la palabra *orden* puede designarse la disposición misma o el todo ordenado. Pero hay una analogía más profunda, de índole metafísica. El concepto de orden es analógico en el sentido de que hay órdenes que son esencial y aún categorialmente distintos. Suele pensarse que el orden es algo que está siempre en la categoría de relación, pues siendo *la conveniente disposición de las partes que constituyen una unidad en virtud de un principio de ordenación*, se asocia la noción de disposición con la de relación. De ahí que se afirme que el orden consiste en definitiva en una relación, lo cual es cierto si se piensa en la estructura formal del orden. Pero no es del todo cierto si se piensa en el todo de orden, pues éste no es una relación. El todo de orden es lo que resulta de las relaciones, pero no es una relación. El orden se resuelve en una relación desde el punto de vista formal, pero no desde el punto de vista del todo de orden. Valga esto como primera observación.

En segundo lugar, no todas las relaciones se integran en la categoría de relación, que es uno de los nueve accidentes, porque no todas las relaciones son accidentes. Hay relaciones que no son relaciones accidentales sino que se llaman *trascendentales* (en la terminología de la Escolástica tardía) o *constitutivas*, en la terminología de *Cornelio Fabro*; como ejemplo, pueden mencionarse las relaciones de la materia y la forma, de la esencia y el acto de ser, del bien con un apetito, etc. Estas relaciones son constitutivas de la sustancia o de un determinado accidente (v. gr., la cualidad), sin ser ellas mismas relaciones accidentales. En cambio, la relación del padre con el hijo es una relación accidental que no afecta la esencia humana; algo semejante puede decirse de las relaciones espaciales. Las relaciones trascendentales o constitutivas no son relaciones categoriales, no están incluidas en la categoría de relación (que es un accidente del ente). Con esto queda de manifiesto que el de relación es un concepto análogo.

Hay, pues, relaciones categoriales y relaciones trascendentales. Cuando se habla de un orden, éste puede resultar de relaciones constitutivas o trascendentales (y en tal caso podría tratarse de un todo sustantivo), o puede hablarse de un todo accidental de orden, constituido formalmente por relaciones categoriales. El Estado, por ejemplo, desde el punto de vista categorial no es una sustancia, es un accidente. Si fuese una sustancia los hombres que lo integran no serían sustancias, porque una sustancia no puede ser parte de otra sustancia. Precisamente el error del colectivismo o del organicismo exagerado consiste en considerar el Estado como una sustancia, con la consecuencia inevitable de que entonces el hombre dejaría de ser un sujeto sustancial. El Estado es un todo accidental de orden; aquí el concepto

de orden tiene un sentido claro, preciso, como relación categorial. Pero cuando se habla del orden constitutivo de una sustancia, en cambio, dicho orden ya no es categorial.

El concepto de orden es un concepto analógico, que se aplica de una manera esencialmente diversa en el plano trascendental y en el plano categorial. Ahora bien, debe advertirse que incluso en el propio plano de los accidentes hay relaciones que tampoco son categoriales. Este caso se verifica en la Ética y en el orden moral. El orden moral tiene como materia operaciones humanas y sujetos que se integran de un modo accidental. Formal y propiamente el orden moral se constituye por una relación al fin y *consiguientemente* por una relación a la norma. Estas relaciones no son categoriales, son constitutivas o trascendentales. De modo semejante, la relación intencional entre el sujeto y el objeto tampoco es una relación categorial, porque es la que constituye el acto mismo. Lo mismo pasa con un acto de justicia. La relación que se establece entre las partes y el objeto, en el acto de justicia, más allá de que materialmente pueda incluir una relación categorial, desde el punto de vista formal es constitutiva. Entonces, cuando se habla de orden moral, formalmente se alude a un orden constitutivo y no a un orden categorial. El orden moral puede tener como materia, por ejemplo si se trata de la Ética Social, relaciones categoriales, pero formalmente considerado no es categorial, sino que se trata de un orden trascendental o constitutivo. No puede desvincularse el acto moral de las relaciones con la norma y con el fin, pues éstas son formalmente constitutivas del acto moral.

IV. Esquema de la estructura del orden moral

1. *El esquema de Soaje Ramos*

Es mérito de *Soaje Ramos* haber advertido la insuficiencia de toda exposición de la Ética que no tenga en cuenta la compleja estructura del orden moral¹². Frente a la aludida insuficiencia, *Soaje* propone el siguiente esquema:

- hay un orden moral normativo,
- un orden moral vivido,
- y un orden moral conocido.

Esos tres órdenes se articulan en función del fin como principio de ordenación, y suponen un sustrato antropológico que, propiamente, está fuera del esquema del orden moral.

12 V. gr., De Finance reduce el orden moral a dos: el orden moral objetivo y el orden moral subjetivo, entendiendo por el primero el orden normativo y por el segundo, el de los actos humanos, la conciencia y las virtudes [cf. (1967). *Éthique Générale*. Roma. PUG, 237-386]. Ahora bien, reducir el orden moral objetivo al orden de las normas constituye un error, porque a su vez la norma tiene un objeto. Consiguientemente, la norma misma no constituye un objeto adecuado de la moral. Leclercq, por su parte, dedica un largo capítulo titulado “El orden moral”, pero sin definir qué entiende por tal [cf. (1995). *La Philosophie Morale de Saint Thomas devant la Pensée Contemporaine*. Paris. Vrin, 221 y ss.].

En este esquema el orden moral vivido parece incluir –además del orden de las conductas– el orden de las disposiciones y hábitos (virtudes y vicios). Pero creo que es mejor distinguirlos, pues aunque las disposiciones se ordenan a las conductas, tienen una estructura formal distinta.

Además, en el esquema de *Soaje* el orden moral conocido incluye el conocimiento empírico práctico, el prudencial, el científico-moral y el propio de la sindéresis (o principios). La norma –y el orden respectivo– se considera aparte. Ahora bien, el conocimiento moral –que, por definición, es práctico– no puede distinguirse adecuadamente del orden moral normativo; aunque pueda haber un conocimiento práctico estimativo, su practicidad sería de entidad e intensidad menor y, además, estaría ordenado al conocimiento normativo. De otra parte, el conocimiento moral práctico carente de imperio –como puede ser el caso del consejo– también tiene menor practicidad que el imperativo y está en definitiva ordenado a éste. Y si bien propiamente hablando la norma no es tanto un acto de conocimiento, cuanto el fruto objetivo de éste –como la definición o la especie expresa lo es de la especie impresa, o como el enunciado lo es del juicio–, su índole noética no puede ser negada.

Por último debe tenerse en cuenta que hay también un orden moral propio del sujeto, en tanto causa material fundamental, así como un orden de fines.

En consecuencia, propongo en sustitución el siguiente esquema:

- hay un orden moral vivido,
- un orden moral disposicional,
- un orden moral subjetivo,
- un orden moral normativo y
- un orden moral de fines.

2. El orden moral vivido

Es el orden de la conducta moral. Se trata del plano que podría considerarse central o fundamental, entendiendo por “fundamental” el que se corresponde más inmediatamente con el objeto material.

En efecto, la materia de la Ética está constituida en definitiva por la vida o conducta humana. Lo moral es, en su primera y más fuerte significación fenoménica, un aspecto, una formalidad de la conducta humana. Se ha visto ya que el concepto de lo moral, tal como el mismo emerge de la experiencia, es análogo. Y siempre que hay analogía debe haber, resolutivamente, un analogante. En este caso, el analogante es la conducta moral. *Per se primo*¹³, pues, el adjetivo *moral* se predica como una cualidad de la conducta. Ahora bien, dado que –como se dijo– la conducta humana se dice moral por una referencia al fin del hombre y a la norma, y ésta a su vez no es otra cosa que ordenación racional al fin, cabe concluir que lo moral, reductivamente, es una cualificación en función del fin humano.

¹³ *Per se*, en la terminología técnica de la escolástica tomista quiere decir: “de predicación necesaria”; *primo*, en primer lugar.

Cuando se habla del orden de la conducta se piensa en una cierta multiplicidad que tiene una cierta unidad, en algo complejo y máximamente determinado que tiene una unidad de orden. Miremos esto con un poco de atención.

No debe entenderse que un acto humano –en el sentido que tiene esta expresión en la Ética– consiste en una operación puramente singular del hombre o en un acto ilícito de una facultad, aisladamente considerado. Las operaciones puramente singulares y aisladas de las demás no existen. No está de más repetir esta afirmación con insistencia. En todo acto humano se verifica una cierta pluralidad, una estructura, una unidad de orden. En el más simple y puro acto humano interior, al menos debe haber actos ilícitos de la voluntad y de la inteligencia; pero, a su vez, la inteligencia no opera sin previas percepciones sensibles y sin volver sobre las mismas (*conversio ad phantasmata*); y la voluntad no puede operar sin que de algún modo se hagan presentes los apetitos sensibles.

Pero además de ser ellos mismos complejos, los actos humanos se integran en series de actos de las que resulta su significación precisamente como actos humanos. Lo que explica o da sentido al acto y lo que le otorga en definitiva su calificación moral reside, entre otras cosas, en su inserción en una serie ordenada de actos en función de un fin, que opera como principio de ordenación de toda la serie. Lo que llamamos, pues, *orden moral vivido*, u *orden moral ejercido*, no es sólo el orden de un acto humano, sino que es un orden dinámico de una serie de actos.

Pero tampoco una serie lineal de actos es suficiente para comprender en concreto una conducta. Las conductas se integran en series sucesivas y concomitantes de actos, entre las cuales puede haber conformidad u oposición. Es un hecho de experiencia que hay fines contrarios que prevalecen de una manera precaria en la vida del hombre. Es el caso que *Aristóteles* va a llamar del continente o del incontinente. Tanto en el continente como en el incontinente, un fin prevalece precariamente sobre otros fines. En el continente, los fines valiosos prevalecen de una manera precaria sobre los fines disvaliosos; en el incontinente, al revés. Ahora bien, de hecho puede haber series contrarias, incluso series contrarias sucesivas (la conversión es el caso de una serie contraria sucesiva; lo mismo, pero en sentido inverso, es el caso de la perversión). Incluso puede haber series contrarias concomitantes, en tanto todavía no está resuelta la prevalencia del fin. De hecho, muchas veces la gente parece querer aislar un sector de su vida de otro sector, y desarrolla concomitantemente las dos o más series, porque no tiene resuelto en definitiva el fin electivo que prevalezca en su vida. Entonces, como los fines concretos de muchas personas no sólo son precarios, sino que todavía no están definidos, hay una cierta oscilación en los fines y hay una concomitancia de series contrarias.

Se ha descrito sucintamente el orden estructural, altamente complejo, que constituye la vida moral, para que se entienda a qué nos referimos cuando hablamos de *orden moral vivido*. No pensamos sólo en el orden y estructura de un acto humano, ni en eso que constituye una cierta totalidad que suele llamarse “acto concreto”, sino en las series de actos vitales, con significación moral, que se integran a su vez en series más amplias, las que por último se inscriben en totalidades concretas que pueden ser no sólo sucesivas, sino concomitantes. Esa enorme y complicada estructura es lo que hemos designado propia, formalmente y, en primer lugar, *orden moral*.

3. *El orden moral disposicional*

En segundo lugar llamamos *orden moral* a un orden de disposiciones morales.

Las conductas fluyen, por así decirlo, de las potencias del hombre. Pero las potencias humanas –sobre todo las superiores y, como consecuencia de la redundancia de las superiores en las inferiores, éstas también– están determinadas *ad plura* y no *ad unum*. Es decir, no están determinadas a un solo objeto sino a muchas cosas indeterminadas e incluso a objetos posibles contrarios. De tal indeterminación surge la necesaria existencia en el hombre de ciertas disposiciones que orienten en un sentido o en otro la actividad, la conducta o la vida. Estas disposiciones o inclinaciones constituyen una determinación de la estructura operativa humana natural.

Las disposiciones humanas son de muy variada índole. Conocemos a través de nuestro lenguaje familiar inclinaciones que llamamos *virtudes* y sus contrarios, los vicios. Pero más allá de las virtudes y de los vicios, hay otras fuerzas disposicionales que incluso están en el orden de la causalidad, a veces eficiente, de las virtudes, como la costumbre, no sólo individual, sino también la costumbre social. Asimismo, constituyen disposiciones ciertas instituciones sociales, que vienen a dar una fijeza social a la costumbre.

Tampoco podemos dejar fuera de consideración los movimientos de la sensibilidad que la tradición aristotélica y tomista designa como *pasiones*. Estas inmutaciones del apetito sensible, consideradas en sí mismas, constituyen ciertos actos elícitos del apetito respectivo (v. gr., el amor sensible de la concupiscencia, el temor de la irascibilidad). Pero, propiamente hablando, no son actos humanos. Respecto de la conducta moral o acto libre del que el sujeto es responsable, estas pasiones constituyen disposiciones, más o menos intensas e inestables.

Ahora bien, en el hombre que tiene uso de razón y conciencia, las pasiones nunca existen como puras inmutaciones del apetito sensible, por la misma razón que no existen conocimientos puramente sensibles. En mayor o en menor medida, siempre hay –según *Aristóteles*– una cierta *participación de la parte racional en la parte irracional sujeta al imperio posible de la razón*¹⁴. De esta composición de factores racionales y sensibles surgen ciertos estados, no tan estables como los hábitos, pero no tan inestables como las pasiones, que suelen denominarse *sentimientos*, estados afectivos o, en los casos de mayor intensidad, estados pasionales o emocionales. El estar enamorado, la tristeza originada en situaciones más o menos permanentes, el afecto amistoso, etc., son estados afectivos que constituyen otras tantas disposiciones que influyen en la conducta.

Esas costumbres individuales y sociales, esas instituciones, esos estados emocionales, además de los hábitos o disposiciones propiamente dichas llamadas *virtudes* y *vicios*, todo eso constituye un orden que dispone para la acción. Es un orden que en cierto sentido determina la acción ejerciendo alguna causalidad sobre la misma. Veamos brevemente esto.

Por lo pronto, parece claro que una disposición, en cuanto es una cierta inclinación de las facultades humanas en función de ciertos actos, ejerce una causalidad

¹⁴ Cf. *Ét. Nic.*, L. I, c.13, 1102b13-1103a10.

eficiente. Hay, pues, una relación de causalidad eficiente entre el orden disposicional y el orden moral vivido. Pero, a su vez, el conjunto de las disposiciones que inhiere en las facultades humanas, en tanto no determinan completamente los actos y están sujetas a la libertad y a la regla de la razón, integran la materia de la Ética y de la vida moral en general. Por último, de la relación al fin y a la regla de cada disposición y del conjunto de disposiciones, resulta el orden disposicional; consiguientemente, en tanto constituye un orden, implica también una determinación en el plano de la especificación del objeto, que supone hablar de una cierta causalidad formal.

Se sigue de lo dicho que el orden de cada una de las disposiciones morales y del conjunto de las mismas integra el objeto formal de la Ética. De ahí que nada impide que pueda hacerse una exposición íntegra de esta ciencia desde el punto de vista de las disposiciones (virtudes, vicios, pasiones). Y de hecho es el criterio que usó preferentemente *Aristóteles*, articulando la exposición de la Ética en torno de las virtudes.

Hay pues un orden disposicional que a partir de *Platón* gira en torno a cuatro grandes disposiciones centrales que son las llamadas *virtudes cardinales*, que pueden considerarse desde dos puntos de vista: como virtudes especiales principales, en torno de las que se estructuran las demás virtudes y disposiciones morales, y como ciertas estructuras disposicionales fundamentales y generales. Ahora bien, aún a riesgo de hacer una introducción casi abrupta en uno de los núcleos de esta ciencia, conviene tratar de aclarar desde ya en qué medida las virtudes cardinales (templanza, fortaleza, justicia y prudencia) son virtudes particulares, pero a la vez, en otro sentido y desde otro punto de vista, realizan, cada una de ellas, un aspecto general de toda virtud.

La templanza, por ejemplo, es una cierta moderación u orden en el apetito de los bienes gratos, que rectifica el apetito concupiscible. En cuanto virtud especial, tiene de específico o propio su materia, integrada por los apetitos y las pasiones referidas a los bienes gratos, y su forma, que es ordenación de esos apetitos y de esas pasiones. Pero, además, la templanza realiza un aspecto general, común a toda virtud, que es la moderación. Aparece aquí la teoría aristotélica del *término medio* entre dos extremos viciosos y contrarios, que se expone en el Libro II, como una nota esencial de la virtud moral. Entonces, aunque sea abusivo decir que la templanza constituya una virtud general, pues es siempre una virtud particular, es virtud cardinal en tanto ella realiza, de una manera prototípica, un aspecto general de la virtud, pues toda virtud moral consiste en una cierta moderación.

La virtud de *la fortaleza* tiene una materia especial: el apetito irascible y todos aquellos bienes arduos o difíciles de conseguir (o males difíciles de evitar); y, por lo tanto, todas las conductas que tienen que ver con el irascible, con el bien arduo, el bien que no se alcanza fácilmente, el bien difícil; su objeto formal es el orden racional que rectifica dicha materia en función del fin y de la norma. Esto que es lo específico de la virtud de la fortaleza es lo que la hace una virtud particular. Pero hay en la fortaleza algo que es de la naturaleza de toda virtud, que es la firmeza. La firmeza, la estabilidad, una cierta reciedumbre de la disposición y de la estructura racional que inhiere en todo apetito, resulta necesaria para toda virtud; sin ella el hombre sería moralmente un molusco, carecería de algo así como una columna vertebral en su vida moral. Entonces, la fortaleza, pese a que es una virtud particular, realiza un aspecto general de la virtud.

Consideremos *la justicia*. La justicia radica en la voluntad y tiene por materia ciertos actos exteriores dirigidos a otra persona (y por objeto o materia secundaria, las cosas que se deben al otro). *Aristóteles*, al comienzo del Libro V, distingue la justicia como virtud general (es *toda la virtud en cuanto se trata de acciones dirigidas a otro*) en cuanto tiene por objeto el bien común, y como virtud particular, cuyo objeto formal es una cierta igualdad entre la deuda de uno y la acreencia de otro. Consiguientemente, ni en cuanto virtud general, ni en tanto virtud particular, es *simpliciter* “toda la virtud”. Sin embargo, en la medida en que la justicia es una ordenación de la voluntad al bien común, realiza un aspecto general de toda la virtud y en ese sentido no sólo es virtud general con la restricción que hace el *Filósofo*. Este aspecto general es doble: de una parte, la subordinación de todas las pasiones y apetitos a la voluntad y mediante el imperio de ésta a la razón, en la concreción de la conducta humana; de otra, la ordenación de la voluntad al bien en general y, en especial, al bien general por excelencia que es el bien común, fin último de la vida humana, sea que se lo considere como fin político, sea que se lo considere como el Bien Trascendente, objeto de contemplación y amor, como se indica en el Libro X.

Por último, aludamos a *la prudencia*, a la que *Aristóteles* dedica todo el Libro VI. La prudencia, formalmente hablando, es virtud intelectual práctica. Es decir, como virtud específica, es virtud intelectual. Pero es virtud moral por su materia, y en tanto tal se integra en el conjunto de las virtudes cardinales. Pero ¿qué es lo que agrega la prudencia como elemento general de toda virtud? La respuesta es clara: una medida racional, que es lo que constituye formalmente a cada virtud. Lo específico de la prudencia es constituir la regla y medida racional determinante del término medio, que es el constitutivo formal de toda virtud. La prudencia no es una virtud general en el sentido estricto que esta expresión tiene para *Aristóteles* o *Santo Tomás*, sino una virtud particular. Pero la prudencia, como virtud cardinal, realiza un aspecto general formal de toda la virtud, a punto tal que ninguna virtud se constituye en acto si no es en síntesis con la prudencia. Y en esta síntesis la prudencia adquiere el rango de principio formal.

En conclusión, las cuatro virtudes cardinales, además de ser cada una de ellas una virtud particular –o, en el caso de la justicia, además, una virtud general–, realizan respectivamente cuatro aspectos formales y universales de toda virtud moral, y por lo tanto, de todo el *ethos* humano. Esa es la razón por la cual en torno de ellas se integran en este todo concreto las otras virtudes y demás disposiciones, incluyendo las disposiciones pasionales, las de la costumbre, las sociales, etc. Resulta posible, de este modo, articular toda la vida humana –en cuanto es moral– en función de las cuatro virtudes cardinales. Luego, así como se puso de manifiesto antes que toda la *Ética* podía resumirse en la estructura del orden moral vivido, se advierte ahora que también se la puede resumir en la estructura del orden moral disposicional. Ha quedado a la vista, a su vez, la relación que existe entre el orden moral disposicional y el orden moral vivido.

4. El orden moral subjetivo

Es un error identificar el orden moral disposicional con el orden moral subjetivo. Es cierto que las disposiciones inhieren en el sujeto, y desde este punto de vista

el orden disposicional –o el *ethos*, para hablar con una fórmula abreviada– integra la estructura moral de la persona. Pero lo mismo cabe decir del orden moral vivido.

Por *orden moral subjetivo* debe entenderse, por lo pronto, las dimensiones fundamentales del hombre como sujeto moral, a las que se aludiera más arriba: como sujeto individual, como sujeto de relaciones familiares y económicas, y como sujeto de la comunidad política. Cuando se habla aquí de *orden subjetivo* se hace referencia al orden que se da entre esas tres dimensiones de la vida del hombre como sujeto moral. Esta es la primera idea.

En segundo lugar, en cada uno de estos tres planos, también se advierte una pluralidad:

- a) El hombre como sujeto moral individual. Debe tenerse presente, ante todo, el orden natural, es decir, el orden de la naturaleza humana; se trata del orden que constituye el sustrato psíquico, que incluye sus componentes naturales, las potencias o facultades, la relación de esas facultades con el sustrato biológico, etc. Respecto de esto parece abusivo hablar de *orden moral*, salvo que se considere precisamente bajo la formalidad de sujeto moral. Aclaremos esto. Se señaló ya que las disposiciones y las conductas inhiere en el sujeto. Ahora bien, inhiere como funciones de sus facultades, de su peculiar naturaleza, espiritual, racional, libre, sensitiva, conformando un todo concreto que podría designarse como *personalidad moral*, que no es otra cosa que el *ethos* y la vida moral –con sus *tipos*, como se verá en otra lección– *de la persona, en la persona, o la persona misma* como supósito moral concreto.
- b) El hombre como sujeto moral social. Con el calificativo *social* aludimos en primer lugar a una dimensión de la vida del hombre: vida grupal, vida convivida, vida interactiva, etc. Los fenómenos sociales incluyen las costumbres, la historia, la tradición, las instituciones, la cultura, y todas estas cosas constituyen materia moral, pues son ordenables en función de fines y según normas, y pueden ser rectificadas por las virtudes sociales. Ahora bien, esta dimensión de la vida humana, de las disposiciones, fines, normas, etc., tiene un sustrato que es el hombre, su naturaleza y su personalidad. Hay aspectos psicológicos o antropológicos que fundan inmediatamente la vida social –v. gr., la indigencia natural, la difusividad de los bienes espirituales– y hay otros que la manifiestan y actúan, como el lenguaje. Un aspecto especialmente importante de esto que llamamos *orden moral subjetivo social* es la sexualidad humana, en la que se funda el matrimonio y la familia y, en esa medida, toda la vida social y un capítulo enorme de la moralidad humana. Temas como el sujeto de Derecho y el Derecho Subjetivo en el campo jurídico, o el orden de los grupos infrapolíticos en la Ética Social, o de los Estados entre sí en la Política (o el Derecho Internacional) son suficientemente indicativos de la extensión que cabe asignar a esta parte del orden moral.

En definitiva, el orden moral subjetivo es toda la moral vista desde el ángulo del sujeto, en cuya perfección se resumen –en cierto sentido– todos los fines morales.

5. El orden moral normativo

El orden moral normativo, como su nombre lo indica, es el orden de las normas morales.

Adelantemos provisoriamente una noción de norma, a partir de la significación originaria de este vocablo latino. *Norma*, en su primera acepción, quiere decir regla. En este caso, se trata de una regla de conducta moral. Y, para distinguirla del enunciado práctico que expresa un mero consejo, agreguemos la nota del imperio. Una norma es, pues, una regla imperativa de conducta moral. Esta noción, que todavía no pretende ser una definición rigurosa, es de cuño aristotélico. En efecto, aunque *Aristóteles* –según el nomenclador de sus obras, tal como nos ha llegado– no escribió ningún tratado especial sobre el tema de la ley, dedica el Libro VI de la *Ética* a la prudencia, virtud cuyo objeto es el acto de imperio, que termina y se expresa en una norma, que será singular o general según el ámbito de aplicación, su materia o su objeto. Respecto de la ley (*nómos*), entendida como norma general, hay un rico tratado implícito, en el que la norma aparece con las siguientes notas: es orden u ordenación propiamente imperativa¹⁵; el imperio, a su vez, es acto de la razón (la ley es razón sin apetito) y, más aún, de una cierta sabiduría¹⁶; su fin es el bien común¹⁷; en cuanto ley, debe ser general¹⁸, tanto con una generalidad lógico-predicamental, propia de los enunciados, como con una generalidad real-causal, propia de las causas generales que influyen sobre muchos; por ser imperativa, es resultado de un acto de mando o imperio de quien ejerce la primacía o autoridad, y debe ser congruente con el régimen político¹⁹; debe tener alguna estabilidad y arraigo en la costumbre (que es lo que hoy llamaríamos *vigencia social*)²⁰. En cuanto su fundamento de validez, *Aristóteles* continúa la tradición recibida del platonismo e identifica, como su maestro, estos dos enunciados prácticos: “debe obrarse de acuerdo con la razón” (*katá lógon*) y “debe obrarse conforme con la naturaleza” (*katá phýsin*)²¹. Y tanto la razón como la naturaleza están ordenadas al fin del hombre, a su perfección o *eudemonía*, que resulta ser así el principio último de validez.

Dado que la norma es regla de la conducta moral, y que por lo tanto ésta es objeto y materia de aquélla, habrá tantas clases de normas como de conductas reguladas. Sin entrar aquí en el tema de las divisiones posibles de la ley, en el que descollaron –y quizás exageraron los autores escolásticos, en especial los de la Segunda Escolástica–, es evidente que hay muchas normas morales, económicas, jurídicas y políticas.

15 Cf. *Política*, L. III, c.11, 1287a19; *Ét. Nic.*, L. V. c.1, 1129b19.

16 Cf. *Política*, L. III, cap. 11, 1287a28-33. Cf. también, *Metafísica*, L. I, cap. 2, donde se afirma que es propio de la sabiduría el ordenar y, por lo tanto, del sabio mandar. Téngase en cuenta, sobre todo, el final del L. I de la *Ética*, donde se desarrolla en general la doctrina del imperio de la razón.

17 Cf. *Ét. Nic.*, L. V., cap. 1.

18 Cf. *ibíd.*, cap. 10.

19 Cf. *Política*, L. III, 1289a15 y 1282b8-13.

20 Cf. *Política*, L. II, 1269a.

21 Cf. el concepto de ley natural en *Retórica*, L. I. cap. 7, paralelo al concepto de justo natural que ofrece en la *Ét. Nic.*, L. V, cap.7.

El orden moral normativo aparece caracterizado como de muy alta complejidad porque en él se acumula la complejidad de cada uno de los órdenes anteriores. Hay un orden moral normativo del hombre como individuo, hay un orden moral normativo del hombre como sujeto socioeconómico y hay un orden moral normativo del hombre como ciudadano. En cada ámbito, y aún respecto de cada hombre y de cada conducta, hay un plexo de normas que van desde las más generales o universales a las más particulares.

Toda esta varia multiplicidad de normas encuentra su principio de unificación no sólo en función del fin, sino en relación con ciertas normas o principios normativos máximamente universales, que son esas normas naturales o comunísimas –según la terminología aristotélica– y que corresponden al objeto del hábito práctico-intelectual que *Santo Tomás* llamó *sindéresis*. La formulación de estos principios puede variar. Puede decirse, con el pensamiento cristiano: “debe hacerse el bien y evitarse el mal”; o en formulación ético-social: “debe hacerse lo justo y evitarse lo injusto” o “debe hacerse lo que promueve o protege el bien común y evitarse lo contrario”. Puede pensarse incluso, como lo hace *Santo Tomás*, que los *diez Mandamientos* no son otra cosa que una formulación de estos principios.

Entre los principios normativos más generales y la norma prudencial que regula una conducta o una situación concreta hay una gran distancia lógica, en el orden de la determinación de los contenidos. A esa distancia corresponde una cantidad de normas intermedias que van determinando la regla de conducta en un proceso de concreción siempre abierto de las normas morales y jurídicas. De lo dicho se desprende que puede haber diversos criterios de ordenación de este plexo inabarcable. Pero en todo caso, dado que la norma no es otra cosa que una disposición u ordenación racional en función de un fin, éste será en definitiva su principio de ordenación.

Al llegar a este punto se podría formular una objeción: ¿si la norma misma es disposición, no está comprendida en el orden moral disposicional? Pero la objeción se deshace si se considera que no se trata de una disposición inviscerada en el sujeto sino de una disposición racional que opera como regla, en cierto modo extrínseca a la conducta. Una cosa es el *lógos* que se participa en los apetitos, pasiones y conductas, y otra el enunciado racional práctico que expresa la ordenación debida. Consiguientemente la norma, en tanto es disposición u ordenación racional, constituye un aspecto de lo formal en la *Ética*. Tiene una índole formal evidente porque es el orden racional mismo, considerado con abstracción de su efectiva participación en la conducta y en el *éthos*.

Sin embargo, la norma no es lo más inmediata o principalmente formal de la *Ética* porque, si bien es ordenación, se trata de una ordenación modélica, que tiene como objeto y función ser encarnada en la conducta y en la disposición del sujeto moral. Como enunciado práctico, la norma es el resultado de un acto mental de ordenación que se plasma en los signos correspondientes. Así, pues, la norma misma no es la forma de la conducta sino una cierta regla extrínseca de la vida moral, la que se constituye como tal por un orden intrínseco, por una concreta disposición u ordenación efectiva al fin.

En consecuencia, nada impide que se examine toda la moral desde el punto de vista normativo, como hacen algunos manuales de Teología Moral, que la exponen en torno de los *Mandamientos*, como tampoco nada impide que se enseñe el Derecho en

función de los códigos, leyes, reglamentos, y sus respectivas exégesis, sistematizaciones, etc. Pero esa perspectiva será incompleta, y puede llegar a ser unilateral y, por lo tanto, científicamente inválida, en la medida en que se deje de lado el meollo del objeto de la Ética (o del Derecho): su materia, que son las conductas, disposiciones, etc., y su estructura formal intrínseca, que en definitiva es un orden a la vez racional y vital, cuyo principio de ordenación es el fin (resolutivamente, el bien común).

6. El orden moral de fines

6.1. La integración necesaria de los órdenes expuestos

Es posible, según se vio, intentar una investigación o exposición de la Ética tomando como punto de vista las virtudes, las normas, y aún las conductas (éste es el camino elegido por ciertas corrientes inspiradas en el existencialismo, y que suelen denominarse “éticas de situación”). Pero se ha visto que una actitud metódica unilateral o reduccionista no se justifica. Es necesario integrar estas perspectivas.

No es posible una visión adecuada de la moral sólo desde la conducta, pues si bien es cierto que en ella se realiza el orden moral más inmediato, también es cierto que no se entiende la conducta moral sino a partir del orden disposicional, de normas y de fines. De manera análoga, no resulta posible captar la significación del orden disposicional si no es en función del orden subjetivo, fines, normas y, en definitiva, de las conductas. Ahora bien, no sólo la conducta moral, sino el orden moral, en su conjunto, es formalmente moral en cuanto se ordena al fin y en cuanto se ordena a la norma. De esta doble ordenación al fin y a la norma resulta la formalidad moral, según ya se dijo.

6.2. El problema del último principio ordenador

Esta multiplicidad de perspectivas, a su vez, sólo puede integrarse ordenadamente en virtud de un principio de ordenación, que en el caso es el fin. Pero tampoco los fines del hombre admiten una visión puramente unitaria, pues si bien hay un fin último, el calificativo *último* indica a la vez que hay fines anteriores o intermedios. Si alguien dijera que hay un solo fin del hombre cometería un error. La prueba está en que hay hombres que subalternan unos fines en función de otros. Hay muchos fines. No todos los fines subordinados son medios. El medio se caracteriza por no ser un bien en sí. El medio es un bien que sólo es bien en función de un fin. Sólo tiene valor de bien porque es apto para procurar otro bien. Pero cuando algo en sí mismo es un bien, sin perjuicio de que se lo ordene a otro, y sin perjuicio de que en cierto aspecto se convierta en medio, el que se ordene a otro fin superior no lo convierte en un *mero medio*. Pongamos un ejemplo. Nada impide que se ponga la salud o el bienestar corporal como un medio para una cosa más importante, como puede ser la virtud moral, la contemplación, etc. Pero de ahí no se sigue que el sentirse bien, el bienestar físico, sea algo valioso sólo como medio, porque es una cierta perfección de la naturaleza del hombre. Si el hombre no fuese naturalmente animal, la salud no

sería un bien natural. El bienestar corporal, la integridad biológica del cuerpo, integra la entelequia humana, aunque como fin secundario, pues el fin principal debe ser correspondiente a la perfección de la parte racional del alma humana. *Aristóteles* –en el Libro Primero de la *Ética*– distingue tres dimensiones de la vida humana, a la que corresponden tres órdenes de fines: la vida biológica, la vida ético-social y la vida teórica²².

Por otra parte, a cada dimensión subjetiva de la *Ética* –el hombre como sujeto individual, como sujeto de una comunidad doméstica y como ciudadano– han de corresponder sendos fines, que deberán tener en cuenta la anterior división en tres planos de la vida humana.

Pero aquí se presenta un problema especialmente difícil. Debe haber un fin último de la vida humana, que sea el principio de ordenación supremo. Dicho fin es la entelequia o perfección humana, que *Aristóteles* designa con la palabra *eudemonía* y que podríamos traducir como *felicidad* o *beatitud*, siempre que no reduzcamos la significación del término a la resonancia afectiva o subjetiva de la perfección vital poseída y que, por el contrario, omite principalmente la dimensión objetiva. Ahora bien, en rigor, hay, para el *Filósofo*, dos fines últimos. En primer lugar, parece evidente que el fin último se identifica con el bien común político, que es el fin inmediatamente adecuado de la vida ético-social (*bíos praktikós*). Pero además debe considerarse la perfección propia del *bíos theoretikós* (vida contemplativa, vida espiritual del *noús*), cuyo objeto último es Dios. Adelantemos aquí una de las ideas más sorprendentes de *Aristóteles*: en el *De Anima*, el conocimiento es caracterizado como un hacerse otro en cuanto otro; no se trata tanto de una asimilación del objeto, sino, a la inversa, de una asimilación del alma por parte del objeto; el alma se hace –objetiva o intencionalmente– el objeto que conoce, que se hace presente inmaterialmente en el signo formal que elabora el alma misma; a su vez, en los dos libros de la *Ética* que dedica a la amistad, el amor es caracterizado por su función unitiva y transformadora del amante en el amado. Teniendo en cuenta esto, si el *bíos theoretikós* tiene por objeto último el conocimiento y el amor de Dios, el fin último de la vida humana consistirá en divinizarse, en hacerse –en la medida de lo posible– Dios, en los actos intencionales de conocimiento y amor. En el Libro X de la *Ética* se afirma explícitamente esto e incluso se alude a un cierto instinto divino en el hombre.

V. Conclusión

Con todo lo dicho puede colegirse la complejidad del orden moral y las dificultades que se suscitan en una investigación que pretenda a la vez respetar la integridad del objeto y un cierto orden sistemático²³.

²² Cf. 1095 b15-1096 a10.

²³ Santo Tomás de Aquino, en la *Suma Teológica*, responde a este orden. Ha sido un gran mérito del *Aquinata* el haber visto esta complejidad estructural, que no pudo desarrollar plenamente en el comentario de la *Ética*, pero sí de una manera analítica en la *Suma*, en perspectiva teológica, integrándolo en una perspectiva todavía mucho más compleja, que incluye las virtudes teologales, las bienaventuranzas, los dones y frutos del Espíritu Santo, la gracia santificante, las gracias actuales, etc.

Ahora bien, conviene intentar ordenar esta multiplicidad de perspectivas, para lo que –en buen aristotelismo– debe recurrirse al punto de vista causal.

Desde este punto de vista, podría afirmarse que la totalidad de la perspectiva del orden responde al objeto formal y de alguna manera lo expresa. Pero hay que advertir matices. Si bien el orden moral vivido indica el objeto formal, lo hace con una inmediata referencia al objeto material; se implica la forma en una específica e inmediata relación a la materia. En el orden moral disposicional hay una especial relación entre el orden formal de la Ética y el orden eficaz, de una parte, y el objeto material, de otra. En el orden moral subjetivo hay asimismo una referencia al objeto material. El orden normativo tiene naturaleza puramente formal, pero extrínseca o ejemplar, pues la norma es causa formal extrínseca del orden moral. Por último, el fin es el principio del orden formal; es la causa final, principio de articulación de todo el orden.

Hay, pues, una perspectiva causal que permite que la multiplicidad de aspectos del orden de la Ética sea a su vez ordenada. Sirve, además, para poner de manifiesto que las dimensiones reseñadas del orden moral no sólo son necesarias sino que además se complementan, sin que resulte posible atender a una sola perspectiva desatendiendo a las demás.

PARTE II

ESTUDIOS DOCTRINALES

**DERECHO, RELIGIÓN Y TOLERANCIA:
REFLEXIONES SOBRE UN DEBATE SIEMPRE ACTUAL**
Law, Religion and Tolerance: Considerations on a Current Debate

Maricruz Díaz de Terán Velasco*

Resumen: En la actualidad es ampliamente aceptado que, en una sociedad compleja como la nuestra, en la que conviven personas con distintas sensibilidades ideológicas, la tolerancia es la mejor fórmula para garantizar que el debate político-social se desarrolle de manera correcta. Sin embargo, en el plano fáctico se producen situaciones que ponen de manifiesto que la manera de llevarla a la práctica no es una cuestión pacífica. El objeto de este artículo es llevar a cabo una reflexión sobre este tema. Ello, a su vez, llevará a plantear la cuestión relativa a qué modelo de sociedad plural es más deseable: un modelo intercultural, en sentido propio, o un modelo de sociedad plural en la esfera privada e indiferente en la esfera de lo público-político. El artículo finaliza con unas valoraciones.

Palabras claves: Derecho - Religión - Tolerancia.

Abstract: Nowadays it is a widely accepted idea that in our intercultural society, where people live with different ideological sensibilities, tolerance is the best way to ensure that the political and social debate develops properly. However, in factual terms, there are situations that show that the way to implement tolerance is not peaceful. The problem becomes more complex when religious beliefs come into play. This paper deals with the idea of which model of plural society is more desirable: a plural model in a broadly sense, or a plural model in the private sphere but indifferent in the public sphere.

Key-words: Law - Religion - Tolerance.

* Profesora del Área de Filosofía del Derecho. Universidad de Navarra. Pamplona. E-mail: mdiazdet@unav.es.

1. Introducción

En la actualidad es ampliamente aceptado que, en una sociedad compleja como la nuestra, en la que conviven personas con distintas sensibilidades ideológicas, la tolerancia es la mejor fórmula para garantizar que el debate político-social se desarrolle de manera correcta¹. Como sabemos, Europa experimenta las consecuencias no sólo de una creciente movilidad poblacional de orígenes diversos, sino también los efectos de su propia escisión cultural². El pluralismo es un hecho y la tolerancia se percibe, en la mayoría de los casos, como un valor.

Sin embargo, en el plano fáctico se producen situaciones que ponen de manifiesto que la manera de implantarla no es una cuestión pacífica. Además, el problema se agudiza cuando entran en juego convicciones religiosas³. La Sentencia dictada en segunda instancia por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso “Lautsi contra Italia” es un claro ejemplo⁴. La resonancia mundial que ha tenido, no sólo esta Sentencia, sino también todo el *íter* jurisdiccional que ha seguido, pone de manifiesto que la *praxis* política y jurídica de la tolerancia no es un tema sencillo.

Entre los posibles motivos de esta situación puede estar la diversidad de modelos de tolerancia que conviven actualmente⁵. Así, frente al concepto clásico, íntimamente unido al cognoscitivismo ético, existe hoy día una fuerte tendencia a

1 No obstante, este planteamiento no es unánimemente aceptado. Discrepan, entre otros, J. de Lucas. [Cf. De Lucas, J. (1992). “¿Para dejar de hablar de la tolerancia?”. En *Doxa*, 11, 117-126; De Lucas, J. (1996). “¿Tiene sentido hablar de tolerancia como principio jurídico?”. En *Isegoría*, 14, 152-163].

2 Cf. Ollero, A. (2009). “Tolerancia e interculturalismo”. En Aparisi, A. y Díaz de Terán, M. C. (coords). *Pluralismo cultural y democracia*. Navarra. Thomson-Aranzadi, 32; De Castro, B. (2009). “¿Tiene límites la tolerancia cultural?”. En Marcos, A. M. (coord.), *Inmigración, multiculturalismo y derechos humanos*. Valencia. Tirant lo Blanch, 51-92; Revenga, M. (2008). *La Europa de los derechos: entre tolerancia e intransigencia*. Madrid. Dykinson; Vázquez, R. (1998). “Derechos de las minorías y tolerancia”. En *Doxa*, 21/2, 463-476; Jiménez de Parga, M. (2003). “Justicia constitucional e inmigración”. En *Persona y Derecho*, 49, 15-32; Ara Pinilla, J. (2003). “El impacto jurídico de la diversidad cultural”. En *Persona y Derecho*, 49, 263-330; Salguero, M. (2004). “Socialización política para la ciudadanía democrática”. En *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 38, 95-114; Kymlicka, W. (2007). “La evolución de las normas europeas sobre los derechos de las minorías: los derechos a la cultura, a la participación y a la autonomía”. En *Revista española de Ciencia Política*, 17, 11-50; Santos, J. A. (2007). “Tolerancia y relativismo en las sociedades complejas”. En *Persona y Derecho*, 56, 177-190; Megías, J. (2008). “Asimilación e interculturalidad en la política de integración social europea. El trasfondo doctrinal”. En *Entelequia*, 8, 73-96; Weiler, J. H. H. (2012). “Descifrando el ADN político y jurídico de la integración europea: un estudio exploratorio”. En *Revista española de Derecho Constitucional*, 32/96, 13-40, entre otros.

3 Cf. Ollero, A. (1997). “Derecho y moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls”. En *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIV, 509-530; Ollero, A. (2001). *Democracia y convicciones en una sociedad plural*. Pamplona. Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta.

4 El caso (“*Lautsi y otros vs. Italia*”), tiene origen en la demanda de Soile Lautsi, que protestó contra la presencia del crucifijo en las clases de sus hijos menores de edad y alumnos de un centro público de Italia. Su demanda fue rechazada por el consejo escolar y por la justicia italiana. La recurrente apeló al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que le dio la razón en primera instancia. El gobierno italiano recurrió el fallo, y la Gran Sala del TEDH lo revocó en el año 2011 (18 de marzo de 2011. Requête, n-30814/06). Sobre este caso puede consultarse, entre otros, Sarteau, C. (2013). *Diritto secolare. Religione e sfera pubblica, oggi*. Roma. Aracne, especialmente 63-77. También, Weiler, J. H. H. (2012). The Crucifix in the Classroom: On Freedom of Religion and Freedom from Religion. *Scripta Theologica*, 44, 187-199.

5 Un amplio estudio sobre el desarrollo histórico del concepto puede encontrarse en Forst, R. (2013). *Tolerance in Conflict. Past and Present*. New York. Cambridge University Press.

interpretar la tolerancia desde una perspectiva pragmática. Según este enfoque, no es posible reconocer bienes o males comunes a todos; todas las visiones omnicomprendivas del mundo son igualmente válidas. Por lo tanto, sólo es posible alcanzar un equilibrio político-social siendo tolerantes y respetuosos con cada una de ellas⁶. Y, en este discurso, el factor religioso se percibe, fundamentalmente, como un obstáculo para la paz social, en cuanto que reclama para el ser humano un horizonte de objetividad y, en definitiva, de verdad⁷.

Pero ¿podemos aceptar que todas las visiones del mundo sean consideradas equivalentes y, en consecuencia, merezcan un idéntico respeto? Quienes responden afirmativamente a esta cuestión lo hacen amparándose en una postura relativista que afirma que algo es bueno o justo, en función de la mera decisión de la autonomía individual⁸. Este planteamiento conduce a una suerte de indiferencia moral, que sostiene –a partir, por otro lado, de la convicción de que el ser humano no tiene capacidad de acceso a la verdad– que, en una sociedad, no existen errores o males intrínsecamente negativos que merezcan combatirse⁹.

Es sabido que el debate se complica aún más cuando al relativismo se une el *laicismo*, con sus exigencias de *separación* radical entre las instancias públicas y las instituciones eclesiales, relegando cualquier manifestación de un sentimiento religioso al ámbito privado¹⁰. Sus defensores argumentan que la sociedad contemporánea se caracteriza por ser laica y pluralista, y los valores en los que se apoya, así como las obligaciones que asumen sus miembros, solo se pueden acordar de manera consensuada, a través de procedimientos democráticos¹¹. En este contexto, las aportaciones religiosas, en cuanto que aspiran a la verdad, y se asientan en una autoridad moral que no está refrendada por los votos, solo pueden ser consideradas parte integrante de la faceta privada de los individuos. Por lo tanto, todas las manifestaciones externas que reflejen contenidos más o menos cercanos a la religión deben quedar excluidas de la esfera pública, ya que se califican como contrarias al verdadero espíritu democrático¹².

6 Cf. Aparisi, A. (2008). "Practical reason, morality and law". En García, A. N.; Silar, M.; Torralba, J. M. (eds.), *Natural Law: Historical, Systematic and Juridical Approaches*. Cambridge Scholars Publishing, 364-377.

7 Cf. Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*. Buenos Aires. EUDEBA; Ferrari, M. A. (2009). "Rispetto della libertà e tolleranza del male". En Araña, J. A. (a cura di). *Libertà religiosa e reciprocità*. Milano. Giuffrè editore.

8 Cf. Aparisi, A. (2013). "El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global". En *Cuadernos de Bioética*, XXIV/2, 201-221.

9 Cf. D'Agostino, F. (2000). *Filosofía del Derecho*. Torino. Giappichelli editore, 228.

10 Debe recordarse en este punto la diferencia entre laicidad y laicismo: "[...] el principio de laicidad (que) exige respeto a la autonomía de las instituciones temporales. Estado y confesiones conciernen al mismo ciudadano, pero tienen ámbitos de acción propios que deben verse beneficiados por una razonable *cooperación* entre poderes públicos y confesiones. No ocurre así cuando la presencia de lo religioso en la vida social no se acoge con la misma naturalidad que la de lo ideológico, lo cultural o lo deportivo, sino que se le atribuye una dimensión de perturbadora crispación que lo haría sólo problemáticamente tolerable. Surge así el *laicismo*, con sus imperativos de drástica *separación* entre poderes públicos e instituciones eclesiales". Ollero, A. (2009). "Tolerancia e interculturalismo". Ob. cit., 25.

11 Incluso para muchos, la misma noción de democracia remite, necesariamente, a un relativismo o equilibrio de opiniones, alejado de la búsqueda de cualquier verdad práctica.

12 Éste constituye, sin duda, uno de los temas más candentes en el debate anglosajón. Pueden consultarse, entre otros, Rawls, J. (1979). *Teoría de la justicia*. Trad. M. D. González. Madrid. Fondo de Cultura Económica; Rawls, J. (1986). "El constructivismo Kantiano en la teoría moral". En *Justicia como equidad*.

Pero al mismo tiempo, no podemos obviar que, en la actualidad, la identidad personal se considera un bien esencial e imprescindible. Por ello, su protección debe ser estrictamente garantizada. Y es evidente que, en muchas ocasiones, la religión ocupa un lugar importante en la conformación de dicha identidad¹³. En este contexto, nos podemos hacer las siguientes preguntas: ¿es posible conciliar el respeto de los tradicionales valores democráticos occidentales, con la protección de las convicciones religiosas? ¿Hasta qué punto es compatible la defensa de un espacio público *no contaminado* *aportaciones de raíz religiosa*, con el respeto a la identidad de las personas, que en gran medida puede estar integrada por convicciones de tipo religioso?

Evidentemente, no es posible aportar aquí una respuesta concluyente a preguntas tan complejas y tan ampliamente debatidas en la última década. Mi intención es mucho más limitada: tan sólo pretendo llevar a cabo una reflexión sobre el tema, partiendo de algunas posturas actuales sobre este problema. Ello, a su vez, también me llevará a plantear la cuestión relativa a qué modelo de sociedad plural es más deseable: un modelo intercultural, en sentido propio, o un modelo de sociedad plural en la esfera privada e indiferente en la esfera de lo público-político¹⁴.

Para llevar a cabo este objetivo parto de tres premisas:

1) En las sociedades plurales, como son las occidentales actuales, la tolerancia es un valor en alza y, en consecuencia, su demanda es cada vez mayor¹⁵.

2) El elemento religioso es, con mucha frecuencia, parte integrante de la identidad de los individuos y las colectividades.

3) En este debate, el concepto de democracia, así como la misma idea de Estado de Derecho, no se pueden rebajar al simple hecho de ejercer, periódicamente, el derecho al voto. Como ha señalado Habermas, “las premisas normativas del Estado democrático constitucional exigen al individuo un mayor compromiso, en la medida en que éste asume el papel de ciudadano del Estado (y, por lo tanto, *autor del Derecho*)”¹⁶. En este contexto, una de las funciones de los gobernantes en un Estado

Materiales para una teoría de la justicia. Trad. M. A. Rodilla. Madrid. Técnos; Rawls, J. (1990). *Sobre las libertades*. Trad. J. Vigil Rubio. Barcelona. Paidós; Rawls, J. (2002). *Justicia como equidad. Una reformulación*. Edición de Erin Kelly, trad. Andrés de Francisco. Barcelona. Paidós; Macintyre, A. (1990). “The Privatization of Good, an inaugural lecture”. En *The Review of Politics*. U. de Notre Dame. Notre Dame-Indiana; Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Trad. J. J. García Norro. Madrid. Eiusa; Finnis, J. (1998). *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press; Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Trad. C. Orrego. Buenos Aires. AbeledoPerrot.

13 Cf. Viola, F. (2009). “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”. En Aparisi, A. y Díaz de Terán, M. C. *Pluralismo cultural y democracia*. Navarra. Thomson-Aranzadi, 113. Como indica B. González Moreno, “en muchos países se ha producido un repliegue convulsivo, un retorno a las tradiciones del pasado, incluso al tribalismo. Somos testigos de un renacimiento religioso generalizado [...]. Tras todo ello subyace la preocupación de que el desarrollo se traduzca en pérdida de identidad, del sentido de la comunidad y el valor personal” [González Moreno, B. (2003). *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*. Madrid. Civitas, 246]. También, entre otros, Habermas, J. y cols. (2009). *Carta al Papa. Consideraciones sobre la fe*. Barcelona. Paidós; McConell, M. (1990). “The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion”. En *Harvard Law Journal*. 103, 1416-1513.

14 Cf. Viola, F. (2009). “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”. Ob. cit., 111 y ss. Viola señala a los Amish como ejemplo de lo que puede suceder si las culturas se encierran en sí.

15 Remito aquí, no obstante, a lo indicado en la nota a pie 1.

16 Habermas, J., “Propongo un aprendizaje entre razón y fe acerca de sus límites”, texto pronunciado el 19 de enero de 2004 en la Academia Católica de Munich. Sobre esto, R. Domingo añade: “Da un punto

de Derecho es, precisamente, respetar el disenso de manera pacífica, con la actitud de sumar voluntades y evitar exclusiones.

2. Aproximación a los distintos modelos de tolerancia

2.1. El modelo pragmático de tolerancia

Al referirnos a la tolerancia como valor jurídico podemos remontarnos a siglos pasados, en concreto, a las guerras de religión. Como consecuencia de la Reforma Protestante, el mundo medieval, hasta entonces caracterizado por la uniformidad religiosa, “se transformó en un mosaico policromado y escasamente pacífico”¹⁷. En este marco, fueron varios los autores que teorizaron sobre la necesidad de una Europa tolerante, en contra de todo género de dogmatismo religioso o de intransigencia¹⁸. Y, aunque en este período histórico se sostenían posturas diversas, sin embargo, todas ellas coincidían en una idea: la aceptación de que la tolerancia tenía límites y, por tanto, no se podía “tolerar todo”. Esta posición, como se puede advertir, presupone un cognoscitivismo ético, es decir, la previa convicción de la existencia de ciertos bienes objetivos, que toda sociedad debe preservar.

No obstante, con la Edad Moderna, el concepto clásico de tolerancia experimentó un cambio al basarse en lo que suele denominarse *no-cognoscitivismo ético*¹⁹. Desde esta nueva perspectiva, poco a poco se fue imponiendo el convencimiento de que no era posible conciliar los diversos valores que precedían al orden del mundo²⁰. Sobre todo, creció “la convicción de que esforzarse por alcanzar la unidad, además de ser inviable tanto en el plano teórico como práctico, ni siquiera era factible desde un punto de vista axiológico, pues implicaba una opción a favor de una discutible *uniformidad ética*, impersonal y represiva”²¹. En este nuevo marco el pensamiento moderno abandonó la metafísica y llegó a la conclusión de que la verdad era una cuestión de consenso; sostenía la imposibilidad de reconstruir la pluralidad en unidad, de reencontrar en la multiplicidad una verdad común²², justificando cada convicción por el simple hecho de existir.

di vista giuridico, la dignità è lo status di ciascun individuo in quanto ‘portatore di diritti’ e ‘creatore della legge’. Dal momento che la dignità è al centro dell’origine della legge, questa ha il dovere di proteggere la dignità nel suo complesso e non solo nella sua dimensione legale. Proteggendo la dignità nel suo complesso, la legge protegge la persona in quanto unità agente che vive in armonia interiore ed esteriore e non in quanto semplice soggetto di alcuni diritti”. Domingo, R. (2013). “Dignità umana senza Dio?” In Cantarabia, M. e Simoncini A. (eds.). *La legge di re Salomone*. Milano, BUR, 156.

17 Robles, G. (2003). “Tolerancia y sociedad multicultural”. En *Persona y Derecho*. 49, 126.

18 Ibidem, 127. Por citar algunos de los autores más relevantes de la época, J. Locke escribió, en Inglaterra, *Carta sobre la tolerancia* (1685) y en Francia también Voltaire se pronunció a favor (cf. *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona. Crítica, entre otros).

19 Para Ollero, sería más preciso hablar de “*escepticismo*: la ética no tiene fundamento real alguno, por lo que difícilmente podrá ser objeto de conocimiento” [Ollero, A. (1997). “Tolerancia y verdad”. En *Revista Chilena de Derecho*. 24/1, 101-102].

20 Cf. Weber, M. (1967). *Il lavoro intellettuale come professione*. Torino, 31, cit. por D’Agostino, F. (2003). *Bioética. Estudios de Filosofía del Derecho*. Madrid. EIUNSA, 17.

21 Ídem. La cursiva es mía.

22 Cf. D’Agostino, F. (2000). *Filosofía del Diritto*. Ob. cit., 262.

En este contexto, frente al concepto clásico, que sostenía que el objeto de la tolerancia era forzosamente una afirmación o un comportamiento equivocado²³, se abogó por una *tolerancia pragmática o relativista*, la cual negaba, o bien la existencia de una verdad real o, en cualquier caso, la posibilidad humana de acceso a ella; por tanto, al no existir errores o acciones intrínsecamente malas, no existían posturas que debiesen ser combatidas, todas debían ser igualmente aceptadas.

Sin embargo, sostener que todas las visiones del mundo son equivalentes y merecen el mismo respeto y tutela, implica caer en una contradicción lógica. Porque, cuando dos visiones recíprocamente contradictorias e incompatibles se enfrentan, lo coherente sería que el tolerante defendiera ambas posturas, contradicción que no puede superarse ni tan siquiera adoptando una actitud de absoluta neutralidad a la hora de compararlas. Esta visión muestra, por tanto, su incapacidad para resolver los problemas con relevancia pública que deben solucionarse escogiendo, necesariamente, entre distintas opciones²⁴. De ahí la afirmación de Ollero de que la consecuencia más inmediata de este planteamiento es que la tolerancia, así entendida, se convierte en algo innecesario, en cuanto que “si nada es verdad ni mentira, no tiene sentido tolerar ni dejar de tolerar”²⁵.

Las exigencias de racionalidad y no-cognoscitividad ética propias de la Modernidad han llegado hasta nuestros días. Es cierto que son muchas las voces que rechazan que en el ámbito de la *praxis* existan realidades objetivas susceptibles de ser captadas a través de la razón²⁶. Por eso, defienden un espacio de lo público que sea neutral (que aquí se identifica con indiferente) respecto de las concepciones que reclaman contenidos materiales para los ciudadanos. Entre estos contenidos se incluyen las convicciones religiosas. En realidad, si algo caracteriza a la religión es su pretensión de verdad. Por eso, cuando tal neutralidad intenta imponerse, la consecuencia lógica y obligada es una creciente exclusión, en el ámbito de lo público, de cualquier elemento que pueda relacionarse con lo confesional o religioso²⁷.

La imposición de este *veto* a lo religioso en la esfera pública provoca que, en muchas ocasiones, la tolerancia tienda a identificarse con el *laicismo*, es decir, con la imposición de una separación tajante entre poderes públicos e instituciones eclesiales²⁸. La paradoja estriba en que la ideología sustentada por el poder acaba cobrando rango de obligada confesión civil. A grandes rasgos ésta es la propuesta

23 Cf. Ollero, A. (2009). “Tolerancia e interculturalismo”. Ob. cit., 32. Se basaba en el reconocimiento de un comportamiento rechazable pero que se permitía excepcionalmente por causas de carácter ético superior.

24 Cf. D’Agostino, F. (2000). *Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 229-230.

25 Ollero, A. (2009). “Tolerancia e interculturalismo”. Ob. cit., 32.

26 *Ibidem*, 24. En otro de sus artículos, Ollero cita a Kelsen como “arquetipo de esta identificación entre tolerancia y la negación a todo principio ético de realidad objetiva que pueda hacerlo racionalmente cognoscible”. Ollero, A. (1997). “Tolerancia y verdad”. *Revista Chilena de Derecho*. 24/1, 102.

27 Cf. Ollero, A. (2012). “Poder o racionalidad. La religión en el ámbito público (en diálogo con la ‘sociedad postsecular’ de Jürgen Habermas)”. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. LXIV/89, 148. Sobre el ámbito de lo público y de lo privado, cf. también de Ollero, A. (1998). “Derecho y Moral entre lo público y lo privado. Un diálogo con el liberalismo político de John Rawls”. En *Estudios públicos*. Santiago de Chile. 69, 19-45.

28 Cf. Ollero, A. (2009). “Tolerancia e interculturalismo”. Ob. cit., 25.

francesa: en nombre de la llamada *laïcité* se hace a todos, teóricamente, iguales ante el Estado; las condiciones de *creyente* y *ciudadano* tienden a presentarse como enfrentadas²⁹.

Entre las razones que justifican este planteamiento, además de las ya mencionadas, se añade una más: la que afirma que es arriesgado e, incluso, peligroso permitir que los planteamientos éticos demasiado serios y fundados –y todos los que dejen adivinar un trasfondo religioso lo serían– se proyecten sobre lo público, por el riesgo de conflictividad social que pueden acarrear³⁰. Y, como refuerzo a este argumento, se alegan algunas experiencias de nuestra época (por ejemplo, situaciones en las que las convicciones se han impuesto por la fuerza). Por ello, algunos se inclinan a creer que, tal vez, la desaparición de las convicciones sea una condición necesaria para lograr una sociedad pacífica.

Pero ¿es posible encontrar una propuesta civil que no se fundamente directa o indirectamente en alguna convicción? Coincido con Ollero³¹ en que esta actitud es muy difícil de lograr, porque todos tenemos convicciones, pudiendo ser éstas ideológicas o religiosas. Y es que el problema no es tener una convicción, o que ésta sea desacertada, sino aplicarla fanáticamente, ya que, ciertamente, tal forma de vivirla puede implicar conflictos sociales. Y ello, lógicamente, justifica el temor de muchos ante las convicciones sólidas³². Pero como vengo señalando, conviene no confundir la existencia de convicciones personales con el fanatismo.

Dicha identificación no está justificada, ya que el fanático ambiciona algo que una persona con convicciones sabe que carece de sentido: *obligar a alguien a admitir alguna idea, por absolutamente válida que sea, o así se anuncie*. La persona con convicciones posee sus propios criterios, pero sabe que, para que un determinado planteamiento pueda ser asumido como propio, es necesaria la mediación de una reflexión crítica personal, desde la libertad individual³³. En pocas palabras, el fanático impone, el convencido propone.

No cabe duda de que nos encontramos ante uno de los mayores debates sociales de nuestros días. Ahora bien, como ya se ha indicado, el modelo de tolerancia pragmática no parece que pueda solucionar los conflictos con dimensión pública que, para resolverse, requieren escoger entre posibilidades discordantes e, incluso, enfrentadas. Entiendo que sólo contando con un fundamento objetivo –no evidente,

29 Cf. Ollero, A. (1997). “Tolerancia y verdad”. Ob. cit., 100. Como se viene defendiendo en el texto, la indiferencia ante el sentimiento religioso no se traduce en una actitud neutral ante la religión. Sobre este argumento, cf., entre otros, Domingo, D. (2014). “The Metalegal God”. En *Ecclesiastical Law Journal*. 16/2, 147-167. Sobre el tratamiento que se da a la cuestión en los Estados Unidos, puede consultarse, entre otros, Koppelman, A. (2013). *Defending American Religious Neutrality*. Cambridge. London. Harvard University Press.

30 Cf. Ollero, A. (1998). “Tolerancia, fundamentalismo y laicismo”. En D’Agostino, F. (a cura di), *Ius divinum. Fundamentalismo religioso ed esperienza giuridica*. Torino. Giapichelli Editore, 203-204.

31 Cf. Ollero, A. (2005). *España, ¿un Estado laico? La libertad religiosa en perspectiva constitucional*. Madrid. Thomson-Civitas, 25-26. También, Pastor García, L. M. (2008). “Creencias religiosas y quehacer bioético”. En *Cuadernos de Bioética*, XIX, N° 3, 485-494.

32 Cf. Ibáñez-Martín, J. A. (1998). “¿Educar en convicciones atenta contra el espíritu democrático?”. En D’Agostino, F. (a cura di). *Ius divinum...* Ob. cit., 153-154.

33 Cf. Ollero, A. (1997). “Tolerancia y verdad”. Ob. cit., 104-105.

sino de *comprensión laboriosa*— cabría superar esta situación³⁴. Y, en este proceso, puede ser interesante retomar el modelo clásico de tolerancia.

2.2. *El modelo clásico de tolerancia*

Como ya he indicado, la tolerancia, en sentido clásico, no pretende identificarse con neutralidad, porque entraña proponer la verdad, renunciando a imponerla³⁵. Pero dicha renuncia no exige, ni remotamente, comprometerse a negarla o a ignorarla. Este modelo presupone, por partida triple, el cognoscitivismo ético³⁶:

- a) Parte de que existen realidades objetivas susceptibles de ser captadas por la razón³⁷. Por ese motivo, el objeto de la tolerancia es, forzosamente, una afirmación errónea o una conducta rechazable: la tolerancia lleva a permitir generosamente lo que en justicia habría que prohibir.
- b) El fundamento objetivo que justifica esa excepción es el respeto a la dignidad humana.
- c) Y la consecuencia inmediata que de ello se deriva es que no todo se puede tolerar. Como ya se ha señalado, ningún teórico del modelo clásico de la tolerancia ha dejado de asumir la existencia de un límite a lo tolerable. Y es que hay cosas que objetivamente nunca podrán tolerarse³⁸. Precisamente, la existencia de lo intolerable es lo que da valor a lo que se puede tolerar.

Como vengo afirmando, por muy tolerante que una sociedad sea, su adecuado funcionamiento exige el establecimiento de unas mínimas exigencias de justicia de obligado respeto. Y en este contexto es donde el Derecho tiene un papel protagonista, ya que, entre otras cosas, existe para procurar una buena convivencia. Por eso se presenta siempre como un mínimo ético. Asimismo, la creación de normas debe sustentarse en la existencia de una opinión pública libre³⁹.

En este contexto, la tolerancia no puede ir ni desvinculada de la búsqueda de la verdad, ni separada de la libertad. El problema está en delimitar el ámbito de lo jurí-

34 Cf. Ollero, A. (2009). "Tolerancia e interculturalismo". Ob. cit., 34.

35 Cf. Ollero, A. (1997). "Tolerancia y verdad". Ob. cit., 104. Quizás aquí habría que matizar que entender así la tolerancia no significa imponer la verdad. Por definición, en una sociedad tolerante, la verdad no se impone, la verdad se argumenta con convicción. Es la misma idea que Juan Pablo II, en su V Viaje a Madrid (3-4 mayo 2003), propuso a los jóvenes, cuando les animó a que testimoniasen con su vida, que "las ideas no se imponen, sino que se proponen" (<http://www.conferenciaepiscopal.es/JuanPabloII/spain/papajovenes.htm>).

36 Cf. Ollero, A. (2009), "Tolerancia e interculturalismo". Ob. cit., 24 y ss.

37 Ídem. Sobre las consecuencias de imponer las convicciones, cf. la interesante aportación de Santos, J. A. (2014). *Los olvidados del nacionalsocialismo. Repensar la memoria*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

38 Íbidem, 32-33. Ollero menciona la esclavitud, los sacrificios humanos o el canibalismo. La lista podría alargarse, con ejemplos como la pederastia o la explotación de mujeres.

39 Cf. Ollero, A. (2008). "¿Puede no imponer convicciones el Derecho?". En Elósegui, M. y Galindo, F. (eds.). *El pensamiento jurídico. Pasado, presente y perspectiva*. Zaragoza. El Justicia de Aragón, 774.

dicamente relevante de lo que no lo es, tarea harto complicada⁴⁰. En cualquier caso, hay que recordar que, al menos desde una perspectiva procedimental, el Derecho, como forma de saber práctico, presupone la existencia previa de ciertas verdades. Éstas deben ser buscadas en común, a través del debate y del diálogo. Como señala MacIntyre, en su crítica a Rawls, “una precondition necesaria para la posesión por una comunidad de una adecuadamente compartida racionalidad fundante de las normas morales, es la necesaria posesión de una concepción del bien humano racionalmente justificable [...] el respeto y la adhesión a esa compartida concepción del bien humano ha de ser institucionalizada en la vida de esa comunidad”⁴¹. Siguiendo a Aparisi, se podría afirmar que la existencia de estas verdades previas es lo que da verdadero sentido al diálogo, entendido como algo más que la búsqueda de un mero consenso fáctico.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el diálogo es una experiencia única y profundamente humana, que exige un reconocimiento mutuo entre quienes participan. En realidad, la fe en el valor de la persona es una de las principales características de la ética pública de nuestro tiempo. En consecuencia, no puede haber Derecho sin tolerancia, es decir, sin la disponibilidad al diálogo entre las partes. Tampoco hay proceso judicial que no se sitúe en el pleno respeto hacia las personas, que son sus protagonistas. Por ello, se puede afirmar que entre Derecho y persona existe un nexo inescindible. Y, así, la democracia ha depositado en el Derecho la esperanza de ser una de las herramientas más consistentes de comunicación universal, efectiva y no violenta entre las personas⁴².

En este contexto, podríamos afirmar que el Derecho se nutre, estructuralmente, de la síntesis entre pluralismo y tolerancia. Dicha síntesis, si bien no podrá darnos indicaciones operativas unívocas para resolver todos los problemas y conflictos interpersonales y sociales que necesariamente se plantean, sí que es una razón a la que no se puede renunciar para individualizar, en la experiencia jurídica, la dimensión de la justicia⁴³.

En definitiva, todo proceso de elaboración jurídica no debe sentirse desvinculado de la necesidad de asumir como verdadera una determinada idea previa del hombre y del bien humano⁴⁴. En realidad, si se niega la existencia de una realidad objetiva accesible por la razón, si se prescinde de la remisión a unos mínimos de justicia objetivables que tienen al ser humano como protagonista, el Derecho corre el riesgo de quedar reducido a un mero respaldo numérico, a una decisión arbitraria o a una emoción compartida⁴⁵.

40 No obstante, sin negar la complejidad de esta labor, el intento de delimitar los perfiles de unos principios de justicia objetiva y de la salvaguarda de la dignidad humana nos pueden servir de guías.

41 MacIntyre, A. (1990). “The Privatization of Good, an inaugural lecture”. Ob. cit., 52/3, 351.

42 Cf. D’Agostino, F. (2000). *Filosofía del Derecho*. Ob. cit., 231-232.

43 Ídem.

44 Cf. Llano, C. (1997). *Dilemas éticos de la empresa contemporánea*. México. Fondo de Cultura Económica, 20.

45 Cf. Ollero, A. (2008). “¿Puede no imponer convicciones el Derecho?”. Ob. cit., 776.

3. Las convicciones religiosas en el debate público

La cuestión sobre el lugar que la religión debe ocupar en el debate público es hoy día ineludible. Como sabemos, hay quienes, al modo rawlsiano, defienden que el ámbito institucional debe entenderse en un sentido puramente procedimental, es decir, neutral respecto a los valores culturales, entre los que incluyen los religiosos⁴⁶, de modo que el juego de las diferencias quede libre en el plano de la sociedad civil. El maridaje entre relativismo y laicismo defiende que la presencia de lo religioso en la vida social no debe aceptarse con la misma naturalidad con que se acoge lo ideológico⁴⁷, exigiéndose una privatización de toda creencia religiosa, y confinando lo religioso al ámbito de lo privado⁴⁸. Con ello, en realidad, se está afirmando que lo ideológico es parte de la identidad de la persona y de su autonomía moral, y no así lo religioso.

Pero, a mi juicio, este confinamiento de lo religioso, incluidas sus propuestas morales, al ámbito de lo privado, estigmatiza las convicciones de los creyentes frente a las de los no creyentes y, en definitiva, los discrimina injustificadamente. Porque, o bien sólo los creyentes tienen convicciones o bien se privilegia de manera discriminatoria a aquellos cuyas convicciones no están emparentadas con determinadas confesiones religiosas⁴⁹. No encuentro razones que, en una sociedad democrática como la nuestra, que reconoce el pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico, justifiquen esta argumentación. Todo lo contrario: la importancia que la religión ocupa en la consolidación de la identidad personal es una realidad constatable *de facto*: las religiones suponen un potente factor cultural, histórico, constituyendo un fuerte sistema de valores con los que muchas personas se identifican. El fenómeno religioso inspira, orienta, guía⁵⁰. En este punto es interesante recordar que algunas características de la democracia liberal han tenido un innegable origen cristiano. Así, por ejemplo, como señala Viola, la abolición de la esclavitud en los Estados Unidos se debió más a la aportación del puritanismo que a la idea iluminada de igualdad⁵¹.

Si al ciudadano, en cuanto tal, se le obliga a desprenderse de sus identidades prepolíticas, la propia política se convierte para él en algo poco interesante, como de hecho está sucediendo. En realidad, los valores son principios ético-políticos, es decir, no son una doctrina política ya consumada y definitiva, sino un *ir haciéndose*, que debe articularse como respuesta a cuestiones sociopolíticas concretas. Son decisiones que exigen una conveniente interpretación y argumentación, así como el aporte de sucesivos valores que se alcanzan por medio del discurso público y la confrontación entre identidades culturales, religiosas, individuales y colectivas, pre-

46 No voy a entrar a analizar si los valores religiosos son culturales u otra cosa, porque es un tema que excede el objetivo que me he propuesto en este trabajo. Sobre esta cuestión puede consultarse, Viola, F. (2009). "El papel público de la religión en la sociedad multicultural". Ob. cit., 111 y ss. Cf. también Rawls, J. (2001). *Justice and Fairness. A Restatement*. Cambridge. The Belknap Press of Harvard University Press y (2005). *Political Liberalism*, 2ª Ed. Nueva York. Columbia University Press.

47 Cf. Aparisi, A. (2011). *Persona y género*. Navarra. Thomson Reuters-Aranzadi.

48 Cf. Ollero, A. (2008). "¿Puede no imponer convicciones el Derecho?". Ob. cit., 776.

49 *Ibidem*, 780.

50 Cf. Dalla Torre, G. (1998). *Le frontiere della vita*. Roma, 193-194.

51 Viola, F. (2009), "El papel público de la religión en la sociedad multicultural". Ob. cit., 118.

sentes en un determinado contexto sociopolítico⁵². Por ello, excluir a las personas que posean convicciones religiosas del debate público-político significaría cercenar el constitucionalismo y la democracia, y descender hacia una alternativa peligrosa: o a una neutralidad interpretada como indiferencia religiosa⁵³, o una laicidad entendida como religión civil *a lo Rousseau*⁵⁴.

4. Valoraciones finales

Es cierto que una sociedad democrática exige un Estado neutral. Pero neutral, a mi entender, no debe interpretarse como indiferente ante las convicciones de sus ciudadanos. Todo lo contrario: lo que una sociedad política intercultural debe reclamar es un Estado imparcial, es decir, instituciones políticas que no excluyan de la deliberación pública los argumentos religiosos por el simple hecho de ser tales. Sólo cuando éstos, u otros con diferentes orígenes, se hagan valer públicamente de modo irrespetuoso con los principios del constitucionalismo y de la democracia, entonces deberán quedar al margen⁵⁵. Tratar a los ciudadanos con creencias religiosas como si no las tuviesen no es una actitud neutral. Es, más bien, un modo de discriminar, favoreciendo a quienes no tienen creencias religiosas frente a quienes sí las tienen. Por eso, hacer especial hincapié en la neutralidad ante las convicciones religiosas de los ciudadanos puede tener consecuencias injustas⁵⁶.

Una de las grandes aportaciones europeas a la civilización universal es la convicción de que lo político debe estar fundado y sometido a la razón, la fuerza a la justicia. La razón es el punto de encuentro entre creyentes y no creyentes. Ambos coinciden en que es la capacidad humana más poderosa para alcanzar el bien⁵⁷. Pero esto sólo puede lograrse si la voluntad de los gobernantes, al asumir la dirección del Estado, se centra

52 En este horizonte de pensamiento, F. Viola sitúa también la concepción del “pluralismo comprensivo” de Rosenfeld, que no puede discutirse aquí. Cf. Rosenfeld, M. (2000). “Comprehensive Pluralism is neither an Overlapping Consensus nor a Modus Vivendi”. En *Cardozo Law Review*. 21, 1971-1997 y también, sobre la misma cuestión, (2000). “Human Rights, Nationalism, Multiculturalism”. En *Cardozo Law Review*. 21, 1225-1242.

53 Pero, como señala F. Viola, ésta no es la única concepción de la neutralidad, ni siquiera la única de la postura liberal. Cf. Mack, E. (1988). “Liberalism, Neutralism, and Rights”, ahora en Sadurski, W. (1992). *Law and Religion*. Dartmouth, 13-27. Aldershot y Pastore, B. (1997). “Quali fondamenti per il liberalismo? Identità, diritti, comunità politica”. En *Diritto e società*, 3, 403-442.

54 Cf. Viola, F. (2009), “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”. Ob. cit., 123-124.

55 *Ibidem*, 125. Evidentemente, si la creencia religiosa se convierte en una manifestación deformada de violencia contra el ser humano, si se cierra al diálogo con otras religiones, se absolutiza ella misma y, en ese caso, no puede ser tolerada. Ella misma se convierte en *intolerante* y, en consecuencia, *intolerable*. Existe, por tanto, un límite insuperable en el respeto a una manifestación religiosa: no se pueden tolerar las religiones que violan la dignidad humana. [Cf. Palazzani, L. (2003), “Problemi bioetici e biogiuridici nella società multiétnica”. En Campagnoni, F. e D’Agostino, F. (Eds.) *Il confronto interculturale: dibattiti bioetici e pratiche giuridiche*. Milano. San Paolo, 30-31].

56 Cf. Domingo, D. (2014). “The Metalegal God”. Ob. cit., 16/2, 147-167. Según la fórmula clásica (*ius suum cuique tribuere*, Ulpiano. *Digesto*. 1, 1, 10), la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo, por tanto, dar a todos lo mismo no será un acto justo. Lo justo será dar a cada uno lo que le corresponde. De este modo, tratar a los creyentes como si fuesen no creyentes fomenta la uniformidad, pero no la justicia, esto es, un tratamiento igual a todos y cada uno.

57 *Ibidem*.

en unir voluntades, siendo, entre otras cosas, imparciales en el reparto de las cargas y beneficios⁵⁸. El ser humano debe mucho de su identidad a su relación con el grupo al que pertenece, si bien su pertenencia a uno o varios grupos no agota su ser. Cada uno es dueño de su propia vida, en la medida en que, personalmente, la orienta hacia unos objetivos concretos. Esa vida propia, esa identidad privativa de cada persona, es algo esencialmente moral, que se basa en cómo cada uno interpreta las voces de su conciencia. Por eso, en mi opinión, entre las primeras obligaciones de una sociedad democrática debe estar, necesariamente, la de respetar el foro de la conciencia de cada uno de sus miembros, ya que ahí es donde se perfila la felicidad a la que individualmente se aspira⁵⁹. Y respetar el foro de la conciencia implica que la persona que desee participar en el debate público, según sus convicciones, no se encuentre ante la desagradable alternativa de poder participar en él, a costa de asumir un lenguaje que niegue valor a la trascendencia y a las convicciones religiosas, o rehusar a traicionar sus convicciones, quedando así injustamente apartada de la discusión pública democrática⁶⁰.

En definitiva, una sociedad política debe ser consciente de que los valores que la inspiran no son algo espontáneo, sino el resultado de todo un proceso histórico de evolución y progreso en madurez. Pero dicho proceso no ha concluido. Por ello, la sociedad actual, con sus características propias, debe estar abierta al reconocimiento de las diferencias y, por tanto, también a las diversas identidades y convicciones de sus miembros. Aunque, para lograrlo, no podemos prescindir de una deliberación pública, abierta a todos, no excluyente. Y en este aspecto, si no se quieren desperdiciar recursos esenciales para la consolidación de la democracia –y, en definitiva, para el avance de la justicia y la paz social–, habrá que ser especialmente cuidadosos con la aportación de las religiones⁶¹. Más aún, como tantas veces se ha puesto de manifiesto⁶², allí donde no se reconozca la libertad religiosa, en todos sus aspectos fundamentales –y parece razonable que opinar y contribuir al debate público según las propias convicciones forma parte de esos aspectos fundamentales–, no existe una auténtica democracia. Con otras palabras, del mismo modo que un sistema jurídico o un modelo constitucional no deberían nunca representar un obstáculo para la dignidad humana, tampoco debería ser nunca un obstáculo para las convicciones religiosas de los ciudadanos, en cuanto que son expresión de la dignidad humana⁶³.

58 Cf. Ibáñez-Martín, J. A. (1998). “¿Educar en convicciones atenta...?”. Ob. cit., 147.

59 *Ibidem*, 161.

60 *Ibidem*, 149.

61 Cf. Viola, F. (2009). “El papel público de la religión en la sociedad multicultural”. Ob. cit., 138.

62 Incluso se podría afirmar, coincidiendo con Viola, que cada cultura, en el sentido estricto del término, no sólo tiene un origen religioso sino que su dureza y fuerza identitaria va unida a la persistencia y vitalidad de su base religiosa. Afirmación que, sin duda, podría considerarse osada. No obstante, lo cierto es que, a mi juicio, siempre hay algo de religioso en la totalidad del sentido que una cultura pretende conferir y legar a los que a ella pertenecen. Podría irse más allá y decir que existe algo de *sacro* en toda cultura, también en aquellas que no creen en un Ser Supremo. Cf. Viola, F. (2009). “El papel público de la religión...”. Ob. cit., 113. Consecuentemente, reconocer y respetar a una cultura debería implicar, en primer lugar, reconocer y respetar su alma religiosa.

63 Cf. Domingo, D. (2013). “Dignità umana senza Dio?”. Ob. cit., 156. Añade: “Dal momento che la religione è anch’essa un’espressione della dignità umana, la legge deve proteggere la religione in quanto bene fondamentale. Protegendo la religione, la legge protegge la dignità, e così facendo protegge se stessa. La sfera d’azione della religione è diversa da quella della legge, ma esse hanno un punto d’incontro e devono agire in armonia, conformemente all’unità della persona”.

LOS BUQUES PÚBLICOS Y EL DERECHO INTERNACIONAL CONTEMPORÁNEO: EL CASO DE LA “FRAGATA ARA LIBERTAD”

*Public Ships and Contemporary International Law:
the case of “Fragata ARA Libertad”*

Leopoldo M. A. Godio*

Resumen: El Derecho del Mar constituye, históricamente, uno de los puntos sobresalientes en la evolución y actualidad del Derecho Internacional ya que, incluso, su aparición y gestación precede a los mismos Estados. En ese sentido, a partir de la denominada “batalla de los libros”, el mar ha sido objeto de arduos y permanentes debates que pueden reflejarse, casi en su totalidad, en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, realizada entre 1973 y 1982. Sobre estas consideraciones, la propuesta del presente trabajo es analizar una de ellas, como lo es la inmunidad de los buques de guerra extranjeros durante su estadía en puertos de otros Estados. Si bien *a priori* la cuestión no se manifiesta como compleja, lo cierto es que a 200 años del Schooner *Exchange*, su debate ha reaparecido, especialmente, a partir del caso de la Fragata ARA Libertad. En razón de lo expuesto, comenzaremos con una breve conceptualización jurídica de los buques y su clasificación, para luego examinar el régimen de inmunidad que poseen los buques de guerra extranjeros y las características que presenta la relación entre éste y el Estado ribereño local. Posteriormente, consideraremos estos aspectos a la luz del caso referido para, finalmente, formular algunas reflexiones considerando todo lo analizado en su conjunto.

Palabras claves: Buque de guerra extranjero - Inmunidad - Derecho del Mar - Puertos y aguas interiores.

Abstract: The Law of the Sea forms, historically, one of the most outstanding points in the evolution and present of the international law due to the fact that, even its

* Abogado y Magíster en Relaciones Internacionales por la Universidad de Buenos Aires. Docente de Derecho Internacional Público (UCA). Miembro Titular de la AADI e investigador adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho, UBA). Miembro del Instituto de Derecho Internacional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional del CARI, entre otras instituciones. Contacto: leopoldogodio@uca.edu.ar.

appearance and preparation precede the States. In this regard, as of the so called “battle of the books”, the sea has been object of hard and permanent debates that may be reflected, almost completely in the Third United Nations Conference on the Law of the Sea, held between 1973 and 1982. On this basis, this work’s proposal is to analyze one of them, the immunity of foreign warships during their stay in other States’ harbours. While this matter does not a priori appear as complex, the truth is that 200 years after *Schooner Exchange*, its debate has reappeared, especially since the *Fragata ARA Libertad* case. In view of the above, we shall begin with a brief legal conceptualization of ships and their classification, to examine later on the immunity system that foreign warships have and the characteristics of the relation between same and the local coastal State. Afterwards, we shall consider these aspects in the light of the referred case to, finally, come to some considerations that arise from the whole analysis.

Key-words: Foreign warships - Immunity - Law of the Sea - Ports and national waters.

I. Introducción

La evolución y actualidad del Derecho Internacional, particularmente del Derecho del Mar, ha generado arduos debates doctrinales a partir de la tesis del *Mare Liberum*, formulada por van Groot durante el siglo XVII y la antítesis expuesta por Selden, en 1635, con la obra *Mare Clausum seu de Dominio Maris Libris Duo*. Sin dudas, este debate ha permanecido hasta nuestros días y puede verificarse, casi en su totalidad, en la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, realizada entre 1973 y 1982.

Numerosos estudios académicos podrían formularse respecto de la soberanía de los Estados y el Derecho del Mar; sin embargo, su número se reduce considerablemente si se incluye al buque como objeto central de análisis, apareciendo la inmunidad de los buques de guerra como un tema inevitable. En razón de lo expuesto es que el objeto del presente trabajo es analizar la estadia de los buques de guerra extranjeros en puertos y aguas interiores de otros Estados.

Históricamente, la inmunidad de estos buques ha sido de gran interés para los publicistas del Derecho Internacional gracias al *leading case* del *Schooner Exchange*¹. No obstante, su debate ha reaparecido en nuestros días, especialmente, a partir del caso de la *Fragata ARA Libertad* suscitado en 2012. Asimismo, debe advertirse que algunas nociones, como “actividades militares” y “buques”, requieren de una breve conceptualización jurídica, para luego examinar el régimen de inmunidad que poseen los buques de guerra extranjeros en los espacios señalados, de conformidad con el Derecho Internacional contemporáneo y a la luz del caso referido.

Finalmente, realizaremos algunas reflexiones a modo de conclusión.

1 *The Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. 116 (1812). Disponible en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/11/116/case.html> (consultado el 1-5-2013).

II. Las actividades militares. Conceptualización

Respecto al uso de los mares y océanos con fines militares, Vukas afirma que la Tercera Conferencia empleó la ambigua expresión de “actividades militares” para referirse a la navegación de buques de guerra, maniobras navales, construcción de islas artificiales, instalaciones, estructuras y dispositivos con propósitos militares, así como la investigación científica marina con el mismo fin². El mismo jurista destaca que, en algunos casos, la distinción entre actividades civiles y militares provoca dificultades, incluso en la letra de la misma Convención. De hecho, el término “actividades militares” sólo es mencionado una vez, en el artículo 298.1(b), que expresa:

“[...] 1. Al firmar o ratificar esta Convención o adherirse a ella, o en cualquier otro momento posterior, los Estados podrán, sin perjuicio de las obligaciones que resultan de la sección 1, declarar por escrito que no aceptan uno o varios de los procedimientos previstos en la sección 2 con respecto a una o varias de las siguientes categorías de controversias:
[...] b) Las controversias relativas a actividades militares, incluidas las actividades militares de buques y aeronaves de Estado dedicados a servicios no comerciales, y las controversias relativas a actividades encaminadas a hacer cumplir las normas legales respecto del ejercicio de los derechos soberanos o de la jurisdicción excluidas de la competencia de una corte o un tribunal con arreglo a los párrafos 2 o 3 del artículo 297”.

Al respecto, coincidimos con Vukas al entender que, desafortunadamente, la falta de definición de las “actividades militares”, tanto en la misma disposición de la Convención como en las declaraciones de los Estados que rechazan los procedimientos obligatorios en relación a estas actividades, requiere abordar el significado del término a la luz del borrador que diera origen a la norma referida.

Vukas, precisamente, refiere que el primer borrador informal (el ISNT, por sus siglas en inglés) aclaraba, en materia de solución de controversias, que las actividades de buques y aeronaves militares de un Estado y aquellas dedicadas a servicios no comerciales no serían consideradas necesariamente actividades militares³, aunque posteriormente, ante la insistencia de los Estados ribereños en ocasión de debatirse el texto integrado oficioso de Negociación (el *Informal Composite Negotiating Text*, ICNT), se terminó de estructurar la disposición del artículo analizado.

En definitiva, a partir del texto final de la Convención, podemos afirmar que las actividades militares comprenden las acciones militares realizadas por buques de guerra y aeronaves militares, incluyendo también a aquellos buques y aeronaves del Estado dedicados a servicios no comerciales, sin perjuicio de que estas actividades pueden ser facultativamente excluidas de los procedimientos obligatorios de solución de controversias por vía del artículo 298.1(b) de la Convención⁴.

2 Cf. Vukas, B. (1990), “Military Uses of the Sea and the United Nations Law of Sea Convention”. En Vukas, B., *Essays on the New Law of the Sea 2* (401). Zagreb. Sveucilisna Naklada Liber.

3 Cf. art. 18, párr. 2(c) of A/CF.62/WP.9, 21 July 1975. Reproducido en *UNCLOS III, Official Records*, Vol. V (115). Cf. Vukas, B., *Essays on the New Law of the Sea 2* (402). Ob. cit.

4 No obstante lo anterior, Oxman afirma con razón que algunas actividades no pueden no exceptuarse del procedimiento como aquellas referidas a la piratería (art. 107), el derecho de visita (art. 110), el dere-

III. Los buques de guerra. Concepto, caracteres y particularidades. La inmunidad del buque representativo del Estado y la jurisdicción del Estado ribereño en puertos y aguas interiores

III.a) Concepto, caracteres y particularidades de los buques. Buques públicos. Buques de guerra

Los buques, construcciones flotantes destinadas a navegar con un régimen jurídico propio⁵, cuentan con ciertos atributos: nombre (con el que se lo individualiza), clase (ej.: público o privado), domicilio (el puerto de matrícula), tonelaje, registración (matrícula) y nacionalidad⁶. En ese sentido, su carácter de público o privado, junto con su nacionalidad, constituyen dos atributos esenciales aunque su reconocimiento no estuvo exento de debates⁷.

Continuando con nuestro último razonamiento, los buques son construcciones flotantes sujetas a la voluntad del hombre que cumplen distintas funciones, principalmente como medio de transporte comercial, pesca, investigación científica marina, patrullaje costero y defensa de soberanía, para mencionar algunas. Debido a esta funcionalidad que poseen, aparece necesario que, ante la posibilidad de atravesar grandes distancias del mar y numerosas jurisdicciones estatales, éstos requieran de una personalidad, *sui generis*, que reconociese necesariamente un nombre, un domicilio y, por ende, una nacionalidad.

Sin embargo, no cabe atribuir personalidad a los buques dentro de las categorías de personas físicas y jurídicas, toda vez que el buque en sí mismo no constituye una asociación, una sociedad y ni siquiera una entidad compuesta por seres humanos⁸, sino un bien mueble registrable ajeno a la teoría de la ficción que carece de voluntad colectiva e individual y, por ende, no puede ser sujeto de derecho, sino simplemente un objeto de relaciones jurídicas.

En este punto cabe preguntarse: ¿quién posee derechos y obligaciones respecto de los buques? La respuesta aparece evidente: el propietario o el armador del buque y, excepcionalmente, el capitán del mismo en casos puntuales.

En razón de lo expuesto, la personalidad de los buques es consecuencia de una necesidad jurídica convencionalmente útil. Al respecto Bonfils expresa: “Una de las

cho de persecución (art. 111) y el ejercicio de las competencias originadas por la contaminación del medio marino (art. 224). Cf. Oxman, B. H. (1984). “The Regime of Warships Under the United Nations Conventions on the Law of the Sea”. En *Virginia Journal of International Law*, Vol. 24 N° 4, 823.

5 Al respecto, ver Simone, O. B. (1996). *Compendio de derecho de la navegación* (180 y ss.). Avellana-da. Ábaco Depalma.

6 *Ibidem* (190 y ss.). Respecto a la nacionalidad, Rousseau afirma que el buque puede poseer solamente una. Cf. Rousseau, Ch. (1966). *Derecho Internacional Público* (421). Barcelona. Ariel. Para un análisis concluyente del vínculo genuino del buque y del Estado del pabellón, se sugiere Cogliati-Bantz, V. (2010). “Disentangling the ‘Genuine Link’: Enquiries in Sea, Air and Space Law”. En *Nordic Journal of International Law*, Vol. 79, N° 3.

7 Particularmente en el marco de la Conferencia de Codificación de la Haya de 1930 que deliberó exclusivamente, en materia de nacionalidad, respecto de las personas físicas, incorporándose posteriormente las personas jurídicas, particularmente a través del instituto de la protección diplomática. Cf. Díaz Cisneros, C. (1966). *Derecho Internacional Público* (52). Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina.

8 *Ibidem* (53).

garantías que ofrece el Derecho Internacional al intercambio marítimo, y no la menos importante, se halla en la *nacionalidad que todo navío debe poseer*. Para gozar de la libertad de los mares, practicar libremente su ruta, no atraer la sospecha de piratería, *debe tener una nacionalidad y estar en condiciones de probarla*⁹.

Asimismo, los buques pueden clasificarse en públicos y privados. En la materia que nos interesa, se reconocen como buques públicos aquellos que presten funciones o actividades oficiales del Estado, en cumplimiento de sus atribuciones y actos soberanos mediante servicios públicos o misiones oficiales, categoría que comprende, sin dudas, los buques militares¹⁰.

Rousseau afirmaba que “[...] no existe una definición convencional internacional del barco de guerra. Pero la mayoría de las definiciones [...] se inspira en criterios análogos”. El mismo jurista sostiene que, según la opinión generalizada, “[...] un barco de guerra se reconoce por los siguientes caracteres: a) formar parte de la marina militar del Estado (por ejemplo, estar inscrito en la lista oficial de la Armada); b) ser mandado por un oficial en servicio activo de la Marina del Estado; c) llevar una dotación compuesta de miembros de la Marina de Guerra, y d) estar autorizado a enarbolar el pabellón nacional y la bandera de combate”¹¹.

Por otra parte, Simone sostiene, al plantear la necesidad de diferenciar los buques militares de los buques de Estado destinados al comercio, que su distinción se encuentra en la Convención de Bruselas de 1926, relativa a la inmunidad de buques de Estado. Al respecto expresa que dicha Convención:

“[...] establece el principio de que los buques de mar pertenecientes o explotados por los Estados, así como los cargamentos y pasajeros transportados por los Estados que exploten o sean propietarios de dichos buques o cargamentos, están sujetos ‘a las mismas reglas de responsabilidad y a las mismas obligaciones que las aplicables a los buques, cargamentos y armamentos privados’ (art. 1º). Complementa dicha regla fijando que ‘la

9 *Ibidem* (54). Por otra parte Nys, también citado por Díaz Cisneros, se refiere a la importancia de la nacionalidad de los buques en los siguientes términos: “[...] la nacionalidad produce efectos en el Derecho Civil y en el Derecho Comercial por aplicación de la ley del pabellón; que puede conferir privilegios en Derecho Fiscal; que en caso de guerra marítima, determina el carácter de beligerante [...] además, revela la influencia política de un pueblo, su papel en el mundo, su porvenir”. Asimismo, resulta ilustrativa la observación realizada por Pipia, quien afirma que, aunque el buque posea nombre, domicilio y nacionalidad: “[...] este no es una persona, ni una entidad jurídica, ni mucho menos un ente en sí distinto de la persona de su propietario. Aunque, sui generis, por una especialidad de relaciones, es [...] un *objeto* de Derecho”. *Ibidem* (54-55). En general y con similitud, cada Estado establece en su legislación interna los requisitos para otorgar su nacionalidad a los buques mediante su inscripción en un registro a través de la matriculación y la constitución de un domicilio a partir del puerto en que se encuentra inscripto. Por otra parte, la nacionalidad se manifiesta externamente con el nombre del buque y su puerto (ej.: RMS Titanic – Liverpool) y se acredita con los documentos de a bordo.

10 Para un análisis inicial sobre la aplicación de la jurisdicción penal del Estado en buques de guerra extranjero, en distintos supuestos, véase Fierro, G. J. (2007). *Ley penal y Derecho Internacional*. Tomo 1 (346-356). Buenos Aires. Astrea.

11 Cf. Rousseau, Ch. (1966). *Derecho Internacional Público* (422). Ob. cit. En idéntico criterio, Rodríguez Iglesias afirma que existe una definición precisa y generalmente reconocida de “buques del Estado” en el Derecho Internacional. Cf. Rodríguez Iglesias, G. C. (2012). “State Ships”. En Wolfrum, R., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*. Oxford. Oxford University Press, párr. 1.

competencia de los tribunales, las acciones judiciales y el procedimiento' para aquellas responsabilidades y obligaciones, son idénticos a los que se aplican a los buques mercantes y cargamentos de propietarios privados (art. 2º). Recién en el art. 3º precisa que estas reglas 'no son aplicables a los buques de guerra, yates de Estado, buques de vigilancia, buques-hospitales, buques auxiliares, buques de abastecimiento y otras embarcaciones pertenecientes a o explotadas por un Estado y *afectados exclusivamente, en el momento del nacimiento del crédito, a un servicio gubernamental y no comercial*'. Se completa estableciendo en el mismo artículo que 'dichos buques no serán objeto de embargos, secuestros o detenciones por ninguna medida judicial, ni por ningún otro procedimiento judicial *in rem*'¹².

En razón de lo expuesto, la calificación de "público" que puede poseer un buque, y su consecuente inmunidad, no se encuentra en su aspecto dominial, sino en el destino de su uso público. Asimismo, afirma Simone:

"Tanto es así, que un buque propiedad del Estado puede no llegar a ser nunca calificado de 'público' al ser destinado sólo a actividades comerciales, mientras que otro, de propiedad de una persona privada, puede llegar a ser calificado de 'buque público' durante el lapso que el Estado, luego de requisarlo, lo destine a hospital, lazareto, vigilancia o a otros fines públicos"¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 define a los buques de guerra y, por ende, la finalidad pública que poseen, en su artículo 29, al disponer que se trata de:

"[...] todo buque perteneciente a las fuerzas armadas de un Estado que lleve los signos exteriores distintivos de los buques de guerra de su nacionalidad, que se encuentre bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares".

Dentro de este concepto se encuentran distintos tipos de buques, cualquiera sea su denominación, como corsarios, auxiliares, mercantes transformados en buques de guerra, submarinos, fragatas, así como aquellos destinados al servicio de aduana, policía y transporte de material bélico propiedad del Estado que, por costumbre internacional, se asemejan a los buques particulares que transportan a los jefes de Estado o diplomáticos en funciones. Asimismo, existen otros buques públicos que no revisten carácter militar como aquellos destinados al pilotaje de las costas, el monitoreo del tráfico marítimo, entre otros, tal como se desprende de la afirmación

12 Cf. Simone, O. B. (1996). *Compendio de derecho de la navegación* (191-192). Ob. cit. El jurista referido también afirma que el art. 35 del Tratado de Montevideo de 1940, de Derecho de Navegación Comercial Internacional (perteneciente al Título X, denominado "De los buques de Estado"), contiene disposiciones similares en la fórmula "afectados en el momento de nacimiento del crédito a *un servicio público ajeno al comercio*".

13 Ídem.

realizada por Monsanto, al sostener que los buques públicos no son, exclusivamente, de guerra¹⁴.

En razón de lo expuesto, la importancia de la nacionalidad de los buques y su clase constituyen atributos imprescindibles para realizar, por ejemplo, el ejercicio de las libertades del mar como el derecho del paso inocente, el ejercicio de jurisdicción en alta mar y en circunstancias excluidas de la jurisdicción del Estado ribereño, que pueden presentarse incluso en el mar territorial y en las aguas interiores, como es el caso de los buques de guerra¹⁵.

Respecto de las excepciones a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón, Sohn afirma que el Derecho Internacional reconoce varias de ellas en alta mar y que, en general, éstas sólo podrán ejercerse por un buque de guerra autorizado. En efecto, afirma el autor, la mayor parte de las excepciones que habilitan la jurisdicción por un Estado distinto del Estado del pabellón surge cuando un buque está involucrado en actividades ilícitas y cumple el propósito de monitorear y exigir la observancia del Derecho Internacional y de las obligaciones convencionales del Estado del pabellón. En ese sentido, las excepciones referidas no son de aplicación a los buques de guerra ya que estos buques tienen una completa inmunidad¹⁶.

Así, el ejercicio del paso inocente de los buques de guerra constituye uno de los mayores reconocimientos que realiza el Derecho Internacional. En efecto, la Corte Internacional de Justicia analizó la situación en el asunto del Canal de Corfú, considerando innecesario examinar la cuestión del paso inocente de los buques de guerra a través del mar territorial en general. Sin embargo, declaró que estos buques, en tiempos de paz, pueden desplazarse por los estrechos utilizados para la navegación internacional, entre dos partes de alta mar, sin autorización previa del Estado ribereño, siempre que el paso sea inocente¹⁷.

Por otra parte, el tránsito de un buque de guerra extranjero a través de las aguas territoriales constituye un aspecto actualmente controvertido, toda vez que varios Estados consideran al paso de un buque de guerra extranjero en aguas territoriales como, intrínsecamente, perjudicial para la seguridad del Estado ribereño,

14 Monsanto, A. E. (1992). *Derecho del Mar. Soberanía y jurisdicción de los Estados en los espacios marítimos adyacentes* (92-93). Rosario. Poligrafik Proamar. Según Vukas, la definición de "buque de guerra", dispuesta en el artículo 29 de la Convención, se inspira en el deseo de otorgar ciertos derechos y privilegios a los buques de guerra (particularmente en alta mar), reconociendo a estos en forma rigurosa. Sin embargo, de conformidad con el Derecho Internacional en algunas situaciones, la posición de los buques de guerra, debido a su propia finalidad, es menos favorable respecto de buques privados (por ejemplo, en el ejercicio de la navegación por aguas interiores y mar territorial), por lo que sería preferible, según el jurista señalado, basar su definición en criterios funcionales, como las características reales de los buques (por ejemplo, la presencia de armamento), su finalidad y sus tareas. Cf. Vukas, B., *Essays on the New Law of the Sea 2* (404-405). Ob. cit.

15 Según Sohn, la libertad de navegación no está exenta en el caso de los buques de guerra y buques pertenecientes o gestionados por los Estados para fines no comerciales. Asimismo, reafirma que estos buques poseen completa inmunidad de jurisdicción respecto de cualquier Estado que no sea el del pabellón, tal como lo dispone la Convención en sus artículos 95 a 96 y la Convención de Alta Mar de 1958, en el artículo 8°. Cf. Sohn, L. B. [et al] (2010). *Law of the Sea* (18). St. Paul. West Publishing.

16 *Ibidem* (77).

17 Cf. *Corfu Channel (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Albania)*, ICJ, Judgment of 9 April 1949, 22 y ss. Disponible en <http://www.icj-cij.org> (consultado el 14-7-2014).

eliminando su carácter de “inocente”, razón por la que se justificaría, de acuerdo a su legislación interna, una notificación o aprobación previa¹⁸.

En razón de lo expuesto, para considerar “inocente” el tránsito de un buque de guerra, el mismo no puede participar en actividades específicas que impliquen cualquier amenaza o uso de la fuerza, como el disparo de sus armas, maniobras militares, lanzamiento o aterrizaje de aeronaves o artefactos militares, entre otros supuestos reconocidos por la Convención¹⁹.

III.b) La inmunidad de los buques de guerra

Para comenzar a analizar la misma, es importante destacar que, en 1923, el Comité Marítimo Internacional, en Gotemburgo, consagró que el servicio público y la inmunidad corresponden a los buques poseídos o administrados por el Estado como soberano y afectados exclusivamente a un servicio gubernamental no comercial.

En ese sentido, los buques de guerra poseen carácter representativo del Estado y, en consecuencia, gozan de una inmunidad que impide el ejercicio de toda jurisdicción penal o civil, así como cualquier medida de ejecución alguna por parte del Estado extraño al pabellón del buque, salvo excepciones que pueden presentarse, por ejemplo, ante delitos cometidos fuera del buque por la tripulación (como simples actos de carácter disciplinario) y en los casos en los que el capitán o el Estado del pabellón solicitan el auxilio de las autoridades locales, supuesto que implica una renuncia a la inmunidad del buque en esa oportunidad puntual.

Al respecto merece destacarse que, en el caso del *Schooner Exchange* referido *supra*, el tribunal sostuvo que un buque de guerra perteneciente a un Estado sobe-

18 Cf. Sohn, L. B. [et al] (2010). *Law of the Sea* (220). Ob. cit. Por ejemplo, al ratificar la Convención, Argelia, China y Yemen, entre otros, realizaron declaraciones interpretativas a favor de una notificación o aprobación previa del tránsito de un buque de guerra extranjero por sus aguas territoriales. Ello mereció la declaración opuesta de varios Estados que se oponen a tales requisitos, como los EE. UU. Cf. Walker, G. K. (2007). “Professionals’ Definitions and States’ Interpretative Declarations (Understanding, Statements or Declarations) for the 1982 Law of the Sea Convention” (21). En *Emory International Law Review Archive* 461, 522-534.

19 Concretamente, en su art. 19.2, la Convención dispone: “Se considerará que el paso de un buque extranjero es perjudicial para la paz, el buen orden o la seguridad del Estado ribereño si ese buque realiza, en el mar territorial, alguna de las actividades que se indican a continuación: a) Cualquier amenaza o uso de la fuerza contra la soberanía, la integridad territorial o la independencia política del Estado ribereño o que de cualquier otra forma viole los principios de Derecho Internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas; b) Cualquier ejercicio o práctica con armas de cualquier clase; c) Cualquier acto destinado a obtener información en perjuicio de la defensa o la seguridad del Estado ribereño; d) Cualquier acto de propaganda destinado a atentar contra la defensa o la seguridad del Estado ribereño; e) El lanzamiento, recepción o embarque de aeronaves; f) El lanzamiento, recepción o embarque de dispositivos militares; g) El embarco o desembarco de cualquier producto, moneda o persona, en contravención de las leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios del Estado ribereño; h) Cualquier acto de contaminación intencional y grave contrario a esta Convención; i) Cualesquiera actividades de pesca; j) La realización de actividades de investigación o levantamientos hidrográficos; k) Cualquier acto dirigido a perturbar los sistemas de comunicaciones o cualesquiera otros servicios o instalaciones del Estado ribereño; l) Cualesquiera otras actividades que no estén directamente relacionadas con el paso”.

rano, en época de paz, se encuentra exento de la jurisdicción del Estado portuario²⁰. En ese sentido expresa, sin abordar particularmente la situación de los buques, que la jurisdicción territorial plena y absoluta no contempla soberanos extranjeros y que aquel puede actuar sólo mediante autorización explícita o confiando en una inmunidad soberana implícita que impide su detención, tesis aceptada universalmente²¹.

Asimismo, el mismo tribunal afirmó que cuando un Estado autoriza el tránsito de tropas extranjeras, renuncia a ejercer jurisdicción sobre ese paso sin necesidad de declaración expresa en ese sentido²² y que, en ausencia de tratado particular al respecto, el permitir acceder a buques públicos extranjeros en puertos abiertos posee una aquiescencia implícita. En ese sentido, ya refiriéndose expresamente a los buques de guerra, la corte interpretó que el ingreso de un buque público armado debe reconocer la inmunidad en favor del Estado de pabellón²³, toda vez que ese buque público constituye una parte de la fuerza militar de su país, actuando dentro del mando inmediato y directo de su soberano para el cumplimiento de sus objetivos nacionales.

Igualmente, el tribunal afirmó la existencia habitual de tratados que prevén la admisión y salida de buques públicos en un puerto ante las inclemencias del tiempo u otra dificultad urgente o de fuerza mayor, del mismo modo que las embarcaciones mercantes. Por otra parte, la Corte consideró que resulta imposible que un soberano autorice a su ejército o su armada a ser sometido ante la jurisdicción de otro Estado y que ello no puede presumirse. La Corte afirmó también en su momento que, con fundamento en estos principios de hospitalidad y en virtud del consentimiento unánime de las naciones, los Estados aún no han afirmado su jurisdicción sobre los buques de guerra extranjeros²⁴.

²⁰ *The Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. 116 (1812). El caso se originó el 24 de agosto de 1811 cuando John y William McFaddon Greetham reclamaron en los tribunales de Pennsylvania ser los propietarios del buque al momento de su partida de Baltimore, EE. UU., el 27 de octubre de 1809, con destino a San Sebastián, España. Relatan los reclamantes que el buque fue abordado por fuerzas francesas el 30 de diciembre de 1810 y de conformidad con decretos y órdenes emitidas por Napoleón, el buque fue tomado por este Estado. Posteriormente, el mismo buque es detenido ante su arribo a Filadelfia, en julio de 1811. Según las declaraciones obtenidas del Capitán del buque y del cónsul francés, los buques públicos del emperador de Francia nunca llevan consigo cualquier otro documento o prueba de su pabellón que su bandera y sus oficiales. El 4 de octubre de 1811, el juez de Distrito rechazó la demanda, con costas, argumentando que un buque público armado de un soberano extranjero en amistad con EE. UU. no está sujeto a los tribunales judiciales locales en cuanto al reclamo por el título del mismo. La decisión fue apelada por los reclamantes.

²¹ Expresa textualmente: "The full and absolute territorial jurisdiction being alike the attribute of every sovereignty and being incapable of conferring extraterritorial power, does not contemplate foreign sovereigns, nor their sovereign rights as its objects. One sovereign can be supposed to enter a foreign territory only under an express license or in the confidence that the immunities belonging to his independent, sovereign station, though not expressly stipulated, are reserved by implication and will be extended to him". Agrega, asimismo: "A sovereign entering a foreign territory with the knowledge and license of its sovereign, that license, though containing no stipulation exempting his person from arrest, is universally understood to imply such stipulation". *Ibidem*, párr. 5-6.

²² En ese sentido, afirma: "Where a sovereign allows the troops of a foreign prince to pass through his dominions, he waives his jurisdiction over the army to which the right of passage has been granted without any express declaration to that effect". *Ibidem*, párr. 8.

²³ *Ibidem*, párr. 9-11.

²⁴ Textualmente expresa: "But in all respects different is the situation of a public armed ship. She constitutes a part of the military force of her nation; acts under the immediate and direct command of the sovereign; is employed by him in national objects. He has many and powerful motives for preventing

Como corolario de este criterio, Rodríguez Iglesias afirma que, a pesar del debate sobre la distinción entre los fines públicos y comerciales de los buques, la inmunidad fue históricamente reconocida a todos los buques estatales, independientemente de su finalidad²⁵ y sostiene que la tesis “absoluta” de su inmunidad se mantuvo hasta la Primera Guerra Mundial, cuando los Estados comenzaron a utilizar masivamente sus propios buques con fines comerciales²⁶.

Actualmente, la situación se encuentra regulada a partir de diversas leyes nacionales y tratados internacionales como, por ejemplo, el Convenio sobre Unificación de ciertas reglas relativas a la inmunidad de los buques de Estado de 1926, que equipara la posición de los buques mercantes del Estado y su carga a la de un comercial privado en materia de jurisdicción local, así como, llegado el caso, considerar a los Estados como armadores y transportistas al mismo nivel que las personas privadas. En otras palabras, la inmunidad de jurisdicción local posee un carácter más restrictivo, aplicable sólo a buques estatales u operados por Estados utilizados con fines exclusivamente gubernamentales y no comerciales (art. 3.1)²⁷. De este modo, el Derecho Internacional contemporáneo acuerda que la inmunidad de los buques de guerra y otros buques de Estado destinados a fines no comerciales se encuentran reconocidos en la Convención de 1982, al confirmar la inmunidad absoluta de los buques de guerra en alta mar “respecto de cualquier Estado que no sea el de su pabellón” (art. 95), la que también es aplicable en la Zona Económica Exclusiva (art. 58.2).

En razón de lo expuesto hasta el momento, cabe preguntarse si la Convención reconoce o no la inmunidad de estos buques en aguas interiores, o bien, si sólo se limita a los espacios allí regulados expresamente.

III.c) La inmunidad de los buques de guerra en puertos y aguas interiores

Las aguas interiores comprenden los puertos, radas y bahías sometidos a la soberanía del Estado, así como las porciones de mar que se encuentran situadas entre las líneas de base recta y el territorio del Estado ribereño²⁸. Lo anterior invita a

those objects from being defeated by the interference of a foreign state. Such interference cannot take place without affecting his power and his dignity. The implied license, therefore, under which such vessel enters a friendly port may reasonably be construed, and it seems to the Court ought to be construed, as containing an exemption from the jurisdiction of the sovereign within whose territory she claims the rites of hospitality.

Upon these principles, by the unanimous consent of nations, a foreigner is amenable to the laws of the place; but certainly in practice, nations have not yet asserted their jurisdiction over the public armed ships of a foreign sovereign entering a port open for their reception”. *Ibidem*, párr. 72-73.

²⁵ Cf. Rodríguez Iglesias, G. C. (2012). “State Ships”. *Ob. cit.*, párr. 6.

²⁶ *Ibidem*, párr. 7.

²⁷ *Ibidem*, párr. 9. El mismo autor afirma que, a pesar de tener una pequeña cantidad de Estados Parte, la Convención de Unificación ha desempeñado un papel importante como modelo para otros tratados bilaterales y también ha sido aplicada por los tribunales de los Estados no Partes. *Ibidem*, párr. 10.

²⁸ Las aguas interiores se sitúan en el interior de las líneas de base del mar territorial y se encuentran bajo soberanía del Estado ribereño (cf. Arts. 8.1 y 2.1 de la Convención), no obstante, según Remiro Brotons: “La extensión de este espacio marino, que excluye como tal otras aguas situadas detrás de las líneas de base, las aguas *dulces* (ríos, lagos, canales), se encuentra en íntima relación con el método de líneas de base

reflexionar sobre la situación de los buques de guerra extranjeros en puertos, aguas interiores y el mar territorial de otro Estado. En ese sentido se ha sostenido que, en tiempos de paz, estos buques no pueden ser sometidos a otra jurisdicción que la del Estado de pabellón, por lo que no pueden ser detenidos ni investigados²⁹.

Asimismo, es en tiempos de paz cuando los buques de guerra extranjeros pueden transitar por los espacios marítimos sujetos a jurisdicción de un Estado ribereño e incluso arribar a uno de sus puertos, pero esta libertad: “[...] es el resultado de una *concesión graciosa* del Estado ribereño, que puede subordinar la entrada de dichas naves a ciertas condiciones [...] aunque suele hacerse una excepción en el caso de *arribada forzosa* por avería o fuerza mayor”³⁰.

Así, al ingresar en aguas de jurisdicción de otro Estado, los buques de guerra deben dar aviso, por la vía diplomática correspondiente, de su ingreso, tránsito y eventual visita a un puerto, con las condiciones impuestas por el Estado ribereño respetando el Derecho Internacional, sin que puedan formular la menor objeción³¹. Al respecto, el Estado que recibe suele disponer una ruta de navegación, un lugar de amarre, ceremonial y otros aspectos que surgen de los usos generalizados. Posteriormente, la salida del buque de guerra puede presentarse al finalizar el tránsito, el tiempo autorizado de la visita o bien ante una solicitud de retiro realizada por el Estado ribereño por la misma vía diplomática, como dispone el artículo 30 de la Convención de 1982, referido al incumplimiento de las leyes y reglamentos del Estado ribereño por parte de buques de guerra extranjeros, al expresar:

“Cuando un buque de guerra no cumpla las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial y no acate la invitación que se le haga para que los cumpla, el Estado ribereño podrá exigirle que salga inmediatamente del mar territorial”.

De presentarse el supuesto anterior, como consecuencia necesaria y de conformidad con el Derecho Internacional consuetudinario, el Estado de pabellón del buque de guerra o fines no comerciales extranjero responderá por los daños y perjuicios causados. En efecto, el Artículo 31 de la misma Convención dispone:

utilizado para medir el resto de los espacios marinos”. Cf. Remiro Brotons, A. (2007). *Derecho Internacional* (930). Valencia. Tirant Lo Blanch.

29 Cf. Díaz Cisneros, C. (1966). *Derecho Internacional Público* (62). Ob. cit.

30 Rousseau observa que la confirmación del carácter discrecional en la autorización del Estado ribereño se encuentra reconocida en el Convenio y en el Estatuto de Ginebra de 1923, particularmente en su art. 13, referido al régimen internacional de los puertos que exceptúa el libre acceso de los buques de guerra. Cf. Rousseau, Ch. (1966). *Derecho Internacional Público* (437). Ob. cit. El destacado pertenece al original. El autor citado refiere, respecto de este último caso, dos hechos que ejemplifican esta facultad. Por caso en 1929 cuando, luego de un temporal, dos buques de la marina soviética fueron autorizados a ingresar al puerto de Brest para realizar reparaciones a las averías sufridas; mientras que, por el contrario, el Gobierno turco negó con disparos de cañones, en 1934, la entrada al puerto de Esmirna de dos torpederos franceses que buscaban refugio ante la adversidad del clima.

31 Esta última observación pertenece a Rousseau, quien refiere al caso de la protesta elevada el 28 de enero de 1948 por el entonces gobierno soviético ante la presencia de buques de guerra norteamericanos en puertos italianos, que fuera rechazada tanto por EE. UU., como por Italia. Cf. Rousseau, Ch. (1966). *Derecho Internacional Público* (438). Ob. cit.

“El Estado del pabellón incurrirá en responsabilidad internacional por cualquier pérdida o daño que sufra el Estado ribereño como resultado del incumplimiento, por un buque de guerra u otro buque de Estado destinado a fines no comerciales, de las leyes y reglamentos del Estado ribereño relativos al paso por el mar territorial o de las disposiciones de esta Convención u otras normas de Derecho Internacional”.

¿Cuál es la situación de un buque de guerra extranjero en el puerto y en las aguas interiores de un Estado? Finalmente, el buque de guerra extranjero en puerto es, según Rousseau, un todo coordinado y organizado destinado al servicio público del Estado cuyo pabellón enarbola con el objeto de contribuir al mantenimiento de su independencia, aunque respetando la soberanía del Estado local, observando las indicaciones que realice el mismo durante su estadía y sin que el personal autorizado a desembarcar realice, en tierra, actos de autoridad³². Tal como hemos manifestado anteriormente, en la otra cara de la misma moneda, el buque de guerra se encuentra exento, gracias al derecho consuetudinario, de la competencia coercitiva del Estado local, que impide cualquier tipo de registro, detención o acto de fuerza sobre el mismo. Sin embargo, este debate se hizo presente recientemente en la controversia entre Argentina y Ghana respecto de la Fragata ARA Libertad.

IV. El asunto de la Fragata ARA Libertad

A 200 años del asunto *Schooner Exchange*, la inmunidad de los buques volvió a encontrarse en el centro del debate especializado, tanto es así, que la situación jurídica de la Fragata ARA Libertad en los tribunales ghaneses adquirió una gran repercusión en los medios de prensa y en la comunidad internacional, especialmente a partir de la segunda semana de noviembre de 2012, debido a la solicitud de medidas provisionales presentada por la República Argentina en el Tribunal de Hamburgo, una alternativa especializada de solución de controversias instituida por la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar (en adelante “la Convención”) en la Parte XV, referida precisamente a los mecanismos de solución obligatoria de controversias, que crea y dispone el modo de acceder al mismo en su artículo 287, junto al Anexo VI de la misma Convención.

IV.a) Síntesis de los hechos y posturas alegadas por las partes

El contexto del caso es relativamente sencillo: un fondo de inversión establecido en las Islas Caimán (NML Capital Limited) adquirió, entre los años 2001 y 2003, unas obligaciones emitidas por la República Argentina, en virtud de un acuerdo de servicios financieros celebrado el 19 de octubre 1994 con el Bankers Trust Company,

³² Ídem. Al respecto, puede recordarse el incidente del *Panther*, suscitado entre Alemania y Brasil el 26 de noviembre de 1905, cuando el buque cañonero alemán, SMS Panther, destinado a las colonias alemanas de ultramar, arribó al puerto de Itajahy (Brasil) y su tripulación descendió para buscar y capturar a un desertor alemán.

para su emisión de bonos, junto a dos contratos de bonos suscriptos en 2000. Al no poder afrontar el pago de estos valores, Argentina entró en *default* y ofreció a sus distintos acreedores el canje de los títulos, oferta que fue rechazada, en 2005 y 2010, por NML Capital Limited, al tiempo que había iniciado acciones judiciales ante el Tribunal de Primera Instancia del Distrito de Nueva York, en virtud de una cláusula de jurisdicción prevista en el Anexo del Acuerdo de 1994 e incluido en los contratos celebrados en 2000, y obtuvo una sentencia definitiva que condenó a la Argentina a pagar la suma de 284.184.632,30 dólares norteamericanos, más intereses.

Posteriormente, NML intentó ejecutar la sentencia en distintos Estados como Francia, EE. UU., Bélgica y Suiza, entre otros, sin éxito alguno hasta el momento del ingreso, el 1º de octubre de 2012, de la Fragata ARA Libertad, como parte de su itinerario de instrucción, al puerto de Tema (Ghana), en una visita oficial acordada por los gobiernos.

En virtud de las acciones judiciales iniciadas por el fondo de inversión, el 2 de octubre de 2012, se presenta un funcionario del Poder Judicial para notificar una orden judicial del Juez Comercial de Accra, Adjei Frimpong, que dispone una medida cautelar de embargo sobre el buque. Argentina invocó, sin éxito en ese entonces, la inmunidad ante los tribunales ghaneses ya que, sostenía, el ingreso de la Fragata ARA Libertad en aguas territoriales de Ghana había sido autorizado a través de un acuerdo concertado mediante canje de notas diplomáticas realizado entre mayo y junio de 2012.

Argentina argumentó que esta medida judicial afectaba la inmunidad del buque reconocida en la Convención y que, asimismo, la detención de la Fragata ARA Libertad, en el modo realizado por Ghana, violaba otros derechos reconocidos en la misma. Manifestó que la conducta de Ghana le impidió a la Fragata ARA Libertad ejercer su derecho a dejar el puerto de Tema y las aguas jurisdiccionales ghanesas, de conformidad con el derecho de paso inocente, obstruyendo su derecho de navegación e impidiendo que complete su itinerario establecido mediante acuerdo con terceros Estados; e imposibilitando que realice su programa de mantenimiento regular como buque de entrenamiento. Además, argumentó que la Convención confirmaba una regla firme de Derecho Internacional general consuetudinaria: la inmunidad de los buques de guerra es un tipo especial y autónomo de inmunidad que otorga a estos una completa inmunidad, de aplicación en todo el ámbito geográfico de la Convención³³.

Luego de poco más de un mes de negociaciones diplomáticas —que incluyó una Misión de Alto Nivel a Accra y la repatriación de la mayor parte de la tripulación— y planteos infructuosos en los tribunales locales de Ghana, Argentina consideró agotados los medios políticos de solución de controversias (art. 295) e inició un procedimiento de arreglo arbitral acorde con lo dispuesto en el Anexo VII de la Convención³⁴.

33 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, ITLOS, Request for Provisional Measures submitted by Argentina. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20-Request_for_official_website.pdf (consultado el 20-3-2013).

34 Es necesario destacar que Ghana es parte de la Convención pero no eligió al Tribunal de Hamburgo como opción de solución de controversias, así como ninguna de las otras alternativas contempladas en el art. 287. Argentina, por su parte, optó en primer lugar por el Tribunal referido, y por el arbitraje del Anexo VIII en segundo lugar. Fuente disponible http://www.un.org/Depts/los/settlement_of_disputes/choice_procedure.htm (consultada el 15-3-2012).

En la Notificación y Declaración de Reclamaciones, de fecha 29 de octubre de 2012, Argentina requirió que el tribunal arbitral declarase que Ghana, al detener el buque, no permitirle el abastecimiento de energía y adoptar una serie de medidas judiciales contra éste: 1) Violaba la obligación de respetar las inmunidades de jurisdicción y ejecución de las que gozan ese tipo de buques, de conformidad con el art. 32 de la Convención y el art. 3º de la Convención de 1926 para la Unificación de Ciertas Reglas relativas a la Inmunidad de Buques de Propiedad del Estado, además de reglas generales firmemente establecidas por el Derecho Internacional en esta materia; 2) Impedía el ejercicio del derecho de salir de las aguas sujetas a la jurisdicción del Estado ribereño y el derecho de libre navegación de que gozan este tipo de buques y su tripulación, de conformidad con los arts. 18, parágrafo 1(b); 87, parágrafo 1(a) y 90 de la Convención.

Asimismo, solicitó que el tribunal arbitral declarase la responsabilidad internacional de Ghana, y que por ello ese Estado debía: 1) Inmediatamente cesar en la violación de sus obligaciones internacionales de acuerdo con lo descrito en el párrafo precedente; 2) Pagar a la República Argentina una adecuada compensación por todos los daños materiales causados; 3) Ofrecer un saludo solemne a la bandera de Argentina como satisfacción por el daño moral causado por la detención ilegal del buque emblema de la Armada Argentina, el ARA Fragata Libertad, impidiéndole concretar sus actividades planificadas y ordenándole que entregue la documentación y la bandera a la Autoridad Portuaria de Tema, República de Ghana; 4) Imponer sanciones disciplinarias a los funcionarios de la República de Ghana directamente responsables por las decisiones por las cuales ese Estado había incurrido en las violaciones de sus antedichas obligaciones internacionales.

El 7 de noviembre de 2012, autoridades de Ghana intentaron abordar por la fuerza la Fragata ARA Libertad para trasladarla, sin la autorización de su Comandante, a otro sector de puerto.

Posteriormente, el 14 de noviembre de 2012, a la espera de la constitución del Tribunal Arbitral, Argentina presentó ante el Tribunal de Hamburgo una solicitud de medidas provisionales, con fundamento en el art. 290.5³⁵, requiriendo que Ghana, de manera incondicional, consintiera la salida de la Fragata ARA Libertad del puerto de Tema y las aguas jurisdiccionales de éste Estado, permitiendo el reaprovisionamiento de la misma con ese objetivo, con fundamento en los previsibles daños irreparables a los derechos en disputa.

Por su parte, Ghana pidió al Tribunal que: 1) rechazara la solicitud de medidas provisionales peticionadas por Argentina en la audiencia pública del 14 de noviembre de 2012; y 2) le ordenara a la Argentina el pago de todos los costos incurridos en relación a la solicitud.

Ghana consideró que el tribunal arbitral carecía de jurisdicción *prima facie*, ya que ninguna de las normas invocadas por Argentina, referentes a la inmunidad, eran de aplicación a actos ocurridos en las aguas interiores dado que éstas no

35 Mediante nota fechada el 29 octubre de 2012, dirigida al Ministro de Relaciones Exteriores e Integración Regional de la República de Ghana, la República Argentina inició un procedimiento arbitral en virtud del Anexo VII de la Convención, solicitando en la misma la adopción de medidas provisionales.

requerían una interpretación o aplicación de la Convención y que, de existir esa regla, solo podía ser encontrada en otras reglas consuetudinarias o convencionales internacionales³⁶.

IV.b) El rol y la ordenanza del Tribunal de Hamburgo. La posterior finalización de la controversia

IV.b.1) El procedimiento ante el Tribunal de Hamburgo. Aspectos esenciales

En este punto debemos omitir, deliberadamente, una consideración detallada sobre el sistema de solución de controversias dispuesto en la Parte XV de la Convención³⁷, toda vez que excedería en mucho la propuesta del presente trabajo. En razón de ello, sólo se describirá brevemente el mismo a fin de facilitar la comprensión de la controversia y algunos aspectos puntuales de ella.

La Convención dispone en su art. 80 que las partes pueden solucionar sus controversias relativas a la interpretación o aplicación de la Convención por cualquier medio pacífico de su elección. El primero de ellos, instituido en la Sección 1 de la Parte XV, puede activarse en caso de surgir una controversia relativa a la interpretación o aplicación de la Convención a través de un acuerdo general, regional, bilateral, etc., incluyendo el intercambio de opiniones, la conciliación facultativa y la conciliación obligatoria (arts. 281 a 284 de la Convención). La Sección 2 establece los medios obligatorios a disposición de las partes, reconocidos en el art. 287, conocido como *fórmula Montreux*, los cuales son: el Tribunal Internacional del Derecho del Mar, la Corte Internacional de Justicia, el arbitraje (Anexo VII) y el arbitraje especial (Anexo VIII).

Al firmar o ratificar la Convención o adherirse a ella, los Estados pueden hacer una declaración eligiendo uno o más de ellos. Si coinciden en la elección del Tribunal, éste es competente para ocuparse de las controversias entre dichos Estados y, en caso de discordancia o a falta de acuerdo en particular, se debe recurrir al arbitraje del Anexo VII, que funciona de modo residual.

Argentina, al ratificar la Convención optó en primer término por la jurisdicción del Tribunal Internacional de Derecho del Mar y por un tribunal arbitral constituido de conformidad con el Anexo VIII para cuestiones relativas a pesquerías, protección y preservación del medio marino, investigación científica marina y navegación (cf. art. 1º del Anexo VIII). Ghana, por su parte, no efectuó ninguna opción, por lo que las controversias de fondo suscitadas sobre la interpretación o aplicación de la Convención deben, salvo acuerdo entre las partes, someterse al Arbitraje del Anexo VII, tal como ocurrió en este asunto.

³⁶ *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, ITLOS, Written Statement of the Republic of Ghana. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/Written_Statement_of_the_Republic_of_Ghana_-_28_November_2012_2_.pdf (consultado el 20-3-2013).

³⁷ Se trata de un sistema en el que, luego de extensas reuniones, acuerdos globales y elaboraciones de textos oficiosos, las delegaciones participantes de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar (1973-1982) consensuaron el establecimiento de un régimen compatible con los arts. 2.3 y 33.1 de la Carta de las Naciones Unidas.

El Tribunal de Hamburgo posee competencia obligatoria en dos supuestos: las solicitudes de pronta liberación de buques y de sus tripulaciones de conformidad con el art. 292 de la Convención, y las solicitudes de medidas provisionales en las condiciones previstas en el art. 290.5, como lo fue el caso de la Fragata ARA Libertad.

La competencia obligatoria del Tribunal en materia de medidas provisionales reconoce la necesidad urgente de un pronunciamiento en situaciones que requieran no sólo la preservación de los derechos respectivos de las partes, sino también la prevención de daños graves al medio marino en espera de la decisión definitiva. Es por ello que posee un amplio criterio de selección para decretar las medidas que estime pertinentes a petición de una de las partes o bien, no aplicando las solicitadas y modificarlas a fin de preservar de modo más efectivo los derechos en disputa, tal como lo prevé el art. 290.3 de la Convención. Luego de otorgadas, las medidas provisionales pueden ser modificadas o revocadas si cambian las circunstancias que merecían su adopción.

En el asunto de la Fragata ARA Libertad, la República Argentina solicitó su intervención en virtud del artículo 290.5 de la Convención, ante la espera de constitución de la corte o tribunal designado de común acuerdo por las partes para conocer el asunto, como es el caso del arbitraje referido en el Anexo VII de la Convención, si es que ese Tribunal por constituirse se consideraba competente³⁸. De este modo, se justifica así la competencia del Tribunal de Hamburgo para decretar las medidas de conservación necesarias ante los riesgos que podría aparejar el tiempo necesario en estos casos. Asimismo, el último párrafo mencionado permite el establecimiento de estas medidas si el tribunal considera que, *prima facie*, la corte o el tribunal que haya de constituirse para conocer el fondo de la controversia fuera competente y que la urgencia de la situación así lo requiriese³⁹.

IV.b.2) La orden de medidas provisionales del Tribunal de Hamburgo en el asunto de la Fragata ARA Libertad

El Tribunal se expidió, el 15 de diciembre de 2012, respecto de la solicitud de medidas provisionales presentada por la República Argentina.

Al comenzar su análisis, el Tribunal debió verificar la existencia de una controversia entre las partes, si el tribunal arbitral constituido en el marco del Anexo VII tendría jurisdicción *prima facie* y si la situación se presentaba como urgente. En

³⁸ Caminos explica que ambos párrafos (1° y 5°) establecen dos situaciones diferentes, en la primera: “[...] el Tribunal podrá prescribir medidas provisionales si estima que, *prima facie*, será competente para entender en el asunto de fondo”; mientras que en la segunda situación: “[...] el Tribunal podrá dictar medidas provisionales si estima, *prima facie*, que el tribunal arbitral que haya de constituirse es competente”. Cf. Caminos, H. (2007). “El Tribunal Internacional del Derecho del Mar: algunas consideraciones sobre su Jurisdicción y Procedimiento”. En *Primer Encuentro de Cortes Internacionales y Regionales de Justicia en el Mundo en celebración de los Cien Años de la Corte Centroamericana de Justicia*. Managua, 4 y 5 de octubre 2007. Disponible en: www.itlos.org (consultada el 14-5-2012).

³⁹ Una vez constituido el tribunal arbitral, este podrá modificar, revocar o confirmar esas medidas provisionales. También podemos mencionar que el art. 25 del Estatuto del Tribunal de Hamburgo establece facultades para que la Sala establezca medidas provisionales a pedido de parte y sujetas a examen y revisión del Tribunal.

efecto, el Tribunal de Hamburgo constató la existencia de una diferencia de opinión entre las partes respecto de la aplicación del artículo 32 de la Convención y, con ello, la existencia de una disputa concerniente a la interpretación o aplicación de la misma, habilitándose así la competencia *prima facie* del tribunal arbitral y, por ende, también, del mismo Tribunal de Hamburgo⁴⁰.

Respecto del peligro en la demora alegada por Argentina y rechazada por Ghana, el Tribunal consideró un contexto en el posible agravamiento de una controversia que involucraba un buque de guerra y el peligro para las relaciones entre los Estados, puntualizando el intento de abordaje por las autoridades ghanesas ocurrido el 7 de noviembre de 2012 y la posibilidad de que tal acción se repita, demostrando la necesidad urgente de adoptar medidas provisionales en espera de la constitución del tribunal arbitral, a fin de preservar los derechos de las partes⁴¹.

En consecuencia, el Tribunal de Hamburgo manifestó que ambas partes debían comprometerse a no adoptar ninguna acción que pudiera agravar o ampliar la disputa remitida al tribunal arbitral⁴², que estaba autorizado para prescribir medidas diferentes de las solicitadas por las partes⁴³, que cada una de las partes debía remitir un informe donde se informara el cumplimiento de las medidas ordenadas⁴⁴ y que la decisión que se adoptara de ningún modo prejuzgaba respecto del fondo de la cuestión a decidirse por el tribunal arbitral⁴⁵.

Por lo expuesto, el Tribunal decretó, por unanimidad, que Ghana permitiera el reaprovisionamiento necesario para que la Fragata ARA Libertad, su Comandante y su tripulación, pudieran partir inmediatamente y sin condiciones asegurando, asimismo, la salida del puerto de Tema y de las áreas marítimas de su jurisdicción. Adicionalmente, solicitó que cada Estado parte remita al Tribunal un informe sobre el cumplimiento de las medidas y decidió costas por su orden. No obstante lo anterior, merecen destacarse algunas declaraciones y opiniones separadas de los miembros del Tribunal.

El Juez Paik enfatizó su atención en considerar las condiciones de urgencia y el eventual daño irreparable de la solicitud argentina y destacó que, según Ghana, el Poder Ejecutivo del Estado requerido reconoció la inmunidad de los buques de guerra pero que, debido a la división de poderes, no podían forzar al Poder Judicial a cambiar su postura. En esencia, Paik declaró que Ghana no podía invocar disposiciones de derecho interno para violar un compromiso internacional⁴⁶.

Lucky, en su opinión separada, consideró que la interpretación del alcance de la inmunidad es una cuestión comprendida dentro del ámbito de la Convención, por

40 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, párr. 60-72. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Order_15.12.2012.corr.pdf (consultado el 20-3-2013).

41 *Ibidem*, párr. 93-100.

42 *Ibidem*, párr. 101.

43 *Ibidem*, párr. 102.

44 *Ibidem*, párr. 103.

45 *Ibidem*, párr. 106.

46 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, Declaration of Judge Paik. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Ord_15.12.2012_SepOp_Paik_E_orig-no_gutter.pdf (consultado el 20-3-2013).

lo que el tribunal arbitral posee jurisdicción *prima facie*. Asimismo, interpretó que el buque gozaba de inmunidad conforme el Derecho Internacional y también por la invitación formulada por Ghana, pero que correspondía al tribunal arbitral analizar su alcance exacto en oportunidad de considerar el fondo del asunto⁴⁷.

Rao, por su parte, destacó que el intento de Ghana para trasladar la Fragata revistió carácter suficiente para establecer el peligro en la demora invocado por Argentina, concretamente, las importantes implicancias de tal intento, cuando se trata de un buque de guerra, en relación al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. También consideró que Ghana había tratado de invocar la división de poderes en su derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales. En ese sentido, estimó aplicable la doctrina del *estoppel*, toda vez que el buque ingresó en aguas ghanesas por invitación de ese mismo gobierno. Por último, entendió que cualquier intento por violar la inmunidad de un buque de guerra significaba una violación al principio de no uso de la fuerza entre Estados⁴⁸.

Finalmente, los Jueces Wolfrum y Cot opinaron que la regla de la inmunidad de los buques de guerra en las aguas interiores de un Estado no era una materia abarcada por la Convención, sino por el Derecho Internacional consuetudinario y que, según la misma Convención, el tribunal arbitral sólo podía resolver asuntos derivados de la aplicación o interpretación de ésta, pero no de la costumbre. Por ello infieren que el tribunal arbitral no tendría una jurisdicción *prima facie*, aunque, sin embargo, consideraban que Ghana se encontraba impedida, por aplicación del principio de *estoppel*, de oponerse al dictado de las medidas provisionales solicitadas por Argentina, atento las numerosas contradicciones del Estado africano en el caso. Sobre este fundamento, opinaban que el tribunal arbitral tendría jurisdicción *prima facie* y que se encontraba habilitado para decretar medidas provisionales, particularmente, al reconocer el Gobierno de Ghana la inmunidad de los buques de guerra en las aguas territoriales de los Estados. Por ello, al coincidir en este punto ambas partes, estos miembros destacaron el rol del Tribunal para auxiliar a las partes en la implementación de esta coincidencia⁴⁹.

En definitiva, el Tribunal reafirmó a los buques de guerra como una expresión de la soberanía del Estado de pabellón que, de acuerdo con el Derecho Internacional general, goza de inmunidad para llevar a cabo su misión y cumplir sus funciones, incluso en las aguas interiores⁵⁰. Asimismo, agregó que cualquier acto que impidiera, por la fuerza, el cumplimiento de la misión y las obligaciones que tiene un buque de guerra constituye una controversia que puede poner en peligro las relaciones

47 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, Separate opinion of Judge Lucky. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Ord_15.12.2012_SepOp_Lucky_E_orig-no_gutter.pdf (consultado el 20-3-2013).

48 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, Separate opinion of Judge Rao, especialmente párr. 16 y ss. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Ord_15_12_2012_SepOp_Ch_Rao_E_.pdf (consultado el 20-3-2013).

49 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, Separate opinion of Judge Wolfrum and Judge Cot. Disponible http://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no.20/C20_Ord_15.12.2012_SepOp_Wolfrum-Cot_E_corr.pdf (consultado el 20-3-2013).

50 *The "ARA Libertad" Case (Argentina v. Ghana)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 15 December 2012, párr. 93-98.

amistosas entre los Estados y que, en el caso concreto, las acciones adoptadas por las autoridades ghanesas habían afectado la inmunidad de este buque, conforme el Derecho Internacional general. En efecto, el intento de abordaje y la posibilidad de que tal acción se repitiera demuestran la gravedad de la situación y se destaca la necesidad urgente de adoptar medidas en espera de la constitución del tribunal arbitral a fin de preservar los derechos de las partes⁵¹.

IV.b.3) Consideraciones posteriores al caso

Luego de la Orden del Tribunal, Ghana realizó un adecuado cumplimiento a la medida provisional decretada. Sin embargo, la controversia amerita considerar y analizar distintas cuestiones, como el funcionamiento general de la inmunidad de ejecución en el Derecho Internacional y el alcance de la jurisdicción del Tribunal de Hamburgo para decidir sobre el asunto. Al respecto, El Sawah y Viñuales afirman que cada una de ellas plantea complejas subpreguntas que no han sido abordadas explícitamente por el tribunal, particularmente, sobre las condiciones en que un Estado puede renunciar a la inmunidad de ejecución de determinados bienes⁵². Concretamente, los autores afirman que un peculiar debate jurídico se presenta sobre la posible existencia de una renuncia a la inmunidad de ejecución, por parte de la República Argentina, a la luz del anexo del Acuerdo de 1994 y los contratos celebrados en 2000⁵³.

Recuerdan que Argentina, al solicitar medidas provisionales al tribunal, consideró que la inmovilización de la Fragata ARA Libertad constituía una violación del Derecho Internacional en relación con la inmunidad de jurisdicción y ejecución que posee el buque referido. También señalan que la naturaleza militar de la nave no fue impugnada por las partes aunque, sin embargo, interpretan que el centro del debate lo constituiría la supuesta renuncia argentina a la luz de los hechos, el derecho y la jurisprudencia, tanto internacional como comparada, en la aplicación y alcance de las normas de la Convención de 1982, la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004 y el Derecho Internacional consuetudinario⁵⁴.

Así, los autores sostienen que la piedra angular en la Orden del Tribunal surge del análisis del artículo 32 de la Convención de 1982 referida, que establece el fundamento de su competencia. Sin embargo, El Sawah y Viñuales señalan que la cuestión trataba, más concretamente, en qué medida era aplicable la norma ya que, de hecho, el buque se encontraba en el puerto de Tema y, es decir, en aguas interiores de Ghana, tornando inaplicable la misma y, por ende, la Convención, por lo que el tribunal arbitral a constituirse carecía de competencia *prima facie*⁵⁵.

51 *Ibidem*, párr. 93-100.

52 Cf. El Sawah, S. & Viñuales, J. E. (Juillet-Août-Septembre 2013). "L'immunité d'exécution dans l'affaire de l'Ara Libertad devant le TIDM". En *Journal du droit international*, Vol. 140, N° 3, 857-899, párr. 3.

53 *Ibidem*, párr. 8.

54 *Ibidem*, párr. 12-14.

55 *Ibidem*, párr. 23-24.

El Sawah y Viñuales realizan una comparación del caso analizado con el asunto del buque Saiga⁵⁶, resuelto por el mismo Tribunal de Hamburgo en 1997. Al respecto, los juristas referidos afirman, con acierto, que el principal propósito del Tribunal fue detener la situación generada por el Estado de detención (Guinea) pero que, a diferencia del caso ARA Libertad, se trató de la liberación de un buque privado. En ese sentido sostiene, en opinión que compartimos, que si Argentina depositaba una fianza o garantía (cf. art. 73.2 de la Convención) implícitamente se equiparaba la situación de la Fragata ARA Libertad a la misma situación de un buque pesquero abordado por autoridades del Estado ribereño, por violación a sus normas y legislación en virtud del art. 73.1 de la Convención. Así, los autores concluyen que el arribo de la Fragata ARA Libertad al puerto de Tema, organizado por los dos gobiernos, impide su asimilación a la situación de un pesquero detenido y abordado en la zona económica exclusiva del Estado ribereño y que, además, la misma goza de inmunidad en virtud del artículo 32 de la Convención y del Derecho Internacional general aplicable⁵⁷.

Sin embargo, la medida provisional decretada posee un alcance similar a lo que podría esperarse de una decisión sobre el fondo buscada por Argentina, sobre todo, al ordenarse la liberación inmediata y sin condiciones de la Fragata, otorgada por el Tribunal sobre la base de la inmunidad reconocida al buque. El Sawah y Viñuales admiten que esta solución era necesaria en el caso ya que lo contrario implicaría subsumir la concesión de la inmunidad a la exigencia de una fianza que, en otras palabras, equivaldría a permitir el apoderamiento de los bienes de un Estado extranjero poseedores de privilegios e inmunidades a través de un medio directo (fianza) que no respetó la misma⁵⁸.

Llegados a este punto, debemos considerar las críticas en torno al debate sobre la hipotética renuncia argentina a su inmunidad de ejecución y que el Tribunal de Hamburgo no ha abordado la cuestión. Al respecto, es justo reconocer que el caso posee un contexto que fue planteado oportunamente por las partes al Tribunal de Hamburgo: Argentina sostenía que no había renunciado a las inmunidades de los buques de guerra y señaló que las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes de 2004 reflejaba el derecho consuetudinario en la materia, a pesar de no estar en vigor y que ni Argentina ni Ghana son Estado parte. A pesar de ello, la Convención de 2004 posee pautas de interpretación que, para algunos autores, “indican el consenso de los Estados”⁵⁹, en particular sus artículos 18, 19 y 21 referidos a la inmunidad de

56 Cf. *The M/V “SAIGA” Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, Prompt Release, ITLOS, Judgment of 4 December 1997.

57 Cf. El Sawah, S. & Viñuales, J. E. (Juillet-Août-Septembre 2013). “L’immunité d’exécution dans l’affaire de l’Ara Libertad devant le TIDM”, Ob. cit. 857-899, p. 37-38.

58 *Ibidem*, párr. 39.

59 Fox, H. (April 2006). “In Defense of State Immunity: why the UN Convention on State Immunity Is Important”. En *ICLQ*, vol. 55, 398. Una excepción podría ser la posición de Suiza que, a criterio de El Sawah y Viñuales, no considera a la Convención de 2004 como una codificación que refleja el Derecho Internacional consuetudinario de la inmunidad. Cf. El Sawah, S. & Viñuales, J. E. (Juillet-Août-Septembre 2013). “L’immunité d’exécution dans l’affaire de l’Ara Libertad devant le TIDM”. Ob. cit., 857-899, párr. 62.

ejecución de bienes, este último habilitando las condiciones y los alcances de una renuncia por parte del Estado a sus recursos militares, puntualmente, el artículo 21.1, que proporciona una lista de categorías enunciativa de bienes excluidos del ámbito de aplicación dispuesto en el artículo 19(c). Sin embargo, estimamos que esta extensión no debe transformar esta excepción en una regla general para todos los bienes públicos del Estado⁶⁰.

En definitiva, tal como lo adelantáramos, el Tribunal de Hamburgo ordenó la liberación inmediata del buque indicando que, en virtud del Derecho Internacional general, la Fragata ARA Libertad poseía inmunidad y se mantuvo en silencio sobre la posibilidad, condiciones y alcances de una renuncia a la inmunidad, criterio que estimamos acertado por parte de los miembros del Tribunal, toda vez que el mismo sólo posee competencia y jurisdicción sobre controversias suscitadas a partir de la aplicación e interpretación de la Convención e instrumentos conexos que le confieran su competencia, como podría ser, a modo de ejemplo, mediante el acuerdo de una organización regional de ordenación pesquera, tal como ocurrió en el caso *Atún de Aleta Azul*⁶¹.

IV.b.4) La culminación de la controversia entre Argentina y Ghana

El 27 de septiembre de 2013, las partes finalizaron el diferendo mediante un acuerdo. El mismo consideró la Sentencia emitida por la Suprema Corte de Ghana,

60 Cf. A/RES/59/38. Abierta a la firma el 17 de enero de 2005, posee 13 Estados parte y 28 signatarios. Precisamente, el art. 18 expresa que, en el marco de un procedimiento en que se demande a un Estado extranjero, con anterioridad a la sentencia (como en el caso de la Argentina y Ghana en tribunales de éste último): “No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas anteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados: i) por acuerdo internacional; ii) por un acuerdo de arbitraje en un contrato escrito; o iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso”. Asimismo, el art. 19 se refiere a la inmunidad de ejecución en procedimientos que se encuentren en una etapa de ejecución de sentencia, expresando: “No podrán adoptarse contra bienes de un Estado, en relación con un proceso ante un tribunal de otro Estado, medidas coercitivas posteriores al fallo como el embargo y la ejecución, sino en los casos y dentro de los límites siguientes: a) cuando el Estado haya consentido expresamente en la adopción de tales medidas, en los términos indicados: i) por acuerdo internacional; ii) por un acuerdo de arbitraje o en un contrato escrito; o iii) por una declaración ante el tribunal o por una comunicación escrita después de haber surgido una controversia entre las partes; o b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; o c) cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”. Para un análisis detallado del alcance de la renuncia a la inmunidad de ejecución, sus condiciones y requisitos particulares a la luz del caso de la “Fragata ARA Libertad”, de conformidad con el Derecho Comparado, destacando jurisprudencia de los EE. UU., Francia, Bélgica y Suiza, entre otros, incluyendo con distintos tipos de soluciones reconociendo o denegando la inmunidad, cf. El Sawah, S. & Viñuales, J. E. (Juillet-Août-Septembre 2013). “L’immunité d’exécution dans l’affaire de l’Ara Libertad devant le TIDM”. Ob. cit. 857-899, párr. 44-58.

61 Cf. *Southern Bluefin Tuna Cases (New Zealand v. Japan; Australia v. Japan)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 27 August 1999.

del 20 de junio de 2013, que revocó el embargo ordenado sobre la Fragata ARA Libertad, por considerar aplicable la inmunidad de ejecución que posee la misma, por tratarse de un bien perteneciente a un Estado soberano y afectado a fines militares.

Asimismo, la Corte reconoció que la medida de embargo podría comprometer la paz y seguridad del Estado del foro y garantizó, asimismo, la no repetición exigida por la Argentina en el proceso arbitral, ordenando a todos los tribunales inferiores de ese país a abstenerse de realizar nuevos embargos sobre bienes militares de Estados extranjeros y difundir, adicionalmente, la Sentencia ante la comunidad internacional⁶².

V. Reflexiones finales

Hemos presentado una clara conceptualización de las actividades militares, así como una descripción de la situación jurídica de los buques públicos, sus características principales y, especialmente, la inmunidad que éstos poseen en razón de un arraigado principio de Derecho Internacional reconocido en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982, evidenciando, de este modo, la importancia que poseen las actividades militares en tiempos de paz.

No obstante, aparecen algunas consideraciones que merecen reflexión, como es el caso de los buques públicos situados en aguas interiores. Claramente la doctrina no es unánime sobre este punto, aunque también es justo reconocer que en el asunto de la Fragata ARA Libertad el mismo devino en abstracto, en virtud del reconocimiento expreso realizado por las autoridades ghanesas en reiteradas ocasiones, tanto al intercambiar notas previas a la visita del buque, como posteriormente, durante la controversia, a través de las declaraciones del Poder Ejecutivo.

A pesar de lo anterior y el debate sobre la coincidencia o no en cuanto a lo decidido por el Tribunal de Hamburgo, lo cierto es que la estrategia procesal seguida por las autoridades argentinas en el ámbito internacional resulta, a todas luces, impecable en el caso analizado. En ese sentido, también cabe destacar el sometimiento de los Estados al sistema de solución de controversias previsto en la Parte XV de la Convención y el cumplimiento de ambos procedimientos: el de medidas provisionales y la Orden decretada por el Tribunal de Hamburgo, por un lado; y el cumplimiento de lo acordado por las partes en el procedimiento del Anexo VII de la Convención, por el otro.

En otras palabras, la controversia y la participación de los dos Estados en el procedimiento contribuyen, en definitiva, a esclarecer los alcances y los conceptos regulados por la Convención, especialmente respecto de la situación de los buques de guerra en aguas interiores y puertos, constituyendo el procedimiento ante el Tribunal Internacional de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar un interesante antecedente en la materia para cuestiones urgentes o que presenten perjuicios

62 Cf. Cancillería Argentina, Dirección de Prensa, Información para la prensa N° 243/13. Disponible en www.cancilleria.gob.ar (consultada el 28-9-2013).

irreparables, tal se evidenció en 2013 en el caso del *Arctic Sunrise*⁶³, en contraste con los procedimientos de pronta liberación previstos en el artículo 292 de la misma Convención de 1982.

Por otra parte, cabe destacar que el Tribunal de Hamburgo, a nuestra consideración acertadamente, omitió considerar los aspectos no referidos al Derecho del Mar, toda vez que el mismo posee una competencia especializada, y cualquier desviación sobre ésta habría sido objeto de fuertes críticas por la doctrina internacionalista. Lo anterior no exime de críticas al Tribunal ya que, por ejemplo, podría haber aclarado la relación entre el artículo 32 de la Convención y otras reglas convencionales o consuetudinarias, aunque la urgencia y las características de este tipo de solicitudes permiten justificar, o bien, comprender, los límites de la Orden de medidas provisionales decretada el 15 de diciembre de 2012. A pesar de ello, su rol merece ponderarse positivamente ante la novedad, complejidad y sensibilidad de la controversia planteada, demostrando, asimismo, experiencia, celeridad y transparencia en la solución del asunto sometido a su consideración; reafirmando, de este modo, sus aportes en materia de interpretación de la Convención por parte de otros tribunales, tanto locales como internacionales.

⁶³ *The Arctic Sunrise Case (Kingdom of the Netherlands v. Russian Federation)*, Provisional Measures, ITLOS, Order of 22 November 2013.

**EL ESTADO DE DERECHO CONTRA EL ESTADO DE CODICIA:
EDMUND BURKE CONTRA LA COMPAÑÍA BRITÁNICA
DE LAS INDIAS ORIENTALES**

*The Rule of Law against the State of Greed: Edmund Burke
against the East India Company*

Jakob Fortunat Stagl*

Resumen: Hacia finales del siglo XVIII, Bengala cayó repentinamente bajo el gobierno de la Compañía Británica de las Indias Orientales. En un primer momento, esta última se convirtió en el soberano de un país del tamaño de Francia, para pasar, finalmente, a ser el de todo el subcontinente indio. La Compañía no estaba controlada por ningún Derecho Positivo, ni indio, ni británico, ni internacional. Como resultado, la codicia individual y corporativa de la Compañía reinó de manera suprema, con las consecuencias más nefastas que se puedan imaginar para la población nativa de la India. El problema de la India despertó el interés de Edmund Burke. Él vio en India una metáfora de su natal Irlanda y sospechó de la corrupción de los políticos británicos, a causa del dinero y la influencia que los hombres de la Compañía ganaron en India. Como consecuencia, hizo de la lucha contra la avaricia desmedida de la Compañía (mediante la promoción de un juicio político a Warren Hastings, el primer gobernador general de Bengala) el objetivo de su vida. Sin embargo, para conseguir que condenasen a Hastings, era necesario probar que él había infringido la ley. Pero ¿qué ley deberían aplicar los jueces? Para ello, Burke recurrió al Derecho Natural y al Derecho Romano. De esta forma, blandió la máxima “Eundem negotiatorem et dominum”, que quiere decir, que aquel negocio que tiene por objetivo generar ganancias es irreconciliable con aquel que tiene por objetivo el bienestar de la población. A pesar de ello, luego de muchos años, Hastings fue absuelto. Empero, con este juicio, Burke contribuyó a civilizar el gobierno británico en India. Recientemente la escuela postcolonialista ha criticado la postura de Burke. Según esta escuela, Burke debería haber pedido a Gran Bretaña dejar India, en lugar de mejorar su gobierno y, como consecuencia, prolongar su existencia.

* Profesor de Derecho Romano y de Derecho Comparado en la Universidad Bernardo O'Higgins, Santiago de Chile y Docente en la Rheinische Friedrich Wilhelms-Universität Bonn (Alemania).

Palabras clave: Derecho Natural - Colonialismo - Cicerón - Racismo - Gandhi.

Abstract: At the end of the 18th century Bengal suddenly came under the rule of the East India Company. The former trading company had become the sovereign, first, of a country the size of France, and eventually of the whole Indian subcontinent. The Company was not controlled by any positive law, be it Indian, British or international. As a consequence, the Company's individual and corporate greed reigns supreme, with the most dire consequences for the native Indian population. The Indian question aroused the interest of Edmund Burke. He saw in India a metaphor for his native Ireland and was suspicious of the corruption of British politics by the money and influence that the Company's men had gained in India. He therefore made it the aim of his life to fight the Company's unrestrained avarice by fostering an impeachment trial against Warren Hastings, the first Governor General of Bengal. In order to get Hastings convicted it was necessary to show that he had infringed the law. But which law should Hastings' judges apply? He resorted to Natural Law and Roman Law. Thence he took the maxim "*Eundem negotiatorem et dominum*", that is to say, commerce which aims at profit, and government which aims at the welfare of the population, are irreconcilable. Though after many years Hastings was acquitted, Burke contributed by this trial to civilizing British rule in India. Burke's stance has recently been criticised by the post-colonial school: He should have pleaded for the British to quit India rather than improving their rule and thereby prolonging its existence.

Key-words: Natural Law - Colonialism - Cicero - Racism - Gandhi.

“¿La justicia es una en Roma y otra en Sicilia?”¹
[Cicerón, *In Verrem* II 46 (117)]

1. Introducción: “Blondes have more fun”

Una de las percepciones más comunes de nuestros tiempos reza así: “Las rubias se divierten más”. Pero cabe preguntarse, ¿es acaso eso cierto? Quizá, la respuesta la podamos encontrar en un dicho, hartamente repetido, según el cual “los hombres las prefieren rubias”. Pero de nuevo, ¿cómo es que esto es así?, ¿cómo podemos explicar dicha elección, y cuáles son las consecuencias de dicha preferencia? De hecho, la siguiente pintura nos puede dar una pista:

1 *An aliud Romae aequum est, aliud in Sicilia?*



En el centro de la pintura², podemos apreciar una escultural morena ofreciendo un recipiente repleto de joyas a una mujer blanca, quien, a su vez, sentada por encima de aquella, observa un collar de perlas que acaba de tomar del recipiente. Desde luego, ella está encantada, pero lo raro es que no le da nada a cambio a la morena. ¿Por qué la mujer morena debería obsequiar sus joyas a la mujer blanca? Bueno, en realidad, se dice que “los diamantes son los mejores amigos de las mujeres”.

Quizá el hombre que está al lado derecho de la pintura tenga algo que ver con esta generosidad inexplicable. Por su excéntrica vestimenta y el cetro curioso que porta, podemos decir que es Mercurio, el dios de los comerciantes y de los ladrones. Ciertamente, la última calificación nos da algún indicio. Justo debajo de la mujer blanca encontramos un león. El león es un depredador, y como tal, toma lo que desea sin dar las gracias. Aunque no muestra sus colmillos, intimida a la morena con su sola presencia. De todo esto podemos concluir que la morena es obligada a obsequiar sus joyas, o, lo que francamente es lo mismo, que ella está siendo robada por la mujer blanca, con la complicidad del león.

De esta forma, Mercurio se encuentra en una doble situación ganadora: puede pedir la mano de la mujer blanca, que acaba de recibir una hermosa dote, gracias a la generosidad forzada de la morena; o, si mata al león y devuelve las joyas a la morena, podría pedir la mano de esta última, lo cual, dicho sea de paso, constituiría

² Sobre la iconografía jurídica v., por lo general, Panofsky, E. (1932). “Zum Problem der Beschreibung und Inhaltsdeutung von Werken der bildenden Kunst”. En *Logos* 21, 103-119 y, en particular, Friedrich, P. (2015). *Betrachtungen eines unpolitischen Bildprogramms – Die Darstellung der Volksgesetzgebung Karls des Großen im Plenarsaal des Oberlandesgerichts Düsseldorf*. Köln-Weimar-Wien.

una verdadera caballerosidad de su parte y, valgan verdades, causaría una buena impresión en la mujer de color. Sin embargo, Mercurio obviamente está más interesado en la mujer blanca. ¿Por qué parece ser que él prefiere a las mujeres blancas, tal como la mayoría de los caballeros?, ¿es simplemente una cobardía de su parte, o existe alguna razón más profunda para la elección de Mercurio? Este es el problema principal de la presente investigación.

Las personas descritas en esta alegoría representan determinadas naciones. La mujer morena, por su color de piel y cabello, es de la India; mientras que las demás personas que llevan cargas obviamente son de diferentes regiones de Asia. La pequeña pieza de tela en el lomo del león muestra una parte de la bandera del Reino Unido, lo cual nos dice que él es el símbolo de la Gran Bretaña. Teniendo estos detalles en consideración, podemos concluir que la mujer morena representa a “India”, y que la mujer blanca es ella misma “Britania”. De hecho, el título de esta pintura es “El Oriente ofreciendo sus riquezas a Britania”. La Compañía Británica de las Indias Orientales encomendó dicha pintura al pintor Spiridione Roma³. Esta se culminó en 1777, y desde entonces decoró su sede central, la *East India House*, en Londres⁴.

1. La India colonial: De la red de extorsión al colegio obligatorio

La Compañía llegó a India alrededor del siglo XVI, junto a las compañías de comercio portuguesa y francesa. En un primer momento, la Compañía comercializaba especias, y, posteriormente, también seda y algodón. En la segunda mitad del siglo XVIII, se produjeron enormes ganancias exportando opio indio a China, e importando té chino a los mercados occidentales.

En aquel entonces, el subcontinente indio estaba dividido en una infinidad de principados y feudos, más o menos independientes, así como en dos grandes estados, el Imperio Mogol, al norte, y la Confederación Maratha, al oeste. Bengala, que fue fundamental para el comercio chino, era un feudo de los Mogoles.

En 1757, las fuerzas bengalíes fueron derrotadas por las tropas de la Compañía en la batalla de Plassey (*Pôlashir Juddho*), luego de que las disputas sobre cuestiones fiscales entre la Compañía y el gobernante de Bengala desencadenaran en actos de violencia. Poco después, el emperador mogol concedió a la Compañía el derecho de recaudar tributos en Bengala, así como en Bihar y Orissa (*Odhisha*). De esta forma, la Compañía se convirtió en el verdadero soberano de un territorio extremadamente rico, del tamaño de Francia, mientras tanto los ex gobernantes de Bengala se convertían en sus marionetas.

Para asegurar estas conquistas territoriales, la Compañía se involucró cada vez más en la política india y protegió sus posesiones con tantas guerras cuanto

3 Bowen, H. V. (2006). *The Business of Empire. The East India Company and Imperial Britain 1756-1833*. Cambridge; Lawson, Ph. (1993). *The East India Company*. Londres; Mukherjee, R. (1958). *The Rise and Fall of the East India Company*. Berlín.

4 Archer, M. (1965). “The East India Company and British Art”. En *Apollo* 82, 406.

fuesen necesarias para deshacerse de todos sus rivales en India, especialmente de Francia y de la Confederación Maratha.

Durante el primer siglo después de Plassey, India fue gobernada directa o indirectamente por la Compañía, pero luego de la rebelión de 1857⁵, la corona se hizo cargo de manera oficial. La India británica, conocida comúnmente como el Raj⁶, siguió siendo colonia británica hasta 1947⁷.

Una colonia es básicamente una red de extorsión a escala internacional⁸. Edmund Burke (1729-1797)⁹ nos da la siguiente descripción de este sistema en India:

“La invasión [de India] por los tártaros [mogoles] fue perjudicial; sin embargo, nuestra protección es la que destruye India. Aquella era su enemistad, pero ahora es nuestra amistad. Nuestro gobierno allí [en Bengala], luego de veinte años, es tan duro como el primer día. Los nativos apenas saben lo que es ver la cabeza encanecida de un inglés. Hombres jóvenes (casi niños) gobiernan, sin sociedad, y sin simpatía por los nativos. Como si aún viviesen en Inglaterra, ellos no mantienen comunicación con la gente. De hecho, tampoco mantienen ningún tipo de relación, sólo la necesaria para hacerse de una rápida fortuna, con miras hacia una remota colonización. Motivados por toda la codicia de la época actual, y toda la impetuosidad de la juventud, ellos llegaron uno tras otro; ola tras ola; y ante los ojos de los nativos no hay más que proyectos desesperados, y un sinfín de nuevos vuelos y travesías de aves rapaces con hambre, que se renueva permanentemente, por comida que se desperdicia de manera continua. Cada rupia que es producida por un inglés, es una pérdida eterna para la India”.

A pesar de todo, este sistema de extorsión podría haberse justificado si los británicos hubiesen beneficiado de algún modo a India, por ejemplo, si ellos hubiesen recaudado impuestos no para enriquecerse ellos mismos, sino para enriquecer el país que ellos estaban gobernando. Pero no fue así, como bien se puede apreciar cuando Burke continúa:

“Entre nosotros no existen creencias retributivas, en virtud de las cuales una fundación de caridad compense a los pobres, a través del tiempo, por la rapiña e injusticia del día. Entre nosotros ningún orgullo erige monumentos majestuosos con los cuales reparar los perjuicios que ha causado el orgullo, y con los cuales honrar un país a costa de sus propios botines. Inglaterra no ha erigido iglesias, hospitales, palacios, ni escuelas; Inglaterra

5 Desde la perspectiva india, la “Primera Guerra de Independencia”. Reinhard, W. (1988). *Geschichte der europäischen Expansion*, vol. 3, Stuttgart, 17 y ss., se muestra crítico respecto a esta expresión patriótica, porque en aquel entonces, India carecía de un programa nacional.

6 Esta es una palabra indostaní que originalmente significa “rey” o “autoridad”; cf. Merriam Webster, *Dictionary* i.v.

7 Para la historia india, véase *Oxford History of India* (1981), 4ª ed. Percival Spear. Oxford; Wolpert, St. A. (1989). *A New History of India*, 3ª ed. Oxford; Doniger, W. (2009). *The Hindus. An alternative History*. New York.

8 Gründer, H. (1987). “Kolonialismus”. En *Staatslexikon*, ed. por the Görres Gesellschaft, Freiburg.

9 [Burke, Ed.], (1886–1889), *The Works the right honourable Edmund Burke* (Bohn's Standard Library), vol. I–VI, plus Supplement, vol. I–II. Londres. Biografías: O'Brien, C. C. (1992). *The Great Melody*. Londres; Kirk, R. (1997). “Edmund Burke. A genius reconsidered”. Wilmington. Langford. En *Oxford DNB* i.v.; Works: ed. London 1886–1889.

no ha construido puentes, ni carreteras; no ha construido navíos, ni represas. Cualquier otro conquistador, sea un estado o beneficencia, de cualquier otro tipo, ha dejado algún monumento detrás de él. Si el día de hoy fuésemos expulsados de India, no quedaría nada que nos diera a entender que ella fue poseída, durante el infame periodo de nuestra dominación, por algo mejor que el orangután o el tigre¹⁰.

La situación así descrita por Burke no podría durar por siempre. Por un lado, los británicos se fueron involucrando poco a poco en los problemas de la India, y cuanto más se involucraban, la estafa resultaba siendo menos rentable¹¹. Por el otro, sus corazones se ablandaron; como dice el dicho: “de la tercera generación nacen los caballeros”. De esta forma, el hombre blanco se preguntó a sí mismo si la codicia era realmente una justificación para explotar otra nación por el simple hecho de que esta última pertenecía a una raza distinta. Y la respuesta fue que su gobierno sobre el “negro”¹² no podía justificarse como un plan de explotación, sino sólo como una recompensa por otorgar al negro los beneficios de la cultura y civilización del hombre blanco, justo como Burke resaltó¹³.

De la noche a la mañana –el proceso ocurrió en un “momento de distracción”¹⁴– el juego cambió; la red de extorsión se convirtió en algo similar a un colegio obligatorio¹⁵, con una emperatriz como directora¹⁶, un virrey como rector, y un pueblo viejo y civilizado como alumnos que pagan cuotas altas¹⁷. La metáfora del colegio obligatorio se justifica si uno piensa en el discurso más influyente de Thomas Babington Macaulay (1800-1859), “Minute on Education”. Precisamente, su objetivo manifiesto era crear una clase de indios “en cuerpo y mente”, que, no obstante, debiesen ser “ingleses en el gusto, moral e intelecto”¹⁸.

Sin embargo, los beneficios de este nuevo sistema fueron menos conocidos por el “Ministro de hacienda” que por el “Ministro de trabajo”¹⁹. El enorme colegio obligatorio necesitó de un inmenso personal de maestros y sacristanes²⁰. Aunque uno no se hará rico siendo maestro o sacristán, podrá ganar mucho prestigio y dar sentido a

10 Speech on Mr. Fox’s East India Bill, en: Burke. *The Works*. Ob. cit., Vol. II (1886), 194 y ss.

11 Reinhard, W. (2000). *Geschichte der Staatsgewalt*, 2ª ed. Munich, 485-490.

12 De manera general, los indios nativos eran denominados “negros”.

13 Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. En *The New Cambridge History of India*, ed. by Gordon Johnson. Cambridge, 2-5, remarca el hecho de que esta ideología fue desarrollada originalmente con respecto a los católicos –es decir bárbaros– de Irlanda; cf. también Osterhammel, J. (2011). *Die Verwandlung der Welt*. Munich, C. H. Beck, 647 y ss.

14 Allusion a Seeley, R. (1897). *The Expansion of England*. Londres, Macmillan, 10: “Parece que, por decirlo así, hemos conquistado y poblado medio mundo en un momento de distracción”.

15 Es digno de destacar que el General Dyer, responsable por la masacre de Jallianwalla Bagh en Amritsar, se veía a sí mismo como una especie de profesor de colegio; Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 229.

16 En 1876, a la reina Victoria se le otorgó el título de “Emperatriz de la India”. Esta fue una vistosa y romántica idea de Disraeli.

17 Sobre materia fiscal véase Reinhard, W. (1988). *Geschichte der europäischen Expansion*. Ob. cit., 12.

18 Sobre el *Minute on Education* véase Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 34, 39.

19 Este cargo en el Gabinete fue creado recién en 1916, por lo que el estilo es un poco anacrónico.

20 Osterhammel, J. (2011). *Die Verwandlung der Welt*. Ob. cit., 655-661; Reinhard, W. (1988). *Geschichte der europäischen Expansion*. Ob. cit., 12.

su vida. Además, existe un beneficio adicional, uno de tipo espiritual: el racismo²¹. El miembro más modesto o más humilde de los maestros se encontraba –en términos racistas– por encima del más alto dignatario de los estudiantes nativos²².

Por dar un ejemplo, en los clubes británicos que se encontraban por todo el subcontinente, los “nativos”, incluso si eran príncipes indios, no eran admitidos, con la única excepción del club Calcuta. Este club fue fundado en 1905, con la iniciativa del Virrey Lord Minto, a quien le había sido imposible invitar a cenar a un importante indio industrialista en el Club Bengala, ubicado en Calcuta (*Kolkata*)²³.

Esta oportunidad de menospreciar a alguien, simplemente por ser más bajo u oscuro que uno, disminuyó la gran tensión en la población altamente estratificada de los maestros²⁴. Finalmente, este idílico colegio también se volvió intolerable, y no tanto por su inhumanidad, sino porque se volvió muy difícil de justificar. La población de maestros había educado a tantos alumnos, que la población de alumnos adquirió todas las habilidades programadas en el plan de estudios²⁵.

Por lo tanto, ¿por qué la cabeza y el estómago del cuerpo político deberían seguir siendo blancos y los sudorosos miembros superiores negros? La única explicación posible era que el hombre negro era de una naturaleza inferior –en palabras del poeta laureado del Raj, Rudyard Kipling (1865-1936)²⁶–, de una “raza inferior”. En aquel momento, el racismo perdió su carácter de efecto secundario confortable, y se convirtió en un elemento esencial para legitimar la totalidad de la empresa.

Mientras ganaba mayor importancia, mayor era su inflexibilidad y malignidad²⁷, como recuerda precisamente el incidente de Gandhi en los vagones del tren²⁸. James Fitzjames Stephen (1829-1894), un importante administrador colonial y teórico, en una carta abierta publicada en *The Times*, analizó el problema de si los magistrados indios deberían tener el poder de conocer no sólo materias de los indios nativos, sino también de europeos:

“El gobierno de las Indias Británicas es esencialmente un gobierno absolutista, fundado, no en el acuerdo, sino en la conquista. Este no representa los principios de vida o gobierno de los nativos, y, mientras represente al paganismo y el barbarismo, jamás podrá

21 Sobre esto véase Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 80-81, 92-94 (con referencia al género), y Reinhard, W. (1988). *Geschichte der europäischen Expansion*. Ob. cit., 17 y ss.

22 Esta verdad es analizada con la mayor sutileza por Scott (1966-1975), en un trabajo de un genio literario y de profunda visión histórica. véase además Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj” (Ob. cit., 160 y ss.

23 Véase <http://www.calcuttaclub.in/history.html> (6 de junio de 2011). Este incidente está referido en varias ocasiones en Scott, P. (1966–1975). *Raj Quartet*. Londres.

24 Basta con recordar el dictamen de Sartre, J. P. (1946). *Réflexions sur la question juive*. París. Paul Morihien, 30, según el cual el antisemitismo es la “forma de esnobismo del pobre” (*snobisme du pauvre*). El archicolonialista Cecil Rhodes era consciente de esto; véase la referencia en Gehlen, A. (1986). *Moral und Hypermoral*, 5ª ed. Wiesbaden, Aula, 107 y ss.

25 Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 160 y ss., 208 y ss.

26 Una frase muy ambigua y famosa del poema de Rudyard Kipling, “Recessional” (1895). Algunos dicen que por “razas menores” él no quería referirse a las personas de las colonias, sino más bien a los alemanes a.k.a. “Hunos”.

27 Osterhammel, J. (2011). *Die Verwandlung der Welt*. Ob. cit., 1214 y ss.; Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 199–214; Reinhard, W. (1988), *Geschichte der europäischen Expansion*. Ob. cit., 9 y ss.

28 Judith M. “Brown, Gandhi, Mohandas Karamchand”. En: *Oxford DNB*, 372 y ss.

hacerlo. Este representa una civilización beligerante, y ninguna anomalía puede ser tan chocante o peligrosa como su administración por hombres que, estando a la cabeza del gobierno fundado en la conquista, presuponga siempre la *superioridad de la raza conquistadora, de sus ideas, sus instituciones, sus opiniones, y sus principios, sin dar más justificación por su existencia que su superioridad*, evitando la abierta, intransigente y sencilla afirmación de esta, tratando de excusar su propia posición, y rechazando, por cualquier causa, defenderla y fundamentarla”²⁹.

La misma línea de pensamiento fue expresada perfectamente por Kipling, con aquel toque de romanticismo y mal gusto, que también formaba parte del Raj:

“Tomad la carga del Hombre Blanco.
Enviad a los mejores de nuestros hijos;
vamos, atad a vuestros hijos al exilio
para saciar las necesidades de vuestros cautivos;
para servir bajo un yugo pesado,
a naciones hostiles y salvajes;
vuestro pueblo resentido y recién conquistado.
Mitad demonios y mitad niños”³⁰.

II. Llevando a la codicia ante la justicia: el “impeachment” de Warren Hastings

No obstante, nuestra mayor preocupación no es este estado final del colonialismo, sino el comienzo del mismo. Esto es, el período en el cual, el régimen colonial pasó de ser una red de extorsión al colegio obligatorio.

En India, esta transición está marcada por las personalidades de los tres primeros gobernadores de Bengala. El primero de ellos fue Robert Clive (1725–1774), el conquistador de Bengala y padre fundador del Raj³¹. Clive fue un hombre de acción, impulsado por una codicia personal insaciable, favorecido por una constitución robusta y la total ausencia de escrúpulos. Fue tan efectivo que cuando regresó a Gran Bretaña lo hizo como uno de los hombres más ricos de su tiempo. Warren Hastings (1732–1818)³², el segundo en la lista, fue más sofisticado y culto, específicamente como un orientalista³³.

29 Carta al *The Times*, del 1º de marzo de 1883; citado por Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 210. Esto nos hace pensar en uno de los famosos versos de Friedrich von Schiller (1800), *Wallenstein / Die Piccolomini*. Stuttgart, Cotta, V 1: “[...] el curso de una mala acción inevitablemente tiene que producir nuevas malas acciones” (*Das eben ist der Fluch der bösen Tat, / Daß sie, fortzeugend, immer Böses muß gebären*).

30 “The White Man’s Burden”. En Kipling, R. (1895). *If*. Londres, Doubleday, Page & Company. Sobre la compleja actitud de Kipling hacia el Raj véase Orwell, G. (1946). *A Collection of Essays*. Londres, Secker & Warburg, 116-131, y Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 161-163.

31 Huw Vaughan Bowen, en: *Oxford DNB i.v.*; Marshall, P. J. (1988). “Bengal: The British Bridgehead”. En *The New Cambridge History of India*, ed. por Gordon Johnson, Cambridge, 1988, 70-136.

32 Peter James Marshall, en: *Oxford DNB i.v.*

33 Brockington, J. L. (1989). “Warren Hastings and Orientalism”. En *The Impeachment of Warren Hastings*. Ed. By Geoffrey Carnall y Colin Nicholson. Edinburgh, 91-108.

Su codicia fue menos personal que empresarial. Con la astucia de Maquiavelo y, si era necesario, con una despreocupada crueldad, succionó todas las riquezas que pudo tomar de los territorios a su mando³⁴. El tercero, Lord Charles Cornwallis (1738-1805), fue un soldado moderado y un administrador honesto, inspirado en las virtudes anti-guerras más que en la codicia moderna³⁵. Él fue el primer gobernante respetable de los muchos que tuvo el Raj, y fue llamado el “Justiniano de la India”³⁶.

El cambio de Hastings a Cornwallis, de estafa criminalidad organizada a honorabilidad, coincide con el famoso juicio político [*impeachment*] de Hastings³⁷. Un *impeachment* es un proceso judicial en el cual ministros y otras personas poderosas son acusados por la Cámara de los Comunes, y juzgadas por altos crímenes y delitos menores cometidos en el ejercicio de sus funciones³⁸, por la Cámara de los Lores. El mayor oponente de Hastings fue el anteriormente mencionado, Edmund Burke. Él fue responsable de la decisión de la Cámara de los Comunes de procesar a Hastings, y posteriormente se convirtió en uno de los comisionados [*managers*] encargados de su enjuiciamiento ante la Cámara de los Lores.

Por otra parte, en la historia británica no han existido muchos juicios políticos y el de Hastings es considerado como uno de los mayores eventos políticos del siglo XVIII. Esta importancia es debida al alto rango de las personas involucradas, los asuntos en juego y las implicaciones escandalosas de los cargos.

A decir verdad, Hastings había sido uno de los administradores coloniales más eficientes. Si no se hubiese visto opacado por su proceso político, sus logros, defendiendo la posición de la Compañía frente a los Marathas y los franceses, le habrían hecho merecedor de un título de nobleza y un puesto alto en el gobierno. Por su parte, Burke fue un político destacado en su tiempo y uno de los más importantes pensadores políticos. Se ha observado correctamente que existieron mayores estadistas que Burke, los cuales jamás fueron puestos a prueba en el cargo; que existieron filósofos cuya sistematicidad y originalidad era mayor; e incluso –por sus defectos al hablar– mejores oradores. Sin embargo, sus discursos escritos son considerados como la cúspide de la oratoria a lo largo de los siglos XIX y XX³⁹.

34 Véase O'Brien, C. C. (1989). “Warren Hastings in Burke’s Great Melody”. En *The Impeachment of Warren Hastings*. ed. by Geoffrey Carnall y Colin Nicholson, Edinburgo, Ob. cit., 58-75.

35 Alsager Richard Vian, en *Oxford DNB i.v.*

36 Al respecto véase Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 17.

37 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Oxford, OUP; Whelan, F. G. (1996). *Edmund Burke and India. Political Morality and Empire*. Pittsburgh, University of Pittsburgh Press. Sobre esta materia, es clásico, desde luego, Macaulay, Th. B. (1841). *Warren Hastings*. Londres, Edinburgh Review. Sobre esta pieza maestra de la literatura y sobre el resto de su vida véase Edwards, O. D. (1989). En: *The Impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 109-144.

38 Arnold-Baker, Ch. (2008). *The Companion to British History*, 3ª ed. Durham, Loncross Denholm Press, 684 y ss., y Loewenstein, K. (1967). *Staatsrecht und Staatspraxis von Großbritannien*, vol. 2., Viena. New York, Springer, 14 y ss. De manera general, respecto a la historia y al juicio político, véase Bradley, A. W. (1989). “Personal responsibility and government – a role for impeachment?” En *The Impeachment of Warren Hastings*, 164-185.

39 Un análisis retórico es dado por Samet, E. D. (2001). “A Prosecutor and a Gentleman: Edmund Burke’s Idiom for Impeachment”. En *English Literary History* 68, 397-418. Pero, desde luego, es una idea maliciosa reducir la postura de Burke a oratoria, para convertirlo en un posmodernista, *avant la lettre*.

A pesar de todo lo observado, probablemente, jamás hubo un estadista capaz de entender los problemas políticos prácticos, desde sus raíces hasta sus ramificaciones, con tal grado de intuición filosófica, perspicacia política y vigor moral, como Burke⁴⁰. En la mente de Burke, se fusionan la más alta teoría, la mejor política moral y los mayores fines prácticos y exigencias de la época. Su logro más conocido –su postura contraria a la Revolución Francesa– puede ser visto como el resultado de su oposición al dominio británico en Irlanda e India. Cuando toda Europa sucumbió ante las dádivas de la ideología revolucionaria, Burke rechazó, sin el respaldo de nadie, el dogma revolucionario de que la humanidad podría ser salvada por aquello que Burke llamó “doctrina armada”. Él tenía en mente una doctrina política que, no obstante el fruto de las deliberaciones teóricas, no reconocía mayor derecho que la voluntad de aquellos que estaban en el poder. Él sabía perfectamente que ellos utilizarían su poder para sus propios fines. Esto lo hizo el padre fundador del conservadurismo en la opinión pública⁴¹, una afirmación que sólo es justificada parcialmente.

El conservadurismo *tout court* es simplemente un principio formal –existen, incluso, comunistas conservadores. Sin embargo, Burke no defendió la conservación de todo *status quo*, sino sólo el de un diferente conjunto de reglas morales: el Derecho Natural⁴². En este, como en muchos otros aspectos, Burke se mostró a sí mismo como un verdadero discípulo de Cicerón⁴³. Después de todo, fue principalmente Cicerón quien importó el Derecho Natural de Atenas a Roma⁴⁴.

Sobre todo a partir de los trabajos de Russel Kirk⁴⁵, Stanlis⁴⁶ y Canavan⁴⁷, pero también Leo Strauss⁴⁸, es opinión común hoy que el fundamento de la filosofía política de Burke habría sido el Derecho Natural clásico-tomista⁴⁹. Esta visión había sido puesta en cuestión por largo tiempo, dado que Burke, sobre todo en las “Reflexiones sobre la Revolución en Francia”, polemiza en muchos pasajes contra los “*Natural Rights*” (Derechos Naturales), a partir de lo cual surgió la creencia de que Burke no sería un teórico del Derecho Natural. Sin embargo, en Burke lo que hay es

40 Esta evaluación se encuentra en el artículo sobre Burke, Edmund, by the Viscount Morley of Blankham (J. Morley). En *Encyclopaedia Britannica*, 11ª edición. New York, 1910–11, i.v.

41 Kirk, R. (1995). *The conservative Mind: From Burke to Elliot*, 7ª ed. Washington D.C., Regnery.

42 *Ibidem*, 8, 16 y ss., 30 y ss. *et passim*.

43 Carnall, G. (1989). “Burke as modern Cicero”. En: *The Impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 76-90; Browning, R. (1984). “The Origin of Burke’s Ideas Revisited”. En *Eighteenth-Century Studies*, 18, 57-71; Strauss, L. (1953). *Natural Right and History*. Chicago, 295.

44 Kaser, M. (1993). *Ius gentium*. Cologne, Böhlau, 54 y ss.

45 Kirk, R. (1951). “Burke and Natural Rights”. En *The Review of Politics*, 13, 441-456.

46 Stanlis, P. J. (1958). *Edmund Burke and the Natural Law*. Ann Arbor, Transaction, 113. “[...] *faith in [...] Natural Law is Burke’s ultimate political principle*”.

47 Canavan, F. P. (1960). *The political reason of Edmund Burke*. Duke, Duke University Press.

48 Strauss, L. (1953). *Natural Right and History*. Ob. cit., 294 y ss.

49 Al respecto véase Whelan, F. G. (1996). *Edmund Burke and India. Political Morality and Empire*. Ob. cit., 275-291. Para más referencias, véase Guroian, V. (1981). “Natural Law and Historicity: Burke and Niebuhr”. En *Modern Age*, 25, 162-172; Rycenga, J. A. (1958). “Review: Edmund Burke and The Natural Law”. En *Marquette Law Review*, 42, 147-150; Cliteur, P. (1988). “The American Conservatives, Edmund Burke and Natural Law”. En *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 74, 452, 456 y ss. Hamburger (1959). “Review: Edmund Burke and The Natural Law by Peter J. Stanlis”. En *The Yale Law Journal*, 68, 831-838.

un desmarcarse de aquellos teóricos que, siguiendo a Rousseau, atribuían derechos al hombre con independencia del tiempo y del lugar, de la tradición en la cual él se inserta. De este modo, dice: “[...] el fundamento del gobierno se encuentra [...] no en derechos imaginarios del hombre (lo cual, en el mejor de los casos, es una confusión de principios judiciales con principios civiles), sino en la conveniencia política y en la naturaleza humana; sea en cuanto la naturaleza humana es universal, sea en cuanto es modificada por hábitos locales y aptitudes sociales”⁵⁰. Podría formularse esta diferenciación del siguiente modo: Burke piensa de un modo realista-situacional, y no de un modo irreal-orientado utópicamente al futuro. Es un hombre práctico, no un visionario que quiera cambiar el mundo: “[T]odas las leyes humanas son, propiamente, sólo declaratorias, pueden alterar el modo y la aplicación pero no tienen poder sobre la sustancia de la justicia original”⁵¹.

La visión de Burke del Derecho Natural se encuentra muy influenciada por el Common Law, lo cual él también expresa:

“Siempre ha sido el método de los juristas del Derecho Público el extraer gran parte de las analogías a partir de las cuales forman el derecho de las naciones, desde los principios del Derecho que prevalecen en la comunidad política. Las leyes civiles no son todas ellas meramente positivas. Aquellas que son más bien conclusiones de la razón jurídica que asuntos de determinación legislativa, pertenecen a la equidad universal, y son universalmente aplicables”⁵². Tal como los romanos establecieron en el mundo su *ius commune* purificado como *ius gentium*⁵³, lo mismo hicieron los británicos, al menos en la época de Burke⁵⁴.

Al hacer tal, no actuaron de modo desacertado, dado que el Common Law siempre había sido influenciado por las doctrinas del Derecho Natural⁵⁵, tal como prueba la siguiente cita de Bracton, que se anticipa en gran medida a los tratamientos posteriores de Burke: “[...] el rey no se debe encontrar bajo el hombre sino bajo Dios y bajo la ley, dado que la ley hace al rey [...] pues no hay rey donde rige la voluntad y no la ley”⁵⁶.

2. El Derecho Natural contra “la moralidad geográfica”

Desde la Antigüedad, muchos filósofos, juristas y padres de la iglesia han sostenido la opinión de que existe un cuerpo de normas jurídicas vigentes sin nuestro

50 “Appeal from the New Whigs to the Old”. En *The Works...* Ob. cit., Vol. III, 109.

51 “Tracts on the Popery Laws”. En *The Works...* Ob. cit., Vol. VI, 22.

52 “Letters on a Regicide Peace”. En *The Works...* Ob. cit., Vol. V, 218.

53 Stagl, J. F. (2011). “Eine Flucht nach Rom – Der geistige Weg Ernst Rabels”. En *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 79, 533, 542 y ss.

54 Stanlis, P. J. (1953). “Edmund Burke and the Law of Nations”. En *The American Journal of International Law*, 47, 397, 409 y ss. V. también: O’Sullivan, R. (1945). “Problems of Public and Private International Law”. En *Transactions of the Grotius Society*, 31, 117-138.

55 Alschuler, A. W. (2009). “From Blackstone to Holmes: The Revolt Against Natural Law”. En *Pepperdine Law Review*, 36, 4-20; Wu, J. (1954) “The Natural Law and our Common Law”. En *Fordham Law Review*, 23, 13-48.

56 O’Sullivan, R. (1945). “Problems...”. Ob. cit., 125.

consentimiento, y que son inmodificables por nuestra voluntad⁵⁷. Los principales exponentes de esta doctrina son Platón, Aristóteles, Cicerón⁵⁸ y Tomás de Aquino⁵⁹. Este cuerpo normativo deriva de la naturaleza, hacia toda la humanidad, gracias a la razón. El concepto subyacente de “naturaleza” no es meramente materialista, sino más bien es visto como una naturaleza impregnada de razón, en especial las “cuatro causas” de Aristóteles, entre ellas, la más importante: la causa final (*telos*).

De esta forma, el Derecho Natural no es simplemente un derecho divino y, como consecuencia, no está ligado a una religión determinada, en este caso, el cristianismo. Su fuerza vinculante y la posibilidad de su percepción no están vinculadas a ninguna creencia religiosa en particular. Es más, de entre los diez mandamientos, los primeros tres no pertenecen al Derecho Natural⁶⁰. Estos mandamientos son vinculantes sólo para el pueblo de Israel y, más tarde, para la Iglesia. Sin embargo, los mandamientos cuatro al diez constituyen el verdadero núcleo del Derecho Natural y son vinculantes para todos⁶¹. Estas reglas constituyen la base para el desarrollo más detallado y explícito de las normas para situaciones específicas en circunstancias cambiantes.

De acuerdo con el Derecho Natural, la felicidad de la humanidad está ligada al cumplimiento de estas reglas. De estos principios resulta el precepto del Derecho Natural de que no existe un orden de preferencia entre las razas humanas; una ley universal no puede hacer excepciones en beneficio de una raza o del daño que esta causa a un grupo de personas⁶². Siguiendo estos postulados, la esclavitud vulnera el Derecho Natural porque ésta otorga al hombre un poder absoluto sobre el hombre⁶³. Igualmente, el poder absoluto viola el Derecho Natural: “[...] el poder tiende a corromper, el poder absoluto corrompe totalmente”, dice el historiador Dalberg-Acton⁶⁴. Esta corrupción lleva necesariamente a la violación de los mandamientos cuatro al diez⁶⁵. Así, el caso de la esclavitud puede mostrarnos una percepción de la naturaleza viciosa de una institución, la cual puede durar cierto tiempo, y cuya abolición aún más, pero al final el Derecho Natural prevalecerá⁶⁶.

57 Messner, J. (1984). *Das Naturrecht*, 7ª ed. Berlín; Waldstein, W. (2001). *Teoria generale del diritto, dall'antichità ad oggi*. Roma.

58 Brandt, R. (1984), “Naturrecht, Altertum”. En *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, ed. por Joachim Ritter *et al.*, Basel, vol. 6, coll. 563-571; Waldstein, W. (1976). “Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen”. En *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, vol. XIV, ed. por Hildegard Temporini, Berlín, New York, 1 y ss.

59 Specht, R. (1984). “Naturrecht, Mittelalter und frühe Neuzeit”. En *Historisches Wörterbuch der Philosophie*. Ob. cit., coll. 571 y ss.

60 “Yo soy el señor tu Dios; No tendrás otros dioses a parte de mí. No invocarás mi nombre en vano. Recuerda el Sabbath y santificalo”.

61 “Honra a tu padre y a tu madre. No matarás. No cometerás adulterio. No robarás. No darás falso testimonio en perjuicio de tu prójimo. No codiciarás la casa de tu prójimo, ni su mujer”.

62 Messner, J. (1984). *Das Naturrecht*. Ob. cit., 559-563.

63 Messner, J. (1984). *Das Naturrecht*. Ob. cit., 230, 232, 336 y ss. El debate en torno a la esclavitud es mucho más complejo, porque la esclavitud estaba presente como una institución social en el evangelio, en el Derecho y sociedad romanas, y hasta hace no mucho en todo el mundo.

64 Dalberg-Acton, J. E. E. (1907). *Historical essays and studies*, ed. por J. N. Figgis and R.V. Laurence. Londres, 504.

65 Messner, J. (1984), *Das Naturrecht*. Ob. cit., 701.

66 Flaig, E. (2011). *Weltgeschichte der Sklaverei*, 2ª ed. Munich, C.H. Beck.

De manera que el Derecho Natural es el verdadero núcleo de la política filosófica de Burke, quien usa este pensamiento en contra de Hastings. Este último, por su parte, afirmaba que obrar mal en Gran Bretaña no tiene el mismo significado en India. Veamos qué dice Burke al respecto:

“[S]u señoría, sepa que estos caballeros [que pertenecen a la Compañía] han elaborado un plan de moralidad geográfica, en virtud del cual, los deberes del hombre, en situaciones públicas y privadas, no se encuentran gobernados por su relación al gobernador del universo, o por su relación con la humanidad, sino por climas, grados de longitud, paralelos, no de vida, sino de latitudes. Como si, cuando se cruza el equinoccio, todas las virtudes murieran [...] Reprochamos esta moralidad geográfica; Mr. Hastings, no se protegerá tras ella [...]”⁶⁷.

Para comprender la ira de Burke en contra de Hastings y de la Compañía Británica de las Indias Orientales, es necesario saber algunos datos biográficos. En primer lugar, Burke era irlandés de nacimiento, su madre y hermana fueron católicas. Lo más probable es que el propio Burke fuera criotcatólico durante su vida; al menos quiso ser recibido por la Iglesia en su lecho de muerte⁶⁸. Como un irlandés con raíces católicas, sabía exactamente lo que era la opresión de un poder extranjero. De hecho, atacando a Hastings, Burke atacaba seguramente el arquetipo del inglés sangre fría y expedito, quien durante siglos había destruido, saqueado y devastado Irlanda. Por lo tanto, se puede concluir que India fue para él, en cierta forma, una metáfora de Irlanda⁶⁹.

3. Los cargos en contra de Hastings

Durante muchos años, Burke había recolectado evidencia para acusar por veintidós cargos a Hastings. Sin embargo, la Cámara de los Comunes aceptó sólo cuatro como fundamento de su enjuiciamiento ante la Cámara de los Lores⁷⁰. Estos cargos fueron⁷¹:

1. Benarés: El principado de Benarés (*Varanasi*) pertenecía, de alguna forma u otra, a Bengala. Luego de tomar el control de Bengala, la Compañía hizo un acuerdo financiero con el gobernador de Benarés. De acuerdo con el proceso, Hastings había realizado demandas injustificadas al gobernador para cubrir las necesidades financieras de la Compañía durante el tiempo de guerra, y a causa de ello el gobernador se sublevó. Hastings se defendió

67 “Opening Speech in the Impeachment of Warren Hastings”. En Burke, *The Works...* Ob. cit. Vol. I, 93 y ss.

68 O'Brien, C. C. (1992). *The Great Melody*. Ob. cit., 589 y ss.

69 *Ibidem*, 459-592.

70 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., XIV y ss.

71 Respecto a algunos de los problemas jurídicos implicados véase Khan, K. U. R. (1989). “The impeachment: certain issues of international law”. En *The Impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 145-163.

- afirmando que este gobernador era un canalla y que, de cualquier forma, la Compañía tenía un poder absoluto sobre él⁷².
2. Las *begums* (señoras) de Oudh (*Awad*): En aquel entonces Oudh no se encontraba dentro del dominio de la Compañía, sino dentro del dominio del emperador mogol. De esta forma, la Compañía llegó a un acuerdo, en virtud del cual la Compañía colocaría sus tropas en su territorio, servicio por el que Oudh tenía que pagar. Oudh era considerado como un estado colchón para Bengala, de manera que ambos bandos decidieron beneficiarse con este acuerdo. El caso del enjuiciamiento fue que Hastings había cobrado, a favor de la Compañía, las deudas del gobernador, tras robar a su madre y abuela (las famosas *begums* de Oudh), de manera brutal: el *zenana* (los aposentos de las señoras) fue asaltado por las tropas británicas⁷³ y los eunucos de las *begums* fueron interrogados con tortura. La defensa de Hastings fue similar a la del caso de Benarés. Él afirmó que las *begums* habían respaldado las rebeliones en Oudh y de otros lugares, y sus dotes eran responsables por las deudas del gobernador⁷⁴.
 3. Obsequios: A los funcionarios de la Compañía no se les permitía recibir “obsequios” (sobornos) de parte de indios, por la sencilla razón de que la Administración pública no debería estar a la venta. Sin embargo, el enjuiciamiento trató de probar que Hastings había aceptado sobornos a favor de la Compañía, y que inclusive se embolsilló algo de dinero para sí mismo. Esta acusación tocó la verdadera esencia del gobierno inglés en India. En la práctica, aparentemente, la Compañía vendía todo al mejor postor: reinos, cargos importantes, y el derecho de recaudar impuestos. Luego de haber adquirido el derecho de recaudar impuestos en Bengala, la Compañía vendió dicho derecho a nivel distrital al mejor “recaudador de impuestos”. Luego de que surgieran rumores acerca de la producción de serios disturbios en el distrito de Rangpur, a la Compañía se le encargó elaborar un informe. Precisamente, Burke usó dicho informe para describir las repercusiones de este sistema:

“Y aquí, su señoría, comenzó tal clase de crueldades y torturas, que creo que jamás ninguna historia ha presentado a la indignación del mundo [...] ellos comenzaron atando los dedos de los infelices terratenientes [campesinos libres] de dichas provincias, hasta que quedaron tan juntos, que parecía como si estuviesen unidos el uno al otro. Posteriormente, y pasando por alto los gritos de sufrimiento, clavaron cuñas de hierro entre ellos, hasta que los aplastaron en pedazos e hirieron aquellas laboriosas, inocentes, honestas y pobres manos, que nunca antes habían llevado a sus bocas tal mezquina y escasa proporción de los frutos de su propia tierra; pero aquellos frutos [p. ej., el opio] (que se niega a las necesidades de sus hijos) han suministrado por más de quince años la inversión de nuestro comercio con China, y fueron enviados anualmente, sin remuneración, a adquirir para nosotros

72 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 88-108.

73 Desde luego, esta es una acusación de violación sexual.

74 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 109-129.

aquel fino alimento con el cual su señoría, todo este auditorio, y todo este país, ha iniciado cada día de estos quince años, a costa suya [p. ej., el té]. Para esas manos benéficas que laboran en nuestro beneficio, la respuesta del gobierno británico ha sido sogas, martillos y cuñas⁷⁵.

Burke, quien no había estado nunca en India, no fue testigo ocular de dichas escenas. Sin embargo, él reunió toda esta de los informes que le brindaron los adversarios de Hastings en la Compañía. Por consiguiente, la descripción de Burke sobre la “tax britannica” (un antiguo juego de palabras con inglés *tax* = impuestos, y latín, *pax* = paz) pudo haber sido un poco, aunque no demasiado, exagerada. Por otra parte, su siguiente exhortación profética no habría sido del agrado de la Corte:

“Pero existe un lugar en donde estas heridas e incapacitadas manos actuarán con un poder insuperable. ¿Es que acaso ellas no nos aplastarán, cuando se levanten al cielo en contra de sus opresores? Entonces, ¿podremos resistir a dichas manos?, ¿lo podrá hacer el poder que las oprime y destruye? Poderosa en la plegaria, déjenos al menos lamentarnos [tratar de evitar el mal mediante la oración] y así protegernos de la venganza con la cual estas estrujadas e incapacitadas manos podrían eliminarnos. Sus señorías, esta es una terrible reflexión: pensemos en ella”.

Al parecer, este cargo estaría bien fundamentado, ya que la situación legal ha sido bastante clara desde el *Regulating Act* de 1773, el cual prohibía la aceptación de obsequios. No obstante, a pesar de que Hastings no contradujo la acusación de haber recibido presentes, negó, sin embargo, que se trataran de sobornos⁷⁶.

4. Contratos: Este cargo estaba referido a los contratos que la Compañía había celebrado, con comerciantes y personal, en condiciones extremas. Estos eran excesivamente poco rentables para la Compañía, así como inútiles, y constituían un desperdicio para la creación de puestos de trabajos en la Compañía misma. De esta forma, estos dos tipos de corrupción trataron de incrementar el poder de Hastings en la Compañía.

Aquí todo dependía de la evidencia, por lo que a Hastings le fue muy fácil defenderse afirmando que todo lo que él había hecho era perfectamente correcto y conforme con el interés de la Compañía⁷⁷.

Por su parte, el compromiso de Burke estaba inspirado por el razonamiento político, moral y jurídico: denunció la opresión de los indios porque, para él, todos los hombres tenían los mismos derechos naturales; se oponía al gobierno arbitrario en India, porque este conducía inevitablemente a la opresión y finalmente, a la re-

75 “Speech on the Impeachment of Warren Hastings, Fifth Day”. En Burke (1889). *The Works...* Ob. cit., Supp. Vol. I, 187.

76 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 130-162.

77 *Ibidem*, 162-179.

belión, con todas sus terribles consecuencias, tanto para los indios, como para los británicos. Asimismo, puso en evidencia la corrupción de los políticos británicos que se habían enriquecido injustificadamente cuando ocupaban cargos en la Compañía, los denominados “nababs”.

Esta motivación, obviamente, deriva de la historia romana, la cual es una importante inspiración para Burke. Durante la era republicana, la relación de las provincias y la ciudad de Roma fue el principal problema constitucional. Así, la carrera de alguien como el César mostró claramente lo que podría pasar si los administradores provinciales que tenían un éxito sobresaliente participaban en la política metropolitana con la ayuda de su oro y de la lealtad de los que habían sido sus subordinados⁷⁸.

4. El Derecho Natural frente al “poder arbitrario”

Durante el proceso político, se le restó importancia a dos cuestiones jurídicas: la intrincada cuestión de la prueba, y la aún más difícil cuestión del derecho aplicable⁷⁹. La Cámara de los Lores había establecido los principios de juzgamiento sobre las cuestiones probatorias, aplicando los estrictos estándares del *Common law*⁸⁰. De modo que era una tarea casi imposible probar cualquier fechoría de Hastings con dichos estándares.

Hastings había tenido todos los medios, oportunidades y tiempo del mundo para manipular los hechos –basta con considerar que a un buque le tomaba medio año navegar de Gran Bretaña a Bombay (*Mumbai*). Aparte de ello, muchas cuestiones prejudiciales del Derecho indio eran enormemente controversiales. Obviamente, quien mejor conocía el sistema indio era el propio Hastings, pues había hecho sus negocios en India por más de treinta y cinco años.

Ante esto cabe hacer las siguientes preguntas: ¿la India no era más que una víctima de la administración de la Compañía y de la codicia personal de Hastings, así como la presa lo es del león? ¿La compañía y Hastings (como su director ejecutivo) estaban regidos por normas jurídicas? Si la Compañía estaba regida por el Derecho, ¿de qué Derecho estamos hablando?

A decir verdad, no existía ningún Derecho Positivo que regulara las relaciones de la Compañía con la población india, así como con los estados indios. El *Common law* sólo se aplicaba a los miembros de la comunidad británica en la India. Por su parte, el Derecho nativo, esto es el musulmán o hindú, sólo estaba referido a las relaciones de la Compañía con los indios, pero definitivamente no estaba referido a los estados indios, como el imperio Mogol o el principado de Oudh. Respecto a estas relaciones, la única posibilidad era el Derecho Internacional, como había sido establecido por la clásica obra de Vattel, *Le droit des gens*, 1758⁸¹. Pero ¿este era aplicable?

78 Rainer, J. M. (2006). *Römisches Staatsrecht: Republik und Prinzipat*. Darmstadt, WBG, 162-185.

79 Mukherjee, M. (2005)., “Justice, War, and the Imperium: India and Britain in Edmund Burke’s Prosecutorial Speeches in the Impeachment Trial of Warren Hastings”. En *Law and History Review* 23, 589-630.

80 Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 69 y ss.

81 “Natural Law and International Law in Edmund Burke”. En Davidson Source, J. F. (1959). *The Review of Politics*, Vol. 21, N° 3, 483-494.

A pesar de ello, lo decisivo para Burke no era qué derecho debería aplicarse, ya que, como un verdadero creyente del Derecho Natural, estaba convencido de que el robo⁸² era considerado un crimen por cualquier derecho:

“Mr. Hastings no podrá encontrar protección allí. Dejad que corra de Derecho en Derecho; dejad que escape del *Common law*, y de las sagradas instituciones del país que lo vio nacer; dejad que escape de los actos del parlamento [...] pues incluso el Derecho Islámico lo condenará [...] dejad que escape hacia donde él quiera –de Derecho en Derecho– pues gracias a Dios, el Derecho lo encontrará donde sea. El poder arbitrario no puede protegerlo frente al Derecho; y tan pronto lo tenga en mis manos, yo lo procesaré, sea en base al Corán, o en base a cualquier otro sistema jurídico oriental, así como en base al *Common law* de este reino”⁸³.

Por su parte, Hastings sostuvo que había mantenido un “poder arbitrario” como Gobernador general de Bengala; que sus acciones no son juzgadas por ningún derecho, sea el Derecho Natural, indio o cualquier otro. Asimismo, sostuvo la teoría de que en Bengala, el imperio Mogol le había otorgado su propio poder arbitrario sobre la Compañía⁸⁴.

Valgan verdades, la arbitrariedad del gobierno asiático constituye uno de los prejuicios más antiguos y arraigados respecto al oriente, y fue una justificación para el Raj⁸⁵. Sintetizamos brevemente este argumento así: los asiáticos eran inferiores a los europeos porque el individuo valía menos en el oriente que en el occidente. Un gobernador en Asia podía hacer lo que él quisiera porque el individuo no valía nada (“despotismo oriental”). Por naturaleza, todos los asiáticos son sirvientes, y los europeos sus dueños.

Sin embargo, en el siguiente pasaje, Burke refuta ampliamente este punto de vista. En primer lugar, advierte que “*abusus non tollit usum*”, el abuso no quita el uso, es decir, este no es un argumento en contra del uso correcto:

“¿Han escuchado alguna vez que los derechos de la humanidad se postran al servicio de la práctica del gobierno? Su señoría, será su deber y gozo, su orgullo y triunfo, enseñar a

82 “Robo” podría considerarse una palabra fuerte –en realidad, en tiempos de Burke, también lo era. Nosotros usamos esta palabra en aras de autenticidad, en tanto que el propio Burke la emplea: “Su señoría, los comisionados (*managers*) de la Cámara de los Comunes, no han utilizado ningún lenguaje inapropiado. De hecho, nosotros hemos utilizado, y utilizaremos de nuevo, dichas expresiones como apropiadas para retratar la culpa. Luego de describir la magnitud del crimen, describimos la magnitud del criminal. Nosotros hemos declarado que él no sólo es un *ladrón público*, sino el centro de un sistema de robo, el capitán general de la banda, el jefe bajo las órdenes del cual toda una banda depredadora está organizada, disciplinada, y pagada”. “Speech in the Impeachment of Warren Hastings/First day of reply”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. II, 153.

83 “Opening Speech in the Impeachment of Warren Hastings”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 118. Stanlis, P. J. (1953). “Edmund Burke and the Law of Nations”. En *The American Journal of International Law*, 47, 397-413.

84 De acuerdo con Khan, K. U. R. (1989). “The impeachment: certain issues of international law”. Ob. cit., 148 y ss., esto no habría sido posible en el Derecho musulmán.

85 Metcalf, Th. R. (1994). “Ideologies of the Raj”. Ob. cit., 6-15.

los hombres que ellos tienen que adecuar su proceder a principios, y no derivar sus principios de la práctica horrorosa, corrupta y abominable de un hombre cualquiera. ¿Acaso existe algún hombre que se haya atrevido a indicar el obrar de los villanos, de todos los infames predadores, como su justificación? ¿Hay alguien que se atreva a recoger y poner todo esto en un código, y llamarlo el deber de un gobernador británico? Creo que una cosa tan osada nunca antes fue intentada por un hombre⁸⁶.

Habiendo dicho esto, Burke analiza la idea del poder arbitrario considerado en sí mismo. Dentro del Derecho Natural, algo como el poder arbitrario no puede existir, la propia idea es una aberración.

“¿Él [es decir, W. Hastings] tiene un poder arbitrario? Su señoría, la Compañía Británica de las Indias Orientales, no tienen ningún poder arbitrario para conceder. El rey no tiene ningún poder arbitrario para conceder. Tampoco su señoría, ni los Comunes, ni toda la legislatura tienen ningún poder arbitrario para conceder. El poder arbitrario es algo que ningún hombre puede conceder. Su señoría, ningún hombre puede gobernarse a sí mismo según su propia voluntad; mucho menos puede ser gobernado por la voluntad ajena. Todos nosotros, tanto los de clase alta como los de la baja, tanto los gobernantes como los gobernados, hemos nacido sujetos a una gran ley, inmutable y preexistente, anterior a todos nuestros planes y conspiraciones, fundamental para nuestros sentimientos, por la cual estamos vinculados en el marco eterno del universo, y fuera del cual no podemos existir. Esta gran ley no surge de nuestros convenios o pactos; por el contrario, esta les otorga toda la sanción que deben tener. Todos los bienes y obsequios son de Dios: todo el poder es de Dios; y él, quien ha dado el poder, y de quien exclusivamente este se origina, nunca se corromperá. Por lo tanto, su señoría, si esto es cierto, si este gran obsequio de gobierno es el más grande y el mejor que jamás fue otorgado por dios a la humanidad, ¿este sufrirá siendo un juguete del hombre, quien colocará su propia voluntad endeble y ridícula en el trono de la justicia divina?”.

Así, la lucha en contra del poder arbitrario, sea en Irlanda, Francia o, como ocurre en este caso, en India, es el verdadero núcleo del esfuerzo político de Burke. Al hombre se le otorga poder para que haga que otros hombres cumplan los preceptos del Derecho Natural, no para usarlos como marionetas de su capricho. Por consiguiente, el poder nunca podrá ser arbitrario si éste es limitado por los preceptos del Derecho Natural, tal como prescribe el décimo mandamiento: “No codicies la casa de tu prójimo: no codicies su mujer, ni su esclavo o su esclava, ni su buey, ni su asno, ni nada que le pertenezca” (Ex. 20, 17).

Pero ¿qué ocurre si un hombre declara que él preferiría ser gobernado por alguien más, cuyo poder *no* es limitado por el Derecho Natural, y que por el contrario tiene un poder arbitrario? Esta es la respuesta de Burke:

“Entonces, si toda dominación del hombre sobre el hombre es el efecto de la disposición divina, esta está limitada por las leyes eternas de quien las otorga, que no pueden ser abo-

⁸⁶ “Opening Speech in the Impeachment of Warren Hastings”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 98-101.

lidas por ninguna autoridad humana; tampoco aquel que las ejerce, ni siquiera aquellos que están sometidos a ella; y si ellos estuvieran lo suficientemente dementes como para celebrar un pacto expreso, por el cual sus magistrados deban ser relevados de su deber, y declarar sus vidas, libertades y patrimonios, dependientes, no de reglas y leyes, sino de su mera voluntad caprichosa, dicho pacto debería ser nulo. Este poder arbitrario no puede ser obtenido mediante la conquista. Tampoco ningún soberano puede obtenerla por sucesión [como la Compañía del emperador mogol]; porque nadie puede tener éxito con el fraude, rapiña y violencia. Aquellos que otorgan y aquellos que reciben el poder arbitrario son criminales; y no hay hombre que no esté obligado a resistirse a lo mejor de su poder, dondequiera que muestre su cara al mundo. El derecho y el poder arbitrario son enemigos eternos”.

Todo contrato que confiera un poder arbitrario a alguien, o todo acto que trate de transferirlo, debería ser nulo por ser contrario al Derecho Natural. No obstante, existe un argumento más práctico en contra del poder arbitrario. ¿Cómo utilizarán dicho poder aquellos que lo ostentan?, ¿en beneficio propio o ajeno? Para nosotros, que hemos visto las consecuencias del poder arbitrario en el siglo pasado, la respuesta de Burke podría ser un poco trivial, pero esta debió haber sido bastante audaz cuando él la pronunció por primera vez: el Estado de “Voluntad” conduce inevitablemente al Estado de “Codicia”. El orden del Derecho Natural será destruido si la voluntad del individuo se hace suprema:

“En realidad, un sistema arbitrario siempre será un sistema corrupto. *Sus señorías, jamás existió un hombre que pensase que no tuvo más ley que su propia voluntad, ni que afirmase que no tuvo otro fin que su propio beneficio.* La corrupción y el poder arbitrario pertenecen indudablemente a la misma generación natural, se producen necesariamente una a la otra”⁸⁷.

¿Qué debería haber hecho la Compañía en la perspectiva de Burke? Para un comerciante, la ganancia es la esencia de su profesión, y lo mismo era válido para la Compañía. Esta era una sociedad comercial y como tal estaba dedicada a la obtención de ganancias para sus accionistas. El interés que ostenta una sociedad comercial es una contradicción en términos políticos, porque uno no puede mezclar la dedicación a la obtención de ganancias del comerciante, con la dedicación del soberano a la obtención del bienestar de sus integrantes. Y, de acuerdo con el Derecho Natural, el bien común es el fin último de la sociedad⁸⁸.

5. “Eundem negotiatiorem et dominum”

En palabras de San Agustín⁸⁹, aquella situación en donde una compañía esté dedicada a la obtención de ganancias, y que ostente el poder de un soberano, estará

⁸⁷ “Speech in the Impeachment of Warren Hastings, Fifth Day”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 127.
⁸⁸ Tomás de Aquino. *Summa Teologica*, I 2 q. 90 a 2.

⁸⁹ Cf. San Agustín, *De civ. Dei* 4, 4: “Si la justicia desaparece, ¿qué serán los reinos, sino grandes latrocinios?” (*Remota itaque iustitia quid sunt regna nisi magna latrocinia?*).

destinada a convertirse en un “gran latrocinio”. Burke manifestó esta idea con la forma de una máxima jurídica del Derecho Romano:

“La Compañía Británica de las Indias Orientales llegó a ser un gran Imperio, llevando a cabo, de manera subsidiaria, un gran comercio: esta se convirtió en aquello que el Derecho Romano creía irreconciliable con la razón y la propiedad ‘*eundem negotiatorem et dominum*’: el mismo poder se convirtió en el comerciante general, el mismo poder se convirtió en el señor supremo”⁹⁰.

Esta cita necesita ser explicada, ya que la representación no existía en el Derecho Romano. Por dicha razón, los romanos adinerados tenían sus propios comerciantes (*negotiatores*) en importantes puertos, como Alejandría. Por lo general, estos comerciantes eran esclavos⁹¹. Como resultado, los términos usados por Burke tenían un sentido literal, según el cual nadie puede ser amo (*dominus*) y siervo (*negotiator*) a la vez.

En sentido figurado, esto quiere decir que uno no puede realizar al mismo tiempo dos cosas incompatibles, en específico, gobernar y hacer negocios. Desgraciadamente, no ha sido posible encontrar el origen de esta máxima en ninguna fuente conocida del Derecho Romano hasta el momento⁹². No obstante, existe un aforismo del *Common law* que podría ser una fuente de nuestra máxima: “*Nemo potest esse tenes et dominus*”⁹³.

Sin embargo, en mi opinión, la máxima es una *summa* extraída de Cicerón, precisamente de sus *Verrinas*⁹⁴. En sus discursos, en muchas ocasiones, Burke se refiere a Hastings como un Verres, el gobernador codicioso y corrupto de Sicilia: “Todos nosotros hemos leído las *Verrinas* en nuestra educación inicial [...] en ellas, uno encontrará casi todos los ejemplos de rapacidad y malversación que hemos imputado a Mr. Hastings”⁹⁵.

Así, “*Eundem negotiatorem et dominum*” constituye la verdadera esencia del criticismo de Burke hacia la Compañía Británica de las Indias Orientales y al gobierno de Hastings. Un gobierno que tenga por objetivo la obtención de ganancias es contrario al buen gobierno y constituye la esencia de la tiranía. Como resultado, de acuerdo con esta máxima, Burke consideraba necesario la aplicación de estándares británicos de justicia y moral en Bengala, en lugar de actuar de conformidad a una “moral y justicia geográfica”, tal como lo había hecho Hastings.

Estos eran los principios que fundamentaban el juicio político de Hastings. Sin embargo, luego de casi diez años de juicio, la Cámara de los Lores absolvió a Has-

90 “Opening Speech in the Impeachment of Warren Hastings”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 22-23.

91 Kaser, M. (1971). *Das Römische Privatrecht*, vol. 1, 2ª ed. Munich, C.H. Beck, 260 y ss.

92 Esto no era usual en Burke; cf. Carnall, G. (1989). *Burke as modern Cicero*. Ob. cit., 86.

93 Gilbert, G. (1796). *The Law of Tenures*, 4ª ed. Londres, Watkins, 154.

94 Por esto debo agradecer a J. M. Rainer. Véase también Canter, H. S. (1914). “The Impeachments of Verres and Hastings: Cicero and Burke”. En *The Classical Journal* 9, 199-211.

95 “Speech in Reply, Ninth Day”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. II, 407. Véase además “Speech on the Impeachment of Warren Hastings, Fifth Day”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 237, y “Opening Speech in the Impeachment of Warren Hastings”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 119, donde Burke cita el conocido juego de palabras de Cicerón: “At sphingem habebas domi”: Uno de los acusados en el juicio de Verres dijo a Cicerón que él había sido sorprendido por todas estas preguntas. A lo cual Cicerón respondió: “Pero si usted tiene una esfinge en casa”, la cual trató de robar bajo la tutela de Verres en Sicilia.

tings en 1795. Desde entonces se ha debatido si esta absolución fue justificada o no. A decir verdad, Hastings fue absuelto por haber ganado India para Gran Bretaña, y no porque fuera inocente de los cuatro cargos que se le imputaban. Incluso, él hizo un comentario que probaría su culpabilidad: “La exigencia primordial de la Compañía entra en contradicción con el interés del pueblo indio, quienes están sometidos a su autoridad”⁹⁶. Esta afirmación podría ser admitida sólo si aceptamos que los indios no tienen derechos, y que por dicha razón deben ser tratados como tales.

6. ¿Domar o matar a la bestia?

Probablemente, la absolución de Hastings era inevitable por razones políticas, pero esto no perjudicó mucho el logro de Burke, por lo menos no desde su propio punto de vista. De esta forma, algún tiempo después él escribiría:

“Pero, a decir verdad, estos servicios por los que estoy llamado a dar cuenta no son de los que me pueda sentir más orgulloso. Si tuviese que pedir una recompensa (lo cual nunca he hecho), debería ser por aquellos en los que por catorce años, sin interrupción, mostré el mayor trabajo y obtuve el menor éxito: me refiero a los problemas de la India. Son aquellos por los que me siento más orgulloso; por la importancia, por el trabajo, por el criterio, por la constancia y perseverancia en la labor. Otros podrán valorarlos más por la intención. En ello, ciertamente, no están errados”⁹⁷.

Gracias a Burke, la codicia necia y cruda, tal como es representada en “El Oriente ofreciendo sus riquezas a Britania”, se tornó inconcebible en la administración de la India. Él aclaró que la codicia no justificaba nada:

“Los acontecimientos de la India deben ser restablecidos a su orden natural. La prosperidad de los nativos [indios] debe ser previamente asegurada, antes que cualquier beneficio que se les quiera procurar. Durante el tiempo en que un sistema prevalece, considerando como su fin principal la transferencia de las grandes riquezas a este país, a favor tanto de la Compañía como del Estado, será imposible que aquellos quienes son los instrumentos de dicho esquema no actúen con el mismo espíritu, para sus propios fines. Lo que es peor, ellos mantendrán los daños causados a los nativos para sus fines egoístas, mediante la producción de nuevos daños, en favor de aquellos ante quienes tienen que dar cuentas. No es razonable esperar que una rapacidad pública e impróvida deba ser realizada por cualquiera de sus subordinados con desinterés o precaución”⁹⁸.

96 Gleig, G. R. (1841). *Memoirs of the Life of the Right. Hon. Warren Hastings, First Governor-General of Bengal*, vol. I. Londres, Richard Bentley, 184.

97 “Letter to a Noble Lord”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. V, 124. Vale la pena indicar que Burke dedicó cerca de una tercera parte de sus trabajos al problema de la India.

98 “Ninth Report from the Select Committee appointed to take into consideration the state of administration of justice in the provinces of Bengal, Bahar, Orissa, etc.”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. IV, 29.

Luego de Burke, el Raj se convirtió en un colegio obligatorio, la Compañía dejó de ser una banda de ladrones, y finalmente, pasó a ser un consejo de profesores.

Sin embargo, que el modelo del colegio obligatorio finalmente se tornara intolérable no influye en el carácter progresivo que tenía al momento de su inicio. Para ejemplificar esta proposición, bastará con comparar la alegoría anteriormente mencionada, “El Oriente ofreciendo sus riquezas a Britania”, con un importante detalle presente en la alegoría del contemporáneo Tiepolo (1696-1770). Nos referimos a la alegoría de los cuatro continentes (1750-1753), obra que se encuentra situada en la escalera de la residencia del obispo de Würzburg⁹⁹ (Würzburg fue uno de los más importantes obispados católicos del Sacro Imperio Romano):



La primera es una alegoría de la extorsión; la última, del comercio: El europeo está sujetando una bolsa en su mano para pagar el collar de perlas que le ofrece el comerciante asiático. De esta forma, la yuxtaposición de estas dos alegorías muestra hacia dónde conducirá las relaciones interraciales de conformidad con el Derecho Natural –tal como Burke y el obispo de Würzburg creían– y hacia dónde conducirá la ideología farisaica de la supremacía europea, profesada por la Compañía. En el primero de los casos, hacia el comercio; en el segundo, hacia la explotación¹⁰⁰.

Finalmente, la insistencia de Burke sobre la separación entre comercio y gobierno fue exitosa en India: el Estado de “Derecho” reemplazó el Estado de “Codicia”. Asimismo, colaboró a establecer lo que él mismo denominó “una Carta Magna de Indostán”¹⁰¹. John Morley (1838-1923), secretario de estado de India desde

99 Büttner, F. (1980). *G. B. Tiepolo: Die Fresken der Residenz zu Würzburg*. Würzburg, G. Popp.

100 Sobre la muy diferente actitud, de largo alcance, del Catolicismo y del Protestantismo hacia el racismo y el colonialismo, véase Stark, W. (1967). *Sociology of Religion*, vol. 3: The Universal Church. Londres, Routledge, 194-244.

101 “Speech on Mr. Fox’s East India Bill”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. II, 179.

1905 hasta 1910, distinguido teórico político y escritor, observó en su biografía de Burke:

“Si él no hubiese inculcado al hombre [Hastings], este último habría volcado un sistema, y estampado sus principios con censura duradera y deshonra [...] La lección de su proceso político nos ha dejado la gran lección de que los asiáticos tienen derechos, y que los europeos, obligaciones”¹⁰².

III. Los enemigos perfeccionistas del bien: la escuela postcolonial

A pesar de todo, se discute mucho en torno a si el proceso político de Hastings constituyó un éxito político que intensificó el Estado de Derecho. Echando un vistazo a la vasta literatura sobre la materia, uno puede percatarse de dos posiciones contrapuestas.

Por un lado, tenemos la posición favorable al Raj, que cree que Hastings fue un héroe. Por consiguiente, condena todo el juicio como superfluo, y niega cualquier implicancia para la historia de la India¹⁰³. Por el otro, los admiradores de Burke y aquellos quienes se oponían al Raj consideran a Hastings un villano. Y aún cuando el proceso político podría haber tenido un destino amargo, sin embargo, según creen, esto tuvo importantes repercusiones en el gobierno británico en India¹⁰⁴.

Sólo recientemente ha aparecido una tercera posición. Así, la escuela postcolonial reconoce la gran influencia de Burke en el curso de los eventos en India y las mejoras resultantes en el gobierno británico. Sin embargo, evalúan estos hechos de manera diferente, y afirman que Burke fue moralmente incorrecto al haber contribuido a ello. En su opinión, el imperio era tan terrible que desapruban cualquier intento de reformas, en tanto que dichas maniobras, aunque bien intencionadas, terminarían por estabilizar al Raj y, de esta forma, prolongarían su existencia.

Desde esta perspectiva, si Burke fuera calificado como un héroe, debería haber condenado al Raj de todo corazón y sin compromiso, y les debería haber dicho a los británicos: “Largo de India”¹⁰⁵. Más recientemente, este punto de vista fue plan-

102 Morley, J. (1879). *Burke*. New York, Harper, 125.

103 Sutherland Cotton, J. (1910-11). “Hastings, Warren”. En: *Encyclopaedia Britannica*, 11ª edición. New York; Arnold-Baker, Ch. (2008). *The Companion to British History*. Ob. cit. s.v. East India Company, 447 y ss. Aunque con muchos descargos, P. J. Marshall, en *Oxford DNB*, s.v. Hastings, Warren, 791, y Marshall, P. J. (1965). *The impeachment of Warren Hastings*. Ob. cit., 180-192.

104 Aparte de Morley, J. (1879), *Burke* (cit.) e ídem, s.v. Burke, E. En 11ª ed. of the *Encyclopaedia Britannica*, 831; O’Brien, C. C. (1992). *The Great Melody*. Ob. cit., 382 y ss.; M. Mukherjee (2005), “Justice, War, and the Imperium: India and Britain in Edmund Burke’s Prosecutorial Speeches in the Impeachment Trial of Warren Hastings”. En: *Law and History Review* 23, 626-630; Smith, B. (2008). “Edmund Burke, the Warren Hastings Trial, and the Moral Dimension of Corruption”. En *Polity* 40, 70-94; Smith, V. A. (1958). *Oxford History of India*, 3. rev. ed. por P. Spear. Oxford, 645. Este ejemplo también es mantenido por el presente autor.

105 “Quit India” fue el grito de guerra del *Congress Party* en 1942, cuando las fortunas de la Gran Bretaña cayeron a su punto más bajo y el imperio japonés atacó a la India británica en Bengala. Desde luego que para los ingleses, esta postura fue vista como un chantaje. La correspondiente Declaración del *Congress Party* fue publicada en el *New York Times*, 27 abril 1942.

teado por los historiadores James Conniff¹⁰⁶, Nicholas B. Dirks¹⁰⁷, Victoria Tietze Larson¹⁰⁸ y Sara Suleri¹⁰⁹. También es interesante la opinión de Betsy Bolton, un profesor de literatura sumido profundamente en el cinismo posmoderno y en los galimatías:

“El manejo predominantemente teatral de Burke del problema de la India pone en evidencia el contagio de la ambivalencia colonial, y la insuficiencia del romance y la insensibilidad, como respuestas políticas a los conflictos económicos del colonialismo”¹¹⁰.

Sin embargo, la expresión más elegante y comprensible de este punto de vista puede encontrarse en el ensayo de Oscar Wilde (1854-1900), *El alma del hombre bajo el socialismo*:

“Así como los peores dueños de esclavos fueron los que trataron con bondad a sus esclavos, evitando que los que sufrían el sistema tomaran conciencia del horror del mismo, y los que observaban, lo comprendiesen. Lo mismo ocurre con el estado actual de las cosas en Inglaterra, donde la gente que más daño hace es la que trata de hacer más bien; y por fin hemos tenido la dicha de hombres que estudiaron realmente el problema y conocen la vida –hombres educados que viven en el East End [de Londres]– adelantándose e implorando a la comunidad para que restrinja sus impulsos altruistas de caridad, benevolencia y otros similares. Ellos se basan en la afirmación de que la caridad degrada y desmoraliza. Y, están perfectamente en lo cierto, pues la caridad crea una multitud de pecados”¹¹¹.

Por otro lado, en su *Dialéctica de la Ilustración*, Horkheimer y Adorno rastrean el origen de esta perspectiva hasta Nietzsche y el Marqués de Sade¹¹², y dan esta explicación: “No es su blandura, sino su limitación, la que pone en tela de juicio a la compasión: siempre es insuficiente” (*Nicht die Weichheit, sondern das Beschränken- de am Mitleid macht es fragwürdig, es ist immer zu wenig*)¹¹³. Entonces, ¿cuál es el origen de esta “Weltanschauung”?

106 Conniff, J. (1993). “Burke and India: The Failure of the Theory of Trusteeship”. En *Political Research Quarterly*, Vol. 46, N° 2, 291-309.

107 Dirks, N. B. (2006). *The Scandal of Empire and the Creation of Imperial Britain*. Cambridge, MA., Harvard University Press.

108 Tietze Larson, V. (2009). “Review of Nicolas B. Dirks, *The Scandal of Empire and the Creation of Imperial Britain*”. En *International Journal of the classical tradition* 16, 145-148.

109 Suleri, S. (1992). *The Rhetoric of English India*. Chicago, University of Chicago Press, 53, 55.

110 Bolton, B. (2005). “Imperial Sensibilities, Colonial Ambivalence: Edmund Burke and Frances Burney”. En *English Literary History* 72, 883.

111 Wilde, O. (1891). *The soul of man under socialism*. Londres, sin editorial, 2. Žižek, S. (2011). “Lob des gnadenlosen Egoismus”. En *Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung*, 9 de octubre de 2011, 65, un filósofo contemporáneo *à la mode*, cita esta perspectiva en un reciente artículo, aprobándola.

112 Horkheimer, M.; Adorno, Th. W. (1988). *Dialektik der Aufklärung*. Frankfurt a.M., Suhrkamp, 88 y ss.

113 *Ibidem*, 110.

7. ¿Actuar con justicia en un ambiente injusto?

La escuela postcolonial se basa en la noción fundamental según la cual uno no puede actuar de manera justa en una situación injusta. Todo aquello que se realice dentro de dicho marco de injusticia inevitablemente terminará compartiendo la injusticia del marco. De esta forma, el concepto de justicia relativa en una situación dada en ciertas circunstancias no es aceptable para los postcolonialistas. Ellos no pueden creer que una justicia relativa sea mejor que la injusticia. Para ellos, la única acción justa que es posible en dicha situación es la destrucción del marco de injusticia mismo. Desde luego, esta línea de pensamiento también se aplica al Raj, ya que este estaba irremediabilmente podrido, en la medida en que era racista y antidemocrático.

a) ¿La vida correcta en la vida equivocada?

Sin embargo, en opinión de Burke, esto era totalmente distinto. Ya que lo que nos interesa es el Derecho Natural, el sistema de gobierno no es relevante; lo que importa más bien es el medio por el cual el poder es ejercido, es decir, si este es conforme a los principios del Derecho Natural o contrario a estos. Posteriormente, la teoría denominaría esta perspectiva “el valor de neutralidad de las formas de gobierno”¹¹⁴. Así, para Burke, la participación política en sí misma no era un elemento necesario del buen gobierno¹¹⁵.

En lo que respecta a la India, esto se reduce a la cuestión de si el gobierno británico era benigno o maligno. Desde luego, la escuela postcolonial lo considera absolutamente maligno. No obstante, esta evaluación está lejos de ser obvia, pues el Raj unificó política y lingüísticamente a la India.

Sin el Raj, la unificación política del subcontinente sólo podría haber sido posible, muy probablemente, mediante innumerables guerras, y un idioma común habría sido inimaginable [aunque, antes del inglés, el persa (*farsi*) tuvo una función similar, pero sólo para unos pocos afortunados]. Asimismo, el Raj proveyó un grado de infraestructura en India, como el sistema ferroviario, y comenzó el proceso de industrialización. De esta forma, los británicos exportaban a India mucha de su mano de obra calificada, *know-how* y capacidades organizativas.

Por otra parte, el logro educacional de la escuela obligatoria fue impresionante. La mayor parte de la élite de la India moderna, incluyendo al mismo Gandhi, fueron sus ex alumnos. Así, los británicos gobernaron la India en su conjunto, mediante los mismos estándares que ellos aplicaban en casa, y que ellos denominaban “Estado de Derecho”¹¹⁶.

114 Messner, J. (1984). *Das Naturrecht*. Ob. cit., 698 y ss.

115 Al respecto véase Strauss, L. (1953). *Natural Right and History*. Ob. cit., 287 y ss.

116 Sobre estos hechos ampliamente debatidos véase Moore, R. J. (1999). “Imperial India, 1858–1914”. En *The Oxford History of the British Empire*, ed. por P. J. Marshall, Vol. 3. Oxford, 422-446; Ray, R. K. (1998). “Indian Society and the Establishment of British Supremacy”. En *The Oxford History of the British Empire*, ed. por P. J. Marshall, Vol. 2. Oxford, 508-529; Reinhard, W. (1988). *Geschichte der europäischen Expansion*. Ob. cit., 31-38; Washbrook, D. A. (1999). “India, 1818–1860: The two faces of Colonialism”. En *The Oxford History of the British Empire*, ed. por P. J. Marshall, Vol. 3. Oxford, 395-421.

Este último constituyó una condición previa que revistió una importancia decisiva para el desarrollo de India luego de su independencia en 1947, como se mostrará más adelante. El anteriormente citado James Fitzjames Stephen escribió:

“El establecimiento de un sistema jurídico que regulase las partes más importantes de la vida diaria de las personas constituye, en sí mismo, una conquista moral más notable, más durable, y mucho más sólida, que la conquista física que la hizo posible. Si se la compara con una nueva religión, este ejerce una influencia semejante en la mente de las personas [...] Nuestro derecho es, en efecto, la suma y sustancia de lo que les hemos enseñado [*sic*]. Esto es, se podría decir, un evangelio obligatorio [*sic*] el cual no admite disidencia ni desobediencia”¹¹⁷.

Lo anterior muestra cuán conscientes eran los británicos de su propia influencia. La actitud expresada a través de estas líneas es arrogante y brutal, pero está lejos de la actitud de Hastings, quien pretendía ejercer el poder absoluto y a quien, como resultado, no le importaba en lo más mínimo los derechos de las personas con las que lidiaba.

Por otro lado, la introducción del Estado de Derecho, anunciado en las tan desagradables palabras de Fitzjames, en el fondo, se dirigió al establecimiento de un sistema político relativamente justo. La razón de este desarrollo fue la aceptación del núcleo de todo derecho: la igualdad¹¹⁸. Así, por ejemplo, esta opinión es compartida por Gopal Krishna Gokhale (1866-1915), el “gurú” de Gandhi, tal como veremos a continuación¹¹⁹: “El mayor trabajo del sistema educativo occidental [*sic*] en el presente estado de la India es [...] la liberación de la mente india de la esclavitud de las ideas del viejo mundo”¹²⁰.

Desde luego que también existen buenos argumentos en contra del Raj. Por ejemplo, la política de retribución, luego de la “Rebelión” de 1857, fue brutal; asimismo, los británicos trataron de fortalecer ciertas estructuras de la sociedad india, como el sistema de castas. Su mayor pecado, según algunos, especialmente desde la perspectiva de los indios modernos, fue la política de *divide et impera* referida a hindúes y musulmanes. La separación basada en la religión desempeñó un papel importante en el drama de la división de la India en 1947, el consiguiente conflicto con Pakistán, y la violencia comunal que existe en la India de nuestros días, así como la hostilidad en contra de hindúes en Pakistán.

Si dejamos de lado la justificación del Raj *ex evento* y asumimos que el Raj, como tal, era malo, y que el proceso político de Hastings hizo que este fuera un poco mejor, entonces, ¿fue correcto procesar a Hastings?

Ciertamente, su proceso sólo habría sido correcto si uno acepta la proposición –rechazada por los postcolonialistas– de que es posible actuar de manera justa en una situación injusta. Si los postcolonialistas estaban en lo cierto, habría sido

117 Citado por Hunter, W. W. (1875). *Life of the Earl of Mayo*, 2 vols. Londres, Smith Elder, 168 y ss.

118 Radbruch, G. (1993). “Rechtsphilosophie”. En *Gesamtausgabe*, vol. XIII, Heidelberg, 258.

119 Wolpert, St. A. (1962). *Tilak and Gokhale: Revolution and Reform in the Making of Modern India*. Berkeley, University of California Press, 121.

120 Ídem.

incorrecto procesar a Hastings, precisamente porque el Raj se habría hecho más civilizado y, como resultado, más estable. Sin embargo, en la retórica postcolonial, compromisos como estos parecen ser censurables. La moral maniquea es expresada apropiadamente en la conocida máxima de Adorno: “No cabe la vida justa en la vida falsa”¹²¹.

Si un ambiente determinado, como el del Raj, no cumple los requisitos de la escuela postcolonial –como el gobierno representativo–, este es injusto. De esta forma, ser injusto hace imposible las acciones justas dentro de su marco, e incluso las transforma en acciones injustas. Por esta razón, los postcolonialistas se ven obligados, quiéranlo o no, a afirmar que la justicia puede ser una cosa en “Roma” y otra en “Sicilia”. Como resultado, para los postcolonialistas, Burke era un villano, aún peor que Hastings, quien, por lo menos, había sido lo suficientemente honesto para practicar y admitir el colonialismo en toda su fealdad.

b) Los frutos del nihilismo

Llegados a este punto, surge la sospecha acerca de que la escuela postcolonial es, en el fondo, una forma de nihilismo¹²². En su conocido trabajo, “¿Puede el subalterno hablar?”¹²³, Gayatri Spivak, uno de los fundadores de esta escuela, arremete en contra de la prohibición británica respecto de la quema de viudas (*sutteesati*¹²⁴) con la ayuda de un juego de palabras: “Los hombres blancos salvan mujeres negras de las manos de los hombres negros”¹²⁵. Con esta sátira Spivak lleva la discusión a una suerte de hazaña propia de Tarzán. Es, en efecto, un buen juego de palabras, porque Tarzán es, desde luego, un personaje racista: Él fue inspirado en “Kim”, personaje principal de la homónima novela de Kipling, quien afirmaba que “la sangre no miente”. Por lo tanto, la idea detrás del juego de palabras parecería ser: ¡toda preocupación que el hombre blanco muestre tener por el hombre negro es debido a razones racistas! De esta forma, todo lo que el hombre negro hace es intrínsecamente bueno, y si hay algo que parece malo, como en el caso de la quema de viudas, es simplemente un problema de la percepción del hombre blanco; si no es así, en realidad, el hombre blanco es responsable por ello, como en el caso del sistema de castas. Así, una ideología basada en la presunción de que el hombre blanco es esencialmente malo y que el negro es bueno es, de cualquier forma, racista en sus propios términos, o constituye una distorsión deliberada de la realidad y es, por consiguiente, moralmente censurable, así como carente de cualquier valor cognitivo.

121 Adorno, Th. W. (1950). *Minima moralia. Reflexionen aus dem beschädigten Leben*. Frankfurt a. M., Suhrkamp, N° 18.

122 Cf. Strauss, L. (1953). *Natural Right and History*. Ob. cit., 35-80.

123 Spivak, G. (1985). “Can the subaltern speak?: Speculations on Widow-Sacrifice”. En *Wedge* 7–8, 120-130.

124 Young, K. K. (2008). *Encyclopedia of Hinduism*, ed. por Denise Cush, Catherine Robinson y Michael York. Londres, 769 y ss.

125 Doniger, W. (2009). *The Hindus. An alternative History*. Ob. cit., 610-622, desafortunadamente comparte esta opinión, la cual disfraza en una gran cantidad de retórica repugnante.

c) Los juriconsultos romanos y la esclavitud

Por lo que respecta a nuestro siguiente problema: “¿es posible actuar de manera justa en un ambiente vicioso?”, el siguiente ejemplo podría ser de ayuda a fin de ilustrarlo: la economía y sociedad romanas estaban basadas en la esclavitud. En Roma, los esclavos eran tratados legalmente como cosas muebles (pertenencias)¹²⁶. Así, por ejemplo, el propietario de un buey podría elegir entre usarlo para arar el campo o para convertirlo en filete.

Para el Derecho, el amo de un esclavo podía disponer de su fuerza de trabajo, así como de su vida, de la manera en que este creyera conveniente. Sin embargo, durante la Antigüedad, existió una sensación de incomodidad sobre la esclavitud¹²⁷. ¿Qué podría haber hecho un estadista como Cicerón en este caso? Para los postcolonialistas, él sólo habría tenido una posibilidad: criticar abiertamente la esclavitud, para convertirse en un abolicionista *avant la lettre*. No obstante, la esclavitud continuó siendo tan importante para la economía antigua, como lo son para nosotros determinados recursos naturales, como por ejemplo el petróleo¹²⁸. Así se hubiese querido, no se habría podido conceder la abolición. Esto simplemente habría significado el fin de la civilización como se la llegó a conocer.

Un William Wilberforce (1759-1833) –quien, dicho sea de paso, visitó a Burke en su lecho de muerte–, ante el senado romano, tal como el que realizó ante la Cámara de los Comunes, demandando la abolición de la esclavitud, habría sido simplemente inimaginable. Por lo tanto, la única opción real era luchar contra la esclavitud, iniciar una insurgencia como Espartaco. Desde luego, esto no es viable para todos. Sólo si acogemos una total y completa oposición a la maldad sistemáticamente incrustada en nuestra propia época, podríamos solicitar que aparezca un Espartaco. De otro modo, lo que probablemente consiguiésemos será un lamento epicúreo de corazón blando y de voz suave sobre el estado de la sociedad contemporánea tal como en una noche de copas¹²⁹.

Por su parte, los grandes juriconsultos romanos de los primeros tres siglos de nuestra era tomaron una postura diferente. Ellos afirmaron que todos los hombres son creados libres e iguales¹³⁰: “De conformidad con el Derecho Natural, toda persona

126 Kaser, M. (1971). *Das Römische Privatrecht*. Ob. cit., 283 y ss.

127 De otra forma, los esfuerzos para justificar la esclavitud por Aristóteles (*Polit.* 1, 3–7) o Ulpiano/Justiniano en *Dig.* (1, 1, 4) serían inexplicables.

128 Finley, M. (1973). *The ancient Economy*, 2ª ed. Berkeley, University of California Press, 62-94.

129 Precisamente este es el argumento de Delbanco, A. (2012). *The abolitionist imagination*. Cambridge, Mass. Véase además Davis, D. B. (2012). “Should you have been an abolitionist?” En *The New York Review of Books*, vol. 69/11, 56 y ss.

130 Al respecto véase Giltaij, J. (2011). *Mensenrechten in het Romeinse recht?* Nijmegen, Wolf Legal Publishers; Spengler, H. D. (2011). “Zum Menschenbild der römischen Juristen”. En *Juristenzeitung*, 1021-1030; Masi Doria, C. (2007). “Derechos Humanos y Humanidad del Derecho. Introducción de Proyecto de Investigación y Perspectivas Históricas”. En *Boletín de Filosofía del Derecho Dr. J. M. Delgado Ocando* 6, 1-16; Stagl, J. F. (2012), “Da ‘qualcosa’ a ‘qualcuno’, da ‘qualcuno’ a ‘qualcosa’. Percorsi esatti ed errati sull concetto di persona”. En Pierangelo Buongiorno y Sebastian Lohsse (a c. di). *Fontes Iuris. Atti del VI Jahrestreffen Junger Romanistinnen und Romanisten* (Lecce, 30-31 marzo 2012). Napoli, 87-122. Contra: Urbanik, J. (2014). “On the uselessness of it all: the Roman law of marriage and modern times”. En Rena van den Bergh, Gardiol van Niekerk, Pascal Pichonnaz, Philip Thomas, Duard Kleyn, Francesco Lucrezi e Jan Mutton (a c. di). *Meditationes de iure et historia - Essays in honour of Laurens Winkel*. Fundamina 20, 937-957.

nace como una persona libre” (*Iure naturali omnes liberi nascerentur*)¹³¹. “La esclavitud es una institución de Derecho Internacional porque esta supone que una persona sea sometida, de manera antinatural, bajo las órdenes de otra persona” (*Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur*)¹³². “Para el Derecho Civil (vale decir, el Derecho de la *civitas romana*), los esclavos no existen como personas, pero bajo el Derecho Natural esto no es cierto, pues todos los hombres son iguales” (*Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt*)¹³³.

Esto no se quedaba en palabras: los jurisconsultos romanos invertían mucha astucia y energía para aliviar *peu à peu* la situación de los esclavos¹³⁴. De esta forma, ellos se aseguraban de que la propiedad de una esclava fuera tratada como una dote respecto a su “marido”, no obstante no existía una dote en sentido jurídico, porque los esclavos no podían contraer matrimonio¹³⁵. Los jurisconsultos romanos habrían decidido de manera distinta si no hubiese habido ningún remedio jurídico para que una esclava recupere su propiedad en caso de separación.

Por lo tanto, de acuerdo con una autoridad como Wieacker¹³⁶, el impacto de las doctrinas de los jurisconsultos romanos en la historia de Europa no puede ser subestimada. Dicha “ingeniería social gradual”¹³⁷, elaborada por los jurisconsultos romanos, no encontraría fortuna en los ojos de los postcolonialistas, pues esta se humanizó y, como resultado, se consolidó como una institución malvada.

d) La justicia y la moral irracional del mundo

Para comprender el punto de vista de los jurisconsultos romanos, tenemos que lidiar con la noción de justicia. Ante todo, la justicia es una virtud, es decir, una actitud que toda persona debería poseer, pero que en realidad se posee en diversos grados. La definición de justicia de Ulpiano es “la voluntad constante y perpetua de dar a cada quien lo que le corresponde” (*Iustitia est constans ac perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*)¹³⁸. De allí que, al intentar mitigar la situación de los esclavos –aunque como jurista, en una sociedad basada en la esclavitud, sólo disponían de estos medios– los jurisconsultos actuaron conforme a este precepto.

Este concepto de justicia presupone el Derecho Natural¹³⁹. En la medida en que los preceptos del Derecho Natural son sumamente abstractos, ellos tienen que

131 Ulpiano. *Dig.* 1, 1, 4.

132 Florentino. *Dig.* 1, 5, 4. 1.

133 Ulpiano. *Dig.* 50, 17, 32.

134 Buckland, W. W. (1908). *Roman Law of Slavery*. Oxford, Oxford University Press, 73 y ss., y Waldstein, W. (1986). *Operae Libertorum*. Stuttgart, 388 y ss., 397 y ss. Una representación más sobria es realizada por Wieacker, F. (2006). *Römische Rechtsgeschichte*, vol. 2. Munich, C.H. Beck, 17 y ss.

135 Stagl, J. F. (2009). *Favor dotis – Die Privilegierung der Mitgift im Römischen Recht*. Viena, 11 y ss.

136 Wieacker, F. (2006). *Römische Rechtsgeschichte*. Ob. cit., 88.

137 Una frase acuñada por Popper, K. (1945). *The open society and its enemies*, 2 vol. Londres.

138 Ulpiano. *Dig.* 1, 1, 10 pr.

139 Messner, J. (1984). *Das Naturrecht*. Ob. cit., 374: “Die Gerechtigkeit gründet sich auf das Recht, nicht das Recht auf die Gerechtigkeit”, en referencia a Tomás de Aquino, *Summa Theologica* 2, II, 57, 1.

ser adaptados a la situación y puestos a disposición de la justicia como una virtud. Por lo que uno podría decir que la justicia constituye la táctica del Derecho Natural.

De esta forma, actuar de manera justa en un marco injusto no es meramente posible, sino, más bien, necesario para alcanzar los fines del Derecho Natural, esto es, la felicidad de la sociedad. Por lo tanto, era posible ser una persona justa y a la vez tener esclavos; la única condición era tratarlos de manera justa¹⁴⁰. Así, el propietario de esclavos reforzaba la perspectiva de que no existían seres humanos de segunda clase. Si el propietario procedía de tal forma, no sólo aliviaba la situación de sus propios esclavos, sino que también contribuía a la abolición de la esclavitud.

Por consiguiente, el imperativo de actuar de manera justa en cualquier circunstancia se hace más lógico si se considera que la justicia es un ideal por el cual tenemos que luchar, pero que nunca alcanzaremos plenamente, pues, toda sociedad es injusta en cierto grado. En palabras de Burke:

“Todas estas circunstancias [del gobierno de la Compañía en India] no son en absoluto, lo confieso, muy favorables a la idea de tratar de gobernar India. Pero allí estamos: allí estamos, colocados por la determinación soberana, y tenemos que hacer lo mejor que podamos en nuestra situación. La situación del hombre es la de instructor de su deber”¹⁴¹.

Sin embargo, la ética que subyace al pensamiento postcolonial no parece centrarse en virtudes, sino en valores. Así, los postcolonialistas no preguntan “¿qué debería hacer en una situación dada?”, sino “¿cómo puedo comprender los valores que acojo?” sin considerar los costos. Por consiguiente, este es un ejemplo de virtud ética de la convicción¹⁴².

En la práctica, ambas conducen o hacia la revolución (Espartaco), o hacia la pasividad (Oblovov). Para evitar esta alternativa estéril, la ética del Derecho Natural potencia la mejora gradual de los inconvenientes del presente. Este es siempre un método de compromiso y, desde luego, hay una cuota de culpa con cada compromiso¹⁴³, lo cual, tal como observó Max Weber, es insoportable para aquellos que adhieren a la virtud ética: “Aquellos que adhieren a la virtud ética no pueden soportar la irracionalidad moral del mundo”¹⁴⁴.

Mediante el raciocinio abstracto, es difícil decir a cuál de estas éticas le va mejor. Después de todo, la existencia del pastel se demuestra al comerlo, y, por fortuna, contamos con los medios para juzgar nuestro pastel especial, ya que la prueba la hallamos en los logros del movimiento independentista indio.

140 Al respecto véase Augustinus. *De civ. Dei* 19, 14 y ss.

141 “Speech on Mr. Fox’s East India Bill”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. IV, 197.

142 Un término acuñado por Weber, M. (1988). “Politik als Beruf”. En *Gesammelte Politische Schriften*, 5ta. ed. Tubinga, 551-559. Al respecto véase Zingerle, A. (1995). “Weber, Max”. En *Staatslexikon*, ed. por the Görres-Gesellschaft, 7ª edición. Freiburg i. Br., col. 899.

143 Weber, M. (1988). *Politik als Beruf*. Ob. cit., 552.

144 *Ibidem*, 553.

8. La influencia de Edmund Burke en el movimiento independentista Indio

Burke, con su ética del Derecho Natural y las políticas evolucionistas que lo acompañan, fue una inspiración para el movimiento independentista en dos aspectos. Como hemos indicado anteriormente, es muy probable que el proceso político de Hastings contribuyera decisivamente a hacer más humano al Raj. Este carácter más humano del Raj fue una condición previa de las tácticas de no violencia de Gandhi. Como observó correctamente George Orwell (1903-1950), las tácticas de no violencia de Gandhi no habrían sido posibles en la Alemania de Hitler o en la Rusia de Stalin¹⁴⁵. En un régimen como tal, si Gandhi hubiese decidido convertirse en un mártir, habría perecido en algún campo de concentración. A pesar de ello, él estaba plenamente consciente de sí mismo, y estaba preparado para pasar a una resistencia armada en caso de una invasión soviética de la India, tal como también observó Orwell.

Por consiguiente, sin el Estado de Derecho establecido por colonialistas crueles como Fitzjames Stephen, no habría existido un Gandhi, y sin él, no habría habido una transferencia pacífica del poder en 1947. Sin dicha transferencia de poder, India habría experimentado serios inconvenientes, violencia, y tal vez algún régimen totalitario¹⁴⁶.

La segunda contribución de Burke a la liberación de la India fue su influencia directa en la filosofía del movimiento independentista. Una de sus principales figuras fue el anteriormente mencionado político y profesor universitario, Gokhale¹⁴⁷, el “gurú político” de Gandhi. En el obituario dedicado a él, Gandhi describió la estrategia que Gokhale concibió para la futura independencia de la India:

“Sin duda alguna, no podemos levantarnos hasta que nuestra condición política mejore; pero no es seguro que progrese si nuestra condición política experimenta un cambio, independientemente de la manera en que este se produzca. Si los medios empleados están corrompidos, el cambio no será en la dirección del progreso, sino muy probablemente lo contrario. Sólo un cambio producido en nuestra condición política realizado por medios puros podría llevarnos hacia el progreso real”¹⁴⁸.

Gokhale conocía de memoria las *Reflexiones sobre la Revolución Francesa* y las citaba en toda ocasión. Hacia finales del siglo XIX y comienzos del XX, Burke no sólo era leído por Gokhale, sino también por toda la India. Algunas autoridades británicas incluso trataron de prevenir que los indios leyesen a Burke, retirando sus trabajos de las estanterías de las bibliotecas públicas. De esta forma, Burke se convirtió en una inspiración para Gandhi y para sus tácticas de no violencia¹⁴⁹, quien como consecuencia rechazó la revolución como un medio político.

145 Orwell, G. (1946). *A Collection of Essays*. Ob. cit.

146 Sobre la legitimidad de este tipo de razonamiento hipotético véase Ferguson, N. (1997). *Virtual History: Alternatives and Counterfactuals*. London, Picador, 1 y ss.

147 Jim Masselos, en *Oxford DNB i.v.*; Wolpert, St. A. (1962). *Tilak and Gokhale: Revolution and Reform in the Making of Modern India*. Ob. cit.

148 Gandhi, M. K. (1955). *Gokhale: my political Guru*. Ahmedabad, Navajivan.

149 Prashad, G. (1966). “Whiggism in India”. En *Political Science Quarterly* 81, 412-31; Wolpert, St. A. (1962). *Tilak and Gokhale: Revolution and Reform in the Making of Modern India*. Ob. cit., 296 y ss.

Por otra parte, no es casualidad que muchos de los hombres que luchaban por la liberación de la India fuesen abogados –Burke habría estado muy complacido porque este era precisamente su método. La historia de India luego de 1947 es una increíble historia de éxito, en la medida en que India ha logrado mantenerse como una sociedad abierta¹⁵⁰. Esto sólo fue posible porque India tuvo estadistas como Jawaharlal Nehru (1889-1964)¹⁵¹ y Bhimrao Ramji Ambedkar (1891-1956)¹⁵², y, valgan verdades, estadistas de dicha talla no fueron un beneficio imprevisto, sino el producto de los esfuerzos de Gokhale y Gandhi, e indirectamente de Burke. Basta imaginar a aquellos que lucharon por la liberación de la India, adhiriéndose al comunismo revolucionario y creando sus propios Mao o Pol Pot.

En mi opinión no hay mejor prueba de la veracidad de la doctrina de Burke que la historia moderna de India. En la década de los cuarenta, Ganesh Prasad¹⁵³, un discípulo del socialista fabiano Harold Laski (1893-1950) en la Escuela de Economía y Ciencia Política de Londres, escribió en su estudio sobre el “Whiggismo en India”:

“Tal parece que desde su sepulcro, Burke presidió el drama del progreso en la Inglaterra moderna, el imperio británico, y la India moderna. Un estudiante de la historia indobritánica se quitaría la venda de los ojos leyendo las palabras de Burke en una carta dirigida a Sir Hercules Langrishe en 1792. Admitiendo la ley del cambio como la ley más poderosa de la naturaleza, él afirmaba que ‘todo lo que podemos hacer, y lo que la sabiduría humana puede hacer, es procurar que el cambio proceda mediante grados imperceptibles’. Este proceso tiene los beneficios del cambio sin sus inconvenientes. Este previene ‘la indeterminación de los intereses antiguos de una sola vez’ –un fenómeno que es capaz de crear ‘un malestar negro y sombrío en el desposeído’. Al mismo tiempo, este previene a los beneficiarios ‘de intoxicarse con un poder de tracción, del cual abusan siempre con una insolencia licenciosa’. La transferencia de poder a India en 1947 fue uno de los mejores ejemplos del proceso liberal de cambio. Inglaterra dejó India armoniosamente y sin ‘un malestar negro y sombrío’. Así, los beneficiarios indios fueron colocados en tal posición que ellos no resultaron ‘intoxicados’ con el poder, ni pudieron abusar del poder ‘con una insolencia licenciosa’. Originalmente, este método de cambio social fue denominado Whiggism. En la actualidad, este ha sido adoptado por el liberalismo occidental e incluso por la democracia social. Tal vez, este sea el mayor legado de Burke para la humanidad”¹⁵⁴.

150 Guha, R. (2007). *India after Gandhi: The History of the World’s Largest Democracy*. New York, Harper Perennial.

151 Para una biografía véase Sarvepalli Gopal, en: *Oxford DNB i.v.*

152 Nacido en una familia de parias, se convirtió en abogado y adicionalmente obtuvo un Ph. D. en economía. Asociado con el Movimiento Libertador se convirtió en uno de los arquitectos de la Constitución de la India, especialmente preocupado por los problemas de las castas y familias. Finalmente se convirtió al budismo porque este era considerado como un medio para escapar del sistema de castas y es, a la vez, una religión india. Entre los parias de la India de hoy en día, él es un santo secular. Para una biografía véase Frank Moraes, en *Oxford DNB i.v.*

153 Una pequeña semblanza puede encontrarse en una colección de sus ensayos y artículos: Nawani, A. (ed.) (2006). *Writings on Nehru. Some reflections on Indian thoughts and related essays*. Nueva Delhi, Northern Book Centre, IX.

154 Prasad, G. (1966). *Whiggism in India*. Ob. cit., 420.

IV. Conclusión: una reivindicación de la “India”

Lo que hemos hecho hasta ahora es analizar las implicancias políticas de “El Oriente ofreciendo sus riquezas a Britania”. De esta forma, ahora contamos con los medios necesarios para responder la pregunta de importancia capital, que aún se encuentra abierta: ¿por qué Mercurio, como la mayoría de los hombres, las prefieren blancas?

Esta pregunta no es para nada banal, porque las mujeres de color tienen que luchar con serias desventajas como consecuencia de esta preferencia. Desde que la tez oscura es ampliamente considerada racial y socialmente inferior¹⁵⁵, en la India actual, por ejemplo, las mujeres creen que deben ser tan blancas como puedan, y tienen que experimentar todo tipo de tratamientos costosos e insalubres si quieren ser atractivas y conseguir un buen partido. Por su parte, la internalización del racismo es denominada “colorismo”¹⁵⁶ y se ha convertido en un problema social importante en India¹⁵⁷.

Ya se nos ha hecho costumbre recurrir a Burke cada vez que alguien es oprimido, en este caso, las mujeres de tez oscura, que constituyen la mayoría de las mujeres en India. En su “Indagación filosófica sobre el origen de nuestras ideas acerca de lo sublime y de lo bello”, Burke observa:

“Por lo general, los hombres se inclinan hacia el sexo [opuesto] a causa de que este es el sexo [opuesto], lo cual obedece a una ley común de la naturaleza; pero ellos se apasionan por ciertas personas a causa de su belleza personal. Yo denomino belleza a una cualidad social; porque cuando mujeres y hombres [...] nos causan un sentimiento de alegría y placer al contemplarlos, nos inspiran con sentimientos de ternura y afecto hacia ellos; nosotros preferimos tenerlos cerca, y entramos gustosamente en algún tipo de relación con ellos, a menos que tengamos fuertes razones para hacer lo contrario”¹⁵⁸.

¿Podrá ser la pigmentación oscura una de las “razones para hacer lo contrario” a las que Burke se refiere? Mediante las sagradas escrituras podemos probar que las personas negras son tan bellas como las blancas y que el amor interracial es sancionado por una autoridad divina: nos referimos al “Cantar de los cantares”. Esta es la historia de amor entre el rey Salomón y una bella joven morena. Ella dice sobre sí misma: “Yo soy negra, pero hermosa, Oh, hijas de Jerusalén”. Su amante continúa: “Mirad, eres hermosa, mi amor; mirad, eres bella, tus ojos son como palomas. / Mirad, eres hermoso, amado mío, y amable, nuestro lecho es de flores. / Las vigas de nuestra casa son de cedro, y nuestro techo de abeto”.

Por consiguiente, las “razones para hacer lo contrario”, que muchos hombres sienten, deben de tener otros orígenes. Tal como correctamente observó Burke, la

155 Véase *Wikipedia*, s.v. Discrimination based on skin colour (18 de diciembre de 2011).

156 Véase el artículo “Blackout”, en: *Newsweek*, 7 de marzo de 2008.

157 Parameswaran, R.; Cardoza, K. (2009). “Melanin on the margins: Advertising and the cultural politics of fair/light/white beauty in India”. En *Journalism & Communication Monographs* N° 11, 213-274.

158 “A Philosophical Inquiry into the Origin of Our Ideas of The Sublime and Beautiful With Several Other Additions”. En Burke. *The Works...* Ob. cit., Vol. I, 77.

belleza es una “cualidad social”¹⁵⁹. Por otro lado, desde una perspectiva social, el color de la piel es asociado con naciones esclavas y el color blanco con las naciones maestras. Así, durante los pasados dos siglos, el color blanco disfrutó de un estatus social alto en todo el mundo. Sin embargo, el prejuicio racial no es más que un estatus social anquilosado, y este estatus es el producto de un régimen que no podría haber tenido ninguna justificación permanente por su esencia racista. Un sistema político basado en la supremacía permanente de una raza sobre otra viola el Derecho Natural. Por consiguiente, las consecuencias históricas de un régimen como tal, como por ejemplo, la afirmación de que las razas blancas tienen un valor social más elevado, también son contrarias al Derecho Natural. Como resultado, podemos afirmar que la preferencia contemporánea de los hombres por las mujeres blancas es contraria al Derecho Natural.

Así, de conformidad con el Derecho Natural, los hombres no deberían tener “razones para hacer lo contrario” respecto a mujeres morenas. Por lo tanto, los caballeros no las deberían preferir rubias, y las mujeres morenas deberían divertirse tanto como las blancas. Finalmente, podemos concluir que Mercurio debería ocuparse de salvar “India” de las garras del león, teniendo en cuenta que “Las obras correctas deben ser tu motivo, no el fruto que proviene de ellas” (*Bhagavad Gita II*).

159 Bourdieu, P. (1979). *La distinction. Critique sociale du jugement*. París, Éditions de Minuit.

**LOS PRINCIPIOS JURÍDICOS:
REVISIÓN HISTÓRICA Y CONCEPCIÓN ACTUAL
DESDE LA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONALISTA***

*The Legal Principles: Historical Review and
Current Conception from Neoconstitutionalism*

Florencia Ratti-Mendaña**

Resumen: El texto analiza el lugar que los principios jurídicos han tenido a lo largo de la historia del Derecho y especialmente su importancia en la perspectiva del actual neoconstitucionalismo. Además, se detiene en la relación de los principios con las reglas y los valores, a fin de dilucidar si aquellos términos se identifican o se diferencian, y las consecuencias jurídicas que de uno y otro caso podrían derivarse.

Palabras claves: Principios jurídicos - Neoconstitucionalismo - Reglas - Valores.

Abstract: The text analyzes the place that the legal principles have along the history of law and especially its importance in view of the current neoconstitutionalism. Besides stops in relation to the rules principles and values in order to determine whether those terms are identified or differ, and the legal consequences of the two cases could result.

Key-words: Legal principles - Neoconstitutionalism - Rules - Values.

* Este trabajo fue presentado como trabajo final en el Seminario de Doctorado “Filosofía y Teología orientadas al Derecho”, a cargo del Dr. Félix Lamas, en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Agradezco al Dr. Santiago Legarre y a Nicolás Sánchez Frascini por sus valiosas correcciones.

** Abogada (UCA, 2012). Becaria doctoral (CONICET, 2014-2019). Área de investigación: Derecho Constitucional. Docente asistente en la Facultad de Derecho de la UCA y Docente con dedicación simple en la Facultad de Derecho de la UNLZ. Autora y coautora de diversos artículos, capítulos de libros y estudios publicados en revistas y editoriales de su especialidad.

I. Introducción

El término “principio” ha sido utilizado en el ámbito jurídico desde el Derecho Romano hasta la actualidad. Sin embargo, no siempre se le ha atribuido el mismo significado. Durante mucho tiempo, los principios fueron una verdadera –aunque residual– fuente de Derecho que coadyuvaba a los jueces a hallar la solución justa en el caso concreto, por medio de parámetros generales y abstractos, a los que se acudía ante la laguna, oscuridad o insuficiencia de la ley. Más adelante, el positivismo formalista, en su objetivo de depurar el Derecho, los colocaría fuera de su órbita.

El neoconstitucionalismo, por su parte, hace un uso especial del término, que parece alejarse tanto de la tradición románica como de la positivista, para tomar un nuevo rumbo. Aquellos principios que antes servían de ayuda en la interpretación de las leyes, hoy tienen un papel protagónico: están consagrados expresamente en las Constituciones y parecen ser la fuente de inspiración (*ex ante*) y criterio de validez (*ex post*) de todo el ordenamiento jurídico.

Algunos ven en esto un abandono de la concepción jurídica positivista¹, mientras que para otros solo es el nuevo ropaje de una concepción que no se diferencia esencialmente de aquella². Unos y otros admiten, de cualquier modo, el rol nuclear que tienen hoy en día en la Filosofía del Derecho.

A raíz de ello es que en el presente trabajo se intentará examinar preliminarmente el significado y la función de los principios a lo largo del tiempo y a medida que ha ido modificándose la concepción de Derecho, con el objeto último de echar luz sobre su significado y función en la actualidad. Se prestará especial atención a la relación de los principios con las reglas y los valores, a fin de dilucidar si aquellos términos se identifican o se diferencian, y las consecuencias jurídicas que de uno y otro caso podrían derivarse.

II. Principios, primeros principios y principios jurídicos

II.1. Principios

Principio es aquello de lo cual algo procede, sea en la línea del ser, del conocer o del obrar; “lo primero a partir de lo cual algo es, o se produce, o se

1 Vigo, R. (2001). “Los principios jurídicos y su impacto en la teoría jurídica actual”. En *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*. Universidad de Navarra, N° 44, 65-102.; “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”. En *La Ley* 2014-A. Buenos Aires, 925; “Principios Generales del Derecho y Principios (Estado de Derecho Legal y Estado de Derecho Constitucional, respectivamente)”. En *La Ley* 2011-A. Buenos Aires, 1129.

2 Bandieri, L. M. (2009). “Notas al margen del neoconstitucionalismo”. En *EDCO*. Buenos Aires, disponible en <http://fccuniversitario.files.wordpress.com/2012/09/notas-sobre-el-neoconstitucionalismo1.pdf>, última visita el 19-1-2015; (2012). “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”. En *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*. Palazzo, E. (dir.). Buenos Aires. El Derecho, 33-53; Portela, J. (2011). “El neoconstitucionalismo ¿es realmente neo?”. En *Gaceta Constitucional*, T. 48, 271-286; Santiago, A. (h). “Neoconstitucionalismo”. En *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas*. Buenos Aires, Volumen XXXV-II, 241-264.

conoce”³. La Real Academia Española, entre las acepciones que brinda de este término⁴, abraza esa triple perspectiva:

- a) “primer instante del ser de algo” (lo primero en el ser);
- b) “causa, origen de algo” (lo primero en el ser);
- c) “norma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta” (lo primero en el conocer o en el obrar);
- d) “base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia” (lo primero en el conocer);
- e) “cada una de las primeras proposiciones o verdades fundamentales por donde se empiezan a estudiar las ciencias o artes” (lo primero en el conocer).

II.II. Primeros principios

Toda ciencia basada en la razón o que participa en algo del razonamiento versa sobre causas y principios, ora más rigurosos, ora más simples⁵.

La afirmación de Aristóteles deja en claro que cada ciencia tiene sus principios y sus causas, y que no todos los principios son de igual índole.

Santo Tomás, por su parte, dirá: “[...] los primeros principios indemostrables pertenecen al hábito del entendimiento; y las conclusiones deducidas, al hábito de la ciencia. De este modo, de los principios de la geometría se deducen conclusiones que son aplicables a otra ciencia, como la perspectiva”⁶.

La relación entre las diversas ciencias que Santo Tomás desliza en este párrafo merece especial atención. La aplicación de principios de una ciencia como conclusiones de otra permite reconocer una subalternación de las ciencias de acuerdo con la subalternación de sus principios⁷. Así, las ciencias subalternantes –Metafísica, Matemática, Filosofía natural, que se relacionan intrínsecamente con los conceptos universales (ente, ser)– serán aquellas que se fundan en los primeros principios. Mientras que las ciencias subalternadas serán aquellas que no parten de primeros principios, sino de otros que son, a la vez, conclusiones de otras ciencias subalternantes.

De lo expuesto hasta aquí es dable concluir que no todos los principios son de igual rango. Por un lado, están los primeros principios, que son evidentes por sí mismos, *propositiones per se notae*; por el otro, están los principios propios de cada ciencia, que derivan, más o menos inmediatamente, de aquellos primeros principios.

3 Aristóteles. *Metafísica*, L. V, 1013a, Calvo Martínez, T. (trad.). Madrid. Gredos, 1994, 207.

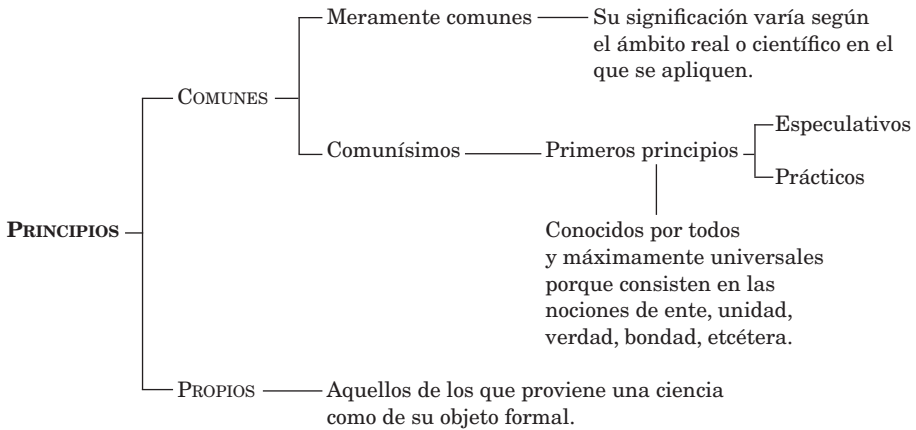
4 <http://lema.rae.es/drae/?val=principio>, visitado última vez el 22-7-2014. La cantidad de acepciones evidencia la analogía del término. Aristóteles resume en la definición transcripta lo que antes mencionaría como cinco acepciones distintas del término.

5 “Toda ciencia discursiva, o que participe en alguna medida del pensar discursivo, se ocupa de causas y principios más exactos o más sencillos”. Aristóteles. *Metafísica*, L. VI, Capítulo I, 1025b, Calvo Martínez, T. (trad.). Madrid. Editorial Gredos, 1994, 265.

6 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79, a. 9, solución.

7 Quintana, E. (2013). *Notas sobre el Derecho en el iusnaturalismo*. Buenos Aires., EDUCA, 71.

El siguiente cuadro brinda un panorama general de la clasificación de los principios⁸:



Los primeros principios, a diferencia de los principios propios de la ciencia, están, por su máxima universalidad, implicados en todo juicio y en toda demostración. De ellos procede la verdad o la validez de todas las demás proposiciones sin que ellos, a su vez, procedan de otro conocimiento por alguna forma de mediación lógica. Son proposiciones de evidencia inmediata (*per se notae*) que la inteligencia profiere al descubrir intuitivamente –vale decir, sin discurso– la relación necesaria que vincula al sujeto y al predicado⁹.

II.III. Primeros principios en el orden especulativo y primeros principios en el orden práctico

[T]al como la razón especulativa analiza lo especulativo, la razón práctica así lo hace sobre lo operativo. Por lo tanto, es necesario que estemos dotados naturalmente de principios tanto especulativos como prácticos¹⁰.

De este modo, así como existen en el hombre la razón especulativa y la razón práctica¹¹, existen primeros principios en el orden especulativo –que lo

8 Cf. Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas. Los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Buenos Aires. EDUCA, 41.

9 Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 267.

10 Santo Tomás de Aquino, *Suma Teológica* I-I, q. 79, a.12, cuerpo.

11 “[...] el entendimiento especulativo no ordena lo que percibe a la acción, sino a la consideración de la verdad. Por su parte, el práctico ordena lo aprehendido a la acción. Esto es lo que indica el Filósofo en III *De Anima* al decir que *el entendimiento especulativo difiere del práctico en el fin*. Por eso, ambos reciben su nombre del fin: uno, especulativo; otro, práctico, esto es, operativo”. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79 a. 12, cuerpo.

guían en el conocer– y primeros principios en el orden práctico –que lo guían en el obrar.

Santo Tomás sostiene que los primeros principios indemostrables de la razón práctica se perciben a través de una dimensión específica de la potencia del entendimiento: el *intellectus*; y que el conocimiento de estos primeros principios no es sino una participación de la razón del hombre en la razón divina¹².

Partimos de la inteligencia o aprehensión de los primeros principios, que se produce de inmediato –*intellectus ut intellectus*–, y por vía de juicio y raciocinio –*intellectus ut ratio*– progresamos en nuestro conocimiento¹³.

Los primeros principios [s]on atribuidos a la razón como potencia y a la *sindéresis* como hábito¹⁴. La *sindéresis* impulsa al bien y censura el mal en cuanto que por los primeros principios procedemos a la investigación, y, por ellos, juzgamos lo averiguado¹⁵.

En síntesis, podemos decir que estos “primeros principios en el orden práctico”:

- a) son principios operativos¹⁶, es decir, son principios en el orden del obrar;
- b) se identifican con las normas más universales de la ley natural y son evidentes¹⁷;
- c) son conocidos por el hombre a partir de su aprehensión del “bien” y se desprenden de la máxima ya por todos conocida: “el bien debe hacerse y el mal, evitarse”¹⁸.

II.IV. Los principios jurídicos

En tanto la ciencia del Derecho es práctica –pues se ordena a obrar y no únicamente a conocer¹⁹–, son los principios de orden práctico los que en ella interesan.

12 “El *intellectus* es aquella dimensión de la *ratio* genérica por la que conocemos lo más básico de lo que está bien y está mal, que se compone de los ‘primeros principios comunes e indemostrables de la razón práctica’”. Cf. Carpintero Benítez, F. (1999). *Historia breve del Derecho Natural. Un ensayo*. México. Universidad Nacional Autónoma de México, 37.

13 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España (eds.). Madrid. Biblioteca de autores cristianos, 2001, comentario a la q. 79, art. 8º, 732.

14 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-I, q. 79, art. 12, cuerpo.

15 Ídem.

16 En contraste con los entitativos (referidos al ser) y noéticos (referidos al conocer). Cf. Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 39-40.

17 Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 44.

18 Al respecto, dice Santo Tomás, en *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 2: “[...] así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: ‘el bien es lo que todos apetecen’. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: ‘El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse’. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano”.

19 El Derecho es un saber práctico. En palabras de Lamas, los saberes prácticos son aquellos “hábitos perfectivos o virtudes que rectifican la razón misma en orden a la verdad y el bien de la praxis”. Lamas. “Percepción e inteligencia...”. Ob. cit., 19.

Ahora bien, los principios jurídicos no son los primeros principios de la razón práctica –no son *propositiones per se notae*–, sino que son principios propios de la ciencia del Derecho que derivan de aquellos primeros principios. Estos principios propios de la ciencia del Derecho son los que llamamos “principios jurídicos”.

III. Los principios jurídicos en las diversas concepciones iusfilosóficas

Como oportunamente se adelantó, la noción de “principio” no ha sido aceptada unánimemente como parte del Derecho a lo largo de la tradición jurídica, y el término “principio” tampoco ha sido unívocamente utilizado²⁰.

III.I. En Platón

En su obra *Eutifrón*, Platón reconoce pautas o principios objetivos que no pueden ser dejados de lado en la interpretación del Derecho²¹. Así, por ejemplo, en la frase: “Creo yo, Sócrates, que sobre este punto ningún dios disiente de otro, diciendo que no debe pagar su culpa el que mata a otro injustamente”²², queda explicitado el principio según el cual se debe castigar todo acto de injusticia.

III.II. En el realismo aristotélico-tomista

Todo el desarrollo que antecede sobre los principios y su relevancia en las ciencias prácticas es propio del llamado realismo aristotélico-tomista, por lo cual no cabe agregar mucho más a lo ya mencionado.

Baste decir que la ley, a diferencia de lo que ocurre con el positivismo, es para el realismo una “ordenación de la razón” y no un producto de la voluntad. Este presupuesto –conjuntamente con la relación entre conocer y obrar, entre razón y voluntad, entre verdad y bien, entre bien y fin– explica cómo los principios jurídicos son útiles a la razón jurídica, no solo en la ciencia del Derecho, no solo en la Filosofía del Derecho, sino en la razón del legislador, que debe dictar una norma, y del juez, que debe decir lo justo en el caso concreto.

En el realismo aristotélico-tomista, los principios cobran sentido a partir de su correlación con los fines: “Y así, el hombre actúa correctamente según los principios, esto es, desde los fines desde los cuales razona²³ [...] el fin de las cosas que hay que

²⁰ Estas circunstancias están ligadas, fundamentalmente, a las variables concepciones sobre la razón práctica que la Filosofía del Derecho ha atravesado durante estos siglos.

²¹ Portela, J.; Brandi, S. (2013). “De la justicia animada a la justicia legislativa. ¿Qué jueces tenemos hoy? ¿Qué jueces necesitamos hoy?”, IX Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Buenos Aires. Facultad de Derecho. UCA.

²² *Eutifrón*, 8b, disponible en http://www.edu.mec.gub.uy/biblioteca_digital/libros/P/Platon%20-%20Eutifron.pdf, última visita el 20-1-2015.

²³ Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II, q. 58, Art. 3°.

hacer (*operabilibus*) tiene razón de principio, por lo que las razones de los operables, que se dirigen al fin, se toman desde él²⁴.

La influencia que tienen los primeros principios prácticos en el Derecho es, para Santo Tomás, determinante: las leyes humanas serán justas en la medida en que se deriven de estos primeros principios, es decir, de la ley natural²⁵.

III.III. Los principia iuris del Derecho Romano

Los *principia iuris* en el Derecho Romano conformaban un “conjunto de opiniones, reglas y brocárdicos jurídicos”²⁶, utilizados por juristas, jurisperitos, litigantes y jueces²⁷, en la búsqueda de la solución justa al caso concreto que se les presentaba.

Sin duda alguna, el jurista actual se encontrará familiarizado con muchos de ellos, en especial con los *tria iuris praecepta* (*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*)²⁸, aunque son también populares: *prior in tempore, potior in iure* (el primero en el tiempo es el preferido en el Derecho); *ad impossibilia nemo tenetur* (nadie está obligado a lo imposible), *accessorium sequitur principale* (lo accesorio sigue la suerte de lo principal); *ubi lex non distinguit, non distinguere debemus* (donde la ley no distingue, no es dable distinguir).

La finalidad de estos principios era –a diferencia de lo que sucede con los principios en el neoconstitucionalismo– confirmatoria. Es decir, los *principia iuris* permiten reconocer la eficacia de un argumento, basándose en la autoridad ancestral de unas pocas palabras que, de una manera u otra, solucionan los aspectos más opinables y discutidos de ciertos problemas que suelen presentarse en la vida del Derecho²⁹.

Si bien el origen de estos refranes o aforismos es algo incierto, de lo que no cabe duda es de que: a) son conquistas de la razón práctica formuladas por quienes estudiaban casos jurídicos concretos: razonamientos prácticos sobre lo justo formulados una vez y para ser aplicables, por su generalidad, frente a cualquier situación similar; b) son un espacio de confluencia entre el Derecho Romano y el Derecho Natural.

Algunos evidencian una inmediata conexión con la moral (v. gr., *sic utere tuo ut alienum non laedas*, utiliza lo tuyo sin perjudicar lo ajeno), mientras que en otros esta conexión parece ser más remota y presuponen una elección humana sobre posibilidades igualmente justas: ley especial deroga ley general, la superficie accede al suelo.

24 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica* I-II, q. 14, Art. 3°.

25 Carpintero Benítez. *Historia breve del Derecho Natural...* Ob. cit., 37.

26 Portela, J. (2009). “Los principios jurídicos y el neoconstitucionalismo”. En *Dikaion*, Año 23, N° 18, Chía, 46.

27 Ídem, 52.

28 Enunciados por primera vez por Ulpiano en sus *Institutiones* y recogidos en el *Corpus Iuris Civilis*. Cf. Jiménez Cano, R. (1999/2000). “Sobre los principios generales del Derecho. Especial consideración en Derecho español”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 3, 2.

29 Ídem, 48.

Su fórmula no implica –como sí ocurre en Kelsen y se mostrará más adelante– la correlación entre dos hechos; los aforismos romanos no contienen la estructura: “si A, entonces B”. Por el contrario, desde una perspectiva lógica, se trata de verdaderos juicios que relacionan conceptos.

La generalidad y abstracción de su formulación permite, sin duda, su aplicación a una variedad infinita de casos concretos. No obstante, se trata de una generalidad diversa de la que gozan aquellos “principios” consagrados en las Constituciones modernas que viene dada, la mayoría de las veces, por su formulación en términos de reglas o brocárdicos y no de valores, derechos u objetivos y directrices políticas. De tal modo, más allá de la realidad concreta que se cobije en los *principia iuris*, la solución justa que se derive jamás dependerá de la concepción moral o filosófica del intérprete ni podrá ser contradictoria, como sí sucede en el principio “justicia” o “libertad”, a desarrollar por el legislador o por el juez. Es decir, no dejan margen a la arbitrariedad subjetiva, como sí parecen hacerlo los principios neoconstitucionalistas, cuestión que será abordada más adelante.

En efecto, estos últimos otorgan al intérprete una discrecionalidad ausente en los principios del Derecho Romano y probablemente allí radique su principal diferencia. Aforismos tales como “donde la ley no distingue, no es válido distinguir”, no se prestan a confusiones: quien deba aplicarlos solo tendrá un camino que no le permitirá realizar distinciones que el legislador no haya efectuado. En cambio, principios neoconstitucionalistas como “afianzar la justicia”, “igualdad” o “derecho a la integridad física”, pueden tener significados absolutamente contradictorios según la visión antropológica, moral y filosófica que posea quien debe concretizarlos –sea en una norma, sea en una sentencia.

Con lo dicho no pretende desconocerse que alguno de aquellos brocárdicos romanos contienen términos ambiguos o que requieren un desarrollo ulterior, tales como qué es lo imposible, en el aforismo “nadie está obligado a lo imposible”, o qué sería perjudicar lo ajeno en “usa lo tuyo sin perjudicar lo ajeno”, pero aquella ambigüedad o necesidad de precisión no autoriza interpretaciones contradictorias o incluso negatorias del principio conforme a parámetros objetivos, que sí tienen lugar en la interpretación o desarrollo de los principios modernos mencionados.

III.IV. Los principios jurídicos y la codificación

Suele sostenerse que el proceso de la codificación ha significado un antes y un después en el tratamiento de los principios jurídicos³⁰. Quienes se enrolan en tal postura entienden que dicho proceso implicó el abandono de la concepción de los principios jurídicos como aquellos propios del Derecho Romano y del Derecho Natural y su reemplazo por los famosos “principios generales del Derecho”, como instrumento de resolución de controversias jurídicas frente a supuestos de insuficiencia o falta de ley. Sobre esto, Del Vecchio reconoce: “Los intérpretes contemporáneos están de acuerdo, casi sin excepción, en declarar que por ‘principios generales del Derecho’

30 Jiménez Cano, R. “Sobre los principios...”. Ob. cit., 3.

no deben entenderse los principios del Derecho Natural³¹. Y que: “[o]tras interpretaciones, según las cuales por ‘principios generales del Derecho’ debe entenderse el Derecho Romano, o el Derecho Común, han sido ya refutadas muchas veces con argumentos que pueden considerarse como definitivos”³².

Sin embargo, él se opone firmemente a la contradicción que aquella doctrina mayoritaria hallaba entre los principios del Derecho Natural y los principios generales del Derecho, sosteniendo que estos últimos se refieren a las verdades supremas del Derecho *in genere*, o sea, a aquellos elementos lógicos y éticos del Derecho, que por ser racionales y humanos, son virtualmente comunes a todos los pueblos³³.

Por lo pronto, la redacción de muchos de esos Códigos conlleva una nueva perspectiva respecto de la utilización de estos principios: los vuelve supletorios e integradores. Supletorios, pues aquellos “principios generales del Derecho” ya no están a mano del juez siempre que este quiera utilizarlos o fundar en ellos su decisión –o, incluso, juzgar la justicia de una ley–, sino que solo podrá acudir a ellos a falta de fuentes del Derecho superiores; más específicamente, a falta, insuficiencia, oscuridad, ausencia, laguna, de la principal fuente del Derecho al momento de la codificación: la ley.

Todas estas hipótesis que autorizan al juez a acudir a aquellos principios, a partir de su incorporación en los Códigos, no comprenden, sin embargo, uno de los principales escenarios en el que, como se verá, son utilizados los principios neoconstitucionalistas: la equivocación o el error de la ley. Una ley tan absoluta y perfecta como la que se concebía en aquella época jamás podría ser modificada mediante la interpretación judicial de los principios. Esto es, además, producto de la disímil concepción acerca de la función judicial que primaba en la era de la codificación y su profunda diferencia con la concepción actual neoconstitucionalista. El juez de aquel entonces no tenía a su cargo una actividad comparativa o convalidatoria entre principios y normas, sino que utilizaba los principios cuando las normas no bastaban. Del Vecchio deja este escenario bien en claro:

“En ningún caso puede ser permitido al juez contravenir las normas precisas de la ley; confirmar esto, como lo ha hecho el legislador, significa simplemente remachar el concepto fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, según el cual la función judicial se halla subordinada a la legislativa³⁴. [...] Las normas sancionadas por el Derecho Positivo pueden también no corresponder de un modo absoluto a los principios derivados de la razón, y contradecirlos en parte o modificarlos o restringirlos de diversas formas. Cuando una de tales contradicciones tiene lugar es indudable que al reconstruir el sistema

31 Del Vecchio, G. (1933). *Los principios generales del Derecho*. Osorio Morales, J. (trad.). Barcelona. Librería Bosch, 3.

32 Ídem, 3, nota al pie n° 4.

33 Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 8. El intento de Del Vecchio de rescatar la influencia del Derecho Natural y de la razón jurídica natural en la formulación de estos principios queda, no obstante, a mitad de camino entre un iusnaturalismo racionalista y un contractualismo moderno. Por otro lado, llega a confundir la aplicación de los principios generales del Derecho con la equidad. Véase Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 67 y ss.

34 Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 10.

jurídico positivo y en especial al aplicarlo judicialmente, el intérprete debe atenerse a las leyes tal como son y no tal como debieran ser según los puros principios. Un método distinto conduciría inevitablemente a infringir la unidad del sistema, confundiendo a cada momento el *jus conditum* con el *condendum* y la función del juez con la del legislador³⁵.

Por otra parte, el hecho de que estos principios generales del Derecho hayan sido incorporados –si bien no en su contenido individual sino con carácter general, como fuente de Derecho– en el texto expreso de los Códigos da cuenta de que la concepción de aquella época consideraba necesario positivizarlos para que estos valieran y que el juez los pudiese utilizar³⁶.

En relación con esto, la metodología para alcanzar el contenido de estos principios también difiere en esta época, como se verá, respecto de su uso actual por la teoría neoconstitucionalista. Mientras la doctrina mayoritaria de la era codificadora proponía llegar a los principios mediante generalizaciones sucesivas de las normas particulares positivizadas, el neoconstitucionalismo transita, la mayoría de las veces, el camino contrario: parte de su positivización en las Constituciones.

Por último, en lo que al contenido de estos principios se refiere, cabe destacar que se asemejan tanto a los *principia iuris* romanos como a los principios o directrices políticas neoconstitucionalistas, más allá de que realzan, como se verá, el papel de la ley –entendida como expresión de la voluntad general³⁷– por encima del Poder Judicial. Así, algunos de los que menciona Del Vecchio como principios generales del Derecho serían: el principio de la división de poderes, el principio de la soberanía de la ley, el principio de la igualdad de todos ante la ley³⁸, nadie puede transmitir a otro más derechos de los que él mismo tiene, a la fuerza es lícito oponer la fuerza, las utilidades de toda cosa deben corresponder a aquel sobre quien pesan las pérdidas, nadie puede enriquecerse injustamente en perjuicio de otro, etcétera³⁹.

III.V. Los principios jurídicos en el positivismo

Según la mentalidad del positivismo jurídico, las normas de principio, al contener fórmulas vagas, referencias a aspiraciones ético-políticas, promesas no realizables por el momento, esconderían un vacío jurídico y producirían una “contaminación de las verdaderas normas jurídicas con afirmaciones políticas, proclamações de buenas intenciones, etc. Estas normas no podrían ser alegadas ante un juez por parte de los interesados, serían causa de aspiraciones frustradas y, de este modo, alimentarían la desconfianza en el Derecho; si alguien pretendiese extraer de ellas consecuencias jurídicas concretas aumentaría la confusión y la inseguridad”. Dichas normas tendrían “una importancia exclusivamente política

35 *Ibidem*, 69-70.

36 En contra de esto, Del Vecchio entendía que no podía prescindirse de dicho recurso a los principios generales aunque faltase una referencia formal a él. Del Vecchio. *Los principios...* Ob. cit., 67.

37 *Ibidem*, 34.

38 *Ibidem*, 35.

39 *Ibidem*, 67.

y virtual”. Ante los electores serían una ocasión de propaganda electoral y más tarde, en la lucha parlamentaria, pretextos para acusarse recíprocamente⁴⁰.

El análisis de la obra de Kelsen parece adecuado para lograr una acabada perspectiva de la postura positivista sobre el reconocimiento y la función de los principios jurídicos en el Derecho.

En primer lugar, cabe advertir que este autor no utiliza frecuentemente el término “principio” en su obra célebre, *Teoría pura del Derecho*. Más bien, a lo largo de su camino hacia la depuración del Derecho, aparecen dos principios con una función específica, metodológica, delimitada y concreta: explicar la esencial diferencia entre las ciencias naturales y las sociales. Se trata del principio de causalidad y del principio de imputación, respectivamente.

De estos dos, el “principio jurídico” sería el de imputación. Su formulación consiste en la relación entre dos hechos: “si A, entonces B”. Difiere así de la fórmula de los *principia iuris* y también de la de los principios neoconstitucionalistas. El propio Kelsen afirma: “Tanto el principio de causalidad como el de imputación se presentan bajo la forma de juicios hipotéticos que establecen una relación entre una condición y una consecuencia”⁴¹.

En el Derecho, la imputación juega, para Kelsen, el papel de un esquema⁴² o modelo, conforme al cual el legislador crea la norma o regla. Pero ese modelo es –como todo en la teoría de Kelsen– puramente formal, es decir, no otorga a aquella norma ningún tipo de contenido. El contenido de las normas quedará, entonces, sujeto a la voluntad: “Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad: costumbre o procedimiento legislativo, si se trata de normas generales; decisión judicial, acto administrativo o acto jurídico de Derecho Privado, si se trata de normas individuales”⁴³.

Es evidente que el término *principio*, utilizado por Kelsen, para referirse al principio jurídico de imputación, difiere absolutamente de los *principia iuris* del Derecho Romano o del significado de los principios en el neoconstitucionalismo. Si acaso, prescindiendo de la terminología, se preguntara sobre la existencia de algunos principios, en tanto fórmulas inspiradoras o guías para la solución justa, su respuesta sería predecible: de admitir su existencia, sostendría que estas guías carecen de valor absoluto –la propia justicia carece de valor absoluto– y que, además, son metajurídicas: están fuera del Derecho y no forman parte de él.

A ello se refiere, en cierto modo, al sostener: “Cuando una norma inferior es creada sobre la base de una norma superior y en el marco fijado por ella, ya se trate de una ley fundada en la Constitución o de una decisión judicial fundada en una ley, resulta claro que el órgano creador de la norma inferior no sólo tiene en cuenta la norma superior, sino también a otras normas no jurídicas relativas a la moral,

40 Calamandrei, P. (1968). “La Costituzione della Repubblica italiana”. En *Opere giuridiche III*. Napoli. Jovene, 245, cit. en Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Gascón, Marina (trad.). Madrid. Trotta, 112-113.

41 Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*, 4ª ed., 9ª reimp., Buenos Aires. Eudeba, 25.

42 Ibidem, 23, 40.

43 Ibidem, 112.

a la justicia o lo que se denomina ‘bien público’, ‘interés del Estado’, ‘progreso’. Si miramos desde el punto de vista del Derecho Positivo, no podemos pronunciarnos sobre la validez de dichas normas ni sobre la manera de comprobar su existencia. Lo único que podemos decir es que no se trata de normas jurídicas y que la creación de la norma inferior se deja a la libre apreciación del órgano competente en la medida en que no se halla determinada por la norma superior”⁴⁴.

Kelsen profundiza esta concepción de los principios en su obra póstuma, *Teoría general de las normas*. Allí, vuelve a hacer referencia a la existencia de principios de la moral (tales como la “libertad individual”), la política (poniendo como ejemplo el de la “separación de poderes”) y las costumbres, y los contrapone a las normas jurídicas.

Asimismo, afirma que todos estos principios serán principios del “Derecho” en la medida en que influyan en el contenido o generación del orden jurídico o Derecho Positivo por medio de las autoridades jurídicas competentes⁴⁵.

De cualquier modo, aclara que su carácter de principios del Derecho no significa que sean Derecho, es decir, los considera metajurídicos⁴⁶. Se trata de meras motivaciones que influyen sobre los generadores de normas positivas, pero que carecen de vinculatoriedad⁴⁷: simples inspiradores de las normas jurídicas, así como también lo son los intereses de ciertos sectores de la sociedad.

El reconocimiento por parte de Kelsen de que estos principios pueden influir en el contenido del Derecho es un avance respecto de su obra anterior, pero el hecho de que no explique el origen, contenido y necesidad de estos principios morales o políticos pone de manifiesto la tendencia que lo caracteriza en contra de la posibilidad de verdad objetiva de la norma.

Esta tendencia se exterioriza con claridad cuando rechaza tajantemente la incorporación de principios abstractos y generales a las constituciones, por el amplio margen de discrecionalidad que ello representa a favor del intérprete. En efecto, Kelsen pretende eliminar de las constituciones no solo los principios de derecho natural, sino también todo principio abstracto, general o indeterminado que pudieran contener, pues entiende que la incorporación de principios de tales características representa un peligro de arbitrariedad subjetiva en el ejercicio del control constitucional o de la actividad legislativa. Así, sostiene: “Las cortes constitucionales no deben ser llamadas a decidir con base en algo como los principios de Derecho Natural, un Derecho en el que cada quien es libre de ver los contenidos que quiere. Pero la situación sólo es diferente cuando, tal como ocurre frecuentemente, la misma Constitución se refiere a estos principios recordando a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera, sin precisar mínimamente de qué se trata. Si estas fórmulas sólo sirven para cubrir la ideología política común con la

44 *Ibidem*, 133-134.

45 Kelsen, H. (1994). *Teoría general de las normas*. Delory Jacobs, Hugo (trad.). México. Trillas, 124.

46 “La afirmación de que los principios de la moral, la política o las costumbres se “personifican” por medio de actos que generan derecho, sólo puede significar que el contenido de las normas jurídicas generadas por actos legislativos coincide con el contenido de los principios jurídicos. Pero esa no es razón suficiente para considerar estos principios como Derecho Positivo, es decir, extender el concepto del Derecho Positivo a tal grado que también abarque estos principios”. Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. Ob. cit., 125.

47 *Ibidem*, 125.

que cada ordenamiento trata de revestirse, el llamado a la equidad, a la libertad, etcétera, con falta de precisión sólo significa que tanto el legislador como los órganos antepuestos a la ejecución de la ley están autorizados a llenar discrecionalmente el espacio dejado por la Constitución⁴⁸.

Las normas constitucionales que un tribunal está llamado a aplicar y, en particular, aquellas que establecen el contenido de las futuras leyes –como las disposiciones sobre los derechos fundamentales y similares– no deben ser formuladas en términos demasiado genéricos⁴⁹.

Los párrafos que a continuación se transcriben manifiestan con claridad ese dualismo formulado por Kelsen entre principios (pertenecientes a la moral, política o costumbres) y normas (pertenecientes al Derecho) así como el relativismo moral que diluye toda real positividad de contenido ético objetivo en la norma jurídica: “[...] tales principios no tienen el carácter de normas jurídicas. Si no se separa claramente el concepto de norma jurídica y el concepto de principio jurídico, entonces se borra el límite entre el Derecho Positivo, por un lado, y, por el otro, la moral, la política y las costumbres, lo cual sólo puede ser deseable para tales representantes de la ciencia del Derecho, que creen que su tarea consiste no tanto en conocer el Derecho Positivo y describirlo objetivamente, sino más bien en justificar o cuestionar su validez desde el punto de vista de la moral y la política⁵⁰. [...] Es completamente irrelevante para la vigencia de una decisión judicial si ésta corresponde a una norma moral o una supuesta norma del Derecho Natural, ya que también es válida en el caso de estar en contradicción con las normas”⁵¹.

En suma, para Kelsen no existen principios o valores que constituyan criterios de justicia de las normas y aquí reside la manifestación principal de su formalismo. Como se ha dicho anteriormente, ni a él ni al Derecho, en su concepción, les interesa el contenido de las normas, sino únicamente su forma, su legitimidad de origen, que hayan sido dictadas por la autoridad competente.

Su validez no resulta de su contenido. El Derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera.

Una norma jurídica es válida si ha sido creada de una manera particular, es decir, según reglas determinadas y de acuerdo con un método específico. El único derecho válido es el Derecho Positivo, el que ha sido “puesto”. Su positividad reside en el hecho de que proviene⁵².

48 Kelsen, H. (1928). “La garanzia giurisdizionale della Costituzione [la giustizia costituzionale]”. En *La giustizia costituzionale*. Milán. Giuffè, 189 y ss., cit. por Zagrebelsky, G. (2008). “El juez constitucional en el siglo XXI”. En *I Congreso Internacional de Justicia Constitucional y V Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (trad.). México, 4.

49 Kelsen, H. (1981). “Chi deve essere il custode della Costituzione?”. En *La giustizia costituzionale*, Milán, Giuffè, 253 y 254, cit. por Zagrebelsky, G. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 5.

50 Kelsen, H. *Teoría general de las normas*. Ob. cit., 125.

51 *Ibidem*, 128.

52 Kelsen, H. *Teoría pura del derecho*. Ob. cit., 112.

El neoconstitucionalismo, como se verá más adelante, pretende ser superador de esta visión formalista, incorporando en el Derecho principios determinativos del contenido de las normas, sin dar la debida atención, no obstante, al verdadero contenido de aquellos principios.

En otras partes de su obra, Kelsen hablará de un principio de legalidad o legitimidad, pero se trata asimismo de un criterio formal y no de contenido: “Sin duda existe también un principio denominado de legalidad o de legitimidad, en virtud del cual las normas jurídicas sólo son válidas si han sido creadas conforme a la Constitución y no han sido ulteriormente abrogadas según un procedimiento conforme a la Constitución”⁵³.

III.VI. Los principios jurídicos en el neoconstitucionalismo

Antes de abocarse al estudio de los principios en el neoconstitucionalismo, es conveniente explicar qué se entiende por neoconstitucionalismo. Como punto de partida, vale decir que no hay unanimidad doctrinaria sobre esta teoría e incluso hay quienes afirman que no existe un único neoconstitucionalismo, sino que se trata de una doctrina que comprende múltiples posturas iusfilosóficas, con autores cercanos al positivismo y otros cercanos al iusnaturalismo⁵⁴.

Desde mediados de siglo pasado, se ha sostenido la existencia de un cambio de paradigma: el “Estado de Derecho” habría cedido su lugar al “Estado Constitucional de Derecho”⁵⁵. Este último ya no tendría como objetivo prioritario garantizar el respeto por el principio de división de poderes, como máxima expresión de la limitación de la autoridad estatal, sino la protección de los derechos fundamentales⁵⁶, consagrados en Constituciones cosmopolíticas⁵⁷ o globales⁵⁸.

53 El control es siempre de forma y no de contenido, pues aun cuando la norma inferior (ley) debe respetar el contenido de la norma superior (Constitución) esto no es así por referencia a un criterio objetivo de verdad o bien, en tanto el mismo contenido –contrario a la Constitución– habría sido válido de haber sido materia de una norma constitucional. El control, entonces, no responde a un juicio sobre lo que esa norma dice, sino a la forma elegida para sancionar esa norma.

54 Sobre el particular, véase Ferrajoli, L. (2011). “El constitucionalismo entre iusnaturalismo y positivismo jurídico. Una propuesta de revisión terminológica”. En *Doxa*, N° 34, Alicante, 15-53; Vigo, R. “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”. En *La Ley*. Buenos Aires, 2014-A, 925 y Vigo, R. “Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias”, 187-218. En Chávez-Fernández Postigo, J.; Santa María D’Ángelo, R. (coords.) (2014). *Derecho natural y iusnaturalismos. VIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural y III de Filosofía del Derecho*. Palestra. Santa Rosa de Lima.

55 Cf. Bandieri, L. (2012). “En torno a las ideas del constitucionalismo en el siglo XII”. En *Estudios de Derecho Constitucional con motivo del bicentenario*, Palazzo, E. (dir.). Buenos Aires. *El Derecho*, 1-2. En igual sentido, Zagrebelsky, G. (2009). *El derecho dúctil...* Ob. cit., 34; Vigo, R. “Del Estado de Derecho legal al Estado de Derecho constitucional”. En *Revista Jurídica Argentina*. Buenos Aires. *La Ley*. Volumen: 2010-A, 1165-1176; García Pelayo, M. (2009). “Estado Legal y Estado Constitucional de Derecho”. En *Obras completas*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Volumen: II, 3025-3039; Santiago, A. (h.). “Neoconstitucionalismo”. Ob. cit., 241-264, entre otros.

56 Cf. Santiago, A. (h.). “Neoconstitucionalismo”. Ob. cit., 241-264.

57 Es decir, globalizadas, que incorporan tratados internacionales y están sujetas a revisión por parte de tribunales internacionales.

58 Pisarello, G.; Suriano, R. (1998). “Entrevista a Luigi Ferrajoli”. En *Isonomía*, N° 9. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 191.

Uno de los principales puntos de quiebre en el cambio de concepción del Derecho ha sido, como comúnmente se afirma, la finalización de la Segunda Guerra Mundial. El nacimiento de los tratados internacionales de Derecho y las reformas constitucionales en gran parte de la Europa Continental son ejemplos de este fenómeno de transición.

En lo que a los principios respecta, su rescate y reaparición –conjuntamente con la concientización de las limitaciones del positivismo– suelen relacionarse con los tribunales de Nuremberg⁵⁹. Desde la concepción neoconstitucionalista, los principios, sumados a la ley –y por encima de ella– forman el Derecho. De tal modo, la ley puede contradecir al Derecho y será entonces rectificadas por medio de los principios.

Toda esta transformación operada en los ordenamientos jurídicos tiene como trasfondo esta nueva corriente de pensamiento conocida como “neoconstitucionalismo”. Se considera que sus principales exponentes son autores como Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Ferrajoli, Atienza, Moreso y Comanducci⁶⁰. Los principios jurídicos juegan –para la mayoría de aquellos autores– un papel central: su consagración en las Constituciones es el eje de esta nueva concepción del Derecho.

En tanto no todos los representantes del neoconstitucionalismo coinciden en la definición y efectos jurídicos de los principios, sus teorías merecen un tratamiento separado y distintivo. Sin perjuicio de ello, hay un aspecto que parece ser común entre los neoconstitucionalistas –y que ha valido que muchos lo relacionen y lo acerquen, con o sin acierto, al iusnaturalismo–: a través del reconocimiento de principios con contenido sustancial y consagración constitucional, se pretende abrir la barrera que el positivismo había trazado entre Moral y Derecho, y otorgarse así a este último un contenido ético sustancial.

a) *Dworkin*

El pensamiento de Dworkin en torno a la función de los principios se comprende solo desde el reconocimiento de su búsqueda de la única solución justa existente. Este autor se opone al sistema de reglas que su predecesor y maestro –Hart– había propuesto, y define al Derecho como un sistema de reglas y principios. Así, en este sistema los principios vienen a proporcionar aquella única solución justa –siempre que exista un juez Hércules capaz de encontrarla– cada vez que las reglas resultan insuficientes⁶¹. Son el salvavidas que cubre esta laguna jurídica y devuelve al Derecho la objetividad y la materialidad que el positivismo había negado.

59 Delucchi, M. L. “Algunas consideraciones en torno a los principios”. En UNLP 2009-2010, disponible en http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/21138/Documento_completo.pdf?sequence=1, última visita el 31-1-2015, 597.

60 Vigo, R. “¿Dos o tres neoconstitucionalismos?”, 925.

61 Alexy, R. (1998). “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. En *IV Jornadas Internacionales de Lógica e Informática Jurídicas*. San Sebastián. Disponible en <http://www.biblioteca.org.ar/libros/141737.pdf>, última visita el 31-7-2014, 139.

Para este autor, entonces, las normas y los principios conforman el Derecho⁶². Pero no son la misma cosa: los principios, para Dworkin, no son normas. Son estándares que operan como directrices políticas y otros tipos de pautas, en aquellos casos difíciles en que los problemas con los derechos y las obligaciones jurídicas parecen agudizarse⁶³.

Por otro lado, “principios” y “directrices políticas” (*policies*) tampoco son la misma cosa. Los principios son “un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁶⁴”. Por ejemplo, principio es la afirmación de que “ningún hombre puede beneficiarse de su propia injusticia”. Las directrices políticas son, en cambio, un estándar que “propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad”. Una directriz política, por ejemplo, es “disminuir los accidentes de automóvil”.

Esta diferenciación es la que le permite a Dworkin contrarrestar el afamado “argumento contramayoritario”⁶⁵. En efecto, él sostiene que si bien los jueces están autorizados a fundar su decisión en normas y principios, no pueden hacerlo sobre la base de directrices políticas⁶⁶. Además, los jueces no *crean* los principios, sino que los *encuentran*, pues estos ya estaban implícitos.

Es válido observar que la fórmula de los principios dworkinianos se acerca más a los *principia iuri* que a las normas, aunque el autor parezca negarlo. Esto así pues si bien sostiene que la forma del estándar, “Un testamento no es válido si no está firmado por tres testigos” (norma), no es una proposición muy diferente en su forma de “Un hombre no puede beneficiarse de su propio delito” (principio), rápidamente puede observarse que la abstracción es considerablemente menor en el primer caso que en el segundo, y también la discrecionalidad que uno y otro otorgan a su intérprete —o la posibilidad de excepciones a la generalidad del enunciado. Con esto no quiere decirse que la generalidad o apertura del enunciado es el único criterio de distinción entre reglas y principios, pero sí que es uno de los más relevantes y que, en tal virtud, ha merecido especial atención⁶⁷.

Dworkin recupera esa función confirmatoria —argumentativa, justificadora— de los principios que tenían los aforismos romanos, y en ella radica la primordial distinción entre principios y reglas. Las reglas son aplicables a todo o nada. Los principios, en cambio, no determinan necesariamente la decisión, sino que solamente proporcionan razones que hablan en favor de una u otra decisión, criterios que

62 Esta afirmación es importante pues llevará a Dworkin a admitir que los principios —si bien no *determinan* un resultado— son obligatorios, de aplicación obligatoria (jurídica y no solo moralmente) para los jueces. Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel, 88 y ss.

63 *Ibidem*, 72.

64 *Ídem*.

65 Sobre el particular, véase Bickel, A. (1978). *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis. Bobbs-Merrill Educational Publishing.

66 Portela, J.; Brandi, S. “De la justicia animada...”. *Ob. cit.*, 7.

67 Prieto Sanchís, L. (1996). “Diez argumentos a propósito de los principios”. En *Jueces para la Democracia*, N° 26, 43, entre muchos otros.

determinan a inclinarse en uno u otro sentido⁶⁸. Por otro lado, introduce la cuestión del peso o importancia que tiene cada principio, y cómo ello debe ser tenido en cuenta en caso de conflicto entre ellos.

La diferencia sustancial entre principios y normas está, entonces, en su potencial obligatoriedad o consecuencia jurídica. En una norma que indique que todo contrato que restrinja el comercio será nulo, cualquier contrato que provoque dicha restricción debe ser anulado *sine die*. En cambio, un principio con tal contenido será una razón que podría llevar a anular esos contratos, pero no es aquella una consecuencia necesaria de ese principio, y podría aparecer otro que tenga un peso suficiente para dejar de lado el primero⁶⁹.

Por último, si el propósito de Dworkin es loable, no así sus resultados. Y esto, debido a su subjetivismo moral: para este autor, el fundamento de los principios, su origen, “no se basa en una decisión particular de ningún tribunal u órgano legislativo, sino en un sentido de conveniencia u oportunidad que, tanto en el foro como en la sociedad, se desarrolla con el tiempo”⁷⁰. El contenido material de estos principios parece ser entonces histórico, concreto, sociológico, sin indicios de conexión con la verdad o realidad de las cosas.

b) Alexy

Robert Alexy ofrece una teoría de los principios distinta de la de Dworkin pero, sin embargo, toma muchos de sus elementos⁷¹: la teoría de la argumentación jurídica. Para Alexy, el mero reconocimiento de principios dentro del sistema jurídico no basta para llegar a esa única solución justa que busca el jurista⁷². Propone, como complemento, un exhaustivo análisis metodológico del uso judicial de los principios.

Introduce así una nueva noción de principios, como una especie del género “norma”, que tiene por objeto los derechos (tanto individuales como colectivos). Se refiere expresamente a “principios legales”, tales como “la libertad de expresión” o “la protección de la personalidad” y “el derecho a la vida del *nasciturus*” o “el derecho

68 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Ob. cit., 74-77.

69 *Ibidem*, 79.

70 Y así, “si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos [...] estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados”. *Ibidem*, 95.

71 El mismo autor reconoce esta distinción: “No es fácil una comparación entre la teoría del Derecho de Dworkin y la mía. Ciertamente, hay muchas cosas comunes, pero el armazón conceptual de ambas teorías es bien distinto. Quizás pudiera decirse incluso que ambas teorías son relativamente semejantes en lo sustancial, pero bastante distintas en lo formal. De todas formas, también hay diferencias sustanciales. Así, aunque el concepto de principio jurídico juega su papel en ambas teorías, el manejo que se hace del mismo varía. En mi concepción, los principios tienen el carácter de mandatos de optimización. Además, los bienes colectivos pueden también ser objeto de regulación de los principios. Eso lleva a que en la contestación a la pregunta de si se ha lesionado un derecho fundamental juegue un papel central el principio de proporcionalidad y, con ello, la ponderación. Las cosas son distintas en la visión de Dworkin de los derechos como triunfos (‘trumps’). Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”. En *Doxa*, N° 24, Alicante, disponible en <http://publicaciones.ua.es/filespublici/pdf/02148678RD22661887.pdf>, última visita el 31-1-2015, 12.

72 Dworkin, R. *Los derechos en serio*. Ob. cit., 140.

a la personalidad de la mujer”. Y aún más: frente a los conflictos de estos principios-derechos, introduce dos términos específicos que definirán su doctrina: optimización y ponderación (*weighing*), o balanceo. La ponderación frente al conflicto entre dos o más derechos es, para Alexy, el camino hacia la optimización⁷³.

Los principios son los objetos del balanceo que se efectúa mediante la argumentación moral. Llevan en ellos un hecho jurídico dentro del cual se subsume la realidad concreta en su juzgamiento. Así como para Dworkin el Derecho se formaba de principios y normas, para Alexy el concepto de norma abarca el de reglas y principios. En otras palabras, los principios son normas.

“El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas [...] En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada en distintos grados [...] Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla”⁷⁴.

La referencia a las posibilidades fácticas lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades jurídicas implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto⁷⁵.

De este modo, cada caso concreto determinará hasta dónde puede ser realizado ese principio o, en otras palabras, protegido ese derecho. Al sostener que los derechos fundamentales no son reglas sino principios, la relación conflictual entre ellos requerirá, tal como se da entre los principios, la ponderación.

“[...] he tratado de resolver el problema de las necesarias demarcaciones de los derechos fundamentales con una teoría de los principios, cuya base es la tesis de que los derechos fundamentales en cuanto normas tienen la estructura de mandatos de optimización. Eso lleva a poner al principio de proporcionalidad en el centro de la dogmática de los

73 Alexy, R. “Sobre reglas y principios. (Entrevista a Robert Alexy)”. En *La Ley*, Supl. Act., 30-10-2008.

74 Alexy, R. “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”. Ob. cit., 143.

75 El principio de adecuación exige el sacrificio impuesto al ejercicio de un derecho idóneo para proteger otro derecho. El de necesidad implica que no exista otro sacrificio menos lesivo que el utilizado –que dicho sacrificio sea el necesario–, p. 127.

derechos fundamentales, lo que tiene la consecuencia práctica de que en muchos casos lo decisivo sobre el contenido definitivo de los derechos fundamentales es la ponderación”⁷⁶.

Los principios de Alexy son abstractos, pero su concretización tiene un criterio objetivo: todos los principios deben realizarse en la mayor medida posible (optimización), y el límite de esa medida viene dado por la asignación racional de peso a cada uno de ellos en el caso que se presenta.

Para él, ni la teoría de las reglas ni la teoría de los principios permiten alcanzar la única solución justa en el caso concreto. Estas deben complementarse con una teoría de la argumentación jurídica, que es el punto fuerte de la doctrina de Alexy y el que le ha merecido su fama.

Se trata de una teoría procedimental del discurso práctico racional que, en definitiva, reduce el Derecho a fórmulas matemáticas. Así, en cada caso concreto el juez deberá ponderar cuál de los principios en juego tiene más peso (si la vulneración es leve, moderada o grave) y definir, mediante el principio de proporcionalidad, cuál es el sacrificio justo al principio de menos peso. La particularidad del caso es, entonces, protagónica en el hallazgo de la justicia, y eso parece un buen indicio a primera vista y un retorno a la concretización romana del Derecho.

Alexy abandona así el formalismo *procedimental* del positivismo jurídico, en tanto pretende superar el mecanismo de subsunción a partir del reconocimiento de que los principios plantean una tarea de optimización que es moral en cuanto a su metodología. Pero el verdadero abandono del formalismo exigiría no solo una metodología moral, sino un contenido –materia– moral.

c) Ferrajoli

Ferrajoli describe los principios mediante dos afirmaciones precisas: a) son normas; b) su rasgo distintivo es que no admiten vulneración o violación. Así, afirma: “Son principios todas las normas que indican programas, objetivos políticos, de los cuales no es identificable una violación. Por ejemplo, el ‘principio de igualdad’ es un principio cuya violación es una discriminación; frente a su violación se comporta como una regla: de prohibición de discriminaciones. [...] En sentido contrario, ‘Italia es una República basada en el trabajo’, ‘es misión de la República alcanzar el pleno empleo’, ‘la ocupación plena’ [...] son normas de las cuales no es configurable una concreta observancia o violación, sino solamente un determinado grado de violación. Esto significa que solamente debemos considerar principios (yo les llamo principios directivos o directivas) a todas las normas de las que no es posible identificar una precisa violación”⁷⁷.

Como puede verse, el autor habla de principios directivos o directrices, al igual que lo hacía Dworkin, pero se enfila hacia la dirección opuesta: mientras este último

76 Atienza, M. “Entrevista a Robert Alexy”. Ob. cit., 15.

77 Sosa Sacio, J. M. “Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender y discutir los aportes del Principia iuris (y su singularidad frente al ‘neconstitucionalismo’)”. En *Gaceta Constitucional*, N° 65, 228.

las identificaba –y distinguía de los principios– para quitarlas del ámbito de la decisión judicial, relegándolas al ámbito político, Ferrajoli sostiene, en cambio, que son estas directrices las que constituyen los verdaderos principios.

Las normas, para Ferrajoli, podrán ser principios o reglas, de acuerdo a la perspectiva o el objeto desde el cual se las considere: “[...] frente a su violación son reglas, frente a su respeto son principios”⁷⁸. En este sentido, sostiene que todas las normas importantes son ambivalentes, en tanto pueden operar como principios o reglas. Pero hay normas, sigue diciendo, que son siempre principios, pues no se puede distinguir un comportamiento específico que configure su violación⁷⁹.

Pese a la clasificación intrincada de normas, lo fundamental es tener en claro que son las normas como principios –y no como reglas– las que son utilizadas como herramienta para juzgar la validez de las reglas. Dentro del uso del término “principios”, a su vez, Ferrajoli distingue los *principia iuris et in iure* (propios del Derecho Positivo) y los *principia iuris tantum* (son principios lógicos, propios de la Teoría del Derecho)⁸⁰. Estos últimos son los que operan como límites y parámetros sustanciales –esto es, de contenido– de la ley. Así, Ferrajoli postula el reemplazo de la fórmula positivista *autoritas facit legem* por una exigencia de validez de las leyes en base a su respeto por los principios⁸¹.

El avance respecto del positivismo consiste en aceptar la existencia de un derecho ilegítimo, cuando contraría las nociones de la Teoría del Derecho. Ahora bien, en tanto esa Teoría del Derecho es, según este autor, “artificial” y “construida por el teórico”⁸², compuesta de nociones formales que no tienen correlación con la noción de verdad formulada por el realismo aristotélico-tomista ni con la realidad o el ser de las cosas ni con la noción de persona⁸³, dicha ilegitimidad no queda subsanada sino que, por el contrario, queda expuesta a mayores peligros, tales como la arbitrariedad subjetiva del constructor de la Teoría o la discrecionalidad de los jueces.

d) Zagrebelsky

Zagrebelsky es otro de los autores que afirma la existencia de una clasificación de normas, según su estructura, en reglas y principios. Para él, las normas legislativas son prevalecientemente reglas, mientras que las constitucionales son principios.

Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos, distinguir la Constitución de la ley⁸⁴.

En contra de lo que propugnaba Kelsen, quien pretendía evitar la incorporación de principios abstractos, generales, abiertos, en las Constituciones –como se vio más arriba–, Zagrebelsky elogia la existencia de estas “normas constitucionales

78 *Ibidem*, 229.

79 *Ibidem*, 229.

80 *Ibidem*, 226.

81 Pisarello, G.; Suriano, R. (1998). “Entrevista a Luigi Ferrajoli”. *Ob. cit.*, 187.

82 Sosa Sacio, J. M. “Entrevista a Luigi Ferrajoli: Para entender...”. *Ob. cit.*, 226.

83 Es habitual que Ferrajoli se refiera a “seres humanos o ciudadanos capaces de obrar”. *Ídem*.

84 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. *Ob. cit.*, 110.

abiertas” en las Constituciones actuales, pues solo ellas son aptas –sostiene– para hacer frente a situaciones constitucionales pluralistas, perdurar a lo largo del tiempo y atravesar fronteras⁸⁵.

El Estado Constitucional de Derecho que describe se sustenta sobre la base de la unidad del Derecho –frente al pluralismo y a la heterogeneidad de las leyes–, lograda a través de un conjunto de principios y valores constitucionales superiores sobre los que, a pesar de todo, existe un consenso social suficientemente amplio⁸⁶.

Estas normas constitucionales abiertas conforman un derecho material superior del monismo legislativo propio del positivismo y fundado, dice Zagrebelsky, en el dualismo de *ius* (sustancia) y *lex* (fuerza). La Constitución es, así, “un conjunto de principios en el que operan reenvíos y recepciones a un derecho material prepositivo”. Comienza a entenderse, pues, el rol central que estos principios contenidos en la Constitución tienen en el Derecho para Zagrebelsky⁸⁷.

En lo que hace a la formulación de estos principios, su estructura, carecen de supuesto de hecho, por lo cual solo poseen un significado operativo frente a un caso concreto y no en abstracto⁸⁸. Zagrebelsky reconoce su formulación universalista y abstracta, que los asemeja a los principios de Derecho Natural⁸⁹, pero niega que lo sean⁹⁰. Su única cercanía con el Derecho Natural es en cuanto al método, funcionan *como*, al igual que, un Derecho Natural. Además, no requieren interpretación –a diferencia de las leyes–, pues “su significado lingüístico es autoevidente y no hay nada que deba ser sacado a la luz razonando sobre las palabras. Las fórmulas ‘de principio’ son a menudo expresiones un tanto banales [...]”⁹¹.

En cuanto a la metodología que requieren, Zagrebelsky afirma: “La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación”⁹².

Por otro lado, mientras que a las reglas “se las obedece”, a los principios “se les presta adhesión”⁹³. Estos principios configuran el *ser* que luego se transformará en un *deber ser* a partir de la formulación de una regla derivada de ese principio. A su vez, cada principio contiene un valor que funciona como límite de la regla, pues no puede contrariarlo⁹⁴.

85 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 5.

86 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 40.

87 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 7.

88 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 111.

89 *Ibidem*, 115.

90 “[...] los principios establecidos en la Constitución no son, por supuesto, Derecho Natural”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 114. “[...] se podría incluso decir que las Constituciones reflejan el ‘orden natural’ histórico-concreto de las sociedades políticas secularizadas y pluralistas en las que, precisamente por ello, no podría proponerse de nuevo un Derecho Natural con fundamento teológico ni racionalista”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 115. “Así, pues, cabe decir en síntesis que la Constitución no es Derecho Natural sino más bien la manifestación más alta de Derecho Positivo”. Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. Ob. cit., 116.

91 *Ibidem*, 110.

92 *Ibidem*, 125.

93 *Ibidem*, 110.

94 *Ibidem*, 118.

Las normas constitucionales de principios son definidas por Zagrebelsky como “un patrimonio de contenidos fundamentales que se encuentran con notable solemnidad en las Constituciones estatales vigentes: por ejemplo, la igualdad y la no discriminación de los seres humanos, su dignidad y la prohibición de tratos degradantes, la protección de las minorías, los derechos a libertades clásicas y los derechos sociales, la democracia y el derecho al autogobierno de las comunidades locales, la protección de las identidades culturales, etcétera, principios que actúan en el cuadro de los metaprincipios de la racionalidad y la proporcionalidad de la ley”⁹⁵.

Su contenido depende, para Zagrebelsky, del contexto cultural al que pertenece⁹⁶, y allí reside precisamente la principal crítica que puede formularse a este autor. El contenido consensual, constructivista, que otorga a los principios vuelve prácticamente inútil todo intento de anclaje en la realidad y superación del positivismo que él pretende.

Zagrebelsky sostiene: “La Constitución, en efecto, aunque trasciende al Derecho legislativo, no se coloca en una dimensión independiente de la voluntad creadora de los hombres y, por tanto, no precede a la experiencia jurídica positiva. La separación de los Derechos y de la justicia respecto de la ley no significa, en consecuencia –como ocurre, en cambio, en todas las manifestaciones del iusnaturalismo–, su fundamentación en la esfera de un orden objetivo, intangible para la voluntad humana: los Derechos encuentran su base en la Constitución y la Constitución es, por definición, una creación política, no el simple reflejo de un orden natural; más aún, es la máxima de todas las creaciones políticas”⁹⁷.

Como si esto fuera poco, la última palabra respecto de estos principios fundamentales “pertenece al Derecho y a los jueces, no a la ley y a los legisladores”⁹⁸.

Tan central es el papel de estos principios que hasta pareciera que otorgan valor a la realidad –negando, a contrario sensu, que la realidad tiene valor por sí misma– y en tanto no son absolutos, exigen una relativización de la ética: “La realidad, al ponerse en contacto con el principio, se vivifica, por así decirlo, y adquiere valor”⁹⁹. [...] es propio de los principios y de los valores su capacidad para relativizarse a fin de poder conciliarse recíprocamente. Desde este punto de vista, se distinguen tanto de la ética como de las reglas jurídicas [...] El Derecho por principios de valor constituye una relativización de la ética. Puede parecer una renuncia pero, en la época del pluralismo, relativizar una ética no significa considerar que la supervivencia del mundo es condición necesaria para la realización del propio proyecto ético”.

Para comprender correctamente el pensamiento de Zagrebelsky es necesario tener en claro sus objetivos internacionalistas, su visión cosmopolita y pretendidamente superadora del positivismo legiscentrista. En este escenario, los principios constitucionales abiertos, indeterminados, son el camino hacia el constitucionalismo

95 *Ibidem*, 16.

96 *Ibidem*, 128.

97 *Ibidem*, 114.

98 Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. *Ob. cit.*, 10.

99 Zagrebelsky. *El derecho dúctil*. *Ob. cit.*, 118. Debe interpretarse esta realidad a la que hace referencia Zagrebelsky como la realidad concreta de la controversia jurídica a dilucidar, pues si estuviera refiriéndose a la realidad de las cosas en sentido abstracto, sus afirmaciones serían entonces mucho más graves.

común, cosmopolita, global, ultraestatal, que el autor defiende y alienta. Son un núcleo común que permite conexiones constitucionales interestatales, que combate al chauvinismo, que pone fin al “Derecho constitucional cerrado”¹⁰⁰.

IV. Crítica

Los peligros de la postura neoconstitucionalista en torno a los principios son, como se ha visto, considerables, y semejantes a los que traía aparejado el positivismo. No solo porque deja un amplísimo margen a la discrecionalidad, subjetividad y arbitrariedad judicial, sino porque propone un Derecho estructurado sobre principios consensuales y anclados en una voluntad política. La abstracción de esos principios y la subordinación absoluta de las leyes a la interpretación que de ellos hagan los jueces ya ha dado acabadas muestras de injusticia. Y el ropaje jurídico de superación del positivismo con el que la teoría se presenta es, quizás, lo que la vuelve más atractiva y, por ende, riesgosa.

De nada sirve la positivización constitucional de principios –tan aclamada como garantía de un Estado de Derecho Constitucional– si estos son tan abstractos que las posturas más contradictorias pueden verse amparadas por ellos. Creer que la incorporación de principios al texto constitucional garantizará per se la justicia es erróneo, pues, por poner solo un ejemplo, el estandarte de “derecho a la integridad física” podrá servir –y lo ha hecho–, en manos de un juez pro-abortista, para atentar contra la vida del no nacido. Fórmulas con tal grado de abstracción y sin una relación concreta con la realidad no proporcionan ninguna directiva –y tampoco límite alguno– para resolver conflictos de derechos, dejando esto librado a un doble arbitrio: a) en primer lugar, el del legislador, quien podrá decidir cómo concretizará esos principios y cómo los armonizará unos con otros; b) en segundo lugar, el del juez, quien no solo juzgará la norma legislativa sino que definirá en cada caso concreto el contenido, significado y alcance de cada principio, o ponderará, es decir, decidirá qué principio debe primar sobre otro cuando exista un conflicto entre ellos¹⁰¹.

100 “Este tipo de normas [las normas constitucionales de principio], formuladas con el recurso de concepciones que, para valer, tienen que ser conceptualizadas por medio de concepciones, constituyendo el salvoconducto para la circulación de las experiencias constitucionales entre órdenes distintos y por su recepción en tribunales constitucionales”, Zagrebelsky. “El juez constitucional...”. Ob. cit., 18.

101 El peligro de la incorporación de estos principios indeterminados y abstractos ya lo planteaba el propio Kelsen. En efecto, como relata Díaz Revorio, Kelsen “alude específicamente a las referencias valorativas (invocación a los ideales de equidad, de justicia, de libertad, de igualdad, de moralidad, etcétera) contenidas en ocasiones en las Constituciones, sin precisar la forma en que deben entenderse. Afirma que las concepciones en torno a esas ideas son hasta tal punto diferentes entre sí, según la perspectiva de los intereses de que se trate, que ‘si el Derecho Positivo no consagra una de entre estas concepciones, toda regla jurídica puede justificarse en base a alguna de ellas’. Kelsen ya preveía el papel protagónico que adquirirían los jueces en base a la recepción constitucional de estos principios: ‘si existe un principio constitucional de justicia, y el Tribunal Constitucional anulase una ley por considerar que su contenido es injusto, su poder habría que considerarlo simplemente insoportable’. Por todo ello las normas constitucionales no deben emplear terminología difusa, como ‘libertad’, ‘igualdad’, ‘justicia’, etc.”, pues de lo contrario existe el peligro de un desplazamiento del poder del Parlamento, no previsto en la Constitución”. Díaz Revorio, J. M. (2006).

En última instancia, la peligrosidad de la incorporación de valores al ordenamiento jurídico quedará sujeta a la postura gnoseológica del juez. Si este parte de una concepción realista y objetivista, anclada en la verdad, que reconoce la universalidad del valor y la imposibilidad de otorgarle significados contradictorios, el peligro no será tal. En cambio, será un peligro inconmensurable en manos de un relativista o subjetivista que, tomando dicho valor como bandera, pretenderá legitimar una norma o una decisión judicial totalmente contraria a los fines del hombre.

Esto deja en evidencia que los derechos en abstracto no pueden ser la base o la cima de la pirámide del ordenamiento jurídico, pues su concreción podrá desviar el contenido de ese ordenamiento conforme la desviación de los intereses políticos, sectoriales o, incluso, individuales. La base del ordenamiento jurídico debe ser moral y objetiva: el bien común, la perfección del hombre. Solo eso garantizará no solo el derecho en abstracto sino su correcta concreción.

Tampoco logran estos principios la conexión del Derecho con la moral que el positivismo tanto se preocupó por combatir. Aun cuando muchos pretendieran otorgarles un contenido ético a estos principios, más allá de que ese contenido sea objetivo o subjetivo, la metodología de su aplicación queda sujeta, en última instancia, a la moralidad del aplicador.

Definicionalmente, los principios no garantizan la conexión del Derecho con la moral en el sentido de una moral buena o correcta, sino acaso únicamente la conexión con la llamada moral social mayoritaria o del grupo hegemónico, siempre más o menos presente en el orden jurídico¹⁰².

Por último, la subordinación del reconocimiento de un principio como tal a su incorporación al texto constitucional da cuenta de un escenario idéntico al positivista, con variación de escala normativa. Mientras que se siga viendo a la Constitución atada a la “voluntad creadora de los hombres”, seguirá tratándose de un positivismo, en vez de legal, constitucional.

V. Conclusión

El neoconstitucionalismo en algo se asemeja y en algo se diferencia del positivismo. Se diferencia porque abandona la pura formalidad de la ley y pone límites a su contenido. Al juicio de validez de la norma se suma el juicio de concordancia con los principios. Se asemeja porque, en tanto ese contenido es tal en cuanto es puesto por el legislador —aunque sea el constitucional—, no se juzga con parámetros morales objetivos ni se compara su legitimidad de acuerdo a estos sino en base a la historia o contexto social concreto.

Lo único que queda claro es que el universo de principios neoconstitucionales no es claro. Como dice Prieto Sanchís: “Tal vez los principios sean uno de los últimos

“Sobre los valores en la filosofía jurídica y en el Derecho Constitucional”. En *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, N° 8, 33-66, disponible en http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-08/RBDC-08-033-F_Javier_Diaz_Revorio.pdf, última visita el 31-1-2015.

102 Prieto Sanchís, L. (1996). “Diez argumentos a propósito de los principios”. Ob. cit., 49.

juguets fabricados por los juristas, capaces de servir por igual a malabarismos conceptuales que a propósitos ideológicos, de valer lo mismo para estimular una cierta racionalidad argumentativa que para encubrir las más disparatadas operaciones hermenéuticas”¹⁰³.

En definitiva, aun cuando la bandera de los principios sea enarbolada por el neoconstitucionalismo como superadora del positivismo y purgadora de todos los defectos jurídicos existentes mediante la construcción del Estado de Derecho Constitucional, es evidente que no hay nada nuevo bajo el sol. O, mejor dicho, hay nuevos peligros que requieren especial atención tanto de parte de los juristas como de la ciudadanía entera, que ve sus derechos expuestos a los malabares judiciales de turno.

La función del juez no es definir en cada caso concreto los límites de un derecho idealmente contenido en la norma o un principio, porque estos no son una mera expresión de deseos. La norma, entendida como ley positiva, recepta derechos y deberes que se desprenden de la ley natural. Y si bien es cierto que no todo lo contenido en la norma positiva está determinado por la ley natural –según la doble derivación de Santo Tomás, por determinación o conclusión–, la esencia de los derechos no es una de las cosas que el hombre derive por conclusiones. La labor del juez será, entonces, encontrar esa verdadera esencia y, una vez que haya descubierto la esencia de los derechos en juego, armonizar su ejercicio de modo que nadie reciba más o menos de lo que le corresponde.

Es importante recordar que si cualquier principio jurídico que pretenda incorporarse al sistema jurídico se desliga de las nociones de bien, fin y naturaleza humana, no hay esperanza de que dicho sistema sea justo. Ningún principio destinado a iluminar o ser guía de la razón práctica puede desprenderse de esos conceptos.

103 *Ibidem*, 41.

**LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL AMPARO.
COMUNIDAD DE CONTROVERSIAS Y AFECTACIÓN DE DERECHOS**

*Third Party Intervention in the Writ of Amparo.
Community Disputes and Law's Infringement*

Guillermina Moreno*

Resumen: Características del amparo y la posibilidad de la intervención de terceros en dicho tipo de procesos; criterios jurisprudenciales, tanto provinciales como nacionales, sobre la intervención en determinados supuestos, vinculados a la posibilidad de una comunidad de controversia con los litigantes principales y a la afectación de algún derecho del pretenseo tercero.

Palabras claves: Recurso de amparo - Intervención - Comunidad de controversia - Afectación - Derechos del tercero.

Abstract: Features protection and the possibility of third party intervention in this type of process; both provincial and national, on the intervention in certain cases, linked to the possibility of a community of major controversy and the effect of any rights of third litigants.

Key-words: Intervention - Community of controversy - Allocation - Rights of third.

I. Introducción

La temática en análisis ha puesto de manifiesto los inconvenientes y vacíos que al respecto proporciona la actual Ley Federal de Amparo N° 16.986. La jurisprudencia, como en tantas otras oportunidades, una vez más ha tratado esta figura admitiéndola en determinados casos.

* Abogada, egresada de la Universidad Católica de Santa Fe. Especialista en Derecho Procesal (UNL). Docente de las cátedras de Derecho Procesal Civil y Teoría General del Proceso de la Universidad Católica Argentina (sede Paraná). Secretaria interina a cargo de la Secretaría Civil y Comercial N° 1 del Juzgado Federal N° 2 de Paraná.

Nos proponemos a través del presente trabajo acercar a nuestros colegas la doctrina al respecto y la jurisprudencia que se ha inclinado por la admisión de la intervención de terceros en el amparo, vinculada con la posibilidad de una comunidad de controversia con los litigantes principales y la afectación de algún derecho constitucional del pretenseo tercero.

II. El amparo. Características

Como sabemos, la figura del *amparo*, regulada a nivel nacional por la Ley N° 16.986 y por el art. 321, inc. 2, del CPCCN, y por la Ley N° 8.369 de Procedimientos Constitucionales en la Provincia de Entre Ríos, tiene la característica de ser una vía expedita, rapidísima, urgente, que busca dar tutela inmediata y efectiva a los derechos y garantías constitucionales.

El art. 321, inc. 2, del CPCCN, al regular el amparo contra actos de particulares, refiere al mismo como una “vía acelerada de protección”.

Por su parte, Salgado¹ entiende que si no hay protección rápida, urgente e inmediata no hay amparo.

Hacemos referencia a esta característica del amparo, a los efectos de ilustrar sobre la demora que podría producir la introducción de un tercero en este tipo de proceso.

Ni la actual ley de amparo nacional, ni provincial en Entre Ríos tienen previsto, dentro de su articulado, la figura de la “intervención de terceros”; sin embargo, y a pesar del carácter restrictivo de su admisión, tanto la CSJN como el STJ de Entre Ríos han tratado dicha figura en algunos casos excepcionales, a los que se hará referencia más adelante.

Autores como Silvia Díaz² y Alí J. Salgado³ entienden que dentro del trámite del amparo existen restricciones que se fundamentan en el carácter rapidísimo del amparo, como lo es la expresa prohibición de la articulación de incidentes. Silvia Palacio de Caeiro⁴ sostiene que el sustento de la prohibición concuerda con el marco estrecho de conocimiento, debate y prueba.

Ante la falta de normativa específica y la aplicación supletoria de las normas procesales en vigor que, por su parte, hace el art. 17 de la Ley N° 16.986, la jurisprudencia, una vez más, ha tratado esta figura dentro del amparo.

Podemos decir, así, que la intervención de terceros en el amparo es una creación pretoriana hasta el momento.

1 Salgado, A. J. (1989). “Intervención de terceros en el amparo”. En *La Ley*, A Sec. Doctrina, 1100.

2 Díaz, S. “Procedimiento en la ley de amparo”. En *La Ley* 2002-B, 946.

3 Salgado, A. J. Ob. cit. en nota 1.

4 Palacio de Caeiro, S. B. “La acción de amparo y la intervención de terceros. Situación actual”. En *DJ* 2002-2, 643.

III. Intervención de terceros en el amparo

Sagüés⁵ entiende que es justificable la intervención de terceros en el amparo en cuanto aparezca un interés legítimo en la cuestión, entonces sí es admisible la participación del perjudicado o beneficiado por el acto cuya legalidad se discute.

Por su parte, los autores Morello y Vallefin⁶ sostienen que, si bien en el amparo hay dos partes, el particular agraviado y la autoridad o particular agraviantes, puede ocurrir que el acto lesivo cuestionado perjudique o beneficie a un tercero. En el primer caso, el tercero tiene derecho a ser oído también, por lo que es procedente su citación. En el segundo, el tercero está interesado en que el acto lesivo se mantenga, toda vez que si el amparo prospera, él se verá perjudicado. Así su intervención será similar a la del tercero coadyuvante.

De este modo es difícil, aunque no imposible, conciliar el carácter expedito y rápido, con la posibilidad de que un tercero se incorpore al proceso.

Como se ha podido advertir, los autores que han dado su opinión sobre este tema concuerdan en que la intervención de terceros en el amparo es posible, y esto será así cuando *medie algún interés efectivo del tercero en esa relación*, es decir, *cuan-do exista una comunidad de intereses jurídicos entre alguna de las partes principales y el tercero*.

Salgado⁷ agrega que, si bien existe un carácter restrictivo en cuanto a la admisión de esta figura por cuanto lo que se busca en el amparo es la protección casi inmediata de un derecho constitucional de alguna persona, en determinados supuestos, de no admitir justamente dicha intervención, se estaría conculcando “rápidamente” el derecho constitucional de otra.

Esto nos sirve para tener en cuenta, y como casi siempre se hace, que cada caso planteado ante la justicia es particular, y por ende, la posibilidad de admitir o no la intervención de terceros va a depender del caso en que se plantee, y aquí se deberá ponderar, por un lado, el carácter rapidísimo y expedito del amparo, y por el otro, la posibilidad de verse afectado el derecho constitucional de un sujeto, distinto de las partes principales y que posee las mismas garantías que éstos.

IV. Intento de reglamentación

El tema de la intervención de terceros en el amparo ha venido siendo tratado desde hace tiempo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Se critica reiteradamente la Ley N° 16.986, en cuanto a que la misma se ha convertido en un modelo obsoleto y que muchas de sus normas han quedado derogadas implícitamente luego de la incorporación del art. 43 con la reforma constitucional del año 1994, atento su manifiesta incompatibilidad.

5 Sagüés, N. P. (1979). *Ley de amparo*. Buenos Aires. Ed. Astrea, 295.

6 Morello, A. M. y Vallefin, C. A. (1995). *El amparo. Régimen procesal*, 2ª ed. La Plata. Ed. Platen-se, 158.

7 Salgado, A. J. Ob. cit. en nota 1.

Sin dudas que esto es así en gran medida. Nos permitiremos en este trabajo hacer referencia a un proyecto de reforma a la ley de amparo, que de alguna manera buscó cubrir los vacíos normativos de la Ley N° 16.986 y dar operatividad al art. 43. En relación a esto último, recordemos que Spota⁸ considera que el amparo no requiere necesariamente de legislación complementaria por estar previsto en la misma Constitución.

Aquel proyecto de ley del que hemos hecho referencia fue aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación el 11-5-2006, luego ingresó en fecha 16-5-2006 a la Cámara de Senadores de la Nación (Expte. N° 24/06); sin embargo, luego de unos años, lamentablemente caducó (29-2-2008).

Llamará la atención del lector que en este trabajo se haga referencia a un proyecto de ley que no tuvo el éxito esperado, pero queremos referirnos a él porque ha sido el proyecto, de todos los vinculados a este tema, que logró llegar más lejos y, quizás, vuelva en algún momento a transitar el dificultoso *iter* que todo proyecto debe seguir para poder al fin convertirse en ley.

Dicho proyecto habría sido un buen intento para lograr echar luz sobre muchos de los huecos legales que la actual Ley N° 16.986 posee; sin embargo, a pesar de haber tratado de la intervención de terceros, no logró de un modo acabado sanear las deficiencias de las que ya goza la vigente ley de amparo nacional, aunque no debemos dejar de tener en cuenta que ha sido certero en algunos puntos.

En efecto, el art. 11 de dicho proyecto preveía el rechazo *in limine* de la intervención cuando el juez entendiera que la misma *pudiere ser obstructiva o dilatoria, en orden a la celeridad que requiere el dictado de sentencia*. Lo que a nuestro criterio hubiese resultado muy acertado, ya que le hubiese permitido al juez decidir casi inmediatamente sobre la cuestión cuando ésta no resulte beneficiosa para el trámite del amparo.

El segundo párrafo estuvo dedicado a las acciones colectivas, mencionando para estas –a nuestro entender, ya que el artículo no lo aclaró– dos supuestos en los que podría haberse dado la intervención: 1) si el tercero *introdujese argumentaciones jurídicas o cuestiones que no hubieren sido propuestas por las partes principales*; o bien, 2) si *aporta hechos o elementos probatorios no ofrecidos o introducidos previamente por las partes principales*.

Entendemos que, al limitar estos dos supuestos a las acciones colectivas, se dejaba sobreentendido que para todos los demás casos –que no fueran acciones colectivas– se hubiesen podido dar cualesquiera de las clases de intervención de terceros que conocemos.

Refuerza esta teoría el hecho de que el mismo artículo establecía que regirían las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en materia de intervención de terceros, salvo en lo que se refería a plazos. Ahora bien, con dicha remisión quedaría en claro que la única figura que no sería admitida era la de la intervención de terceros voluntaria principal o excluyente, ya que la misma no se encuentra legislada en el CPCCN.

⁸ Spota, A. “Análisis de la acción de amparo en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional”. En *ED* 163-767.

Asimismo, se preveía un traslado de cinco (5) días a cada una de las partes de la pretensión (intervención), y otro plazo de cinco días para dictar resolución al respecto. Pareciera ser que dicho párrafo estaría referido al caso de procesos de amparo colectivo, ya que estaba regulado a continuación de los dos supuestos en que era admisible la intervención de terceros para ese tipo de procesos.

A mayor abundamiento, consideramos excesivo el plazo que se había otorgado respecto del traslado que debía hacerse a las partes, ya que éste era mayor que el que se otorgaba para apelar, que era de tres (3) días. Adviértase, asimismo, que el plazo otorgado al juez para resolver sobre la admisión o rechazo de la intervención pretendida era de cinco (5) días, plazo también superior al otorgado al juez para dictar sentencia definitiva, el cual era de tres (3) días. Se le otorgaba al juez en este estado del proceso el mismo plazo que tenía la Cámara para resolver sobre el recurso de apelación que se pudiera plantear contra las resoluciones judiciales enumeradas en el primer párrafo del art. 22, lo que, a nuestro entender, resultaba un despropósito, no haciendo, dichos plazos, más que dilatar el trámite del amparo.

Comentario aparte merece el segundo párrafo *in fine* del art. 22, que preveía la posibilidad de suspensión del trámite cuando se apelase la resolución que rechazaba la intervención de terceros, salvo que esta suspensión pudiera ocasionar un gravamen irreparable, válvula, ésta última, que deja en criterio del juez suspender o no el trámite.

Pareciera ser que en aquél proyecto el legislador habría olvidado que lo que justamente se está tratando de defender, a través del amparo, es un derecho o garantía constitucional que está siendo lesionado, restringido, alterado o amenazado, en forma “actual o inminente”; por lo tanto, cualquier demora puede llegar a producir un gravamen irreparable.

Al respecto, Rivas⁹ entiende que debería haberse invertido la ecuación y disponerse sólo la paralización cuando el avance del juicio pudiere causar un gravamen irreparable al tercero, opinión que compartimos.

Como vemos, se ha tratado el tema de la intervención de terceros, pero no de una manera acabada.

Ahora bien y, al margen de aquel proyecto, sumando ideas para algún nuevo proyecto que pueda tener mejor suerte, entendemos que más allá de cuáles de las intervenciones sería la más adecuada, estas sólo se justificarán cuando realmente pueda verse afectado seriamente algún derecho constitucional del tercero. No observamos incompatibilidad de la intervención adhesiva simple y litisconsorcial, ni en la provocada, siempre y cuando con ella no se obstaculice el trámite del amparo ni provoque demoras innecesarias.

Nos parece importante tener en cuenta que el fundamento de la intervención de terceros, cualquiera sea su clase, radica en que la sentencia a dictarse pueda afectar al tercero.

Recordemos lo que regula el art. 96 del CPCCN en su 2º y 3º párrafo, luego de la reforma introducida por la Ley N° 25.488: “En todos los supuestos, después de

9 Rivas, A. “El proyecto de nueva ley de amparo”. En *Revista Jurisprudencia Argentina* 2007-I, Fascículo 6, 3.

la intervención del tercero, o de su citación, la sentencia dictada lo alcanzará como a los litigantes principales. También será *ejecutable* la resolución contra el tercero, salvo que, en oportunidad de formular el pedido de intervención o de contestar la citación, hubiese alegado, fundadamente, la existencia de defensas y/o derechos que no pudiese ser materia de debate y decisión en el juicio”.

Por su parte, el art. 93 del CPCCER sólo establece que la sentencia dictada después de la intervención o de su citación lo “alcanzará” como a los litigantes principales.

V. Jurisprudencia

a) *Jurisprudencia de la Provincia de Entre Ríos*

Criterio jurisprudencial de la Sala de Procedimientos Constitucionales y Penal del STJ de la Provincia de Entre Ríos:

Causa: “Mendoza de Mandel, María Isabel c/ Jurado de Concursos – Amparo”. Fecha: 29-8-1995.

Circunstancias fácticas: En el marco de un concurso para cubrir el cargo de Supervisora Zona A de Villa Paranacito, la Sra. Mendoza alegaba en su acción que dicho cargo le correspondía por haber obtenido el mayor puntaje, cuestionando la designación de la persona que había sido efectivamente nombrada para cubrir el mismo. De este modo la Sra. Mendoza interpone la acción de amparo contra el Jurado de Concursos, a fin de que dicho órgano la coloque en posesión del cargo de Supervisora que se encontraba vacante y que por puntaje le había correspondido, solicitando, paralelamente, se dejara sin efecto la designación realizada respecto de la tercera persona nombrada en el mismo.

La Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Paraná confirmó la sentencia de 1ª instancia que hacía lugar a la demanda.

Llegados los autos a la Sala Penal del STJ, la misma declaró la nulidad del fallo de Cámara y rechazó la demanda incoada por la Sra. Mendoza, en base a los siguientes argumentos:

1- La demanda fue dirigida contra el Jurado de Concursos, quien adolece de *legitimatío ad causam* pasiva, ya que el mismo no puede darle a la amparista la posesión del cargo que pretende, por ser el Consejo General de Educación la autoridad para realizar la designación y luego poner en posesión del cargo a la persona designada.

2- Que el Consejo General de Educación no ha sido demandado en autos, siendo el autor del supuesto acto lesivo, y ni siquiera ha sido convocado al proceso.

3- A su vez, la actora reclama que se deje sin efecto la designación que había sido realizada, con lo que, de prosperar la acción de amparo, esta perjudicaría directamente a un tercero (la actual ocupante del cargo), quien tampoco ha sido convocada al proceso para ser oída.

Por estos fundamentos el STJ de Entre Ríos considera que la demanda no pueda prosperar, toda vez que fue dirigida contra una persona que carecía de legiti-

mación pasiva y, además, por haberse omitido la convocatoria al proceso de quienes imprescindiblemente debían ser llamados a fin de ser oídos.

A nuestro criterio, la demanda debió haber sido dirigida contra el Consejo General de Educación, quien era legitimado pasivo de la relación, debiendo intervenir, como tercero coadyuvante simple, la persona que se encontraba ocupando el cargo y cuyo acto de designación estaba siendo cuestionado, pues posee un interés propio que podría verse afectado si prosperaba el amparo, no pudiendo constituirse en un litisconsorcio necesario puesto que carece de la calidad de legitimado pasivo respecto del actor, ya que no existe entre ellos ninguna relación jurídica. Este tercero sería el “beneficiario” del acto administrativo que se cuestiona.

Causa: “Argañaraz, Mariela Alejandra y otro c/ Junta de Fomento de Ibicuy – Amparo”. Fecha: 29-8-2005.

Circunstancias fácticas: En la presente causa, los amparistas solicitaban la nulidad de la Ordenanza N° 7/05 de la Municipalidad de Villa Ibicuy y su restitución en el cargo que ocupaban dentro de la Junta de Fomento de dicha Municipalidad. Por medio de dicha ordenanza, se había designado a la Sra. Estela Maris Hoffschlagg y al Sr. Carlos Tellechea, en reemplazo de los amparistas.

El Tribunal *a-quo* había resuelto no hacer lugar al amparo.

Radicados los autos ante la Sala Penal del STJ, el caso fue resuelto por la mayoría integrada por los Dres. Carlín y Carubia, quienes se expedían a favor de la confirmación de la resolución atacada, entendiendo que no existía nulidad, quedando en minoría el Dr. Chiara Díaz, quien se inclinaba por la nulidad de todo lo actuado.

Los fundamentos del Dr. Chiara Díaz fueron los siguientes:

1- Entendía que en la instancia *a-quo*, la relación procesal había sido imperfectamente construida, debiendo ser corregida, toda vez que la litis no había sido integrada con la Sra. Hoffschlagg y el Sr. Tellechea, quienes fueron designados como integrantes de la Junta de Fomento de la Municipalidad de Villa Ibicuy en reemplazo de los actores, y que de prosperar la acción, ésta afectaría los derechos de los mismos.

2- Agrega que, si bien dicha carga radicaba en los actores, el amparo es un proceso especial con preceptos de orden público, que imponen al órgano judicial efectuarla de oficio. Que, por dicha circunstancia, correspondía citar a los aludidos terceros, quienes pueden verse afectados con el resultado del litigio, dándoles la oportunidad de ser oídos, y así poder ejercitar el poder de contradicción dentro del proceso.

Por su parte, los fundamentos de la mayoría fueron los siguientes:

1- Que, si bien el órgano jurisdiccional está dotado de la facultad de convocar oficiosamente en un proceso, no se puede imponer al Juez que cubra o supla la omisión actoral de promover adecuadamente su acción. Que los actores han propuesto defectuosamente la demanda, y esto no puede ser neutralizado en la instancia superior por la vía saneadora de la invalidación de todo lo actuado en sede inferior.

2- Agrega además que resulta imprescindible contar con la intervención de la Sra. Hoffschlagg y del Sr. Tellechea, ya que se está pretendiendo la invalidación de un acto administrativo que, de concretarse, perjudicaría a terceras personas, quienes se verían directamente afectadas por la decisión judicial y que no han sido convocadas a juicio para ser oídas, siendo inconcebible disponerse el desplazamiento

en los cargos para los que fueron designados en un proceso que no contó con su audición, por lo que consideró que la pretensión devenía manifiestamente improponible, no pudiendo subsanarse la deficiencia apuntada habiendo transcurrido casi la totalidad del proceso.

El Tribunal ya se había expedido en el mismo sentido en las causas:

- “López, Miriam y otros c/ IOSPER”. Fecha: 3-3-1999.
- “Bigot, Oscar Ramón c/ Superior Gbno. Pcia de Entre Ríos s/ acción de amparo”. Fecha: 13-4-2004.
- “Uzandizaga, María Eugenia y otro c/ Estado Provincial s/ acción de amparo”. Fecha: 14-6-2004.
- “Abendaño, Luisa Amanda c/ González, Juan Ramón s/ acción de amparo”. Fecha: 16-10-2004.
- “Enrique, Luciana Vanesa c/ Alasino, Griselda y otro s/ acción de amparo”. Fecha: 14-4-2005.

Como podemos observar, el Tribunal no discute ya si la figura está prevista o no en la Ley N° 8.369 (de Procedimientos Constitucionales de Entre Ríos), sino que realiza el análisis en torno de si esa falta de integración de la litis puede acarrear la nulidad de todo lo actuado o si bien resulta una manifiesta falencia al momento de proponer la demanda, que hace imposible su viabilidad, expidiéndose por mayoría sobre este último criterio.

b) La jurisprudencia en la Ciudad Autónoma de la Ciudad de Buenos Aires

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-Administrativo y Tributario ha resuelto:

- “Mofsoovich, Celia S. c/ Gno. de Cdad. de Buenos Aires y otros”, de fecha 4-4-2002, resolvió que es nula la sentencia que se dictó sin haber oído previamente a un sujeto directamente afectado –en el caso, la empresa de cable propietaria del poste cuya remoción se ordenó a la autoridad administrativa en una acción de amparo–, pues viola las garantías de debido proceso y defensa en juicio. (LL 31-1-2003).
- “M. S., R. c/ Instituto de Juegos de Apuestas de la Cdad. de Buenos Aires y otros”, de fecha 16-8-2005, resolvió que corresponde dar intervención a la Lotería Nacional como tercero en el proceso de amparo en el que se discute la constitucionalidad de la ley que aprobó el convenio celebrado con el Instituto de Juegos y Apuestas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en tanto lo decidido repercute indirectamente en la esfera de los derechos de la entidad estatal, por lo que debe posibilitarse el ejercicio de su derecho de defensa. (LL 2006-A, 530).

Observamos que, en ambos casos, se acepta la intervención de terceros, haciéndose hincapié en la inviolabilidad de la defensa en juicio de éstos, garantía que no

puede verse menoscabada, amén de que se trate de un proceso de amparo, cuando el tercero pudiere resultar afectado por la sentencia recaída.

c) Jurisprudencia Nacional

1. Corte Suprema de Justicia de la Nación

-“Zofracor S.A. c/ Estado Nacional – Amparo”, en fecha 14-12-1999 (*Fallos*: 322:3122).

Circunstancias fácticas: En dicha causa, el vicepresidente de la firma Zofracor (concesionaria de la Zona Franca de Córdoba) promovió amparo contra el Estado Nacional a fin de obtener la declaración de inconstitucionalidad del Decreto de Necesidad y Urgencia N° 285/1999. Por su parte, la provincia de La Pampa requirió ser tenida por parte en los términos del art. 90, inc. 2, del CPCCN, atento que dicha provincia era beneficiaria de las disposiciones de dicho decreto, que concedía a la Zona Franca La Pampa diversos privilegios económicos y prerrogativas que violaban la Ley de Zonas Francas N° 24.331.

Radicados los autos ante la CSJN, el Sr. Procurador en su dictamen expuso que el criterio del Alto Tribunal en materia de intervención de terceros en el amparo es restrictivo, atento que ésta podría entorpecer la marcha del amparo, dado que se trata de un proceso rápido y comprimido.

Sin embargo, entendió que dicha rigurosidad cedía cuando la intervención del tercero resultaba necesaria para la integración de la litis, y esto se daba cuando existía “comunidad de controversia” con las partes originarias, poniéndose en cabeza del tercero la demostración de tales extremos, quien además debía tener un *interés directo en el litigio, de manera tal que la sentencia que se dicte le resulte obligatoria*.

El Sr. Procurador consideró que la Provincia de La Pampa había logrado demostrar que las medidas aprobadas por el decreto cuestionado guardaban una íntima conexión con los intereses económicos, políticos y sociales de la misma, la que resultaría *perjudicada o beneficiada* por el hecho de admitirse o rechazarse la pretensión. Cualquier decisión que se tomara podría traer consecuencias efectivas para la economía de dicha provincia. La CSJN en su fallo remitió a los fundamentos dados por el Sr. Procurador, expidiéndose favorablemente por la admisión de la Provincia de La Pampa como tercero.

De este modo, podemos concluir que la CSJN admitió la intervención de terceros en el amparo, a pesar de que la misma no se halla regulada en la actual Ley de Amparo N° 16.986. Toma en cuenta para ello que debe existir una comunidad de controversia entre el tercero y alguna de las partes, y que esto debe ser acreditado por el tercero. Asimismo, debe poseer un interés directo en el litigio, de manera tal que la sentencia que se dicte le resulte de alguna manera obligatoria, es decir, que se vea alcanzado por ella.

Este último criterio ha sido sostenido en las causas:

- “Atilio, Alfredo Siutti c/ Administración Nacional de la Seguridad Social”, de fecha 11-4-1995. (*Fallos*: 318:539).

- “Capelli, Rubén José y otros c/ Honorable Tribunal de Cuentas – Amparo”, de fecha 9-8-2001. (*Fallos*: 324:2117).

2. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo

- Jurisprudencia de la Sala III:
- “Valiente, Enrique G. y otros c/ Superintendencia de Servicios de Salud”, de fecha 20-12-1999: “[...] la Ley N° 16.986 no prevé la intervención de terceros y esta imprevisión no es causal porque la ley busca un procedimiento rápido y sencillo, acorde con la urgencia propia de los derechos que se desea garantizar, del mismo modo que el art. 16 de dicha norma prohíbe las excepciones previas y los incidentes en general. En este contexto, si en algún caso debiera flexibilizarse aquella norma en favor de la intervención de un tercero, tal interpretación solo podría formularse cuando el derecho de defensa que se reclama fuese a la vez relevante para el caso y de imposible ejercicio por otra vía. A su vez, el legislador descartó la procedencia de la intervención de terceros en el amparo por considerar que conspira contra la rapidez que debe caracterizar al proceso. Si se tiene en cuenta que esa apreciación se formula respecto del proceso ordinario, es obvio concluir que este instituto es inadmisibile en la acción de amparo por tratarse de un proceso rapidísimo y abreviado” (*DJ* 2000-2, 428).

Como podemos observar, aquí el carácter es restrictivo en cuanto a la intervención de terceros, ateniéndose la Sala en dichos autos al texto de la Ley N° 16.986 que no la prevé, entendiendo que la intervención de terceros dentro del trámite del amparo conspiraría contra el carácter rapidísimo y abreviado. Aunque considera que excepcionalmente podría admitirse la misma cuando el derecho de defensa que se reclame fuese relevante para el caso y de imposible ejercicio por otra vía.

Con este mismo criterio ya se había expedido en la causa:

- “Santillán, Juan C. y otro c/ Dirección Nacional de Asociaciones Sindicales”, de fecha 26-10-1990.

VI. Conclusiones

- 1) La intervención de terceros en ningún modo puede venir a entorpecer la vía expedita, rápida y urgente del amparo, proceso abreviado, donde la exigüidad de plazos y la simplicidad de las formas son características propias; por lo tanto, no puede convertirse en un obstáculo que lo único que busque sea dilatar la solución definitiva al caso.
- 2) A pesar de no estar dicha figura regulada expresamente en la Ley N° 16.986, debería admitirse sólo en aquellos casos en que el tercero pueda acreditar que realmente existe una comunidad de controversia con los litigantes principales, o que su interés sobre el resultado del pleito radique en la posibilidad de que la sentencia que se dicte lo beneficie o afecte, directa o

indirectamente, y que dicha circunstancia esté vinculada a algún derecho constitucional que éste considere a su favor.

- 3) El criterio jurisprudencial se ha pronunciado a favor de la intervención de terceros en el amparo, siempre que se den estas circunstancias, dejando de lado su falta de regulación expresa en la ley de amparo.
- 4) Luego de la introducción del art. 43, éste ha generado la necesidad de que esta vía de protección sea correctamente regulada a la luz de dicho artículo, ya que la vigente Ley N° 16.986 posee incompatibilidades de tal magnitud que la tornan inoperante en muchos de los aspectos por ella regulados.

ALCANCE Y LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN ANALÓGICA *Scope and Limits of Analogical Interpretation*

Juan Carlos Riofrío Martínez-Villalba*

Resumen: El objetivo principal de esta investigación es definir cuál es el alcance y cuáles son los límites del uso de la analogía en el Derecho. Para el efecto, se comienza estudiando el concepto, las clases y la justificación de la analogía (capítulos I a III), primero desde un punto de vista netamente teórico y metafísico, y luego con un enfoque práctico jurídico. El capítulo IV revisa qué funciones tiene y para qué no sirve la analogía en el Derecho. A continuación se delimita cuándo es posible acudir al recurso analógico, señalando cuáles son los requisitos necesarios para que la analogía opere (capítulo V) y a qué objetos jurídicos puede aplicarse la analogía (capítulo VI). El capítulo VII estudia la diversa fortaleza intrínseca de los diferentes tipos de analogía que pueden darse en el Derecho. Tomando en cuenta todos estos antecedentes, el capítulo VIII termina definiendo ya concretamente cuáles son los casos en que la analogía en el Derecho (tanto la “*analogía legis*”, como la “*analogía iuris*”) es eficaz jurídicamente, y qué motivos podrían hacer que su aplicación resulte impedida o limitada.

Palabras clave: Analogía de la ley - Analogía del Derecho - Principios generales del Derecho - Aforismos - Interpretación extensiva.

Abstract: The main objective of this research is to define the scope and limits of analog interpretation of the Law. For this purpose, we start analyzing what is the concept, classes and the justification of analogy (chapters I to III), first from a purely theoretical and metaphysical view, then with a practical legal approach. Chapter IV analyze what functions correspond to the analogy of the Law. Then we search when it is possible to use the analog resource, noting the requirements for it to operate (chapter V) and which legal objects applies to analogy (chapter VI). Chapter VII examines the different intrinsic strength of the different types of analogy that may be

* Universidad de Los Hemisferios (Quito, Ecuador). Profesor titular de Derecho Constitucional y de Teoría fundamental del Derecho. Este trabajo se enmarca en el proyecto Metafísica Jurídica 2015, adscrito a la línea de investigación “Los fundamentos naturales, humanos y positivos del Derecho”, de la Universidad de Los Hemisferios. jcriofrio@gmail.com / juancarlosr@uhemisferios.edu.ec.

on Law. Considering all this background, chapter VIII ends defining precisely when the analogy (“*analogia legis*” or “*analogia iuris*”) is legally effective, and what kind of reasons could make a prevention or limitation of their application in a single case.

Key-words: Analogy of law - Analogy of right - General principles of law - Aphorisms - Extensive interpretation.

La analogía es uno de los términos metafísicos más usados en el tráfico jurídico. Consideramos que si se ahondara más en su significado metafísico, esta figura prestaría mejores servicios a la hermenéutica jurídica. Este es el cometido de la presente investigación: analizar el concepto, las clases y el funcionamiento de la analogía, para con estos antecedentes poder definir cuál es el alcance y cuáles son los límites del recurso de la analogía en el Derecho. El artículo comienza con un estudio más teórico y metafísico, del que luego se sacan consecuencias prácticas para la Ciencia del Derecho.

I. Análisis metafísico de la analogía

I.1. Concepto de analogía

Como se sabe, las palabras pueden tener un sentido unívoco, uno equívoco o uno análogo. Algunas poseen un significado muy preciso, *unívoco*, que excluye la confusión con cualquier otra realidad: “persona humana”, “diodo”, “hipotenusa” son términos que se usan siempre en un mismo sentido. Quien los conoce no se confunde. Otras palabras, en cambio, designan una multitud de extremos que nada tienen que ver entre sí: por ejemplo, en varios sitios “cola” sirve para nombrar a todo género de gaseosas, además de la cola del perro o de la fila para esperar el bus. Como no hay relación lógica, histórica, ni real entre una gaseosa, la cola del animal y la fila de espera, el término resulta *equívoco*. Por el contrario, otras palabras aluden a varios objetos entre los que sí existe algún tipo de relación real o imaginaria: “ángel” designa al ser espiritual celeste y al “ángel caído”, y metafóricamente a la inspiración que recibe un escritor, o a la doncella que para el novio es “su ángel”. El término alude a realidades distintas que guardan alguna relación con lo espiritual.

De forma general, la analogía es una *relación entre dos cosas que guardan alguna semejanza o están emparentadas por una causa*. Justamente por eso la analogía implica un orden, aquel orden determinado por esa causa. Aunque los términos análogos se predicen de muchos objetos, no se predicen de todos ellos con la misma intensidad. Siempre habrá un *analogatum princeps*, un analogado que será el caso paradigmático, la referencia principal, el primero de la serie. En el ejemplo antes propuesto, la palabra “ángel” se predica de muchas cosas, pero sin duda calza mejor cuando alude al “ser espiritual celeste”; este es el analogado principal del que derivaban las demás acepciones de la palabra. “Sano” se predica primero del hombre y sólo luego de la comida “saludable” o de los signos corporales que denotan salud (el color de la piel, la temperatura, los exámenes clínicos, etc.). “César” inicialmente

alude a la persona y sólo luego, por referencia a él, a la estatua o cuadro que plasma su figura¹.

1.2. Clases de analogía

Aunque fue muy utilizada por Aristóteles y Santo Tomás, lamentablemente ambos nunca sistematizaron el estudio de la analogía. Un tardío comentador del Aquinate, el cardenal Cayetano († 1534), será el primero que lo haga, distinguiendo para el efecto tres tipos de analogía: la analogía de proporcionalidad, la analogía de atribución y la analogía de desigualdad (esta última especie de analogía formulada por Cayetano no ha tenido gran acogida en la doctrina filosófica)². Analizaremos ahora de forma somera las dos principales clases de analogía.

La *analogía de proporcionalidad* se fundamenta principalmente en la causa formal (a la que se apareja la material) y atiende a la semejanza de proporciones o propiedades que se da de alguna forma en los extremos analogados. La proporcionalidad puede ser *propia o impropia*. Un ejemplo de proporcionalidad propia es la frase “ahí está el César”, que puede decirse con dos sentidos: de la persona del César o de la silueta que aparece en las monedas del Imperio (en ambos casos se dice de forma propia, pues es su propia figura la que se descubre ahí). En cambio, la proporcionalidad impropia aparece en las metáforas que no aluden a la forma propia sino a cierta semejanza lejana, como cuando se dice que David es un león porque tiene gran fuerza (león se dice de forma propia del animal y de forma impropia del rey). La analogía de proporcionalidad admite gradación, porque cabe que unas cosas sean más parecidas a otras (v. gr., unos cuadros más parecidos al retratado que otros).

Al Derecho no le interesan las analogías metafóricas. En el Derecho la analogía de proporcionalidad puede justificarse con argumentos *a pari, a maiore ad minus* y *a minore ad maius*. El primer argumento es el de la norma que permite a un determinado funcionario nombrar una secretaria particular; no habría motivo para impedirle nombrar un hombre, porque aunque la norma se refiera a una secretaria, por igualdad de razón es aplicable a las personas de género masculino. El segundo argumento permite que se haga algo menor de lo expresamente ordenado. Así, si la ley estableciera que en los terrenos contiguos a un aeropuerto se pueden construir edificios de dos niveles, la analogía *ad minus* permite concluir que también es posible construir casas de un solo piso. Ejemplo del tercer argumento es la norma sanitaria que prohíbe consumir refrescos en un centro de diversión; por

1 Acotamos que algunos autores consideran dudoso que la proporcionalidad exija de por sí la presencia de un primer analogado, sobre todo si es metafórica. Cf. Cruz Amorós, V. (1999). *El fundamento metafísico de la relación entre las analogías de atribución y de proporcionalidad. La interpretación de Cornelio Fabro de la doctrina de Santo Tomás*. Roma. Pontificia Universidad de la Santa Cruz, 149.

2 Cf. Cayetano. *De nominum analogía*, cap. I, 3. La distinción de las clases de analogía sigue siendo un problema actual de la metafísica. En la doctrina aparece una multiplicidad de criterios muy grande acerca del concepto de analogía de proporcionalidad y de atribución, lo que torna singularmente compleja la materia. Por eso intentamos seguir los ejemplos clásicos de Tomás de Aquino.

analogía *ad maius* habría de concluirse que mucho más está prohibido consumir bebidas alcohólicas³.

La *analogía de atribución* se sustenta básicamente en la causa eficiente (y su par, la causa final), en cuanto el efecto hereda ciertas semejanzas de la causa. La atribución puede ser *intrínseca* o *extrínseca*, dependiendo de si la causa radica en el mismo ser o en otro externo. Lo “perverso” se dice de la intención de la voluntad, de la acción voluntaria de acuchillar a un inocente y de los efectos del delito como la inseguridad jurídica que crea. Lo “sano” se predica tanto del cuerpo sano, como de la medicina que sana, como del color de la piel o de la orina de una persona sana. En estos casos se observa que hay causas que permanecen y actúan por dentro (la voluntad sobre el acto; el órgano bueno sobre la piel) y otras cuyos efectos se dan fuera (la mala voluntad crea inseguridad social; la medicina cura a quien la toma; la persona sana produce una determinada orina).

En el Derecho la analogía de atribución puede justificarse en los principios del Derecho (v. gr., el principio de jerarquía, *pro homine*, *pro libertate*, etc.), en razones axiológicas y teleológicas. Así, no goza del favor del Derecho aquello que restringe injustificadamente la libertad (v. gr., una orden de prisión no motivada), ni por analogía lo que tal restricción conlleva (v. gr., la prisión, la imposibilidad de seguir laborando, el enfriamiento de las relaciones familiares, etc.). De igual manera, son antijurídicas las decisiones de autoridad que contrarían los fines y valores del sistema legal, así como –por extensión analógica– los daños que estas decisiones conllevan.

Otras clasificaciones de las analogías son más prolijas en detalles. Por ejemplo, se han distinguido las analogías de oposición o antonómicas (v. gr., bueno-malo, sincero-mendaz); las analogías de intensidad (v. gr., neutro-malo-pésimo, cálido-llama-incendio, estima-aprecio-adoración); la analogía inclusiva, que puede ser de género-especie, todo-parte, conjunto-elemento, continente-contenido; la analogía de ubicación (v. gr., auto-garaje, avión-hangar); la analogía causa-efecto (v. gr., calor-dilatación, chispa-incendio); la analogía de secuencialidad (v. gr., miércoles-jueves, trabajo-descanso, neoclasicismo-romanticismo); la analogía por la función (v. gr., chofer-conducir, linterna-iluminar); la analogía de reciprocidad (v. gr., trampero-trampa; predador-presa); la analogía por el producto (v. gr., sastre-terno, científico-fórmula); la analogía por medio o instrumento (v. gr., profesor-tiza, cirujano-bisturí); la analogía de características (v. gr., sol-brillo, noche-oscuridad), etc. Estas clasificaciones dependen del tipo de argumento con el que se hace la analogía, y en parte se pueden reconducir a la clasificación antes hecha.

II. Justificación del uso de la analogía en el Derecho

La noción de analogía es antiquísima en la filosofía. Fue muy usada por los griegos, especialmente por el Estagirita, y de ella sacó pingües consecuencias Tomás

³ Los ejemplos constan en García Máynez, E. (1984). *Introducción al estudio del Derecho*. México. Porrúa, 335-336. Aquí los incluimos dentro de la analogía de proporcionalidad.

de Aquino, también para el Derecho⁴. Desde hace unos siglos esta figura ha encontrado buen cobijo en la ciencia jurídica. Contra lo que se podría esperar, fue en las luchas contra el iusnaturalismo donde Savigny redescubrió la función que la analogía tenía dentro del Derecho. La Escuela Histórica consideraba que el ordenamiento jurídico positivo (constituido por la costumbre y la ley) era “autosuficiente” y gozaba de tanta “unidad o armonía”, que ello le permitía extraer preceptos no previstos por el orden jurídico positivo a partir de los casos semejantes que sí estaban regulados⁵. La analogía era un medio eficaz para llenar los vacíos normativos.

A diferencia de los ánimos optimistas del siglo XVIII, hoy se tiene menos confianza en la razón y ya no se acepta la idea de un progreso constante e indefinido. Los juristas tampoco creen en un orden jurídico perfecto, ni en la existencia de un sistema pleno de Derecho. Aún así, todavía se recurre en el tráfico jurídico al uso de la analogía, tanto para llenar vacíos legales, como para aclarar el sentido de una disposición. Incluso se le ha conferido el papel de ser un elemento integrador del ordenamiento jurídico, de los pedazos normativos que eventualmente podrían hallarse dispersos.

Afortunadamente la justificación más clásica de la analogía no es la de la Escuela Histórica, que requiere de un ordenamiento jurídico perfecto para que ella opere. Un aforismo medieval ya decía que *ubi est eadem ratio vel aequitas idem ius statui debet* (cuando existe la misma razón y equidad, debe establecerse el mismo derecho)⁶. En realidad no hace falta un orden jurídico perfecto para que viva la analogía, sino sólo dos casos donde se verifique la misma razón jurídica.

La justificación de la analogía es muy simple para quien acepta la racionalidad del Derecho. Si el Derecho es racional, habrá de aceptarse que donde hay la misma razón debe aplicarse la misma disposición. Sería imposible analogar una ley irracional, porque no se hallaría en ella ninguna *ratio iuris*. Por eso, si partiéramos de una postura irracionalista, si como dicen los positivistas extremos “cualquier cosa puede ser Derecho”, entonces al final del camino la analogía no se justificaría en absoluto y sólo sería un paraguas que encubriría la arbitrariedad del juzgador.

Como decía el Aquinate, es propio del conocimiento humano ir de lo fácil a lo difícil, comparar y distinguir las cosas⁷. Así encuentra la verdad, cualquier verdad,

4 Entre otras cosas, Tomás de Aquino observó que *ius* es un término análogo y que su primer significado es *la cosa justa*. Cf. *Summa Th.* II-II, q. 57, a 1, ad 1.

5 Savigny, F. C. v. (1878). *Sistema de Derecho Romano actual*. Trad. de J. Mesía & M. Poley sobre la versión francesa de Ch. Genoux. Madrid. Góngora, 196-198.

6 Aparece en Ludovicus Bologninus, *ad Digestum Vetus* 9.2.32, 713, sexta columna derecha. El principio también fue formulado por Godofredo: *ubi eadem est legis ratio, ibi eadem debet esse iuris dispositio*. Godofredo también le da una formulación negativa: *ubi cessat ratio legis, cessare quoque debet eius dispositio*.

En ocasiones el aforismo se emplea de forma abreviada, como: *ubi est eadem ratio, ibi idem ius* (cuando hay identidad de razón, se aplica el mismo derecho). Así consta en Brunnemann. *Consilium* 84, núm. 12. Otra versión conocida es *ubi eadem ratio, eadem iuris dispositio*. La jurisprudencia española contemporánea anota con frecuencia que *ubi eadem est legis ratio, eadem et legis dispositio esse debet*. Para un estudio del aforismo, cf. Domingo, R. (ed.). (2003). *Principios de Derecho global. Aforismos jurídicos comentados*. Cizur Menor (Navarra). Thomson-Aranzadi, 238-329.

7 De hecho, el primero de los consejos de Santo Tomás para adquirir la ciencia dice así: “[...] entra al océano por los pequeños arroyos, no de una vez, porque conviene ir de lo más fácil a lo más difícil. Este es mi consejo y tu instrucción”. Este mismo proceder de lo fácil a lo difícil lo encontramos en las cinco vías del

también la jurídica. La analogía obedece a ese proceder del intelecto humano: compara los casos fáciles con los difíciles, para ver si encuentra en los primeros una luz que ilumine lo oscuro. Comparando verificará si los extremos analizados se encuentran en igualdad de condiciones, y entonces aplicará el argumento *a pari*, o si obedecen a las mismas razones pero en grado diverso, y entonces aplicará los argumentos *a maiore ad minus* o *a minore ad maius*.

De todas maneras, la racionalidad del Derecho no es la única, ni la más recurrida justificación. Con frecuencia se la fundamenta en el principio de igualdad⁸, y ciertamente el principio se debe aplicar a los casos iguales, pero resulta menos precisa tal fundamentación cuando los extremos analogados son parcialmente distintos. Además, el principio de igualdad tradicional requiere que exista una misma autoridad que dicte la norma: no cabría aplicar este principio entre dos ordenanzas emitidas para casos idénticos en dos municipios distintos (y parece que aquí sí cabría aplicar la analogía).

Otra justificación que más o menos se esboza en algunos autores es la teleológica⁹. Se apela entonces a los fines del ordenamiento jurídico, a los fines por los que el legislador o la autoridad dictaron la norma. Así, se constata que si el legislador hubiera previsto el caso no regulado, probablemente hubiera emitido una regulación similar al caso que sí reguló. Expuesto así el argumento –que lleva su parte de razón– habría que decir que estamos más bien ante la regla de interpretación teleológica y no ante la figura de analogía. Con todo, es verdad que el uso de la analogía requiere de la verificación de que en uno y otro caso existe la misma *razón jurídica*, y que ello implica que deben analizarse los casos, las cosas, las leyes y sus fines; solo así se podrá determinar si ambos casos son semejantes y si cabe aplicar la misma *ratio iuris*.

Curiosamente un iusnaturalista como Vigo ha negado la autonomía de analogía en el Derecho. Al respecto ha manifestado lo siguiente:

“Vemos que no habría aplicación analógica como procedimiento esencialmente diferente de los principios generales del Derecho, pues al darse una determinada solución a un caso no regulado fundándose en la semejanza que guarda con otro regulado, se aplica esta norma porque contiene principios reguladores que comprenden ambos casos, de los cuales se deduce, según justicia, la disposición ausente en el ordenamiento jurídico”¹⁰.

conocimiento, especialmente en la cuarta que está relacionada con las perfecciones gradadas. Cf. *Summa Th.* I, q. 2, a. 3, sol. El Santo explica que el conocimiento para alcanzar a Dios será siempre imperfecto, limitado y analógico, a partir de comparaciones con otras realidades limitadas e imperfectas, cuyas causas y accidentes conocemos.

8 En este sentido, Atienza Rodríguez, M. (1985). “Algunas tesis sobre la analogía en el Derecho”. En *Doxa*, 2, 228, señala que en ciertos supuestos “el recurso a la analogía se basa en el principio de igualdad (o regla formal de justicia) que prescribe que se deben tratar igual los casos semejantes (es decir, los casos que son iguales en los aspectos que se estiman relevantes). En consecuencia, la analogía aparece como un instrumento de la justicia formal”.

9 Por ejemplo, en Báez Moreno, A. (2010). “Algunas reflexiones sobre la prohibición de analogía en Derecho Tributario”. En *Tratado sobre la Ley General Tributaria: homenaje a Álvaro Rodríguez Bereijo*, T. I. Cizur Menor (Navarra). Aranzadi Thomson Reuters, 466-471.

10 Vigo, R. (1978). *Integración de la ley. Art. 16 del Código Civil*. Buenos Aires. Astrea, 184.

Vigo lleva su parte de razón, porque la analogía no sería nada sin el resto de los principios del Derecho. Son ellos los que sustancialmente definen la *ratio iuris*, tanto del caso analogado, como del analogable. En realidad la analogía es un procedimiento formal, un instrumento vacío de contenido pre-establecido, que permite hallar una respuesta partiendo de lo fácil para llegar a lo difícil. La analogía es un recurso que permite descubrir los principios de modo fácil. Como dice Falcón y Tello, “por analogía llegamos inductivamente a los principios generales del Derecho, y de ellos deductivamente, por analogía, descendemos hasta el caso indiferente”^{11, 12}.

III. Noción de analogía y distinción de otras figuras

Los juristas han empleado la figura de la analogía para solucionar los casos difíciles a la hora de interpretar la ley escrita e, incluso, como fuente del Derecho capaz de llenar los vacíos del ordenamiento jurídico. En este sentido, la analogía podría definirse como el recurso intelectual que busca la definición del Derecho en un caso discutido, comparándolo con un caso semejante indiscutido¹³. Mientras mayor sea la semejanza entre ambos casos, el Derecho podrá valer más de esta figura para concretar los espacios jurídicos confusos o indeterminados. Por eso la analogía admite grados: hay analogías más fuertes que otras.

Consideramos que la esencia de la analogía no es ser una mera ficción jurídica, ni un principio sustantivo del Derecho, ni un tipo de interpretación a contrario, a fortiori, extensiva, inductiva, ni mucho menos un justificativo de la arbitrariedad del juez.

Si la analogía es o no ficción depende de qué entendamos por ficción. Hay ficciones y ficciones...¹⁴ Si por ficción se entiende un ente mental o intencional (relacionado o no con la realidad), entonces desde luego la analogía es una ficción, pues tanto el juicio intelectual de analogía, como su conclusión, permanecen dentro de la mente humana. En cambio, si se define a la ficción como algo totalmente desconectado de la realidad, entonces la analogía jurídica no es ficción –no es pura y barata ficción– porque ella compara extremos que de alguna manera pueden verificarse en la realidad (ya sea en sí mismos o en sus efectos)¹⁵. En cualquier caso,

11 Falcón y Tello, M. J. (1991). *El argumento analógico en el Derecho*. Madrid. Civitas-Universidad Complutense, 141.

12 Parece un poco exagerada la identificación simple de la analogía con los principios generales del Derecho. Como se verá en el capítulo IV de este artículo, entre unos y otros existen diferentes funciones que no se pueden pasar por alto.

13 Los estudios sobre la analogía suelen iniciar afirmando que no existe un significado unánime de la analogía. Atienza Rodríguez, M. Ob. cit., 223, distingue la analogía como proporción, como atributo y como argumento. Klug diferencia la analogía como concepto (semejante a un concepto vago, borroso o abierto), como juicio y como argumento. Al Derecho interesa especialmente esta última acepción. Sin dar por zanjado el tema, anotamos este concepto preliminar de analogía como hipótesis de trabajo.

14 Al respecto, véase nuestro trabajo (2014). “Derecho, realidad y ficción. Posibilidades y límites”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 17, 111-138.

15 Desde luego, sí sería ficción muy ficticia aquella justificación de la analogía que afirma que el caso no regulado se resuelve igual que el caso regulado “porque esa es la voluntad del legislador”, pues tal volun-

lo esencial de la analogía no es la ficción, sino la comparación de los casos difíciles con los fáciles.

Como dijimos, cierto sector de la doctrina tiende a identificar el recurso de la analogía con los principios generales del Derecho¹⁶. Según Atienza, “no es posible tampoco establecer una distinción neta entre el recurso a la analogía y a los principios generales del Derecho, pues el uso de la analogía implica siempre la *generalización* a partir de una o varias normas del ordenamiento jurídico, es decir, presupone la creación (o, si se quiere, el reconocimiento) de un principio general” (228). Repetimos aquí que la analogía no es un principio sustantivo de Derecho, sino un procedimiento formal que puede ser llenado con diversos argumentos o principios. A lo más, sería *lato sensu* un principio formal de Derecho.

Como procedimiento formal la analogía no se identifica ni con los argumentos que eventualmente utiliza en la comparación, ni con su resultado. No es un argumento *a contrario*¹⁷, *a fortiori*¹⁸, *una mera inducción del caso particular al general*, *ni menos una deducción*, aunque en la comparación analógica *quepa acudir a estos argumentos para ver lo que es igual y lo que es distinto en los extremos analizados*¹⁹.

Tampoco la analogía se identifica con su ocasional resultado: la aplicación de la analogía legis suele extender el imperio de la ley a *casos inicialmente no previstos por el legislador*. Éste suele ser el mismo resultado de la interpretación extensiva, pero esta interpretación tiene un fundamento diverso: la analogía extiende la aplicación de la ley comparando similitudes, mientras la interpretación extensiva lo hace fundándose en otro género de justificativos (v. gr., el principio *pro homine, pro libertate*, etc.).

Finalmente, la analogía no es “creación arbitraria del Derecho”. Ciertamente, como en toda analogía, cabe aplicar una graduación entre las cosas más semejantes y las más disímiles. Las analogías más fuertes serán las que se hagan de los extremos más iguales. Atienza observa que existe “una graduación, un continuo que se prolonga, hacia arriba, hasta la creación arbitraria de Derecho y, hacia abajo, hasta la interpretación denominada declarativa” (227). Sin embargo, ha de rescatarse el valor de la analogía fundado en la realidad. No es legítimo que un juez en una sentencia recurra a una rara analogía entre dos casos absolutamente disímiles para justificar forzosamente su creación arbitraria de Derecho.

tad en realidad nunca se dio. Pero aquí sólo estamos analizando la naturaleza de la analogía, considerada en sí misma, no en sus justificativos.

16 Cf. Vigo, R. Ob. cit., 141; McCormick, N. (1978). *Legal reasoning and legal theory*. Oxford. Oxford University Press, 153 y 186; Atienza Rodríguez, M. Ob. cit., 228.

17 Según Tarello, por este argumento a contrario “se debe evitar extender el significado de aquel término de tal modo que comprenda sujetos no estricta y literalmente incluidos en el término calificado por el primer enunciado normativo”. Tarello, G. (1980). *L'interpretazione della legge*. Milano. Giuffrè Editore, 346.

18 Tarello (ibídem) define este argumento de la siguiente manera: “[...] dado un enunciado normativo que predica una obligación u otra cualificación normativa de un sujeto o de una clase de sujetos, debe concluirse que valga (que sea válido, que exista) otro enunciado que predique la misma cualificación normativa de otro sujeto o clase de sujetos que se encuentran en una situación tal que se merecen, con mayor razón que el primer sujeto o clase de sujetos, la cualificación que el enunciado otorga a los primeros”.

19 Para un estudio más prolijo de la distinción de estas figuras, cf. Dorantes Díaz, Francisco Javier (2011). “Algunos argumentos jurídicos especiales. La analogía y la abducción”. En *Alegatos*, 79, 721-740.

IV. Funciones de la analogía en el Derecho

Tres son las funciones que tiene la analogía: la jurígena, la aclaratoria y la integradora. Tradicionalmente se ha visto a la analogía como un recurso jurígeno²⁰ que permite llenar los vacíos del ordenamiento legal: sirven de fuente²¹ en caso de insuficiencia de ley, costumbre o norma jurídica. También la analogía se erige como un criterio orientador de la labor de interpretación. Además, cumplen una función integradora del sistema jurídico al dotar de sentido a las normas dudosas u oscuras, bajo la luz de las normas más claras. Una correcta aplicación de la analogía propicia el entendimiento armónico de todo el ordenamiento jurídico.

Repárese que la función de llenar vacíos es más intensa y exige más del recurso analógico, que la de la mera comparación para aclarar el sentido de las normas. Por eso, los vacíos legales requieren del concurso de una analogía más fuerte y eficaz que pueda llenarlos, mientras para la función aclaratoria muchas veces bastará acudir a otras analogías más débiles.

A diferencia de los principios generales del Derecho, la analogía no cumple con la función limitadora de estos principios, por la cual ellos se presentan como criterios limitativos de los Derechos²². Tampoco la analogía se presenta como fundamento del ordenamiento jurídico, como sí lo son, en cierta medida, los principios generales del Derecho²³. Esto prueba cómo la analogía no se puede identificar o subsumir dentro de estos principios.

V. Requisitos

Sintetizando y completando la doctrina sobre los requisitos, tenemos que son cuatro los necesarios para que opere la analogía:

- (i) *La existencia de un caso indiscutido*, cuya regulación, legitimidad o ilegitimidad sea indiscutible. Un sector de la doctrina requiere que exista para este caso una norma que regule el supuesto confiriéndole una consecuen-

20 Por “jurí-geno” entendemos aquello que produce (*genos*) lo jurídico, el Derecho.

21 La noción de “fuente del Derecho” es discutida. Atienza afirma que “la analogía no es una fuente de Derecho, según el concepto habitual de fuente; lo que aquí puede considerarse *fuentes* (esto es, el antecedente de una determinada norma) no es la analogía misma, sino la norma o principio que se crea a través del procedimiento analógico” (227). Desde esta perspectiva, estamos utilizando el concepto de fuente en un sentido lato.

22 Según numerosos autores, los principios generales del Derecho funcionan como criterios limitativos de los Derechos. V. gr., Sánchez de la Torre, Á. (1993). “Los principios del Derecho como objeto de investigación jurídica”. En *Los principios generales del Derecho, Seminario de la Sección de Filosofía del Derecho de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid. Actas; Ferreira Rubio, D. M. (1984). La Buena Fe. Madrid. Montecorvo, 52.

23 En este sentido, De Castro, F. (1955). *Derecho Civil de España, Parte General*, 3ª ed., T. I. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 473, afirma que estos principios cumplen tres funciones: “a) ser fundamento del ordenamiento jurídico; b) ser orientadores de la labor de interpretación y c) servir de fuente en caso de insuficiencia de ley o costumbre”. Otros autores añaden más funciones.

cia jurídica clara y precisa²⁴. Esta consideración sólo sería aplicable a la *analogia legis*, no a la *analogia iuris* donde la legitimidad del supuesto puede ser indiscutida no sólo por lo que dice la ley, sino por la opinión común, la cultura jurídica, la doctrina generalizada, etc.

- (ii) *La existencia de un caso discutido*, tanto porque falta regulación (estaríamos ante un vacío legal), como porque su interpretación es oscura o dudosa. El caso oscuro puede encontrarse en una segunda ley de dudosa interpretación o aplicación. El Derecho Continental suele restringir el análisis al caso de las lagunas legales²⁵, olvidando los casos donde la analogía simplemente se aplica para aclarar lo oscuro de una norma²⁶.
- (iii) *Que exista una cierta semejanza entre los dos supuestos*. La semejanza debe darse en razón de la materia regulada²⁷. En esta semejanza analógica convendrá determinar cuál es el *analogatum princeps*, a fin de determinar qué tipo de relación existe entre los extremos analizados (v. gr., *a pari*, *ad maiore ad minus*, *a minore ad maius*, etc.).
- (iv) *Que exista una “ratio decidendi” que recaiga sobre lo que es igual o semejante de ambos casos*. La *ratio iuris* debe recaer sobre lo igual, aunque alguna desigualdad se constate en las cosas, personas, causas o circunstancias de los casos analizados. Si recayera en relaciones jurídicas iguales, sobre lo igual, en condiciones de absoluta igualdad, lo propio sería aplicar el principio de igualdad²⁸. Si no cayera sobre lo igual, sino sobre lo semejante, habría que analizar con cuánta fuerza aplica la analogía. Si no cayera sobre lo igual, ni sobre lo semejante, no cabría aplicar de ningún modo la analogía, porque los extremos no serían comparables.
- (v) La doctrina suele añadir el requisito de *que no exista prohibición de aplicar la analogía*. En realidad este no es un requisito de la esencia de la analogía, sino un postulado de su operatividad. Hemos de precisar que esa prohibición no sólo puede ser de orden legal, sino también cultural o de evidencia jurídica. Y como ciertas analogías muy fuertes deberían

24 V. gr., Ezquiaga Ganuzas, F. J. (1994). “Argumentos interpretativos y postulado del Legislador Racional”. En *Isonomía. Revista de teoría y Filosofía del Derecho*, 1, 75.

25 V. gr., ibidem, 75, donde sólo exige que el segundo supuesto no esté regulado por ninguna norma.

26 En el contexto del *common law* suele diferenciarse la aplicación de la analogía al *case law* y a los *statutes*. La aplicación de la analogía a la jurisprudencia permite superar el modelo que encasilla dentro del cuadro legal del ordenamiento jurídico.

27 El Derecho Canónico regula la figura de los “lugares paralelos” (Código de Derecho Canónico, canon 17), que son “aquellos pasajes legales que tratan de la misma materia, aunque contemplándola desde una perspectiva disciplinar distinta. No es preciso que traten de la misma materia con una total convergencia de perspectiva y argumentación (que presenten ‘idem ius’). Debe subrayarse, sin embargo, la identidad (no semejanza) de materia” [Otañuy, J. (2002). *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, v. 1, 3ª ed. Pamplona. Eunsa, 364].

El antiguo Código del año 1917 prescribía que, en caso de oscuridad o duda relativas a las leyes habría de acudir a lugares paralelos del Código; el nuevo no habla de lugares paralelos del Código, sino de lugares paralelos *tout court*. Cf. González del Valle, J. M. (13 al 16 de noviembre de 1996). “Las lagunas en el ordenamiento canónico y jerarquía de fuentes”. En Congreso *La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi, prospettive in d'Avack-Lombardia-Gismondi-Corecco*, 25.

28 Volveremos sobre el tema cuando tratemos sobre la fuerza intrínseca de la analogía.

funcionar, incluso *contra legem*, en realidad habría que decir que lo que se requiere para que funcione la analogía es que no exista prohibición legítima de aplicarla.

VI. Objetos a los que se puede aplicar

Los autores han utilizado la analogía para explicar el concepto de Derecho, y para aplicarla a las normas escritas, a la jurisprudencia y a otros contenidos jurídicos. A continuación analizamos estos cuatro objetos sobre los que recae la analogía.

VI.1. La analogía en el concepto de Derecho

Con gran acierto se ha afirmado²⁹ que “el Derecho” es un término análogo, porque se predica de varias cosas distintas que guardan algún tipo de relación entre sí. Históricamente se lo ha entendido como Derecho-ley (Derecho Objetivo o conjunto de normas), como Derecho-facultad (Derecho Subjetivo) y como Derecho-cosa (la *res iusta*, el objeto de la justicia). Generalmente se acepta, aunque no siempre se sepa explicarlo bien, que algún tipo de relación debe haber entre las leyes, los Derechos Subjetivos y lo justo. Los positivistas más extremos excluirán la tercera noción, para dedicarse a coordinar la relación entre Derecho Objetivo y Derecho Subjetivo. Otros intentarán conciliar lo justo con la ley y con el Derecho Subjetivo, identificándolo, entendiéndolo como su fin, o dando algún otro tipo de explicación.

Lo interesante de los términos análogos es que aunque se predicen de muchos objetos, no se predicen de todos ellos con la misma intensidad. Como dijimos, siempre habrá un *analogatum principis*, un “analogado principal” que será el caso paradigmático, la referencia principal, el primero de la serie. ¿Cuál será el analogado principal del “Derecho”? ¿El concepto de Derecho-ley, el de Derecho-facultad o el de Derecho-*res iusta*? Al respecto, el Aquinate ha afirmado:

“Es frecuente que los nombres se desvíen de su primera acepción, para designar otras cosas, como el nombre de ‘medicina’ se asignó, en un principio, para designar el remedio que se aplica al enfermo para curarlo. Luego pasó a significar el arte por el que se hacía esto. Así también sucede con el nombre de ‘Derecho’, que se asignó primero para significar la misma cosa justa. Pero, después, derivó hacia el arte con el que se discierne qué es justo; y, ulteriormente, a designar el lugar en el que se otorga el Derecho; así, por ejemplo, se dice que alguien comparece ante el Derecho; finalmente, también se denomina Dere-

29 Cf. Errázuriz Mackmena, C. J. (1992). “L’Equiparazione e l’analogia in diritto canonico”. En *Ius Ecclesiae*, IV, 1, 215-224; Massini Correas, C. I. (2006). *La ley natural y su interpretación contemporánea*. Navarra. Eunsa, 58, 175; Herrera, D. A. (2004). “Participación y analogía en la fundamentación del Derecho según Santo Tomás de Aquino”. En G. E. Ponferrada (dir.). *Los fundamentos metafísicos del orden natural: homenaje a Monseñor Octavio Nicolás Derisi*. Buenos Aires. Educa. También hemos hecho nuestro aporte en Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2012b). “Noción de Derecho en la Metafísica Tomista”. En *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26.

cho a la sentencia que es pronunciada por aquel a cuyo oficio pertenece hacer justicia, incluso a pesar de que lo que decida sea inicuo” (*Summa Th.* II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

Para el Aquinate el primer significado de Derecho es el de *res iusta*³⁰. La “cosa justa” es la principal noción de Derecho, de la que dependen los demás conceptos de Derecho que terminan siendo como una derivación suya. En la cita anterior, Tomás de Aquino manifestaba que se llamaba por derivación Derecho al arte, al que otorga el Derecho y a la sentencia. El arte del Derecho, la jurisprudencia, es la que discierne de lo justo y de lo injusto; quien comparece ante el juez, “comparece ante el Derecho” o, en expresión más actual, “comparece ante la justicia”, porque es él quien declara imperativamente qué es lo justo; por derivación también la sentencia escrita por el juez es “Derecho”, porque se espera que ahí se declare el Derecho, lo justo “a pesar de que lo que decida sea inicuo”. Hoy la palabra “Derecho” se usa para designar la ley, que según el Doctor Angélico, es “cierta medida de lo justo”, y también para denominar el Derecho Subjetivo, que es la facultad de exigir “lo suyo” (lo justo). Puede apreciarse que en todos estos casos “lo justo” es algo previo a cualquier otra noción de Derecho, es el primer concepto, el punto de referencia de las demás acepciones; sin la *res iusta* nada se entiende.

Recordamos que había dos clases de analogía: la de proporcionalidad, que se da por algún tipo de semejanza y la de atribución, que viene dada por una causa más fuerte que la ejemplar, como lo es la causa eficiente. Estas clases de analogía aplican de diverso modo en el mundo del Derecho. Seguramente cabe aplicar una analogía de proporcionalidad propia a los diferentes tipos de leyes, las mismas que se erigen en el paradigma de una ley superior más perfecta, fundamental e inmutable (tanto positivistas, como iusnaturalistas aceptan que las normas inferiores han de adecuarse a las mayores). En este caso, la ley más alta o fundamental sería el analogado principal de las leyes inferiores.

La analogía que más nos interesa ahora es la de atribución, por ser la que mejor explica cuál es el *analogatum princeps* del Derecho³¹. En los ejemplos puestos por el Aquinate, donde se llamaba Derecho al arte, al que otorga el Derecho y a la sentencia, “lo justo” debe existir antes que el arte de decir lo que es justo, antes de que el juez dicte lo justo y antes de que la sentencia informe sobre lo justo; tales acciones tienen como fin realizar aquello que es justo. Aquí la *res iusta* viene a ser una suerte de causa eficiente del Derecho-arte, del Derecho-juez y del Derecho-sentencia. Por otro lado, la forma de la *res iusta* es, a su vez, causada de forma eficiente por la ley, que según el Santo no es sino “una cierta medida de lo justo”. En cuanto al Derecho Subjetivo, este es causado por una *res iusta* y a la vez causa otra *res iusta*: el Derecho Subjetivo es la facultad de exigir “lo justo” ya atribuido (repartido al sujeto por un acto justo anterior); cuando esta facultad oponible a otro en abstracto se concreta al trabarse una relación jurídica, determinará qué es “lo justo” que se debe pagar en

³⁰ En sus palabras: *ita etiam hoc nomen ius primo impositum est ad significandum ipsam rem iustam* (*Summa Th.* II-II, q. 57, a. 1, ad 1).

³¹ La posibilidad de aplicar la analogía de atribución al Derecho ha sido advertida tangencialmente por algunos autores. Cf. Errázuriz. Ob. cit., 224, nota 22 y Herrera. Ob. cit., 6, considera que el concepto de Derecho admite una analogía de proporcionalidad y de atribución.

tal relación³². Así, la ley y el Derecho Subjetivo están relacionados con la costa justa por la vía de la causa eficiente extrínseca, que hace que entre estos términos exista una analogía de atribución donde el analogado principal sigue siendo “lo justo”.

Concluimos así que el Derecho es un concepto análogo donde el analogado principal es la noción de *res iusta*. La ley, la costumbre, los negocios jurídicos, las sentencias, los jueces, la ciencia jurídica, etc. también son *Derecho* pero sólo en sentido análogo, por una analogía de atribución donde ellos son la causa eficiente de la *res iusta* (y, por consiguiente, llegan a ser “títulos del Derecho”). También de forma análoga son “Derecho” los Derechos Subjetivos, en cuanto ellos encuentran su sustento último en *lo suyo* (aquí también hay una analogía de atribución, pero diverso sentido: el Derecho-cosa justa es causado y causa eficientemente los Derechos Subjetivos). En este orden de ideas la palabra “Derecho” podría designar por analogía, con mayor o menor propiedad, muchas otras realidades conectadas con el *analogatum principis*, como lo son: la cultura jurídica, las concepciones del Derecho, las facultades, las competencias, las relaciones jurídicas, etc.³³

VI.2. La analogía de las normas escritas

Cuando se habla de analogía, especialmente en el Derecho Continental, generalmente se lo hace pensando en que tal recurso ha de aplicarse a la ley. Aquí aplica el aforismo: *lex minus scripsit plus voluit*. Como dijimos, los resultados de aplicar la *analogia legis* son semejantes al de la interpretación extensiva, aunque tienen un fundamento distinto. La analogía extiende el imperio de la ley comparando casos difíciles y fáciles, mientras las interpretaciones extensivas pueden hacerse por otras causas (v. gr., el principio *pro homine, pro libertate*, etc.).

La *analogia legis* depende en buena parte de la ley, que es su fundamento: si otra ley las veta, el recurso tornará en inoperante; por el contrario, si alguna ley reconoce expresamente la analogía (como sucede con frecuencia en el campo civil o mercantil), entonces gozará de gran vigor jurídico.

En general, la ley que regula de manera indiscutida un caso (más si es jerárquicamente superior) será la que se presente como *analogatum princeps*, como regla paradigmática a la que hay que seguir. Tenderá a gozar de mayor fuerza la analogía cuando la norma oscura se encuentra dentro del mismo cuerpo legal o ha sido dic-

32 Como dice Hervada, “lo primero que nace en el plano de las relaciones humanas, lo primero en el plano jurídico, es el deber o deuda; por eso la cosa es Derecho, ante todo, en cuanto que es debida. Y porque los demás la adeudan, el titular del Derecho puede exigir. La facultad de exigir o Derecho Subjetivo aparece en un segundo momento respecto de la deuda”. Hervada Xiberta, J. (2001). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona. Eunsa, 45.

Metafísicamente el Derecho Subjetivo no es otra cosa que una potencialidad del ser; se fundamenta en el ser, pero lo principal suyo es una potencia (v. gr., poder exigir algo a otro, estar facultado para algo). Mas la potencia pura no existe, necesita una base en el ser. ¿En qué ser se fundamenta la potencia-Derecho Subjetivo, sino en el ser de la relación de debido? Por ello, la relación de debido termina siendo siempre la causa eficiente del Derecho Subjetivo; consiguientemente, el Derecho Subjetivo es “Derecho” por una analogía de atribución intrínseca.

33 En sentido similar, cf. Massini. Ob. cit., 175.

tada por la misma autoridad, porque habrá que presuponer que existe un mismo fin del legislador y de la norma, así como un mismo contexto histórico y normativo.

VI.3. La analogía de la jurisprudencia

En el sistema jurídico del *common law* la aplicación de la analogía se extiende más fácilmente al *case law*. Como se sabe, el valor de las líneas jurisprudenciales allá tiene un mayor peso que en el Derecho Continental. Mientras los casos iguales vinculan, los casos similares no crean propiamente jurisprudencia obligatoria, pero sí un sentido general que conviene seguir, al que sería raro oponerse sin razones de peso.

Aunque alguna ley lo pudiera avalar, el fundamento del recurso a la analogía en la jurisprudencia no está tan anclado en la ley, como en la racionalidad que se presupone deben tener todos los fallos. A igual razón es lógico concluir que haya igual disposición.

VI.4. La analogía de los principios, doctrina, aforismos, obiter, etc.

Uno de los representantes más emblemáticos del positivismo ha definido la *analogía iuris* como:

“El procedimiento por el cual se obtiene una nueva regla para un caso no previsto, no ya por la regla que se refiere a un caso individual, como sucede con la *analogía legis*, sino de todo el sistema o de una parte del sistema, es decir que este procedimiento no difiere del que emplea cuando se recurre a los principios generales del Derecho”³⁴.

Curiosamente, para justificar la autosuficiencia del ordenamiento jurídico positivo, su unidad y orden, al constatar la mancha de las lagunas legales, los positivistas han debido recurrir al concepto de los principios generales del Derecho –construcción de claras raíces iusnaturalistas³⁵. Desde el positivismo, tales principios que solucionarían el caso no regulado por la ley deberían extraerse del conjunto de normas vigentes en el ordenamiento jurídico. Para el iusnaturalismo los principios generales tendrán sobre todo una base racional, que ciertamente se plasmará en el conjunto de normas vigentes (cuando son racionales o justas), y por eso cabe aplicarlos a una diversidad de casos donde se constate una misma razón de Derecho.

El tema del recurso a los principios en la analogía presenta varias aristas que deben limarse. Ya hemos visto cómo Vigo restaba valor a la analogía, porque subsumía su aplicación en los principios generales. Además se discute de qué manera

34 Bobbio, N. (1991). *Teoría General del Derecho*. Madrid. Debate, 248.

35 Ciertamente los principios generales de matriz positivista están más relacionados con los previstos en las normas superiores y más generales (los principios se los extrae del ordenamiento vigente), mientras para el iusnaturalismo éstos se fundamentan principalmente en una razón medida por la naturaleza. Sea como fuere, la doctrina de los primeros principios fue inicialmente desarrollada dentro del iusnaturalismo.

procede la comparación analógica: si va de lo general a lo general³⁶, o de lo particular a lo general, y/o de lo general a lo particular³⁷. Pensamos que ambas discusiones se resuelven distinguiendo las dos funciones principales de la analogía: la jurígena y la aclaratoria. Si hablamos de la función jurígena que llena vacíos legales, Vigo lleva razón al decir que la analogía no aporta nada a los principios generales del Derecho, pues tales principios operan *per se*, llenando vacíos legales, sin necesidad de la comparación analógica: simplemente se ha de aplicar la *ratio iuris* del principio general subsumiéndola al caso particular³⁸. En cambio, si hablamos de la función aclaratoria de un principio oscuro, que se hace comparándolo con un principio jurídica o doctrinalmente claro, entonces sí cabe con toda justicia aquella analogía que va de lo general a lo general.

Sea como fuere, nos sabe a poco limitar la analogía a los principios generales del Derecho, cuando encontramos el mismo justificativo en otros elementos. Recordamos que Santo Tomás afirmaba que ante lo difícilmente comprensible el proceder ordinario de la inteligencia humana era comparar las cosas, buscar similitudes y diferencias, ir de lo fácil a lo difícil, etc.³⁹. Los tratadistas suelen delimitar las figuras jurídicas oscuras del Derecho comparándolas con las figuras claras o ya definidas (por ejemplo, para definir la permuta se la compara con la compraventa, y se ven sus similitudes y diferencias). En la práctica los jueces suelen citar los *obiter dictum* de otras sentencias, porque en ellas encuentran “una misma razón” que aplica a los casos semejantes. Los aforismos oscuros también se interpretan comparándolos con los aforismos más claros, hasta llegar al punto justo en que quepa aplicar uno y otro. En todos estos casos, la analogía cumple una función aclaratoria, no una función jurígena.

VII. Fuerza intrínseca de la analogía

La fuerza intrínseca es la característica que la analogía posee de poder producir, por sí misma, una conclusión válida y convincente. Esta fuerza depende de la validez lógica, cuasi-lógica, tópica o argumentativa de cada analogía⁴⁰.

36 Klug llega a afirmar que, aunque aún no existe consenso en la definición de la analogía, sí se ha llegado a una coincidencia prácticamente universal sobre tres cosas: a) que se trata de un razonamiento que debe incluirse en las *inferencias inmediatas*, pues la conclusión no deriva de una premisa, sino de varias; b) la inferencia es de lo particular a lo particular o de lo general a lo general, y nunca de lo particular a lo general o viceversa y c) la conclusión siempre será un juicio de carácter problemático. Klug, U. (1961). *Lógica jurídica*. Trad. de J. D. García Bacca. Caracas. Universidad Central.

37 Según Falcón y Tello, “mientras en la *analogía legis* se procede de lo particular, mediante comparación, a lo particular, en la *analogía iuris* se opera de lo particular a lo general y de lo general, mediante subsunción, a lo particular”. Falcón y Tello, M. J. Ob. cit., 134.

38 En este caso la función jurígena de la analogía es más bien modesta: la analogía sólo sirve de chispa que pone en acción los principios generales del Derecho.

39 Ver nota 3.

40 Varios autores han señalado que la analogía es un argumento “con estructuras de indiferencia lógicamente válidas” (Dorantes. Ob. cit., 722) y que posee un “contenido no lógico” [Alexy, R. (1989). “Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica”. Trad. de M. Atienza & I. Espejo. En *Derecho y la Justicia*, 14. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales,

Según las reglas metafísicas vistas al inicio de esta investigación, hay analogías más fuertes que otras, dependiendo del grado de similitudes que presenten los casos analizados y de su identificación con el *analogatum princeps*. La fuerza de la analogía es gradual. Por tanto, a la hora de usarla en el derecho no cabe decir “sí aplica a este caso” o “no aplica”, sino que habrá que analizar en qué medida aplica.

Para determinar la fortaleza intrínseca de la analogía han de analizarse:

(i) *Las igualdades y similitudes*. La analogía será más fuerte cuando la *ratio decidendi* recaiga más sobre lo que es igual, y será más débil cuando recaiga sobre lo semejante. Recordamos que en toda analogía debe darse alguna desigualdad, porque si todo es igual en los casos analizados lo propio sería aplicar el principio de igualdad, más exigente y vinculante que la analogía. En la analogía fuerte no puede haber distinción entre los elementos sobre los que la *ratio decidendi* se posa, pero sí en alguna cosa, persona, causa o circunstancia de los casos analizados. Por ejemplo, si un Presidente dicta normas sobre la posesión de cargos administrativos para 10 de los 11 Ministerios que ha creado, y olvida dictarlas para el N° 11, fácilmente se podrá concluir que por analogía, si nada obsta, el procedimiento de posesión de cargo será el mismo para ese último ministerio. En el ejemplo, lo que falta es la causa formal, el decreto del Ministerio 11 que regula la toma de posesión.

Las semejanzas pueden ser muchas o pocas, claras o vagas. A mayor número de semejanzas claras, más fuerza tendrá la analogía. Si las similitudes entre los casos comparados fueren demasiado vagas, estaríamos ante una *analogía metafórica* incapaz de producir Derecho. Entre la analogía más fuerte y la metafórica existe una gradualidad de analogías con diferente fuerza.

(ii) *Determinar si la analogía es de atribución o de proporcionalidad*. La analogía de atribución, fundamentada en la causa final y eficiente (v. gr., en los fines y valores del Derecho), tiende a ser más fuerte que la analogía de proporcionalidad, que simplemente verifica si existe la misma materia o forma en los casos comparados. Aunque ya hemos puesto algunos ejemplos de este tipo de analogías⁴¹, conviene parar mientes en aquella justificada en la causa eficiente.

La causa eficiente de la ley es, de modo inmediato, el acto de promulgación, y de manera más lejana, la autoridad que la dictó⁴². Parece evidente que más fuerza tiene la analogía de atribución hecha entre dos normas nacionales (expedidas por una misma autoridad), que la realizada entre el Derecho extranjero y el Derecho nacional (donde sólo se consideran como directriz orientativa, no vinculante, las *proporciones* semejantes entre uno y otro Derecho; tales normas no provienen de una misma autoridad o causa eficiente). A la vez, será más fuerte la analogía de atribu-

267]. Atienza precisa además que “el razonamiento por analogía no tiene una naturaleza estrictamente lógica, si se entiende por lógica la lógica formal. En la analogía entra siempre un componente axiológico que es imposible reducir a un sistema de lógica, bien se trate de la lógica formal general, de la lógica deóntica, de la lógica inductiva, de la lógica de la probabilidad o de la lógica de lo borroso” (ob. cit., 224). Sin duda, la analogía no es pura lógica matemática, pero en su proceder se vale de las reglas de esta ciencia.

⁴¹ Ver capítulo I.2.

⁴² Sobre la teoría de las causas como fuente del Derecho, ver Riofrío Martínez-Villalba, J. C. (2012a). “Las causas metafísicas como fuentes del derecho”. En *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 15, 259-308.

ción que se hace de la ley superior para aclarar la ley inferior (porque la ley superior informa y delimita de manera general los contenidos de la ley inferior) que la mera analogía de proporcionalidad que se hace entre dos normas del mismo rango (donde sólo se ven las *proporciones* semejantes entre las diversas disposiciones).

Por lo anterior, gozan de gran fuerza: (i) las analogías hechas entre dos normas que se encuentran en un mismo cuerpo legal expedido por la misma autoridad y al mismo tiempo y (ii) las analogías realizadas entre dos extremos jurídicos que tienen una misma causa eficiente agente o instrumental, una misma causa ejemplar o una misma causa final inmediata.

VIII. Eficacia y límites de la analogía en el Derecho

La eficacia de la analogía en el Derecho se refleja en su capacidad de producir resultados ciertos en la práctica jurídica. Hablando llanamente, la analogía eficaz es la que produce el Derecho. Ello depende de múltiples factores:

- (i) En primer lugar, depende de la fortaleza intrínseca de la analogía. Una analogía demasiado débil nunca será eficaz, mientras las analogías más fuertes y justas incluso podrán prevalecer *contra legem*.
- (ii) Las analogías *secundum legem* serán mucho más eficaces que las analogías *praepter legem*. A su vez, las analogías *praepter legem* serán mucho más eficaces que las analogías *contra legem*. Si una analogía está prevista por la ley, ella tendrá la fuerza intrínseca de la analogía y la fuerza de la misma ley. Casi no se han de aceptar las analogías prohibidas por la ley, a menos que la ley prohibitoria resulte irracional. Muchas veces la disposición que prohíbe la analogía peca de ser demasiado genérica; entonces conviene analizar cuál es el fin por el que el legislador la prohibió, para delimitar su alcance. Los códigos penales y tributarios, por ejemplo, suelen prohibir tajantemente toda analogía en estas materias; sin embargo, cabría considerar si es admisible un uso modesto de tal figura cuando no se use para imponer nuevas cargas o sanciones, sino para otros fines buscados por el mismo legislador (v. gr., para interpretar disposiciones procesales en beneficio del reo o de los contribuyentes)⁴³.
- (iii) Por regla general son admisibles las analogías justificadas en la equidad y las hechas sobre las normas permisivas, sobre el Derecho Privado o sobre materia disponible. En cambio, generalmente no se admiten en el Derecho Público, en materias de orden público, en lo que cree cargas o coarte el ejercicio de los Derechos. Esto porque el principio de clausura del Derecho es distinto en uno y otro caso: en uno se permite todo lo no prohibido, en otro se prohíbe todo lo que no está permitido. Los impe-

⁴³ Por citar una fuente de apoyo, en un estudio sobre la ley tributaria española Báez concluye que "la extensión de la prohibición de analogía en Derecho Tributario se limita exclusivamente a los aspectos citados en el artículo 14 de la LGT" (ob. cit., 453).

dimentos, las prohibiciones, las sanciones y los tributos son normas de interpretación restrictiva que requieren una justificación fuerte, y porque no cabe que se extiendan a los casos análogos.

- (iv) En el Derecho Privado las analogías hechas sobre lo atípico son más eficaces que las hechas sobre lo típico, donde la creatividad jurídica está más limitada. De esta manera, cabe aplicar con mayor facilidad la analogía en los contratos atípicos (v. gr., factoring, know-how, etc.) que en los detalladamente regulados por el legislador (v. gr., contratos públicos)⁴⁴.
- (v) En materias reservadas a la ley el recurso a la analogía será siempre limitado y hasta sospechoso si no encuentra buenos fundamentos. En general, no se puede crear por sentencia ordinaria lo que sólo la ley puede crear. Pero si además está prevista la tipicidad de la ley, entonces la analogía jamás servirá para llenar unos supuestos vacíos del Derecho que no existen. Los casos paradigmáticos son los delitos penales y los impuestos. *Nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*. Como dice Orts⁴⁵, si alguna conducta no están contemplada en la ley penal “antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar”⁴⁶.
- (vi) Las analogías sobre todo se hacen sobre las normas comunes y generales, y sobre lo que goza del favor del Derecho. Han de evitarse las analogías donde el modelo a copiar sea una norma rara, especial, excepcional o transitoria. En general, las normas sujetas a interpretación estricta o restrictiva no pueden extenderse a nuevos casos por la vía analógica. Ya en Roma Paulo señaló que *quae propter necessitatem recepta sunt, non debent in argumentum trahi* (Dig. 50.17.162)⁴⁷ y las *Regulae Iuris* advirtieron que *quae a iure communi exorbitant, nequaquam ad consequentiam sunt trahenda* (Regla XXVIII)⁴⁸.
- (vii) Las analogías más previsibles son más eficaces, mientras que ha de huirse de las analogías imprevisibles. Weber sostenía que las decisiones jurídicas deben ser en cierta medida previsibles⁴⁹. Una analogía impredecible atentaría contra la seguridad jurídica.

44 La observación consta en Manjón-Cabeza Olmeda, A. (2007). *La atenuante analógica de dilaciones indebidas*. Madrid. Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, S.A., 21.

45 Orts Berenguer, E. (1978). *Atenuante de análoga significación. (Estudio del Art. 9, 10º del Código Penal)*. Valencia. Universidad de Valencia, 13.

46 Manjón-Cabeza es más explícita: “[...] lo atípico en Derecho Penal no es una laguna y, por tanto, no debe colmarse analógicamente, aunque exista una norma que declara la tipicidad de un supuesto similar y con idéntica razón. Es en Derecho Penal donde cobra mayor vigencia la idea de que el ordenamiento jurídico es pleno y que contiene una norma general excluyente o norma de clausura que dice que todo lo que no esté expresamente prohibido o mandado, está permitido” (ob. cit., 19). Por eso concluye que “a lo penalmente atípico no hay que aplicarle ninguna norma penal, mientras que a lo contractualmente atípico hay que buscarle una norma y aplicársela” (22).

47 Significa que aquello que ha sido recibido por necesidad, no debe servir de argumento general.

48 La versión transcrita es la de Friedberg, E. (1881). “Liber Sextus Bonifatii VIII”. En *Corpus Iuris Canonici*, T. II. Lipsiae, coll. 1122-1124. Significa que las disposiciones que se separan del Derecho común no se deben llevar hasta sus consecuencias.

49 Lo cita Atienza. Ob. cit., 227, justamente para hablar de las analogías.

- (viii) No es posible tomar a las leyes irracionales como modelo a seguir⁵⁰, porque en ellas falta la *ratio iuris* que es un elemento esencial de la analogía. Las leyes gravemente injustas jamás serán Derecho, por irracionales; menos aún podrán ser el término análogo del Derecho. Una ley irracional además pecaría de imprevisibilidad y de rareza, lo que representa nuevos obstáculos para analogarla.

Las anteriores reglas resultan especialmente exigentes cuando la analogía cumple la función jurígena de llenar vacíos legales o normativos. Por eso, jamás pueden crearse nuevos delitos por analogía. En cambio, si la analogía se hace con el simple ánimo de aclarar conceptos algo oscuros, estas reglas pueden flexibilizarse. En este sentido, cabría comparar dos tipos penales cercanos como el hurto y el robo, para aclarar algún pasaje oscuro de la ley penal (manteniendo, por supuesto, el principio *in dubio pro reo* y el principio de legalidad)⁵¹.

50 En cambio, sí conviene que las leyes que se muestran irracionales sean interpretadas a la luz de las leyes racionales que versen sobre la misma materia.

51 Algunos autores, sobre todo de mediados del siglo XX, han aceptado una cierta analogía en los tipos penales, aunque observan que “es verdad, también, que la admisión de la analogía ilimitadamente significa riesgos sin cuento” [Silva Melero, V. (1943). *Algunos problemas modernos sobre la analogía en el Derecho Penal*. Oviedo. La Cruz, 61]. Tal admisión nos parece peligrosísima y contraria a Derecho para crear nuevos delitos. Aquí sólo señalamos que la analogía eventualmente podría ser útil para iluminar el sentido de las disposiciones codiciales, pero sin alargar nunca las conductas reprimidas.

**LA FUNDAMENTACIÓN EUGENÉSICA DEL
ARTÍCULO 86, INC. 2, DEL CÓDIGO PENAL Y EL FALLO
“F., A. L. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA”.
CONVALIDACIÓN DE UNA TEORÍA ABERRANTE***

*Eugenic Basis of Article 86, section 2, of the Criminal Code and Ruling Judgment
“F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”. Recognition of an Aberrant Theory*

Patricio J. López Díaz-Valentín**

Resumen: Este artículo analiza el fallo del 13 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, en el cual el máximo tribunal argentino adoptó la interpretación amplia del Artículo 86, inciso 2, del Código Penal, a la luz de la “voluntad del legislador histórico”; teniendo en cuenta que la misma Corte la invoca en sus fundamentos para fallar a favor de la constitucionalidad del inciso referido. Se parte de entender el contexto histórico e ideológico de las primeras décadas del siglo XX, tanto a nivel nacional como internacional, del cual surge la influencia que tuvo la eugenesia en los ámbitos científicos, académicos y jurídicos. Teoría que tenía por objetivo la búsqueda del “perfeccionamiento” de la especie humana, lo que implicaba descartar a los seres humanos más débiles, imperfectos o defectuosos. Dentro de este contexto se impulsó la modificación del Código Penal, por lo que es central para entender la “voluntad del legislador histórico” el *Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, de 1920, que receptó claramente las ideas eugenésicas, siendo el Artículo 86, inc. 2, un claro ejemplo de ello. El mencionado informe demuestra que la verdadera motivación de los legisladores para incluir la no punibilidad del aborto en este inciso fue que no nacieran “seres anormales o degenerados”, no hay una sola mención a la situación de la mujer embarazada y de los perjuicios que un embarazo en estas condiciones le podrían acarrear.

* Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en las *VI Jornadas interdisciplinarias en adhesión al día de la persona humana por nacer*, celebradas en la Universidad de Mendoza los días 8 y 9 de mayo de 2014.

** Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza (UM). Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo (UNCuyo). Profesor JTP de Historia de las Ideas Políticas en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UM). Miembro de la Asociación Argentina de Profesores e Investigadores de Historia del Derecho. Miembro Asociado del Instituto Argentino de Estudios Constitucionales y Políticos (IADECYP).

Palabras clave: Aborto no punible - Eugenesia - Contexto histórico - Contexto ideológico.

Abstract: This article discusses the ruling of the Supreme Court of Justice in the case “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (March 13, 2012), in which the highest Argentine court adopted a broad interpretation of Article 86, section 2, of the Criminal Code, in the light of the “will of the historical legislator”; considering that the same Court invoked it in its foundations to rule in favor of the constitutionality of section referred. It starts with understanding the historical and ideological context of the early twentieth century, both nationally and internationally, from which the influence eugenics had in scientists, academics and legal fields arose. Theory that was intended to search for the “improvement” of the human species, which meant discarding the weak, imperfect or flawed humans. Within this context the amendment of the Criminal Code was promoted, so it is central to understanding the “will of the historical legislator” the *Report of the Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, in 1920, which clearly receivers eugenic ideas, it is the Article 86, inc. 2, a clear example of this. Said report shows that the true motivation of the legislators to include non punishability of abortion in this section was that no “abnormal or degenerate beings” were born, there is not a single mention of the situation of the pregnant woman and the damage that a pregnancy in these conditions could carry for her.

Key-words: Abortion not punishable - Eugenics - Historical context - Ideological context.

I. Introducción

Ya han pasado más de tres años del fallo del 13 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”¹,

1 El fallo completo está disponible en: <http://www.csjn.gov.ar/om/img/f259.pdf>. No debemos soslayar la presión abortista que implicó este caso, a partir del cual distintas organizaciones pro aborto han presionado para la implementación en todo el país de un protocolo de abortos no punibles. Es importante aclarar que desde junio de 2010 el Ministerio de Salud de la Nación ya se había adelantado al fallo de referencia mediante la “Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles”, recuperado de:

<http://www.msal.gov.ar/saludsexual/downloads/guias%20y%20cuadernillos/Guia-tecnica-web.pdf>. Luego de la sentencia de la Corte distintas provincias dictaron resoluciones o guías técnicas a fin de adaptarse a la misma. Así el 18 de julio de 2012, el Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, mediante el dictado de la Resolución 3146/12, dispuso la aplicación del “Protocolo de atención integral de los abortos no punibles”, recuperado de:

http://www.despenalizacion.org.ar/pdf/Pol%C3%ACTicas_Publicas/Protocolos%20de%20Atenci%C3%B3n/bsaspcia-2012.pdf. También dictaron similares disposiciones, con distintas variables según la exigencia de ciertos requisitos a fin de proceder a la práctica abortiva: Chaco, Chubut, Jujuy, La Rioja, Misiones, Santa Cruz, Santa Fe y Tierra del Fuego; estas jurisdicciones han seguido, según la abortista Asociación por los Derechos Civiles, los lineamientos de la CSJN; Ciudad de Buenos Aires (cuyos requisitos se encuentran suspendidos por orden judicial), Córdoba (actualmente suspendido parcialmente por orden

en el cual el más alto tribunal de la República confirmó lo resuelto por la anterior instancia, el Superior Tribunal de la Provincia de Chubut, que había hecho lugar al pedido de la madre de una menor de 15 años de edad, a fin de que se le practicase a su hija un aborto con base en el art. 86, incs. 1° y 2°, del Código Penal, con sustento en que la menor había sido objeto de una violación por parte de su padrastro y como consecuencia de este aberrante hecho cursaba, en su momento, un embarazo de ocho semanas.

La sentencia comentada, a nuestro parecer, es manifiestamente injusta, más allá de que el caso había devenido en abstracto al momento de la interposición del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de la Nación por parte del Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces en representación del *nasciturus*, pues ya se había practicado el aborto y la niña o niño por nacer ya había sido eliminado. La injusticia de dicha resolución radica en el hecho de que el máximo tribunal de la Nación no sólo perdió la oportunidad de declarar la inconstitucionalidad del art. 86, inciso 2, del Código Penal que, como veremos, tiene su origen y fuente en una teoría tan execrable como la eugenesia; sino que además de convalidar dicho artículo realizó una interpretación amplia del mismo, lo que implicó un claro retroceso en materia de derechos humanos, bajo la pátina de un supuesto progresismo y amparo de la mujer, obviando toda la legislación nacional e internacional que rige en nuestro país en defensa de la vida por nacer².

judicial), Entre Ríos, La Pampa, Neuquén, Provincia de Buenos Aires, Río Negro y Salta, estas ocho jurisdicciones imponen ciertos requisitos a fin de realizar la práctica homicida; Catamarca, Corrientes, Formosa, Mendoza, San Juan, San Luis, Santiago del Estero, Tucumán no cuentan con protocolos de abortos. La ADC considera además que el Estado Nacional no cuenta con protocolo a pesar de la existencia desde junio de 2010 de la "Guía técnica para la atención integral de los abortos no punibles". Cf.: <http://www.adc.org.ar/tres-anos-del-fallo-f-a-l-nuevo-informe-de-la-adc-sobre-aborto-no-punible-en-la-argentina/>.

2 No obstante que en el considerando 3° del voto mayoritario de la Corte se transcriben los distintos artículos de la Constitución Nacional y de diferentes Convenciones con jerarquía constitucional, que el Asesor General Subrogante de la Provincia de Chubut en su carácter de Tutor Ad-Litem y Asesor de Familia e Incapaces en representación del *nasciturus* invocara al interponer el recurso extraordinario, a saber: "[...] se desconoció el plexo constitucional-convencional según el cual el Estado Argentino protege la vida a partir de la concepción (Constitución Nacional, artículo 75, inciso 23: 'Corresponde al Congreso: [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental [...]'; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, artículo 1°: 'Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona'; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 3°: 'Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica', y artículo 4°: 'Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente'; Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 3°: 'Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona', y artículo 6°: 'Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica'; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 6°: 'El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente'; Convención sobre los Derechos del Niño, Preámbulo: 'El niño [...] necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento', artículo 1°: 'Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad', y artículo 6°: 'Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida')".

La Corte, tanto en el voto mayoritario como en los votos de la Dra. Argibay y del Dr. Petracchi, llega a la conclusión de la justicia y la legalidad de la práctica del aborto para el caso de cualquier violación con independencia de la capacidad o incapacidad de la mujer violada. Respecto de esta conclusión y de los argumentos en que se funda se pueden plantear muchísimas objeciones tanto sobre la interpretación semántica y gramatical que hace la Corte del artículo de referencia, como de la interpretación sistemática que realiza³, entre otros tópicos. Sin embargo, nos centraremos en la interpretación que hacen los Ministros de la “voluntad del legislador”, para la cual debemos ir a la génesis del art. 86 del Código Penal. A fin de alcanzar este objetivo nos remitiremos a la Ley N° 11.179 de 1921, y fundamentalmente al Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación presentada ante la Alta Cámara el 23 de septiembre de 1920⁴, para poder saber qué fue lo que pensó y quiso el legislador que estableció las causas de no punibilidad del aborto.

Partiendo de la base de que la “primera fuente de exégesis de la ley es su letra”, como bien dice la Corte en el voto mayoritario, considerando 18, párrafo cuarto, y aunque estamos convencidos de que del texto del art. 86, inciso 2, surge claramente que solamente se prevé como causa de no punibilidad el llamado aborto eugenésico, aceptamos, cosa que omite decir la Corte, que prácticamente desde la entrada en vigencia de la Ley N° 11.179 el texto del art. 86, inc. 2, dividió a los penalistas de nuestro país. Unos se enrolaron en la llamada interpretación amplia (que admitía la no punibilidad del aborto tanto en el caso del llamado aborto eugenésico como para el llamado aborto sentimental, es decir, para cualquier caso de violación), como Jiménez de Asúa⁵, Soler⁶, Fontán Balestra⁷, etc.; y otros, en la interpretación restrictiva (solamente admitía la no punibilidad del aborto para el caso de aborto eugenésico), como Peco⁸, Núñez⁹,

3 Nos remitimos al excelente trabajo de Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (Septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’ de la Corte Suprema”. En *Pensar En Derecho*, N° 0, 331-378. Recuperado en:

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-aborto-no-punible-en-la-argentina.pdf>.

4 El informe completo se encuentra en: Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43ª Reunión, 31ª sesión ordinaria, septiembre 23, de 1920, pp. 936-960.

5 Cf. Jiménez de Asúa, L. (1962). *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VI, “La culpabilidad y su exclusión”. Buenos Aires. Editorial Losada S. A., 1.001-1.008. “Este número 2º fue siempre interpretado por nosotros como comprensivo del aborto sentimental (caso de violación) y del aborto eugenésico (caso de ‘atentado al pudor’ sobre una idiota o demente)”. *Ibidem*, 1.001.

6 Cf. Soler, S. (1999/2000). *Derecho Penal Argentino*, Tomo III. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 113-116.

7 Cf. Fontán Balestra, C. (1968). *Tratado de Derecho Penal*, Tomo IV, Parte Especial. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 234-241.

8 “En el Código actual el aborto se contrae a la violación sobre la mujer idiota o demente. Así se colige del contexto, de los propósitos eugenésicos y de la fuente del artículo”. Peco J. (1942), *Proyecto de Código Penal. Exposición de motivos. Presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina, el 25 de septiembre de 1941*. La Plata, 245.

9 Cf. Núñez, R. C. (1959). *Derecho Penal Argentino*, Tomo I, Parte General. Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 390-393; *ibidem*, *Derecho Penal Argentino*, Tomo III, Parte Especial. “Delitos contra la persona”. Buenos Aires. Bibliográfica Omeba, 182-183. “De acuerdo con el artículo 86, § inciso 2º”, del Código Penal, el aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es

Buompadre¹⁰, etc. Por lo tanto, es menester recurrir a otras reglas de interpretación que surgen de la jurisprudencia de la Corte para develar normas oscuras o dudosas: como el examen del contexto que da vida al texto¹¹; y el análisis de los fundamentos que dieron sustento a la norma¹²; ambos nos permitirán conocer verdaderamente lo que quiso el legislador.

Y si bien el voto mayoritario de la Corte ha omitido realizar de manera explícita este análisis, no obstante, nos encontramos en él con afirmaciones como las que aparecen en el considerando 15° *in fine*: “Sin embargo, ello no puede llevar a aceptar una interpretación restringida de la norma en trato ya que esta delimitación de su alcance *no respondería al válido objetivo de proteger los derechos de las víctimas de violencia sexual*, cuya vulnerabilidad se agrava por la circunstancia de poseer una discapacidad mental, sino a un prejuicio que las denigra en cuanto sujetos plenos de derechos”; o en el considerando 22°: “[...] según surge del texto del artículo 86 del Código Penal, *lo que previó el legislador* es que, si concurren las circunstancias que permiten la interrupción del embarazo, es la embarazada que solicita la práctica, junto con el profesional de la salud, quien debe decidir llevarla a cabo y no un magistrado a pedido del médico”; o en el considerando 24°: “[...] que el aborto no punible es aquel practicado por ‘un médico con el consentimiento de la mujer encinta’ (artículo 86 del Código Penal), circunstancia ésta que debe aventar todo tipo de intento de exigir más de un profesional de la salud para que intervenga en la situación concreta pues *una exigencia tal constituiría un impedimento de acceso incompatible con los derechos en juego en este permiso que el legislador ha querido otorgar*” (el destacado es nuestro). Vemos cómo los miembros de la Corte firmantes del voto de la mayoría si bien no se adentraron a analizar el contexto y los fundamentos que dieron lugar a dicho inciso, han creído poder desentrañar la voluntad del legislador histórico.

Respecto a los votos de la Dra. Carmen Argibay y del Dr. Petracchi, debemos decir que ambos son muy similares y son más explícitos en relación a interpretar la voluntad del legislador. En este sentido, la Dra. Argibay, en el considerando 13°, afirmaba: “[...] *una situación que el legislador consideró* no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”, o en el considerando 14°: “[...] *el legislador acepta* como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida [...]”. Similares palabras dispuso el Dr. Petracchi en el considerando 9°, donde expresaba: “[...] enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria *a la que fuera previamente definida por el legislador*”, o en el considerando 10°: “[...] extrema conflictividad de una situa-

punible si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido contra una mujer idiota o demente. Es el aborto ‘practicado, con intervención facultativa a los fines del perfeccionamiento de la raza’. En la preponderancia de esta finalidad eugenésica sobre el interés que para el Derecho representa la vida del feto, reside la razón justificadora del aborto. El aborto sentimental, vale decir, el consentido por la mujer sana de mente que concibió en un acto de violación, no está comprendido, por consiguiente en el art. 86, § 2°, inciso 2°. Ibidem, Derecho Penal Argentino, Tomo I. Ob. cit., 390-391.

10 Buompadre, J. E. (2009). *Tratado de Derecho Penal*. Parte especial 1. Buenos Aires. Astrea, 216-219.

11 *Fallos*: 241:291 (“Kot”, esp. pp. 299-300); 328:566 (“Itzovich”, consid. 10°, voto de la mayoría; consid. 13, párr. 5°, voto del juez Lorenzetti, entre muchos otros).

12 *Fallos*: 313:1149; 315:790; 321:2594; 322:752, 2321, entre muchos otros.

ción que *el legislador consideró* no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]” (el destacado es nuestro).

Afirmamos que la Corte yerra al ir más allá de la letra de la ley y basarse en una supuesta voluntad del legislador, que no surge ni del texto de la norma, ni del contexto histórico, y tampoco de los fundamentos que dieron origen a la misma. Para desentrañar la intención del legislador es necesario ir al informe presentado por la Comisión de Códigos del Senado de 1920, que fue en definitiva la antesala para la Ley N° 11.179; y en el caso concreto del aborto fue la primera vez que en la legislación argentina se contemplaron causas de no punibilidad. En todas las leyes penales que se habían dictado desde que nos constituimos en República, el aborto había estado penalizado en todas sus formas, ya sea en la Ley N° 1.920 de 1887, como en la Ley N° 4.189 de 1903, e inclusive en el proyecto presentado y aprobado en la sesión de la Cámara de Diputados del 21 de agosto de 1917¹³.

Como veremos en ningún momento el Informe hace referencia al aborto en caso de violación para cualquier mujer; de hecho a la mujer no se la tiene en cuenta, salvo para el caso del inciso 1, y luego las referencias a la eugenesia son muy fuertes y claras.

II. La eugenesia. Su importancia internacional a principios del siglo XX y su influencia en la Argentina

La eugenesia, como idea de estudio y puesta en práctica de mecanismos para la búsqueda del perfeccionamiento de la especie humana, nació en la década de 1860 con las teorías que el inglés Francis Galton (1822-1911) comenzó a elaborar y volcar en sus trabajos.

Galton acuña este término derivado del vocablo griego, *eugenes*, que significa “buen origen”, es decir, designa a los individuos “bien nacidos, de noble origen y de buena raza”¹⁴. En definitiva, para Galton la eugenesia era la ciencia que trataba de todas las influencias que mejorarían las cualidades innatas, o materia prima, de una raza y aquellas que la podrían desarrollar hasta alcanzar la máxima superioridad.

“La década de 1860 fue muy particular ya que coincidió en la publicación de obras de importante influencia en el pensamiento científico de décadas posteriores. La teoría he-

13 Cf. Soria, E. R. (agosto 2009). “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”, vol. I, N° 1, 7-13. Recuperado de: <http://www.ea-journal.com/art/El-aborto-eugenesisico-en-codigo-penal-argentino.pdf>.

14 “That is, with questions bearing on what is termed in Greek, eugenes namely, good in stock, hereditarily endowed with noble qualities. This, and the allied words, eugeneia, etc., are equally applicable to men, brutes, and plants. We greatly want a brief word to express the science of improving stock, which is by no means confined to questions of judicious mating, but which, especially in the case of man, takes cognisance of all influences that tend in however remote a degree to give to the more suitable races or strains of blood a better chance of prevailing speedily over the less suitable than they otherwise would have had. The word eugenics would sufficiently express the idea; it is at least a neater word and a more generalised one than viriculture which I once ventured to use”. Galton, F. (2004), *Inquiries into human faculty and its development*, edición digital galton.org, 17, nota 1 (Originally published in 1883 by Mcmillan). Recuperado de: <http://www.mugu.com/galton/books/human-faculty/text/galton-1883-human-faculty-v4.pdf>.

reditaria de Gregor Mendel (1822-1884) y la teoría evolucionista de Charles Darwin (1809-1882), sumadas a la teoría eugenésica de Galton, crearon un cóctel de efecto to-tipotencial sobre hombres de ciencia, pensadores, filósofos y políticos a nivel mundial, principalmente en el siglo XXI. Éstos fueron nucleándose en instituciones y sociedades científicas¹⁵.

Al difundirse la eugenesia se realizaron numerosos congresos y publicaciones, en los que se manifestaba la necesidad de implementar medidas y programas desde el Estado, para realizar control sobre ítems como la actividad sexual y reproductiva de la población o la mezcla racial producto de la inmigración. Pero también la necesidad de trabajar sobre la eliminación de la pobreza como foco de enfermedades, el alcoholismo y la pereza, el control de los criminales y la reclusión de los débiles mentales. Por medio de sus influencias, se llegó a la elaboración de proyectos (e incluso la promulgación) de leyes y normas de salud pública entendidas como necesarias. Así se reglamentó, con mayor o menor aceptación según cada país, el examen prenupcial, la esterilización de criminales, el aborto eugenésico, las restricciones a la inmigración, el control de la natalidad, el examen físico escolar, etc.

En los primeros años del siglo XX se fueron delineando las dos variantes fundamentales que rigieron la biopolítica occidental: la eugenesia anglosajona y la eugenesia latina. La eugenesia anglosajona comprendía las readaptaciones norteamericanas, alemanas y escandinavas de las tesis decimonónicas; mientras que la eugenesia latina fue la que se desarrolló en Italia, Francia y España. La distancia ideológica que separó a ambas radicaba en divergencias respecto de la legitimidad de la intervención estatal en el cuerpo humano, ya fuese impidiendo la prosecución de una vida indigna de vivir a través de la eutanasia, o inhabilitando la reproducción a través de la esterilización de hombres y mujeres que eran considerados insanos o perjudiciales para el perfeccionamiento de la raza. Estas intervenciones que fueron alentadas en el mundo anglosajón no tuvieron su eco en el mundo latino, en el que por lo general fueron rechazadas a raíz de la influencia de la Iglesia Católica. La indisponibilidad del cuerpo por parte de los fieles fue un límite a las esterilizaciones eugenésicas, aun cuando su rechazo permitió habilitar la eugenesia latina. Esta última, si bien negaba cualquier intento de esterilización, avalaba la conveniencia de estrictísimos mandatos legales o confesionales condicionantes de la moral ciudadana¹⁶.

En Argentina se desarrolló principalmente la eugenesia latina, siendo de gran trascendencia la figura del endocrinólogo italiano, Nicola Pende, quien estuvo muy ligado a Benito Mussolini¹⁷. La influencia de la eugenesia en la opinión pública y en sectores neurálgicos responsables del dictado de ordenanzas y legislaciones que

15 Soria, E. R. (agosto 2009). "El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)". Ob. cit., 4.

16 Cf. Miranda, M. A. (2012). "La Argentina en el escenario eugénico internacional". En Miranda M. A.; Vallejo, G. (directores). *Una Historia de la Eugenesia. Argentina y las redes biopolíticas internacionales 1912-1945* (20-21). Buenos Aires. Editorial Biblos.

17 Cf. ibídem, 21-21; cf. Palma, H. A. (2009). "Gobernar es seleccionar". *Historia y reflexiones sobre el mejoramiento genético en seres humanos*. Buenos Aires. Jorge Baduino Ediciones, 128-130, 173.

marcaban las normas en que se rige la sociedad permitió la aprobación de leyes favorecedoras de ella. Médicos destacados como Gregorio Araújo Alfaro, Víctor Delfino; hombres de leyes como Joaquín V. González, Alfredo Palacios; y hasta escritores de gran llegada, como José Ingenieros, supieron influenciar a sus lectores por medio de los documentos por ellos elaborados¹⁸.

Un indicador del respeto y consideración que tuvo la eugenesia en la comunidad científica argentina radica en la enorme cantidad de artículos sobre el tema que aparecieron en las distintas publicaciones científicas y médicas, como los *Anales*, *La Semana Médica*, los *Archivos de psiquiatría y criminología*, *Revista de la Liga Argentina de higiene mental*, los *Anales de la Sociedad Científica Argentina* o la *Revista de filosofía, cultural, ciencias y educación*¹⁹.

III. Los fundamentos dados por la comisión redactora del Senado

Luego de este pequeño preludeo sobre la eugenesia y su influencia en el mundo y en la Argentina en las primeras décadas del siglo XX, analizaremos el *Informe de la Comisión de Códigos del Senado de la Nación*, relativo a la “Reforma del Código Penal”, con las firmas de Joaquín V. González (senador por La Rioja), Enrique del Valle Iberlucea (senador por Capital Federal) y Pedro A. Garro (senador por San Juan), el cual fue insertado en la sesión ordinaria del 23 de septiembre de 1920.

El *Informe* señala que tras estudiar el proyecto originario del Poder Ejecutivo Nacional y “el venido en revisión de la H. Cámara de Diputados”, en 1917, “aconseja la sanción de este último, con las modificaciones que se indican en el despacho”.

Entre las modificaciones que incorporó al proyecto figura la introducción de las causas de no punibilidad del aborto; tema que es abordado en el capítulo XIX, “De los delitos y sus penas”. Transcribiremos completo el *Informe* en este punto, para que no queden dudas de la verdadera voluntad del legislador histórico al introducir esta “novedad” legislativa para nuestro país, y que no aparezca como una edición caprichosa y arbitraria del mismo. Dicho esto veamos qué dice el *Informe*:

“En el art. 86 hemos propuesto el siguiente agregado: ‘El aborto practicado por un médico diplomado, con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible; 1º- Si ha sido hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios. 2º- Si el embarazo proviene de una violación de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota, demente,

18 Un libro muy interesante que marca el clima de época, que cimentó el desarrollo de la eugenesia entre otras teorías en Argentina, es el de: Ramella, S. T. (2004). *Una Argentina racista. Historia de las ideas acerca de su pueblo y población (1930-1950)*. Mendoza. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales. Universidad Nacional de Cuyo. INCIHUSA. CRICYT.

19 Cf. Palma, H. A. (2009) “Gobernar es seleccionar”. *Historia y reflexiones sobre el mejoramiento genético en seres humanos*. Ob. cit., 134. “El primer hito importante de institucionalización de la eugenesia en la Argentina se remonta al año 1918 en el cual el Dr. Delfino fundó la Sociedad Argentina de Eugenesia de corta existencia. Poco tiempo después, en 1921, el Dr. Alfredo Verano crea la Liga Argentina de Profilaxis Social; finalmente, en 1932 se funda la AABEMS, que publicó los *Anales*, publicación quincenal durante los primeros años, aunque luego fue espaciándose su aparición”. *Ibíd.*, 134-135.

inconsciente o incapaz de resistencia, o de un incesto. Si la víctima es idiota o demente, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto’.

Hemos tomado estas disposiciones del artículo 112 del anteproyecto suizo de 1916. La primera disposición no necesita explicarse, pues cae de su propio peso que cuando el aborto es indispensable para la salud o la vida de la madre no constituye delito.

La segunda importa una verdadera innovación en la legislación criminal. Al referirse a este punto dice un distinguido profesor de Derecho Penal, citado varias veces en este informe, que es sumamente interesante la última redacción del anteproyecto del Código Penal suizo, que no figuraba en ninguna de las ediciones anteriores, habiendo sido introducido por la segunda Comisión de peritos.

‘Es la primera vez –agrega– que una legislación va a atreverse a legitimar el aborto con un fin eugenésico para evitar que de una mujer idiota o enajenada, o de un incesto, nazca un ser anormal o degenerado. Gautier, comentando este artículo, apunta ya que en el caso de incesto se podrían añadir consideraciones de orden étnico, y que cuando el embarazo sea resultado de un atentado cometido sin violencia, contra una mujer idiota, enajenada, inconsciente o incapaz de resistencia, podría argüirse, más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza. ¿Qué puede resultar de bueno de una mujer demente o cretina?’²⁰.

El tema es seductor y su desarrollo en este informe podría llevarnos muy lejos, haciéndonos entrar en el dominio de la eugénica, cuyo estudio reviste para algunos miembros de esta Comisión una importancia trascendental y cuyos problemas deben interesar profunda e intensamente a los legisladores, pedagogos, sociólogos y juristas de nuestro país. La misma ciencia penal se preocupa de las aplicaciones de sus principios para combatir con mayor eficacia el aumento de la criminalidad. El VII Congreso de Antropología Criminal, celebrado en Colonia en 1911, se ocupó de la esterilización de los criminales. Y en trece estados de Norte América se han dictado ya leyes esterilizadoras de criminales y enfermos mentales.

Pero no es el momento de hacer en este informe largas consideraciones acerca de la eugenesia en sus relaciones con la criminalidad. Bastará decir, para terminar con este punto, que si bien no se admite hoy en día ni por la ciencia, ni por el Derecho Penal, ni por el consenso social, la esterilización de los delincuentes, aunque sean incorregibles, con fines eugénicos, sintiéndose por esa medida, según dijera Van Hamel, una ‘repugnancia afectiva’, *es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza.* El problema se ha planteado en Europa durante la última guerra, con motivo de las violaciones de que fueran víctimas numerosas mujeres belgas por soldados ebrios, desenfrenados o criminales”²¹ (el destacado es nuestro).

El dictamen afirma, al referirse al inciso 2: “[...] importa una verdadera innovación en la legislación criminal” y citando a Jiménez de Asúa dirá que es la primera

²⁰ Jiménez de Asúa, L. (1918). *La política criminal en las legislaciones europeas y norteamericanas*. Madrid. Suárez, 206.

²¹ Congreso Nacional, Cámara de Senadores, 43ª Reunión, 31ª sesión ordinaria, septiembre 23 de 1920, 957/958.

vez que un legislador “se atreve” a “legitimar el aborto con un fin eugenésico” a fin de evitar que de una mujer idiota o enajenada “nazca un ser anormal o degenerado”. Añade que la doctrina y la legislación comparadas ya se ocupan de la esterilización de “criminales” y de “enfermos mentales”, y si bien reconoce que respecto de lo primero no existe un “consenso” afirmativo, “es indiscutible que la ley debe consentir el aborto cuando es practicado, con intervención facultativa, a los fines del perfeccionamiento de la raza”. Y citando al doctrinario suizo Gautier, menciona que cuando “el embarazo sea el resultado de un atentado cometido sin violencia contra una mujer idiota [...] podría argüirse más justamente aún que en caso de incesto, el interés de la raza”.

Surge de manera clara y contundente que los senadores que introdujeron esta “verdadera innovación en la legislación criminal”, como ellos la llaman, tuvieron en cuenta un motivo tan aberrante como evitar que nacieran seres humanos discapacitados; en ningún momento se realiza otro tipo de ponderaciones. No hay ninguna referencia a la situación de la mujer violada, a su sufrimiento, a la “injusticia” que acarrearía para una mujer en esta situación el obligarla a transitar un embarazo producto de una violación. Si los senadores informantes hubiesen tenido en cuenta a la mujer para justificar el aborto, podrían haber introducido palabras semejantes a las que utilizaba en esa época el penalista José Peco para avalar el aborto sentimental: “El vástago de la violación evoca el recuerdo de un acto que lastima el pudor de la mujer soltera y perturba la tranquilidad de la mujer casada, sin que la ley deba obligarla a soportar una maternidad odiosa”²².

Pero no lo hicieron. Ninguna frase o palabra semejante se encuentra en el *Informe*, de ahí que no es posible llegar a la conclusión a la que arriba la Corte de que la voluntad del legislador al introducir la voz “violación” quiso no castigar el aborto realizado para cualquier mujer víctima de una violación con independencia de su capacidad mental, sino que los redactores lo que no querían era que “nazca un ser anormal o degenerado”.

El *Informe* es categórico en este sentido, pues de su texto no surge ni una palabra respecto de la mujer víctima del delito de violación y está clarísimo que el legislador no la tuvo en cuenta al momento de innovar con esta medida legislativa. Por eso no compartimos las afirmaciones que se realizan en el considerando 15° *in fine* del voto mayoritario, ya que no se tuvo en cuenta proteger los derechos de las mujeres víctimas de violencia sexual; o en el considerando 22°, ya que el legislador no previó el caso de que la propia mujer embarazada lo pidiese; o en el considerando 24°, debido a que no hubo una ponderación de derechos en juego. Similar opinión podemos efectuar a las afirmaciones realizadas por la Dra. Argibay, para avalar la interpretación amplia del inciso 2 y admitir el aborto por cualquier causa de violación, cuando en su voto en el considerando 13° afirmó que fue: “[...] una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”; o en el considerando 14°, cuando expresó: “[...] el legislador acepta como socialmente soportable una conducta que en sí aprecia como prohibida [...]”. Y finalmente, análoga crítica cabe a las palabras del Dr. Petracchi en el considerando 9°:

²² Peco, J. (1942). *Proyecto de Código Penal...* Ob. cit., 245.

“[...] enunciando los sufrimientos que para ella conllevaría una ponderación de los intereses en pugna contraria a la que fuera previamente definida por el legislador”; o en el considerando 10º, al afirmar que estamos ante una “[...] extrema conflictividad de una situación que el legislador consideró no evitable de otro modo que afectando los derechos del nasciturus [...]”. Como hemos asegurado, no hay ninguna referencia en el *Informe* que pueda ratificar estas afirmaciones; por lo contrario, solamente se encuentran expresiones tendientes a justificar el aborto con el fin de “resguardar” y “perfeccionar” la “raza” argentina²³.

IV. Joaquín V. González y la eugenesia

Por si queda alguna duda sobre cuál fue la voluntad del legislador histórico, es importante tener en cuenta la posición de los miembros informantes. Si bien, sobre los senadores del Valle y Garro no hay documentos que puedan avalar la postura de ellos sobre la eugenesia, en cambio, Soria ha demostrado de manera categórica la admiración de Joaquín V. González por las ideas eugenésicas²⁴.

Quien fuese senador por La Rioja, en su obra *Patria y Democracia* (1920), aclaraba su posición sobre la necesidad de poner restricciones a los inmigrantes que ingresaban al país, para salvaguardar la identidad nacional; y si debía ser modificada que fuese por medio de la mezcla racial con “lo mejor de Europa”. González afirmaba: “[...] desde la incipiente eugénica hasta la más generosa política internacional, se reconoce y respeta como inviolable para cada nación, la libertad de buscar por todos los medios a su alcance, dentro de las leyes comunes a todos, la realización, o los caminos para llegar a realizar la selección de sus elementos raciales o nacionales”²⁵. Se debía, entonces, generar una “política” que propendiese tanto al “aumento de los factores útiles o favorables como de eliminación de los inútiles, ineficaces, peligrosos o incapaces para contribuir al fin supremo y vital de la selección”. Es lo que en los reinos de eugénica y

23 Compartimos las palabras de Rabbi-Baldi Cabanillas cuando afirma: “Como se dijo, la Corte piensa que la voz ‘violación’ a secas autoriza arribar a la conclusión a la que llega. Se han señalado los inconvenientes gramaticales y sistemáticos que tornan insegura tal conclusión. Si éstos persistieran, tengo para mí que el Informe los despeja. ¿Por qué? Simplemente, porque no se encontrará una sola referencia al supuesto. [...] Si se atiende al espíritu del legislador, no cabe arribar a otra conclusión ya que el dictamen, en el aspecto bajo tratamiento, sólo se ocupa del aborto por razón de eugenesia. Es, además, lo lógico: si se hubiera pretendido introducir una causal como la que extrae la Corte en el fallo bajo comentario, dada su relevancia y novedad, habría merecido alguna consideración suplementaria. De ahí que [...] no cabe presumir una imprevisión o inconsecuencia tan palpable, para decirlo en el lenguaje de la propia Corte, máxime si no puede discutirse la categoría intelectual de sus integrantes, en especial de González y de Del Valle Iberlucea.

En suma, pienso que toda la fundamentación del inciso, tanto por la extensión cuanto por la densidad de sus argumentos, se destina a justificar la impunidad del aborto con sustento en la necesidad de mejorar la raza”. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’, de la Corte Suprema”. Ob. cit., 352-353.

24 Cf. Soria, E. R. (agosto 2009). “El aborto eugenésico en el Código Penal Argentino (1853-1922)”. Ob. cit., 18-23.

25 González, J. V. (1935). “Patria y Democracia (1920)”. En *Obras Completas de Joaquín V. González*, Volumen XI. Buenos Aires. Universidad de La Plata, 569.

de la sociología se denomina “eliminación de los ineptos”²⁶. Más precisamente, dicha política debía apuntalar a la “preservación de la especie humana y mejoramiento de la raza propia, por el estímulo y facilidad de las uniones sanas y fecundas, la incorporación inmigratoria de las mejores razas europeas, y la prohibición, en forma de impedimentos absolutos, para las uniones matrimoniales entre personas enfermas de males transmisibles a la descendencia; y si aun los indicativos eugénicos son inaplicables, por lo menos pensar en medios esterilizantes contra la propagación de los gérmenes de degeneración de la familia, como núcleo social originario”²⁷.

Los textos citados no dan margen a la incertidumbre: González fue un claro admirador de la eugenesia, y es verosímil que haya considerado oportuna la reforma del Código Penal para introducir dichas ideas a través de algunas soluciones legislativas²⁸.

V. Conclusiones

Como hemos podido ver, el art. 86, inciso 2, del Código Penal, tuvo una motivación pura y exclusivamente eugénica. El informe despeja cualquier duda; al tratar dicho inciso no hay una sola mención a la situación de la mujer embarazada producto de una violación, no hay ponderación de intereses, no hay intención de proteger los derechos de las mujeres víctimas de la violencia sexual; por lo contrario, la preocupación de los legisladores fue pura y exclusivamente el de evitar que nacieran “seres anormales”, de ahí que la práctica del aborto la consideraran legítima a fin de perfeccionar la raza argentina.

Los ministros de la Corte tuvieron la posibilidad histórica de declarar la inconstitucionalidad del art. 86, inc. 2, del Código Penal, lo que hubiese implicado un claro avance en materia de derechos humanos, en consonancia con la tradición latinoamericana²⁹, y con la constante legislación argentina, fundamentalmente a partir de la Reforma de la Constitución Argentina de 1994, y la constitucionalización de distintos tratados internacionales de los que claramente surge la defensa de la vida humana desde la concepción. Sin embargo, los jueces del más Alto Tribunal de Justicia de la Argentina optaron por otro camino. La sentencia de la Corte del 13 de marzo de 2012 convalida una teoría aberrante como la eugenesia, con el agravante de haber ampliado la interpretación del referido inciso a toda violación, yendo más allá de la letra de la ley, de los antecedentes históricos y de los fundamentos que le dieron origen y siendo otro peldaño más de la cultura de la muerte.

²⁶ *Ibidem*, 572.

²⁷ *Ibidem*, 724.

²⁸ Cf. Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (septiembre 2012). “El aborto no punible en la Argentina. Consideraciones sobre el sentido de la norma permisiva y prospectivas desde una Filosofía del Derecho Constitucional, a partir del caso ‘F., A. L.’, de la Corte Suprema”. *Ob. cit.*, 355.

²⁹ Recomendamos el excelente libro de: Farfan, M. L.; Saunders, W. L. y Maxon, J. (editores) (2012). *Defendiendo el derecho humano a la vida en Latinoamérica*. Washington DC. Americans United For Life.

EL BIEN COMÚN COMO FUNDAMENTO DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO*

The Common Good as the Foundation of the State's Responsibility

Florencia Quiroga**, María Ibarzábal*** y Belén Abbondanza****

Resumen: Los doctrinarios, a la hora de fundamentar la responsabilidad del Estado, han esgrimido diversas teorías. En el presente trabajo nos proponemos plantear otra mirada al respecto, postulando el bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. Para ello, conceptualizamos el bien común para repasar las distintas respuestas que se han dado en torno al interrogante de por qué el Estado responde. Ello, a fin de demostrar que todas esas respuestas, en definitiva, se cimientan en el bien común. Finalmente, ahondamos en doctrina ius-administrativista, iusfilosófica y de orden jurisprudencial para sustentar nuestra opinión.

Palabras claves: Estado - Derecho administrativo - Responsabilidad del Estado - Fundamentos - Bien común.

Abstract: Legal scholarship, at the time of providing grounds for Government liability, has posed various theories. In this paper, we aim at posing a different view in this regard, proposing that it is the common good that provides grounds to Government liability. In order to do so, we provide a concept of common good to review those different answers that have been provided to the question regarding why the Government may be liable. We do so in order to prove that all those answers, in the end, are grounded on the common good. Finally, we resort to iusadministrative, ius-philosophical and case law doctrine in order to justify our opinion.

* Trabajo realizado en el marco del programa de Adscripción a la Investigación, Dirección de Investigación Jurídica Aplicada, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina (Dr. Nicolás Lafferriere, director). Las autoras agradecen a Estela Sacristán de Bianchi su continuo incentivo hacia su crecimiento en lo académico y su colaboración en la etapa de la elaboración del presente trabajo.

** Abogada (UCA). Adscripta en investigación (UCA). Estudiante Profesorado Superior (UCA).

*** Abogada (UCA). Magíster en Derecho Administrativo (Universidad Austral). Prof. En Instituciones de Derecho Administrativo y Derecho Administrativo Especial (UCA).

**** Abogada (UCA). Adscripta en investigación (UCA) y ha realizado una beca en Blackstone Fellow.

Key-words: State - Administrative law - Government liability - Grounds - Common good.

I. Introducción

Las siguientes páginas tienen por objeto demostrar que el bien común, como causa final de la organización jurídico-política de la comunidad, constituye el fundamento de la responsabilidad del Estado.

De acuerdo a la filosofía expuesta por Aristóteles y desarrollada e interpretada desde una perspectiva cristiana por Santo Tomás, el Estado es una institución necesaria que deriva de la naturaleza social del hombre, y cuya finalidad no es sino alcanzar el bien común¹. El gobernante es el primer principal responsable en la gestión del bien común político, que, como señala el Aquinate, tiene tres capítulos fundamentales: instituir a la multitud en la unidad de la paz, inducir a la práctica de la vida virtuosa y alcanzar la suficiencia de bienes materiales². Es así que es el Estado el que facilita la vida en sociedad, permitiendo la realización del bien común³.

No obstante, “[...] el bien común no es únicamente fruto de la labor del Estado [...] también los ciudadanos, así como las sociedades intermedias, han de contribuir a alcanzar esa meta común [...] Esa doble vertiente (pública y privada) de esfuerzos hacia un mismo objetivo viene gobernada por el principio de subsidiariedad, que limita y localiza convenientemente la intervención que corresponde al poder público en el quehacer económico y social”⁴.

En este orden de ideas es que pretendemos reflexionar acerca del fundamento de la responsabilidad del Estado. Ahora, ello no resulta tarea fácil. Debemos tener en cuenta por qué es tan importante la consecución, por parte del Estado, del bien común, de manera que analizaremos brevemente su significado y cómo éste importa un imperativo en nuestro ordenamiento jurídico.

1 Aristóteles (1933). *Obras completas* (Francisco Gallach Palés, trad.). Madrid., Gredos, tomo XI, 96; Aquino, Santo Tomás de (1956). *Suma Teológica* (Francisco Barbado Viejo, O. P, trad.). Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1956, tomo VIII, II.II. q.47, a.10, 36-38; Moreno Valencia, F. (2011). “Santo Tomás de Aquino y nuestro tiempo”. En *Semana Tomista. Intérpretes del pensamiento de Santo Tomás*, XXXVI, 5-9 septiembre. Buenos Aires. Sociedad Tomista Argentina. Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras, 4, disponible en: <http://bit.ly/1L5WYnI> (último acceso: 31-3-2015); Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, décima edición. Buenos Aires. La Ley, tomo I, 7-8; Vigo, R. L. (2010). *Las causas del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 119; Coviello, P. J. J. (2002). “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires, Educa, N° 56, 11-36, esp. 23-25.

2 Montejano, B. (h) (2005). *Curso de Derecho Natural*, octava edición. Buenos Aires. Lexis Nexis, 343; Pío XI (1931). *Quadragesimo Anno, carta encíclica*. Vaticano. Colección documentos papales, párrafos 25-49, disponible en <http://bit.ly/1FdDiW1> (último acceso: 26-3-2015).

3 El texto corresponde a la obra de Finnis, J. (1980). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Oxford University Press, 153, citado en Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. En *Rap*. Buenos Aires. Ediciones Rap, N° 437, 67-80, esp. 72, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-2015).

4 De la Riva, I. M. (2010). “Algunas reflexiones en torno del bien común y la discrecionalidad administrativa”. En *Rap*. Buenos Aires. Ediciones Rap, N° 258, 9-20, esp. 10.

A su vez, tendremos que plantearnos el interrogante de por qué el Estado responde. Ello, para poder referirnos justamente a nuestro tema, que tiene como eje la responsabilidad del Estado. Dado que esta pregunta es recurrente en distintos sectores de la doctrina, a los efectos de acercarnos a nuestra tesis nos ocuparemos de analizar las distintas teorías en torno al fundamento de la responsabilidad del Estado. Parecería necesario hacer mención de éstas para ver que su cimiento, eso que está más allá de toda letra escrita, reposaría en el bien común.

Finalmente arribaremos al núcleo del presente trabajo, donde haremos referencia a los distintos ejes de apoyo (doctrina ius-administrativista, iusfilosófica, de orden jurisprudencial) que hemos localizado para poder sustentar nuestra propia opinión.

Nuestro recorrido expositivo, entonces, será el siguiente: Nos referiremos al bien común como causa final del Estado y, una vez expuesto lo anterior, nos preguntaremos acerca de por qué el Estado responde (sección II). Plantearnos este interrogante nos lleva a considerar las respuestas que, a esos efectos, ha brindado la doctrina, razón por la cual, haremos un somero repaso de las distintas teorías esgrimidas a la hora de hablar del fundamento de la responsabilidad del Estado (sección III). Una vez consideradas esas teorías, analizaremos la doctrina para, finalmente, exponer nuestra opinión (sección IV). Como cierre, se esboza una síntesis final (sección V).

II. El bien común como causa final del Estado

Toda relación tiene, además del sujeto y el término, un fundamento (tercer elemento). El fundamento es aquello en virtud de lo cual el sujeto se relaciona; puede recibir el nombre de causa, raíz, fuente, o también principio de la relación⁵.

Sentado ello, y teniendo en cuenta nuestro objetivo –descubrir si el fundamento de la responsabilidad del Estado reside en el bien común–, creemos necesario indagar, en esta sección, en el alcance que tiene dicho concepto para poder luego entender por qué nos valemos de él para justificar la referida responsabilidad.

a) Concepto de “bien común” como causa final del Estado

Santo Tomás de Aquino, principal expositor de la idea de “bien común”, incorporó, a la concepción cristiana, la filosofía aristotélica sobre el Estado⁶; según ésta,

5 Limodio, G.; Barbieri, J. (2010). *Introducción al saber jurídico*. Buenos Aires. Educa, 106.

6 Aristóteles. *Obras completas...* Ob. cit., tomo XI, 96; Aquino, Santo Tomás de (1990). *Tratado de la ley. Tratado de la justicia, del gobierno de los príncipes* (Carlos Ignacio González, trad.), cuarta edición. México. Porrúa, 282: “Finalmente toca al rey, para promover el bien común, el ser solícito en el desarrollo del pueblo; y para esto ha de cumplir [...] y corregir lo que está mal, suplir en lo que falta, y procurar perfeccionar aquello que podría estar mejor”.

Se ha considerado que la idea de bien común es de raíz cristiana toda vez que fue Santo Tomás de Aquino quien la acuñó, cf. Sánchez Agesta, L. (1963). *Los principios cristianos del orden político*. Madrid. Institutos de estudios políticos, 167, citado en Coviello, P. J. J. (2002). “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. Educa, N° 56, 11-36, esp. 23-25.

el Estado es una institución necesaria y fundamental que deriva de la naturaleza social del hombre⁷.

De acuerdo a esta filosofía, el Estado no tiene un fin para sí, sino para los individuos que lo componen. “La persona no aparece en esta visión como un ‘instrumento’ al servicio del Estado, sino que éste se presenta ante la comunidad como una organización a su servicio. Tal servicialidad es la que, al mismo tiempo, determina que el Estado [...] [sea] uno de los gerentes del bien común, [y] deba velar por su logro [...]”⁸.

Es así que “[...] el bien común es una noción clave en la concepción de persona y sociedad, pues al mismo tiempo que reafirma el valor de la persona, a cuya perfección se ordena el bien común, también destaca su sociabilidad y evita el individualismo o subjetivismo absoluto, que concibe la sociedad como mero pacto”⁹.

Por su parte, el Papa Juan XXIII ha definido el “bien común” como abarcador de “todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección”¹⁰. Al respecto, tiene dicho el mencionado Vicario de Cristo que “el hombre, por tener un cuerpo y un alma inmortal, no puede satisfacer sus necesidades ni conseguir en esta vida mortal su perfecta felicidad. Esta es la razón de que el bien común deba procurarse por tales vías y con tales medios que no sólo no pongan obstáculos a la salvación eterna del hombre, sino que, por el contrario, le ayuden a conseguirla”¹¹.

En relación con lo manifestado, y ampliando la definición antes brindada, autorizada doctrina ha afirmado que el bien común no es sino “el conjunto de condiciones materiales y espirituales, de muy variado contenido (políticas, sociales, económicas, culturales y educativas, urbanísticas y ambientales, etc.), que favorecen el normal y pleno desarrollo de la persona humana y de los grupos que integran la sociedad política y que han de ser creadas por y para todos y cada uno de sus integrantes, bajo el lúcido y limitado gobierno de la autoridad pública”¹².

De conformidad con lo hasta aquí desarrollado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, en su Opinión Consultiva OC-5/85, del 13 de noviembre de 1984, que “es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten

7 Cassagne, J. C. (2011). *Curso de Derecho Administrativo*, décima edición. Buenos Aires. La Ley, tomo I, 7.

8 Coviello, P. J. J. “Una introducción iusnaturalista al Derecho Administrativo...”. Ob. cit., 11-36, esp. 24-25; cf. Moreno Valencia. “Santo Tomás de Aquino...”. Ob. cit., 5.

9 Lafferriere, J. N. (2010). “La contribución del matrimonio al bien común: perspectivas y desafíos”. En *Prudentia Iuris*. Buenos Aires. Educa, N° 68-69, 99-124, esp. 105.

10 Juan XXIII (1961). *Mater et Magistra*. Vaticano. Colecciones documentos papales, párrafos 64-65, disponible en <http://bit.ly/1QtZZRy> (último acceso: 31-3-2015). Ver, asimismo, *Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral Gaudium et Spes*. Vaticano, 1965, párrafo 26, disponible en <http://bit.ly/1GzxThq> (último acceso: 12-6-2015), la cual define el bien común como el conjunto de condiciones de la vida social que hace posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección.

11 Juan XXIII (1963). *Pacem in Terris*. Vaticano. Colecciones documentos papales, párrafo 59, disponible en <http://bit.ly/1L3FvbJ> (último acceso: 31-3-2015).

12 Santiago, A. (h) (2010). *En las fronteras entre el Derecho Constitucional y la Filosofía del Derecho: consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons, 91.

a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos”.

Así las cosas, y atento a que el bien común –entendido éste como “un conjunto de condiciones materiales y espirituales que permiten al hombre alcanzar su plena perfección”– constituye la causa final del Estado, aquél resulta el ámbito y la medida de la actuación estatal¹³. Como consecuencia de ello, la totalidad de la actividad de los órganos y entes del Estado debería estar orientada a su logro y satisfacción¹⁴, incluso cuando se ha generado responsabilidad estatal.

a.1) El bien común en el ordenamiento jurídico argentino

Efectuadas las conceptualizaciones respecto de la noción del bien común, a continuación intentaremos describir cuál es la interpretación y la ubicación que se le da a este concepto en nuestro ordenamiento jurídico.

De acuerdo a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, la noción de “bien común” se desprende del propio Preámbulo –y contexto– de la Constitución Nacional. A raíz de un conflicto suscitado entre una norma de carácter protectorio del trabajador –que ponía en cabeza del empleador la obligación de pagar al trabajador una indemnización por el despido sin justa causa–, y los derechos constitucionales de contratar (art. 14, Constitución Nacional) y de propiedad (art. 17, Constitución Nacional), la Corte Suprema sostuvo, con relación al bien común: “De su Preámbulo y de su contexto se desprende el concepto de que la Constitución Nacional propone el ‘bienestar común’, el bien común de la filosofía jurídica clásica”. Es así que consideró que nuestra Constitución es de corte individualista. Esto no significa que la voluntad individual y libre contratación no puedan ser sometidas a las exigencias de las leyes reglamentarias, por lo cual la obligación de indemnizar al obrero, en determinadas condiciones, no resultaría contraria al derecho de contratar ni importaría una violación al derecho de propiedad¹⁵.

En otras palabras, la Constitución se propone, como gran objetivo, “promover el bienestar general”¹⁶, no sólo para los hombres del presente sino también “para nuestra posteridad y para todos los hombres del mundo que quieran habitar el suelo argentino”.

Más aún, en el fallo “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, la Corte Suprema ha puntualizado que “el bien común es el fin último de la Cons-

¹³ *Ibidem*, 96.

¹⁴ En igual sentido, Comadira, J. R.; Escola, H. J.; Comadira, J. P. (2012). *Curso de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, tomo I, 3.

¹⁵ “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179:113 (1937), cons. 4. Ampliar sobre este fallo en Lalanne, J. E. (2011). “Protección laboral: fundamentos y límites”. En *Academia Edu*. Buenos Aires, 1-19, esp. 11, disponible en <http://bit.ly/1FQ0riJ> (último acceso 12-6-2015).

¹⁶ Montejano, B. (h). *Curso de Derecho...* Ob. cit., 342, quien al respecto pone de resalto que ese bienestar general es interpretado por la Corte Suprema, desde hace más de cincuenta años, como “el bien común de la filosofía clásica”. Así, a modo de ejemplo, en el fallo “Quinteros c/ Cía. de Tranvías Anglo Argentina”, *Fallos*: 179:113 (1937), cons. 4.

titución Nacional, ley dada y aplicada por los hombres en el seno de la comunidad política”¹⁷.

Finalmente, es dable destacar lo establecido por el artículo 32 de la Convención Americana de Derechos Humanos –que reproduce parcialmente el art. XXVIII de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, y que en virtud de la reforma constitucional de 1994, forma parte del bloque constitucional argentino–, según el cual: “Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”¹⁸. He aquí el bien común plasmado en un tratado con rango constitucional.

a.2) Conclusiones parciales

El bien común constituye la causa final del Estado, su justificación y razón de ser. De allí que el accionar público debe orientarse hacia este fin y el Estado se presenta como un servidor de la comunidad.

Vimos que el bien común exige contar con escenarios que sean propicios para poder incentivar el desarrollo del hombre en todas sus esferas.

A su vez, la propia Constitución Nacional recoge este concepto como deber del Estado y la comunidad, en su Preámbulo, al referirse a la promoción del *bienestar general*.

Así, el bien común es la medida de la actuación del Estado; a él debe tender la totalidad de la actividad de éste.

Una vez efectuada la afirmación de que el Estado tiene a su cargo el gerenciamiento del bien común, debemos plantearnos el siguiente interrogante, que hace a las razones por las que el Estado deba “responder”.

b) ¿Por qué el Estado responde?

Partiendo del abandono del dogma de la irresponsabilidad es preciso identificar sobre qué bases jurídicas se asienta la obligación del Estado de resarcir los daños que causa en el ejercicio de su actividad o como fruto de sus omisiones¹⁹.

Pues bien, “En el cumplimiento de sus funciones y en el ejercicio de sus actividades, es comprensible que el Estado llegue a lesionar a los administrados o particulares, sea en sus derechos patrimoniales o no patrimoniales. De ahí surge el problema de la ‘responsabilidad del Estado’. ¿Es éste responsable por los daños que ocasione?”²⁰.

17 “Ponzetti de Balbín, Indalia c/ Editorial Atlántida S.A.”, *Fallos*: 306:1892 (1984), cons. 16, voto Dr. Petracchi.

18 Santiago. *En las fronteras...* Ob. cit., 102.

19 Mertehikian, E. (2006). *La responsabilidad pública. Análisis de la doctrina y jurisprudencia de la Corte Suprema*. Buenos Aires. Ediciones Rap, e-book, 33.

20 Marienhoff, M. S. (2008). *Tratado de Derecho Administrativo*, cuarta edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot, tomo IV, 716.

Puede decirse que, a la hora de fundamentar la responsabilidad, los autores se han valido de diversos y variados argumentos.

III. Para un acercamiento a la tesis del bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado

Para indagar en el bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado, es relevante ver la serie de fundamentos que se han esgrimido²¹. A ello dedicaremos esta sección. Puede adelantarse que, en cierto modo, todas las teorías hacen hincapié en algún principio general, que opera como fundamento o cimiento, y ese fundamento o cimiento, de alguna forma, es vinculable directamente con el bien común.

Es oportuno señalar que, según Finnis, las fuentes a las que el jurista suele acudir incluyen no solamente la jurisprudencia relevante de los más altos tribunales, los distintos estatutos y documentos constitucionales, doctrina de juristas y principios y estructuras de lógica, sino también “principios generales” que van más allá de todo esto²². A esos principios generales nos referimos con los mentados cimientos del párrafo precedente.

a) Teorías de la indemnización y de la lesión antijurídica resarcible

La teoría de la indemnización, de origen alemán y seguida en Italia por Alessi²³ y, en España, por Garrido Falla²⁴, divide la reparación por los daños provocados por el Estado según que la causa se atribuya a responsabilidad por acto ilícito (montada en la noción de culpa) o que la misma se relacione con una indemnización de Derecho Público que prescinde del dato de la culpa y se fundamenta en la igualdad de los administrados ante las cargas públicas.

Opuesta a aquella, la teoría de la lesión antijurídica resarcible, postulada por García de Enterría²⁵, intenta construir un sistema unitario. Su autor parte del criterio de la lesión, entendida como todo perjuicio antijurídico. Esta concepción no requiere otro requisito que la relación de causalidad entre el acto y el daño, y fundamenta la responsabilidad en un principio de garantía patrimonial, por el cual la responsabilidad se basa en un mecanismo objetivo de reparación que funciona in-

21 Ampliar en Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. Ob. cit., 67-80, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-2015).

22 Finnis, J. (2011). *Reason in Action*. New York. Collected Essays, volume I. Oxford University Press, 21.

23 Ver Alessi, R. (1939). *La responsabilità della Pubblica Amministrazione*. Milán. Giuffrè.

24 Ver Garrido Falla, F. (1989). “La constitucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado”. En *Revista de Administración Pública*, N° 119, 7-48, esp. 12, disponible en <http://bit.ly/1C9bPoo> (último acceso: 15-6-2015).

25 García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (1982). *Curso de Derecho Administrativo*, tercera edición. Madrid. Civitas, tomo II, 337.

dependientemente de que haya o no culpa del agente, siempre que se produzca una lesión al patrimonio privado por la actuación de la Administración²⁶.

Si se considera que el Estado tiene por finalidad el bien común, se advertirá que estas posturas, basadas en la igualdad o en el *nemine laedere*, intentan mantener el equilibrio en punto a esos dos institutos. Esto por cuanto el bien común supone su respeto.

b) Principio de igualdad

Por su parte, Cassagne sostiene que la obligación de reparar tiene como fundamento el principio de la corrección del desequilibrio causado al administrado que soporta un daño, desigualdad que requiere una justa restitución que, si bien se gradúa de un modo distinto según que provenga de la actuación legítima o ilegítima del Estado, responde a la necesidad esencial de reparar la injusticia que provoca la violación de la igualdad, de impedir la subsistencia del desequilibrio.

Según el mencionado jurista argentino, “no se trata de encontrar un principio positivo sino un principio de Derecho Natural que constituye a su vez un principio de Derecho Administrativo. Este principio no es otro que el del restablecimiento del equilibrio a fin de mantener la igualdad”²⁷.

La Corte Suprema, en relación a la igualdad y bien común, sostuvo en “Neville, Jorge Andrés c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ derechos adquiridos”: “La igualdad a la que nuestra Ley Fundamental se endereza es la que se detiene en las diferencias con el propósito de que las normas las recojan, y, armonizándolas, provean al afianzamiento de la justicia y a la consecución del bien común dentro de una sociedad pluralista”²⁸.

De lo reseñado se deduce una importante conclusión: la vinculación directa entre igualdad, bien común y su rol –cuando el Estado responde– en el restablecimiento del equilibrio.

Ahora bien, el equilibrio (el mantenimiento de la igualdad a través de la restitución) solo no basta, pues se requiere que armonice con el bien común y se encuentre a su servicio. Se volverá sobre ello en la sección IV.

c) Principios previstos en la Constitución Nacional

Gordillo, con criterio *prima facie* normativista pero también principista, encuentra el fundamento de la responsabilidad estatal “en la normativa constitucional, siendo que las disposiciones más importantes al respecto figuran en los arts. 14

²⁶ Cassagne. *Curso de Derecho...* Ob. cit., tomo I, 395-396.

²⁷ El texto corresponde a Cassagne, J. C. (1982). “En torno al fundamento de la responsabilidad del Estado”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 99, 937-945, esp. 944, citado en Bianchi, A. B. “Panorama actual de la responsabilidad del Estado en el derecho comparado”. En *La Ley*, 1996-A, 922-953, esp. 929.

²⁸ “Neville, Jorge Andrés c/ Banco Popular Argentino S.A. s/ derechos adquiridos”, *Fallos*: 308:1361, cons. 4, voto del Dr. Petracchi (1986).

a 20, es decir, los derechos individuales que el Estado no puede alterar. El Estado tiene, por ello, el deber jurídico de no dañar y la imperatividad de ese deber surge del Preámbulo [...]”²⁹.

Así, se advierte que estos principios constitucionales en definitiva responden a un imperativo impuesto por la misma Constitución, imperativo que es el de promover el bienestar general, esto es, la consecución del bien común.

d) El Estado de Derecho y sus postulados

En línea similar con lo anterior, el maestro Marienhoff entiende, en opinión luego coincidente con autores como Mertehikian³⁰, que el fundamento del instituto en estudio reposa en el denominado Estado de Derecho y sus postulados, cuya finalidad es *proteger el Derecho*.

De esos postulados –los cuales forman un complejo de principios tendientes a lograr la seguridad jurídica y el respeto del derecho de los administrados– surge, según dicho doctrinario, el fundamento de la responsabilidad estatal en el campo del Derecho Público. Nótese al respecto que ese complejo de principios implica el conjunto de condiciones que persigue el bien común.

Los principios aludidos resultan de la Constitución Nacional, como así de las generosas expresiones de su Preámbulo y de ciertos principios capitales del Derecho (“no dañar a otro”, “dar a cada uno lo suyo”)³¹. Entre ellos se destacan:

- 1° El respeto del *derecho a la vida* y, en general, a la integridad física del hombre consagrados implícitamente en artículos como el 16.
- 2° El respeto a los *derechos adquiridos* o, en otras palabras, el respeto a la *propiedad*, conforme surge del artículo 17 de la Constitución.
- 3° Las específicas normas sobre *expropiación* por utilidad pública, calificada por ley y previamente indemnizada.
- 4° La *igualdad ante las cargas públicas* (art. 16 de la Constitución Nacional).
- 5° El *afianzamiento de la justicia*³².

29 Mertehikian, *La responsabilidad pública...* Ob. cit., 37.

30 Ídem n. 28.

31 Marienhoff. *Tratado de Derecho...* Ob. cit., tomo IV, 725.

32 Ver Suprema Corte de Buenos Aires, “Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa”, del 2-6-1987, sentencia publicada en *Rap* N° 112, 81 y ss., esp. disidencia del Dr. Cavagna Martínez, quien expresa: “El fundamento de la responsabilidad estatal aludida, dentro del Estado de Derecho, reside en la justicia y en la seguridad jurídica, siendo la obligación de indemnizar corolario lógico [...]. La justicia se hace presente, como es lógico, en toda índole de relaciones generadoras de Derecho. Si según hemos dicho el Estado es o debe ser justicia [...] no puede quedar excluida cuando se trata de distribuir entre los ciudadanos esa especie de carga pública del daño previsible o no causado por los individuos físicos o por las cosas del servicio público”. Dicha sentencia fue revocada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro s/ demanda contencioso administrativa”, *Fallos*: 312:1394 (1989). Puede ampliarse en: Bianchi, A. B. (1989). “El caso ‘Promenade’ y la llamada inderogabilidad singular de reglamentos en un controvertido fallo”. En *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, vol. 1989, 377-391.

- 6° El reconocimiento de *derechos esenciales* (mencionados en el artículo 14 de la Constitución).
- 7° *Las garantías a la libertad* (artículo 18 de la Constitución).
- 8° El que surge del artículo 15 de la Ley Suprema, en cuyo mérito “en la Nación Argentina no hay esclavos; los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración”.
- 9° El artículo 100 de la Ley Suprema, del cual se deduce la posibilidad de someter a *juicio* al Estado.

Si nos detenemos en cada uno de estos postulados notaremos que en ellos se ven reflejadas las condiciones o cierta mínima coordinación que supone el bien común. El derecho a la vida, el respeto a la propiedad, la libertad, entre otros, importan la realización de la persona, fin que supone el bien común y ante lo cual el Estado ha de responder por el respeto que le debe a los distintos derechos que le asisten a la comunidad.

e) La equidad y la moral

La doctrina que basa la responsabilidad del Estado en la equidad tiene su origen en el jurista germano, Otto Mayer³³. A partir del momento en que los perjuicios ocasionados por la actividad del Estado afectan a un individuo de manera desigual y desproporcionada, empieza a actuar la equidad y cuando el perjuicio se traduce en un daño material correspondiente al pasaje de valores que se halla en la repetición de lo indebido, habrá lo que se llama el sacrificio especial, que corresponde al enriquecimiento sin causa y que debe indemnizarse. La compensación se hace aquí por medio de una indemnización pagada por la caja común, lo que significa la generalización del sacrificio especial, correspondiente a la restitución de valores que han pasado en pugna con la equidad³⁴. Por ende, ante todo perjuicio que pueda ocasionar el Estado va a entrar en juego la equidad, que va a obrar, en miras al bien común, restaurando la situación que ha generado un sacrificio especial.

f) Prohibición de dañar a otro

Por otra parte, cabe hacer mención al fundamento de la reparación de daños causados por la actividad lícita de la Administración expuesto por Cuadros vinculado a “la transgresión al principio constitucional que prohíbe dañar a otro y que permite calificar como antijurídicas tales actividades”³⁵. Ello, en virtud de lo señalado

33 El texto corresponde a Mayer, O. (1982). *Derecho Administrativo alemán* (Heredia, Horacio H, trad.), segunda edición. Buenos Aires. Depalma, tomo IV, 215, citado en Barraza, J. I. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires. La Ley, 591.

34 Barraza, J. I. (2005). *Manual de Derecho Administrativo*. Ob. cit., 591.

35 Cuadros, O. A. (2008). *Responsabilidad del Estado. Fundamentos. Aplicaciones. Evolución jurisprudencial*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 184.

por el artículo 19 de la Constitución Nacional, del cual surge la regla *alterum non laedere*.

El no dañar a otro implica una condición ínsita en el bien común ya que el Estado en aras a la persecución del interés general ha de evitar todo perjuicio a la sociedad.

De tal modo que la regla *alterum non laedere* supone también la concreción del bien común.

g) Estado de Justicia

Finalmente Sacristán nos da una visión de la responsabilidad estatal desde la perspectiva de la justicia³⁶. Sostiene que podría propiciarse la fundamentación de la responsabilidad estatal en el Estado de Justicia, en la especie, un Estado de Justicia Distributiva, por cuanto la relación jurídica involucrada es de justicia distributiva, donde el Estado gobierna, distribuye. Ahora, esto, según la autora, no implicaría excluir a la Justicia Conmutativa, es decir, no conllevaría excluir las conmutatividades involucradas en la relación jurídica de Derecho Público de que se trate, puesto que la comprende o incluye. Expresa lo siguiente: “A modo de ejemplo, consideremos los intercambios patrimoniales de la responsabilidad estatal contractual, de perfil *prima facie* conmutativo: si me deben el importe de un certificado de obra por etapa de la obra bien realizada, habrá conmutatividad en esa relación y sus efectos. Pero, además, como la entrega de esa porción de la obra es debida en interés de las partes –contratista y Estado comitente– y en interés de la comunidad toda –que disfrutará de la obra real o potencialmente–, la responsabilidad emergente involucrará, también, justicia distributiva”³⁷.

Desde el punto de vista del bien común, considera que en ambos casos –justicia distributiva y conmutativa–, como el Estado apunta a facilitar el bien común, responderá como medio de alcanzarlo o conservarlo o mantenerlo. De este modo vemos que también analizando la responsabilidad desde la perspectiva de la justicia encontramos, más allá de ésta, el bien común.

h) A modo de conclusión parcial

Hecho este recorrido por las distintas teorías que ha elaborado la doctrina a la hora de fundamentar el Estado, podemos extraer la conclusión de que el complejo de todas ellas encierra, en definitiva, el ideal de bien común. Ya sea que hablemos de igualdad, de los principios que emergen de nuestra Constitución, del Estado de Derecho o bien del Estado de Justicia, siempre en última instancia nos estaremos

36 Cf. Sacristán, E. B. (2015). “Fundamentos iuspublicistas de la responsabilidad del Estado. Una visión desde la justicia distributiva y conmutativa”. Ob. cit., 67-80, disponible en <http://bit.ly/1KLT69E> (último acceso: 12-6-/2015).

37 *Ibidem*, 77-78.

refiriendo a postulados que convergen en la realización del bien común, como una unidad. Es por ello que si nos detenemos a analizar lo que se encuentra detrás de estas teorías, veremos que el bien común viene a englobar a todas ellas como fundamento. Pasemos entonces a ocuparnos de él en el acápite siguiente.

IV. El bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado

Llegados a este punto estamos en condiciones de afirmar que el bien común es el fundamento último de toda responsabilidad del Estado. El papel que juega, en materia de responsabilidad del Estado, es crucial: sirve para fundarla, para brindarle razón de ser. Las razones que permiten este aserto son de doctrina iusadministrativa, de doctrina iusfilosófica, de orden jurisprudencial.

Pasemos a revisar cada una de estas tres series de razones, para luego dar nuestra opinión.

a) Doctrina iusadministrativa

En sentido concordante con la tesis que más adelante exponremos se encuentra Altamira Gigena. Este autor encuentra el fundamento doctrinario de la responsabilidad del Estado en el bien común. Sostiene –con novedoso criterio doctrinario, para la época– que uno de los fines del Estado es propender al bien común y el Preámbulo de nuestra Constitución establece enfáticamente que los gobernantes deben promover el bienestar general. Es así que conforme a su postura a los gobernantes les compete la defensa de la sociedad que gobiernan y a todos sus miembros, pero al proteger los derechos de la sociedad deben tener principalmente en cuenta a aquellas personas que se han visto perjudicadas por un acto de la Administración o de un funcionario público. En resumen, el Estado responde a los efectos del bien común: “Es decir, el bien de toda la comunidad y ella no puede encontrarse plenamente satisfecha si un miembro o un grupo de sus miembros sufre los daños producidos por la actividad de la Administración: por lo tanto, le corresponde indemnizar los perjuicios que ocasione”³⁸.

b) Doctrina iusfilosófica

Otro apoyo a nuestra postura está en la obra de Finnis. Dicho jurista entiende que el fundamento de las características, postulados e instrumentos distintivos del Derecho, básicamente, está en la exigencia de que las actividades de los individuos, las familias y las asociaciones especializadas estén coordinadas. De allí la raigambre tomista de su concepción. En esta línea de pensamiento, hacer frente al bien común requiere así, según Finnis, un conjunto coordinado de condiciones. Esta coordinación

³⁸ Altamira Gigena, J. (1973). *Responsabilidad del Estado*. Buenos Aires. Astrea, 88.

se verá afectada cuando haya problemas de distribución de recursos, responsabilidades, ventajas, roles y cargos en general, el acervo común y los inconvenientes de la empresa común, que no sirven al bien común si no son y mientras no son asignados a individuos particulares³⁹. Es por eso que creemos concordante esta teoría con la nuestra ya que cuando esa coordinación presente fallas es ahí donde el Estado va a tener que responder: ese sería el fundamento.

Finnis sostiene: “Alguien (e.g. los padres) debe decidir cómo han de ser educados los niños; en la comunidad política deben tomarse decisiones sobre la administración y uso de los recursos naturales, sobre el uso de la fuerza, sobre el contenido o las formas de comunicación permitidas, y sobre los otros muchos problemas de conciliar entre sí los aspectos de la justicia, y de conciliar los derechos humanos entre sí y con otros ejercicios en conflicto del mismo derecho y con la salud pública, el orden público y cosas semejantes. En un sentido amplio de ‘problema de coordinación’, éstos son todos problemas de coordinación que necesitan una solución”. De manera que la acción, según Finnis, siempre debe estar dirigida hacia el bien común y esto supone una coordinación entre las distintas alternativas⁴⁰. Ello pues la comunidad ha de analizarse en términos de bien común⁴¹.

Finnis define al bien común como “[...] un conjunto de condiciones que capacita a los miembros de una comunidad para alcanzar por sí mismos el valor (o los valores), por los cuales ellos tienen razón para colaborar mutuamente (positiva y/o negativamente) en una comunidad [...]”⁴². De este modo, la comunidad política resulta responsable de asegurar dicho conjunto a los efectos de favorecer la realización, por cada individuo en la comunidad, de su desarrollo personal. Es menester aclarar que el resultar responsable (*responsible*) genéricamente necesitará del sistema jurídico de que se trate para el resultar responsable (*liable*) en el caso.

c) Doctrina de orden jurisprudencial

Es importante destacar el rol de la jurisprudencia a la hora de poder sustentar nuestro fundamento, ya que se ha sostenido que “los precedentes ‘crean’ Derecho Administrativo; la jurisprudencia ‘es’ una suerte de reglamentación de la ley administrativa”⁴³ y por tal motivo necesariamente debemos tenerla en cuenta.

Es así que en ella también encontramos al bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado. A continuación traeremos a colación distintos fallos que así lo consideran.

39 Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales* (Madrid Ramírez, Raúl, trad.). Buenos Aires. Abeledo Perrot, 178.

40 *Ibidem*, 262.

41 Aristóteles. *Política*. I, 1:1252^a2.

42 Finnis, J. *Ley natural...* Ob. cit., 183-184.

43 Sacristán, E. B. (200). “La jurisprudencia como fuente del Derecho Administrativo”. En AA VV, *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del Derecho Administrativo*. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Facultad de Derecho. Buenos Aires. Ediciones Rap, 121-137, esp. 135, disponible en <http://bit.ly/1Bc57CY> (último acceso 12-6-2015).

En “Carlos Alberto Galanti c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”⁴⁴, se le cuestionaba, a una comuna, la existencia de terrenos baldíos como consecuencia de demoliciones para poder trazar una autopista. Es así que un vecino promovió acción de daños y perjuicios en virtud del uso que se hacía de esos terrenos ya que estos se habían convertido en basurales y refugio de vagabundos.

La Corte Suprema rechazó el planteo por cuanto consideró que no constituía una lesión indemnizable. Ahora, en lo que nos respecta, sostuvo lo siguiente: “Tratándose de los daños ocasionados en el cumplimiento de las funciones administrativas, al resarcirse el sacrificio individual no debe perderse de vista que la satisfacción del interés público constituye un mandato imperativo de la comunidad del Estado e importa, indudablemente, un beneficio para cada uno de sus integrantes que, en ese sentido, no pueden pretender eximirse completamente de la carga particular que supone, necesariamente la realización del bien común”. En los autos que traemos a colación la Corte no verificó que se haya producido una privación o lesión al derecho de propiedad y que aquélla fuera consecuencia directa e inmediata del obrar del Estado.

En “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”⁴⁵, se interpuso una acción de amparo a los efectos de que el Estado fuera obligado a producir una vacuna (Candid I) contra la Fiebre Hemorrágica Argentina. La Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal hizo lugar a la acción de amparo interpuesta y ordenó al Estado que cumpliera con el compromiso. El mismo se había originado cuando éste, a través del Ministerio de Salud y Acción Social, asumió producir la vacuna tendiente a combatir la fiebre hemorrágica argentina y no cumplió, incurriendo en omisiones lesivas de derecho a la salud de la población, potencialmente afectada por la dicha enfermedad.

En lo que nos interesa, en la sentencia de la Cámara dictada en “Viceconte”, citado, se pone de resalto: “El objetivo preeminente de la Constitución Nacional, según lo expresa en el Preámbulo, es lograr el bienestar general, esto es, la justicia social, cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización”. Es así que el propio Estado se obliga a dictar las normas necesarias y a cumplirlas, es decir, que asumió un compromiso de organizar los servicios y prestaciones previstas, todo esto en orden a la necesidad de proveer al bien común, considerando a éste como “el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible, tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros, el logro más pleno y más fácil de su propia perfección. [...] Que el bien común, cometido esencial de la sociedad organizada, se logra a través de fines que sólo pueden ser alcanzados por el Estado mismo, tales como la defensa nacional, o la justicia en sus manifestaciones más frecuentes y comunes. Pero hay otros fines que el Estado asimismo procura y que son concurrentes, en tanto su alcance no corresponde en exclusividad al Estado,

44 “Carlos Alberto Galanti c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, *Fallos*: 310:2824 (1987).

45 CNACAF, Sala V, “Viceconte, Mariela C. c/ Ministerio de Salud y Acción Social”, del 2-6-1998, considerandos 7, 8 y 10, publicada en *La Ley*, 1998-F, 102-105, esp. 03.

sino puede determinar también la acción de los particulares o de otras sociedades (cf. *Fallos*: 305:1524)⁴⁶.

Por otra parte, en “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar” se sostuvo, con énfasis en la persona como eje del sistema jurídico: “[...] el sistema constitucional, al consagrar los derechos, declaraciones y garantías, establece las bases generales que protegen la personalidad humana y, a través de su norma de fines, tutela el bienestar general. De ahí que el eje central del sistema jurídico sea la persona en cuanto tal, desde antes de nacer hasta después de su muerte”⁴⁷.

A su vez, en “Azzetti, Eduardo Narciso c/ la Nación - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. seguridad”⁴⁸, se hizo hincapié en la comunidad y responsabilidad estatal. En el caso, un miembro retirado del Ejército Argentino planteó demanda contra la Nación - Estado Mayor General del Ejército, a raíz de sufrir un accidente como consecuencia de su participación en el conflicto armado del Atlántico Sur.

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara que rechazara la demanda de Azzetti. Mas en un *obiter dictum* consideró: “El fundamento de la obligación del Estado de resarcir ciertos daños que guarden relación de causalidad con el ejercicio regular de sus poderes propios se halla, en última instancia, en el beneficio que toda la comunidad recibe de las acciones que el Estado promueve por el interés general y cuyas consecuencias eventualmente dañosas no es justo que sean soportadas exclusivamente por un individuo o grupo limitado –más allá de un límite razonable–, sino que deben redistribuirse en toda la comunidad a fin de restablecer la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional”.

También es dable traer a colación el caso “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento”⁴⁹. En este caso, un titular de un certificado de depósito a plazo fijo, cuyo vencimiento operaba en enero de 1990, fue alcanzado por las previsiones del Decreto N° 36/1990 o Plan Bonex. Demandó al Estado Nacional –con apoyo en la doctrina de la responsabilidad por el obrar lícito del Estado– reclamando las sumas consignadas en el título. El Tribunal entendió que la pretensión del actor, fundada en los principios que rigen la responsabilidad del Estado por su obrar lícito, no podía prosperar en virtud de la doctrina sentada en el legendario “Peralta”⁵⁰. Es así que se consideró que el dictado del decreto fue para conjurar una situación –de conocimiento público y notorio de grave riesgo social.

En lo que hace al bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado, el fallo “Manzi” citado destacó: “La responsabilidad del Estado por su obrar lícito

46 Ídem n. 45. Ver también “Sociedad de Beneficencia La Capital c/ Nación Argentina”, *Fallos*: 305:1524 (1983), cons. 2.

47 Puede verse, a su vez, “Bahamondez, Marcelo s/ medida cautelar”, *Fallos*: 316:479 (1993), cons. 13, del voto de los Dres. Barra y Fay.

48 “Azzetti, Eduardo Narciso c/ Nación Argentina - Estado Mayor General del Ejército s/ accidente en el ámbito militar y f. seguridad”, *Fallos*: 321:3363 (1998), cons. 8.

49 “Manzi, Carlos A. c/ Estado Nacional (Ministerio de Economía) s/ juicio de conocimiento”, *Fallos*: 320:955 (1997), cons. 11.

50 “Peralta, Luis Arcenio y otro c/ Estado Nacional (Mrio. de Economía BCRA) s/ amparo”, *Fallos*: 313:1513 (1990).

con el propósito de resarcir el desmedro patrimonial que experimenta el particular a raíz de un acto estatal que se traduce en un beneficio para toda la comunidad, es decir, que la condición implícita que torna viable esta doctrina consiste en la materialización del bienestar general, lo que supone la relación armónica entre el interés individual y el bien común, de modo tal que la protección del primero no debe prevalecer a ultranza en detrimento de la realización del segundo”. En suma, mediante esta concepción se procura amparar el derecho de propiedad. Ahora, en este caso, la Corte Suprema consideró que la admisión generalizada de pretensiones análogas a la deducida no conduciría a proteger el derecho de propiedad sino a obstaculizar la labor del gobierno.

Otra jurisprudencia relevante la encontramos en “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”⁵¹. En este caso, Agropecuaria del Sur S.A. inició demanda contra la Provincia del Neuquén y la Dirección Provincial de Vialidad por los daños y perjuicios ocasionados por la violación de su derecho de propiedad garantizado por el art. 17 de la Constitución Nacional. En su establecimiento agropecuario existía, entre las tranqueras de unos parajes, un camino de carácter interno que había sido motivo de conflictos. Lo que sucedió es que a raíz de la presión ejercida por diversos grupos de la zona, las autoridades provinciales se habían comportado como si aquél fuera un camino propiedad de la provincia e integrante de su red vial, ofreciendo su uso al público en general. El conflicto que dio origen al litigio se suscitó cuando la actora intentó el cierre de las tranqueras que dan acceso al camino para proteger su propiedad de los constantes robos de que era objeto y la Comunidad Mapuche Zúñiga se consideró damnificada ante el cierre de dichas tranqueras, de manera que solicitó una medida cautelar tendiente al mantenimiento de la apertura de las tranqueras.

La decisión de la Corte Suprema fue rechazar la demanda de la Comunidad Mapuche. En lo que nos atañe, entendió: “Cuando la responsabilidad del Estado por su actividad lícita, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos”. Consideró que las sentencias y demás actos judiciales no pueden generar responsabilidad de tal índole ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular.

También en “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”⁵², la Corte Suprema hizo hincapié en el bien común a la hora de responsabilizar al Estado. Lo que sucedió fue que, frente al peligro inminente de interrupción de entrega de medicamentos para tratar el síndrome de inmunodeficiencia adquirida que estaba padeciendo un niño, su ma-

51 “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”, *Fallos*: 326:1238 (2003), cons. 3 del voto del Dr. Moliné O'Connor. Pueden verse, en el mismo sentido, “García, Ricardo Mario y otra c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 315:1892 (1992), cons. 5; “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 324:1253 (2001), cons. 5; “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 326:847 (2003), cons. 7.

52 “Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social – Estado Nacional s/ amparo Ley N° 16.986”, *Fallos*: 323:1339 (2000), cons. 9.

dre, junto a un grupo de organizaciones no gubernamentales, promovió una acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social con el objeto de hacer cesar el acto lesivo que privara de la prestación necesaria para el niño con menoscabo de los derechos a la vida y a la salud garantizados por la Constitución Nacional y los tratados internacionales sobre derechos humanos.

La Corte Suprema confirmó la sentencia de Cámara que hiciera lugar a la acción de amparo. Al respecto, aquélla afirmó: “Esta Corte desde sus inicios entendió que el Estado Nacional está obligado a ‘proteger la salud pública’ (*Fallos*: 31:273), pues el derecho a la salud está comprendido dentro del derecho a la vida que es ‘el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que, obviamente, resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional’ (*Fallos*: 302:1284; 310:112)”. Así, recordó que “En el Preámbulo de la Constitución Nacional ya se encuentran expresiones referidas al bienestar general, objetivo preeminente en el que, por cierto, ha de computarse, con prioridad indiscutible, la preservación de la salud (*Fallos*: 278:313, consid. 15)”.

No obstante lo dicho, la Corte Suprema, en “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”⁵³, adoptó otro parecer. Se trataba de una demanda de daños y perjuicios contra la Provincia de Río Negro y la Municipalidad de San Carlos de Bariloche (por omisión) y contra la empresa Parapente Bariloche S.R.L. por un accidente que generó una parálisis.

En “Cohen”, el más alto Tribunal rechazó la demanda y sostuvo: “El deber genérico de proveer al bienestar y a la seguridad general no se traduce automáticamente en la existencia de una obligación positiva de obrar de un modo tal que evite cualquier resultado dañoso, ni la circunstancia de que éste haya tenido lugar autoriza *per se* a presumir que ha mediado una omisión culposa en materializar el deber indicado”. Esto, por cuanto sostener lo contrario significaría tanto como instituir al Estado en un asegurador anónimo de indemnidad frente a cualquier perjuicio ocasionado por la conducta ilícita de terceros, por quienes no está obligado a responder. Se infiere, de ello, que responde en la medida del alcance de su potencial asegurador.

Como puede verse a partir de esta jurisprudencia, el bien común se presenta como un mandato imperativo respecto del cual el Estado ha de dirigir su acción tendiente a su logro efectivo. Objetivo que surge claramente de la Constitución y que, a su vez, importa mantener una relación armónica entre el bien individual y el común. De manera que todo detrimento que el Estado pueda causar al bienestar general produce su consecuente responsabilidad y debe ser atendido. No obstante es importante recalcar que esto no convierte al Estado en garante de todo o en asegurador ilimitado.

Finalizadas estas referencias a los distintos órdenes de la doctrina que nos sirven de apoyo, pasaremos a dar nuestra opinión.

⁵³ “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 329:2088 (2006) cons. 10.

d) *Nuestra opinión*

Teniendo en cuenta que el bien común se identifica con las condiciones sociales que permitan a los miembros de la comunidad el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección, de acuerdo con lo expuesto se va requerir toda una coordinación en la cual el Estado va tener que dirigir su acción hacia este bien común. De manera que toda acción u omisión que produzca un menoscabo en los derechos del administrado –y que, de esta forma, al verse afectada la realización personal genere un perjuicio a la hora de concretar el bien común– va a colocar al Estado en el rol de responsable. De manera coincidente con ello, Levene tiene dicho, en lo que aquí interesa: “La Autoridad [...] debe prescribir lo que fuera necesario para proteger la vida, la libertad y la propiedad del individuo y demás derechos fundamentales, asegurando el bien común que por el ejercicio del gobierno obtendrá –pero sólo lo necesario– y siempre conservando su fundamento del interés general, por cuanto el sacrificio de las personas no debe exceder los límites que el Derecho Positivo (por los primeros), o el Derecho Natural y la Ley Fundamental Positiva (por los demás), entrelazadamente, le han fijado al Estado como categóricos principios”⁵⁴.

Tal es así que cuando la doctrina sostiene que el Estado responde como consecuencia de la violación al derecho de propiedad, o al principio de igualdad ante las cargas públicas, en última instancia, se está refiriendo –debemos ponerlo de resalto– al incumplimiento del fin para el cual aquél fue establecido, que no es otro que el de alcanzar el bien común.

Con igual énfasis, tenemos que reparar en que, al dañar a un particular en virtud de una conducta ilícita, el Estado no estaría dando a cada uno lo suyo, y menos aun otorgando las condiciones necesarias para que dicho individuo alcance su propia perfección.

En lo que hace a la responsabilidad por actividad lícita se observa claramente que el bien común juega el doble papel de ser fundamento de la actuación u omisión del Estado, así como fundamento de su responsabilidad al dar origen a la configuración del requisito del denominado “sacrificio especial”.

El Máximo Tribunal, como se mencionara antes, ha señalado, en “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia d s/ daños y perjuicios”: “[...] cuando la actividad lícita estatal, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares –cuyo derecho se sacrifica por aquel interés general–, esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito”⁵⁵.

La doctrina tiene dicho que tal clase de responsabilidad, “sólo es procedente cuando se demuestre el sacrificio especial, pues de lo contrario se estaría atentando

⁵⁴ Levene, J. (2000). “La solidaridad como concepto constitucional - El Estado sólo funda la legitimidad de sus imposiciones en el principio del bien común. La estructura del mismo puede estar, de modo voluntario, integrada por la virtud de la solidaridad”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 189, 886-899, esp. 888-889.

⁵⁵ “Carucci viuda de Giovio, Filomena c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 324:1253 (2001), cons. 5. En el mismo sentido, “Agropecuaria del Sur S.A. c/ Neuquén, Provincia del y otro s/ ordinario”, *Fallos*: 326:1238 (2003), cons. 3 del voto del Dr. Moliné O’Connor; “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, *Fallos*: 326:847 (2003), cons. 7.

contra el bien común al pretender, una de las partes del todo comunitario, excluirse sin título válido de las obligaciones (soportar las cargas) que impone la vida en común [...]”⁵⁶.

Así las cosas, el Estado tiene una doble obligación: atender las necesidades de los particulares y propender al bien común.

Veámoslo en una sentencia que trae a colación Altamira Gigena⁵⁷. En los autos “Defensora del Niño y del Adolescente c/ Provincia del Neuquén”⁵⁸, nos encontramos frente a la renuncia de dos anestesistas pertenecientes a un hospital de la ciudad de Neuquén. Lo que se pretendió fue el mantenimiento de la dotación de médicos anestesistas hasta tanto se lograra reemplazarlos. Lo alarmante de la situación fue que no se presentaron candidatos en la convocatoria para cubrir dichas vacantes. Es así que se solicitó una medida restrictiva del derecho personal a la libre elección de trabajar, por entenderse que, sobre el interés individual de los médicos renunciantes, se halla el interés de la comunidad, poniendo en riesgo la protección de la salud y vida de la población, expresamente contemplado en los tratados y concordatos que tienen jerarquía superior a las leyes –art. 75 inc. 22, Constitución Nacional– y las leyes que regulan el ejercicio de la medicina. La Sala interviniente decidió intimar al Superior Gobierno provincial, a garantizar la prestación de los anestesistas renunciantes, por entender que no hay derechos absolutos, y el derecho de trabajar de los anestesistas estaba sujeto a las limitaciones que circunstancias excepcionales podían imponer, por un tiempo prudente, y con la debida compensación a las afectaciones que se produzcan.

Específicamente, y como lo pone de resalto el autor citado, al “admitir las renunciaciones de los anestesistas podría incurrirse en el delito de abandono de personas (art. 106 del Código Penal); ya sea colocando en situación de desamparo, o abandonando al ciudadano a su suerte incapaz de valerse, teniendo el Estado que proveer los medios de atención y cuidado necesario, por constituir una obligación indelegable. De lo expuesto resulta que el fundamento central de la resolución de la Sala de la Cámara Civil fue la primacía del ‘bien común’ y del bienestar general, que son las finalidades de una sociedad organizada, que se encuentra en la naturaleza del hombre, y nace de la cooperación de todos, por cuanto se completan las fuerzas de los individuos y llegan a una acción común más intensa en interés de toda la comunidad”⁵⁹.

Es así que los derechos y las ventajas particulares deben, en ocasiones extremas, posponerse frente al bien común; sin embargo, el Estado queda obligado a

56 Barra, R. (1991). “Responsabilidad del Estado por sus actos lícitos”. En *El Derecho*. Buenos Aires, tomo 142, 930- 940, esp. 937-938.

57 Altamira Gigena, J. (2008-E). “El bien común rige las necesidades individuales”. En *La Ley*. Buenos Aires, 184-187, esp. 184-185.

58 CCiv. Neuquén, Sala I, “Defensora del Niño y del Adolescente c/ Provincia del Neuquén”, medida cautelar del 12-9-2007, publicada en: <http://200.41.231.85/cmoext.nsf/50485130b2b91bb1032570a100494097/0f6f035d58bb9173032573a10053203b?OpenDocument> (último acceso: 21-6-2015); y sentencia de fondo del 3-11-2007, publicada en: <http://200.41.231.85/cmoext.nsf/b96d7cc80507c301032576fe00487867/1a3e0c0f46928cb1032573a8004dab9e?OpenDocument> (último acceso: 21-6-2015).

59 Altamira Gigena. “El bien común rige...”. Ob. cit., 184-185.

indemnizar a aquellos particulares cuyos derechos han sido sacrificados en bien de la comunidad, tal como lo ha destacado la doctrina⁶⁰.

Desde esta perspectiva, “es célebre la certera frase con que Ortega y Gasset describe el modo en que se desarrolla la vida del hombre: ‘el hombre es él y sus circunstancias’. El bien común político comprende en buena medida esas circunstancias, ese entorno, ese contexto, en el que se desarrolla la existencia de cada persona humana”⁶¹. Y el Estado debe responder cuando esas condiciones, ese “[...] conjunto de los supuestos sociales, que hacen posible a los miembros de una sociedad la realización de sus cometidos culturales y vitales en libre actuación”⁶², aparece afectado, por la sencilla razón de que su deber es la concreción del bien común en cuanto tal. El bien común es, incluso, recogido por el Preámbulo de nuestra propia Constitución como un imperativo que manda a “promover el bienestar general”.

Por los motivos señalados –a modo de síntesis– consideramos que el fundamento de la responsabilidad del Estado reposa en el bien común.

V. Conclusiones

Todo lo dicho en los párrafos precedentes puede conducir a la siguiente síntesis:

Partiendo de las enseñanzas aristotélico-tomistas, inquirimos en la cuestión del bien común como fundamento de la responsabilidad del Estado (sección I).

Es así que el bien común constituye la causa final del Estado. Le compete a éste su gerenciamiento, lo cual implica hacer propicio un conjunto de condiciones para el desarrollo de cada uno de los individuos y de la comunidad toda. Deber que incluso se haya patente en nuestro ordenamiento positivo, al establecer nuestra propia Constitución el promover el bienestar general. De modo tal que el Estado responde frente a la lesión que pueda ocasionar a los particulares (sección II).

A los efectos de acercarnos a la alternativa que proponemos hicimos referencia a cierta doctrina que ha estudiado el tema, tanto desde el Derecho Administrativo como Constitucional y Civil, pues ella repara en diversos institutos que, en definitiva, reposan todos en una idea de bien común (sección III).

Finalmente, desde la doctrina iusadministrativa, iusfilosófica y jurisprudencial, puede arribarse a la conclusión de que aquello que está detrás de la responsabilidad del Estado es el bien común (sección IV).

Este fundamento resulta crucial a la hora de entender el accionar del Estado ya que éste ha de coordinar toda su actividad a los efectos de que ningún individuo sufra algún menoscabo en tal conjunto de condiciones, que implique imposibilitar la concreción del bien común. Si lesiona, entonces debe responder, esto es, reparar los daños producidos, con el sólo fin de mantener intacta esa coordinación.

60 El texto corresponde a Forsthoff, E. (1958). *Tratado de Derecho Administrativo*, traducción de la quinta edición alemana hecha por Luis Legaz y Lacambra, Fernando Garrido Falla y Gómez de Ortega y Junge. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 426. Ver, también, Mertehikian, E. *La responsabilidad...* Ob. cit., 38.

61 Santiago. *En las fronteras...* Ob. cit., 90.

62 Altamira Gigena. “El bien común rige...”. Ob. cit., 185.

PARTE III

NOTAS Y COMENTARIOS

**EL CONCEPTO DE “VIDA PRIVADA” EN LA
FECUNDACIÓN HETERÓLOGA Y EL DIAGNÓSTICO GENÉTICO
PREIMPLANTATORIO. A PROPÓSITO DE LA STEDH
“COSTA Y PAVAN C/ ITALIA”, DEL 28 DE AGOSTO DE 2012***

*The Concept of “Privacy Life” in Heterologous Fertilization
and Preimplantation Genetic Diagnosis. About the ECHR decision
“Costa and Pavan vs. Italy”, on august 28, 2012*

José Antonio Santos**

1. Introducción

Esta ocasión me brinda la oportunidad de realizar algo más que un mero comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), “Costa y Pavan c/ Italia”. Es decir, voy a esbozar una toma de postura prescriptiva contraria a la filosofía individualista de fondo del TEDH respecto al presente caso, en base a un discurso jurídico-filosófico.

La frivolidad del TEDH a la hora de tratar algunos temas de bioética y bio-derecho se enmarca en el uso de un lenguaje políticamente correcto y de cierto consenso pragmático, recubierto en ocasiones de ropajes jurídico-formales, en lo concerniente al amplio artículo 8º del CEDH¹. Cuestiones vitales en la configuración de la realidad humana que deben tratarse desde una óptica comprometida con uno mismo y con el tiempo que le ha tocado vivir. Con semejante punto de vista resulta clave otorgar a las palabras un contenido, pero sobre ello siempre subyace el miedo a que las palabras acaben diciendo lo que *nosotros* queremos que digan.

* Originalmente fue una intervención realizada en el marco del XII Seminario del Capítulo Jurídico de AEDOS sobre “La protección de la ‘vida privada’ en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”, celebrado el día 7 de marzo de 2015, en la Universidad Pontificia de Comillas.

** Doctor Europeo en Derecho, Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Rey Juan Carlos.

1 Dice así: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. “2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En el ámbito jurídico, en ocasiones, ese nosotros puede ser asumido por algún alto tribunal².

Las cuestiones bioéticas y biojurídicas acaban en una especie de pacto, provocando que pensamientos bienintencionados puedan tornarse erróneos al haberse valorado de forma incorrecta el curso de la acción. La irreversibilidad de la toma de decisiones en estas materias hace poco compatibles las visiones eclécticas³. Como señala Javier Borrego: “La realidad es que los ‘angelismos’, las posiciones buenistas, políticamente correctas que a menudo sostenemos los católicos por miedo a la crítica de ciertos sectores autollamados progresistas, siempre han resultado perjudiciales para los valores y principios en los que creemos”⁴. Valores y principios que, bien expuestos, pueden resultar plausibles para individuos que no profesen confesión religiosa alguna. Resulta primordial que la toma de postura sea comprometida y no falseadora de la realidad. En esencia, de respeto hacia el otro como un igual, cosa que en la actualidad no sucede. D’Agostino relaciona el respeto al otro con una ética que arraiga en la verdad, en base a la cual existe un *deber* (ético) independiente de su voluntad individual y de sus propios intereses, “sino de la verdad de las cosas que lo rodean, de la verdad de las situaciones en las que debe vivir, de la verdad misma de ese ser humano que él es”⁵.

Atrás quedó, en buena medida, el espíritu fundacional del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), atrás quedó el patrimonio común de ideales y tradiciones políticas⁶. Ahora impera un patrimonio común que no se parece al reflejado por los legisladores en su momento, el cual ha ido evolucionando de forma paulatina a través de los sesenta y cinco años que separan este texto y la época actual, basado más en un consenso estratégico que en un debate argumental suficientemente fundado. Tampoco hay que dejar de lado que el convenio –como señala Casadevall– es un “*instrumento vivo* que se ha de interpretar a la luz de las condiciones actuales” y que el citado artículo es uno de los que ha experimentado “mayor aplicación extensiva y desarrollo jurisprudencial”⁷. No obstante, es preciso procurar que no acabe incluyéndose casi cualquier cosa con el rótulo de “vida privada” como parece que está ocurriendo. Hechas estas breves aclaraciones, procedo a entrar en un análisis crítico de los pormenores de la sentencia.

2 En el TEDH existen magistrados de muy diversa formación y procedencia, cuyo sistema de elección es todavía más discutible que en varios de los tribunales constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa.

3 Santos, J. A. (2014). *Los olvidados del nacionalsocialismo. Repensar la memoria*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 161.

4 Borrego, J. (2014). “Problemas de frivolidad en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Kluger, M. y Contreras, F. J. (eds.). *¿Democracia sin religión? El derecho de los cristianos a influir en la sociedad*. Barcelona. Stella Maris, 247.

5 D’Agostino, F. (2003). *Bioética. Estudios de filosofía del derecho* (trad. de Guylaine Pelletier y Jimena Licitra). Madrid. Ediciones Internacionales Universitarias, 246.

6 El Preámbulo señala: “Resueltos, en cuanto Gobiernos de Estados europeos animados de un mismo espíritu y en posesión de un patrimonio común de ideales y de tradiciones políticas, de respeto a la libertad y de preeminencia del Derecho, a tomar las primeras medidas adecuadas para asegurar la garantía colectiva de algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal”.

7 Casadevall, J. (2012). *El Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Estrasburgo y su jurisprudencia*. Valencia. Tirant lo Blanch, 325.

2. Los hechos y la normativa aplicable al caso

El asunto en cuestión versa sobre una pareja de ciudadanos italianos, Rosetta Costa y Walter Pavan, que, siendo portadores sanos de fibrosis quística⁸, no habían tenido acceso a poder seleccionar (*in vitro*) un embrión⁹ no afectado por la enfermedad para que, posteriormente, se realizase una fecundación heteróloga¹⁰. Sin haber agotado la vía previa de los tribunales nacionales, los demandantes acuden al TEDH por vulneración del artículo 8º del CEDH, dedicado a la protección de la “vida privada” y del artículo 14 sobre prohibición de discriminación¹¹, por no haber podido acceder a las técnicas de procreación médicamente asistida y al diagnóstico genético preimplantatorio¹² (DGP) antes de iniciado el segundo embarazo. Ellos mismos podían haber acudido al aborto terapéutico para terminar con la vida del feto enfermo de fibrosis quística tal y como ya hicieron, por esta misma razón, en febrero de 2010.

En base a la normativa italiana, el artículo 4.1. de la Ley Nº 40, del 19 de febrero de 2004, sobre “normas de procreación médicamente asistida”, recoge que la fecundación heteróloga está disponible para categorías de personas –de las que los demandantes no forman parte– como son los estériles o infértiles¹³, quedando expresamente prohibido en el apartado 3 el uso de técnicas de reproducción asistida de tipo heterólogo. En este sentido, el artículo 5.1. permite el acceso a las técnicas de reproducción asistida a las personas potencialmente fértiles y en activo, pero sólo a

8 Después del nacimiento de su hija con fibrosis quística descubrieron que eran portadores sanos de dicha enfermedad. Según MedlinePlus, la fibrosis quística es una enfermedad hereditaria de las glándulas mucosas y sudoríparas. Afecta principalmente a los pulmones, el páncreas, el hígado, los intestinos, los senos paranasales y los órganos sexuales. La fibrosis quística hace que el moco sea espeso y pegajoso. El moco taponna los pulmones, por lo tanto, causa problemas respiratorios y facilita el crecimiento bacteriano. Eso puede conducir a problemas como infecciones pulmonares repetidas y daños pulmonares. Disponible en <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/cysticfibrosis.html> (consultado el 17 de marzo de 2015).

9 El embrión, como ser humano vivo con carga genética diferenciada, pasa por diferentes etapas en las que su vida sólo se transforma. Por tanto, se trata de tránsitos sucesivos hacia una transformación en un ser humano completamente desarrollado. Una postura restrictiva y cosificadora de aquella categoría es la esbozada por Mosterín: “Una persona es un ser humano en el pleno uso de sus facultades mentales o corticales (así llamadas porque están situadas en el córtex cerebral), tales como la conciencia, la memoria, el lenguaje, el pensamiento, la toma de decisiones y los sentimientos conscientes. Los embriones, los fetos y los bebés no son todavía personas. Tampoco lo son los humanos con una disminución mental severa, los pacientes de la enfermedad de Alzheimer en estado avanzado, y los moribundos que sobreviven en hospitales (a veces, incluso años) en estado vegetativo persistente o en coma, conectados a máquinas que suplen sus funciones vitales”. Mosterín, J. (2006). *La naturaleza humana*. Madrid. Espasa Calpe, 5ª ed. 344.

10 La sentencia del Tribunal Constitucional (TC) italiano 162/2014 declaró inconstitucional la prohibición de fecundación heteróloga recogida en la Ley Nº 40, del 19 de febrero de 2004, de reproducción asistida.

11 El artículo 14 dice: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

12 El DGP tiene una clara vocación eugenésica al llevar consigo la destrucción de embriones. Es decir, coger los “buenos” y desechar los “malos” por no cumplir determinados “estándares” de calidad.

13 El decreto del 11 de abril de 2008, del Ministerio de Sanidad italiano, extendió el acceso a Técnicas de Reproducción Asistida a las parejas en las que el hombre es portador de enfermedades víricas de transmisión sexual (como el virus VIH y la hepatitis B y C), al objeto de permitirles tener hijos sin el riesgo de transmitir la enfermedad a la mujer o al feto fecundado por medios naturales.

los efectos de ser informadas “sobre el estado de salud de los embriones producidos y destinados a ser implantados en el útero”, según dispone el artículo 14.5¹⁴. A modo de desarrollo, el Decreto del Ministerio de Sanidad, del 21 de julio de 2004, señala: “[...] Todo examen relativo al estado de salud de los embriones fecundados in vitro, en el sentido del artículo 14.5 [...] se refiere únicamente a la observación de éstos [...]”¹⁵. El asunto es que la Ley italiana en materia de procreación médicamente asistida no prohíbe explícitamente el DGP, pero sí lo hace una norma de rango inferior a la ley, el Decreto ministerial de 2004, en los casos de finalidad eugenésica.

Por supuesto, el TEDH debe acogerse a argumentos jurídicos y no religiosos en relación a la prohibición o no de técnicas de reproducción asistida, pero tampoco puede colocarse en una posición de absoluta indiferencia a las consecuencias jurídicas (y éticas, en lo que pueden afectar al derecho) de permitir cualquier tipo de técnica. El juez Sverre Erik Jebens lo pone de relieve en su opinión disidente a la sentencia de la Sala sobre el caso “SH y Otros c/ Austria”, del 1º de abril de 2010, alertando que el propósito de la Ley de Procreación artificial austríaca es asistir a los esposos o a las parejas que cohabitan, que no pueden concebir un niño por medios naturales, al mismo tiempo que busca prevenir los resultados indeseados, tales como la creación de relaciones familiares inusuales, comercialización y reproducción selectiva, y explotación de mujeres pobres.

Por otra parte, cabe matizar que el artículo 14 del CEDH sobre prohibición de discriminación no se encuentra vulnerado a juicio del tribunal, toda vez que, en el acceso al DGP, las parejas en las que el hombre está afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual no son tratadas de manera diferente en relación a los demandantes, afectando la prohibición de acceder al DGP a cualquier tipo de persona.

En sí se pretende llevar a cabo una suerte de eugenesia liberal basada en una especie de “derecho a tener un niño sano”. Una terminología que no aprueba el tribunal por no tener encaje legal en el CEDH, pero que sí sirve para hacerse una idea del debate de fondo más allá de los parámetros jurídico-formales: predefinir la existencia del ser humano. A juicio del tribunal, los demandantes tan solo se limitan a solicitar la posibilidad de acceso a las técnicas de reproducción asistida y al DGP, a fin de transferir al útero sólo los embriones sanos y así concebir un hijo que no esté afectado por fibrosis quística.

Una vez analizadas estas argumentaciones, el tribunal comenta la diferente normativa europea aplicable como es el Convenio de Oviedo¹⁶ y el Informe explicati-

14 El TC italiano declaró inconstitucional, por la sentencia 151/2009, parte de la Ley italiana Nº 40, del 19 de febrero de 2004; concretamente, el apartado 2 del artículo 14 establecía que no debía crearse un número de embriones superior a los necesarios a una única y contemporánea implantación, no siendo nunca superior a tres por cada ciclo. Asimismo, suspendió la disposición que establecía la implantación inmediata de dichos embriones sin considerar la salud de la mujer. Ahora se abre la puerta a que el médico tenga un mayor poder de decisión al respecto. Más en detalle, véase Penasa, S. (2010). “La frágil rigidez de la ley italiana de reproducción asistida contra la rígida flexibilidad del modelo español: contenido vs. procedimiento”. En *Revista de Bioética y Derecho*, Nº 18, 2010, p. 22.

15 La sentencia 398, del 21 de enero 2008, del Tribunal Administrativo Regional de Lacio, consideró que la competencia para determinar el alcance de la investigación de que se trate sólo podía hacerlo el Poder Legislativo y no el ministerio, ya que este último posee poderes ejecutivos simples.

16 Está firmado pero no ratificado por Italia. El Convenio de Oviedo, en su artículo 12, dispone: “(Pruebas genéticas predictivas). Sólo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que

vo del mismo, en base a los cuales se concluye que no se limita el derecho a realizar intervenciones diagnósticas en la fase embrionaria, para detectar si el embrión es portador de características hereditarias que producirán una grave enfermedad en el futuro niño. Igualmente, trae a colación otros documentos europeos que vienen a respaldar de una manera o de otra la normalización del uso del DGP, entre otros argumentos, por el “turismo médico” al que se ven abocados a practicar los italianos en España, Bélgica, República Checa y Eslovaquia, por un lado; y el elenco de países europeos cada vez más proclive a la DGP, por otro.

3. Sobre los fundamentos jurídicos

Los fundamentos del gobierno, de los demandantes y de las terceras partes intervinientes¹⁷ se pueden sintetizar de la siguiente manera:

El gobierno señala que los demandantes invocan un “derecho a tener un niño sano” que no aparece recogido en el CEDH, por lo que resulta inadmisibile por *ratione materiae*. Por otra parte, pone de relieve que el Estado ha tenido en cuenta la salud del niño, así como la de la mujer expuesta al riesgo de depresión debido a la estimulación y punción ovárica. Además, la medida (prohibitiva) se ha diseñado para proteger la dignidad y la libertad de conciencia de los profesionales de la medicina, evitándose así el riesgo de derivas eugenésicas. Finalmente, el gobierno considera que, en ausencia de un consenso europeo, los Estados miembros gozarían de un amplio margen de apreciación, teniendo en cuenta las cuestiones morales, éticas y sociales suscitadas en el presente recurso. Quizá el tribunal podía haber tenido en consideración este margen de apreciación y operar más desde los principios de precaución y de prudencia, toda vez que está latente el argumento de la pendiente resbaladiza¹⁸. Cabe puntualizar al respecto: no significa que por el hecho de aceptar una realidad, que no resulta la más adecuada para unos, vayan a producirse necesariamente unas consecuencias que consideramos perversas. Más bien cabe la probabilidad de que se produzcan en el futuro y, de hecho, ya se han producido varias políticas de mejoramiento de la raza en contextos histórico-políticos diferentes pero con tendencias similares en la actualidad.

permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado”.

17 La primera, presentada por el señor Grégor Puppink en representación del Centro Europeo para la Justicia y los Derechos Humanos (ECLJ), de la asociación “Movimiento per la vita” y de cincuenta y dos parlamentarios italianos (denominados primer tercero interviniente) y la segunda, presentada por la señora Filomena Gallo en representación de las asociaciones “Luca Coscioni”, “Amica Cicogna Onlus”, “Cerco un bimbo”, “L'altra cicogna” y de sesenta parlamentarios italianos y europeos (denominados segundo tercero interviniente).

18 Para un análisis de las razones para este argumento, cf. López de la Vieja, M. T. (2010). *La pendiente resbaladiza. La práctica de la argumentación moral*. Madrid. Plaza y Valdés y Dilemata, 47-51. Una postura contraria interesante y que no partimos, desde la argumentación jurídica de la eutanasia pero aplicable a este contexto, es la de un principio de precaución moderado más en consonancia con la ciencia que una postura “inmovilista” que según él corrompería éste y otros debates, Álvarez Gálvez, Í. “Sobre el argumento de la pendiente resbaladiza en la eutanasia”. En Dilemata, N° 11, 107.

Los demandantes, por el contrario, reclaman como cuestión sustancial el respeto de su decisión de ser o no padres y la puesta en práctica por el Estado de las medidas necesarias para su realización en total libertad¹⁹.

El “primer tercero interviniente” reitera las observaciones del gobierno. Por lo demás, aduce que el sistema proporciona alternativas al aborto mediante la aplicación de medidas sociales. El DGP también implicaría la eliminación de numerosos seres humanos, mientras que el aborto implicaría sólo uno.

En cambio, el “segundo tercero interviniente” argumenta que el acceso a la inseminación artificial y después al DGP permitiría a los demandantes tener un hijo que no estuviera afectado por la patología de la que son portadores los padres, sin recurrir al aborto terapéutico, preservándose así la salud de la demandante.

El tribunal muestra que el embrión no es equivalente a una persona, circunstancia que le sirve para que al final se traten a los embriones como si fueran simples objetos destinados a la manipulación genética. Resulta imposible negar que el desarrollo tecnológico ha traído conflictos axiológicos de gran calado, “de ahí que lo que se haga hoy tendrá consecuencias para el mañana. El posliberalismo nihilista de nuestros días constata su indiferencia frente al prójimo. No se trataba de llegar al punto de vivir para los demás, sino de no vivir de espaldas a los demás. Es preciso marcar un punto y final respecto a este tipo de nihilismo, más perturbador si se quiere que el escepticismo²⁰. Toca salir de él. La revisión del relativismo ético pasa por pensar que ni todo es subjetivo ni absolutamente objetivo, sino que se puede argumentar desde una particular *objetividad*. En este contexto, no se trata de censurar cualquier estudio acerca de la evolución o de la genética, sino de advertir que se tomen con cautela las decisiones (jurídicas, médicas y éticas) irreversibles sobre terceros”²¹.

Uno de los endebles argumentos utilizados por el alto tribunal es que en la mayoría de los países de Europa ya se admite el DGP. De los treinta y dos Estados analizados sólo Italia, Austria y Suiza prohíben el DGP, siendo un panorama que ha ido evolucionando hacia una mayor permisividad. Esa misma argumentación es la que muchas veces se utiliza, con éxito, para legalizar el aborto. Desde una ética jurídica del débil es fácil sostener la igualdad política de todos los individuos de la especie humana. Por tanto, no puede ser aquél un motivo suficiente para justificar el DGP que, en esencia, supone predefinir la existencia del ser humano. En definitiva, un problema de respeto.

19 El TEDH ya adelantó, en el caso “Dickson *c/* el Reino Unido”, del 4 de diciembre de 2007, el derecho a convertirse en padre genético, dejando en este caso un restringido margen de apreciación al Estado. En el caso “SH y Otros *c/* Austria”, del 1º de abril de 2010, la sentencia resultó favorable al acceso a las técnicas de procreación artificial heteróloga con el propósito de la fecundación *in vitro*, fallo que sirve de cierto precedente a la sentencia actual.

20 Cuestión distinta es que dentro de la sociedad plural se puedan sostener, e incluso quepan, distintas concepciones del mundo. Para Puigpelat, “la crítica cultural debe servir, precisamente, para consolidar la existencia de una pluralidad valorativa que sea lo suficientemente flexible para no caer en un uniformismo excluyente, pero que tenga, a su vez, la consistencia necesaria para conjugar el peligro del nihilismo disgregador y anómico”. Puigpelat, F. (1999). “El movimiento eugenésico de principios de siglo: presupuestos y enseñanzas”. En Romeo Casabona, C. (ed.). *La eutanasia hoy*. Granada. Comares, 86.

21 Cf. Santos, J. A. *Los olvidados del nacionalsocialismo*. Ob. cit., 162 y 163. Más ampliamente, 159-186.

El tribunal falla por unanimidad que debe prevalecer el respeto a la vida privada y familiar, sin que la autoridad pública pueda interferir en la protección de la salud y de la moral así como en el respeto a los demás. De ahí que no se pueda admitir por el TEDH que las parejas, donde el hombre está afectado por enfermedades víricas de transmisión sexual, no puedan acceder a la fecundación artificial con el fin de evitar el riesgo de transmisión de enfermedades sexualmente transmisibles a la madre y al niño fecundado por vías naturales. Ello se basa en que el sistema legislativo italiano en esta materia carece de coherencia y proporcionalidad. Por un lado, prohíbe la implantación limitada sólo a los embriones no afectados por la enfermedad de la que los demandantes son portadores sanos; por otra parte, les permite abortar un feto afectado por la misma enfermedad²². Sabiéndolo o no, los magistrados vienen a aplicar el argumento de que quien puede lo más, puede lo menos²³ (*argumentum a maiore ad minus*): si una persona puede abortar legalmente tanto más podrá solicitar un DGP. Les daría la razón en su conclusión, si no fuera porque una de las premisas está viciada.

A juicio del TEDH, el Estado debe abstenerse de interferir en modo alguno en la elección del individuo en cuanto a si quiere o no procrear, además debería poner en marcha medidas para permitir que la elección se haga libremente. La condena al Estado italiano alcanza los 15.000 euros en concepto de daños morales y 2.500 por costas.

4. Valoración crítica

De la lectura de la sentencia resulta curioso que apenas se mencione al tercero en juego, que es el ser humano vivo. Por lo menos, podría haberse hecho una referencia sucinta al análisis del estatuto jurídico y ético del embrión en la sentencia. En esta ocasión, queda afectado el margen de apreciación que tienen los Estados miembros del Consejo de Europa al no existir un consenso europeo en esta materia por entremezclarse cuestiones morales, éticas y sociales. El tribunal, apoyado en el actual panorama europeo respecto del DGP, señala que son cada vez más los países que no prohíben este tipo de pruebas. No deja de ser sorprendente que, con una Europa, en ocasiones, arrogante e irrespetuosa hacia el débil, resulte tan difícil hacer no sólo plausibles sino también secundables planteamientos como los aquí expuestos. Quizá creo porque, en buena medida, se ha enquistado el debate como una cuestión de un grupo de católicos (otra buena parte, se mueve entre la indiferencia y el miedo al rechazo), cuando realmente no es así. Estamos ante planteamientos que intentan esbozar una determinada configuración del ser humano, los cuales pueden ser asumibles con cierto esfuerzo argumental desde diferentes concepciones

²² El Gobierno italiano de Monti pidió el 28 de noviembre 2012 la revisión de la sentencia por la Gran Sala. El 11 de febrero de 2013 la solicitud del Gobierno fue rechazada por el Colegio de cinco jueces de la Gran Sala, no entrando a motivar su decisión, al no tratarse de una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del convenio o de sus protocolos, ni tampoco a una cuestión importante de carácter general.

²³ Declara que si vale para lo que es más sin duda valdrá para lo que es menos.

del mundo. Toca buscar un camino transitable para superar el fanatismo religioso y el racionalismo exagerado, a la vez que abordar el fenómeno religioso²⁴ y el insoslayable racionalismo con la debida naturalidad y como necesarios en el debate público. Quizá puede encontrarse en una especie de “inmanente trascendencia”²⁵, que perfectamente representaría la concepción de Habermas acerca de la relación entre religión y filosofía. Él mismo aboga por entender el proceso de secularización cultural y social como un doble proceso de aprendizaje, que inste tanto a las tradiciones de la Ilustración como a las doctrinas religiosas a reflexionar sobre sus respectivos límites. Esto implica que los ciudadanos secularizados, en su papel de ciudadanos del Estado, no pueden negar por principio a las imágenes religiosas del mundo su potencial de verdad, ni tampoco a los conciudadanos creyentes su derecho a realizar aportaciones en lenguaje religioso a las discusiones públicas²⁶.

Jugar a ser Dios es como mínimo peligroso, todavía más en un contexto biotecnológico en el que las “posibilidades de hacer” son cada vez más numerosas y, sin valorarse de forma debida los riesgos que las mismas conllevan, puede que se acabe en una humanidad deshumanizada. Tal es así que cobra sentido –como dice Habermas– una “intersubjetividad lingüística” que tenga en cuenta el “legado del cristianismo helenizado”²⁷. Desde mi punto de vista, una vuelta a los orígenes que rescate lo mejor de aquella tradición para posibilitar un adecuado entendimiento del ser humano.

24 Circunscribir “toda proyección de lo religioso al ámbito privado”, como se hace desde una perspectiva laicista, “no implica sólo la discriminación de individuos y grupos sino, más allá, un lamentable empobrecimiento colectivo”, Ollero, A. (2010). “La crítica de la razón tecnológica. Benedicto XVI y Habermas, un paralelismo sostenido”. En *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Nº 87, 447.

25 Cf. Schmidt, T. M. (1994). “Immanente Transzendenz und der Sinn des Unbedingten. Zur Bestimmung des Verhältnisses von Religion und Philosophie bei Jürgen Habermas”. En Linus, H. y Nordhofen, E. *Im Netz der Begriffe. Religionsphilosophische Analysen*. Oros. Altenberge, 78-96.

26 Habermas, J. (2011). “Vorpolitische Grundlagen des demokratischen Rechtsstaates?”. En Habermas, J. y Ratzinger, J. (2005). *Dialektik der Sekularisierung. Über Vernunft und Religion*. Con prólogo de Florian Schuller, 8ª ed. Herder. Freiburg. Basel. Wien, 17 y 36.

27 Habermas, J. (1991). “Transzendenz von innen, Transzendenz ins Diesseits”. En *Texte und Kontexte*. Frankfurt am Main. Suhrkamp, 2ª ed., 156.

APUNTES PARA REPENSAR EL “ACUERDO PRÁCTICO” DE JACQUES MARITAIN*

Notes for Rethinking the Jacques Maritain’s “Practical Agreement”

Luciano Laise**

I. Introducción

En los años setenta operó un cambio de paradigma en la filosofía práctica contemporánea. Los escritos políticos de John Rawls representaron el gozne entre la tradición positivista y la revalorización de la teoría política normativa¹. Este hecho reorientó la discusión hacia uno de los cauces más tradicionales de la filosofía política: la teoría sobre la justicia². Sin embargo, el citado profesor estadounidense rechaza una de las tesis focales de la “tradicción central de occidente”, el perfeccionismo; vale decir, la tesis que sostiene que toda política consistente –y el buen derecho– se interesa por ayudar a la gente a llevar a cabo vidas rectas y valiosas y, por lo mismo, una buena sociedad política puede utilizar el poder coercitivo para proveer a la gente de algún tipo de protección de las influencias degenerativas de ciertas formas del vicio³. Con todo, de lo último no se sigue que deban sancionarse coactivamente todos los actos que un hombre virtuoso no realizaría sino solamente aquellos que resultan más graves para la convivencia social⁴. Dicho de otro modo, solo se podría ejercer la

* El autor agradece a los Profesores Joaquín Migliore, Eduardo Martín Quintana y Carlos Arnossi por los comentarios a una versión previa de este trabajo. Las imperfecciones van por su cuenta.

** Abogado (UBA). Becario de finalización de doctorado (CONICET-U. Austral). Jefe de Trabajos Prácticos de “Teoría General del Derecho” e “Interpretación constitucional” (UBA).

1 Cf. Migliore, J. (2009). “Introducción a John Rawls”. En Colección 8. Buenos Aires. Universidad Católica Argentina, 114. Cf. Glaser, D. (1997). “La teoría normativa”. En *Teoría y métodos de la ciencia política*. D. Marsh y G. Stoker (eds.). Madrid. Alianza, 2da edición, versión española de Jesús Cuellar Menezo, 33.

2 Cf. Migliore. Ob. cit., 114-115. La propuesta teórica de Rawls se basa en los postulados del liberalismo deontológico de matriz kantiana. Cf. Sandel, M. (1998). *Liberalism and the Limits of Justice*. New York. Cambridge University Press, 2nd edition, 176.

3 Cf. George, R. P. (1993). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford. Clarendon Press, 20.

4 Tomás de Aquino ya había advertido que “ley humana no prohíbe todos los vicios de los cuales se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, aquellos que la mayor parte de la multitud puede evitar, y sobre todo los que van en perjuicio de los demás, sin cuya prohibición la sociedad humana no podría sostenerse”. Cf. Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2. [Se cita por la traducción y anotaciones de una comisión de padres dominicos presidida por el Fr. D. Francisco Barbadó Viejo. Madrid. BAC, 1956].

coerción sobre aquellos actos que hacen peligrar las bases mismas de la comunidad política.

Asimismo, la cuestión acerca de cuáles son los actos que puede exigir coactivamente la comunidad política puede ser vista desde la perspectiva opuesta; esto es, desde el punto de vista del ciudadano. Este enfoque se podría sintetizar en una pregunta persistente de la teoría política normativa que, a la vez, se vincula con las bases mismas de la teoría jurídica: ¿por qué se han de obedecer las leyes?⁵ En efecto, las preguntas por las razones que justifican la obediencia a las leyes implican desarrollos de una filosofía práctico normativa que conecta al derecho con la política⁶.

De lo expuesto más arriba, se puede apreciar que la teoría política contemporánea le otorga una importancia significativa a la reflexión sobre los aspectos normativos de la realidad política. Pero ¿cuáles son los núcleos temáticos fundamentales de la ética política contemporánea? La respuesta a tal interrogante, en muy apretada síntesis, suele ser la siguiente: i) la democracia como única forma de gobierno legítimo; y ii) los derechos humanos como criterios fundamentales de valoración de la actividad política⁷. En tal sentido, una aproximación teórica a la democracia suele ser un tema de interés actual en los estudios políticos; tanto desde un enfoque normativo como desde un enfoque descriptivo o empírico. Sin embargo, el interés teórico del presente trabajo se centrará sobre la justificación racional de los derechos humanos, un tópico que ocupa un lugar central en el debate de la filosofía práctica contemporánea⁸. Más específicamente, este trabajo se abocará a evaluar una de las tesis centrales del pensamiento político-jurídico de Maritain sobre los derechos humanos: el “acuerdo práctico”.

Ahora bien, ¿qué significa el “acuerdo práctico” en la obra de Maritain? Pues que existe una cierta cantidad de verdades prácticas concernientes a la vida en sociedad sobre las cuales resulta posible un consenso o acuerdo; aún cuando se parta de premisas sustantivas radicalmente distintas –incluso desde concepciones antagónicas– como consecuencia de diversas ideologías políticas, tradiciones religiosas, concepciones filosóficas y experiencias históricas⁹.

Sin embargo, la fragmentación cultural y moral que caracteriza las prácticas constitucionales actuales se desarrolla en medio de tantos “juegos” de lenguaje de los derechos fundamentales –utilizando algo libremente la célebre expresión de Wittgenstein–, como perspectivas morales y culturales desde las cuales tales derechos pueden ser interpretados¹⁰. En tal sentido, cada vez resulta más claro que el

5 Cf. Berlin, I. (1999). “Does Political Theory Really Exist?”. En AA. VV., *Concepts and Categories. Philosophical Essays*. London. Pimlico, 148.

6 Cf. ídem.

7 Cf. Massini Correas, C. I. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 2ª edición, 13.

8 Cuando utilice el término “filosofía práctica” estoy queriendo significar un saber dirigido a la decisión y a la acción que se caracteriza por conocer qué es lo que debería realizarse, qué compromisos habría que asumir y qué proyecto cabe escoger y realizar. Cf. Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Oxford. Oxford University Press, 2ª edición, 12.

9 Cf. Maritain, J. (1951). *Man and the State*. Chicago. University of Chicago Press, 76.

10 Cf. Zambrano, P. (2013). “What do we mean when we Speak of Rights: Fundamental Principles, Natural Law and Semantics in the Age of Pluralism”. En *Pro manuscripto*. Pamplona, 2.

discurso de los derechos humanos no resulta ser el corazón de un acuerdo práctico, como proponía Maritain; en cambio, ese discurso suele emplearse como un arma –quizá la más utilizada– para la batalla jurídica y política que se libra en las prácticas constitucionales en la hora presente.

Aún más, la ausencia de una base moral común para interpretar los principios iusfundamentales ha transformado a esas prácticas constitucionales o convencionales en una suerte de “torre de Babel”. Allí conviven personas diversas que emplean los mismos enunciados jurídicos para hacer valer sus propias pretensiones pero con sentidos radicalmente distintos e, incluso, contradictorios. Tal situación, sin embargo, contraría el sentido más profundo que animó –y continúa animando– al reconocimiento, tutela y promoción de esos derechos y, por lo mismo, a una de las razones básicas del surgimiento de las prácticas constitucionales. En pocas palabras, por este camino se torna muy difícil sostener de modo coherente el carácter universal y absoluto –en el sentido de indisponible– de los derechos constitucionales y, de este modo, garantizar un límite al uso arbitrario de la fuerza pública.

Así, una aproximación actual a la citada tesis maritainiana del “acuerdo práctico” podría sugerir interrogantes tales como: ¿es hoy posible que el fundamento de los derechos humanos descansa sobre un acuerdo sobre las conclusiones prácticas entre concepciones teóricas, políticas y sociales que provienen de tradiciones filosóficas y experiencias históricas radicalmente distintas entre sí? ¿Acaso es suficiente el “acuerdo práctico” maritainiano para evitar que el lenguaje de los derechos humanos fundamentales se torne en una especie de moderna torre de Babel en la cual resulta cada vez más frecuente que se esgriman los derechos humanos en clave conflictivista¹¹? En síntesis, ¿resulta útil apelar a un “acuerdo práctico” cuando en la hora presente existen diversas cosmovisiones que ofrecen distintas justificaciones o fundamentaciones del discurso de los derechos humanos sustancialmente distintas?

II. La tesis de Jacques Maritain sobre el “acuerdo práctico”

a) *El “acuerdo práctico” de los derechos humanos en El hombre y el Estado*

Según Maritain, el hombre advierte progresivamente, todavía de modo imperfecto, una serie de verdades prácticas concernientes a la vida en sociedad sobre las cuales es posible un consenso o acuerdo; aún cuando se parta de premisas sustancialmente distintas, e incluso desde concepciones antagónicas, como consecuencia de diversas ideologías políticas, tradiciones religiosas, concepciones filosóficas y experiencias históricas. Tales conclusiones prácticas derivan en la formulación de varios derechos que el hombre posee en su existencia personal y social¹². En tal sentido, el

11 Por “conflictivismo” entiendo aquella visión de la realidad jurídica iusfundamental que se concibe como un ámbito de conflicto permanente entre derechos. Para un desarrollo exhaustivo de los presupuestos teóricos y prácticos del conflictivismo, cf. Cianciardo, J. (2007). *El ejercicio regular de los derechos: análisis y crítica del conflictivismo*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 139-183.

12 Cf. Maritain. Ob. cit., 76-77.

citado autor francés sostiene que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) ejemplifica cómo ha sido posible una formulación común de determinadas conclusiones del saber práctico, en medio de un contexto signado por concepciones antropológicas, filosóficas y experiencias histórico-políticas que se caracterizan por presentar diferencias profundas entre sí. De hecho, este autor francés plantea que la aprobación de ese documento internacional constituye un ejemplo paradigmático que ratifica la posibilidad de que cosmovisiones radicalmente distintas –lo que en alemán se suele llamar como “Weltanschauung”– son capaces de converger en algunas conclusiones prácticas fundamentales.

En este orden de ideas, cabe preguntarse si el mentado “acuerdo práctico” se fundamenta en una justificación racional común. La respuesta de Maritain es categórica: “[...] sería absolutamente fútil buscar una justificación racional común de tales conclusiones prácticas y derechos”¹³. Pero inmediatamente podría salir al cruce una nueva pregunta de significativa relevancia: ¿es, acaso, irrelevante dicha justificación racional? A lo que Maritain responde con una paradoja: ciertamente es *indispensable* tal fundamentación pero, a la vez, resulta *impotente* para crear un acuerdo entre los hombres¹⁴. Lo último se debe a que las divergencias entre los hombres son tan profundas que una discusión en ese nivel teórico impediría llegar a la conclusión práctica de que los derechos humanos son relevantes para la existencia personal y social del hombre.

Una segunda razón que podría impedir un acuerdo sobre la relevancia de formular una serie de derechos humanos es el riesgo de incurrir en un dogmatismo o en la absoluta detención de la discusión teórica sobre tales principios prácticos que informan a los derechos humanos como consecuencia de diferencias irreconciliables¹⁵. En efecto, la pretensión de arribar a una solución definitiva al problema de la fundamentación de los derechos humanos podría haber llevado al fracaso absoluto de la formulación de una serie de derechos humanos básicos o fundamentales. A fin de no caer en anacronismos, lo anterior debe comprenderse a la luz del particular contexto histórico de la segunda posguerra y la posterior “guerra fría”; vale decir, en un contexto en el cual el mundo parecía estar polarizado en el eje capitalista –liderado por Estados Unidos de América y el eje socialista– comandado por la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas. Sobre este último punto me explayaré en el próximo subepígrafe.

b) El contexto histórico de El hombre y el Estado

Uno de los desafíos del lector contemporáneo que se aproxima a un autor del siglo pasado consiste en desplazarse del propio “horizonte histórico”¹⁶ para adentrarse, siempre imperfectamente, en el “horizonte” del autor cuyas ideas se pretende

13 *Ibidem*, 76.

14 Cf. *ibidem*, 77.

15 Cf. *ibidem*, 76.

16 Cf. Gadamer, H.-G. (1998). *Verdad y Método I*, trad. Manuel Olasagasti. Salamanca. Sígueme, 1998, 373.

examinar. Lo último implica la necesidad de desarrollar una conciencia histórica capaz de “ver el pasado en su propio ser, no desde nuestros patrones y prejuicios contemporáneos sino desde su horizonte”. En efecto, una visión histórica que pretenda evitar anacronismos requiere captar el pasado desde un determinado punto que resulte capaz de abarcar y encerrar todo lo que es visible en ese campo de visión¹⁷.

Situados en ese contexto de ideas, cabe advertir que Maritain fue uno de los primeros autores vinculados a la “tradicción central de occidente” que adoptó una tesis afirmatoria de los derechos humanos¹⁸. Vale recordar que en los años sesenta, se han planteado tesis negatorias a los derechos humanos en el seno de dicha tradición; particularmente, en la obra de Michel Villey¹⁹. Volviendo a Maritain, en un célebre libro suyo, titulado *Los derechos del hombre y la ley natural*²⁰ (1943), se abocó explícitamente a la defensa teórica de esos derechos. En dicha obra, escrita en plena Segunda Guerra Mundial, propone las bases para edificar una filosofía política justa que sirva para consolidar la paz que habría que obtener tras ese conflicto bélico; ya que un mero cese de hostilidades no sería suficiente para garantizar la paz de manera duradera y establece²¹.

Respecto a la fundamentación de los derechos humanos que brinda Maritain, esta también se remonta a esa obra. Asimismo, en ella se podría sintetizar, *grosso modo*, lo siguiente: la ley natural no solo prescribe ciertas acciones que se han de hacer o no, sino que reconoce ciertos derechos vinculados a la propia naturaleza humana²². A muy grandes rasgos, y de manera algo simplificada pero suficiente a los fines de este trabajo, se puede apreciar que en la citada obra, Maritain se limita a mantener que es posible fundar una defensa de los derechos humanos en una concepción filosófica basada en el realismo jurídico clásico. Sin embargo, en el último trabajo no se advierte una justificación o fundamentación de los derechos del hombre con apoyo de la noción del “acuerdo práctico”.

Ahora bien, cabe preguntarse cuál era el escenario teórico y práctico de la época en que Maritain formuló su defensa de la tesis del acuerdo práctico como base para una fundamentación o justificación racional de los derechos humanos. La respuesta a este último interrogante debe tener presente que Maritain no se encontraba meramente involucrado en el mundo académico sino que se encontraba comprometido con su consagración de los derechos humanos en el plano de la praxis política. En efecto,

17 Cf. *Ibidem*, 372.

18 Massini Correas describe las principales posiciones de autores contemporáneos que adscriben al realismo jurídico clásico y, a la vez, mantienen una tesis afirmatoria de los derechos humanos. Entre estos últimos se incluye a R. Pizzaroni, J. García López, J. I. Hübner Gallo, Jacques Maritain, G. Kalinowski y Javier Hervada. De todos ellos, la obra de Maritain supone la primera defensa de la compatibilidad de la tradición central de occidente con la defensa de los derechos humanos. Cf. Massini Correas, C. I. (1994). *Filosofía del Derecho: el derecho y los derechos humanos*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 193-199.

19 Cf. Massini Correas. Ob. cit., 181.

20 Cf. Maritain, J. (1943). *Los derechos del hombre y la ley natural*, trad. A. Weiss y H. Miri. Buenos Aires. Biblioteca nueva, passim.

21 Cf. Maritain. Ob. cit., 9.

22 Cf. Maritain. Ob. cit., 95. Para un comentario acerca de este tema, cf. Beuchot, M. (1993). “La fundamentación filosófica de los derechos humanos en Jacques Maritain”. En *Tópicos* 4. México D. F. Universidad Panamericana, 11.

las producciones teóricas en torno a ese tema coinciden o son posteriores a la época en que Maritain presidió una Comisión encargada de la elaboración del documento de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), a cuyo fin se ocupó de redactar una encuesta sobre el tema que dirigió a distintas figuras intelectuales de su tiempo –v. gr., B. Croce, E. H. Carr, A. Huxley, entre otros²³.

Una de las preocupaciones centrales de esa Comisión era el eventual peligro de que la Declaración de los Derechos del Hombre no fuera aprobada por la Asamblea General de la ONU o, en caso de que fuera aprobada, que no lograra ser ratificada por la mayor parte de los Estados miembros de esa organización internacional. En dichas circunstancias históricas no era irrazonable pensar que tal documento fundacional del derecho internacional de los derechos humanos estaría condenado al fracaso si centraba su preocupación en la discusión sobre sus fundamentos más radicales. Dicho con otras palabras, la tesis maritainiana del “acuerdo práctico” se origina en un contexto político fragmentado, en el cual resultaba ciertamente ambicioso lograr que la mayor parte de los Estados ratificase la Declaración Universal de los Derechos del Hombre.

Así, se puede advertir que Maritain formuló la tesis del “acuerdo práctico” con una dosis de pragmatismo político; vale decir, la fundamentación de los derechos humanos solo adquiere pleno sentido si se la aborda desde el punto de vista de sus consecuencias que se siguen para un determinado curso de acción política²⁴. En tal sentido, vale mencionar que el propio Maritain reconoce que su propuesta justificatoria tiene más consistencia pragmática que teórica²⁵. Sin embargo, las circunstancias históricas reclamaban *hacer todo lo posible* para que no naufragara la puesta en vigencia de ese documento internacional de derechos humanos. Una de las anécdotas del Comité encargado de elaborar el mencionado documento, citada por el autor francés, podría ilustrar adecuadamente este último punto; en apretada síntesis, dicha historia cuenta que muchas de las personas que intervinieron en la redacción, aprobación y ratificación, provenientes de las más diversas ideologías –algunas de ellas eran claramente violentas–, de modo explícito acordaron una amplia serie de derechos; siempre y cuando no se les preguntase acerca del porqué²⁶.

Otro punto problemático que mencionaba Maritain para una eventual discusión sobre la justificación o fundamentación de los derechos humanos, era evitar que tal documento internacional fuera utilizado o percibido como un instrumento de dominación cultural. Vale remarcar que, al tiempo en que se discutía la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la concepción socialista o comunista de los derechos humanos había denunciado que los “derechos del hombre” no configurarían más que una expresión coyuntural de una forma particular de alienación política que tiene lugar en los Estados burgueses democráticos²⁷.

23 Cf. Beuchot. Ob. cit., 10.

24 Para un estudio sobre pragmática y pragmatismo, cf. Dascal, M. (1999). *Filosofía del Lenguaje II. Pragmática*. M. Dascal (ed.). Madrid. Trotta, 11-13.

25 Cf. Maritain. Ob. cit., 79.

26 Cf. *ibídem*, 77.

27 Cf. Massini Correas, C. I. (1986). “Los ‘derechos humanos’ desde la perspectiva marxista: consideraciones críticas”. En *Persona y Derecho* 14, 149.

En efecto, los esfuerzos teóricos dirigidos a compatibilizar tal concepción socialista con el discurso de los derechos humanos resultan posteriores a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre. En aquel tiempo, la tradición marxista, en línea con los textos del propio Marx, solía denostar antecedentes tales como la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América o la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, que tuvo lugar en la Revolución Francesa. En este contexto, se puede apreciar la sensatez de los esfuerzos por convencer a los Estados, particularmente aquellos alineados con el eje soviético, de que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre no pretendía constituir un intento de dominación cultural de una cosmovisión sobre la otra.

c) Recapitulación

El acuerdo práctico de los derechos humanos que Maritain había propuesto consistía en que el ser humano había logrado advertir –todavía de modo imperfecto– una serie de verdades prácticas concernientes a la vida en sociedad sobre las que es posible un consenso o acuerdo. Lo último sería posible, aun cuando se partiera de premisas sustancialmente distintas, e incluso desde concepciones antagónicas, como consecuencia de diversas ideologías políticas, tradiciones religiosas, concepciones filosóficas y experiencias históricas.

Además, resulta preciso contextualizar la época en cual Maritain propuso su tesis del “acuerdo práctico”. En tal sentido, es necesario remarcar que en dicha época había una fragmentación cultural, política y filosófica que no hubiera permitido una discusión profunda sobre los fundamentos más radicales de los derechos humanos que pudiera haber culminado en la aprobación y ratificación de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre del año 1948. Si bien el citado autor francés sostenía que dicha discusión teórica hubiera resultado ciertamente encomiable, no era viable en el contexto de las praxis políticas en concreto. Aún más, siempre según el citado autor francés, lo último hubiera frustrado –parcial o totalmente– la puesta en vigencia del citado documento internacional de derechos humanos.

III. Valoración de la tesis del “acuerdo práctico”

La valoración sobre la tesis maritaniana sobre el “acuerdo práctico” se llevará a cabo desde dos ejes fundamentales o básicos. En primer lugar, analizaré el grado de coherencia que tal tesis guardaba dentro de su “horizonte histórico”, por usar esa célebre expresión de la hermenéutica filosófica. Más en concreto, sostendré que el acuerdo o consenso práctico exige, ante todo, ser evaluado a la luz de sus particulares circunstancias históricas. En segundo lugar, examinaré en qué medida han cambiado las circunstancias históricas y el contexto teórico en que fue elaborada la citada tesis maritaniana. Cabe remarcar que el propio autor francés sostenía que la defensa del “acuerdo práctico” tenía más consistencia política –o, mejor dicho, pragmática– que teórica. Por tanto, cabe preguntarse en qué medida el contexto teórico y las circunstancias históricas actuales permiten

seguir manteniendo la tesis del acuerdo práctico o, si acaso, cabría reformular o repensar tal acuerdo.

a) Tiempo de silencio

La tesis del “acuerdo práctico” pareciera tener un atractivo pragmatista irresistible que se podría traducir en estas preguntas retóricas: ¿para qué discutir sobre el fundamento de los derechos humanos si tan solo unos pocos podrían llegar a aceptar esa propuesta?, para qué esforzarse por presentar una justificación racional de los derechos del hombre si muchos la rechazarán debido a que parten de presupuestos filosóficos completamente distintos o incluso antagónicos? Las respuestas a estos interrogantes presentarían un panorama poco alentador. En tal sentido, cabría mencionar la conocida afirmación de N. Bobbio: “[...] lo importante no es fundamentar los derechos humanos sino lograr que sean efectivamente protegidos”²⁸. Dicho de otro modo, los derechos humanos no son una cuestión objeto de la teoría política –o jurídica–, sino de la acción política concreta y, por lo mismo, los derechos dependen de coyunturas políticas particulares.

Sin embargo, una comprensión del horizonte histórico de la tesis maritana sobre el “acuerdo práctico” permite advertir que en su tiempo era conveniente silenciar o, mejor dicho, postergar el debate teórico por los fundamentos de los derechos humanos. Entre las razones para propiciar tal silencio teórico se podrían mencionar dos. En primer lugar, se trataba de la época inmediatamente posterior a la guerra más cruenta de la historia de la humanidad, cuyo cese de hostilidades no significa que la paz ya había sido alcanzada de manera definitiva²⁹. En segundo lugar, porque las principales potencias mundiales –EE. UU. y URSS– que surgieron de este conflicto bélico presentaban cosmovisiones radicalmente antagónicas. La primera se caracterizaba por defender históricamente la conveniencia de carta de derechos para proteger a los ciudadanos de las arbitrariedades en el uso de la fuerza pública y la segunda, en contraste, como se ha expuesto más arriba, desconfiaba del discurso de los derechos humanos y lo veía como un instrumento de dominación política.

Frente a esto, es posible que alguien objete tal pragmatismo porque el compromiso de un intelectual es, ante todo, decir la verdad que hay en las cosas. Aún más, alguien podría traer el ejemplar testimonio de Sócrates, quien suele ser considerado como un auténtico mártir de la verdad. A lo que yo replicaría que una cosa es silenciar y postergar el debate por el fundamento racional de los derechos humanos y otra muy distinta es mentir. En tal sentido, la veracidad constituye el justo medio entre un vicio por exceso y otro por defecto. En primer lugar, con relación a lo que se afirma, porque el que dice la verdad sobre algo ni exagera ni disminuye la realidad.

²⁸ Cf. Bobbio, N. (1998). *El problema de la guerra y las vías de la paz*, trad. Jorge Binaghi. Barcelona. Atalaya, 127.

²⁹ Una vez terminada la Primera Guerra Mundial pasaron unos pocos años para que comenzara otra guerra mundial, mucho más violenta y feroz que la anterior. En este contexto, era muy sensato pensar que el cese de las hostilidades no significaba más que un equilibrio inestable y que la paz duradera sería un objetivo a alcanzar a largo plazo.

En segundo lugar, con relación al acto mismo de decir la verdad, porque el hombre veraz dice la verdad cuando debe y como debe: no habla cuando debe callar, ni calla cuando debe hablar³⁰.

Así, el horizonte histórico de la tesis del “acuerdo práctico” lleva a pensar que era razonable que se postergara el debate por la fundamentación de los derechos humanos. Esto no significa de ningún modo negar la relevancia teórica y práctica de la justificación racional de los derechos humanos; extremos que tuvo en vista el propio Maritain. En efecto, se podría sintetizar la posición del citado autor francés de la siguiente manera: el silencio en torno a la discusión sobre la fundamentación de los derechos humanos era un “precio justo” a pagar para poner en plena vigencia jurídica un documento internacional, ampliamente ratificado por los Estados, que protegiera los derechos fundamentales de la persona humana.

b) Tiempo de habla

Si bien entiendo que se le debería conceder a Maritain que su época no era propicia para una profunda discusión teórica sobre la fundamentación de los derechos humanos, cabría preguntarse: ¿ahora sí es tiempo de proponer una justificación racional de los derechos humanos? La respuesta pareciera ser afirmativa y así lo atestigua la creciente “rehabilitación de la razón práctica”; esto es, aquel movimiento intelectual nacido en Alemania, en los años sesenta, que no se caracteriza por impulsar una sola corriente de pensamiento sino que en él convergen corrientes teóricas sustancialmente distintas –eclecticismo, aristotelismo, neokantismo, etc.– que, más allá de muchas otras diferencias, coinciden en que las ciencias humanísticas o sociales no pueden seguir guardando silencio ante los juicios de valor, si es que pretenden evitar caer en las fauces de la irracionalidad o la arbitrariedad³¹. Específicamente, en el ámbito de la teoría política, cada día va ganando más terreno el debate normativo de las cuestiones políticas –que atañen a la *polis*–; al punto de que ya no solo se estudia lo que la política “es” sino también “cómo debe ser”, aun desde tradiciones filosóficas muy distintas –el liberalismo político de J. Rawls, el libertarismo de Nozick, el comunitarismo de M. Sandel, por citar solo algunos ejemplos³².

En este nuevo escenario de la teoría política normativa se torna necesario pensar si es posible un nuevo “acuerdo práctico” sobre los derechos humanos. Quizá ya no sea posible convenir en una serie de conclusiones prácticas, a pesar de que teóricamente existen múltiples puntos de partida. En tal sentido, el refinamiento teórico de la teoría normativa tal vez haya acentuado –quizá demasiado– las diferencias entre las distintas propuestas teóricas, al punto de tornarlas irreconciliables entre sí. Sin embargo, ante tal panorama se podrían adoptar dos posiciones; por un lado, una postura pesimista o escéptica que, en apretada síntesis, mantendría que

30 Cf. Tomás de Aquino, II-II, q. 109, a. 1.

31 Cf. Massini Correas. Ob. cit., 15.

32 Cf. Sandel, M. S. (2009). *Justice. What's The Right Thing To Do?* New York. Farrar, Straus and Giroux, passim.

resulta inútil buscar un fundamento común para los derechos humanos en sociedades multiculturales y, por el otro, una visión optimista, que sostendría la necesidad de no claudicar ante la desafiante –y estimulante– tarea filosófica que implicaría identificar ciertos principios aceptables, sino por todos, al menos por la mayoría de las personas abiertas a un diálogo racional. Lo último pone de relieve la apremiante necesidad de plantear una serie de presupuestos básicos para una fundamentación de los derechos humanos que no dependa de coyunturas políticas, sociales, culturales, ni de tendencias teóricas en boga.

IV. Conclusiones

Una perspectiva histórica de la tesis del acuerdo práctico debe evitar el anacronismo de valorar ideas que son producto de un determinado momento histórico; vale decir, no cabe evaluar el concepto de “acuerdo práctico” fuera de sus circunstancias particulares, signadas por posiciones filosóficas, políticas e ideológicas profundamente distintas e incluso antagónicas. En tal contexto, la tarea de positivizar una serie de derechos del hombre con pretensiones de universalidad exigía la postergación del debate teórico en torno a la fundamentación o justificación racional de tales derechos.

Sin embargo, el contexto actual se destaca por presentar diversas propuestas teóricas que brindan diversas fundamentaciones de los derechos humanos. En efecto, la hora presente exige abandonar “el tiempo de silencio” que caracterizaba al tiempo en que fue formulada la tesis del “acuerdo práctico”. En otras palabras, el tiempo actual no permite seguir postergando la discusión sobre la justificación racional de tales derechos porque en la filosofía práctica –tanto política como jurídica– abundan esfuerzos teóricos que abordan tales cuestiones.

En definitiva, se encuentran agotadas las circunstancias en la cuales se desplegó la tesis maritana del “acuerdo práctico” pero ello no implica negar su relevancia histórica. Posiblemente no sea aventurado sugerir que el sistema universal de los derechos humanos deba su existencia a dicho “consenso” o “acuerdo” práctico. No obstante, este último presenta escasa utilidad en el contexto actual, donde las más diversas cosmovisiones –socialista, liberal, cristiana, etc.– ofrecen distintos esfuerzos teóricos tendientes a fundamentar el discurso contemporáneo de los derechos humanos. Con todo, el panorama puede ser alentador si avanzara seriamente en el camino de ofrecer un fundamento que descansa en la prioridad de la persona como centro y finalidad del discurso de los derechos humanos. Las implicancias y consecuencias de esto último exigen un mayor desarrollo que se dejará para trabajos posteriores del autor de esta páginas.

LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA

Bioethic's Principles

Bernardita Berti García*

1. Introducción

“A la arena del derecho en nuestro tiempo, las ciencias biológicas han lanzado, exultantes, muy importantes y recientes logros que plantean cuestiones antropológicas, ético-jurídicas y socio-políticas de inédita proyección. Al abordar tan trascendente instancia, el espíritu de quien las reflexiona desde el orden jurídico es embargado por un sentimiento de responsabilidad de peso muy peculiar centrado en dilucidar su repercusión y justicia, en relación a la persona humana, sujeto de derecho, y a la vida misma en general”¹.

Comenzamos nuestro trabajo con una reflexión de la Dra. Catalina Arias de Ronchietto, quien vislumbra la trascendente labor del operador jurídico, toda vez que asumida la realidad presentada por el desarrollo de las biotecnologías, debe tener siempre en consideración al momento de elaborar, aplicar o interpretar las normas jurídicas, que la finalidad primera de ellas es, ciertamente, el resguardo de la vida de la persona humana. En este sentido, no puede ignorarse la influencia que ha tenido el pensamiento tecnocientífico, el cual, imponiéndose a la ciencia, no se detiene ante la existencia de límite ético alguno².

Frente a ello se plantea la necesidad de reflexionar con profundo sentido ético sobre la licitud de la intervención del hombre en la vida del mismo, tarea que debe

* Abogada (Universidad del Congreso). Miembro del Centro de Bioética, Persona y Familia.

1 Arias de Ronchietto, C. E. (2001). *Persona Humana*. Buenos Aires. La Ley, 15 y 16.

2 Señala Hottois las características de tal pensamiento: a) no eticidad, por ser la técnica considerada como algo absoluto, sin límites más que los puramente prácticos; b) no ontologismo, al hacer abstracción del ser mismo del hombre y de las cosas; c) no simbolismo, por respetar solamente “la razón técnica” sin comprender la diferencia profunda que existe entre el “ser-persona” y “ser-cosa”. “Droits de l’homme et technique contemporaine: liberté responsable et liberté nihiliste. Les études philosophiques”, N° 2, 1986, 204. En Andorno, R. (1997). *Bioética y dignidad de las personas*. Francia. Tecnos, 1997, 25-26. Ciertamente es la característica señalada de falta de ontología la que, al privar al hombre de su naturaleza, lo convierte prontamente en objeto de manipulación. Hecho que se evidencia de manera especial en el embrión humano.

realizarse situando siempre la dignidad y vida de la persona humana por encima de cualquier actividad biotecnológica. Este desafío no sólo es propio de los operadores jurídicos, sino que también se presenta a filósofos, médicos y científicos; quienes deben, en todo momento, al concretar la actividad propia que les concierne, asegurar que la misma promueva la concreción de los bienes básicos del hombre: de ellos, el primero y fundamental, la realización de la vida.

2. Concepciones éticas que fundamentan la bioética

Reconocida la necesidad de establecer límites a la actividad biotecnológica por los peligros ciertos que su desarrollo importa³, señalamos las dos grandes líneas de pensamiento, antagónicas entre sí, que fundamentan la corriente bioética personalista y la corriente propuesta por la literatura anglosajona, respectivamente. La elección de una u otra corriente ética reviste importantes consecuencias en lo que refiere a la realización de la vida de la persona humana.

a. Corriente objetivista o personalista

Para este pensamiento (propio de la ética clásica), la razón humana es juzgada capaz de distinguir lo que contribuye al bien de la persona de aquello que puede dañarla. Siendo la persona humana el fin de todas las instituciones sociales, políticas, económicas, etc., se admite que hay acciones intrínsecamente malas, especialmente aquellas que van contra los bienes básicos de las personas: la vida, salud, integridad física, el conocimiento, la experiencia estética, la sociabilidad, el trabajo y el ocio, la vida familiar, la razonabilidad práctica y la religión⁴. Explicita con claridad, el Dr. Roberto Andorno, la pauta moral de la bioética personalista; así sostiene: “[...] desde este enfoque la moralidad de un acto está determinada principalmente por su objeto y por la intención del sujeto. Para que un acto pueda ser calificado como *bueno*, es necesario que estos dos elementos lo sean. Por tanto, si el objeto es malo, el acto también lo es, aunque haya sido realizado con la mejor de las intenciones, ya que la buena intención no basta por sí sola para justificar una conducta: [...] el objetivo muy noble de hacer avanzar los conocimientos científicos no justifica que se empleen embriones humanos como material de experimentación [...] Se trata, por tanto, de la aplicación del clásico principio según el cual *el fin no justifica los medios*”⁵.

3 Téngase como ejemplo la posibilidad de modificar las características genéticas de la especie humana, por medio de la intervención en células germinales.

4 Finnis, J. (1980). *Natural law and natural rights*. Oxford. Clarendon Press, cap. IV. En Andorno, R. Ob. cit., 30.

5 Andorno, R. Ob. cit., 30-31.

b. Corriente relativista o subjetivista

Contrariamente, la corriente relativista o subjetivista considera que los principios éticos no son verdaderos o falsos, sino simplemente el resultado del acuerdo o de la elección de una comunidad. Dentro de esta ética existen diferentes corrientes:

- el *no cognitivismo*, cuyo principal inspirador fue David Hume, considera que son los sentimientos –y no la razón humana– los que determinan la bondad de las acciones humanas;
- el neoutilitarismo, que apoyándose sobre el criterio de utilidad social busca maximizar el placer y disminuir el dolor. El cálculo coste-beneficio, traspuesto del plano individual al social, va a constituir la regla moral válida para todos;
- el neocontractualismo hace coincidir el bien moral con el acuerdo de los sujetos: el bien es construido por medio de una decisión colectiva –y posee, por tanto, un contenido variable⁶.

3. Los principios éticos

Previo a considerar el alcance y contenido de los principios bioéticos, conviene clarificar, en primer lugar, la significación del término, para luego ir determinando su ámbito de aplicación. Respecto al origen etimológico de la palabra, proviene del latín *principium*, que a su vez proviene de *princeps*, que significa el primero (*primus*) que toma (*capio*) algo; de acuerdo con ello se entendía por principio el comienzo, la iniciación u origen de algo en el ámbito, fundamentalmente en el orden físico. Sin embargo, del mismo modo que lo ocurrido con una serie de palabras, *principium* mudó después su significación meramente física y pasó a significar todo aquello que aparecía como el inicio u origen en el ámbito de las realidades espirituales, y de ese modo comenzó a hablarse de principios de conocimiento, de principios lógicos, de principios éticos, etc.⁷.

Respecto a los principios éticos, son definidos por el Dr. Carlos Massini Correas como aquellas “proposiciones de estructura normativa y de carácter universal, cuya función consiste en discernir e imperar aquéllas conductas libres que se ordenan al logro de la perfección humana, así como a prohibir aquellas otras que de algún modo impiden o entorpecen la realización acabada de la perfección”. Y explicita: “[...] en el caso de los primeros principios éticos no se trata de proposiciones *a priori*, como lo pretendían los racionalistas, ni de construcciones conceptuales, como lo defienden los constructivistas, sino de la existencia en el entendimiento humano de

6 Palazzani, L. (1993). *La fundamentación personalista en bioética*. España. Cuadernos de Bioética, N° 14, 48. En Andorno, R. Ob. cit., 29.

7 Massini Correas, C. I. (2002). “Principios bioéticos, absolutos morales y clonación humana”. En *La Bioética, un reto del tercer milenio*. México. Universidad Panamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, 62 y 63.

unas estructuras cognoscitivas que Tomás de Aquino llama ‘hábitos innatos’: el *nous* para el uso especulativo del entendimiento y la sindéresis para su uso práctico, que habilitan al intelecto para que, dados ciertos datos de la experiencia, formulen los primeros principios del conocimiento”⁸.

Estos principios presentan las siguientes notas esenciales:

- Son primeros, es decir *principios*, en el sentido de que en ellos comienza y a partir de ellos se justifica todo tipo de razonamiento deductivo (por tanto, son anteriores lógicamente a las conclusiones, que tienen en ellos su fundamento primero).
- Por la razón de ser primeros, no pueden ser conocidos por ningún tipo de razonamiento, ya que por su mismo carácter de principios no existen proposiciones que les sean anteriores.
- Resultan absolutamente necesarios para todo razonamiento, ya que sin su presencia al comienzo del razonamiento, éste resultaría imposible; en efecto, un razonamiento no puede remontarse indefinidamente de proposición fundante en proposición fundante, ya que la regresión al infinito haría imposible la fundamentación de cualquier conclusión⁹.

De las obras de Tomás de Aquino, tales como *Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo*, *Summa contra gentiles* y *Comentario a la Ética Nicomaquea*, se puede resumir la doctrina del realismo filosófico en los siguientes puntos:

- En el orden práctico-ético sólo puede razonarse a partir de ciertos principios evidentes por sí mismos, y por lo tanto, indemostrables.
- Estos principios son varios: uno absolutamente primero, “el bien ha de hacerse y el mal ha de evitarse” y otros “próximos” a él, que participan de su carácter evidente y que son captados de modo intuitivo¹⁰.
- La aprehensión de estos principios prácticos, tanto el primero como los segundos, supone una cierta participación del conocimiento experiencial: así, por ejemplo, es necesario un cierto conocimiento experiencial para comprender que la vida es un bien básico para todo hombre, luego de lo cual la razón práctica estará habilitada para conocer y formular el principio secundario, pero evidente: “todo hombre debe respetar la vida humana”¹¹.

4. Los principios bioéticos

8 Massini Correas, C. I. (199). “De los principios éticos a los bioéticos”. En *Persona y Derecho*, vol. 41. Pamplona, 417-40.

9 Millán Puelles, A. (1984). *Léxico Filosófico* Madrid. Rialp, 477 y ss.; Massini Correas, C. I. “Principios bioéticos, absolutos morales...”. Ob. cit., 63-64.

10 Armstrong, R. (1996). *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*. The Hauge, Martinus Nijhoff. En Massini Correas, C. I. “Principios Bioéticos, absolutos morales...”. Ob. cit., 65.

11 Massini Correas, C. I. (1997). “El derecho a la vida en la sistemática de los derechos humanos”. En AA. VV., *Evangelium Vitae e Diritto*. Città del Vaticano. Librería Editrice Vaticana, 133-156.

Lo mencionado precedentemente respecto de la noción, estructura y modo de conocimiento de los principios éticos desde la perspectiva del realismo filosófico, nos lleva a abordar la cuestión de la existencia y contenido de los principios bioéticos.

Al ser la bioética “una ética que, a partir de la descripción del dato científico, biológico y médico, analiza racionalmente la licitud de la intervención humana sobre el hombre”, se sigue que los principios que la guían deben referirse al *bios* humano, más concretamente, a la conducta médica o técnico-científica que tiene por objeto la vida humana, la salud corporal y psíquica y las estructuras permanentes de esa vida humana¹².

4.A. Principios de la bioética personalista

La corriente personalista sitúa a la persona humana como centro de su interés, a la vez que constituye el respeto de su dignidad e integridad, como límite infranqueable de cualquier actividad biotecnocientífica.

a. Principio de respeto de la vida humana

El principio de respeto de la vida humana puede ser considerado como el principio eminente de la bioética, por ser aquel que guía e inspira la aplicación de los demás. Se trata del primer imperativo ético del hombre para consigo mismo y para con los demás¹³.

La razón de ser de este imperativo es fácilmente comprensible: para una persona, la vida es el bien fundamental, del cual depende la realización de todos los demás. Pues, la vida es la condición sin la cual la persona humana no puede desplegar el resto de sus potencialidades.

Este principio de respeto absoluto por la vida humana es y ha sido siempre reconocido tanto por las ciencias médicas, como por las ciencias jurídicas. La ética médica considera este principio como constitutivo del arte de curar, y es precisamente el respeto de la vida humana la finalidad última de la medicina, en tanto esta se ordena a la consecución del bien del paciente¹⁴.

Por su parte, el Derecho como ciencia que regula las conductas humanas pondera la vida humana y su incondicional respeto como el primero de todos los dere-

12 Sgreccia, E. (1994). *Manual de Bioética*. México. Diana, 42. Concordantemente, Domingo Basso entiende a la bioética como aquella disciplina que pertenece formalmente a la ética, es decir, a la ciencia normativa-valorativa del obrar humano libre, y materialmente, en cuanto a su objeto, a las actividades técnico-científicas que se vinculan directamente con la existencia y las estructuras permanentes de la existencia humana [Basso, D. M. (1998). *Ética*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 7-9].

13 Sgreccia, E. Ob. cit., p. 154. En Andorno, R. Ob. cit., 37.

14 Recordemos la fórmula del Juramento Hipocrático, presente en la actualidad: “Juro... que no daré a nadie veneno, aunque me lo pida, ni tomaré la iniciativa de cualquier sugerencia en ese sentido, igualmente no daré a ninguna mujer una sustancia abortiva”.

chos. Sin dejar de mencionar la larga tradición jurídica argentina respecto al reconocimiento y resguardo al derecho a la vida, a través de diversas normativas, citamos como ejemplo el artículo 1° de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada el 2 de mayo de 1948, que expresa: “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”. Menciona expresamente la Convención citada que su finalidad principal consiste en la “protección de los derechos esenciales del hombre”, los cuales se fundamentan en los atributos de la persona humana. La vida como primer derecho del hombre es acogida también en otros instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 3°), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 4°), entre otros.

Lo que está en juego en el respeto de la vida es una razón de justicia ante las personas. La justicia como tal exige que se dé a cada uno lo suyo y lo primero suyo que se debe a alguien es el respeto por su vida¹⁵. Respeto que implica tanto el resguardo de la vida, a través de la prohibición de atentar contra ella, como también por medio de diversas políticas –por ejemplo, sanitarias– que promuevan su integridad y plenitud¹⁶.

b. Principio terapéutico o de totalidad

El principio deriva directamente del imperativo de respeto de la vida y pone de relieve que el objetivo de la medicina es *procurar el bien del paciente*. Parte de considerar que la corporeidad humana es un todo unitario y orgánico. Ahora bien, como la parte existe para el todo, el bien de la parte está subordinado al bien del conjunto; la aplicación de este principio permitiría la posibilidad de sacrificar un órgano para salvar una vida¹⁷.

Este mismo criterio tiene una aplicación particular cuando una acción médica produce dos efectos, uno bueno y otro malo. Se habla entonces del “principio del voluntario indirecto” o de la “acción de doble efecto”. Si, por ejemplo, para aliviar los dolores de un moribundo se aplica morfina –que puede tener el efecto secundario de abreviar su vida–, el acto médico será éticamente aceptable cuando se cumplan las siguientes condiciones: i. que el mal no sea directamente querido, sino un efecto secundario del acto principal que en sí mismo es bueno; ii. que existan razones proporcionadas para actuar de esa manera, es decir, que el efecto positivo sea proporcionalmente superior, o al menos equivalente, al efecto negativo¹⁸.

Finalmente con este principio de totalidad o terapéutico se vincula una norma de ulterior aplicación, que se puede definir como norma de “proporcionalidad de las tera-

15 Andorno, R. Ob. cit., 35-36.

16 A modo de ejemplo, destacamos la Ley Nacional N° 24.901, que brinda un régimen de prestaciones en habilitación y rehabilitación a favor de las personas con discapacidad desde el momento de su desarrollo gestacional (artículo 14); entre muchas más.

17 Durand, G. (1989). *La bioéthique*. París. Cerf, 59. En Andorno, R. Ob. cit., 38.

18 Clásicamente se señalan cuatro condiciones para la licitud de la acción de doble efecto, pero ellas pueden quedar reducidas a las dos indicadas, que incluyen las otras dos. Andorno, R. Ob. cit., 39.

pías”. Esta norma implica que, al practicar una terapia, ésta se evalúe en el contexto de la totalidad física, espiritual y moral de la persona, y que se exija, por tanto, una cierta proporción entre los riesgos y daños que ésta acarrea y los beneficios que aporta¹⁹.

En el ámbito de la legislación argentina, la reforma introducida por la Ley N° 26.742 a la Ley de Derechos del Paciente²⁰ incorporó la posibilidad para la persona enferma que se encuentra en estado terminal de renunciar al llamado “encarnizamiento terapéutico”. Sin embargo, el reproche moral surge en cuanto dispone la licitud del rechazo de los procedimientos de hidratación o alimentación, los cuales constituyen medios de cuidados ordinarios.

c. Principio de libertad y de responsabilidad

Previo a abordar el contenido de este principio, es conveniente recordar que por sobre el derecho a la libertad se encuentra el derecho a la defensa de la vida, de modo que el mencionado principio encuentra su límite en el sostenimiento de la vida, la cual es el valor primero.

Por ello, respecto al paciente, la aplicación de este principio importa el deber moral de colaborar en la conservación y el cuidado ordinario no sólo de su salud y vida, sino también de la ajena. Ahora bien, cuando la vida no esté en peligro, tiene la posibilidad de decidir el inicio, continuación o rechazo de las terapias o tratamientos propuestos por el profesional médico.

Por su parte, al médico le corresponde el deber de considerar siempre al paciente como un fin en sí mismo, debiéndole informar completa y adecuadamente los procedimientos a los que piensa someterlo, o bien pedir su autorización cuando se presenten situaciones inicialmente no previstas, o se requiera la realización de terapias que impliquen un particular riesgo, por ejemplo: previo a tratamientos quirúrgicos o diagnósticos invasivos. Pero además, este principio supone la posibilidad de abstenerse en la realización de las pretensiones del paciente, y derivarlo a otro centro médico o profesional, cada vez que las mismas sean juzgadas por el profesional médico como éticamente inaceptables. En tal caso procede la llamada objeción de conciencia²¹.

19 Sgreccia, E. Ob. cit., 159-160.

20 Ley N° 26.549, sancionada en el mes de octubre del año 2009. Artículo 2°, inciso e): “Autonomía de la voluntad. El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad [...] el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable [...]”.

21 Sgreccia, E. Ob. cit., 158.

d. Principio de sociabilidad y de subsidiariedad

Este principio compromete a todas y cada una de las personas en su propia realización a participar en la realización del bien de los semejantes. En el caso de la promoción de la vida y la salud, implica que todo ciudadano se ha de comprometer a considerar su propia vida y la de los demás como un bien no sólo personal, sino también social. La aplicación de tal principio puede llegar a justificar la donación de órganos y tejidos, aunque ello implique alguna mutilación en el donador.

Respecto del principio de subsidiariedad implica por parte de la comunidad, por un lado, el deber de ayudar en mayor medida a las personas que más necesidad tengan de cuidados; dicho de otro modo, sería el deber de cuidar más a quien más necesitado esté de cuidados; y por el otro lado, implica el deber de la comunidad de no suplantar o sustituir la libre iniciativa de los particulares o de grupos, sino de garantizar su funcionamiento²².

La aplicación de tales principios puede encontrarse en diversas normas, por ejemplo: Ley N° 24.193 sobre trasplante de órganos y tejidos anatómicos, Ley N° 26.928 creadora de un sistema de protección integral en favor de las personas trasplantadas, Ley N° 26.845 de promoción para la toma de conciencia de la relevancia social de la donación de órganos, etc.

Otra propuesta de nómina de principios de la bioética personalista

Además de los principios bioéticos mencionados precedentemente, existen otros que han sido postulados con incuestionable validez por el Dr. Massini Correas²³, que hace que sean de ineludible mención.

El autor propone, sumados a los anteriores, otras primeras proposiciones que, en lo que respecta a su contenido y formulación, son dadas por la promoción –y prohibición de sus atentados– de aquellos bienes humanos básicos que se encuentran comprometidos por la actividad biotecnológica sobre la persona humana: fundamentalmente la vida, la plenitud física, la personalidad misma del hombre, y su identidad y unicidad. A los que formula de una manera positiva, o prescriptiva; y otra negativa o prohibitiva.

Asimismo, entiende que se trata, en realidad, de absolutos morales, es decir, de principios éticos que valen siempre y para siempre –cualesquiera que sean las circunstancias y las intenciones que se den en la acción humana concreta²⁴. Ello es así cada vez que un principio negativo o prohibitivo proscribiera, sin excepción alguna, ciertas clases de acciones, en cuanto ellas impiden de modo decisivo la realización de un bien humano básico; por ello, por tener como objeto a una determinada

²² *Ibidem*, 161-162.

²³ Massini Correas, C. I. “Principios Bioéticos, absolutos morales...”. *Ob. cit.*, 63-70.

²⁴ Massini Correas, C. I. (1996). “La normatividad de la naturaleza y los absolutos morales”. En *ArsIuris*, N° 15. México, 67-68.

clase de acciones que por su especie²⁵ están ordenadas al mal humano –como el adulterio, el homicidio, la tortura–, los principios morales que los prohíben tienen carácter de absoluto, es decir, no poseen excepción. A continuación, la nómina propuesta:

a. Principio de respeto a la persona

- Formulación positiva o prescriptiva: “[...] todo ser humano debe ser tratado en cualquier intervención sobre sus dimensiones vitales como persona, es decir, como dotado de una dignidad o valor intrínseco”.
- Formulación negativa o prohibitiva: “[...] nunca es lícito manipular o intervenir en el ser humano-persona, en ninguna de sus dimensiones vitales, como un medio para un fin extrínseco a él”.

b. Principio de respeto a la vida

- Formulación positiva o prescriptiva: “[...] la vida humana debe ser protegida y promovida en todas sus dimensiones”.
- Formulación negativa o prohibitiva: “[...] nunca es lícito atentar contra la vida humana en ninguna de sus dimensiones”.

c. Principio terapéutico

- Formulación prescriptiva: “[...] toda intervención sobre elementos o partes constitutivos del cuerpo humano y de la vida humana debe tener fines intrínseca y exclusivamente terapéuticos”.
- Formulación prohibitiva: “[...] nunca es lícito moralmente intervenir o manipular los elementos o partes constitutivos del cuerpo o de la vida humana con fines no terapéuticos (v. gr., eugenésicos)”.

d. Principio de identidad

- Formulación positiva o prescriptiva: “[...] la identidad biológica y espiritual de la persona debe ser resguardada en toda actividad técnico-científica que la tenga por objeto”.
- Formulación negativa o prohibitiva: “[...] nunca es lícito moralmente atentar, de cualquier forma que sea, contra la identidad espiritual o biológica de la persona humana”.

²⁵ Tomás de Aquino, *De Malo*, q.2, a.4. Vid. González, A. M. (1998). *Moral, razón y naturaleza. Una investigación sobre Tomás de Aquino*. Pamplona. EUNSA, 845 y ss.

4.B. Principios propuestos por la corriente anglosajona

Tradicionalmente, en la corriente de la literatura anglosajona, se ha afirmado, casi dogmáticamente, la existencia de tres principios bioéticos. Tales fueron desarrollados por la Comisión Nacional, creada por el Congreso de Estados Unidos, a los fines de identificar los principios éticos básicos que deberían guiar la investigación a realizar con seres humanos, denominado “Informe Belmont”. Los mismos son:

a. Principio de beneficencia

Responde a la finalidad primaria de la medicina, cual es la de perseguir el bien terapéutico del paciente y no causar el mal. Es algo más que el principio de no maleficencia: “ante todo no dañar”, ya que supone un compromiso activo en la realización del bien.

b. Principio de justicia

El cual reclama una distribución equitativa de los recursos en materia sanitaria, para evitar discriminaciones en las políticas de salud.

c. Principio de autonomía o de permiso

Postula el respeto incondicional a la autodeterminación del paciente. Este principio, para Tristram Engelhardt, que también denomina “principio de permiso”, resulta ser el más básico de la Bioética y el que provee de justificación al resto de los demás²⁶.

Se trata de la corriente ética contemporánea, que podemos llamar subjetivista-consensual, según la cual el valor ético fundamental consiste en la posibilidad de cada persona de escoger, sin coacciones, el modo de vida que habrá de vivir y las conductas que habrá de realizar con el único límite de no causar daño directo a otro sujeto particular²⁷.

Los seguidores de esta corriente ética parten del supuesto de que la autonomía, entendida etimológicamente, como capacidad del sujeto de darse a sí mismo sus normas morales, es un bien en sí mismo, o un valor moral. Ha escrito a este respecto Max Charlesworth: “[...] la autonomía es valiosa en sí misma en el sentido de que, incluso si lo que elijo –el contenido de mi acto– es objetivamente malo, mi elección es todavía buena en cuanto es un acto libre y autónomo”²⁸.

26 Tristram Engelhardt, H. (1995). *Los fundamentos de la bioética*. Barcelona. Paidós, 115 y ss.

27 Massini Correas, C. I. “De los principios éticos a los bioéticos”. Ob. cit., 417-40.

28 Charlesworth, M. (1996). *La bioética en una sociedad liberal*. Cambridge. UP, 15.

Sin embargo, nos parece seriamente cuestionable este modo de entender la autonomía. Dado que, así entendida, como mera capacidad de elección, sin constricciones y considerada con abstracción de sus finalidades, no constituye un bien moral, es decir, un aspecto o dimensión de la perfección humana. Así por ejemplo, de un hombre que ejerce su libertad de elección, sin sentido racional, sin objetivos coherentes y sólo para causarse daño a sí mismo, no puede sostenerse que esté realizando un altísimo valor moral. La autonomía en sí misma no provee de ninguna razón para obrar: nadie, salvo que sufra algún desorden psicológico grave, actúa sólo para realizar la autonomía, sino para realizar libremente ciertos bienes: la amistad, el trabajo, la salud. Por ello, no existe un principio ético de autonomía; en verdad los hombres actúan así, autónomamente, por ser un modo natural y no porque un principio se los imponga²⁹.

Críticas a los principios bioéticos de la corriente anglosajona

Luego de abordar el contenido de los principios propuestos por la literatura anglosajona, podemos afirmar que su postulación merece serias y fundadas críticas, dado que los mismos, al presentarse a menudo como absolutos y vacíos de contenido –respecto al significado, por ejemplo, de bien de la persona–, carecen de una fundamentación ontológica y antropológica, la cual hace que se vuelvan estériles y confusos³⁰.

Otra crítica que se puede formular sobre ellos es que, precisamente, la falta de fundamentación ontológica y antropológica hace que carezcan de una respuesta válida para el supuesto de una discordancia entre ellos. Así, podría ocurrir, por ejemplo, el caso de una persona que pidiese ayuda a un médico para suicidarse; pues en tal caso, de decidir afirmativamente, se estaría de acuerdo con el principio de autonomía, pero, a la vez, en discordancia con el de beneficencia.

Finalmente y respecto del pretendido principio de autonomía, tal como sostuvimos, no constituye un principio en cuanto tal, dado que un principio ético que reciba su justificación única y exclusivamente de la aceptación de quienes le quedarán sujetos, no generará obligación alguna, ya que, por definición, lo que surge de nuestra aceptación puede ser dejado de lado inmediatamente por quienes lo han aceptado, desapareciendo en cuanto principio ético. Es evidente que los principios morales se caracterizan por revestir una cierta independencia de nuestra libérrima voluntad. Si esta relativa independencia no existe, no es posible hablar con un mínimo de precisión de normas, preceptos o principios morales³¹.

29 Massini Correas, C. I. “De los principios éticos a los bioéticos”. Ob. cit., 417-40.

30 Sgreccia, E. Ob. cit., 163. Destaca el autor la necesidad de tener una referencia última, que trascienda, en la relación médico y paciente, y entre médico y sociedad, ya que de lo contrario se caería indudablemente en un absoluto relativismo. En oposición a ellos, se hallan los principios sostenidos por la bioética personalista, los cuales están vinculados entre sí coherentemente mediante una antropología personalista fundamental, que refieren en definitiva a un bien integral de la persona.

31 Massini Correas, C. I. “De los principios éticos a los bioéticos”. Ob. cit., 417-40.

5. Conclusión

Por nuestra parte, consideramos que a los fines de analizar racionalmente la licitud de la intervención humana sobre el hombre, corresponde la ponderación de los principios bioéticos propuestos por la corriente personalista. Y ello en virtud de que, al inspirarse en una ética objetiva, colocan al bien de cada persona humana como algo superior que trasciende a ella, y por tanto, fuera de cualquier intento arbitrario de injerencia.

Tales principios encuentran su fundamento en el reconocimiento de la dignidad del hombre, dignidad fundada en la propia naturaleza humana, en su condición de criatura de Dios, de quien recibe el ser por participación, y aseguran en última instancia la plenitud de la integridad del ser humano. Tal como señala el Dr. Nicolás Lafferrière cuando afirma: “La dignidad así fundada conlleva el reconocimiento de la inviolabilidad de cada vida humana, es decir, exige un respeto que garantice que el hombre se vea libre de todo daño, tanto en su integridad física como moral”³².

Por ello, tanto en la tarea que realiza el operador jurídico cada vez que elabora, interpreta o aplica normas, como en aquellas desarrolladas por médicos, científicos y filósofos, tareas en las que el inicio, desarrollo y conservación de la vida humana se encuentran implicadas, la observación de tales principios asegura ciertamente el perfeccionamiento del ser humano y el resguardo de la humanidad.

³² Lafferrière, J. N. (2011). *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal: el concebido como hijo y paciente*. Buenos Aires. Educa, 148-150.

VERDAD, REALIDAD Y DERECHO
LA VERDAD PRÁCTICA Y EL DERECHO
Truth, Reality and Law. The Practice Truth and the Law

Lucila A. Bossini*

*“Nadie puede eludir las preguntas fundamentales: ¿qué debo hacer?,
¿cómo puedo discernir el bien del mal? La respuesta es posible sólo gracias
al esplendor de la verdad, que brilla en lo más íntimo del espíritu humano.
El esplendor de la verdad brilla en todas las obras
del Creador y, de modo particular, en el hombre”.*
(Juan Pablo II. *Carta Encíclica Veritatis Splendor*)

I. Introducción

“¿Qué es la verdad? Le pregunta Pilatos. Mas el Señor no le responde, momentos antes le dijo ‘vine al mundo para testificar la verdad; todo el que es de la verdad escucha mi voz’¹.

Ante el silencio de Dios surge el imperativo de hallar una respuesta. La historia nos demuestra que desde la antigüedad este interrogante acompaña al ser humano. Platón, en *La República*, califica a la verdad como “lo más noble entre las cosas”² y este concepto, por su parte, resulta heredero –Pitágoras mediante– de tradiciones inmemoriales³.

Expone Kalinowsky que será el Filósofo, en el Libro VI de la *Ética a Nicómaco*, quien afirme el carácter intelectual del conocimiento moral y, por lo tanto, la verdad de los juicios morales⁴.

* Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA).

1 Jn. 18, 38-39.

2 Platón. *República*, VII, 532 c.

3 Pieper, J. (2009). *La verdad de las cosas*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 80. Traducción de Franck, Juan Francisco.

4 Para el apetito se trata de conservar el justo medio entre los dos extremos, que son el defecto y el exceso. El intelecto tiene, por el contrario, la tarea de decir la verdad. Entonces, la virtud moral es el estado habitual del apetito que lo dispone a conservar el justo medio mientras que la virtud intelectual es el estado habitual del intelecto que lo dispone para decir la verdad. Kalinowsky, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 77.

La verdad de todo lo real, la verdad reveladora de la realidad “como una afirmación que mira al ser del hombre y lo ilumina”⁵ se presenta ante nuestros ojos y deslumbra, aunque, a veces, enceguece.

El presente trabajo tiene por objeto investigar cómo la verdad en la vida moral —que es esencialmente regla o principio regulativo— resulta ser la perfección del conocimiento práctico. Así lo ha expuesto D. M. Albisu en *La verdad en la vida moral. La verdad práctica*⁶. La autora sostiene que sus conclusiones sólo tienen por finalidad precisar el ámbito de la verdad práctica como la perfección de un conocimiento: el conocimiento práctico, el cual se realiza propia y formalmente en el juicio que dirige la acción del ser humano. A fin de dar una respuesta que fundamente estas conclusiones se analizará, principalmente, la obra de Albisu haciendo acento en el estudio de sus fuentes bibliográficas. Se completará esta exposición con el análisis de la obra de J. Pieper, *La verdad de las cosas*⁷ y con la obra de G. Kalinowsky, *El problema de la verdad en la moral y el derecho*⁸, la que nos adentrará en la ubicación central de la verdad en la ciencia jurídica, la verdad práctica directamente aplicada en la moral y el derecho.

“Hay una frase de Goethe que dice: ‘Todas las leyes y reglas morales se reducen a una sola: a la verdad’. Pero la verdad es la manifestación de la realidad; la verdad es ‘manifestación del ser’, dice Hilario; y Agustín: ‘La verdad es aquello en lo que se muestra lo que es’. Entonces, quien reconduce lo moral a la verdad y, siguiendo esa flecha, penetra más profundamente, más allá de la ‘verdad’ o, mejor, a través de ella, llega necesariamente al ser: todas las leyes y reglas morales se reducen a la realidad”⁹.

La realidad es el fundamento de lo ético ya que el bien es lo conforme a la realidad. Quien quiere conocer y obrar el bien debe dirigir su mirada al mundo objetivo del ser. No a la propia intención, ni a la conciencia, ni a los valores, ni a los ideales y modelos establecidos por uno mismo. Debe prescindir de su propio acto y mirar la realidad¹⁰.

En cuanto al contenido conceptual de la verdad: la verdad es la adecuación de realidad y conocimiento. En el hacer intelectual se produce la relación de adecuación que es la esencia de la verdad. “La verdad no es otra cosa que la relación de identidad, que se establece y cumple en el conocer, entre el espíritu y lo real, en la cual lo real es la medida del intelecto”¹¹.

Lo verdadero es el bien de la potencia intelectual, en consecuencia, la verdad es la perfección del intelecto en acto. Esta verdad del intelecto humano es la verdad objetiva de lo que es conocido, es decir, la verdad de la realidad¹². Esta verdad obje-

5 Pieper, J. Ob. cit., 77.

6 Albisu, D. M. (1981). “La verdad en la vida moral. La verdad práctica”. En *Moenia. Las murallas interiores de la República*, N° VI, 42-71.

7 Pieper, J. Ob. cit.

8 Kalinowsky, G. Ob. cit.

9 Pieper, J. (2009). *La realidad y el bien*. Buenos Aires. Librería Córdoba, 13. Traducción de Franck, Juan Francisco.

10 *Ibidem*, 11.

11 *Ibidem*, 30.

12 Albisu, D. M. “La verdad en la vida moral...”. Ob. cit., 45.

tiva es el ajuste o adecuación de las operaciones exteriores y de los afectos interiores a los dictámenes –reglas o normas– de la recta razón¹³. “De modo que el intelecto se dice verdadero cuando, especulando sobre las razones de las cosas, se conforma en su acto con el objeto conocido”¹⁴.

Mas este conocimiento que ilumina la voluntad y la vida moral humana orientada a su fin es un conocimiento práctico, que dirige la acción del hombre. Al ejecutar una acción el intelecto, en su función práctica, guiado por la prudencia, influirá decididamente en esta acción, la cual si se halla ordenada a su fin perfeccionará al mismo agente.

Todo acto adecuado al fin de la vida humana será bueno y los medios para alcanzarlo deberán ordenarse a tal fin; y ésta es la función del intelecto práctico, hallar los medios para que el hombre virtuoso, siguiendo ese camino, alcance su fin.

II. La verdad práctica¹⁵

Señala Tomás de Aquino¹⁶ que el bien de cada cosa es su fin; y, por tanto, siendo la verdad fin de la inteligencia, conocer la verdad es el acto bueno del entendimiento. Por eso se llama virtud al hábito que perfecciona la inteligencia en orden al conocimiento de la verdad, en materias tanto especulativa como práctica¹⁷.

Existe una actividad intelectual en el hombre, que se distingue de la que configura la vida contemplativa, en la medida en que por ella el sujeto persigue otro fin, más allá de la pura aprehensión cognoscitiva de la realidad¹⁸. Y si bien *practi-*

13 *Ibidem*, 54.

14 *Ibidem*, 55.

15 *Ibidem*.

16 Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 56, Art. 3°.

17 La virtud es el hábito por el cual se obra bien. De dos maneras un hábito se ordena al acto bueno, primero en cuanto por él adquiere el hombre la capacidad de obrar bien. Segundo, un hábito puede conferir no solamente la aptitud para obrar, sino también el recto uso de tal aptitud. El sujeto del hábito virtuoso puede residir en el entendimiento, y no sólo en el entendimiento práctico, sino también en el especulativo, prescindiendo de todo orden a la voluntad. Por el contrario, el sujeto del hábito que se llama virtud no puede ser sino la voluntad u otra potencia en cuanto movida por la voluntad. Pero sucede que la voluntad mueve al hombre como a las demás facultades. Por eso el entendimiento, en cuanto que dice orden a la voluntad, puede ser sujeto de la virtud estrictamente dicha. De este modo el entendimiento práctico es sujeto de la prudencia. Siendo la prudencia recta razón de lo practicable, para poseerla el hombre debe estar bien dispuesto respecto a los principios de nuestras razones de obrar, que son los fines; y respecto a los fines, esta disposición se alcanza por la rectitud de la voluntad, como respecto a los principios de orden especulativo se obtiene mediante la luz natural del entendimiento agente, así la prudencia tiene por sujeto el entendimiento práctico en relación con la voluntad recta (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 56, Art. 3°. Sujeto psíquico de las virtudes. Si el entendimiento puede ser sujeto de la virtud).

18 Dice el Filósofo que la sabiduría, la ciencia y el entendimiento –hábitos intelectuales– son racionales por su misma naturaleza. Por consiguiente, no pueden colocarse en las facultades sensitivas, sino en la inteligencia como en su sujeto. Además, el entendimiento posible, al conocer (unión inteligible que identifica al sujeto cognoscente con la cosa conocida, y que se verifica en virtud de la actualización causada por las especies), se actualiza al modo del que conoce una cosa, lo cual sucede desde el momento en que se capacita para obrar por sí mismo (en nuestro caso, para entender). El hábito de la ciencia que capacita para entender, aún cuando de hecho no se piense, reside en el entendimiento. El entender y considerar son actos del entendimiento; luego los hábitos que facilitan y mediante los cuales se piensa pertenecen al mismo (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 50, Art. 4°. Sujeto de los hábitos. Si se dan hábitos en el entendimiento).

cus nombra adjetivamente al intelecto, también da cuenta del “complexum” en que consiste toda acción humana, ya que el ejercicio de este acto resulta imposible sin la interacción de los distintos órdenes que configuran en concreto la vida humana como una totalidad¹⁹.

Las operaciones humanas –en el orden propio humano, la praxis– destinadas a dirigir la vida moral se rigen por un principio rector: el intelecto, pero aún falta agregar que esta operación se halla encaminada hacia un fin. En este sentido cabe afirmar, junto a Aristóteles, “que los principios de la acción son los fines por los cuales se obra”²⁰.

Señala Albu, siguiendo al Aquinate, que la prudencia es el hábito de la actividad moral²¹. En aquellas cosas que son materia de consejo no hay vías determinadas, sino que determinarlas en concreto es propio del prudente²².

Como el hombre es un ente perfectible, es indudable que la perfección se convierte para él en un fin a alcanzar y es aquí donde la elección de la voluntad iluminada por el intelecto tiene central importancia, dice Aristóteles que “la elección es inteligencia apetitiva o apetito intelectual”²³.

19 Así como en el entendimiento encontramos las especies inteligibles, representación y semejanza del objeto que lo determinan y mueven a conocer, así es preciso que se dé en la voluntad y facultades apetitivas algo que las determine y mueva a sus objetos respectivos, puesto que el acto de toda facultad apetitiva, como se dijo, consiste en una inclinación al objeto; pero cuando dichas facultades están suficientemente determinadas por su misma naturaleza a sus objetos, no requieren tal cualidad determinante. Ahora bien, como el fin de la vida humana exige que nuestro apetito se incline y use de medios o bienes concretos, a los cuales no dice una relación necesaria, se ve la necesidad de que en las facultades apetitivas haya ciertas cualidades determinantes, las cuales se llaman hábitos. El entendimiento agente es únicamente activo, y de ningún modo pasivo; la voluntad, por el contrario, y toda potencia apetitiva, es ambas cosas. Luego la voluntad es susceptible de hábitos, porque estos convienen a toda facultad que tiene cierta pasividad. La voluntad por su propia naturaleza se inclina al bien presentado por la razón; pero sucede con frecuencia que este bien se diversifica de muchas maneras. De ahí que la voluntad necesite una determinación por medio de hábitos para inclinarse con facilidad y prontitud al bien de la razón (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 50, Art. 5°. Sujeto de los hábitos. Si se da algún hábito en la voluntad).

20 La prudencia es un modo de ser racional verdadero y práctico, respecto de lo que es bueno y malo para el hombre. Porque el fin de la producción es distinto de ella, pero el de la acción no puede serlo; pues una acción bien hecha es ella misma el fin. Los principios de la acción son el propósito de esta acción; pero para el hombre corrompido por el placer o el dolor, el principio no es manifiesto, y ya no ve la necesidad de elegirlo y hacerlo todo con vistas a tal fin: el vicio destruye el principio. Lo que es bueno para el hombre. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 5, 1140 b.

21 La función de ambas partes intelectivas (especulativa y práctica) es la verdad, así las disposiciones según las cuales cada parte alcanza principalmente la verdad son las virtudes de ambas. En cuanto a las virtudes intelectuales, las disposiciones por las cuales el alma posee la verdad cuando afirma o niega algo son: el arte, la ciencia, la prudencia, la sabiduría y el intelecto. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 2, 1139 b.

22 Según el Filósofo, la prudencia es “la recta razón en el obrar”, lo cual es propio de la razón práctica. Por lo tanto, la prudencia reside solo en el entendimiento práctico. Dice Aristóteles que “es propio del prudente aconsejar bien”. A su vez, el consejo versa sobre las cosas que debemos hacer en orden a un fin, las cuales pertenecen al entendimiento práctico. Es, pues, evidente que la prudencia reside exclusivamente en el entendimiento práctico. El que razona bien respecto de todo el bien moral decimos, sin más, que es prudente. La prudencia es, por lo tanto, sabiduría acerca de las cosas humanas: no sabiduría absoluta, la prudencia es “sabiduría en el hombre”. A la prudencia solo le toca el aplicar la recta razón a las cosas que implican consejo (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 2-2, Q. 47, Art. 2°. De la prudencia misma. Si la prudencia pertenece sólo al entendimiento práctico o también al especulativo).

23 “El principio de la acción es, pues, la elección –como fuente de movimiento y no como finalidad–, y el de la elección es el deseo y la razón por causa de algo. De ahí que sin intelecto y sin reflexión y sin disposición ética no haya elección, pues el bien obrar y su contrario no pueden existir sin reflexión y carácter. La

El conocimiento y el conocimiento práctico no son dos especies de un mismo género, sino que el conocimiento práctico es la extensión a la praxis del conocimiento. Conocimiento, resulta ser, entonces, un término análogo, siendo el primer analogante el conocimiento especulativo. Expone, Albisu, que admitida la doctrina de Fabro, según la cual la analogía es en rigor la semántica de la participación, resulta entonces necesario considerar la dialéctica similitud-disimilitud a la luz de la metafísica de la participación.

El conocimiento propio y principalmente dicho (*per se y per prius*) es el conocimiento especulativo. De su extensión a la praxis surge el conocimiento práctico. El conocimiento especulativo es conocimiento puro; acto puro inmanente de la potencia intelectual. El conocimiento práctico, en cambio, es conocimiento referido constitutivamente a la praxis; no es conocimiento puro, ni es puro acto de la potencia cognoscitiva, porque él implica un previo acto de la voluntad. Por lo tanto, el conocimiento especulativo es, respecto del práctico, el *participado* y este, respecto de aquel, el *participante*.

Concluye Albisu, que *moral* es el orden de los medios preceptuado por la norma para la recta consecución de este fin, y *bueno moralmente* es el acto que se subsume en tal orden de manera que resulta congruente con dicho fin. Pero como la medida de este ajuste o adecuación es lo que determina el acto propio de la razón práctica, la bondad moral de toda acción constituye la impronta de la razón en el orden operativo. Es la *recta razón participada*, la formalidad real que hace a esta o aquella acción buena moralmente, porque en virtud de dicha participación ella resulta conmensurada con el fin del hombre en cuanto agente libre.

La perfección de la virtud del intelecto especulativo –la verdad– consiste en el “medio” por el cual ella se ajusta a la medida de todo conocimiento. Este “medio” se alcanza siempre que el intelecto afirma qué es lo que es y qué no es lo que no es; sólo entonces, conformándose a la realidad objetiva (“ad rem”), se dice verdadero. De la misma manera acontece en el caso de la virtud intelectual práctica que se encuentra regulada por el apetito, su verdad consiste también en el “medio” por el cual ella se conforma o adecua a la verdad de la bondad del fin (“ad rem”) al que tiende el apetito recto²⁴. Y esto sucede toda vez que el juicio práctico dice que se

reflexión de por sí nada mueve, sino la reflexión por causa de algo y práctica; pues ésta gobierna, incluso, al intelecto creador, porque todo el que hace una cosa la hace con vistas a algo, y la cosa hecha no es fin absolutamente hablando (ya que es fin relativo y de algo), sino la acción misma, porque el hacer bien las cosas es un fin y esto es lo que deseamos. Por eso la elección es o inteligencia deseosa o deseo inteligente y tal principio es el hombre”. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 2, 1139 b.

24 La virtud intelectual, como la virtud moral, se ordena al bien. El bien de la virtud intelectual es la verdad, en el caso de la virtud especulativa, la verdad absoluta –como dice Aristóteles– y si se trata de la virtud práctica, la verdad en conformidad con el apetito recto. La verdad aprehendida por nuestro entendimiento es como algo mensurado por la cosa, ya que la cosa es la medida de nuestro entendimiento. Ya que como dice Aristóteles hay verdad en el enunciado o en la opinión según que la cosa es o no es. “Así es que el bien de la virtud intelectual especulativa consiste en un justo medio, por conformidad con la cosa misma, en cuanto que dice ser lo que es o no ser lo que no es; en esto consiste la razón formal de la verdad”. Tanto en las virtudes intelectuales como en las prácticas, se toma el medio en conformidad con la cosa. El medio de la virtud moral es el mismo que el de la prudencia: la rectitud de la razón. Este medio pertenece a la prudencia, en cuanto que éste regula y mide, y a la virtud moral, en cuanto regulada y mensurada (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 64, Art. 3°. El medio de las virtudes. Si las virtudes intelectuales consisten en un medio).

debe hacer lo que es (verdaderamente) bueno y evitar lo que es (verdaderamente) malo²⁵.

III. La verdad de las cosas²⁶

Omne ens est verum, todo lo real es verdadero, señala Pieper²⁷. Cuando el hombre de nuestro tiempo se confronta con la claridad de este principio, la admiración detrás de esa grandiosa simplicidad suele ir acompañada de confusión, y hasta de una completa perplejidad sobre lo que pudieran significar propiamente, de manera puntual y exacta, esas cuatro palabras.

Platón, en su diálogo con Glaucón, inicia el Capítulo VII de la *República* con la alegoría de la caverna. Avanzando en el diálogo establece que el hombre, liberado de sus cadenas, deja las sombras ascendiendo de la caverna hasta la luz del Sol, siendo incapaz aún de fijar sus ojos en las cosas, los animales, las plantas y el Sol mismo. El estudio de las ciencias produce estos mismos efectos, es decir, eleva la parte más noble del alma hasta la contemplación de lo mejor de todos los seres, hasta la verdad luminosa del mundo material y visible²⁸.

Hay una verdad de las cosas en sentido propio. Más aún, expone Pieper, las cosas son verdaderas en virtud de su íntimo núcleo ontológico. “Lo verdadero está en las cosas y en el intelecto: pero lo verdadero que está en las cosas se convierte con el ente según su propia sustancia”²⁹. La verdad de las cosas no es una “propiedad” que pudiera también faltarles. No, lo que hace que las cosas sean, hace también que sean verdaderas. El ente no puede ser pensado sin lo verdadero.

Conocer el ente significa, entonces, lo siguiente: que un ser tiene en sí las esencias de otras cosas, no sólo las “imágenes” de las cosas sino sus “formas”. Ser cognoscente significa entonces ir más allá de los propios límites, no estar encerrado en la propia esencia, sino “tener también la forma de la otra cosa”, es decir: *ser* también la otra cosa³⁰.

25 La verdad de nuestro entendimiento es cambiante. No porque ella esté sometida a mutación, sino porque nuestro entendimiento pasa de la verdad a la falsedad. Lo verdadero y el ser son convertibles, por eso así como el ser no se genera ni se corrompe, en cuanto tal sino solo accidentalmente, esto es, en cuanto que se genera o se corrompe esto o aquello, así también la verdad cambia no porque en ella no permanezca ninguna verdad, sino porque no permanece la verdad que era antes. La verdad del entendimiento consiste en la conformidad entre el entendimiento y la cosa. Anulada dicha conformidad, cambia la verdad de la opinión y, consecuentemente, la verdad de la proposición (Tomás de Aquino. *S. Th.*, I, Q. 16. Sobre la verdad. ¿La verdad es o no inmutable?).

26 Pieper, J. *La verdad de las cosas*. Ob. cit.

27 *Ibidem*, 79.

28 Platón. *República*, VII, 532 c.

29 Lo verdadero se extiende al ser y al no-ser, ya que es verdadero que el ser existe y que el no-ser no existe. El bien y lo verdadero se identifican con el ser, con la diferencia de que el bien añade al ser la razón de apetecible y lo verdadero la comparación con el entendimiento. Pero lo verdadero que está en las cosas se identifica con la sustancia del ser, y, en cambio, lo verdadero del entendimiento se manifiesta con el ser como lo que manifiesta, con lo manifestado, que en esto consiste la razón de verdadero (Tomás de Aquino. *S. Th.*, Q. 16, Art. 3°. De la verdad. Si lo verdadero se identifica con el ser).

30 La forma intrínseca de una cosa real es aquello por lo que es lo que es. Pero toda realidad creada es lo que es, no sólo en virtud de su forma intrínseca. Toda realidad creada está referida a un creador y configurador por el cual es lo que es. Para hablar con mayor exactitud: toda realidad creada es lo que es –además de

El conocer es y fundamenta la participación más íntima de uno en otro que se pueda pensar.

Dentro de esta relación de identidad tanto el intelecto como la cosa pueden ser la parte “que da la medida” como aquella “que recibe la medida”³¹. Dentro de esta relación de con-formidad tanto la cosa puede ser la forma originaria y el intelecto la forma derivada, como también al contrario, el intelecto puede ser la forma originaria y la cosa, la forma derivada³².

Continúa, Pieper, estableciendo que en este lugar se origina la distinción entre *intellectus speculativus* e *intellectus practicus*, entre el intelecto que contempla y descubre, y el intelecto que actúa y configura. Lo real se compara de una manera al intelecto práctico y de otra manera distinta al intelecto especulativo. El intelecto práctico causa las cosas; por eso es medida de las cosas que se originan en él. Pero el intelecto especulativo, que recibe de las cosas, es en un sentido determinado movido por las cosas mismas, y así las cosas son su medida.

A partir de la fuerza creadora y productora de ser del intelecto práctico, lo real recibe la “existencia” de la voluntad creadora; del conocimiento creador tiene “lo que” es. El intelecto creador forma en sí las formas de lo real³³. Y en virtud de este

por su forma intrínseca, y antes que por ella— por su relación con un conocimiento creador, con un intelecto creador. Lo real recibe su existencia de la voluntad creadora; del intelecto creador recibe lo que es. (“Qué”, “esencia”, “verdadero” tienen que ver con el conocimiento; “que”, “existencia”, “bueno”, con la voluntad). El intelecto creador, divino o humano-artístico configura en sí una pre-forma de la realidad que va a crear; “pre-forma” en sí la forma esencial de lo real. Y en virtud de este conocimiento pre-formativo y creador, el intelecto o, mejor, la pre-forma que en él ha llegado a ser configurada, es la “medida” de lo real. Esto quiere decir que el intelecto es él mismo cognoscible sólo cuando ha acogido en sí la forma esencial de una realidad objetiva, puesto que recién entonces alcanza su propia autorrealización y algo es cognoscible sólo en la medida en que es real. Sólo por la irrupción de la realidad objetiva del mundo en nosotros nos alcanzamos a nosotros mismos. Sólo en razón y luego del conocimiento del mundo objetivo del ser, el intelecto mismo entra en el ámbito de lo que puede ser objeto para él. En Goethe se lee: “El hombre sólo se conoce a sí mismo cuando conoce el mundo”. Pieper, J., *La realidad y el bien*. Ob. cit., 33.

31 La realidad como “medida” del conocimiento. Un axioma de toda teoría realista del conocimiento es que “Las cosas son la medida de nuestro conocimiento”. Medida no significa aquí algo cuantitativo; no tiene nada que ver con “medir” en el sentido usual, ni tampoco con el concepto ético de ser medurado. “Medida” como concepto ontológico significa algo cualitativo, algo que pertenece al campo de la forma. Además, el concepto de medida incluye una especie de objetividad originaria. Significativamente, el concepto de medida está realizado en tres campos de la realidad o, mejor, en tres relaciones reales: en la relación entre Dios y la creatura, en la relación entre el artista y su obra, en la relación entre el mundo objetivo del ser y el conocimiento humano. *Ibidem*, 19.

32 El concepto de medida debe entenderse entonces a partir del concepto de forma; la medida de algo real es su forma esencial “extrínseca”; es, como dice Meister Eckhart, la “imagen antecedente”. La medida es, en un sentido muy preciso, la “pre-figura” (*Vor-Bild*) de lo real. La forma esencial intrínseca de algo real es, como dice la expresión escolástica, su “causa formal intrínseca”; la medida de algo real es su “causa formal extrínseca”, por la cual es lo que es, tanto como por la causa formal intrínseca y antes que por ella. El principio de Tomás: *Deus omnium gentium est mensura* —Dios es la medida de todos los entes—, significa exactamente esto: todas las cosas reales son lo que son por el conocimiento creador de Dios; el conocimiento divino es su causa formal extrínseca; todas las cosas creadas tienen en el intelecto de Dios su pre-forma, su pre-figura; las formas esenciales intrínsecas de todo lo real están en Dios como “ideas”, como “imágenes antecedentes”. *Ibidem*, 20.

33 Dios produce sus efectos de acuerdo a su sabiduría. La voluntad de Dios es movida por la aprehensión intelectual de Dios. Y no habiendo en Dios otra aprehensión que la intelectual, resulta que Dios obra todas las cosas de acuerdo a su sabiduría. Obrando Dios por su voluntad, da existencia a las cosas por la

conocimiento preformativo, creador, el intelecto, o más bien, la pre-forma que en él ha sido configurada es la “medida” de lo real.

Ya en la cima de su obra, Pieper señala que la verdad de las cosas como referencia al “arte” de Dios encierra en sí también dos cosas. Primero: todas las cosas son conocidas por Dios. Pero el conocer de Dios, esto es lo segundo, es creador. El hombre ve las cosas, dice san Agustín, en el último capítulo de las Confesiones, porque son; pero las cosas son porque Dios las ve³⁴.

Santo Tomás, en la *Suma Teológica*, ve y formula explícitamente la doctrina de la verdad de las cosas a partir de esa fuerza de relación del alma espiritual humana que abarca la totalidad de las cosas: “Cada cosa es cognoscible en la medida en que tiene ser; y por eso se dice que el alma es de alguna manera todas las cosas”³⁵. El pensamiento acerca de la verdad de todas las cosas, así como la frase que dice que el alma es en cierto sentido todas las cosas provienen de la obra de Aristóteles³⁶. Pero ha sido Santo Tomás quien podrá unir estos dos aspectos y relacionarlos a la totalidad del espíritu humano, sin dejar de resaltar que para Santo Tomás el hombre es

sabiduría de su entendimiento. Según el Filósofo, el ordenar es propio del sabio (Met. I, Cap. II). Las cosas que han sido creadas por Dios guardan entre sí un orden no casual y así es evidente que Dios creó las cosas ordenándolas, por lo tanto, las creó de acuerdo a su sabiduría. Y esto se ve confirmado por la autoridad divina, pues se dice: “Hiciste todas las cosas en tu sabiduría” (Salmo CIII, 24). Y: “El Señor en su sabiduría hizo la tierra” (Prov. III, 19). Y por esto se excluye el error de algunos que decían que todas las cosas dependen de la simple voluntad divina sin ninguna razón (Tomás de Aquino. *Suma contra los gentiles*, T. I, Cap. XXIV. Que Dios obra por su sabiduría). Así como Dios obra por su voluntad, así también por su entendimiento y ciencia. La voluntad de Dios no puede ser mudable. No puede hacer las cosas que no presupone que haría, ni dejar de hacer aquellas que preconoció que haría, porque no puede hacer lo que no quiere hacer, ni dejar de hacer lo que quiere hacer (ibídem, T. I, Cap. XXV. De qué modo se dice que Dios, omnipotente, no puede algunas cosas).

34 Nosotros vemos lo que Dios hizo porque existe, y existe porque Dios lo ve. Nosotros vemos por afuera que existe y por dentro que es bueno. Pero Dios lo vio hecho cuando y donde vio que tenía que ser hecho. Nosotros en un segundo momento nos sentimos movidos a obrar el bien: una vez que nuestro corazón concibió del Espíritu de Dios, mientras que antes nos sentíamos movidos a obrar el mal, abandonando a Dios. Algunas de nuestras obras son buenas por ser don de Dios, pero no son eternas. Después de ellas esperamos descansar en la santificación divina. ¿Qué hombre puede dar esto a entender a otro hombre? ¿Qué ángel a otro ángel? A ti hay que pedírtelo, en ti hay que buscarlo, a tu puerta hay que llamar. Así, así se obtendrá, así se hallará, así se nos abrirá. Agustín de Hipona (1994). *Confesiones*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, L. XIII, 38, 506. Traducido por Cosgaya, José.

35 El objeto, la realidad, la cosa son la forma extrínseca del intelecto, mediante las cuales él es “lo que” es. Las cosas creadas, de las cuales nuestro espíritu recibe su saber, dan la medida a nuestro conocimiento. Pero ellas han recibido su medida del intelecto de Dios; en él están todas las cosas creadas, como las obras en el intelecto del artista. Así el intelecto de Dios mide y no es medido. Las cosas creadas tanto miden como son medidas. El intelecto no es “por sí”, es algo segundo y esencialmente dependiente. “El intelecto recibe su medida de las cosas, es decir: el conocimiento humano no es verdadero por sí mismo, sino porque y en la medida en que coincide con la realidad”. Por consiguiente, en cuanto réplica y reproducción, nuestro espíritu es la realidad misma. Pieper, J. *La realidad y el bien*. Ob. cit., 21 y ss.

36 El alma es, en cierto modo, todos los entes, ya que los entes son o inteligibles o sensibles y el conocimiento intelectual se identifica en cierto modo con lo inteligible, así como la sensación con lo sensible. El conocimiento intelectual y la sensación se dividen de acuerdo con sus objetos. A su vez las facultades sensible e intelectual del alma son en potencia sus objetos, lo inteligible y lo sensible, respectivamente. De donde resulta que el alma es comparable a la mano, ya la mano es instrumento de instrumentos y el intelecto es forma de formas así como el sentido es forma de las cualidades sensibles. Aristóteles. *Acercas del alma*, III, 8, 431 b.

evidentemente no sólo el alma, sino la unidad compuesta de alma y cuerpo: *anima forma corporis*³⁷.

Concluye, Pieper, en que el hombre, referido a la totalidad de las cosas, cuenta con la virtud de la prudencia, la piedra fundamental de una vida verdaderamente humana. El campo de la prudencia es lo que se ha dejado a la deliberación del hombre, a lo cual no pertenecen los fines de la vida humana. El sentido de la virtud de la prudencia es encontrar cuál es la realización adecuada de esos fines, aquello que hay que sopesar caso por caso, de cara a la situación concreta³⁸.

“Pertenece a la esencia del yo espiritual, dirigido a la totalidad de las cosas reales, que se encuentre con la universalidad de las cosas, que se le muestra en incontables casos concretos, con disposición receptiva y abierta. Solo así el hombre es capaz de realizar el plan de sí mismo, un plan que no sólo no ha pensado él, sino cuya figura definitiva ni siquiera percibe anticipadamente. [...] Porque el mundo de las cosas que son está constituido entre dos *intellectus*, el divino y el humano. En esto consiste, como sabe la tradición de la metafísica occidental, la verdad de las cosas”³⁹.

IV. El problema de la verdad en la moral y en el derecho⁴⁰

La cuestión de saber si a los juicios morales y jurídicos les corresponden o no las categorías de verdad y de falsedad es, en una u otra forma, uno de los temas permanentes de la filosofía.

Señala Kalinowski⁴¹ que, para algunos autores, las proposiciones prácticas, es decir, las estimaciones, las normas y los imperativos no son –y no pueden ser– verdaderas o falsas, puesto que designan productos de actos no cognoscitivos, que escapan en cuanto tales a la categoría de lo verdadero y de lo falso. Entre los pensadores estudiados, destaca este autor a los antiguos y modernos representantes del positivis-

37 Todo cuerpo natural que participa de la vida es entidad, pero entidad en el sentido de entidad compuesta. El alma es necesariamente entidad en cuanto forma específica de un cuerpo natural que en potencia tiene vida. Esta entidad es entelequia, por lo que el alma es entelequia de un cuerpo, es la entelequia primera de un cuerpo natural organizado. El alma es, entonces, la entidad definitoria, la esencia de un cuerpo. Cf. Aristóteles. *Acerca del alma*, II, 1.

38 El arte es “la recta razón en la producción de las cosas”, mientras que la prudencia es “la recta razón en el obrar”. La perfección y rectitud de la razón en materias especulativas depende de los principios, a partir de los cuales hace ella sus deducciones; así la ciencia depende del entendimiento, que es el hábito de los principios y lo presupone. Mas en los actos humanos los fines juegan el mismo papel que los principios en las materias especulativas, como dice Aristóteles. Por eso la prudencia, que es la recta razón en el obrar, requiere en el hombre buena disposición acerca de los fines, y esto depende de la rectitud del apetito. De ahí que la prudencia exija la virtud moral que rectifique el apetito. Por otra parte, el bien de la obra de arte no es el bien del apetito humano sino el de la misma obra artística. Por eso el arte no presupone rectitud de apetito. Así se explica que sea más de alabar el artífice que yerra conscientemente que aquel que comete las faltas sin querer; mientras que pecar voluntariamente contra la prudencia es peor que faltar involuntariamente a ella; y es que la rectitud de voluntad es esencial a la prudencia, pero no al arte (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 57, Art. 4°. Distinción de las virtudes intelectuales. Si la prudencia es una virtud distinta del arte).

39 Pieper, J. *La verdad de las cosas*. Ob. cit., 166-167.

40 Kalinowsky, G. Ob. cit.

41 *Ibidem*, 1.

mo jurídico, llamando a esta postura irracionalismo voluntarista. Este voluntarismo designa una preeminencia de la voluntad, la que sobre el plano moral determina el bien. Entre algunos de sus más destacados representantes se encuentran Juan Duns Escoto y Guillermo de Ockham. A fin de dar fundamentos a sus teorías, el primero destaca la libertad de Dios y el segundo, su omnipotencia.

El Dios de Escoto es absolutamente libre. Dios crea si lo quiere y no crea sino porque quiere. La única causa por la cual Dios ha querido las cosas es su voluntad y la única causa de la elección que ha hecho es que su voluntad es su voluntad⁴². Escoto acuerda a la voluntad un primado tanto en el hombre como en Dios.

Por otro lado, continúa Kalinowsky⁴³ estableciendo que otro grupo de autores sostienen que todas las proposiciones resultan, necesariamente, o bien verdaderas, o bien falsas dado que son productos de actos cognoscitivos.

Entre los defensores de un conocimiento moral (jurídico) intelectual encontramos a Aristóteles, quien afirma el carácter intelectual del conocimiento moral y, por lo tanto, de la verdad de los juicios morales. El Filósofo plantea un paralelismo de las definiciones de la virtud moral y la virtud intelectual y señala otro paralelismo todavía más fundamental entre el conocimiento y el apetito⁴⁴.

Al tratar la postura de Santo Tomás, Kalinowsky⁴⁵ piensa que si ella no es verdadera como interpretación de Aristóteles, lo es plenamente en cuanto tesis que pone en evidencia la condición de la verdad de ciertos juicios morales, especialmente de aquellos que, en vista de los fines por alcanzar, determinan los medios más apropiados, extendiendo la definición de la verdad práctica tanto al conocimiento poético como al conocimiento moral⁴⁶.

42 Dios crea si quiere, y no crea más que porque quiere. Preguntar la razón por la que Dios ha querido o no ha querido tal o cual cosa es preguntar la razón de lo que no la tiene. La única causa por la que Dios ha querido las cosas es su voluntad, y la única causa de la elección que ha hecho es que su voluntad es su voluntad; no hay, pues, que remontarse más allá. Las únicas condiciones a que se atiene esta libertad son evitar las contradicciones, no elegir más que esencias compositibles entre las que ha producido Dios y conservar inmutablemente las leyes, tal como han sido decretadas una vez. Excepción hecha, pues, del principio de contradicción y su inmutabilidad, la voluntad de Dios es dueña absoluta de la elección y combinación de las esencias; no está sometida a la regla del bien; por el contrario, la regla del bien está sometida a Dios. Si Dios quiere una cosa, esa cosa será buena; y si hubiere querido otras leyes morales distintas de las que ha establecido, estas otras leyes hubiesen sido justas, porque la rectitud es interior a su misma voluntad y porque ninguna ley es recta sino en cuanto ha sido aceptada por la voluntad de Dios. No se podía ir más lejos sin desembocar en el cartesianismo; pero antes de llegar a él será preciso haber borrado toda distinción entre el entendimiento de Dios y su voluntad. Gilson, E. (1976). *La filosofía en la Edad Media*. Madrid. Editorial Gredos, 556-557. Traducción de Pacios, Arsenio y Caballero, Salvador.

43 Kalinowsky, G. Ob. cit., 1.

44 Tres cosas hay en el alma que rigen la acción y la verdad: la sensación, el intelecto y el deseo. Puesto que la virtud ética es un modo de ser relativo a la elección, y la elección es un deseo deliberado, el razonamiento, por esta causa, debe ser verdadero, y el deseo recto, si la elección ha de ser buena, y lo que la razón diga el deseo debe perseguir. Esta clase de entendimiento y de verdad son prácticos. La bondad y la maldad del entendimiento teórico y no práctico ni creador son, respectivamente, la verdad y la falsedad (pues ésta es la función de todo lo intelectual); pero el objeto propio de la parte intelectual y práctica, a la vez, es la verdad que está de acuerdo con el recto deseo. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 2, 1139 a.

45 Kalinowsky, G. Ob. cit., 81.

46 "La prudencia es la virtud del buen consejo", como dice Aristóteles. Pero el hombre puede obrar movido no sólo por el propio buen consejo, sino también por el ajeno. Cuando el hombre obra bien, no a impul-

Establece Kalinowsky⁴⁷ que parece justificado dar a las proposiciones y metaproposiciones imperativas, normativas y estimativas el nombre de proposiciones prácticas. Las otras aparecen en esa óptica como teóricas. Al mismo tiempo, se encuentra precisada la noción de conocimiento práctico. Es práctico el conocimiento contenido en los juicios significados por las proposiciones prácticas. Los juicios prácticos son las estimaciones, las normas y los imperativos. Los conceptos prácticos son aquellos de que se componen los juicios prácticos. Y los razonamientos prácticos, los razonamientos cuyas conclusiones son juicios prácticos⁴⁸.

Las normas morales heterónomas⁴⁹ son las que, en cuanto normas exteriores, determinan en primer lugar lo que es justo (recto). De ahí que merecen también el nombre de “normas jurídicas”. Normas jurídicas en sentido amplio, pues lo justo (recto) que ellas determinan es el objeto de la justicia general en el sentido aristo-

sos de su propia razón, sino movido por el consejo de otro, es que su conducta todavía no alcanzó la perfección ni en cuanto a la razón que la dirige ni en cuanto al apetito que la mueve. La virtud intelectual es la que faculta para decir siempre la verdad y nunca la falsedad. Mas no parece ser este el caso de la prudencia, porque no es humano el no errar nunca al deliberar en materia de conductas, ya que las acciones humanas, siendo contingentes, pueden realizarse de muy diversas maneras. Por eso dice la Sabiduría: “Inseguros son los pensamientos de los mortales, y nuestros cálculos, muy aventurados”. El libro de la Sabiduría cuenta la prudencia entre las virtudes necesarias para la vida humana, al decir que la divina sabiduría “enseña la templanza y la prudencia, la justicia y la fortaleza, las virtudes más provechosas para los hombres en la vida”. La prudencia es la virtud más necesaria en la vida humana. Vivir bien, en efecto, consiste en obrar bien. Mas, para obrar bien, no solo se requiere la obra que se hace, sino también el modo de hacerla, es decir: es necesario obrar conforme a una elección recta y no meramente por impulso o pasión. Mas como la elección es acerca de los medios que conducen al fin, su rectitud requiere dos cosas: el debido fin y los medios adecuadamente ordenados a él. El hombre se dirige convenientemente a su debido fin mediante la virtud que perfecciona el alma en su parte apetitiva que tiene por objeto el bien y el fin; en orden a los medios, que conducen rectamente al debido fin, el hombre debe disponerse directamente por un hábito de la razón, ya que deliberar y elegir —que son operaciones relativas a los medios— son actos de la razón. De ahí la necesidad de que en la razón se dé una virtud intelectual para perfeccionarla y disponerla debidamente en orden a los medios que conducen al fin. Y esta virtud es la prudencia. Por consiguiente, la prudencia es una virtud necesaria para vivir bien. Lo verdadero del entendimiento práctico se toma en distinto sentido que lo verdadero del entendimiento especulativo. Porque la verdad del entendimiento especulativo depende de la adecuación del entendimiento a la cosa. Y como tal, adecuación no puede tener lugar de una manera infalible entre el entendimiento y las cosas contingentes, sino sólo con las necesarias, ningún hábito especulativo sobre materia contingente es virtud intelectual, sino sólo los que versan acerca de materia necesaria. Por otra parte, la verdad del entendimiento práctico depende de la conformidad con el apetito recto: conformidad que no tiene lugar tratándose de cosas necesarias, que no son realizadas por la voluntad humana, sino sólo respecto a las contingentes, que pueden ser hechas por nosotros, ya sean acciones humanas internas, ya obras artísticas externas. He ahí por qué solamente acerca de materias contingentes se señala virtud en el entendimiento práctico: el arte en orden a las cosas realizables, y en orden a las acciones operables, la prudencia (Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1-2, Q. 57, Art. 5°. Distinción de las virtudes intelectuales. Si la prudencia es virtud necesaria al hombre).

47 Kalinowsky, G. Ob. cit., 113.

48 Los razonamientos de orden práctico tienen un fin —puesto que tal es el fin que es el mejor— y este fin no es aparente al hombre que no es bueno, porque la maldad nos pervierte y hace que nos engañemos en cuanto a los principios de la acción. De modo que es evidente que un hombre no puede ser prudente, si no es bueno. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 2, 1144 a.

49 Las normas morales provienen o del sujeto de acción moral cuyo comportamiento ellas rigen (las llamaremos normas internas o autónomas) o de otro autor llamado legislador (reservamos para este caso el nombre de normas externas heterónomas). Kalinowsky, G. Ob. cit., 117.

télico del término⁵⁰ y no solamente el objeto de la justicia particular en el sentido igualmente aristotélico⁵¹.

Avanzando en su exposición, Kalinowsky sostiene⁵² que nuestros juicios prudenciales adoptan la forma o de estimaciones singulares, o de normas singulares, o de imperativos propiamente dichos⁵³. Porque tal como expresa Aris-

50 Con relación a la virtud de la justicia debemos establecer cuál es el término medio de la justicia, entre qué extremos lo justo es término medio. Todos los hombres cuando hablan de la justicia creen que es un modo de ser por el cual uno está dispuesto a practicar lo que es justo, a obrar justamente y a querer lo justo, y de la misma manera respecto de la injusticia. Parece que es injusto el transgresor de la ley, pero lo es también el codicioso y el que no es equitativo; luego es evidente que el justo será el que observa la ley y también el equitativo. De ahí que lo justo sea lo legal y lo equitativo, y lo injusto lo ilegal y lo no equitativo. Es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de estas disposiciones decimos que es justa. Pero las leyes se ocupan de todas las materias, apuntando al interés común de todos, de modo que en un sentido, llamamos justo a lo que produce o preserva la felicidad o sus elementos para la comunidad política. Por ello la ley manda lo que es propio de las virtudes y prohibiendo lo contrario, rectamente cuando la ley está bien establecida, y peor cuando ha sido arbitrariamente establecida. Esta clase de justicia es la virtud cabal, pero con relación a otra persona y no absolutamente hablando. A causa de esto, muchas veces, la justicia parece la más excelente de las virtudes. Es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no sólo consigo mismo. La justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro. El peor de los hombres es, pues, el que usa la maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa la virtud para consigo mismo, sino para con otro; porque esto es una tarea difícil. Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, V, 1.

51 Justicia universal y justicia particular. Hemos definido lo injusto como lo ilegal y desigual y lo justo como lo legal y equitativo. Esta justicia particular es parte de una justicia integral, por lo que hay que hablar de justicia parcial y de injusticia imparcial aunque la mayoría de las prescripciones legales mandan vivir de acuerdo con todas las virtudes y prohíbe vivir según todos los vicios. Justicia distributiva. Lo igual es un término medio, lo justo es también un término medio. Lo justo será un término medio e igual en relación con algo y con algunos. Como término medio lo será de unos extremos, como igual respecto de los términos, y como justo, en relación con ciertas personas. Por lo tanto, lo justo deberá requerir, por lo menos, cuatro términos: pues, aquellos para quienes es justo son dos, y las cosas en las que reside también son dos. Y la igualdad será la misma en las personas y en las cosas, pues la relación de unas y otras es la misma, en efecto, si no son iguales, no tendrán partes iguales. De ahí que se susciten disputas y acusaciones, aquellos que son iguales no tienen o reciben partes iguales y cuando los que no son iguales tienen y reciben partes iguales. Y esto está claro por lo que ocurre respecto al mérito; pues todos están de acuerdo que lo justo en las distribuciones debe estar de acuerdo con ciertos méritos. Lo justo, entonces, es una especie de proporción, y esta proporción es una igualdad de razones. Justicia correctiva. La justicia correctiva tiene lugar en los tratos mutuos. La ley sólo mira a la naturaleza del daño y trata a ambas partes como iguales. De suerte que el juez intenta igualar esta clase de injusticia que es una desigualdad. El término medio de éstos era lo igual, lo cual decimos que es lo justo, de modo que la justicia correctiva será el término medio entre la pérdida y la ganancia. Es por esto por lo que aquellos que discuten acuden al juez, y el recurrir al juez es acudir a la justicia, porque el juez quiere ser como una personificación de la justicia; se busca al juez como término medio y algunos llaman a los jueces mediadores, creyendo que si alcanzan lo intermedio se alcanzará justicia. Por tanto la justicia es un término medio, puesto que lo es el juez. El juez restablece la igualdad y cuando dos partes no tienen ni más ni menos sino lo mismo que tenían, se dice, entonces, que tienen lo que pertenece a cada uno y que ni pierden ni ganan. Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, Libro V, 2.

52 Kalinowsky, G. Ob. cit., 137.

53 La prudencia debe proceder de una doble inteligencia: una, la que es cognoscitiva de los universales, y tal es la inteligencia, hábito especulativo por el que conocemos de un modo natural no solo los principios especulativos, sino los prácticos, como "no debe hacerse mal a nadie". La otra inteligencia es la que, según leemos en la *Ética*, conoce "el extremo", es decir, un primer singular y contingente operable, la menor

tóteles, “la prudencia se refiere a lo más particular y lo práctico es de esta naturaleza”⁵⁴.

Para comprender cómo la prudencia y la virtud han hecho su entrada en el mundo, no hay más que recordar que para enunciar un juicio de conciencia verdadero basta que la razón no esté entorpecida por las tendencias mal orientadas, condición garantizada únicamente por cierta bondad natural y original del hombre. Lamentablemente nos vemos inclinados, por cierto, en forma muy fuerte y frecuente al mal. Para saberlo no es necesario admitir el dogma cristiano del pecado original. La historia nos informa suficientemente.

V. Conclusión

Existe una relación medular que vincula la razón con la conducta humana. “Esta relación *sui generis* entre el orden dinámico de la conducta y el *logos* u orden de la razón se resume, por último, en una relación de subordinación entre los distintos planos o dimensiones de la vida humana. Pues así como *en el principio era el Verbo por el cual fueron hechas todas las cosas*⁵⁵, así también en todo hombre *el principio* (y, por lo tanto, lo principal) es aquel elemento semejante al Verbo por el cual él es dueño y señor de sí mismo y de las cosas: a saber, el espíritu, cuya luz (la verdad) se participa en todas sus obras”⁵⁶.

El Aquinate dice: “La virtud llamada verdad no es una verdad común, sino una determinada verdad según la cual el hombre, en dichos y hechos, se manifiesta como es. Y particularmente, se llama verdad de la vida, en cuanto que el hombre cumple aquello a lo que está ordenado por el entendimiento divino”⁵⁷.

El creador nos abre la vía iluminativa –en palabras de San Buenaventura– y nos hace inteligible el sentido oscurecido del universo. El creador es la verdad esencial trascendente. Dios no es verdadero por relación a otra cosa, puesto que es el ser

del silogismo de la prudencia, que debe ser particular. Como este primer singular es un fin particular, síguese que la inteligencia que ponemos como parte de la prudencia es cierta estimación recta de un fin particular (Tomás de Aquino. *S. Th.* 2-2, Q. 49, Art. 2°. Partes cuasi integrales de la prudencia. Si la inteligencia es parte de la prudencia).

54 Aristóteles. *Ética Nicomaquea*, VI, 8, 1142 a.

55 Gilson resalta el rol de la Sabiduría de Dios en la historia. La función del intelecto de Dios como autor de la creación. “Este hecho capital, cuyo olvido es fuente permanente de confusiones, debe ser para nosotros regla de interpretación en el caso, en apariencia complejo, del principio del Evangelio de Juan. Allí se ve aparecer, en efecto, toda una serie de términos y de nociones cuyas resonancias filosóficas son innegables, y en primer lugar la del Logos o Verbo. En el principio era el Verbo; estaba con Dios; todo ha sido hecho por Él, en Él estaba la vida, y la vida era la luz de los hombres. Esta noción griega de Logos es manifiestamente de origen filosófico, principalmente estoico, y había sido ya utilizada por Filón de Alejandría (muerto hacia el 40 d. C.). Pero ¿qué papel desempeña esta noción en el principio del cuarto Evangelio? Puede admitirse, con frecuencia se ha hecho, que una noción filosófica viene a ocupar aquí el lugar del Dios cristiano, imponiendo así a la corriente del pensamiento cristiano una desviación primitiva que ya nunca será capaz de enderezar. El momento es, pues, decisivo; Helenismo y Cristianismo están desde entonces en contacto”. Gilson, *É. Ob. cit.*, 13.

56 Albusu, D. M. *Ob. cit.*, 44.

57 Tomás de Aquino. *S. Th.*, 1, Q. 16, Art. 4°.

total y supremo; por el contrario, las demás cosas serán verdaderas por su relación con Él. Comparada con su principio, la verdad de las cosas consiste en representar, es decir, en imitar la primera y soberana verdad⁵⁸.

San Buenaventura explica todo conocimiento verdadero de lo inteligible por la acción y la presencia en nosotros de un rayo debilitado⁵⁹ de la luz divina, ya que vemos la verdad, no simplemente *por* las razones eternas, sino *en* las razones eternas⁶⁰.

La verdad de lo que es, nuevamente, se coloca ante nuestra mirada como un principio. La verdad es la adecuación entre objeto y entendimiento⁶¹, dice Santo Tomás. La verdad es la coherencia perceptible por la mente, dice Anselmo, citado por el santo doctor⁶². “Como ya se dijo, la verdad se encuentra en el entendimiento en cuanto que aprehende las cosas como son; y en las cosas en cuanto que son adecuables al entendimiento. Y su conocer es la medida y causa de cualquier otro ser y entendimiento. Y en Él no sólo está la verdad, sino que Él mismo es la primera y suma verdad”⁶³.

Aquí es donde el hombre se enfrenta con su fin. Si el hombre es un ente perfectible es indudable que la perfección se convierte para él en un fin a alcanzar. Es así como en la operación por la cual el hombre se perfecciona confluyen las partes constitutivas de su racionalidad, y sus conductas –aprobadas por la razón– deben dirigirse a su fin, ya que el intelecto humano se ordena a lo verdadero como a la perfección de su acto aprehensivo⁶⁴.

En efecto, el conocimiento práctico no es sino la participación dianoética en la esfera apetitiva. De ahí que sean lo mismo el acto moralmente bueno y el acto conforme a la recta razón práctica⁶⁵.

Es aquí donde el principio *ens ut verum* se muestra como la estrella luminosa que guía al peregrino, será uno de “los astros que fueron ayer estrellas fijas de nuestro destino y que están hoy desapareciendo de nuestro horizonte”⁶⁶.

La causa de la dificultad para alcanzar la verdad no está en las cosas sino en nosotros mismos. Como los ojos del murciélago respecto de la luz del día, así se comporta el entendimiento de nuestra alma respecto de las cosas que, por naturaleza, son las más evidentes de todas.

Son eternamente verdaderos en grado sumo los principios de las cosas que eternamente son. Cada cosa posee tanto de verdad como posee de ser⁶⁷.

58 Gilson, É. Ob. cit., 413.

59 Rayo debilitado, decimos, porque San Buenaventura declara siempre que no alcanzamos las razones eternas o ideas tal como están en Dios, sino como reflejo suyo y confusamente. Cfr. Gilson, É. Ob. cit., 418.

60 Ídem.

61 Tomás de Aquino. *S. Th.*, I, Q. 16, Art. 1°.

62 Ídem.

63 *Ibidem*, Q. 16, Art. 5°.

64 Albigu, D. M. Ob. cit., 56, 58.

65 *Ibidem*, p. 58.

66 Gamba, R. (1968). *El silencio de Dios*. Madrid. Editorial Prensa Española, 9. Prólogo de Thibon, Gustave.

67 Aristóteles. *Metafísica*, II, 1, 993 b.

¿GOBIERNO DE LA LEY O GOBIERNO DE LOS HOMBRES? EL PROBLEMA EN PLATÓN Y ARISTÓTELES*

Law's Government or Men's Government? The problem in Plato and Aristotle

Julio E. Lalanne**

1. Introducción: el planteo del problema

¿Qué es mejor: el gobierno de la ley o el gobierno de los hombres? La cuestión es, a la vez, política y jurídica. Desde el punto de vista político, consiste en determinar si, en esas raras ocasiones en las que accede al poder un hombre excepcionalmente dotado para la conducción del Estado, conviene o no restringir su libertad de decisión por medio de leyes. Allí donde concurren en el mismo individuo la más alta aptitud política y la personalidad carismática para liderar a sus conciudadanos: ¿debe estar subordinado a la ley o más bien conviene dejar que sea él mismo quien cree la ley mediante su acción ejemplar? En el ámbito jurídico, se presenta una tensión problemática de signo análogo, que ha sido identificada como una “aporía empírica del Derecho”¹, cuyos términos son los siguientes: o bien organizar la vida social mediante leyes, generales y abstractas, en detrimento de lo singular; o bien dejar librada la última decisión de los asuntos jurídicos a la prudencia de hombres investidos de la autoridad para administrar justicia y resolver las controversias que se produzcan en el marco de la vida social.

El problema fue planteado –y resuelto– por primera vez en la historia de las ideas por Platón y Aristóteles. El propósito de este estudio es examinar el tratamiento de la cuestión y las respectivas soluciones, tal como aparecen en las obras de los dos grandes maestros y fundadores de la filosofía política y jurídica occiden-

* Una primera versión de este trabajo fue leída en el Workshop titulado “Estado de Derecho, Rule of Law y los desafíos de la hora presente”, organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Mendoza y auspiciado por la Fundación Konrad Adenauer, la Universidad Católica Argentina y la Universidad Austral, que tuvo lugar en Mendoza los días 22, 23 y 24 de mayo de 2014. Agradezco a los Dres. Félix A. Lamas y Carlos I. Massini, cuyos comentarios mejoraron el texto del trabajo.

** Abogado (UCA, 1991). Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA, 2010). Profesor Adjunto de “Filosofía del Derecho” y de “Formación del Pensamiento Jurídico y Político” (Facultad de Derecho, UCA, Buenos Aires).

¹ Lamas, F. A. (1991). Capítulo V: “Las aporías empíricas del Derecho”. En *La experiencia jurídica*, libro segundo. Buenos Aires. IEF, 381 y ss.

tal. Empero, es menester aclarar que si bien el trabajo trata innegablemente sobre Platón y Aristóteles, no pretende ser una contribución original al conocimiento de su pensamiento. Nuestra aspiración es, más bien, contribuir con el aporte de los dos magnos filósofos griegos al debate actual sobre el gobierno de la ley, el llamado “*Rule of Law*” o el Estado de Derecho.

Vale la pena reexaminar brevemente, pero en continua referencia a los textos originales, las ricas consideraciones que realizan Platón y Aristóteles a propósito de esta cuestión, pues tal revisión, aunque no agregue nada nuevo a cuanto ya se sabe de estos filósofos, puede constituir un aporte útil para el debate actual acerca de la primacía de la ley como núcleo central de la organización política y jurídica. El atractivo de las fuentes clásicas está en su perennidad y en que siempre es posible encontrar en ellas argumentos válidos para nuestro tiempo.

2. Platón

Platón plantea, por primera vez en la historia del pensamiento jurídico-político, la tensión problemática entre una política y una justicia concretas, en tanto estructuradas a partir de decisiones singulares, en oposición a la organización de la vida política y jurídica sobre la base de una legislación con carácter general. El problema guarda estrecha vinculación con el tema central de la metafísica platónica: la dialéctica de lo uno y lo múltiple, de lo estable y lo mudable. El más grande filósofo de todos los tiempos resolvió la dificultad de tres maneras distintas, en *La República*, *El Político* y *Las Leyes*.

2.1. La República

En *La República*, Platón trata el tema de la necesidad de las leyes para gobernar la *polis* y se pregunta si vale la pena legislar sobre los asuntos que hoy encuadrarían en las diversas ramas del Derecho Público y Privado:

“¿Y qué diremos, por los dioses, agregué, acerca de las transacciones del mercado, como los contratos que las partes estipulan recíprocamente en el ágora, o si quieres poner por caso, los arreglos con los obreros, las injurias y golpes, las querellas judiciales y la constitución del tribunal, o los impuestos que haya que recaudar o pagar en mercados o puertos, y en general todos los reglamentos mercantiles, urbanos o portuarios, con todo lo demás del mismo jaez? ¿Hemos de llegar a legislar sobre todo esto?

No vale la pena, contestó [Sócrates], dar sobre ello ordenanzas a varones esforzados y buenos, que por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley”².

En la ciudad ideal que Platón diseña en *La República*, quienes tienen a su cargo la función de gobierno son los guardianes perfectos, es decir, los reyes-filósofos.

2 *República*, 425, d; versión de Gómez Robledo, A. (1971). México. UNAM, 126-127.

En el pasaje recién copiado, aparecen identificados como los “varones esforzados y buenos” –*kaloí kagathos*. Su voluntad es la suprema ley, porque ellos, los videntes del Bien en sí, son los conductores de la ciudad en su camino de liberación espiritual, como se desprende de la alegoría de la caverna. Por tanto, las normas jurídicas quedan reducidas a un número mínimo y regulan sólo temas fundamentales. Todos los demás aspectos de la organización de la comunidad y de la conducción del Estado quedan sujetos a la decisión discrecional de los reyes-filósofos. Ellos resolverán, ejerciendo la virtud de la sabiduría y la prudencia, cuál es la mejor solución para los problemas que se planteen.

La tesis platónica según la cual el gobernante debe estar por encima de la ley era algo ciertamente extraño para sus contemporáneos. Los griegos tenían una alta concepción de la ley como expresión de su propia libertad frente a las arbitrariedades de un poder tiránico y pensaban que las leyes expresaban la sustancia espiritual de una sociedad³. Sin embargo, en *La República* Platón considera que la ley no puede estar por encima del saber. Piensa que es más importante la educación que la legislación porque una vez que se haya logrado formar gobernantes justos, “por sí mismos hallarán fácilmente casi todo lo que debería determinar la ley” (cf. el pasaje copiado más arriba).

En resumen, en *La República* –y aún en *El Político*, como veremos en lo que sigue– Platón sostiene la tesis del poder absoluto y sin límites de los gobernantes filósofos. No necesitan ninguna restricción porque son una mezcla de sabios y santos, que no pueden cometer error alguno, toda vez que han llegado al éxtasis místico de la contemplación de las ideas.

2.2. *El Político*

Platón fracasa repetidamente en su intento de llevar a la práctica el ideal del rey-filósofo, a través de sus sucesivos viajes a Sicilia⁴. Como no era un hombre obcecado, esta confrontación con la realidad provoca una paulatina evolución en su pensamiento. Advierte que ciertas ideas que había plasmado en *La República* no son realizables y, por ello, no sin gran pena, busca soluciones menos perfectas pero viables.

En *La República* el ideal era que los sabios gobiernen según su sabiduría: si la sapiencia gobierna la ciudad, las leyes son innecesarias. Este sigue siendo considerado el mejor régimen en absoluto. Pero sucede que la experiencia histórica y de vida del propio Platón le indicaban que no era fácil reunir en una misma persona el poder y la sabiduría⁵. La imposibilidad de la realización de aquel modelo ideal no es

3 Barker, E. (1961). *Greek Political Theory*. Londres – N. York, 42-46.

4 Cf. Gómez Robledo, A. (1986). *Platón, los seis grandes temas de su filosofía*., México. Fondo de Cultura Económica, 35 y ss.

5 Destaca, atinadamente, Antonio Tovar que Platón modula su pensamiento bajo el impacto del “ambiente histórico”, de las “circunstancias”, “Platón se da más cuenta de lo que sucede, y muchas de sus orientaciones y prescripciones obedecen a la consideración de lo momentáneo” (Tovar, A. *Los hechos políticos en Platón y Aristóteles*. Buenos Aires. Ed. Perrot, 35).

definitiva sino consecuencia de la malicia de los tiempos que vivimos. Por lo tanto, en *El Político* propone un régimen que es una participación del ideal, pero adaptado a las circunstancias vigentes. Y en esa modulación, las leyes vienen a desempeñar un papel importante en el gobierno de la ciudad.

El político es aquel que tiene a su cargo la ordenación concreta de las conductas en la *polis* (que Platón compara con el arte del tejedor); éste, a diferencia del gobernante filósofo, ya no necesita poseer la sabiduría, sino que resulta suficiente que tenga una recta opinión⁶; la rectitud de tal opinión está asegurada por las leyes.

Sin perjuicio de la evolución señalada, en *El Político* Platón formula una objeción respecto del gobierno de las leyes que es menester tener en cuenta:

“Una ley no podría nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos, y luego dictar la más útil de las normas; porque la semejanza entre los hombres y los actos y el hecho de que nada goza, por así decirlo, de firmeza entre las cosas humanas, no permiten que un arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto verdadero para todos los casos y para todo tiempo”⁷.

Toda ordenación de la vida social mediante leyes implica fijar modelos de conducta expresados en términos generales y abstractos. Las leyes necesariamente deben ser generales, pues tienen que aplicarse a una generalidad indeterminada de conductas posibles. Por otra parte, la generalidad propia de las leyes garantiza un tratamiento igualitario para todos aquellos que tengan que cumplirlas. En efecto, las leyes están destinadas a ser aplicadas no a un solo caso ni a una sola persona, sino a todos los miembros de la comunidad política; y esto sucedía tanto en Atenas como en los Estados modernos, en los cuales las leyes se aplican a todos los habitantes, en la medida en que son “iguales ante la ley”. Es una exigencia propia del derecho, a punto tal de que la excepción a la regla se considera, salvo justificación muy fundada, injusta. No hay derecho sin legalidad y no hay legalidad sin generalidad.

Por otro lado, la evidencia empírica también pone de manifiesto la disimilitud entre los hombres singularmente considerados, es decir, entre los individuos y sus diversos actos. Las conductas y situaciones reales que caen en el ámbito de aplicación de las leyes son siempre singulares y concretas, esto es, máximamente determinadas, complejas, diferentes entre sí, y, en ocasiones, únicas, por lo que es menester también tomar en cuenta esa singularidad.

Por eso, dice Platón que no es posible imponer una regla general que resulte “verdadera” para todos los casos. La aporía (dificultad) radica en esa inadecuación entre la regla general y lo reglado, que es lo mismo que decir entre el modelo general y abstracto de la ley y la vida concreta –singularísima, multiforme, diversa e irrepetible– de los hombres que están llamados a cumplirla. En rigor de verdad, el proble-

6 “Acerca de la opinión realmente cierta y segura que existe sobre lo bello, lo justo, lo bueno y sus contrarios, cuando ésta se engendra en las almas, digo que es cualidad divina producida en una raza genial” [Platón. *El Político*, 309 c; traducción de Antonio González Lazo (1981). Madrid. De la edición del Centro de Estudios Constitucionales, 88]. La rectitud de tal opinión se aproxima a lo que luego será la verdad práctico-prudencial de Aristóteles.

7 *El Político*, 294 b.

ma es una consecuencia del tema central de la metafísica platónica: la dialéctica de lo uno y lo múltiple.

2.3. *Las Leyes*

En *Las Leyes* está todo lo malo y todo lo bueno de la vejez; lo primero, por la ausencia de dramatismo, color o movimiento que encontramos en los diálogos de juventud. Lo segundo, porque esta obra merece ser calificada como el *testamento* de Platón, es decir, el lugar donde plasmó sus ideas últimas y definitivas sobre los temas acerca de los cuales había indagado tan afanosamente a lo largo de más de medio siglo de filosofar: el hombre, el Estado y los problemas de la convivencia humana.

En esta, su obra más extensa, Platón intenta una reorganización del inmenso edificio. Sin embargo, al final de su vida Platón desconfía del hombre. El ser humano, cuanto más poder tiene, más inclinado está al pecado de exceso (ηψβρισ), a la falta de medida y de autodomínio (ενκρατεια). Si bien la razón de un individuo excelente, dotado de templanza y cualidades excepcionales, podría llevar a la ciudad a un gobierno perfecto, los peligros de la naturaleza humana impedirían que ese hombre llegara a conducir a la edad de oro a sus súbditos.

En un pasaje sobre el cual hay que llamar vivamente la atención, Platón contrapone el estado de *Las Leyes* al estado de *La República*, como el reino de lo posible en oposición al reino de lo ideal:

“Pues bien, la primera ciudad y constitución y las mejores leyes se darán donde en el mayor grado posible ocurra por toda la ciudad aquello que desde hace tiempo se dice: y lo que se dice es que realmente las cosas de los amigos son comunes. Así, pues, si hay algún lugar en que [...] [se logre] la mayor unidad posible de una ciudad, no habrá jamás nadie que pueda formular una definición más justa ni mejor de lo que es el más alto grado de excelencia. Una ciudad semejante, sean dioses o hijos de dioses quienes la habiten en número superior a uno, proporcionará a quienes vivan así el habitar dichosos, por lo cual no es necesario ir a ninguna otra parte para buscar un modelo de constitución, sino atenernos a este tipo y buscar una que sea en todo lo que cabe semejante a ésta. En cuanto a la que ahora hemos tomado nosotros entre manos, pudiera, si llega a realidad, que se acercara sumamente a la inmortalidad y que mereciera el segundo lugar en punto a honor; y después de esto, si la divinidad quiere, terminaremos con la tercera.”⁸

El fragmento demuestra que Platón no renuncia al estado ideal de *La República*, más aún, lo reafirma vigorosamente; sólo concede que, dadas las circunstancias por las que atraviesan los hombres, con sus vicios actuales y la confusión de sus ideas⁹, ese ideal no es aplicable sino a quienes sean “dioses o hijos de dioses”. *La*

8 *Las Leyes*, L. V, 739 c - e; versión de José Manuel Pabón y Manuel Fernández Galiano (1999). Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 179.

9 En términos de Werner Jaeger, lo que hace necesario este segundo estado con una presencia tan preponderante de leyes es el bajo nivel de *paideia* (740 d) o cultura con que se enfrenta Platón. Cf. Jaeger, W. (1961). *Paideia, los ideales de la cultura griega*. México. Fondo de Cultura Económica, 2^{da} edición, 1016.

República es la *primera ciudad*, la primera constitución en excelencia, más perfecta pero menos realizable. El estado propuesto en *Las Leyes* es una *segunda ciudad*, menos perfecta pero posible, más acorde con la realidad de las cosas. Será, por lo tanto, un estado *por participación* del ideal, el cual sigue conservando su validez y continúa siendo la meta absoluta. Y aún menciona Platón una posible *tercera ciudad* que se haría preciso estudiar si las condiciones reales llegaran a ser todavía menos adecuadas.

Por ello, las tesis esenciales del pensamiento político platónico están presentes en *Las Leyes*: la superioridad del saber y la razón¹⁰, la unidad del Estado¹¹, la unidad de la virtud¹², la primacía absoluta del bien común¹³, el carácter educativo y formativo de la política y la importancia de la educación¹⁴, el organicismo que se manifiesta en el privilegio del todo social sobre las partes y, en especial, en el rechazo de la individuación como la causa de todos los males¹⁵.

La experiencia histórica –a sus tristes fracasos en Sicilia se añaden las derrotas de Atenas por Esparta en la guerra del Peloponeso y, después, de Esparta por Tebas en Leuctra y Mantinea– ha hecho que Platón tenga una opinión cada vez más pesimista de la naturaleza humana: en *Las Leyes* dice que el hombre es una marioneta inventada por los dioses¹⁶. La cuerda del razonamiento que tira de él es todavía de oro y sagrada, pero demasiado suave si la comparamos con las cuerdas “duras y férreas” de las pasiones¹⁷.

Platón sigue pensando que lo mejor es la superioridad del saber y de la razón y que donde haya un hombre superior, que cuente con las características superlativas que él mismo describió en *La República*, debe gobernar sobre la base de su prudencia y de su sabiduría, y sin leyes. Pero su vida le ha demostrado que eso es hartamente infrecuente¹⁸. Ha perdido la confianza en las posibilidades de una razón *libre y soberana* que pudiera gobernar la vida de los hombres. Por ello, abandona la ilusión del rey-filósofo y ante la alternativa entre el gobierno de los hombres y el de las leyes, opta por este segundo término, no sin reconocer las dificultades que ello supone:

“[...] por ello se ha de escoger el otro término, la ordenación y la ley que miran las cosas en general aunque no alcancen en particular a cada una de ellas”¹⁹.

10 “No hay ley ni orden más poderoso que el saber” y “no es lícito que la inteligencia sea súbdita ni esclava de nadie”, *Las Leyes*, 875 d.

11 “[...] si hay leyes que den la mayor unidad posible”, *Las Leyes*, 740 d.

12 Cf. *Las Leyes*, 965 d.

13 “[...] el verdadero arte político no ha de cuidarse del bien particular sino del común”, *Las Leyes*, 875 a.

14 *Las Leyes*, 653 b.

15 “Nada habrá pues en este estado de vida privada, que es, al sembrar la diferenciación, causa de males para la ciudad”, *Las Leyes*, 788 a.

16 *Las Leyes*, 803 c; y también: 644 d-e: “[...] pensemos que cada uno de nosotros, los seres vivos, somos marionetas de los dioses, fabricados ya para juguetes de ellos”.

17 John Gould, entre otros, ha puesto de manifiesto el pesimismo creciente de Platón en relación con la naturaleza humana en Gould, J. (1972). *The development of Plato's Ethic*. New York, 213/4.

18 *Las Leyes*, 875 c-d; versión de Pabón y Fernández Galiano, ya citada, 133.

19 *Las Leyes*, 875 d, ibídem.

En *La República*, se había esforzado en hacer superflua toda obra legislativa mediante una educación perfecta; en *Las Leyes* concluye en que éstas son indispensables para la vida del Estado:

“[...] es necesario que los hombres se den leyes, que vivan conforme a ellas o que, de lo contrario, en nada se diferenciarán de los animales más feroces; la razón de esto es que no se da naturaleza humana alguna que a un mismo tiempo conozca lo que conviene a los hombres para su régimen político y que, conociendo así lo mejor en ello, pueda y quiera constantemente ponerlo por obra”²⁰.

No hay hombre que, en el ejercicio del poder político, sea capaz de *saber*, de *querer* y de *obrar* lo mejor y en dirección a lo mejor: en alguno de esos tres momentos consecutivos fallará, sencillamente porque:

“[...] su índole mortal le impulsará sin cesar a la ambición y al aventajamiento propio en su fuga irracional del dolor y su búsqueda del placer”²¹.

Pone de manifiesto un amargo desencanto respecto de la posibilidad de encontrar la personalidad intelectualmente preeminente y moralmente íntegra que había trazado en *La República*:

“[...] ninguna naturaleza humana es apta para administrar soberanamente todos los asuntos de los hombres sin henchirse de soberbia e injusticia”²².

A tal punto que:

“[...] para aquellas ciudades que no gobierna la divinidad, sino un mortal, no hay escape de los males ni de los trabajos”²³.

La solución está en “la conducción del raciocinio, áurea y sagrada, que se llama ley general de la ciudad”²⁴, es decir, en gobernar las ciudades obedeciendo a lo dispuesto por la razón, dándole a ello el nombre de ley. Las leyes, en cuanto ordenación racional, son una manera por la que los hombres que las establecen aspiran a participar en lo inmortal. Por lo tanto, los gobernantes deben ser esclavos de la ley:

“A los que ahora se dicen gobernantes los llamé servidores de las leyes, no por introducir nombres nuevos, sino porque creo que ello más que ninguna otra cosa determina la salvación o perdición de la ciudad; pues en aquella donde la ley tenga condición de súbdita

20 *Las Leyes*, 875 a, versión citada, 132.

21 *Las Leyes*, 875 b, versión citada, 133.

22 *Las Leyes*, 713 c, versión citada, 142.

23 *Las Leyes*, 713 e, versión citada, 143.

24 *Las Leyes*, 644 e – 645 a. Platón utiliza la imagen del oro como metáfora para aludir lo más excelente que hay en el hombre: su razón, por contraposición a los “hilos interiores férreos” de las pasiones. Esta imagen se encuentra ya en la *República* (p. ej., 415 a).

sin fuerza, veo ya la destrucción venir sobre ella; y en aquella otra, en cambio, donde la ley sea señora de los gobernantes y los gobernantes siervos de la ley, veo realizada su salvación y todos los bienes que otorgan los dioses a las ciudades”²⁵.

Recapitulando y a modo de conclusión de este apartado: hay una tesis de Platón que permanece invariable a lo largo de toda su obra, a saber: aquella según la cual la regla fundamental de la conducta humana es la razón y la sabiduría. La evolución viene determinada por el tránsito de un régimen –el de *La República*– en el cual el rey-filósofo es quien posee y encarna esa sabiduría y gobierna con una amplia discrecionalidad, a otro –en *El Político*–, en el cual el gobernante, sobre la base de la función rectificadora de la razón prudencial, rige los destinos de la polis, para terminar en el sistema preconizado en *Las Leyes*, en el cual la sabiduría la poseían los legisladores originarios y fue plasmada en las leyes, las que deben ser rigurosamente respetadas. Se ha dicho, y con razón, que Platón vuelve, así, al final de su vida, al reconocimiento de la soberanía de la ley, uno de los descubrimientos más fecundos del pensamiento helénico²⁶. “El pueblo debe luchar por su ley como por sus murallas”, había declarado Heráclito²⁷, y Sócrates, por su parte, había preferido morir antes que desobedecer las leyes²⁸.

3. Aristóteles

3.1. La Política

Aristóteles formula la cuestión en el Libro III de la *Política*:

“Lo primero que debemos considerar en esta investigación [sobre la monarquía] es si conviene más ser gobernado por el mejor hombre o por las mejores leyes”²⁹.

Una vez planteado el problema, inicia la investigación con la típica metodología dialéctica³⁰, es decir, mediante la sucesiva exposición, confrontación y ponderación de los argumentos favorables a cada una de las dos alternativas en disputa:

a) Reitera lo dicho por Platón en el sentido de que la ley no puede prever “exactamente todo” lo que puede suceder en la vida social real, porque lo escrito en

25 *Las Leyes* 715 c-d; versión citada, 146.

26 Cf. Gómez Robledo, Ob. cit., 590.

27 Fragmento 44, según la numeración de H. Diels y W. Kranz (cf. Diels, H. *Die Vorsokratiker. Die Fragmente der Vorsokratiker griechisch und deutsch*, 6ª edición, mejorada por W. Kranz, 3 vols. Tubinga, 1951-52).

28 Si hemos de otorgarle credibilidad al relato que nos dejó Platón en el *Critón*.

29 Aristóteles. *Política*, Libro III, 1286 a, 8-19.

30 Cabe aclarar que estamos haciendo referencia a la dialéctica entendida en el sentido clásico del término, como la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin certeza. O, dicho en forma breve, de cuño aristotélico, es la Lógica de lo probable” [Lamas, F. A. (1997). “Derecho y Dialéctica”. En Revista *Circa humana philosophia (La Filosofía de las cosas humanas)*, número II. Buenos Aires. IEF, 7 y ss.].

la ley “es forzoso que sea general, y en la práctica no se dan más que casos singulares (ου προσ τα προσπιποντα επιταττειν)”³¹. Se trata de la ya señalada aporía de la inadecuación entre el modelo general de la ley y las conductas singulares, las únicas que en verdad existen. Los múltiples aspectos y particularidades de la vida humana concreta escapan al esquema rígido de un molde abstracto. Un hombre, por lo tanto, resolverá mejor los casos particulares, pues al igual que un artesano, podrá adecuar flexiblemente su decisión a las circunstancias peculiares de cada situación.

b) A favor del gobierno de la ley, argumenta que ésta es desapasionada, mas el hombre no puede serlo. En el alma humana hay una parte irracional, que es común con los animales, y que es donde radican los apetitos y las pasiones, tales como la irascibilidad y la concupiscencia que busca el goce de los placeres sensibles³². Así, la experiencia indica que es frecuente que aquel que ocupa un cargo político resuelva los asuntos sometidos a su decisión “contra la razón, por motivos de amistad, [...] por despecho o por favor”³³, es decir, movido por sus propios intereses, pasiones o deseos y, por lo tanto, con criterio injusto. “Cuando un individuo está dominado por la ira –ejemplifica Aristóteles– o por cualquier otra pasión semejante, necesariamente su juicio estará corrompido”³⁴.

En cambio, en la ley “no se da en absoluto la pasión”³⁵, en efecto, la ley es caracterizada, en la *Ética Nicomaquea*, como “una cierta razón y orden recto”, y como “la expresión de cierta prudencia e inteligencia”³⁶, es decir, un producto de la razón en su función práctica que ordena las conductas de los miembros de la polis al bien común, en cuanto fin de la comunidad política. Es evidente, pues, que la ley se halla libre de afectividad y apetencias y, por ello, a diferencia del magistrado, no es susceptible de ser torcida por enconos o favoritismos y tampoco “se atrae resentimientos al hacer el bien”³⁷.

Aristóteles concluye esta argumentación –siempre en el Libro III de la *Política*– con una afirmación que, por su relevancia, conviene transcribir:

“Así, pues, el que defiende el gobierno de la ley parece defender el gobierno exclusivo de la divinidad y la inteligencia; en cambio, el que defiende el gobierno de un hombre añade también un elemento animal; pues tal es el impulso afectivo; y la pasión pervierte a los gobernantes y a los hombres mejores. La ley es, por tanto, razón sin apetito”³⁸.

Para comprender este pasaje, es menester recordar aquel otro, muy famoso, pero de la *Ética Nicomaquea*³⁹, en el cual Aristóteles, siguiendo a Platón⁴⁰, dice que

31 *Política*, Libro II, 1269 a 10-12; la aporía de la generalidad de las leyes aparece, también, en *Constitución de los atenienses*, I, 9, 2, lo cual demuestra que Aristóteles la tenía bien presente.

32 *Política*, Libro I, 4, 6, 1254 b 8.

33 *Política*, Libro III, 1287 a 38-40.

34 *Política*, Libro III, 1286 a.

35 *Política*, Libro III, 1286 a 15.

36 *Ética Nicomaquea*, Libro X, 9, 1180 a 17-22.

37 *Ibidem*, 1180 a 25.

38 *Política*, Libro III, 1287 a 29-34.

39 *Ética Nicomaquea*, Libro X, 7, 1177 b 26 y ss.

40 *República*, IX 7, 588 c y ss.

en el hombre hay un elemento divino, lo más excelente que hay en él, que excede en potencia y dignidad a todo lo demás: el *nous*; palabra casi intraducible porque el término latino a él correspondiente y usado a partir de Boecio, es decir, *intellectus*, que corresponde al castellano “intelecto”, ha sido traducido muchas veces por “razón”, lo cual genera confusión porque esta última palabra hace referencia al entendimiento en su función discursiva, mientras que el *nous* aristotélico parece aludir a un conocimiento inmediato no discursivo⁴¹. A fin de evitar los equívocos que pueden surgir a propósito de la relación razón-intelecto, es conveniente adoptar para el griego *nous* la traducción de “inteligencia inmediata”. Lo que aquí interesa, más allá de toda consideración terminológica, es que, para Aristóteles, el *nous* es la más alta forma de racionalidad que está al alcance del hombre y es, al mismo tiempo, lo que éste tiene en común con los dioses.

Luego de esta explicación, resulta más claro el párrafo recién copiado. Si, tal como hemos visto, la ley es orden racional y expresión de cierta inteligencia y, a su vez, la inteligencia es algo divino en el hombre, entonces, por carácter transitivo, y tal como lo afirma Aristóteles en el texto transcripto: el gobierno de la ley es el gobierno de la divinidad. Por contra, defender el gobierno de los hombres implica añadir el otro elemento ineludiblemente presente en el alma humana: los impulsos irracionales propios de su naturaleza animal, es decir, los ya mencionados apetitos y las pasiones. Nótese que Aristóteles no afirma que el gobierno de los hombres sea, de suyo, irracional, sino que, necesariamente, incluye, además de la razón, la presencia operante de factores subjetivos y afectivos que compiten con la racionalidad humana y que pueden corromper al gobernante y, por ende, viciar sus decisiones. Por eso, destaca, hacia el final del pasaje *sub examine*, que “la ley es razón sin apetito” o, dicho de otro modo, un principio de gobierno de las conductas exclusivamente racional, esto es, sin contaminación alguna de la esfera pasional.

c) La tesis del imperio de la ley es confirmada en el Libro II de la *Política*, en ocasión del examen de las instituciones cretenses, en términos meridianamente claros: es mejor que todo se rija por la ley y no por el arbitrio de los hombres, que no es una regla segura⁴².

d) Empero, es en el Libro IV de la misma obra es donde aparece una afirmación decisiva que viene a confirmar la tesis. La cuestión del gobierno de la ley se subsume en otra más amplia: la de establecer cuál es el mejor régimen político. Para Aristóteles, es aquel que él designa con el término genérico *politeia*, tradicionalmente vertido por “república”, que es su homólogo latino. Y la característica principal de ese régimen es que está plenamente sometido a la ley, que es la que realmente gobierna. Más aún, Aristóteles llega a decir que donde la ley no gobierna, no hay república propiamente dicha⁴³. “La ley debe estar por encima de todo –sostiene– y los

41 Cf. Berti, E. (1977). “Un problema di terminología filosofica: il significato di ‘ragione’ e ‘intelletto’ nella filosofia immediatamente precedente a Kant”. En *Ragione filosofica e ragione scientifica nel pensiero moderno*. Roma. La Goliardica, 203-214.

42 *Política*, Libro II, 1272 b, 5-7.

43 “[...] donde no manda la ley no hay república” (*Política*, Libro IV, 1292 a 31).

magistrados deben decidir únicamente de los casos particulares”⁴⁴. Y en ese mismo lugar, contraponen la república a las formas de democracia degeneradas que son, precisamente, aquellas en las que el pueblo ejerce un poder arbitrario “no obedeciendo a la ley” y las equipara a la tiranía⁴⁵. El rasgo definitorio de las formas corruptas de democracia es, por tanto, la ausencia del gobierno de la ley.

3.2. *Retórica*

Aristóteles propugna la tesis del gobierno de la ley, también, en la *Retórica*. Aquí, aporta nuevos argumentos para fundamentarla. En primer lugar, dice que “es más fácil escoger uno o pocos [legisladores], que muchos [jueces] de buen sentido y capaces de legislar y juzgar”⁴⁶. En efecto, es un dato de evidencia empírica que la virtud, la idoneidad y las cualidades en grado de excelencia son bienes arduos, difíciles de adquirir y, por ello, solo una minoría los poseen. Empero, hacen falta menos legisladores que tribunales o jueces; por lo tanto, es mejor elegir a los mejores para que elaboren leyes rectas que determinen tanto cuanto puedan y dejar lo menos posible a los que juzgan.

En segundo lugar, es conveniente el gobierno de la ley “porque las leyes se hacen después de mucho tiempo de deliberar, mientras que los juicios son de improviso, de manera que es difícil que los jueces atribuyan bien lo justo y conveniente”⁴⁷. Una vez más, Aristóteles utiliza como punto de partida de su argumentación un *éndoxon*⁴⁸ que proviene de la experiencia común, a saber: cuanto más tiempo y atención dedicamos a examinar un asunto cualquiera, a ponderar los diversos aspectos involucrados, tanto más rico y profundo es el análisis; lo que permite, por lo general, arribar a conclusiones mejor fundadas y, en este caso, más justas. La deliberación del legislador, en ocasión de hacer la ley, suele ser más prolongada y detenida que la del juez, quien frecuentemente debe expedirse de inmediato, precipitación que no contribuye a una buena decisión. Por tanto, es más probable que el dictamen del legislador sea más justo y verdadero.

El último argumento es el más importante. Conviene trasladar aquí el pasaje por completo, aunque repite, en parte, lo que ya hemos visto en la *Política* a propósito de la diferencia entre la ley, orden sin apetito, y el individuo, ineludiblemente sometido a pasiones e intereses:

“Y sobre todo, que el juicio del legislador no es sobre lo particular, sino para el futuro y lo general, mas el miembro de la asamblea y el juez juzgan ya acerca de cosas presentes y definidas, frente a las cuales cabe ya la amistad y el odio, y muchas veces depende también el interés propio, de manera que ya no es posible considerar

44 *Política*, Libro IV, 1292 a 32-34.

45 *Política*, Libro IV, 1292 a 15-17.

46 *Retórica*, 1354 b, 1.

47 *Retórica*, 1354 b 2-6.

48 “[...] son *éndoxa* aquellas premisas que son compartidas por todos o por la mayoría o por los sabios, y, entre éstos, por todos o por la mayoría o por los más conocidos y reputados” (*Tópicos*, 100 a 27 – b 23).

suficientemente lo verdadero, sino que cae sobre el juicio la sombra de la propia conveniencia o daño”⁴⁹.

Como se ve, el argumento es semejante al que ofrece en el Libro III de la *Política*, si bien agrega un matiz novedoso. Aquí, la comparación no es tanto entre la ley y la decisión del juez, sino entre la persona del legislador y la del juez. Ambos son hombres y, consecuentemente, tienen idéntica naturaleza. En efecto, los dos poseen la respectiva esfera afectiva pasional susceptible de interferir en la rectitud de su criterio. Sin embargo, el objeto –terminativo, según la jerga escolástica– de la decisión del legislador es un enunciado normativo que establece un modelo de conducta expresado, necesariamente, en términos generales y abstractos⁵⁰. Ciertamente, resulta por lo menos más difícil que un asunto de tales características pueda impactar en las emociones del legislador o pueda generar un involucramiento personal con fuerza suficiente para desviar su pronunciamiento.

Por el contrario, el objeto terminativo de la decisión prudencial del juez no recae sobre lo universal y futuro, sino sobre lo singular y presente; pues la sentencia que debe dictar el juzgador es una norma individual que indica qué debe hacerse *hic et nunc*. Se trata de la resolución de una controversia actual, concreta, entre personas existentes realmente, quienes podrían intentar torcer el juicio del sentenciante, llevándolo a la ira o al odio o a la compasión, para obtener ventajas indebidas; o incluso podrían existir vínculos personales preexistentes entre las partes y el juzgador susceptibles de comprometer su imparcialidad. En definitiva, el peligro es que el juez, sometido a tamañas tentaciones, termine por establecer, no ya lo justo y la verdad, sino lo que le es útil o conveniente. La institución de la recusación –y también la excusación–, presente en la mayoría de los ordenamientos procesales, como un remedio para garantizar la imparcialidad de los jueces, viene a confirmar que las prevenciones de Aristóteles no estaban erradas. Concluye, por todo lo dicho, en que “es preciso hacer al juez árbitro de las menos cosas posibles”⁵¹.

3.3. *Ética Nicomaquea*

Para terminar esta revisión de los textos de Aristóteles en los cuales se pronuncia explícitamente a favor de la supremacía de la ley, corresponde citar el Libro V de la *Ética Nicomaquea*. “El gobernante es guardián de la justicia”, afirma allí; sin embargo, por eso no permitimos que nos mande un ser humano sino la ley porque “el hombre lo hace en su propio interés y se convierte en tirano”⁵².

49 *Retórica*, 1354 b, 6-12; traducción de Antonio Tovar [cf. (1971). *Retórica*, edición del texto con aparato crítico, traducción, prólogo y notas por Antonio Tovar. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 5].

50 “[...] toda ley es universal”, confirma Aristóteles en la *Ética Nicomaquea* (Libro V, 14, 1137 b 13 ss.).

51 *Retórica*, 1354 b 13.

52 *Ética Nicomaquea*, Libro V, Cap. 6, 1134 a 33 – 1134 b 2.

4. La solución platónico-aristotélica: resumen y balance

Platón y Aristóteles no sólo plantean por primera vez la cuestión de si es mejor que manden los hombres o que manden las leyes, sino que también abordan las dos alternativas de solución posible, como hemos podido comprobar a través del examen de sus obras. Y ambos resuelven la contraposición dialéctica con la que iniciamos este estudio inclinándose por el gobierno de la ley. Esta es la posición última y definitiva del divino fundador de la Academia, casi el núcleo de su obra póstuma, *Las Leyes*, y llega a esta doctrina ante las dificultades de llevar a la práctica el ideal del gobierno de un hombre con las dotes extraordinarias que había formulado en *La República*. Por su parte, la presencia constante de la tesis de la supremacía de la ley en diversos lugares del *Corpus* aristotélico, perteneciente a diversas etapas de la vida y del pensamiento del estagirita⁵³, acompañadas de una fundamentación similar, autorizan a afirmar que estamos ante una doctrina aristotélica auténtica y segura.

El fundamento principal y más importante que ofrecen ambos filósofos –señalado someramente en *Las Leyes*, pero desarrollado con mayor extensión en los textos aristotélicos que hemos tenido oportunidad de examinar– es de índole antropológica. Ello es enteramente coherente, pues si la *praxis* es conducta humana, parece lógico que los problemas acerca de ella se resuelvan teniendo en cuenta la naturaleza del sujeto que obra esa conducta, es decir, sobre la base de los constitutivos esenciales del hombre mismo. Dicho en términos más precisos: para la epistemología clásica, la Antropología o Psicología es saber subalternante respecto de las ciencias prácticas en general, en la medida en que proporciona los fundamentos teóricos de éstas⁵⁴. Por lo tanto, el abordaje de algunos problemas éticos, jurídicos y políticos depende de tesis y de presupuestos que pertenecen al ámbito de la ciencia que estudia la esencia del hombre.

De acuerdo con la concepción de Aristóteles, tributaria en gran medida del pensamiento platónico, el hombre es, al mismo tiempo, animal y racional. Además de ser una criatura inteligente, tiene una naturaleza animal, lo cual implica que es pasible de sufrir lo que se denominan *pasiones*. La pasión es el movimiento tendencial del apetito sensible producido por el conocimiento –también sensible– de un objeto correlativo a la tendencia. El dualismo inherente a la naturaleza humana de

53 Es un problema arduo el de la fecha de composición de las distintas obras de Aristóteles. De acuerdo con la opinión concordante de Jaeger, W. (1946). *Aristóteles*. México. FCE, 302 y ss., y Von Arnim, H. (1924). *Sitzungsberichte*. Academia de Viena, tomo 200, I, el Libro III de la *Política* es de una época más antigua que el II y el IV.

54 Cf. Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*, Buenos Aires, I.E.F. Santo Tomás de Aquino, 25. Guido Soaje Ramos, en un enjundioso trabajo acerca de los diversos tipos de subalternación entre las ciencias, dice no habría subalternación propiamente dicha sino, más bien, “una dependencia relativa de la ética filosófica respecto de la antropología filosófica” [Soaje Ramos, G. (1991). “Ética y antropología filosófica. 2^{da} parte: sobre antropología y ética filosófica. Sus relaciones epistémicas”. En Revista *Ethos*. Buenos Aires. Instituto de Filosofía Práctica, Nros. 16/18, 77 y 101]. Sin embargo, creemos que, con abstracción de esta discusión eminentemente técnica, es indudable que la cuestión que se analiza en el cuerpo de este estudio necesita del conocimiento y consideración de los fenómenos afectivos humanos y de la estructura interna del hombre, para su dilucidación, algo que admitiría, pensamos, el propio Soaje Ramos (conforme surge de su artículo, citado, 102).

racionalidad y animalidad está en el origen de dos clases de inclinaciones; es decir, es fuente de dos principios del querer, que frecuentemente entran en conflicto, tal como lo simbolizó Platón con el famoso mito del auriga que no puede dominar al caballo negro e indócil⁵⁵. La tensión entre estas dos esferas de tendencias es algo que todo hombre puede constatar en su propia experiencia interna y es confirmado por fuentes y autoridades tan disímiles y distantes en el tiempo como lo son: el propio Platón, quien en *Las Leyes* llega a hablar de una “guerra contra nosotros mismos”⁵⁶ y de “acciones opuestas entre sí en la línea divisoria de la virtud y la maldad”⁵⁷; San Pablo, que contrapone la ley de la mente a la ley de los miembros —en la Epístola a los Romanos—⁵⁸, y Sigmund Freud, quien distingue el principio del placer y el principio de realidad⁵⁹. Lo cierto es que el conflicto entre el querer altruista y el querer egoísta, entre el bien común y el bien propio, entre el interés público y el interés privado, entre lo que se debería hacer según lo dispone la razón y lo que nos sentimos tentados a hacer por impulso de los apetitos sensibles inferiores, es un hecho de experiencia suficientemente generalizado como para que pueda ser admitido como un aporte señero de la antropología clásica griega a la comprensión de la psicología humana⁶⁰.

Platón y Aristóteles advierten que los hombres, en ocasión de ocupar posiciones de gobierno o bien en su función de administradores de justicia, pueden sucumbir o dejarse arrastrar por sus deseos, por los movimientos afectivos y los factores pasionales, que no siempre son fáciles de dominar. Los gobernantes y los jueces pueden adoptar decisiones o dictar sentencias, respectivamente, guiados por tendencias egoístas; movidos por su ambición; a la búsqueda de su propio interés o del interés de su grupo, de su clase o de su partido; animados por la intención de favorecer a aquellos con quienes tienen afinidad o bien por perjudicar a sus rivales. En suma, es factible que tomen medidas de gobierno o resuelvan los entuertos sometidos a su jurisdicción con criterio injusto, parcial o desigual. La probabilidad, tanto en sentido lógico como en sentido estadístico-matemático, de que esto suceda, es muy alta. En

55 Platón, *Fedro*, 246 a b y ss.; 253 c – e.

56 “Cada uno es enemigo de sí mismo. Y en esta guerra, el vencerse a sí mismo es la primera y la mejor de todas las victorias; y el ser derrotado uno por sí mismo, el peor y más vergonzoso de los males. Y esta manera de hablar declara que en cada uno de nosotros existe una guerra contra nosotros mismos” (*Las Leyes*, 696 e 2-7).

57 “[...] esas afecciones, a manera de unas cuerdas o hilos interiores, tiran de nosotros y nos arrastran, siendo opuestas entre sí a acciones opuestas en la línea divisoria de la virtud y de la maldad” (*Las Leyes*, 644 e).

58 “[...] tengo en mi esta ley: que queriendo hacer el bien, es el mal el que se me pega; porque me deleito en la Ley de Dios según el hombre interior, pero siento otra ley en mis miembros que repugna a la ley de mi mente y me encadena a la ley del pecado que está en mis miembros. ¡Desdichado de mí! ¿Quién me librará de este cuerpo de muerte?” (*Romanos*, 7, 21-24.)

59 Según Freud, los dos principios que rigen el funcionamiento psíquico humano son el principio del placer y el principio de realidad. Llega a concebir al principio del placer como regulador general de la estructura psicológica, pues considera que el ello, que es inconsciente, está regido por el principio del placer que tiende a la inmediata satisfacción y realización de todos los deseos y pulsiones. El yo, en cambio, a instancias del superyó, se rige por el principio de realidad que, sobre la base de las exigencias éticas socialmente establecidas, corrige los impulsos surgidos del ello [véase: Freud, S. (1967). “El malestar en la cultura, El yo y el ello, Más allá del principio del placer”. En *Obras completas*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1967, vol. I, 1112].

60 Lamas, F. A. Ob. cit., 33.

efecto, las dos excelsas mentes del siglo IV helénico comprueban, en este orden de ideas, que la virtud perfecta constituye una excepción; antes bien, la deshonestidad o la mera debilidad del *ethos* están muy extendidas⁶¹. El gobierno de los hombres, susceptibles de corromperse moralmente, en suma, puede terminar por ser el gobierno del capricho y de la iniquidad. El peligro es caer en el *decisionismo* de los funcionarios, la pluralidad de soluciones frente a casos semejantes con la influencia de factores subjetivos, la diversidad de criterios frente a situaciones sustancialmente semejantes y la consecuente violación de la igualdad ante la ley.

Mejor es, pues, en esta antítesis, la ley que el hombre. Y es preferible, justifica Aristóteles, porque “la ley es razón sin apetito” (*ἀνευ ὀρεξέως νοῦς ἢ νόμος ἐστίν*). La ley, en efecto, es un producto de la razón que expresa un orden, promulgado por medio de un enunciado lingüístico externo, y destinado a operar como un modelo imperativo de la conducta de los ciudadanos. La ley, por tanto, en la medida en que constituye una regla objetiva e impersonal de conducta, obligatoria incluso para magistrados y funcionarios, está exenta de los condicionamientos e influencias provenientes de la parte irracional del alma humana –la afectividad infra-espiritual, las emociones, los instintos, las pasiones. La ley es, por así decirlo, objetivación de la dimensión más elevada del ser humano, aquella que lo emparenta con los dioses, y, al mismo tiempo, está desprovista de las complicaciones inherentes a la esfera afectiva del hombre que, es, precisamente, la que tiene en común con los animales. Ernst Barker lo resume en forma elocuente: “In man reason is close neighbour of many passions and can hardly be heard for their clamour: in law it emerges pure, a clear and solitary voice, which calls aloud through a silence in which all passions is hushed”⁶².

Ahora bien, esta otra alternativa tampoco está exenta de inconvenientes, pues puede traer aparejado un absolutismo rígido que no contemple los matices de los casos concretos. Sin embargo, esta dificultad encuentra solución a través de la doctrina de la prudencia, que Aristóteles desarrolla en el Libro VI de la *Ética Nicomaquea*. La tensión dialéctica entre la pauta general de la ley y el *hic et nunc*, que hemos visto reiteradamente señalada tanto por Platón –en *El Político*– como también por Aristóteles –en *Política*, III–, se plasmará en el discurso deliberativo y en el silogismo prudencial, en el cual la premisa mayor es la ley general y la menor, el caso singular que debe ser regulado. Si bien este tema no ha sido tratado aquí, interesa dejar aclarado que la aporía relativa a la generalidad de la ley no implica, cuando menos en el pensamiento aristotélico, un argumento concluyente a favor de la otra alternativa de la contraposición dialéctica del título de este trabajo (el gobierno de los hombres).

61 “[...] la mayor parte de los hombres viven a merced de sus pasiones, persiguen los placeres que les son propios y los medios que a ellos conducen y huyen de los dolores contrarios; y de lo que es hermoso y verdaderamente agradable ni siquiera tienen noción” (*Ética Nicomaquea*, 1179 b 4-20).

62 Traduzco libremente el fragmento citado: “En el hombre, la razón es vecina cercana de diversas pasiones y su clamor puede ser a duras penas escuchado; en la ley [la razón] emerge pura, como una voz clara y solitaria, que se eleva en el medio de un silencio en el que se acalló toda pasión” [Barker, E. (1959). *The Political Thought of Plato and Aristotle*. New York. Dover, 321].

5. Conclusiones

- 1) Platón, en *El Político*, y Aristóteles, en la *Política*, son quienes primero se interrogan respecto de un problema crucial de la filosofía política y jurídica, a saber: ¿qué es mejor: el gobierno de la ley o el gobierno de los hombres?
- 2) Para los dos más grandes filósofos de la antigüedad es preferible organizar la vida social sobre la base del gobierno de la ley.
- 3) El argumento principal que justifica la solución elegida radica en que la ley, según la expresión aristotélica, es “razón sin apetito”, es decir, racionalidad objetivada en una regla de conducta que, de suyo, no es susceptible de sufrir los potenciales desvíos pasionales de los que adolecen las decisiones del animal humano. El gobierno de los hombres, en cambio, lleva implícito el riesgo cierto de convertirse en el gobierno de las predilecciones subjetivas del funcionario de turno, el capricho o, peor aún, la corrupción.
- 4) La racionalidad convertida en ley es, por lo tanto, un remedio y un baluarte contra las arbitrariedades y las sentencias injustas que podrían emanar de la decisión discrecional de hombres investidos del poder de gobernar o de juzgar.
- 5) La doctrina resumida en este estudio, extraída del viejo tesoro de la tradición clásica, es tan válida hoy como lo era en el siglo IV antes de Cristo, pues su fundamento es de índole antropológica y lo cierto es que la naturaleza humana no ha variado en veinticinco siglos ni cambiará en el futuro.

PARTE IV

DOCUMENTOS

**MENSAJE DEL SANTO PADRE FRANCISCO PARA
LA CELEBRACIÓN DE LA XLVIII JORNADA MUNDIAL
DE LA PAZ, 1º DE ENERO DE 2015**

No esclavos, sino hermanos

1. Al comienzo de un nuevo año, que recibimos como una gracia y un don de Dios a la humanidad, deseo dirigir a cada hombre y mujer, así como a los pueblos y naciones del mundo, a los jefes de Estado y de Gobierno, y a los líderes de las diferentes religiones, mis mejores deseos de paz, que acompaño con mis oraciones por el fin de las guerras, los conflictos y los muchos sufrimientos causados por el hombre o por antiguas y nuevas epidemias, así como por los devastadores efectos de los desastres naturales. Rezo de modo especial para que, respondiendo a nuestra común vocación de colaborar con Dios y con todos los hombres de buena voluntad en la promoción de la concordia y la paz en el mundo, resistamos a la tentación de comportarnos de un modo indigno de nuestra humanidad.

En el mensaje para el 1º de enero pasado señalé que del “deseo de una vida plena [...] forma parte un anhelo indeleble de fraternidad, que nos invita a la comunión con los otros, en los que encontramos no enemigos o contrincantes, sino hermanos a los que acoger y querer”¹. Siendo el hombre un ser relacional, destinado a realizarse en un contexto de relaciones interpersonales inspiradas por la justicia y la caridad, es esencial que para su desarrollo se reconozca y respete su dignidad, libertad y autonomía. Por desgracia, el flagelo cada vez más generalizado de la explotación del hombre por parte del hombre daña seriamente la vida de comunión y la llamada a estrechar relaciones interpersonales marcadas por el respeto, la justicia y la caridad. Este fenómeno abominable, que pisotea los derechos fundamentales de los demás y aniquila su libertad y dignidad, adquiere múltiples formas sobre las que deseo hacer una breve reflexión, de modo que, a la luz de la Palabra de Dios, consideremos a todos los hombres “no esclavos, sino hermanos”.

1 N. 1.

A la escucha del proyecto de Dios sobre la humanidad

2. El tema que he elegido para este mensaje recuerda la carta de san Pablo a Filemón, en la que le pide que reciba a Onésimo, antiguo esclavo de Filemón y que después se hizo cristiano, mereciendo por eso, según Pablo, que sea considerado como un hermano. Así escribe el Apóstol de las gentes: “Quizá se apartó de ti por breve tiempo para que lo recobres ahora para siempre; y no como esclavo, sino como algo mejor que un esclavo, como un hermano querido” (Flm 15-16). Onésimo se convirtió en hermano de Filemón al hacerse cristiano. Así, la conversión a Cristo, el comienzo de una vida de discipulado en Cristo, constituye un nuevo nacimiento (cf. 2 Co 5,17; 1 P 1,3) que regenera la fraternidad como vínculo fundante de la vida familiar y base de la vida social.

En el libro del *Génesis*, leemos que Dios creó al hombre, varón y hembra, y los bendijo, para que crecieran y se multiplicaran (cf. 1,27-28): Hizo que Adán y Eva fueran padres, los cuales, cumpliendo la bendición de Dios de ser fecundos y multiplicarse, concibieron la primera fraternidad, la de Caín y Abel. Caín y Abel eran hermanos, porque vienen del mismo vientre, y por lo tanto tienen el mismo origen, naturaleza y dignidad de sus padres, creados a imagen y semejanza de Dios.

Pero la fraternidad expresa también la multiplicidad y diferencia que hay entre los hermanos, si bien unidos por el nacimiento y por la misma naturaleza y dignidad. Como hermanos y hermanas, todas las personas están por naturaleza relacionadas con las demás, de las que se diferencian pero con las que comparten el mismo origen, naturaleza y dignidad. Gracias a ello la fraternidad crea la red de relaciones fundamentales para la construcción de la familia humana creada por Dios.

Por desgracia, entre la primera creación que narra el libro del *Génesis* y el nuevo nacimiento en Cristo, que hace de los creyentes hermanos y hermanas del “primogénito entre muchos hermanos” (Rm 8,29), se encuentra la realidad negativa del pecado, que muchas veces interrumpe la fraternidad creatural y deforma continuamente la belleza y nobleza del ser hermanos y hermanas de la misma familia humana. Caín, además de no soportar a su hermano, Abel, lo mata por envidia cometiendo el primer fratricidio. “El asesinato de Abel por parte de Caín deja constancia trágicamente del rechazo radical de la vocación a ser hermanos. Su historia (cf. Gn 4,1-16) pone en evidencia la dificultad de la tarea a la que están llamados todos los hombres, vivir unidos, preocupándose los unos de los otros”².

También en la historia de la familia de Noé y sus hijos (cf. Gn 9,18-27), la maldad de Cam contra su padre es lo que empuja a Noé a maldecir al hijo irreverente y bendecir a los demás, que sí lo honraban, dando lugar a una desigualdad entre hermanos nacidos del mismo vientre.

En la historia de los orígenes de la familia humana, el pecado de la separación de Dios, de la figura del padre y del hermano, se convierte en una expresión del rechazo de la comunión traducéndose en la cultura de la esclavitud (cf. Gn 9,25-27), con las consecuencias que ello conlleva y que se perpetúan de generación en generación: rechazo del otro, maltrato de las personas, violación de la dignidad y

² Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2014, 2.

los derechos fundamentales, la institucionalización de la desigualdad. De ahí la necesidad de convertirse continuamente a la Alianza, consumada por la oblación de Cristo en la cruz, seguros de que “donde abundó el pecado, sobreabundó la gracia [...] por Jesucristo” (Rm 5,20.21). Él, el Hijo amado (cf. Mt 3,17), vino a revelar el amor del Padre por la humanidad. El que escucha el evangelio, y responde a la llamada a la conversión, llega a ser en Jesús “hermano y hermana, y madre” (Mt 12,50) y, por tanto, hijo adoptivo de su Padre (cf. Ef 1,5).

No se llega a ser cristiano, hijo del Padre y hermano en Cristo, por una disposición divina autoritativa, sin el concurso de la libertad personal, es decir, sin convertirse libremente a Cristo. El ser hijo de Dios responde al imperativo de la conversión: “Convertíos y sea bautizado cada uno de vosotros en el nombre de Jesús, el Mesías, para perdón de vuestros pecados, y recibiréis el don del Espíritu Santo” (Hch 2,38). Todos los que respondieron con la fe y la vida a esta predicación de Pedro entraron en la fraternidad de la primera comunidad cristiana (cf. 1 P 2,17; Hch 1,15.16; 6,3; 15,23): judíos y griegos, esclavos y hombres libres (cf. 1 Co 12,13; Ga 3,28), cuya diversidad de origen y condición social no disminuye la dignidad de cada uno, ni excluye a nadie de la pertenencia al Pueblo de Dios. Por ello, la comunidad cristiana es el lugar de la comunión vivida en el amor entre los hermanos (cf. Rm 12,10; 1 Ts 4,9; Hb 13,1; 1 P 1,22; 2 P 1,7).

Todo esto demuestra cómo la Buena Nueva de Jesucristo, por la que Dios hace “nuevas todas las cosas” (Ap 21,5)³, también es capaz de redimir las relaciones entre los hombres, incluida aquella entre un esclavo y su amo, destacando lo que ambos tienen en común: la filiación adoptiva y el vínculo de fraternidad en Cristo. El mismo Jesús dijo a sus discípulos: “Ya no os llamo siervos, porque el siervo no sabe lo que hace su señor; a vosotros os llamo amigos, porque todo lo que he oído a mi Padre os lo he dado a conocer” (Jn 15,15).

Múltiples rostros de la esclavitud de entonces y de ahora

3. Desde tiempos inmemoriales, las diferentes sociedades humanas conocen el fenómeno del sometimiento del hombre por parte del hombre. Ha habido períodos en la historia humana en que la institución de la esclavitud estaba generalmente aceptada y regulada por el Derecho. Éste establecía quién nacía libre, y quién, en cambio, nacía esclavo, y en qué condiciones la persona nacida libre podía perder su libertad u obtenerla de nuevo. En otras palabras, el mismo Derecho admitía que algunas personas podían o debían ser consideradas propiedad de otra persona, la cual podía disponer libremente de ellas; el esclavo podía ser vendido y comprado, cedido y adquirido como una mercancía.

Hoy, como resultado de un desarrollo positivo de la conciencia de la humanidad, la esclavitud, crimen de lesa humanidad⁴, está oficialmente abolida en el mundo.

³ Cf. Exhort. ap. *Evangelii Gaudium*, 11.

⁴ Cf. Papa Francisco (31 de octubre de 2014). Discurso a la Asociación Internacional de Derecho Penal, 23 de octubre de 2014. En *L'Osservatore Romano*. Ed. lengua española, 8.

El derecho de toda persona a no ser sometida a esclavitud ni a servidumbre está reconocido en el Derecho Internacional como norma inderogable.

Sin embargo, a pesar de que la comunidad internacional ha adoptado diversos acuerdos para poner fin a la esclavitud en todas sus formas, y ha dispuesto varias estrategias para combatir este fenómeno, todavía hay millones de personas –niños, hombres y mujeres de todas las edades– privados de su libertad y obligados a vivir en condiciones similares a la esclavitud.

Me refiero a tantos trabajadores y trabajadoras, incluso menores, oprimidos de manera formal o informal en todos los sectores, desde el trabajo doméstico al de la agricultura, de la industria manufacturera a la minería, tanto en los países donde la legislación laboral no cumple con las mínimas normas y estándares internacionales, como, aunque de manera ilegal, en aquellos cuya legislación protege a los trabajadores.

Pienso también en las condiciones de vida de muchos emigrantes que, en su dramático viaje, sufren el hambre, se ven privados de la libertad, despojados de sus bienes o de los que se abusa física y sexualmente. En aquellos que, una vez llegados a su destino después de un viaje durísimo y con miedo e inseguridad, son detenidos en condiciones a veces inhumanas. Pienso en los que se ven obligados a la clandestinidad por diferentes motivos sociales, políticos y económicos, y en aquellos que, con el fin de permanecer dentro de la ley, aceptan vivir y trabajar en condiciones inadmisibles, sobre todo cuando las legislaciones nacionales crean o permiten una dependencia estructural del trabajador emigrado con respecto al empleador, como por ejemplo cuando se condiciona la legalidad de la estancia al contrato de trabajo... Sí, pienso en el “trabajo esclavo”.

Pienso en las personas obligadas a ejercer la prostitución, entre las que hay muchos menores, y en los esclavos y esclavas sexuales; en las mujeres obligadas a casarse, en aquellas que son vendidas con vistas al matrimonio o en las entregadas en sucesión, a un familiar después de la muerte de su marido, sin tener el derecho de dar o no su consentimiento.

No puedo dejar de pensar en los niños y adultos que son víctimas del tráfico y comercialización para la extracción de órganos, para ser reclutados como soldados, para la mendicidad, para actividades ilegales como la producción o venta de drogas, o para formas encubiertas de adopción internacional.

Pienso, finalmente, en todos los secuestrados y encerrados en cautividad por grupos terroristas, puestos a su servicio como combatientes o, sobre todo, las niñas y mujeres, como esclavas sexuales. Muchos de ellos desaparecen, otros son vendidos varias veces, torturados, mutilados o asesinados.

Algunas causas profundas de la esclavitud

4. Hoy como ayer, en la raíz de la esclavitud se encuentra una concepción de la persona humana que admite el que pueda ser tratada como un objeto. Cuando el pecado corrompe el corazón humano, y lo aleja de su Creador y de sus semejantes, éstos ya no se ven como seres de la misma dignidad, como hermanos y hermanas en la humanidad, sino como objetos. La persona humana, creada a imagen y semejanza de Dios, queda privada de la

libertad, mercantilizada, reducida a ser propiedad de otro, con la fuerza, el engaño o la constricción física o psicológica; es tratada como un medio y no como un fin.

Junto a esta causa ontológica –rechazo de la humanidad del otro– hay otras que ayudan a explicar las formas contemporáneas de la esclavitud. Me refiero, en primer lugar, a la pobreza, al subdesarrollo y a la exclusión, especialmente cuando se combinan con la falta de acceso a la educación o con una realidad caracterizada por las escasas, por no decir inexistentes, oportunidades de trabajo. Con frecuencia, las víctimas de la trata y de la esclavitud son personas que han buscado una manera de salir de un estado de pobreza extrema, creyendo a menudo en falsas promesas de trabajo, para caer después en manos de redes criminales que trafican con los seres humanos. Estas redes utilizan hábilmente las modernas tecnologías informáticas para embaucar a jóvenes y niños en todas las partes del mundo.

Entre las causas de la esclavitud hay que incluir también la corrupción de quienes están dispuestos a hacer cualquier cosa para enriquecerse. En efecto, la esclavitud y la trata de personas humanas requieren una complicidad que con mucha frecuencia pasa a través de la corrupción de los intermediarios, de algunos miembros de las fuerzas del orden o de otros agentes estatales, o de diferentes instituciones, civiles y militares. “Esto sucede cuando al centro de un sistema económico está el dios dinero y no el hombre, la persona humana. Sí, en el centro de todo sistema social o económico, tiene que estar la persona, imagen de Dios, creada para que fuera el dominador del universo. Cuando la persona es desplazada y viene el dios dinero sucede esta trastocación de valores”⁵.

Otras causas de la esclavitud son los conflictos armados, la violencia, el crimen y el terrorismo. Muchas personas son secuestradas para ser vendidas o reclutadas como combatientes o explotadas sexualmente, mientras que otras se ven obligadas a emigrar, dejando todo lo que poseen: tierra, hogar, propiedades e incluso la familia. Éstas últimas se ven empujadas a buscar una alternativa a esas terribles condiciones aun a costa de su propia dignidad y supervivencia, con el riesgo de entrar de ese modo en ese círculo vicioso que las convierte en víctimas de la miseria, la corrupción y sus consecuencias perniciosas.

Compromiso común para derrotar la esclavitud

5. Con frecuencia, cuando observamos el fenómeno de la trata de personas, del tráfico ilegal de los emigrantes y de otras formas conocidas y desconocidas de la esclavitud, tenemos la impresión de que todo esto tiene lugar bajo la indiferencia general.

Aunque por desgracia esto es cierto en gran parte, quisiera mencionar el gran trabajo silencioso que muchas congregaciones religiosas, especialmente femeninas, realizan desde hace muchos años en favor de las víctimas. Estos Institutos trabajan en contextos difíciles, a veces dominados por la violencia, tratando de romper las cadenas invisibles que tienen encadenadas a las víctimas

⁵ Papa Francisco (31 de octubre de 2014). Discurso a los participantes en el encuentro mundial de los movimientos populares, 28 octubre 2014. En *L'Osservatore Romano*. Ed. lengua española, 3.

a sus traficantes y explotadores; cadenas cuyos eslabones están hechos de sutiles mecanismos psicológicos, que convierten a las víctimas en dependientes de sus verdugos, a través del chantaje y la amenaza, a ellos y a sus seres queridos, pero también a través de medios materiales, como la confiscación de documentos de identidad y la violencia física. La actividad de las congregaciones religiosas se estructura principalmente en torno a tres acciones: la asistencia a las víctimas, su rehabilitación bajo el aspecto psicológico y formativo, y su reinserción en la sociedad de destino o de origen.

Este inmenso trabajo, que requiere coraje, paciencia y perseverancia, merece el aprecio de toda la Iglesia y de la sociedad. Pero, naturalmente, por sí solo no es suficiente para poner fin al flagelo de la explotación de la persona humana. Se requiere también un triple compromiso a nivel institucional de prevención, protección de las víctimas y persecución judicial contra los responsables. Además, como las organizaciones criminales utilizan redes globales para lograr sus objetivos, la acción para derrotar a este fenómeno requiere un esfuerzo conjunto y también global por parte de los diferentes agentes que conforman la sociedad.

Los Estados deben vigilar para que su legislación nacional en materia de migración, trabajo, adopciones, deslocalización de empresas y comercialización de los productos elaborados mediante la explotación del trabajo, respete la dignidad de la persona. Se necesitan leyes justas, centradas en la persona humana, que defiendan sus derechos fundamentales y los restablezcan cuando son pisoteados, rehabilitando a la víctima y garantizando su integridad, así como mecanismos de seguridad eficaces para controlar la aplicación correcta de estas normas, que no dejen espacio a la corrupción y la impunidad. Es preciso que se reconozca también además el papel de la mujer en la sociedad, trabajando también en el plano cultural y de la comunicación para obtener los resultados deseados.

Las organizaciones intergubernamentales, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, están llamadas a implementar iniciativas coordinadas para luchar contra las redes transnacionales del crimen organizado que gestionan la trata de personas y el tráfico ilegal de emigrantes. Es necesaria una cooperación en diferentes niveles, que incluya a las instituciones nacionales e internacionales, así como a las organizaciones de la sociedad civil y del mundo empresarial.

Las empresas⁶, en efecto, tienen el deber de garantizar a sus empleados condiciones de trabajo dignas y salarios adecuados, pero también han de vigilar para que no se produzcan en las cadenas de distribución formas de servidumbre o trata de personas. A la responsabilidad social de la empresa hay que unir la responsabilidad social del consumidor. Pues cada persona debe ser consciente de que “comprar es siempre un acto moral, además de económico”⁷.

Las organizaciones de la sociedad civil, por su parte, tienen la tarea de sensibilizar y estimular las conciencias acerca de las medidas necesarias para combatir y erradicar la cultura de la esclavitud.

6 Cf. Pontificio Consejo para la Justicia y la Paz (2013). *La vocazione del leader d'impresa. Una riflessione*. Milano e Roma.

7 Benedicto XVI, Cart. enc. *Caritas in Veritate*, 66.

En los últimos años, la Santa Sede, acogiendo el grito de dolor de las víctimas de la trata de personas y la voz de las congregaciones religiosas que las acompañan hacia su liberación, ha multiplicado los llamamientos a la comunidad internacional para que los diversos actores unan sus esfuerzos y cooperen para poner fin a esta plaga⁸. Además, se han organizado algunos encuentros con el fin de dar visibilidad al fenómeno de la trata de personas y facilitar la colaboración entre los diferentes agentes, incluidos expertos del mundo académico y de las organizaciones internacionales, organismos policiales de los diferentes países de origen, tránsito y destino de los migrantes, así como representantes de grupos eclesiales que trabajan por las víctimas. Espero que estos esfuerzos continúen y se redoblen en los próximos años.

Globalizar la fraternidad, no la esclavitud ni la indiferencia

6. En su tarea de “anuncio de la verdad del amor de Cristo en la sociedad”⁹, la Iglesia se esfuerza constantemente en las acciones de carácter caritativo partiendo de la verdad sobre el hombre. Tiene la misión de mostrar a todos el camino de la conversión, que lleve a cambiar el modo de ver al prójimo, a reconocer en el otro, sea quien sea, a un hermano y a una hermana en la humanidad; reconocer su dignidad intrínseca en la verdad y libertad, como nos lo muestra la historia de Josefina Bakhita, la santa proveniente de la región de Darfur, en Sudán, secuestrada cuando tenía nueve años por traficantes de esclavos y vendida a dueños feroces. A través de sucesos dolorosos llegó a ser “hija libre de Dios”, mediante la fe vivida en la consagración religiosa y en el servicio a los demás, especialmente a los pequeños y débiles. Esta Santa, que vivió entre los siglos XIX y XX, es hoy un testigo ejemplar de esperanza¹⁰ para las numerosas víctimas de la esclavitud y un apoyo en los esfuerzos de todos aquellos que se dedican a luchar contra esta “llaga en el cuerpo de la humanidad contemporánea, una herida en la carne de Cristo”¹¹.

En esta perspectiva, deseo invitar a cada uno, según su puesto y responsabilidades, a realizar gestos de fraternidad con los que se encuentran en un estado de sometimiento. Preguntémonos, tanto comunitaria como personalmente, cómo nos sentimos interpelados cuando encontramos o tratamos en la vida cotidiana con víctimas de la trata de personas, o cuando tenemos que elegir productos que con probabilidad podrían haber sido realizados mediante la explotación de otras personas. Algunos hacen la vista gorda, ya sea por indiferencia, o porque se desentienden de

8 Cf. Mensaje al Sr. Guy Ryder (6 de junio de 2014), Director general de la Organización Internacional del Trabajo, con motivo de la Sesión 103 de la Conferencia de la OIT, 22 mayo 2014. En *L'Osservatore Romano*. Ed. lengua española, 3.

9 Benedicto XVI, Carta. enc. *Caritas in Veritate*, 5.

10 “A través del conocimiento de esta esperanza ella fue ‘redimida’, ya no se sentía esclava, sino hija libre de Dios. Entendió lo que Pablo quería decir cuando recordó a los Efesios que antes estaban en el mundo sin esperanza y sin Dios” (Benedicto XVI, Carta. enc. *Spe Salvi*, 3).

11 Papa Francisco (11 de abril de 2014). Discurso a los participantes en la II Conferencia Internacional sobre la Trata de Personas: Church and Law enforcement in partnership, 10 abril 2014. En *L'Osservatore Romano*. Ed. lengua española, 9; cf. Exhort. ap. *Evangelii Gaudium*, 270.

las preocupaciones diarias, o por razones económicas. Otros, sin embargo, optan por hacer algo positivo, participando en asociaciones civiles o haciendo pequeños gestos cotidianos –que son tan valiosos–, como decir una palabra, un saludo, un “buenos días” o una sonrisa, que no nos cuestan nada, pero que pueden dar esperanza, abrir caminos, cambiar la vida de una persona que vive en la invisibilidad, e incluso cambiar nuestras vidas en relación con esta realidad.

Debemos reconocer que estamos frente a un fenómeno mundial que sobrepasa las competencias de una sola comunidad o nación. Para derrotarlo, se necesita una movilización de una dimensión comparable a la del mismo fenómeno. Por esta razón, hago un llamamiento urgente a todos los hombres y mujeres de buena voluntad, y a todos los que, de lejos o de cerca, incluso en los más altos niveles de las instituciones, son testigos del flagelo de la esclavitud contemporánea, para que no sean cómplices de este mal, para que no aparten los ojos del sufrimiento de sus hermanos y hermanas en humanidad, privados de libertad y dignidad, sino que tengan el valor de tocar la carne sufriente de Cristo¹², que se hace visible a través de los numerosos rostros de los que él mismo llama “mis hermanos más pequeños” (Mt 25,40-45).

Sabemos que Dios nos pedirá a cada uno de nosotros: ¿Qué has hecho con tu hermano? (cf. Gn 4,9-10). La globalización de la indiferencia, que ahora afecta a la vida de tantos hermanos y hermanas, nos pide que seamos artífices de una globalización de la solidaridad y de la fraternidad, que les dé esperanza y los haga reanudar con ánimo el camino, a través de los problemas de nuestro tiempo y las nuevas perspectivas que trae consigo, y que Dios pone en nuestras manos.

¹² Cf. Exhort. ap. *Evangelii Gaudium*, 24; 270.

LAS ELECCIONES, EXIGENCIA DE COMPROMISO CIUDADANO

*Los Obispos de la 170° Reunión de la
Comisión Permanente de la Conferencia Episcopal Argentina,
Buenos Aires, 18 de marzo de 2015*

“Ciudadanos responsables en el seno de un pueblo” (Papa Francisco)

1. Después de más de treinta años de vida democrática ininterrumpida y en vísperas del Bicentenario de la Independencia, este año 2015 está marcado por una serie de actos electorales en todos los niveles (nacional, provincial y municipal). En tal contexto, nos parece oportuno compartir algunas reflexiones con nuestros hermanos argentinos.

2. Las elecciones periódicas y la alternancia en el ejercicio de las funciones de gobierno son elementos normales y al mismo tiempo indispensables de la vida republicana. Como tales, no habrían de encender violencias o generar enfrentamientos irreducibles, sino ser ocasión para un sano ejercicio de las libertades políticas y civiles. También deberían ser una oportunidad para fortalecer un mayor compromiso de todos los ciudadanos con lo público. No hemos de reducir el ejercicio democrático sólo a la cuestión electoral cada dos años, sino asumir cada día la necesaria participación ciudadana.

3. El proceso electoral es una preciosa oportunidad para un debate cívico acerca del presente y del futuro que deseamos para la Argentina. Es necesario crecer en madurez para que un cambio de autoridades no signifique una crisis sino una alternativa normal de la vida democrática.

Invitamos a los candidatos que intervengan en las campañas electorales para que ofrezcan sus propuestas, sin incurrir en agresiones. Que se traten con respeto y cordialidad por cuanto no son enemigos, sino adversarios circunstanciales que puedan continuar dialogando y trabajando juntos para el bien común, al día siguiente de la elección. No pedimos un imposible.

4. Reiteramos lo expresado en “Hacia un Bicentenario en Justicia y Solidaridad (2010-2016)”: “[...] la calidad de vida de las personas está fuertemente vinculada a la salud de las instituciones de la Constitución, cuyo deficiente funcionamiento

produce un alto costo social. Resulta imprescindible asegurar la independencia del Poder Judicial y la plena vigencia de la división de los poderes republicanos en el seno de la democracia” (N° 35). Nos parece importante afirmar y reconocer que hay una diferencia sustantiva entre el Estado y el Gobierno, y tanto más entre el Estado, los partidos y las personas. Si queremos que los cambios de gobernantes no impliquen ignorar legítimos logros, debiéramos alcanzar un adecuado nivel de madurez cívica, donde:

4.1. En temas importantes y permanentes, sea posible acordar entre los distintos partidos y sectores sociales políticas de Estado que se desarrollen más allá de los cambios de gobierno, de manera que las legítimas iniciativas que cada nuevo candidato proponga implementar no signifiquen hacer tierra arrasada y abandonar todo lo hecho hasta ese momento. Puede ayudar a ese objetivo que algunas de esas políticas hayan sido previamente acordadas entre quienes se postulan a los cargos públicos. Pensamos en algunos objetivos que deberían ser compartidos por todos, como: la superación de la marginación y la pobreza extrema; la desnutrición infantil; la generación de fuentes de trabajo; el respeto de los derechos humanos y la defensa de la vida desde la concepción hasta la muerte natural; el fortalecimiento de una educación inclusiva y de calidad; la lucha contra el narcotráfico y la trata de personas; la disminución de la inflación, que impide el crecimiento y erosiona gravemente los ingresos de los más pobres; la transparencia en la Administración pública y la lucha contra toda forma de corrupción.

4.2. El acceso al Gobierno no implique la designación o contratación adicional de personal perteneciente a un partido o sector. Es indispensable dotar a la Administración pública de un cuerpo profesional y permanente de funcionarios que ingresen y asciendan en atención al mérito y no a las afinidades ideológicas.

4.3. Se pueda pensar en el largo plazo y no solamente en el rédito político inmediato. Por ejemplo, en obras públicas de envergadura cuya concreción demande un tiempo prolongado, que probablemente no sean terminadas por el gobierno que las comience, pero son indispensables para el desarrollo del país. También lo referido al endeudamiento externo necesita de acuerdos para una gestión exitosa y eficaz.

5. La elección de gobernantes, en los Poderes Ejecutivos y Legislativos de todos los niveles, no debe ser el resultado del “marketing”. Queremos exhortar a los ciudadanos a un ejercicio de elección responsable, donde se evalúe a los candidatos no por su imagen mediática sino:

5.1. Por la honestidad e integridad de las personas, tomando en cuenta su trayectoria, los valores vividos y no solamente declamados. La Argentina ha conocido gobernantes que no usaron la función pública como una ocasión para su enriquecimiento personal o el beneficio de sus amigos, sino como un verdadero servicio, aún a costa de su propio patrimonio.

Podemos aplicar a nuestro país lo que el Papa Francisco ha dicho hace pocas semanas en su visita a las Filipinas: “[...] es más necesario ahora que nunca que los líderes políticos se distinguen por su honestidad, integridad y compromiso con el bien común”¹.

1 Encuentro con las autoridades y el cuerpo diplomático, 16 de enero de 2015.

5.2. Por la capacidad y la idoneidad para la función. No se trata únicamente de pergaminos académicos –que muchas veces también son necesarios–, sino de una preparación personal adecuada, y de exhibir el respaldo de equipos de gobierno que puedan hacerse cargo con competencia de la complejidad de la administración del Estado o de la tarea legislativa.

5.3. Por las propuestas y las ideas. En caso de candidatos que ya han ejercido funciones públicas: se habrá de tener en cuenta el empeño que han puesto en cumplir con sus promesas. Es necesario que cada candidato haga conocer con claridad y detalle lo que se propone impulsar y realizar. En este sentido, nos parece indispensable que se organicen debates serios y a fondo, donde se puedan confrontar propuestas y proyectos. Es inaceptable evadir el debate de ideas y plataformas.

5.4. Por la voluntad y capacidad de diálogo. Dialogar y escuchar al otro no es signo de debilidad, sino de grandeza. Es importante reconocer que los otros también tienen algo que decir y aportar, y estar dispuestos a trabajar juntos por el bien común.

6. La elección presidencial, con toda su importancia, no debe ocultar la relevancia de las elecciones en otros niveles, y en particular la de legisladores. La Nación exige fortalecer su calidad institucional en el proceso legislativo, para que el Congreso sea un ámbito de verdadera discusión de ideas y búsqueda del bien común. Al ponerse de relieve las diversidades entre propuestas, candidatos e ideologías, no debe hacernos perder de vista lo que nos une. El Papa nos invita a mirar nuestros vínculos más allá de legítimas pertenencias partidarias o de sector. Por eso nos dice que “convertirse en pueblo es todavía más, y requiere un proceso constante en el cual cada nueva generación se ve involucrada. Es un trabajo lento y arduo que exige querer integrarse y aprender a hacerlo hasta desarrollar una cultura del encuentro en una pluriforme armonía” (Francisco, *El gozo del Evangelio*, N° 220).

7. Estamos en vísperas del Bicentenario de la Independencia. Los aniversarios importantes, como éste, son ocasión para mirar hacia atrás el camino recorrido: ¿qué hemos hecho los argentinos con nuestro país? Y también mirar con esperanza hacia el futuro: ¿de qué debemos liberarnos aún, qué cadenas nos atan todavía impidiéndonos ser mejores como pueblo? ¿Qué lugar ocupamos y qué lugar queremos ocupar, como Nación independiente y soberana, en el contexto internacional? ¿Qué relaciones deseamos cultivar a nivel regional y latinoamericano en el contexto de la Patria Grande? ¿Qué podemos ofrecer al mundo para que nuestro país sea un lugar más semejante a lo que Dios sueña para la humanidad?

8. Las elecciones de este año deberían ser un momento propicio para iniciar un examen de conciencia colectivo, y para proponernos como sociedad metas exigentes, que nos estimulen a crecer en la cultura del diálogo y el encuentro.

9. La responsabilidad es de todos. Nadie podría excusarse razonablemente de participar, según sus posibilidades, en el esfuerzo de seguir afianzando una mejor convivencia en nuestra Patria. Convivencia que debe sustentarse en los valores de verdad y justicia, de libertad, solidaridad y reconciliación, en orden al crecimiento de la

amistad social. Como fieles de Cristo, miembros de su Iglesia, ofrecemos nuestro compromiso y nuestra plegaria. Que la Virgen Madre de Dios y madre nuestra nos sostenga para alcanzar estos horizontes, con humildad y perseverancia.

PARTE V

RECENSIONES

Jorge Velarde Rosso. *Límites de la democracia pluralista. Aproximación al pensamiento político de Joseph Ratzinger-Benedicto XVI.* Buenos Aires. Ediciones Cooperativas-Instituto Acton de Argentina. 2013.

El autor, joven licenciado en ciencias políticas, actualmente cursando una maestría en historia, une ambas disciplinas en este trabajo monográfico, que fue su proyecto de tesis de licenciatura en la Universidad Católica Boliviana “San Pablo”. Contra lo que podría suponerse, el resultado revela algo más que un primer ejercicio de reflexión de cierta consideración en el itinerario formativo de un investigador. El ensayo, en efecto, permite advertir una madurez académica evidenciada en el ponderado tratamiento de una temática de naturaleza filosófica y teológica, que unidas a la historia y a la política conforman una trama transdisciplinaria exigente.

Velarde se propone trazar una introducción al pensamiento ratzingeriano-benedictino en un eje de significación preciso como es la naturaleza de la democracia en el contexto de la posmodernidad, una de las temáticas típicas del pensador alemán. Alrededor de esta idea fuerza el autor comienza a discernir núcleos conceptuales muy propios del teólogo bávaro, como laicismo-laicidad-clericalismo, libertad-autoridad y relativismo-fundamentalismo, todos ellos girando sobre el eje fundamental de religión y política.

Para hilvanar estos conceptos y presentar un panorama fiel al teólogo estudiado, se necesita, en primer lugar, un conocimiento profundo de las fuentes bibliográficas preferentemente originales, pero también algo más que esa imprescindible erudición. Se requiere haber realizado previamente un calado profundo del personaje, de su sensibilidad en particular y de su personalidad en general. Una vez cumplida esta tarea se está en condiciones de avanzar con solvencia en el universo ratzingeriano, teniendo la certeza de que se interpreta fielmente su auténtico pensamiento.

Una observación que puede formularse a la obra se refiere a su título. El cardenal Ratzinger no posee en sentido estricto un pensamiento político. Ratzinger es un teólogo ciertamente eximio y los teólogos hacen teología. Fue el mismo Juan Pablo II quien dejó aclarado que la doctrina social de la Iglesia es una teología moral y no una ciencia social. Ni siquiera podría decirse que Ratzinger haya dedicado su reflexión a la llamada Teología Política, sobre la que reservaba un pensamiento crítico. El teólogo alemán ha cultivado la teología en la materia que trata sobre la sociedad civil y la sociedad política pero eso no convierte su reflexión teológica en un pensamiento político. Se trata de un pensamiento teológico sobre la política.

Tal vez pueda aducirse el caso de las teologías de la liberación, sobre todo en sus corrientes más comprometidas con un temporalismo radical. Ellas, en cambio,

RECENSIONES

terminaron convirtiendo a la teología en un alegato político. Pero la Iglesia no tiene un pensamiento político sino moral y religioso, y cuando un teólogo o una autoridad eclesiástica reflexionan sobre lo político, no por ello están tejiendo un pensamiento político, sino que siempre su perspectiva es *sub specie aeternitatis*. Cuando la reflexión teológica es convertida en un pensamiento político, la teología degrada en política, configurando el vicio del clericalismo.

Uno de los méritos de la monografía, y no el menor, consiste en haber podido presentar a Ratzinger precisamente en su realidad más auténtica, esto es, no al teólogo conservador de tradiciones vetustas, como tantas veces aparece caracterizado en la sociedad mediática; no al carcelero de la verdad en ortodoxias petrificadas por la cultura, que terminan asfixiando la verdad que libera, sino al armonioso arquitecto de la correspondencia entre razón y fe, al campeón de la valoración de la conciencia como el más formidable instrumento defensor de la libertad contra todos los totalitarismos.

ROBERTO H. BOSCA

Ugarte Mostajo, Daniel L. *La garantía institucional del matrimonio en la Constitución de 1993. La heterosexualidad como rasgo esencial de la institución matrimonial.* Lima. Palestra Editores. 2014.

La obra de referencia aborda una cuestión que, en palabras del destacado Catedrático Español, Carlos Martínez de Aguirre, constituye “uno de los debates estrella del Derecho de Familia actual en nuestra cultura jurídica”: la constitucionalidad o no de una eventual propuesta legislativa destinada a ampliar la institución del matrimonio para que puedan contraerlo personas del mismo sexo.

El autor nos acerca una propuesta novedosa, recomendable no sólo para quienes quieran profundizar sus conocimientos acerca del actual régimen jurídico del matrimonio en el Perú, sino también para aquellos que estén dispuestos a reflexionar en profundidad acerca de interrogantes tales como: ¿es absoluta la potestad del legislador para regular acerca del matrimonio?, ¿qué implicancia tiene el hecho de que se lo considere instituto “natural y fundamental” de la sociedad?, ¿existe en verdad una relación entre matrimonio y naturaleza humana?

El Profesor Ugarte Mostajo aporta un singular y personal enfoque respecto de cuestiones sobre las que se ha debatido con largueza. El trabajo que tenemos entre manos, cuidadosamente estructurado, permitirá al lector sentirse parte de la profunda tarea de investigación que se esconde tras sus páginas.

La obra, cuyos orígenes se remontan a la labor desarrollada por el autor para obtener su título de Máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza, se estructura en cuatro capítulos perfectamente desarrollados.

A partir de su breve introducción, lector y catedrático emprenden un camino que los guiará, “peldaño a peldaño”, a través de los diferentes niveles del razonamiento jurídico abordando en su recorrido cuestiones que, quizás, no se hubiera planteado siquiera el lector más imaginativo.

Una sentencia del Superior Tribunal Constitucional peruano sirve como disparador, así como también el análisis del artículo 4° de la Constitución Nacional del país. Lejos de agotarse en la simple consideración del Derecho Positivo, la labor avanza y se profundiza con la introducción de la denominada doctrina de la “garantía institucional”.

A grandes rasgos, esta posición, nacida de la mano de la doctrina constitucional alemana durante los convulsos tiempos de la República de Weimar (1919-1933), da cuenta de la existencia de ciertas “instituciones” garantizadas en la Carta Magna, frente a las cuales el legislador ordinario ha de limitar su actuación. Su coexistencia con los denominados “derechos fundamentales” en el seno de la Constitución obedece a que, en un momento histórico y en una sociedad determinada, fueron consideradas “esenciales” para la adecuada estructuración de la comunidad. Al incluirlas en el plexo normativo constitucional se las sustrae de los avatares a los que se encuentra sometida la voluntad del legislador ordinario y se las dota de especial protección. Según los postulados de esta corriente, la “garantía institucional” no resguarda un contenido concreto y fijado de una vez por todas, sino que protege la “imagen” que de la institución tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar,

Como corolario de ello, el autor emprende en el tercer capítulo de su obra una profunda búsqueda para identificar cuál es la “imagen” que se tiene del matrimonio

en la cultura jurídica peruana. La determinación de sus rasgos esenciales constituirá un límite infranqueable para las futuras reformas legislativas que se precien constitucionales.

Lejos está el párrafo anterior de referir siquiera la trascendencia de las cuestiones que se abordan en este capítulo. Haciendo gala de una prosa sencilla y accesible, Daniel Ugarte Mostajo nos guía a través de la evolución del matrimonio en occidente en pos de aquellos rasgos que han perdurado en el tiempo.

Finalmente, el cuarto capítulo abandona el campo del Derecho Positivo para referirse al matrimonio como aquel instituto indisolublemente ligado a la naturaleza y dignidad humanas. A través de sus páginas, el lector podrá conocer brevemente qué es y cómo funciona el Derecho Natural y comprender, quizás, el motivo por el que el matrimonio es considerado “instituto natural y fundamental de la sociedad”.

Las palabras que anteceden distan mucho de hacer justicia a la obra que reseñamos. A modo de conclusión, hemos de señalar, sin embargo, que el trabajo de Ugarte Mostajo con citas de doctrina especializada, inclusión de jurisprudencia española y peruana, análisis de proyectos de ley presentados en el Perú y mención de legislación comparada, constituirá una pieza importante en la biblioteca de todo lector interesado.

MILAGROS SALAVERRI

REVISTA *PRUDENTIA IURIS*

NORMAS DE PUBLICACIÓN

Prudentia Iuris es una publicación semestral de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica “Santa María de los Buenos Aires” que tiene por objeto la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe (*Prudentia Iuris*, Nro. 1, agosto 1980, p. 3).

I. Cobertura temática

1. La Revista *Prudentia Iuris* publica textos relacionados con la investigación jurídico-política conforme a su misión que se inserten en las siguientes categorías temáticas:
 - 1.1. Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas).
 - 1.2. Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional).
 - 1.3. Derecho Privado (Civil y Comercial).
 - 1.4. Historia del Derecho.
 - 1.5. Derecho Canónico y Eclesiástico.
 - 1.6. Derecho Comparado.

II. Secciones de la Revista

1. Trabajos de Investigación:

- 1.1. Se publicarán dentro de esta sección trabajos que cumplan con los siguientes requisitos:
 - que el tema tratado realice aportes científicos y ofrezca conceptos novedosos que enriquezcan el conocimiento;
 - que exista coherencia en la estructura demostrativa o argumentativa entre el problema, los objetivos, el método, los resultados y las conclusiones;
 - que la bibliografía sea actualizada y pertinente con la temática y que el texto sea inédito.
- 1.2. No podrán tener una extensión menor a las 4.000 ni mayor a las 12.000 palabras. La Redacción se reserva el derecho a publicar artículos en dos fascículos diferentes.
- 1.3. Estos trabajos serán sometidos al arbitraje de evaluadores conforme al punto III.

- 1.4. Los autores deberán enviar firmada a la Revista una carta que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
2. **Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras.
3. **Recensiones:** reseñas de libros de aparición reciente (en principio no más de dos años) con una extensión máxima de 2.000 palabras.
4. **Cátedra Ley Natural y Persona Humana:** artículos, comentarios y reseñas que se relacionen con la Cátedra, incluyendo ponencias y comunicaciones que se presenten en Jornadas atinentes a la Cátedra que a criterio del Director merezcan ser publicadas por su relevancia académica. Los requisitos son los mismos que los puntos 1, 2 y 3 del presente apartado según sea la índole del texto.
5. **Documentos:** la Dirección de *Prudentia Iuris* seleccionará para cada número aquellos documentos que considere relevantes conforme a la temática o problemas atinentes a los objetivos de la Revista tales como textos del Magisterio de la Iglesia, Declaraciones de la Facultad de Derecho o Corporaciones o Colegios de Abogados, o de las múltiples Academias Jurídicas, Políticas y Científicas, etc.
6. **Otras secciones según la necesidad del número publicado:** noticias, publicación de textos ya publicados en otras lenguas, publicación de Conferencias y/o Comunicaciones en Congresos o Seminarios, etc.

III. Los autores

1. Deben enviar sus datos personales y los de la institución a la que pertenecen. El autor deberá indicar además su dirección de correo electrónico para ser publicada en la Revista.
2. Se autorizará a los autores que publiquen total o parcialmente sus trabajos en otras revistas, siempre y cuando aparezca al comienzo del artículo la referencia del número de *Prudentia Iuris* en el cual haya aparecido.
3. Los autores recibirán como agradecimiento y cortesía dos ejemplares del número de *Prudentia Iuris* en el que fue publicado su artículo.
4. Los autores de los artículos publicados además cederán sus derechos a la editorial, en forma no exclusiva, para que incorpore la versión digital de los mismos al Repositorio Institucional de la Universidad Católica Argentina como así también a otras bases de datos que considere de relevancia académica.
5. Los autores deberán declarar además todo lo relacionado con algún conflicto de intereses tales como si la investigación ha sido financiada por alguna institución, o si ha sido realizada en el marco de una beca, o si ha existido colaboración de personas que merezcan reconocimiento, etc.

IV. Arbitraje

1. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas designados por la Dirección de la Revista. Estos textos se someterán a arbitraje según el sistema de “doble ciego” para preservar el anonimato de los autores y de los árbitros.
2. Los árbitros solicitados deberán evaluar los trabajos conforme al punto II.1, según el formulario correspondiente y deberán guardar confidencialidad respecto a todo lo referido a su intervención como evaluadores.
3. El plazo para la realización del arbitraje será como máximo de 60 días desde la recepción del texto. Como agradecimiento a su colaboración se le entregará un ejemplar del número de la Revista en que hubiere intervenido como árbitro.
4. El dictamen del árbitro deberá indicar: Aprobado – Aprobado con cambios (opcional u obligatorio) – Aprobado, pero el árbitro verificará las correcciones – Rechazado. El dictamen será comunicado al autor.
5. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.

Anexo: Formato básico para textos y citas bibliográficas.

Textos

Papel A4; interlineado 1,5; tipo de letra Times New Roman: **NEGRITA DE 14 puntos para el título, negrita y cursiva de 12 puntos para los subtítulos de primer nivel, cursiva de 12 puntos para los subtítulos de segundo nivel, 12 puntos para el cuerpo del texto y 10 puntos para las notas a pie de página.**

El título deberá ser acompañado además por una versión en inglés en letra **Negrita de 11 puntos Times New Roman.**

Si el texto es aprobado como trabajo de investigación será publicado en la sección “Estudios Doctrinales”. En este caso, deberá enviarse: un resumen de entre 150 y 250 palabras y palabras claves en un número no mayor a 6, ambos en idioma original y en inglés.

Citas bibliográficas

Seguimos las normas internacionales de referencia pautadas por APA (*American Psychological Association*) que se utilizan en las publicaciones atinentes a las Ciencias Sociales.

Libros: Apellido autor, Iniciales nombre autor. (Año). *Título en cursiva*. Ciudad. Editorial.

Ej.: Gilson, É. (1997). *El realismo metódico*. Madrid. Encuentro.

En versión electrónica: Apellido, A. A. (Año). Título. Recuperado de <http://www.www>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de <http://books.google.es/>.

Capítulo de un libro: Apellido, A. A. “Título del capítulo”. En A. A. Apellido. Título del libro (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Barrow, R. H. (1980), “El genio práctico romano”. En Barrow, R. H. *Los romanos* (35-48). Buenos Aires, FCE.

Artículos científicos: Apellido autor, Iniciales nombre. (Año). Título del artículo. *Nombre de la Revista* (cursiva), Volumen, Número, Páginas.

Ej. De Martini, S. M. A. (Junio 2013). Raíces ideológicas de la perspectiva de género. *Prudentia Iuris*, Nro. 75, 67-89.

Conferencias, Ponencias en Simposio o Congresos: Apellido autor (es), Iniciales nombre. (Año). Título de la conferencia o ponencia. “En” Nombre del editor (Ed.), *Nombre del Congreso, Simposio o Jornada* (cursiva) (páginas). Ciudad. Editorial.

Ej. Arias de Ronchietto, C. E. (2003). Reglamentación legal de la filiación por dación o abandono del concebido criopreservado y reglamentación legal de las técnicas de procreación humana asistida en la República Argentina. En Casiello, J. J. y Nicolau, N. L. (Eds.), *XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Tomo 1, 37-44). Rosario. Lux.

Artículo de diario: Apellido autor, inicial del nombre (año, día y mes). Título del artículo. *Nombre del diario* (cursiva), páginas.

Ej. Ventura, A. (2013, 29 de noviembre). La Corte se distancia de la aprobación del proyecto sin consenso. *La Nación*, 7.

La Dirección de *Prudentia Iuris* se reserva el derecho de ajustar el estilo del aparato crítico a las normas de la Revista.