

# PRUDENTIA IURIS N° 83

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



**Junio 2017**

**Buenos Aires, Argentina.**

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

## **AUTORIDADES**

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

### **Rector**

Mons. Víctor M. Fernández

### **Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales**

Dr. Gabriel Limodio

### **Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica**

Dra. María Clara Zamora de Najún

### **Administrador General**

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

### **Asistente Editorial**

Estefanía Rogora

## **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, p. 3).

Su cobertura temática comprende: Filosofía del Derecho (Derecho Natural, Teoría del Derecho, Principios e Instituciones Jurídicas); Derecho Público (Constitucional, Administrativo, Penal, Laboral y Previsión Social, Tributario, Político, Internacional); Derecho Privado (Civil y Comercial); Historia del Derecho; Derecho Canónico y Eclesiástico; Derecho Comparado.

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 350 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 ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. 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; <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Buenos Aires, Argentina

*Prudentia Iuris* is a biannual Journal of the Faculty of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa Maria de los Buenos Aires”, which aims at developing a legal thinking coherent with the fundamental principles of Justice and natural order, illuminated by Faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following issues: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Principles and Juridical Institutions); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor, Social Security); Private Law (Civil and Commercial Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Among its recipients are Professors, Researchers, Legislators, Judges, Lawyers and Students of Legal Science as well as Libraries of Universities, Research Centers and other Agencies. The publication maintains exchange with approximately 350 National and Foreign Publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing. The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in non-exclusive basis, to incorporate the digital version of the same to the Institutional Repository of the Catholic University of Argentina as well as other databases that the University considers of academic relevance.

*Prudentia Iuris* is included in the database ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University.

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

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](mailto:prudentia_iuris@uca.edu.ar), <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>

ISSN: 0326-2774 (impresa)

ISSN: 2524-9525 (en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723  
Buenos Aires, Argentina

## PRUDENTIA IURIS

---

### SUMARIO

JUNIO 2017 – Nº 83

---

Presentación ..... 13

### PARTE I. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana

Crónica de las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural ..... 19

VIOLA, Francesco  
Dignità umana, diritti e legge naturale (*Human Dignity, Rights and Natural Law*) ..... 31

MASSINI CORREAS, Carlos I.  
Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho (*On Human Dignity and Law. The Notion of Dignity of the Human Person and its Constitutive Relevance in the Law*) ..... 49

QUINTANA, Eduardo Martín  
Dignidad y deberes humanos (*Dignity and Human Duties*) ..... 73

SANTIAGO, Alfonso  
La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional (*The Equal and Inviolable Dignity of the Human Person as the Foundation of the National and International Juridical Order*) ..... 95

PORTELA, Jorge Guillermo  
Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos (*Towards an Integral Ecology: The Respect for our Common Home and for Ourselves*) ..... 109

### PARTE II. Estudios Doctrinales

CASTAÑO, Sergio Raúl  
¿Es lícito hablar de poder constituyente dentro de la tradición

SUMARIO

clásica? Discusión y apostillas ( <i>Is it lawful to speak of constituent power within the classical tradition? Discussion and apostilles</i> ) .....	131
<b>CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José</b> ¿Deben tomarse en serio los llamados derechos de los animales? Un análisis a partir del enfoque de Martha Nussbaum ( <i>Should the Allegedly Called Animal Rights be Taken Seriously? An Analysis Based on the Approach of Martha Nussbaum</i> ) .....	149
<b>FEUILLADE, Milton C.</b> Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales ( <i>Application of Foreign Law in the Civil and Commercial Code, with Special Reference to Cultural Elements</i> ) .....	169
<b>CLÉRICO, Juan Manuel</b> La tópic y la reciprocidad en los cambios en el Derecho Penal ( <i>Topic and Reciprocity in Changes in Criminal Law</i> ) .....	201
<b>ROMERO BERDULLAS, Carlos Manuel</b> Manifestaciones del principio de oportunidad ( <i>Manifestations of the Principle of Opportunity</i> ) .....	219
<b>PÉREZ, Matilde</b> La epiqueya en la visión de Francisco Suárez ( <i>The Epiqueya in Francisco Suarez's Vision</i> ) .....	249
<b>DE ROSA, Eliana</b> Validez legal y corrección moral. El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis ( <i>Legal Validity and Moral Correctness. The Problem of Unfair Law in John Finnis' Legal Theory</i> ) .....	277
<b>VALERA, Luca</b> Individualidad y límites hacia una ecología humana ( <i>Individuality and Limits Towards a Human Ecology</i> ) .....	299

**PARTE III. Notas y Comentarios**

Justicia y Misericordia. Mínimos éticos: Jurídico y Moral ( <i>Justice and Mercy. Ethical Minimum: Legal and Moral</i> ) por Andrés Ollero..	317
--	-----

## SUMARIO

Derecho de objeción de conciencia del personal médico y aborto. Análisis de una propuesta legislativa y de una sentencia del Tribunal Constitucional de España (*Right of Conscientious Objection of the Medical Staff and Abortion. Analysis of a Legislative Proposal and a Judgment from the Constitutional Court of Spain*) por Rebeca Karina Aparicio Aldana ..... 331

Un contrato internacional de maternidad subrogada. La decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Paradiso y Campanelli” (*A Cross-border Surrogacy Arrangement: The Ruling Adopted by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights in “Paradiso & Campanelli”*) por Julieta Monteroni.. 347

### PARTE IV. Documentos

“Discurso del Santo Padre Francisco con ocasión de las felicitaciones del cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede” (*Addres of Holiness Pope Francis to Members of the Diplomatic Corps Accredited to the Holy See for the Traditional Exchange of New Year Greetings*), Sala Regia, 9 de enero de 2017 ..... 355

Lafferriere, Jorge Nicolás, “El cuerpo humano a debate: reflexiones jurídicas” (*The Debate over the Human Body: Juridical Reflections*), Lección inaugural, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 21 de marzo de 2017 ..... 367

### RECENSIONES

DURAND MENDIOROZ, José E., *Persona, Sociedad y Derecho. Una perspectiva humanista*, Salta, Virtudes, 2016 (por Eduardo M. Quintana) ..... 399

ROSLER, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz Editores, 2016 (por Carlos I. Massini Correas) ..... 405

CHÁVEZ-FERNÁNDEZ POSTIGO, José, *Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns*, Lima, Palestra, 2016 (por Camila Brugnoni) .. 414

**Normas de publicación**..... 416



## PRESENTACIÓN

Nos enorgullece presentar el nro. 83 de la revista *Prudentia Iuris* de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Consolidando el camino iniciado hace unos años, este número incluye, en la Sección Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, algunas de las ponencias expuestas en el marco de las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, que se celebraron en Buenos Aires, del 31 de octubre al 2 de noviembre de 2016. Las Jornadas constituyen un esfuerzo conjunto de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad Católica San Pablo de Perú, la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, también de Perú y de nuestra Pontificia Universidad Católica Argentina. Fueron particularmente enriquecedoras por la importante participación de profesores y alumnos, del extranjero y de nuestro país. Podríamos decir que se va afianzando una verdadera comunión de personas en torno a las temáticas del Derecho Natural. Las XII Jornadas tuvieron como tema: “Ley Natural y Dignidad Humana”. Así, además de una crónica introductoria, en esta sección se publica la conferencia magistral que dictara el profesor italiano, Francesco Viola, sobre la dignidad humana, los derechos y la ley natural. Igualmente, publicamos las contribuciones que realizaron Carlos I. Massini Correas, Eduardo Martín Quintana, Alfonso Santiago y Jorge Guillermo Portela. Todos estos prestigiosos profesores desarrollaron temáticas vinculadas con la dignidad humana y la ley natural.

En la Sección de Estudios Doctrinales, el profesor Sergio Raúl Castaño aborda el tema del poder constituyente en el marco de la tradición clásica del Derecho y en diálogo con algunos autores contemporáneos significativos. Por su parte, animado por realizar contribuciones a la reflexión iusnaturalista, José Chávez-Fernández Postigo aborda el problema de los pretendidos “derechos de los animales”, a través de un estudio sobre el pensamiento de Martha Nussbaum. El investigador Milton Feuillade se refiere a la problemática de la aplicación del Derecho Extranjero a la luz de las nuevas disposiciones del Código Civil y Comercial en Argentina, poniendo especial

atención a los elementos culturales. A su turno, Juan Manuel Clérico se refiere a la problemática del conocimiento científico en el Derecho Penal ante la concreción y contingencia de la práctica, en general, y de los casos judiciales, en particular, y propone la especial consideración tópica del principio de reciprocidad en los cambios. Continuando con la materia penal, Carlos M. Romero Berdullas analiza distintas manifestaciones del principio de oportunidad, en virtud del cual ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública se puede considerar si se ejercerá o no la acción penal, se suspenderá o interrumpirá. Este principio es confrontado con el principio de legalidad procesal. En el campo de la Filosofía del Derecho, Matilde Pérez realiza un estudio sobre la epiqueya en la visión de Francisco Suárez. Por su parte, Eliana de Rosa propone un diálogo entre el pensamiento de Alexy y Finnis en torno a la temática de la validez legal y la corrección moral. Finalmente, Luca Valera se refiere a la “cuestión ecológica” y propone una centralidad de la dignidad humana y de una ecología humana para que pueda reconocer la dependencia del ser humano y su dignidad.

La Sección de Notas y Comentarios se abre con una contribución que mantiene vivo el espíritu del Jubileo de la Misericordia que finalizara en 2016. Así, el catedrático español, Andrés Ollero, se refiere a la relación entre justicia y misericordia. Por su parte, Rebeca Karina Aparicio Aldana aborda la problemática de la objeción de conciencia ante el aborto en España, sobre todo a partir de una reforma legislativa en debate y una sentencia del Tribunal Constitucional de aquél país. Finalmente, Julieta Monteroni comenta la trascendente decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso “Paradiso y Campanelli”, en el que se sostuvo que no resultó una violación de Derechos Humanos la decisión del gobierno italiano de quitar la custodia de un niño a quienes habían realizado un contrato internacional de maternidad subrogada en violación de las leyes de ese país.

En la Sección de Documentos, consideramos valioso y oportuno presentar el tradicional Discurso que el Santo Padre Francisco dirige al cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede cada mes de enero. En el pasado mes de enero de 2017, con ocasión de recordar los 100 años de la Primera Guerra Mundial, el Papa propuso reflexiones sobre la seguridad y la paz, “porque en el clima general de preocupación por el presente y de incertidumbre y angustia por el futuro, en el que nos encontramos inmersos, considero importante dirigir una palabra de esperanza, que nos señale también un posible camino para recorrer”. También publicamos la *Lectio* que dictara quien suscribe esta presentación con ocasión de la reunión del Claustro de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina sobre el tema del cuerpo humano y los debates que lo atraviesan en estos días.

## PRESENTACIÓN

Finalmente, las Recensiones realizadas por Eduardo Quintana, Carlos I. Massini Correas y Camila Brugnoli nos permiten conocer más sobre la obra del profesor salteño, José Durand Mendioroz, titulada *Persona, Sociedad y Derecho. Una perspectiva humanista*; sobre el libro *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, de Andrés Rosler, y sobre *Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns*, de José Chávez-Fernández Postigo.

A partir de este número el equipo de *Prudentia Iuris* se enriquece con la colaboración de la abogada Estefanía Rogora, quien ha comenzado a desempeñarse como asistente editorial. De esta manera, con el invaluable servicio de su Secretaria de Redacción, profesora Débora Ranieri, la Revista busca mejorar sus procesos editoriales y la difusión de sus contenidos, respondiendo a los nuevos desafíos que plantea la cooperación académica y la globalización de la información a través de internet. Así, la Revista quiere mantener su rica tradición de pensamiento sobre el Derecho y la Justicia desde una perspectiva humanista y cristiana, en contacto con las actuales tendencias y líneas, en el amplio campo del diálogo cultural y científico.

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE  
Director



**PARTE I**

**CÁTEDRA INTERNACIONAL  
LEY NATURAL Y PERSONA HUMANA**



## **CRÓNICA DE LAS XII JORNADAS INTERNACIONALES DE DERECHO NATURAL**

Los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2016 se realizaron en la Pontificia Universidad Católica Argentina las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural. Se trata de un encuentro académico que se organiza desde 2005 en forma ininterrumpida y alternada entre Chile, Perú y Argentina y que es el resultado de un esfuerzo conjunto de la Pontificia Universidad Católica de Chile, la Universidad Católica San Pablo de Perú, la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, también de Perú, y de nuestra Pontificia Universidad Católica Argentina. Este año las Jornadas estuvieron dedicadas al tema “Ley Natural y Dignidad Humana”.

La apertura estuvo a cargo de una Mesa integrada por el Dr. Raúl Madrid, por la Universidad Católica de Chile; el Dr. José Chávez-Fernández Postigo, por la Universidad Católica San Pablo; la Abogada Érika Valdivieso, por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, y el Decano de nuestra Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Dr. Daniel Alejandro Herrera.

La Conferencia Magistral de apertura estuvo a cargo del catedrático italiano de la Universidad de Palermo, Francesco Viola. Luego, a lo largo de seis paneles y tres mesas redondas, intervinieron profesores de Argentina, Chile, Brasil, Colombia, Perú, en torno a tres ejes: la vinculación entre dignidad y fundamento de los Derechos Humanos; dignidad y ecología; dignidad y cuestiones sociales.

Por la tarde, entre las 15.00 y las 17.00 de cada día, funcionaron las siguientes comisiones de trabajo:

Comisión nro. 1: Dignidad humana y fundamento de los Derechos Humanos

Comisión nro. 2: Dignidad humana y bioética

Comisión nro. 3: Dignidad humana y libertad religiosa

Comisión nro. 4: Dignidad humana y promoción social

Comisión nro. 5: Dignidad humana y ecología

Comisión nro. 6: Dignidad humana y constitución

En total, se recibieron más de setenta comunicaciones, tanto de profesores, como de graduados y alumnos, desde Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Perú, España y Uruguay y desde distintas ciudades de nuestro país: Buenos Aires, La Plata, Tucumán, San Juan, Mendoza, Córdoba, La Pampa, Lomas de Zamora, Santa Rosa y Salta.

Además, las Jornadas se destacaron por una importante presencia de estudiantes de las distintas universidades participantes, que tuvieron espacios propios de encuentro, a fin de ir afianzando lazos entre las nuevas generaciones interesadas en temáticas de Derecho Natural.

Este año las Jornadas coincidieron con el Xº Aniversario de la fundación de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, que funciona en la Facultad de Derecho de la UCA. La celebración se hizo con un sencillo acto conmemorativo el miércoles 2, al término de las Jornadas, presidido por el Sr. Vicerrector, Dr. Gabriel Limodio, acompañado del Decano de la Facultad, Dr. Daniel Herrera, y de los profesores Débora Ranieri de Cechini, Gabriel Maino y Jorge Nicolás Lafferriere.

En el cierre, se anunció que las XIII Jornadas Internacionales de Derecho Natural se realizarán en 2017 en la Universidad Pontificia de México.

### **Conferencia Magistral de apertura de las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural a cargo del prof. Francesco Viola**

El profesor Viola se propuso indagar la relación entre el concepto de dignidad humana y la problemática de la Ley Natural. Para ello, consideró necesario comenzar por estudiar la relación entre la dignidad humana y los Derechos Humanos. En tal sentido, se preguntó si había o no una distinción entre el concepto de dignidad humana y el de Derechos Humanos. Para el profesor italiano, si no hay distinción, entonces la dignidad sería un concepto inútil y retórico, o “estúpido”. En cambio, si hay distinción entiende que el respeto por el ser humano no requiere siempre y necesariamente un reconocimiento de derechos. Además, considera que esta postura no basa el respeto a la dignidad en el principio de autonomía y puede considerarse como una posición “no liberal”. Una posición intermedia es aquella que vincula la dignidad humana a la globalidad de los derechos, pero también aquí hay que saber si esa globalidad o generalidad es diversa a la suma de los derechos, porque si no lo fuera, entonces dignidad y derechos se identificarían. Para Viola, las características propias de los Derechos Humanos, como su carácter absoluto, no negociable, indisponible, inviolable, encuentran fundamento en la dignidad humana, que permite transformar Derechos Subjetivos en Derechos Humanos. Como argumento en contrario, Viola señala que

considera que los Derechos Humanos son una noción jurídica y se pregunta si hay una noción “jurídica” de la dignidad o bien si se trata de una noción moral únicamente.

Luego presentó las principales teorías sobre la dignidad humana. En primer lugar, se refirió a la teoría de la “dotación”, que señala que el ser humano tiene dignidad por el solo hecho de ser humano. Tiene la ventaja de dar universalidad a la dignidad, pero paradójicamente considera que es necesaria pero insuficiente porque no contempla el carácter relacional de la dignidad. En segundo lugar, la teoría de la “prestación” (o de la relación), que tiene como ventaja que reconoce el carácter jurídico o político, pero que es criticada porque somete la dignidad al consenso social y descuida la universalidad de la misma. La teoría de la prestación se ha usado, continuó Viola, para dar fundamento a los derechos como fuente para determinar su contenido. En este sentido, la dignidad puede relacionarse con los derechos en tres formas: 1) como su fundamento; 2) como fuente para determinar su contenido; 3) como criterio de medida para el balance entre derechos en la práctica.

Se refirió también a la teoría de Jeremy Waldron, que considera la dignidad como estatus o rango social. Como ventaja se afirma que impulsa una universalidad cultural y no ontológica, pero se la critica porque reduce la dignidad al valor de la igualdad y se pierde el rol crítico de la dignidad.

En la segunda parte de su conferencia, el profesor se planteó en qué sentido la dignidad humana está vinculada con la problemática de la Ley Natural. Para Viola, los Derechos Humanos son el fruto de un proceso de positivización, producto de las tremendas violaciones de la dignidad humana. Este proceso no garantiza que su resultado sea justo y debe quedar abierto a una crítica moral. Y considera que el debate actual en torno a los derechos es una continuidad del debate moral en torno a qué es propio del ser humano, qué le es debido por justicia. Para Viola, los Derechos Humanos se derivan de deberes de justicia y del deber de tratar a los otros con respeto y de honrar su dignidad en un ámbito específico de acción. Los Derechos Humanos son derechos de los otros. La dignidad es aquello que se mantiene por encima de la positivización y que permite a la cultura no caer en el mero relativismo. Esta función siempre estuvo ligada a la Ley Natural y de allí que para Viola se puede sostener que la problemática de la dignidad humana es en sustancia un retorno con otro nombre de la Ley Natural, pero con ciertas condiciones y relevantes diferencias. El profesor considera a la Ley Natural no tanto como doctrina, sino como una búsqueda racional del bien humano y no es algo ya “cumplido”, sino una indagación de la recta razón. En el pensamiento de Tomás de Aquino, las leyes naturales no son preceptos ya acabados, sino principios que deben ser desarrollados y positivizados

en la comunidad política en vistas al bien común. Esta búsqueda común es sustancialmente el conflicto por la Ley Natural en la sociedad pluralista. Y hay conflicto porque no hay acuerdo en los presupuestos y las bases del entendimiento y la comprensión. Estas bases de comprensión común pueden ser entendidas en tres modos. Para una orientación de fundamento “fuerte”, algunos valores fundamentales son evidentes y todos los seres humanos pueden apreciarlos por sí y en distintas medidas practicarlos. Pone, por ejemplo, a John Finnis, quien individualiza los bienes humanos básicos, como la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad y la amistad, la razón práctica y la religión. Estos valores son principios comunes de la vida práctica para las elecciones políticas y éticas gobernadas por los requerimientos de la racionalidad. Algunos objetan esta orientación por entender que si hay valores fundamentales de la comunidad política vinculados con los fines últimos de la vida humana, ello supone una ética particular de tono paternalista.

Otro enfoque es más “débil” respecto a los valores fundamentales y menciona como ejemplo a John Rawls, quien sostiene que se deben reconocer como bienes primarios solo los que son funcionales a la elaboración del proyecto de vida personal que cada uno desea. A esto se objeta que los derechos no pueden ser justificados como universales.

Un tercer enfoque intenta corregir los defectos de la concepción de Rawls, ampliando los bienes básicos pero sin afirmar una forma de vida “buena” que vulnere el principio liberal de pluralismo. Aquí menciona a Nussbaum, que se pregunta qué es lo más relevante para el ser humano. En su respuesta, con derivación aristotélica, se afirma que lo extremadamente relevante para el ser humano es la realización de su propia humanidad mediante actos libres y conscientes de elección. En consecuencia, cada ser humano tiene el derecho originario de desarrollar todas las potencialidades que le permitan dar forma sin restricciones a su propio proyecto de vida. Los usos de estas potencialidades serán diversos y particulares en cada caso, pero la esfera existencial en que opera esta elección y la capacidad requerida son comunes a todos los seres humanos. Nussbaum plantea nuevos valores o capacidades fundamentales: vida, salud física, integridad física, sentidos, imaginación y pensamiento, razón práctica, pertenencia, relación con las otras especies y con la naturaleza, juego y control del propio ambiente político y material. La especificidad de esta línea de pensamiento reside en sostener la necesidad de una visión global de las oportunidades humanas y, por eso, de la misma naturaleza humana y que son valores para nuestra existencia (Searle). Es una visión dinámica que excluye los fines comunes a todos los seres humanos y requiere una familia de experiencias comunes existenciales que suponen unas comunes capacidades funcionales para cumplir el oficio de ser humano. Se discute si esta concepción debe mante-

ner la neutralidad rawlsiana y Nussbaum admite que en algunos casos se debe exigir a las personas una forma determinada de funcionamiento con las consiguientes restricciones a la libertad de elección. Para Viola, estas tres orientaciones, más allá de sus divergencias, coinciden en un objetivismo ético de valores universales comunes y que de ellos se derivan derechos fundamentales que la sociedad política debe asegurar a cada ser humano, porque los Derechos Humanos son una cuestión política y jurídica basada en el presupuesto de una concepción ética de la dignidad humana. Y finaliza con dos preguntas: ¿Se puede considerar a esta como una concesión de la Ley Natural? ¿Qué es natural en esta concepción?

### **Panel 1: El fundamento de la dignidad humana**

En primer lugar, el profesor Carlos Ignacio Massini Correas (Universidad de Mendoza) se refirió al tema del fundamento de la dignidad humana y su significación en el Derecho. Massini desarrolló y explicitó la temática de la fundamentación metafísica de la personificación humana y su dignidad, centrándola en la idea de participación en el Ser. También explicó las implicaciones de la dignidad de la persona en el ámbito del Derecho, con especial referencia a las nociones de Derecho Natural, gobierno del Derecho, Derechos Humanos y Derecho Ambiental.

Por su parte, con el título “Dignidad y deberes humanos”, el profesor Eduardo Quintana (Universidad de Buenos Aires - Pontificia Universidad Católica Argentina) se refirió al concepto de dignidad y su larga trayectoria en la cultura occidental. Pero más allá de esta circunstancia, contemporáneamente tuvo una enorme expansión desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y otros tratados, como así también en numerosas constituciones nacionales, mediante la cual se pretendió consolidar la inviolabilidad de la persona humana, tras las aciagas décadas en las que el siglo XX se encontró envuelto en una barbarie pocas veces igualada. Sin embargo, debido a la indefinición del término empleado y a las disímiles y contradictorias ideologías y corrientes filosóficas que poblaron la segunda mitad del siglo pasado y se extienden hasta el presente, las declaraciones antes mencionadas y el atributo de *dignitas* otorgado a todo ser humano son pasibles de interpretaciones que siembran profundos desconciertos. A partir de la noción que la filosofía clásica y su continuidad actual brinda a la “dignidad humana”, estas reflexiones apuntan al objeto específico de nuestra preocupación como juristas, o sea al Derecho, cuya noción también ha sufrido una profunda metamorfosis, en la que cabe incluir la asimetría con el débito, o sea, los deberes jurídicos, que han quedado relegados a un ultimísimo plano.

## **Panel 2: El fundamento de la dignidad humana**

En la primera ponencia, Luis Fernando Barzotto (Universidade Federal do Rio Grande do Sul - Brasil) habló sobre la efectividad de los Derechos Humanos y la existencia del mercado. Sostuvo que en sociedades que no respetan el mercado no hay Derechos Humanos. Y propuso pensar la relación de mercado en términos de amistad. La naturaleza social del hombre requiere el intercambio y analizó distintas problemáticas, como la división del trabajo y la cuestión del mercado en la transición del Estado nación a la globalización.

Luca Valera (Pontificia Universidad Católica de Chile) se refirió al tema: “Hacia una ecología humana: reconsiderar el límite para reconsiderar la dignidad humana”. Para Valera, los dos paradigmas que dominan la filosofía de la ecología (antropocentrismo y biocentrismo) comparten la misma visión reduccionista del ser humano. Ambos rechazan la idea de que el ser humano se define –entre otras cosas– por su límite constitutivo. En el antropocentrismo fuerte, el hombre, dueño de la naturaleza a través de la tecnología, puede utilizar a su voluntad la naturaleza –también la naturaleza humana– ya que es capaz de manipularla, conociendo sus principios. Las categorías de “límite” y de “dependencia” se sustituyen así con la de “autopoiesis”, orientando la reflexión hacia una búsqueda inacabable de la perfección. Por otro lado, en el biocentrismo radical se anula cualquier límite ontológico para dar paso a una concepción antiindividualista que tiende a salvaguardar la “Vida” en general, sacrificando la vida particular; todo individuo –el ser humano también– es funcional para la conservación del ecosistema. Finalmente, se puso de relieve el concepto de “ecología humana”, capaz de valorar el “límite” como punto de partida para reconstruir una ontología de la diferencia y de la identidad. De hecho, sin una adecuada antropología realista, capaz de promover la dignidad humana en su integridad, no es posible desarrollar una visión realista del mundo (ecología).

### ***Mesa redonda: Dignidad humana y Derechos Humanos***

Iván Garzón Vallejo (Universidad de La Sabana - Colombia) se refirió al pensamiento de Dworkin, quien se pregunta por el “vivir bien”, es decir, un estándar que guíe. Señaló que para Dworkin hay dos fundamentos: la responsabilidad y la ejecución. Y, a su vez, operan dos principios: el auto-respeto y la autenticidad. Dworkin considera que estos dos principios son exigencias de la dignidad.

Armando Romero (Universidad Católica San Pablo - Perú) se refirió a las discusiones sobre la dignidad en el mundo anglosajón, con referencias

a Michael Rosen (Dignidad: historia y significado), Paul Sorlas (Dignidad y Constitución) y Jeremy Waldron.

Rodolfo Vigo (Pontificia Universidad Católica Argentina) analizó cómo se visualiza la dignidad en las cinco grandes teorías éticas: el escepticismo radical, la racionalidad práctica puramente instrumental, los neoconstitucionalismos no positivistas constructivistas, el teologismo y el realismo clásico.

### **Panel 3: Dignidad humana y ecología**

Jorge Portela (Universidad de Buenos Aires - Pontificia Universidad Católica Argentina) habló del tema: “Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos”. Su ponencia intenta ahondar el significado del término “ecología integral”, que si bien ha sido utilizado por el Papa Francisco en su encíclica, *Laudato Si'*, ya había sido estudiado en 1982 por el profesor de la Universidad Católica Argentina, Dr. Bernardino Montejano. El concepto “ecología” a secas encubre lo políticamente correcto y se plasma, las más de las veces, en declaraciones y tratados internacionales que tienen una muy poca efectividad. De esta manera, el mismo concepto termina siendo totalmente banalizado y resulta apropiado por entidades defensoras del medio ambiente con un objetivo poco claro. Se impone, por lo tanto, hablar de ecología en términos de Ley Natural. Y si de ello se trata, debemos referirnos no sólo al medio ambiente, sino también a la correcta utilización del término en el terreno de la política, las instituciones en general y la educación. Un sano concepto de ecología integral, por tanto, es consonante con el tercer orden de tendencias, propio del hombre: la inclinación a conocer la verdad y a vivir en sociedad.

Por su parte, José Chávez-Fernández Postigo (Universidad Católica San Pablo - Perú) trató la cuestión de los llamados “derechos de los animales”. En su ponencia se tomó como premisa la idea de que al iusnaturalismo le resulta difícil tomar en serio la argumentación respecto de los derechos de los animales y que ello ocurre, en parte, por su consolidada tradición de comprensión del hombre, del Derecho y de la justicia. Por ello, explora la posibilidad de que dicho enfoque pueda resultar en algún sentido insuficiente para hacerse cargo de la problemática ético-jurídica que el hombre contemporáneo percibe —cada vez con mayor interés—, con el tópico “derechos de los animales”. En ese sentido, realizó un ejercicio de discusión del tema, a partir de los aportes de Martha Nussbaum al respecto, modelo que aparece como superador tanto de los enfoques animalistas de Singer y de Regan, como de los ecologistas: por ejemplo, el de Zaffaroni. Para ello comenzó con una exposición de dichos modelos, luego hizo una descripción del enfoque de las

capacidades de Nussbaum y de su extensión hacia el tópico en discusión, y finalmente, ensayó una valoración crítica de sus aportes, respecto sobre todo de los conceptos de dignidad y de justicia subyacentes al mismo.

### ***Mesa redonda: Dignidad humana y ecología***

Érika Valdivieso (Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo - Perú) se refirió a los problemas que hoy se plantean cuando se recurre a la dignidad para fundamentar actos contra los derechos del hombre. Enfatizó la importancia del fundamento ontológico de la dignidad humana y señaló que proteger el ambiente es exigencia de la dignidad humana.

Wambert Gomes Di Lorenzo (Pontificia Universidad Católica de Rio Grande do Sul - Brasil) se refirió a la importancia del documento *Laudato Si'*, del Papa Francisco, en relación a la ecología. El hombre, gracias a la ciencia y la técnica, expande su dominio y el desarrollo es transformación a partir del progreso. Pero el desarrollo debe significar la realización de los bienes fundamentales para la vida auténticamente humana. Considera que en materia socioambiental se verifica el principio de Pirro: una victoria con sabor a derrota. Señaló la importancia de conocer los límites de la técnica y la moral.

Luis María Bandieri (Pontificia Universidad Católica Argentina) resaltó que dos grandes corrientes confluyen en nuestro tiempo: el iluminismo, que hipertrofia el sentido del hombre con prescindencia de los demás y del entorno natural, y el romanticismo, que construye una metafísica de la cosmicidad y ensalza los derechos del medio natural. La relación entre dignidad y ecología hay que mirarla en estos dos ejes. Y luego se refirió a la problemática de las teorías que consideran al hombre como peligroso para la naturaleza. Señaló que no hay cultura sin naturaleza y que hay que recordar que el hombre nace deudor y con el deber de cultivar la naturaleza.

### **Panel 4: Dignidad humana y cuestiones sociales**

“Dignidad humana e individualismo: una reflexión en torno a las tecnologías reproductivas” fue el título de la ponencia de Martha Ivonne Miranda Novoa (Universidad de La Sabana - Colombia). Para esta profesora, durante las últimas décadas, se ha podido constatar cómo los avances de las tecnologías reproductivas han causado una clara influencia en el ámbito del Derecho, pues afectan instituciones jurídicas básicas, como el parentesco y la filiación, entre otras. En un primer momento, las tecnologías reproductivas fueron utilizadas como solución a los problemas de esterilidad de las

parejas que no podían tener hijos; sin embargo, en épocas recientes, estas tecnologías también han sido empleadas en otros casos, tales como el de una persona que ansía ser madre o padre soltero, el de parejas del mismo sexo que desean tener hijos, el de mujeres de edad avanzada que aún persiguen el sueño de ser madres y, también, el de los padres que quieren que el hijo nazca con determinadas características físicas, llegando, incluso, a elegir para él algún tipo de discapacidad, como sucede cuando quienes sufren sordera anhelan tener hijos sordos, o quienes padecen enanismo pretenden que su descendencia también tenga dicha condición. De acuerdo con lo anterior, el objeto de su presentación consistió en realizar un breve análisis sobre la vulneración de la dignidad humana del nasciturus, ocasionada por quienes recurren a las tecnologías reproductivas para satisfacer su deseo de tener hijos a cualquier costo, ignorando la primacía del interés superior del menor.

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (Universidad de Buenos Aires) analizó el tema: “La experimentación en los seres humanos y en embriones a la luz del nuevo Código Civil y Comercial”. El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación contiene diversas normas protectorias de la persona (arts. 19, 51, 55 y conc.); del embrión (art. 57 y art. 9º, cláusula transitoria segunda) y de las partes del cuerpo (arts. 17, 56 y conc.). Sin embargo, algunas disposiciones dan que pensar. En esa línea, el art. 58, relativo a las “investigaciones en seres humanos [...] cuya eficacia o seguridad no están comprobadas científicamente” y que prevé un nutrido elenco de requisitos, merece algunas observaciones críticas. Y otro tanto acaece con la media sanción por parte de la Cámara de Diputados de la “ley especial de protección del embrión no implantado”, bien que en la Cámara Alta se debate otro proyecto que parece limitar sustancialmente el contenido del primero, el que también se repasa en este lugar. En ambos proyectos, y con distintos alcances, se debate el alcance del “Diagnóstico Genético Preimplantatorio” (DGP), técnica que había sido expresamente omitida por la Ley N° 26.862 y que conecta con lo que Andreoli, a partir de Habermas, denomina las eugenesias “negativa” y “positiva” y que, en lo esencial, plantea la inquietante pregunta del profesor de Frankfurt acerca de “si es compatible con la dignidad de la vida humana ser engendrado con reservas y solo ser declarado digno de existir y desarrollarse después de un examen genético”. El estudio examina también esta cuestión; la ubicación, dentro de ella, del art. 57 (al que alguna doctrina le ha reprochado una excesiva laxitud), así como algunos fallos dictados a la fecha en torno de este punto.

### **Panel 5: Dignidad humana y cuestiones sociales**

“La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden constitucional” fue el tema de Alfonso Santiago (Universidad

Austral). Desde el punto de vista jurídico y político, la dignidad humana es un concepto basal y fundamento de todo nuestro sistema de convivencia y de las enseñanzas que durante estos años hemos intentado transmitir en nuestras aulas y, sin lugar a dudas, ustedes han asimilado con profundidad. Con la Carta de San Francisco (25 de junio de 1945) y la “Declaración Universal de Derechos Humanos” (10 de diciembre de 1948), se daba inicio a una nueva era jurídica en donde la base de la convivencia nacional e internacional se establecía en este pilar fundamental del reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan. Muchos son los frutos que se han conseguido en estas décadas como consecuencia del reconocimiento práctico de este principio fundamental. Son, sin embargo, muchos más los desafíos pendientes que se derivan de la proclamación de este principio fundamental. La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y “guía insoslayable” para su interpretación y operación. Es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable. La dignidad de la persona humana no es un simple valor o principio jurídico, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*. Ella es universal, eminente, intrínseca, inherente, inviolable, intangible, no disponible e irrenunciable. El redescubrimiento y enriquecimiento del concepto de persona humana y de su eminente dignidad es, tal vez, el legado filosófico más valioso que nos ha dejado la segunda parte del siglo XX. Hoy tenemos una concepción y una visión de la persona humana y de su dignidad como nunca antes en la historia humana. Su progresivo y coherente desarrollo, asumiendo todas sus consecuencias políticas, sociales, culturales y jurídicas, es el gran desafío que tenemos por delante, mientras transitamos el comienzo de este tercer milenio.

Ángela Vivanco Martínez (Pontificia Universidad Católica de Chile) expuso sobre “Dignidad humana y derechos de los pueblos originarios: entre la universalidad y la diferencia”. Las discriminaciones arbitrarias son un grave atentado contra el principio constitucional de igualdad y su fundamento, que es la dignidad humana. Dentro de las categorías definidas como “sospechosas” en este tema se encuentra la pertenencia a una determinada raza o etnia. En efecto, el problema racial o étnico ha sido, históricamente y hasta la fecha, de gran envergadura respecto de minorías diversas, que reciben un trato persecutorio y peyorativo, pero a veces ese trato lo reciben pueblos originarios de los países, primeros habitantes de ellos, cuando su cultura se encuentra con una nueva instalada en dicho territorio. El presente trabajo se dirige a tratar tal situación en la perspectiva de la dignidad de las personas afectadas, abordando las medidas y soluciones propuestas, con

el fin de analizar si son una respuesta efectiva y proporcionada a la entidad de la discriminación y si producen, en efecto, resultados equilibrados o nuevas desigualdades, esta vez con la forma de privilegios injustificados. Se busca, así, establecer si los requerimientos de la dignidad humana demandan un trato universal de los derechos y prerrogativas de estos pueblos, o alcanzan racionalmente la creación de un estatuto diferenciado definido en las cuestionadas fórmulas de la “discriminación positiva”.

### **Panel 6: Dignidad humana y cuestiones sociales**

Félix Adolfo Lamas (p) (Pontificia Universidad Católica Argentina) presentó la ponencia titulada: “La dignidad humana como concepto analógico”. El concepto de dignidad significa un cierto rango superior en el orden del bien. Ello implica que tal concepto está necesariamente afectado por la analogía del *bonum* en cuanto concepto trascendental. En relación al hombre, esto significa distinguir la dignidad ontológica de la dignidad moral, y en ambos casos, tanto en el orden natural como en el sobrenatural. La regla teórica que se sigue es la expuesta por Santo Tomás en la *S. Teol.* I q.5, a.1, ad primum.

“La persona posthumana. Hacia una nueva configuración del sujeto” fue el tema de Raúl Madrid (Pontificia Universidad Católica de Chile). La mayor parte del pensamiento occidental ha tendido a considerar que la naturaleza humana es histórica y autoidéntica; que representa una realidad fija e inmutable, ya sea porque es expresión de la trascendencia (escolásticos) o constituye un fin en sí mismo (ilustrados). De esta noción fotográfica de la naturaleza proviene un concepto de dignidad igualmente autoidéntico, que se expresa en el valor intrínseco de una realidad cuyos bordes se encuentran perfectamente delineados, en una dialéctica de oposición binaria respecto de las realidades no personales. El advenimiento del posestructuralismo marca el fin de esta corriente, en cuanto procede a la reconstrucción de la personalidad, reemplazando la lógica de los contrarios por una lógica del suplemento, lo que supone un doble movimiento de desestructuración: (a) afirmando que alguna realidad no humana del mundo corpóreo es también personal, y (b) negando que la realidad humana sea siempre y en todo caso personal. El objeto del presente trabajo es explicar cómo se produce esta reconstrucción, y cuáles son sus principales efectos para la noción de dignidad.

### **Mesa redonda: Dignidad humana y cuestiones sociales**

Cecilia Recalde (Pontificia Universidad Católica Argentina) expuso sobre su investigación en el marco del Doctorado en Ciencias Jurídicas en

torno a la cláusula del desarrollo, incorporada por la Reforma Constitucional en Argentina en 1994 y su comparación con la cláusula del progreso de 1853/60.

Débora Ranieri (Pontificia Universidad Católica Argentina) presentó los lineamientos del Proyecto IUS sobre el tema “Religión y Estado: la religión católica en el derecho consuetudinario constitucional argentino y su efecto en el principio de igualdad en la jurisprudencia del derecho público” (UCA - Derecho).

En el mismo sentido, Gabriel Maino (Pontificia Universidad Católica Argentina - Universidad de Buenos Aires), como Director del Proyecto IUS, “Derechos Humanos y sus implicancias en el problema educativo” (UCA - Derecho), se refirió a esta iniciativa.

### **Acto por los diez años de la fundación de la “Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana” (Facultad de Derecho - UCA)**

Las Jornadas concluyeron con el Acto por los diez años de la Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana, que estuvo a cargo del Sr. Vicerrector de Asuntos Académicos e Institucionales (UCA), Dr. Gabriel Limodio.

**DIGNITÀ UMANA, DIRITTI E LEGGE NATURALE<sup>1</sup>**  
*Human Dignity, Rights and Natural Law*

Francesco Viola<sup>2</sup>

Aprobado: 31 de octubre de 2016  
Recibido: 2 de noviembre de 2016

**Resumen:** El autor analiza la relación entre dignidad humana y Derechos Humanos. Pregunta si el concepto de dignidad humana confiere a los Derechos Humanos un carácter más objetivo, diferenciándolo del concepto de Derecho subjetivo y, de ser así, surge la cuestión sobre el elemento moral que la dignidad introduciría en lo jurídico. Indaga entonces sobre la posibilidad de una noción jurídica de dignidad. Se detiene en tres teorías sobre el concepto: la teoría de la dotación que confiere universalidad a la dignidad; la teoría de la relación que depende del consenso social; y la teoría de la dignidad como rango social. El autor analiza críticamente las ventajas y desventajas de cada teoría.

**Palabras claves:** Dignidad humana - Derechos Humanos - Moral - Ontología.

**Abstract:** The author analyzes the relationship between human dignity and Human Rights. He asked whether the concept of human dignity gave Human Rights a more objective character, differentiating it from the concept of Subjective Right and, if so, the question arises about the moral element that dignity would introduce in juridical terms. He then inquired about the possibility of a legal notion of dignity. It dwells on three theories

<sup>1</sup> Este artículo refleja la ponencia del autor en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2016.

<sup>2</sup> Abogado. Profesor Emérito de la Universidad de Palermo, a cargo de la Cátedra de Filosofía del Derecho. Autor de numerosas publicaciones en la materia. Presidió (2010-2014) la Asociación Italiana de Filosofía del Derecho, e-mail: francesco.viola@unipa.it.

about the concept: the theory of endowment that confers universality to dignity; relationship theory that depends on social consensus; and the theory of dignity as a social rank. The author critically analyzes the advantages and disadvantages of each theory.

**Keywords:** Human Dignity - Human Rights - Moral - Ontology.

Para citar este texto:  
Viola, F. (2017), "Dignità umana, diritti e legge naturale",  
*Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 31-47.

Per comprendere la relazione fra il concetto di dignità umana e la problematica della legge naturale bisogna cominciare a chiedersi quale rapporto vi sia tra dignità umana e diritti umani.

Se e in che senso il concetto di dignità umana si distingue da quello dei diritti umani:

- a) Se non si distingue dai diritti, allora è un concetto inutile e retorico o "stupido".
- b) Se si distingue, allora il rispetto per l'essere umano non richiede sempre e necessariamente un riconoscimento di diritti. Questo sembra una posizione non liberale, perché non fonda tutto il rispetto dovuto ad un essere umano sul principio di autonomia.

Una posizione intermedia è quella che collega la dignità umana alla globalità dei diritti. Ma allora ci si chiede se la globalità dei diritti sia diversa dalla mera loro somma. Se non lo fosse, allora nella sostanza dignità e diritti s'identificano.

Argomento favorevole alla distinzione: le caratteristiche proprie dei diritti umani non sono giustificate sulla sola base del concetto di "diritto soggettivo". Assolutezza, non negoziabilità, indisponibilità da parte del titolare, inviolabilità non sono caratteristiche essenziali del diritto soggettivo. Quindi la dignità umana è ciò che conferisce ai diritti soggettivi una qualità che li trasforma in diritti umani. In questo senso c'è un ruolo fondativo della dignità nei confronti dei diritti umani.

Argomento contrario: Se così fosse, allora la nozioni dei diritti umani dipenderebbe da una nozione morale qual è quella di dignità umana. I diritti umani, invece, sono una nozione giuridica. Così il diritto dipenderebbe dalla morale (e in ultima istanza dalla metafisica). V'è una nozione esclusivamente "giuridica" di dignità umana?

Nel dibattito contemporaneo sul concetto di dignità umana si fa strada, non senza difficoltà, la convinzione che il suo spazio vitale dipenda dalla misura in cui è possibile distinguerla dalla problematica dei diritti. Su questo punto v'è una piena convergenza fra i sostenitori di tale concetto e i suoi avversari. I primi ne cercano una definizione indipendente dai diritti, che altrimenti non potrebbero fondarsi sulla dignità umana senza una petizione di principio. I secondi, risolvendola tutta in un complesso di diritti, ne decretano l'inutilità, la vacuità retorica se non addirittura la "stupidità"<sup>3</sup>.

È ovvio che entrambi i gruppi hanno a cuore la dignità dell'uomo e che il conflitto è esplicitamente concettuale, ma nella sostanza ideologico. Infatti, se la dignità umana è in qualche misura indipendente dal mondo dei diritti, allora il rispetto per l'essere umano non richiede sempre e necessariamente un riconoscimento di diritti e questo può apparire come una mossa illiberale: "once you recognize the principle of autonomy, 'dignity' adds nothing"<sup>4</sup>. Tuttavia gli avversari dell'indipendenza del concetto di dignità umana non si riducono a quelli che lo identificano con il principio di autonomia, ma comprendono anche quelli che lo risolvono in un plesso di diritti umani specifici, che riguardano, ad esempio, il rispetto della vita, dell'integrità personale e la difesa dai trattamenti disumani o degradanti<sup>5</sup>, e persino quelli che identificano la dignità con la globalità dei diritti in tutta la loro estensione<sup>6</sup>. In tutti questi casi non v'è niente di proprio nella dignità che non si risolva in uno o in più diritti o in tutti i diritti. Se vogliamo, possiamo continuare ad usarla come un termine riassuntivo del mondo dei diritti, termine d'impatto potente ma di contenuto vago: "[...] the vague but powerful idea of human dignity"<sup>7</sup>.

3 Pinker, S. (2008). "The Stupidity of Dignity". In *The New Republic*, 238, 9, 28-31. Per una critica efficace, cf. Beckwith, F. J. *Human Dignity, Enlightenment, and Global Bioethics*, <http://cbhd.org/content/human-dignity-enlightenment-and-global-bioethics>.

4 Macklin, R. (2003). "Dignity is a Useless Concept". In *British Medical Journal*, 327, 1419-1420. Tuttavia è stato giustamente notato che i crimini nazisti non sono un male perché alle vittime non è stato chiesto il consenso informato. Per converso, altri sostengono che, nella misura in cui si attribuisce alla dignità umana un proprio nucleo concettuale, allora essa prende necessariamente le distanze dall'autonomia e si contrappone ad essa. Cf. Whitman, J. Q. (2003-2004). "The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty". In *The Yale Law Journal*, 113, 1153-1221.

5 Questa linea di pensiero sembra suffragata dal titolo I della *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, che sotto la voce "Dignità" elenca proprio solo questi diritti.

6 Ciò sembra suggerito dal preambolo della *Dichiarazione universale dei diritti umani*, dove la "inherent dignity" è ambigualmente accostata a "the equal and inalienable rights of all members of the human family".

7 Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Cambridge. Harvard U.P., 198. Nel suo ultimo libro quest'autore indica come elementi integranti della dignità umana

A questo orientamento si può opporre un argomento tratto proprio dalla indubbia connessione fra dignità umana e diritti: se ci chiediamo da dove derivano alcuni caratteri che i diritti umani fondamentali posseggono, quali l'assolutezza, la non negoziabilità, l'indisponibilità anche da parte del loro titolare, l'invulnerabilità, non possiamo rispondere facendo appello al concetto generale di diritto soggettivo, perché in linea di principio esso non è assoluto, è alienabile e disponibile, come infatti pensava Ugo Grozio, uno dei suoi primi teorici. Cosa permette ai diritti umani di avere queste particolari caratteristiche se non il fatto di essere diritti propri di un essere dotato di una particolare dignità? Ciò non significa forse che la nozione di "dignità umana" è indipendente da e logicamente antecedente a quella di "diritti umani", anche se non è vero il contrario? Inoltre, anche se ammettiamo che gli animali abbiano diritti, certamente non hanno "diritti umani", ma propriamente "diritti animali". La differenza fra gli uni e gli altri dipende dalla differenza nella dignità. I diritti animali non sono assoluti né avrebbe senso considerarli non negoziabili o negoziabili per il semplice fatto che l'essere a cui appartengono non è capace di negoziare. Da questo punto di vista si può ammettere che la dignità sia questione di grado e che tutti gli esseri senzienti di una certa complessità la posseggano, ma non tutti allo stesso modo<sup>8</sup>. Almeno questa dovrebbe essere la posizione di un animalismo ragionevole. Il modo d'intendere i diritti di un essere dipende dal grado della sua dignità. Quindi, la dignità precede ed è indipendente dai diritti.

Questa conclusione appare a molti inquietante, perché richiama in vita gli spettri della metafisica, dell'ontologia e dell'antropologia filosofica, presenze non gradite dai principi illuministici della democrazia liberale.

Un'altra ragione per non essere soddisfatti da questa argomentazione proviene dalla teoria giuridica che aspira a dimostrare l'indipendenza del diritto da basi non giuridiche o almeno ad assottigliare il più possibile dipendenze del genere. I diritti umani sono giuridici a tutti gli effetti, ma i loro legami con la dignità umana potrebbero condurre ad un'eccessiva dipendenza del diritto dalla morale a meno che non si elabori una nozione giuridica autonoma della dignità stessa.

---

l'autodeterminazione, l'auto-stima e l'autenticità, in quanto essenziali per una vita buona. Cf. Dworkin, R. (2011). *Justice for Hedgehogs*. Cambridge. Harvard U.P., Mass., 203-204.

8 Com'è noto, Kant nega la gradualità del concetto di dignità: "Il rispetto si riferisce sempre soltanto alle persone, non mai alle cose. Le cose possono far nascere in noi la propensione e, se sono animali (per esempio, cavalli, cani, ecc...) persino l'amore o anche la paura, come il mare, un vulcano o una bestia feroce, ma non mai il rispetto". Kant, I. (1982). *Critica della ragion pratica*, trad. di F. Capra. Roma-Bari. Laterza, 94. È da notare la rigida separazione tra le persone e le cose, tra le quali sono annoverati gli animali.

E tuttavia in entrambi i casi l'obiezione resta con tutta la sua forza, perché per confutarla non basta denunciare le presenze scomode che porta con sé o le dipendenze etiche che presuppone. Deve essere aggirata sia mostrando l'inconsistenza del concetto metafisico di dignità umana, sia formulando un convincente concetto giuridico autonomo di dignità umana. Ed infatti proprio in queste direzioni si orientano molti scritti contemporanei sul tema in questione.

Quali sono le teorie principali della dignità umana?

### **a) La teoria della dotazione: l'essere umano ha dignità per il solo fatto di essere umano**

I suoi vantaggi: l'universalismo della dignità.

Il paradosso: abbiamo bisogno dell'universalità per il rispetto dell'essere umano senza discriminazioni, ma questa convinzione etica non può essere giustificata dalle giustificazioni teoriche che oggi accettiamo.

Quindi, la concezione della dotazione non può essere abbandonata, ma è insufficiente, perché non contempla il carattere relazionale della dignità, importante ai fini giuridici e politici.

La prima mossa per contrastare la deriva metafisica ed ontologica è ovviamente quella volta a rigettare le teorie della dignità come dotazione dell'essere umano<sup>9</sup>. Nonostante la varietà di queste concezioni, tutte convergono sull'affermazione che l'essere umano ha dignità per il solo fatto di essere umano. La dignità accompagna tutti coloro che appartengono alla specie *Homo sapiens*. Ma non si tratterebbe di una qualche impalpabile proprietà metafisica che si aggiunge alle proprietà empiriche caratteristiche di questa specie. Secondo l'ontologia classica ciò che giustifica il riconoscimento della dignità personale di ogni uomo è il fatto che tutte le qualità empiriche dell'essere umano sono la manifestazione esterna di una sostanza che non è percepibile come tale e che è quella di una natura razionale capace

9 Com'è noto, le concezioni della dignità umana si distinguono in linea generale nelle due categorie della dignità come dotazione e come prestazione. Per le prime la dignità umana è un possesso originario, per le seconde è il risultato dell'agire umano, una conquista della soggettività umana che si costruisce una propria identità. Per le prime ogni essere umano ha una dignità siffatta nel momento stesso in cui si affaccia all'esistenza, per le seconde si trova in questa posizione di superiorità per ragioni legate al merito, al potere, alla virtù o al censo. Cf. Hofmann, H. (1999). "La promessa della dignità umana". In *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 76, 625 ss. e anche Viola, F. (2008). "I volti della dignità umana". In *Colloqui sulla dignità umana*, a cura di Alessandro Argiroffi et al. Roma. Aracne, 102-106.

di libertà e, quindi, di compiere azioni morali. Ciò vale anche per gli esseri umani che sono impediti in modo grave o totale dall'esercizio attuale delle facoltà razionali e morali. Qualora, infatti, fosse possibile rimuovere questi impedimenti (come oggi è in non pochi casi possibile), non dovremmo dire che un nuovo membro si è aggiunto alla specie umana, ma che una persona può ora pienamente esercitare ciò che è proprio di quella natura che già possedeva<sup>10</sup>. Non si entra e si esce dalla condizione umana sulla base dell'attualità della coscienza che ha un carattere accidentale.

Ovviamente la concezione ontologica della dignità non può essere accettata dal nominalismo per cui il mostrarsi di fatto delle caratteristiche proprie della specie è tutto ciò che ha rilevanza. Eppure anch'esso deve spiegare l'attribuzione dell'identità dell'io anche a periodi della vita in cui sicuramente non c'era la presenza della coscienza, come quando dico: "Io sono nato il 17 luglio del 1942", anche se a quell'epoca non avevo alcuna coscienza del mio io<sup>11</sup>.

Comunque qui non è possibile discutere dei presupposti filosofici, che pure sono quelli decisivi, ma solo notare che anche nella concezione ontologica la dignità è lo *status* normativo di un essere umano da cui scaturiscono doveri per altri esseri umani, doveri di riconoscimento e di trattamento. Quando si dice che l'individuo umano è una persona, si vuole dire proprio questo, cioè che non deve essere considerato puramente e semplicemente come un essere naturale ma come un fine assoluto in se stesso<sup>12</sup>. Si può arrivare a questo risultato attraverso vie ben differenti fra loro. Tuttavia il vantaggio "pratico" della via ontologica, e della teoria della dotazione che è ad essa collegata, è quello della totale non discriminazione fra gli esseri appartenenti alla specie umana. La via ontologica non tollera alcuna discriminazione derivante dalla razza, dal genere, dallo stato di salute, dal grado di capacità in atto possedute, dallo sviluppo intellettuale e morale. Tutti coloro che appartengono alla specie umana

10 Per una chiara e netta esposizione di questa linea di pensiero cf. Lee, P. e George, R. (2008). "The Nature and Basis of Human Dignity". In *Ratio juris*, 21, n. 2, 173-193.

11 L'esempio è preso da Spaemann, R. (1987). *Natura e ragione. Saggi di antropologia*, trad. di L. Tuninetti. Roma. Edizioni Università della Santa Croce, 80.

12 Se invece la nozione di "persona" viene intesa come separata da quella di "homo" in quanto si tratterebbe di una costruzione etico-giuridica e come tale dipendente dalle attribuzioni di capacità giuridica che discendono dalla legge positiva, allora siamo già transitati dalla teoria ontologica della dotazione a quella volontaristica della prestazione. Questa separazione, che va da Hobbes a Kelsen, è già ben presente nell'umanesimo giuridico moderno. Ad esempio, afferma Johann Gottlieb Heineccius: "*Persona est homo, cum statu quodam consideratus*" (*Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum*, 1727, § 75). Per questa interessante problematica cf. Donati, A. (2009). "Homo e Persona. Inherent Dignity e Menschenwürde". In *Atti dell'Accademia Romanistica Constantiniana*, XVII, 73-236.

hanno *ipso facto* quello *status* normativo particolare che viene solitamente designato come “dignità”.

Quest’acquisizione pratica, peraltro molto spesso non rispettata e tradita nelle pratiche sociali di tutti i tempi, è una conquista che non deve essere smarrita. Pertanto, ogni concezione alternativa a quella ontologica dovrebbe raggiungere gli stessi risultati sul piano pratico, cioè non discriminare tra gli esseri umani e porre le basi per un loro trattamento come aventi tutti eguale dignità. Se si concorda –come non si può non fare– che questo dovrebbe essere l’esito etico delle teorie della dignità umana, allora l’importanza della loro giustificazione filosofica viene ridimensionata. In fondo discettiamo sulla dignità umana non per appagare le nostre curiosità intellettuali, ma al fine di conoscere i nostri doveri verso gli altri esseri umani. La dignità è fonte di doveri da adempiere e di diritti da riconoscere e tutelare.

La giustificazione filosofica assume, invece, una grande rilevanza quando si vuole giustificare una discriminazione fra gli esseri umani. La natura è discredita come fonte di doveri e ciò vale anche per la “natura razionale” che appare come una sorta di ircocervo per metà fatto e per metà valore. Allora bisognerà cercare altre basi per la dignità umana legate a condizioni specifiche di esistenza o a situazioni culturali. In ogni caso è difficile immaginare che esse possano essere dotate della stessa universalità propria dell’appello alla natura razionale dell’essere umano. Alcune ampie categorie di esseri indubbiamente appartenenti alla specie umana ne resterebbero escluse, perché gravemente disabili, estremamente poveri, membri di razze considerate inferiori, per non parlare delle discriminazioni di genere e di sesso.

In conclusione, si presenta oggi un conflitto fra le esigenze etiche inerenti alla dignità umana e le istanze filosofiche della sua giustificazione: l’universalità delle prime e il suo carattere di absolutezza, che oggi sono più che mai ribadite, condurrebbe a cercare giustificazioni metafisiche assolute che non sono più accettate oggi. Questa è una situazione culturale che giustamente è stata definita come “paradossale”<sup>13</sup>, in quanto le nostre convinzioni etiche più radicate non sono pienamente soddisfatte dalle giustificazioni teoriche che oggi accettiamo. L’etica si affranca dalla metaetica e segue un suo proprio cammino. In ogni caso resta il fatto che la teoria della dignità come dotazione non può essere del tutto abbandonata senza affidare completamente il suo riconoscimento alla decisione umana che per essere sinceri mi sembra ben più pericolosa della natura, come testimonia ampiamente l’Olocausto.

13 Andorno, R. (2001). “The Paradoxical Notion of Human Dignity”. In *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 78, n. 2, 151-168.

Alcune delle osservazioni già fatte spiegano le ragioni della disaffezione attuale nei confronti di una fondazione teorica generale della dignità umana. Parafrasando Bobbio, si può dire che la cosa veramente importante è che essa venga riconosciuta e protetta. L'asse dell'attenzione si sposta tutto sul piano giuridico e politico dove l'aspetto centrale è quello del riconoscimento e della protezione. Tuttavia dalle pratiche sociali s'impara anche il senso dei valori che esse perseguono e si sforzano di realizzare in concreto. Per questo il collegamento della dignità umana con i diritti e con la democrazia indubbiamente potenzia la comprensione del suo ruolo e dei suoi stessi contenuti.

## **b) La teoria della prestazione (o della relazione)**

Suoi vantaggi: il riconoscimento, che ha un carattere giuridico e politico, costituisce un fattore costitutivo della dignità che diventa così dovere di giustizia.

Critiche: sottomissione al consenso sociale –carattere culturale del merito– venir meno dell'universalismo.

La teoria della prestazione è volta ad elaborare una concezione giuridica della dignità non come fondamento dei diritti, ma come fonte per determinare i loro contenuti, come criterio di misura nel bilanciamento.

La dignità si può rapportare ai diritti in tre modi principali: 1) come loro fondamento; 2) come fonte per determinare il loro contenuto; 3) come criterio di misura nel bilanciamento, cioè nella pratica dei diritti<sup>14</sup>. La concezione giuridica della dignità tende a concentrarsi sugli ultimi due aspetti. Ma essa presuppone il primo aspetto, che –come vedremo– è proprio della legge naturale.

Salta agli occhi che la dignità umana non è una proprietà a sé stante, ma ha un carattere relazionale in quanto ci parla della posizione dell'essere umano nei confronti dei suoi simili (e nei confronti del mondo)<sup>15</sup>. Si ha dignità sempre nei confronti di qualcun altro (anche il *self-respect* ha un caratte-

14 Cf. Kretzner, D. e Klein, E. (a cura di) (2002). *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. Leiden. Martinus Nijhoff.

15 Ha, quindi, ben poco fondamento la distinzione della dignità come valore assoluto e come valore relativo, perché essa è per definizione "relativa", a meno che non si voglia dire che vi sono società in cui la dignità è un valore primario e altre in cui è un valore secondario o subordinato, come nella sostanza vuole dire Becchi, P. (2009). *Il principio dignità umana*. Brescia. Morcelliana, 37. Sulla dignità come relazione cf. Luban, D. (2010). "The Rule of Law and Human Dignity: Re-examing Fuller's Canons". In *Hague Journal on the Rule of Law*, 2, 40.

re sociale). In questo senso la dignità ha sempre un carattere “sociale”<sup>16</sup>. Certamente questa relazione non è quella di una società segnata dal principio “homo homini lupus”, ma quella propria di una società all’insegna del principio “homo homini deus”, quello per cui l’uomo è un essere sacro per l’altro uomo<sup>17</sup>. Già il gesuita Juan de Salas (1553-1612), interpretando Aristotele, che erroneamente Hobbes intenderà come un sostenitore dell’amore naturale dell’uomo per l’uomo, ha affermato che senza legge l’uomo è un lupo per l’uomo, o un leone; ma con la legge è un dio per l’uomo<sup>18</sup>. Ciò vuol dire che il compito del diritto è quello di rendere effettiva ed operante quella convinzione etica diffusa per cui tutti gli appartenenti alla specie umana hanno pari dignità a prescindere dalle loro differenze.

Se è così, allora la teoria della dotazione, per quanto necessaria, non è palesemente sufficiente. Il carattere relazionale della dignità intesa in senso pratico o normativo implica che il riconoscimento sia un suo elemento costitutivo. Ciò non vuol dire che, se il riconoscimento manca o viene meno, allora l’uomo perde la propria dignità, ma che il riconoscimento è dovuto, è un dovere morale di giustizia, forse il maggiore, che l’uomo ha nei confronti dell’altro uomo. Il pieno adempimento di questo dovere di giustizia richiede che esso si manifesti anche nelle forme del diritto e della politica. Tuttavia, l’atto di riconoscimento, mentre presuppone una dignità preesistente e potenziale, le conferisce una forma culturale concreta con il rischio d’introdurre discriminazioni ingiustificate e storicamente condizionate. Qui veramente, e non già nella dimensione ontologica<sup>19</sup>, vedo lo spettro del paternalismo sotto le vesti del “consenso sociale”, che spesso contribuisce surrettiziamente a dar forma all’idea soggettiva della propria dignità. Per questo è necessario che il riconoscimento giuridico e politico della dignità umana sia sempre aperto alla critica di una ragione non prigioniera dei contesti storici.

Pertanto, la teoria della dotazione deve essere integrata dalla teoria della prestazione se quest’ultima è intesa innanzi tutto come prestazione da parte degli altri e della società nel suo insieme che con l’atto di riconoscimento conferiscono alla dotazione naturale uno *status* sociale che sia consapevole dei suoi limiti ed aperto all’ulteriorità della critica.

16 “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge [...]” (art. 3° cost. it.). Sul carattere relazionale della dignità cf., ad esempio, Zanichelli, M. (2004). *Il discorso sui diritti. Un atlante teorico*. Padova. Cedam, 178-186.

17 Perry, M. J. (1998). *The Idea of Human Rights. Four Inquires*. Oxford-New York. Oxford U.P., p. 5.

18 Cf. Brett, A. S. (2011). *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*. Princeton, N.J. Princeton U.P., 118.

19 Come pensa, ad esempio, Belvisi, F. (2012). “Dignità umana: una ridefinizione in senso giuridico”. In *Ragion pratica*, n. 38, 161-179.

Solitamente la teoria della prestazione è direttamente riferita al titolare della dignità che con le azioni e i comportamenti, o sulla base di una posizione sociale derivata dal lignaggio o dal censo, “merita” una considerazione sociale particolare. La teoria della prestazione non è universale come quella della dotazione, perché attribuisce dignità solo a coloro che possono vantare qualche merito specifico. Ed allora si è stimati per ciò che facciamo e non per ciò che siamo. La dignità –si dice– dovrebbe indicare una qualche eccellenza nell’ambito sociale. Ad ogni essere umano si deve “rispetto”<sup>20</sup>, ma questo non deve confondersi con la dignità che è una conquista morale e sociale, un segno di distinzione che conferisce onore e gloria o anche non trascurabili benefici materiali.

La distinzione fra dignità e rispetto diviene meno comprensibile quando ogni essere umano deve essere considerato come una persona dotata di sacralità ed inviolabilità, anche nella condizione della dipendenza<sup>21</sup>. Cosa ci può essere più di questo? Tuttavia è vero che la dignità non è uno stato passivo, ma per il suo carattere normativo è fonte di doveri sia per il suo stesso titolare sia per gli altri e per la società. Chi si comporta in modo indegno offende la dignità della propria persona allo stesso modo in cui la offende la società quando lo tratta in modo disumano. Ancor più radicalmente si può affermare che la dignità è l’eguale opportunità sociale di dar forma al proprio piano di vita attraverso le prestazioni della persona<sup>22</sup>. In questo senso è il presupposto necessario per dare un volto alla propria identità in cui la dignità stessa trova il proprio compimento. Con ciò si ammette che la dignità sia il risultato di una costruzione sociale.

Questo progressivo rilievo assunto dalla teoria della prestazione, unita alla preoccupazione di un’eccessiva dipendenza del diritto e della politica dalla morale, ha favorito i tentativi di costruire una concezione puramente giuridico-politica della dignità. Questa ovviamente ha trovato il suo nucleo vitale nel riconoscimento e nella tutela dei diritti propri della democrazia costituzionale. Ed allora la dignità s’identifica con i diritti e viene tutta assorbita in questi. Quanto maggiori diritti si hanno tanto più la dignità viene riconosciuta e rispettata<sup>23</sup>.

20 Qui ci si riferisce al rispetto-riconoscimento, che è da distinguersi dal rispetto-stima. Cf. Stephen L. Darwall, S. L. (1992). “Two Kinds of Respect”. In Deigh, J. (a cura di). *Ethics and Personality*. Chicago. University of Chicago Press, 65-78.

21 Cf. Sennett, R. (2004). *Rispetto. La dignità umana in un mondo di diseguali*, a cura di G. Turnaturi. Bologna. Il Mulino.

22 Luhmann, N. (2002). *I diritti fondamentali come istituzione*, a cura di G. Palombella e L. Pannarale. Bari. Dedalo, 98 e ss.

23 “Having rights enables us to ‘stand up like men’, to look others in the eyes, and to feel in some fundamental way as the equal of anyone”. Feinberg, J. (1970). “The Nature and Value of Rights”. In *The Journal of Value Inquiry*, 4, n. 4, 252.

La dignità si può rapportare ai diritti in tre modi principali: 1) come loro fondamento; 2) come fonte per determinare il loro contenuto; 3) come criterio di misura nel bilanciamento, cioè nella pratica dei diritti<sup>24</sup>. La concezione giuridica della dignità tende a concentrarsi sugli ultimi due aspetti<sup>25</sup>.

### **c) La teoria di Jeremy Waldron: la dignità come status o rango sociale**

Suoi vantaggi: universalismo culturale e non ontologico.

Critiche: dignità ridotta al valore dell'eguaglianza – perdita del ruolo critico della dignità.

Waldron ha sostenuto che la dignità è lo stato normativo proprio di un rango sociale supportato o conferito dalla legge di cui i diritti sono un'occorrenza insieme ai doveri legati all'ufficio ricoperto. Egli critica sia la visione kantiana sia quella cattolica<sup>26</sup> della dignità in quanto entrambe guardano al valore in sé della persona e non già al suo rango sociale. Con questo si riprende un orientamento che risale fin al diritto romano per cui un essere umano è degno di considerazione e di onore in relazione al suo *status* e al modo di onorarlo<sup>27</sup>. Ma l'evoluzione dei diritti nella modernità ha condotto ad un'estensione a tutti i cittadini di questo rango privilegiato che prima era riservato a pochi. Nella *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* della Rivoluzione francese v'è stato consapevolmente un conferimento delle "dignità", nel senso dei privilegi e degli uffici dell'aristocrazia, a tutti i cittadini (e la cittadinanza è un ufficio) attraverso un processo di

24 Cf. Kretzner, D. e Klein, E. (a cura di) (2002). *The Concept of Human Dignity in Human Rights Discourse*. Leiden. Martinus Nijhoff.

25 Un'analisi dell'uso del concetto di dignità nella giurisprudenza internazionale conduce al risultato che v'è un'esile convergenza giurisdizionale intorno ad un minimo comune e che esso è usato non solo per rafforzare diritti, ma anche come limite dei diritti. Cf. McCrudden, C. (2008). "Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights". In *European Journal of International Law*, 19, 655-724.

26 Cf., ad esempio, Coughlin, J. J. (2003-2004). "Pope John Paul II and the Dignity of the Human Being". In *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 27, 65-79 e anche Smith, M. A. (1995). *Human Dignity and the Common Good in the Aristotelian-Thomistic Tradition*. Lewiston. Mellen U.P.

27 In Cicerone, però, si trova già l'esigenza che il rispetto deve essere prestato all'essere umano in quanto tale. Studi più recenti dimostrano che quest'idea è nel diritto romano più diffusa di quanto si credeva. Cf., da ultimo, Maganzani, L. (2011). "Appunti sul concetto di dignità umana alla luce della casistica giurisprudenziale romana". In *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 77, 521-543.

eguagliamento verso l'alto. Di conseguenza la società moderna rigetta la divisione in caste o ceti, che pure era stato il prodotto della dignità come *status* privilegiato di pochi, ed aspira a divenire una società con un'unica casta, la più elevata possibile, che abbraccia tutti i cittadini. Ed allora, secondo Waldron, l'espressione più adatta per designare quest'unico *status* è quella della "cittadinanza giuridica", che è un plesso di diritti e di doveri<sup>28</sup>.

La prima perplessità che questa concezione immediatamente suscita riguarda l'appropriatezza dell'uso del concetto di rango sociale. Una società in cui vi sia solo un rango sociale è in effetti una società in cui non vi sono ranghi sociali, poiché tale concetto di per sé implica una pluralità (almeno due) di livelli sociali posti in ordine gerarchico. Se in una società v'è un solo *status*, ciò vuol dire che il concetto stesso di rango è stato superato come appartenente ad una fase antiquata dell'evoluzione sociale. Ma questo è un rilievo solo formale che ancora non inficia l'idea di fondo sostenuta da Waldron.

L'identificazione della dignità con il complesso di diritti che sono di fatto attribuiti nei contesti sociali si configura come un argomento circolare: abbiamo dignità perché abbiamo diritti inviolabili e viceversa. Con ciò stesso la dignità diventa una nozione inutile o reduplicativa. Se si vuole conservare ad essa una significatività, bisogna che si possa distinguere dai diritti che a loro volta sono il segno della considerazione sociale della persona umana. D'altronde, in nome di che si può affermare che il riconoscimento o l'attribuzione di diritti è un atto dovuto alla persona umana? In nome di che si può criticare una società che non riconosce certi diritti, anche se pratica l'eguaglianza di tutti cittadini senza distinzione di ceti?

È evidente che lo stato normativo a cui si fa riferimento è quello proprio della moralità positiva di un regime giuridico e politico per quanto illuminato. D'altronde non c'è dubbio che la nozione di dignità umana abbia una connotazione culturale. Ogni cultura ha una propria idea e un modo proprio di rispettare la dignità umana, poiché proprio questo è il suo compito principale, anche se non tutte le culture la collegano necessariamente ai diritti. Tuttavia non si può negare che la nozione di dignità umana appartenga anche alla moralità critica senza la quale l'evoluzione e lo sviluppo delle culture non sono possibili. Chi può affermare che i privilegi e i diritti un tempo riconosciuti solo ai nobili siano il miglior modo di rispettare la dignità umana sicché basti estenderli a tutti i cittadini? Questi aristocratici non sono stati considerati spesso come fannulloni improduttivi? A me sembra che la concezione di Waldron arrivi necessariamente

28 Waldron, J. (2012). *Dignity, Rank, and Rights* (Berkeley Tanner Lectures). Oxford. Oxford University Press.

alla conclusione che la dignità umana s'identifichi con l'eguaglianza nei diritti e nella considerazione sociale, ma che non abbia risorse critiche per valutare se il livello culturale di rispetto sia di volta in volta adeguato alla persona umana.

Infine, come ultimo rilievo, bisogna notare che le teorie della prestazione sono per definizione all'insegna della disuguaglianza piuttosto che dell'uguaglianza, poiché nel fare e nell'agire gli uomini sono ben diversi tra loro. Non basta avere un ruolo sociale, ma bisogna onorarlo con il comportamento ed allora avremo buoni o cattivi cittadini, degni o indegni funzionari o governanti ed è questa differenza quella che conta<sup>29</sup>. Se un funzionario può essere degno o indegno del suo ruolo, allora la dignità non si identifica con esso. La teoria di Waldron della dignità come unico ed eguale rango sociale intende trasferire sul piano giuridico e politico i vantaggi pratici della teoria ontologica, liberandosi dei suoi presupposti metafisici, ma non si può sostituire alla natura il consenso sociale o le decisioni pubbliche senza dover rinunciare all'universalità del concetto.

In che senso la dignità umana è collegata alla problematica della legge naturale?

I diritti umani sono diritti positivi, frutto di un processo di positivizzazione prodotto dalle tremende violazioni della dignità umana.

Questo processo non approda per definizione a risultati giusti. Deve essere aperto alla critica morale, monitorato incessantemente dal giudizio morale sia nella fase della sua elaborazione sia nei risultati finali. Le stesse costituzioni liberali devono essere soggette a scrutinio morale.

I dibattiti attuali intorno ai diritti sono alla fin dei conti dei dibattiti morali su ciò che è proprio dell'essere umano, ad esso dovuto per giustizia.

I diritti umani sono derivati da doveri di giustizia, il dovere di trattare gli altri con rispetto e di onorare la loro dignità in un ambito specifico di azione. I diritti umani sono i diritti degli altri (anche per questo si distinguono dai diritti naturali, che sono la rivendicazione dei propri diritti).

La dignità è ciò che si mantiene al di sopra della positivizzazione, è la sporgenza che permette alle culture di non cadere nel mero relativismo.

<sup>29</sup> A volte si cerca anche di stabilire per legge i casi d'indegnità con il rischio di imporre dall'alto del potere una concezione della dignità che può arrivare fino al punto di definire al posto degli interessati quando una vita è "degnata" di essere vissuta. Per questo concordo con Rodotà quando afferma: "[...] non sono ammissibili custodi della dignità legittimati a imporre il proprio punto di vista". Rodotà, S. (2012). *Il diritto di avere diritti*. Roma-Bari. Laterza, 209.

Questa funzione è quella stessa esercitata dalle dottrine del diritto naturale, tanto che si può sostenere che la problematica della dignità umana è nella sostanza il ritorno con altro nome della legge naturale. Ma a certe condizioni e con rilevanti differenze.

Somiglia alla legge naturale se questa è intesa non tanto come dottrina, che come ogni dottrina ha le sue affiliazioni (o ideologie), ma come comune ricerca razionale del bene umano. La legge naturale non come dettame già compiuto, ma come ricerca della retta ragione. Nessuno ha il monopolio della ragione umana.

Nel pensiero di Tommaso d'Aquino le leggi naturali non sono precetti già compiuti, ma principi che devono essere sviluppati e positivizzati dalla comunità politica e in vista del bene comune. Questa ricerca comune è nella sostanza il conflitto per la legge naturale nelle società pluralistiche.

Tale conflitto è possibile perché c'è qualcosa di comune come presupposto e come base dell'intendersi e del comprendersi.

Questa griglia di comunanza oggi può essere intesa in tre modi.

Secondo un orientamento *thick* sono evidenti alcuni valori basilari che tutti gli esseri umani non possono fare a meno di apprezzare di per se stessi e, in diversa misura, di praticare. Ad esempio, John Finnis (2011, 81-99) li individua nel valore della life, della knowledge, del play, dell'aesthetic experience, della sociability (friendship), della practical reasonableness e della religion. A questi valori principali possono essere ricondotti tutti quelli secondari o derivati. Questi orizzonti generali del bene non costituiscono ancora né norme morali o giuridiche né specifiche scelte morali, ma solo principi comuni della vita pratica per le scelte etico-politiche governate dai requirements della ragionevolezza.

A questo si obietta che i valori fondamentali della comunità politica non devono riguardare i fini ultimi della vita umana, perché ciò significherebbe sostenere un'etica particolare in modo paternalistico.

Secondo un orientamento *thin* i valori fondamentali debbono essere intesi in modo funzionale. John Rawls (1999, 54-55), ad esempio, ha sostenuto che si debbono riconoscere come "primary goods" solo quelli che sono funzionali all'elaborazione di qualsivoglia piano di vita, cioè liberty, opportunity, wealth and self-respect.

A questo si obietta che in tal modo molti diritti affermati dalla Dichiarazione universale non potrebbero in tal modo essere giustificati come universali.

Il terzo orientamento intende correggere questo difetto della concezione rawlsiana, ampliando il raggio dei “primary goods”, ma avendo cura di non formulare una specifica concezione della vita buona che violerebbe il principio liberale del pluralismo. Cos'è estremamente rilevante per l'essere umano? La risposta di Nussbaum è –com'è noto– di derivazione aristotelica: ciò che è estremamente rilevante per l'essere umano è la realizzazione della propria umanità mediante atti di libera e consapevole scelta. Di conseguenza ogni essere umano ha il diritto originario di sviluppare tutte quelle potenzialità (*capabilities*) che lo mettono in grado di dar forma senza costrizioni ad un proprio progetto di vita (Nussbaum 1997). L'uso (*functioning*) di queste potenzialità sarà ovviamente molto diversificato e particolaristico, ma le sfere esistenziali in cui si opera questa scelta e le abilità richieste sono comuni a tutti gli esseri umani. In queste risiede propriamente l'universalità di valori che si cercano non solo in quanto permettono scelte di vita consapevoli e libere, ma anche in quanto sono beni in se stessi. Incontriamo così una nuova lista di valori o di capacità fondamentali: vita, salute fisica, integrità fisica, sensi, immaginazione e pensiero, sentimenti, ragion pratica, appartenenza, relazioni con le altre specie e con la natura, gioco e controllo del proprio ambiente politico e materiale (cit.). La specificità di questa linea di pensiero risiede nel ritenere necessaria una visione globale delle opportunità umane e, quindi, in qualche modo della stessa natura umana o di ciò che riteniamo un valore per la nostra esistenza (Searle 2010, chap. 8), che sia Finnis sia Rawls, per ragioni diverse, hanno evitato di presupporre. Tuttavia si tratta di una visione dinamica che esclude fini comuni a tutti gli esseri umani e richiede soltanto una famiglia di esperienze esistenziali comuni che a loro volta richiedono comuni capacità funzionali al compimento del mestiere di uomo. Che questa concezione riesca a mantenere la neutralità rawlsiana nei confronti di ogni concezione della vita buona è cosa molto discutibile. Nussbaum ammette che in alcuni casi si deve esigere dalle persone una forma determinata di funzionamento con la conseguente restrizione, almeno fino ad un certo punto, della libertà di scelta.

Nonostante la diversità degli approcci, questi tre orientamenti concordano sull'oggettivismo etico di valori universali comuni e sulla derivazione da essi di diritti fondamentali che le società politiche devono assicurare ad ogni essere umano, poiché i diritti umani sono una questione politica e giuridica basata sul presupposto di una concezione etica della dignità umana, che è nella sostanza una teoria della legge naturale.

Il processo in atto di costituzionalizzazione della persona si può intendere correttamente solo se non pretende di assorbirla tutta nella dimensione giuridica e politica, perché in tal caso mancherebbero le risorse etiche per

una critica del diritto e della politica. Il significato ultimo della nozione di dignità risiede proprio nel lasciare aperta la possibilità della contestazione delle scelte giuridiche e politiche in nome del valore della persona umana che, quindi, deve mantenere la sua indipendenza etica. Anch'io penso che la cittadinanza democratica sia attualmente il modo migliore di rispettare sul piano giuridico e politico la dignità umana, ma non desidero privarmi della possibilità di denunciarne i limiti.

Quest'incompleta esplorazione di alcune dimensioni della dignità umana conduce a risultati molto problematici che è ben difficile tenere insieme. Da una parte si deve notare che nel considerare l'essere umano come "persona" si concentra in tutta la sua pregnanza il senso attuale della dignità umana. Questa persona non dipende nel suo valore intrinseco dal riconoscimento sociale che, invece, le è dovuto. Dall'altra, è anche vero che le forme e i modi di questo riconoscimento costruiscono l'autorappresentazione dell'essere persona e tendono ad imprigionarla in un'immagine sociale che può diventare una gabbia da cui evadere. Da una parte, la dignità è qualcosa di inerente alla persona, ma dall'altra dipende dal suo comportamento, cioè dall'essere fedeli a ciò che si è, o al proprio ruolo sociale, o alla propria identità non sempre liberamente scelta. Da una parte, è un complesso di diritti o "il diritto di avere diritti", ma dall'altra è fonte di doveri e di responsabilità per sé e per gli altri, tanto che forse quest'ultimo è proprio il suo senso specifico. L'etica dei diritti discende, così, da un dovere originario, quello di riconoscere l'altro e i suoi diritti<sup>30</sup>, nonché quello di esercitarli in modo da non far venir meno il rispetto di sé.

La dignità come la felicità non ha un contenuto definibile. Ogni volta che si tenta di circoscriverla si perde qualcosa che indubbiamente appartiene ad essa. Se si fa leva sugli interessi umani fondamentali, si corre il rischio di dimenticare che è proprio della dignità della persona anche andar contro i propri interessi e mettersi nei panni degli altri o assumere responsabilità per il bene altrui<sup>31</sup>. Se si fa leva sulla capacità di agire moralmente e ci si concentra sui valori dell'autonomia e della libertà<sup>32</sup>, si trascura il fatto che vi sono altri beni umani importanti, come la conoscenza o evitare la sofferenza, senza i quali la dignità è ferita. Se si cerca la dignità nell'eccellenza o nella pienezza della realizzazione umana, non si riconosce più la dignità presente nel povero, nel sofferente o nel bambino. Non si deve ridurre la persona ad una parte di essa<sup>33</sup>.

30 Fletcher, G. P. (1984). "Human Dignity as a Constitutional Value". In *University of Western Ontario Law Review*, 171-182.

31 Spaemann, R. Ob. cit., 78-79.

32 Griffin, J. (2008). *On Human Rights*. Oxford. Oxford U.P., 32-33.

33 Cf. Azzoni, G. (2012). "Dignità umana e diritto privato". In *Ragion pratica*, n. 38, 87.

Bisogna, dunque, concludere che, mentre la teoria ontologica custodisce il senso minimo di dignità che è presente in tutti gli esseri umani in quanto tali, la teoria della prestazione ci ricorda che la dignità come realizzazione, a differenza dei diritti, non è uguale per tutti, perché dipende dal riconoscimento che si riceve dalla società e dall'uso che ognuno fa della propria dotazione naturale e del proprio ruolo sociale.



**SOBRE DIGNIDAD HUMANA Y DERECHO  
LA NOCIÓN DE DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SU RELEVANCIA  
CONSTITUTIVA EN EL DERECHO<sup>1</sup>**

*On Human Dignity and Law.*

*The Notion of Dignity of the Human Person and it's Constitutive  
Relevance in the Law*

Carlos I. Massini Correas<sup>2</sup>

Recibido: 14 de febrero de 2017

Aprobado: 17 de marzo de 2017

**Resumen:** El autor analiza el estado actual de la llamada “paradoja de la dignidad”. Dicha paradoja es usada para describir cómo, a lo largo de los últimos siglos, la persona humana fue glorificada, por un lado, pero a su vez ciertas doctrinas han ido derivando en una abolición del hombre. Luego de un recorrido histórico donde se ubican las raíces de estas doctrinas, en los albores de la Edad Moderna con Descartes, se llega al siglo XX con sus doctrinas reduccionistas de la persona humana. Desde otra perspectiva, la clásica, se muestra la dignidad de la persona arraigada en su propia realidad constitutiva.

**Palabras claves:** Persona humana - Dignidad - Derecho Natural - Tomás de Aquino - Existencialismo - Positivismo - Descartes.

**Abstract:** The author analyzes the current state of the “paradox of dignity”. This paradox is used to describe how over the last centuries the human per-

1 Este artículo refleja la ponencia del autor en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2017.

2 Doctor en Derecho y en Filosofía. Autor de libros y artículos de Ética, Filosofía Jurídica y Filosofía Política. Profesor titular de Filosofía Jurídica y de Ética en la Universidad de Mendoza, e-mail: carlos.massini@um.edu.ar.

son was glorified but at the same time certain doctrines have been leading to the abolition of man. After a historical journey where the roots of these doctrines are located at the dawn of the Modern Age with Descartes, we reach the 20th century with its reductionist doctrines of the human person. From another perspective, the classical theory, the dignity of the human person it shows itself as rooted in its own constitutive reality.

**Keywords:** Human Person - Dignity - Natural Law - Thomas of Aquinas - Existentialism - Positivism - Descartes.

Para citar este texto:

Massini Correas, C. I. (2017), “Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 49-72.

## 1. Las cuestiones a estudiar

Uno de los temas debatidos en la antropología y la filosofía práctica contemporánea es el referido a lo que se ha denominado la “paradoja de la dignidad”<sup>3</sup>. Ella consiste en que, a lo largo de los últimos tres siglos, se ha exaltado y glorificado como nunca en la historia al ser humano-persona, recalcando su dignidad y poniendo de relieve el respeto sin par del que debe ser objeto. Pero ha sucedido también que, no obstante este pretendido encumbramiento de la persona humana, tanto la realidad humano-práctica, cuanto las doctrinas que intentan justificarla han ido derivando hacia una anulación o abolición del hombre, tanto teórica como práctica. En efecto, en la dimensión de las conductas concretas, los últimos siglos –en especial el siglo XX– han sido el escenario de masacres, esclavitudes y despotismos que sacuden las conciencias y que no tienen parangón con las sucedidas en el resto de la historia humana. Y en el ámbito de las doctrinas, desde los orígenes mismos del mencionado proceso de encumbramiento se ha producido, de modo paralelo, una deriva antihumanista y negadora, en definitiva, de la dignidad de la persona humana en cuanto realidad efectiva, fundada y justificada racionalmente.

Ahora bien, esta deriva antihumanista tiene varias vertientes: existencialistas, estructuralistas, positivistas, marxistas y posmarxistas, posmoderno-nihilistas, y varias más, pero en todos los casos el resultado final

3 Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Pamplona. EUNSA.

es “la inexistencia del hombre como sujeto”<sup>4</sup>, o al menos su difuminación y debilitamiento decisivo en el orden teórico. Y también, en todos los casos, esta fragilidad o anulación doctrinaria tiene como origen radical la negación de la dimensión intrínsecamente real de la persona humana, es decir, de su fundamento en el ser, en la realidad constitutiva de todos los entes, en el acto de existir positivamente fuera de la nada. Dicho en otras palabras, la raíz del debilitamiento y –en definitiva– la anulación del concepto de persona radica en su reducción a alguna de sus dimensiones no constitutivas: la de ser un centro de imputación normativa, un “ser para la muerte”, el miembro de una raza, de una clase o de un “pueblo”, un mero dato empírico, un elemento de ciertas relaciones de nudo poder, de algunas relaciones sociales o discursivas y así sucesivamente. De este modo, se ha llegado a sostener que un ser humano concebido no es persona hasta que no haya sido reconocido y designado por algunos –no todos– de sus congéneres, tal como lo hacen, v. gr., Luigi Ferrajoli<sup>5</sup> o Giseller Rüpke<sup>6</sup>, o bien que sólo sería persona una entidad capaz de realizar de hecho y positivamente ciertas actividades específicas, como la autoconciencia, el razonamiento o la libre elección y sólo mientras duren esas capacidades fácticas, tal como lo sostienen, entre varios otros, Peter Singer, Tristram Engelhardt y John Harris<sup>7</sup>.

Todo esto es la consecuencia directa y la culminación de una evolución que comienza en los albores de la Edad Moderna, cuando Descartes invirtió el proceso de conocimiento y lo hizo partir no desde la realidad hacia el entendimiento, tal como se lo había pensado hasta entonces, sino desde el *cogito* del sujeto hacia una realidad previamente reducida a sus dimensiones cuantitativamente espaciales. Escribe Tomás Melendo que “lo que Descartes sostiene es que el pensamiento no exige previamente, con prioridad de naturaleza, la existencia o el ser, sino que es el propio pensar [...] lo que *confiere su realidad* a lo pensado. En este sentido –continúa Melendo– el pensamiento (y, en general, la subjetividad humana) se alza como *principio primero no fundamentado*, como principio sin principio, de cualquier realidad posterior [...]; la subjetividad –concluye– comienza a ocupar el puesto que hasta entonces correspondía al ser, tornando imposible un conocimiento

4 Ibáñez Langlois, J. M. (1985). *Sobre el estructuralismo*. Pamplona. EUNSA.

5 Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta; Massini Correas, C. I. (2013). “Sobre el embrión humano y la cuestión de la personhood. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión”. En *Prudentia Iuris* 76. Buenos Aires. Educa, 65-77.

6 Spaemann, R. (2003). *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar* (347-352). Madrid. EUNSA.

7 Singer, P. (1997). *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional* (213-214). Barcelona. Paidós.

y un juicio verdaderos –‘objetivos’, diríamos hoy– sobre ‘lo-que-es’, sobre ‘lo-que-tiene-ser’”<sup>8</sup>.

De este modo, y este proceso se profundizará en los siglos posteriores, se produce lo que puede llamarse una “opción por la inmanencia”, según la cual el conocimiento de la realidad y la libertad de acción tienen su raíz y fundamento sólo en la interioridad humana, que es la que les daría sentido y contenido<sup>9</sup>. Por supuesto que este proceso supone un radical “olvido del ser”, que en algunos casos se convierte en “rechazo del ser” e implica siempre una desatención sistemática de la consistencia de la realidad en sí, con independencia de la percepción y de la manipulación humanas. En definitiva, de lo que se trata aquí es de una transformación del “ser en sí” en un “ser para mí”; de la mutación de la búsqueda de la realidad del ser a través del conocimiento y del ser-bien por la acción humana, a la construcción de la realidad y la moralidad mediante la razón y la voluntad del sujeto humano.

Pero no sólo la vertiente subjetivista de la modernidad contribuye a la difuminación de la idea del ser humano-persona y de su correspondiente dignidad, sino que también las tardomodernas visiones constructivistas y estructuralistas del sentido del universo, la historia y la vida humana abocan a la supresión –al menos intentada– de la personabilidad del sujeto individual y a su dilución en el contexto de estructuras anónimas a las que se reduce la realidad completa. De este modo, el marxismo, el freudismo, el estructuralismo y sus afines han conducido a la reducción del ser humano a un mero elemento funcional de estructuras económicas, psicológicas o lingüísticas autosuficientes. En este sentido, sostiene Jean Grondin que “son justamente esas ciencias sociales [estructurales] las que le han dado el golpe de gracia al mega-sujeto moderno. Ahora bien, ese sujeto moderno ha sido suplantado, en la ‘lógica’ de las ciencias sociales, por la idea de un mundo construido, o mestizado, regido por estructuras más o menos ordenadas”; y más adelante concluye que “esta idea ha terminado por sacudir la autonomía de la razón humana, puesto que el sujeto humano ha sido percibido, cada vez más, como lo resultante de estructuras o de construcciones sociales, de lenguaje y culturales [...]; se ha ido imponiendo así la idea de la primacía de la estructura (o de la construcción) sobre el sujeto [...]; el individuo –finaliza– no es el dueño de su destino, pertenece a un orden social del que su conciencia no es más que un reflejo”<sup>10</sup>.

Ahora bien, llegado a este punto, corresponde preguntar: esta pérdida integral del ser, subjetiva o estructural, ¿no se traducirá indefectiblemente

8 Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Ob. cit., 63.

9 Cardona, C. (1973). *Metafísica de la opción intelectual*. Madrid. Rialp, 175 y sigs.

10 Grondin, J. (2005). *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*. Barcelona. Herder, 45-51.

te en un rechazo radical del valor ontológico, real, propiamente de ser, del sujeto humano y en general de las realidades que tienen un valor en sí y por sí, de los denominados clásicamente “bienes honestos”? “Y como entre estos [bienes] –afirma nuevamente Tomás Melendo– el lugar de preferencia corresponde a los sujetos personales, la civilización contemporánea habrá de caracterizarse por su incapacidad para advertir la valía cardinal, la dignidad, de las personas”; o en otros términos: “[...] el olvido o rechazo del ser –padre de la cultura y civilización modernas– se configura, desde una perspectiva estrictamente fundamental, como la clave de la paradoja de la dignidad conculcada”<sup>11</sup>.

En lo que sigue, en el presente estudio se esbozará un ensayo de respuesta a esta paradoja y se desarrollará un breve análisis de la fundamentación de la intrínseca dignidad de las personas humanas en las claves del realismo clásico, en especial, dentro de los parámetros tomistas de ese pensamiento. Pero además, como en esta oportunidad se está debatiendo acerca del cometido o lugar propio de la noción de dignidad de la persona humana en el ámbito del Derecho, también se considerarán los principales aspectos de la relación entre esas dos nociones, Derecho y dignidad de la persona, fundamentalmente en lo que se refiere a la necesidad de tener en cuenta esa dignidad para configurar la noción misma de Derecho, para la fundación de la idea e implicaciones del Derecho Natural, de la subsiguiente noción de Derechos Naturales o “Humanos”, de la concepción clásica de “gobierno del Derecho”, así como de sus implicaciones en el ámbito del Bioderecho y del Derecho Ecológico o Ambiental.

## 2. Ser y persona

Tal como se expuso más arriba, la gran mayoría de las concepciones modernas y contemporáneas de la persona revisten carácter relacional, fenoménico o bien reductivo; esto significa que, al conceptualizar a la persona, se tiene principalmente en cuenta –y a veces exclusivamente– su vinculación con otro elemento diverso de la personeadad misma, como la aceptación o estructuración social, o sus principales manifestaciones, como la autoconciencia, o bien alguno de sus elementos constitutivos, como su libertad-autonomía, considerado como el elemento decisivo y único de su configuración esencial<sup>12</sup>. Se tratará aquí, por lo tanto, de exponer la concepción de la dignidad de la persona propia de la denominada “tradición central

11 Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Ob. cit., 91-93.

12 Torralba Roselló, F. (2005). *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Barcelona. Herder, 97-316.

de occidente”<sup>13</sup>, que critica y supera la noción moderna y tardomoderna y propone una visión de esa dignidad arraigada en la realidad constitutiva de la persona.

Por supuesto que para exponer esta perspectiva clásica en un espacio razonablemente reducido, será necesario dar por conocidas ciertas afirmaciones acerca de las realidades personales: (i) todo lo referido a la *etimología* de las palabras “persona” y “dignidad”, que es un punto de partida inexcusable para la dilucidación de las correspondientes nociones; (ii) lo vinculado con la *definición* clásica de persona, conceptualizada por Boecio como “sustancia individual de naturaleza racional”, y comentada por varios pensadores eminentes, en especial por Tomás de Aquino; y (iii) todo lo que hace a la *noción* misma de dignidad, tanto en su dimensión ontológica, como en la ética y la estética, donde se concreta en las subnociones de eminencia y de valor intrínseco<sup>14</sup>. Se tratará, entonces, solamente del fundamento constitutivo de esa dignidad de la persona humana, analizado y explicado desde una perspectiva estrictamente filosófica, aunque eventualmente se efectuará una mención a su raíz teológica.

Hechas estas aclaraciones, y comenzando con lo que respecta a ese punto, corresponde iniciar afirmando que la etimología de la palabra “fundamento” proviene de la expresión latina, *fundamentum*, que significó originariamente la noción de “cimiento” o “soporte” de una construcción cualquiera. Posteriormente, y del mismo modo que aconteció con varias otras palabras, se fue trasladando su sentido físico o material para pasar a significar, en el orden epistémico o ético, aquellos principios que otorgan justificación racional a una afirmación, un razonamiento, una norma, un valor o una institución. Es decir que, por el recurso retórico de la metáfora, se pasó de significar lo que sostenía físicamente a una construcción, a connotar las razones primeras que sostienen intelectualmente a una proposición o grupo de proposiciones<sup>15</sup>.

De lo que se trata, por lo tanto, al hablar de fundamentación de la dignidad personal, es de encontrar ciertos principios que, en razón de aparecer como primeros y directamente cognoscibles, justifiquen racionalmente, por la vinculación o ilatividad lógica que habrá de existir entre ellos, la existencia y extensión de la dignidad personal. Dicho de otro modo, y volviendo a la analogía originaria con los cimientos y la construcción que en ellos se sostiene, el proceso de fundamentación consiste en establecer la realidad y

13 George, R. P. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford. Clarendon Press, 19.

14 Millán Puelles, A. (1984). *Léxico Filosófico*. Madrid. Rialp.

15 Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho - I - El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires. LexisNexis/AbeledoPerrot, 131-141.

el carácter de aquellos fundamentos que revisten aptitud para soportar –en este caso, racionalmente– el edificio conceptual de la dignidad humana. Se trata, por lo tanto, de inferir correctamente, a partir de ciertas verdades primeras y más conocidas, la justificación racional de las proposiciones que explican el carácter de la personidad humana y las razones de su dignidad<sup>16</sup>.

Ahora bien, estas verdades primeras a partir de las cuales es posible desarrollar una argumentación que fundamente la dignidad humana no pueden tener carácter convencional, tal como pueden serlo los principios de ciertas ciencias formales, sino que han de tener estricto carácter cognitivo, dado el mismo carácter cognitivo de las afirmaciones que se pretende justificar a partir de ellas<sup>17</sup>. Y si lo que se busca es justificar la existencia y el alcance de una especial perfección –la dignidad consiste en una cierta elevación, prelación o excelencia, es decir, en una perfección–, es preciso remitirse, como punto de partida de la fundamentación, a la perfección originaria y radical, a aquella a partir de la cual todo el resto de las perfecciones adquieren sentido y explicación. Y esta perfección primigenia, y por antonomasia, es la que corresponde al *ser*; más precisamente al acto de ser o *esse*, por el que toda realidad –todo *ente*– existe en cuanto tal. “La esencia de los entes espirituales –ha escrito Cornelio Fabro– [...] en el orden entitativo, en cuanto el espíritu creado es en sí finito, está compuesta de esencia (como potencia) y de ser (*esse*) participado (como acto último); por lo cual, todo lo que existe en el mundo, sea material o espiritual, se dice ente como aquello que tiene el ser (*esse*) por participación”<sup>18</sup>.

Por su parte y con su precisión habitual, y refiriéndose específicamente a las perfecciones humanas, Tomás de Aquino ha escrito que “toda la nobleza de cualquier cosa le pertenece en razón de su ser (*esse*): pues ninguna nobleza derivaría para el hombre de su sabiduría si por ella no fuese sabio; y lo mismo cabe decir de las restantes perfecciones. En consecuencia, a tenor de la forma como una realidad posee el ser (*esse*), se determina el grado y la calidad de su nobleza: pues cada cosa es más o menos noble conforme su ser (*esse*) es contraído a un cierto y especial modo de nobleza, mayor o menor”<sup>19</sup>.

Por lo tanto, cualquier perfección que corresponda al ser humano-persona, como es el caso de la alegada dignidad, habrá de tener su raíz o fundamento originario en el ser (*esse*) del que el hombre participa dentro de los límites de su esencia. Pero además, al ser la forma-alma del ente

16 Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*. Buenos Aires. EUDEBA, 77 y sigs.

17 Kalinowski, 1981, 209-220.

18 Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso. La metafisica tomista e il pensiero moderno*. Milano. Ares, 204.

19 Tomás de Aquino (1968). *Summa contra gentiles*. 2 Vols. Madrid. BAC, Vol. I, cap. 27.

humano-persona de carácter radicalmente *espiritual*, es decir, que trasciende de modo eminente las condiciones empobrecedoras de la materia y que puede abrirse por ello a toda la naturaleza por su conocimiento y a todo bien por el querer de su voluntad, el ser (*esse*) que le otorga la existencia reviste un carácter también eminente, y es posible sostener que “el hombre [...] constituye la máxima y suprema encarnación de la sustancialidad (y así, del ente participado)”<sup>20</sup>.

Y en lo que respecta al origen o inicio o fundamento de todo conocimiento, Cornelio Fabro ha expuesto con claridad que “el ente es el primer plexo noético originario (*primum cognitum*) constitutivo del conocer en sentido fuerte, es decir, opera y se presenta a la confluencia de todas las funciones de conciencia, sean cognitivas o sean tendenciales, sean sensibles o espirituales: por lo tanto, trasciende tanto la intuición (sensible) como la abstracción (intelectiva), porque las sustenta a ambas [...]. Es con la aprehensión del *ente* como *primum cognitum* [...] que el pensamiento hace su inicio y puede avanzar en su camino, proyectando las diversas formas, ya sea del conocer o del obrar”<sup>21</sup>.

Por lo tanto, con todo esto queda en claro que la justificación racional-*fundamentum* de la dignidad de la persona humana ha de buscarse entonces en el acto de ser (*esse*) que, en razón del carácter espiritual del alma humana, ha de tener una elevación y una perfección especiales, que hacen posible al hombre conocer verdades universales y amar al bien completo. Ese acto de ser (*esse*), que es la raíz entitativa de la dignidad personal, es participado –como es participado el ser de todos los entes finitos– en una “naturaleza racional” y, por lo tanto, de carácter espiritual, que trasciende plenamente los condicionamientos limitativos de la materia.

En este punto cabría realizar una precisión adicional; ella se refiere a que la persona humana reviste efectivamente –tal como lo precisa la definición boeciana– el carácter de sustancia individual. Pero en este caso, al tratarse de una sustancia espiritual, recibe el ser (*esse*) de un modo especial, diverso del que corresponde a los seres infraespirituales y, por lo tanto, infrapersonales. “Mientras que en las sustancias no personales –escribe Tomás Melendo– es el compuesto sustancial, el todo, quien recibe el ser *por* la forma *en* la materia, la realidad personal del hombre es tal porque –como demuestran el conocimiento intelectual y el obrar libre [...]– *su alma* resulta capaz de recibir el ser *en sí misma* (y, en este sentido, por sí); *de ahí que afirmemos su índole espiritual*. Y ese ser que el alma recibe en

20 Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Ob. cit., 151.

21 Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso...* Ob. cit., 206-207. Fabro, C. (2005). *La nozione metafisica di partecipazione, secondo San Tommaso d'Aquino*. (Opere Complete, Vol. 3). Roma. EDIVI.

propiedad privada, lo comunica, lo da a participar al cuerpo, tornándolo un cuerpo personal, humano. Nos encontramos ante la clave metafísica de la dignidad del hombre: *la espiritualidad del alma que le pertenece*. Pues en verdad –concluye– y hablando con rigor, el hecho de que ésta pueda recibir al ser *en sí* y, en cierto modo, lo exija, da razón de la nobleza ontológica de la persona humana, de la peculiar intensidad y grandeza de su acto de ser”<sup>22</sup>.

Expresado en otros términos, es posible sostener que, en cuanto espiritual, el alma humana recibe el ser de un modo superior al de las formas no espirituales, a saber, recibe en sí completamente al ser del compuesto personal y comunica ese mismo ser al cuerpo material. Pero se trata siempre de un único ser personal y, por ende, espiritual, que no depende entonces del cuerpo para existir y puede existir sin ese cuerpo. En este sentido, afirma Tomás de Aquino que “como el alma no puede tener ser individuado sino en la medida en que se une al cuerpo como forma suya [...], es preciso que no comience a ser sino en el cuerpo. Sin embargo, adquiere en el cuerpo un ser absoluto, no abatido o forzado al cuerpo. Y por eso –concluye– incluso tras la destrucción del cuerpo permanece, según su ser, individuada y distinta de toda otra alma”<sup>23</sup>.

De este modo, se explica consistentemente la raíz de la inmortalidad del alma humana<sup>24</sup>, ya que al recaer completamente el acto de ser en el alma espiritual, y sólo a través de ella en el cuerpo material, la sustancialidad del alma trasciende infinitamente la materia, y es susceptible de subsistir aun cuando el cuerpo se haya extinguido. En este sentido, sostiene Carlos Cardona que “aunque la naturaleza humana completa incluya el cuerpo, el alma es directamente creada por Dios como subsistente en sí misma, y participando al cuerpo su propio acto de ser. Sabemos que [el alma] subsiste en sí porque tiene operaciones (el entender y el amar) que no son corpóreas, al suponer la posesión intencional de la forma ajena en su alteridad, abstracta y universal, no determinada ni individuada por materia alguna; y el obrar sigue al ser: una operación espiritual –inmaterial– supone una sustancia espiritual [...]. Por eso –concluye– y teniendo en cuenta las connotaciones actuales del término persona (conciencia y libertad), no hay inconveniente alguno en decir que, después de la muerte del hombre, el alma separada sigue siendo persona [...] el mismo sujeto individual y singular de su ser y de su obrar [...]”<sup>25</sup>.

22 Melendo, T. (1999) *Dignidad humana y bioética*. Ob. cit., 150.

23 Tomás de Aquino (2005). *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*. (Vol. II, D. 17, q. 2, a. 2, ad 4). Pamplona. EUNSA.

24 Millán Puelles, A. (2008). *La inmortalidad del alma humana*. Madrid. Rialp.

25 Cardona, C. (1987). *Metafísica del bien y del mal*. Pamplona. EUNSA.

Finalmente, corresponde precisar y sintetizar algunas ideas acerca del carácter participado del acto de ser (*esse*) de la persona humana; y esto es necesario porque todo lo sostenido acerca del carácter eminente del ser (*esse*) propio del ente humano no puede hacer olvidar que se trata de un ser participado en los límites de una naturaleza. En efecto, tal como lo precisa Fabro, “la esencia como principio de distinción de los entes implica por doquiera [*ovunque*] una limitación de la perfección del ente; no es el *esse ipsum* sino que participa del ser, acto primero, acto de todos los actos. Ser en acto (*esse actu*) es encontrarse en la realidad, ser realizado: pero primero es ser *tal o cual naturaleza* (es decir, perfección) y, así, toda determinación de lo real es una participación del ser”<sup>26</sup>. Esto significa que, en cualquier caso, la perfección personal es una perfección participada dentro de los límites de una naturaleza, que aunque sea espiritual tiene el *esse* como recibido y constreñido a existir en los confines de una forma de ser. Y esa naturaleza es, además, la que le marca las líneas de la actividad propia de la persona humana en el camino del completamiento de su perfección propia.

Por eso, cuando Tomás de Aquino habla de la persona humana diciendo que tiene “un ser (*esse*) absoluto”, esta locución no ha de interpretarse en el sentido de un absoluto pura y simplemente, sino de un absoluto en cierto sentido, es decir, de un absoluto participado, de una absolutidad sólo con referencia a la condición propia de los seres infrapersonales y en el orden del valor, pero nunca en el orden ontológico en el cual el único absoluto es el absoluto subsistente, el *ipsum esse subsistens*. “El hombre —escribe Mondin— es un valor absoluto, pero no posee en sí mismo la razón última de la propia absolutidad: de esta última, el único fundamento adecuado es el valor absoluto subsistente, Dios, el cual es absoluto sea como valor, sea como ser”<sup>27</sup>. Y es por este carácter participado de su ser y su dignidad, que el hombre está limitado en sus atributos más personales: en su conocimiento y en su libertad; en efecto, tanto el conocimiento como la libertad humana tienen una naturaleza propia, que limita constitutivamente el alcance de sus operaciones, ordenándolas respectivamente a la verdad y al bien<sup>28</sup>.

Intentando sintetizar lo sostenido hasta ahora, tarea espinosa en razón de la complejidad de los temas abordados, puede decirse que: (i) a pesar de la aceptación difundida de la idea de dignidad de la persona humana, las explicaciones modernas y contemporáneas más habituales de esa dignidad resultan radicalmente insuficientes, ya que consisten en los niveles lingüístico, social, fenoménico o dialógico, y presentan formulaciones reduc-

26 Fabro, C. (1983) *Introduzione a San Tommaso...* Ob. cit.

27 Mondin, B. (1983). *Il valore uomo*. Roma. Dino Editore, 181 y sig.

28 Alvira, T. (1985). *Naturaleza y libertad. Estudio sobre los conceptos tomistas de voluntas ut natura y de voluntas ut ratio*. Pamplona. EUNSA.

tivas de la personabilidad humana<sup>29</sup>; (ii) una fundamentación adecuada de esa dignidad, que en cuanto tal es una perfección entitativa, ha de radicar en el principio de toda perfección posible, es decir, en el acto de ser (*esse*), principio constitutivo de todo cuanto existe, en especial de las realizaciones más plenas de los entes; (iii) el acto de ser de cada ente (lo que tiene ser) es una participación trascendental<sup>30</sup> del ser en sí, del *ipsum esse subsistens*, que los entes reciben dentro de los límites estrictos de su naturaleza propia, es decir, restringidamente; (iv) en el caso del ser humano, éste es persona porque tiene una naturaleza racional, es decir, espiritual: abierta por la razón al conocimiento universal y por la voluntad al amor de todo bien; y por esto se trata de una naturaleza intrínsecamente valiosa y eminentemente superior al resto de los entes no-humanos, por lo que corresponde reconocer una especial dignidad de la persona humana; (v) esta naturaleza espiritual, que recibe el ser (*esse*) de modo excelente y por lo tanto superior, lo recibe no obstante como participación del ser en sí (*ipsum esse*) y por esta razón su conocimiento y su voluntad no son absolutas pura y simplemente sino sólo en referencia al resto de los entes naturales; (vi) de este modo, la justificación racional de la dignidad de la persona humana adquiere un carácter ontológico, referido a la realidad misma del hombre, a su valor intrínseco, y no sólo a las manifestaciones, cualidades accidentales u operaciones que le son propias; en otras palabras, el hombre no es persona con dignidad porque conozca universalmente y actúe con libertad, sino que conoce y actúa de ese modo estrictamente porque es persona, y en cuanto tal revestido de una especial dignidad o eminencia.

Todo lo anterior ha sido desarrollado en el nivel de la estricta filosofía, pero es posible explicitarlo en un nivel estrictamente teológico, es decir, de la *sacra doctrina*, elaborada a partir de las fuentes de la revelación divina: la Escritura y la Tradición de la Iglesia. En especial, a partir del conocido texto del Génesis 1, 26-27, según el cual Dios dice: “Hagamos al hombre a nuestra imagen y semejanza”, semejanza que tiene su fundamento radical en la causalidad y la participación y su expresión lingüística y conceptual en la analogía<sup>31</sup>. No obstante la enorme riqueza de la meditación teológica de la Iglesia acerca de la dignidad personal del hombre, en este lugar prescindiremos de estos aportes, remitiéndonos a los textos de algunos teólogos acreditados, que son muchos y de especial relevancia<sup>32</sup>.

29 Massini Correas, C. I. (1990). “Filosofía y ‘antifilosofía’ de los Derechos Humanos”. En AA. VV. *Razón y libertad*. Madrid. Ed. R. Alvira. Rialp, 378-400.

30 Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso...* Ob. cit., 213-217.

31 Fabro, C. (1969). *Esegesi Tomistica*. Roma. Libreria Editrice Lateranense, 407-448.

32 Reinhardt, E. (2005). *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes*. Pamplona. EUNSA, 151-186.

### 3. La dignidad humana y el sentido del Derecho

Una vez que se ha expuesto brevemente el fundamento realista de la dignidad de la persona humana y dando también por supuesto el conocimiento del concepto mismo de persona y del de dignidad, corresponde indagar acerca de la relevancia que tienen estas nociones en el ámbito del Derecho, que es el objeto de estudio en el marco de estas Jornadas de Derecho Natural. A esos efectos, se realizará ante todo un breve excurso acerca del lugar de la noción de dignidad humana en el ámbito del conocimiento práctico, para luego pasar a ensayar sucintamente las respuestas a las siguientes preguntas: (i) en el desarrollo del *concepto de Derecho*, ¿juega algún papel la noción de dignidad de la persona, en especial en el sentido que se ha explicitado en las páginas anteriores?; (ii) en la tradición doctrinal del *Derecho Natural*, ¿tiene un lugar central esa dignidad para la explicación del concepto y alcances del Derecho Natural?; (iii) en una noción rigurosa –tributaria de la anterior– de *Derechos Humanos*, ¿reviste alguna relevancia positiva la idea de dignidad de la persona humana, tal como pareciera desprenderse del discurso habitual acerca de esos derechos, o se trata meramente en ese discurso de una invocación retórica?; (iv) en cuanto a la idea de *gobierno del Derecho*, ¿tiene alguna vinculación con la idea de dignidad humana o bien se trata de nociones independientes?; y finalmente, (v) ¿qué repercusión tiene esa idea de dignidad humana con la conformación y soluciones correspondientes al *Bioderecho* y al Derecho Ambiental?

Con respecto al tema preliminar, el del ámbito propio de la idea de dignidad humana en el contexto del pensamiento práctico-ético, conviene recurrir a las oportunas consideraciones efectuadas en este punto por Alfonso Gómez-Lobo, en su interesante libro, *Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural*. Allí, el filósofo chileno pone de relieve la referencia del término “dignidad” al valor intrínseco que tiene el hombre en virtud de lo que es en sí mismo, es decir, ontológicamente, y no principalmente en virtud de sus acciones. Por ello –sostiene Gómez-Lobo–, “los bienes humanos sin duda nos ofrecen razones para actuar. ¿Qué razones para la acción ofrece la idea de dignidad? Ciertamente no ofrece razones ‘positivas’. No podemos hacer nada para obtenerla pues todos los seres humanos ya la poseemos. Pero sabemos también que la dignidad puede ser menoscabada por cierto tipo de acciones. En este sentido, es una propiedad de los seres humanos que nos da razones ‘negativas’ para la acción, es decir, nos llama a omitir determinadas acciones”<sup>33</sup>. Pero aclara también que, no obstante lo anterior, resulta

33 Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural*. Santiago de Chile-Buenos Aires. Mediterráneo, 61.

obvio que la protección general de la dignidad humana –su respeto– puede requerir muchas veces la realización de acciones que aparecen como eminentemente positivas.

Y más adelante precisa que “en el actuar concreto, el respeto por la dignidad consistirá fundamentalmente en respetar y proteger los bienes de una persona [...]; el respeto por las personas debe ser entendido como respeto por los bienes básicos de esas personas en razón de lo que ellas mismas son”<sup>34</sup>. Esto significa que los bienes que constituyen la perfección ética del ser humano y que proveen las razones para el obrar moral revisten propiamente ese carácter ético en razón de ser bienes para una persona, es decir, un ente espiritual y en consecuencia racional y libre, que puede alcanzar esa perfección –siempre limitada en el aquende la muerte– a través de su acción libre y dirigida por la razón práctica. En otras palabras, el hombre es un ser ético porque es un ser personal-espiritual, cuya realización propia sólo se alcanza a través de una praxis o conducta conocida y dirigida por la razón y elegida por la voluntad libre. Por esto, resulta indudable que la realidad del ser humano en cuanto persona dotada de dignidad y su correspondiente noción cognitiva juegan un papel de especial relevancia en la constitución de la praxis ética y en la conformación de la filosofía práctica.

Ahora bien: ¿qué sucede con la dignidad humana y el Derecho? La respuesta debe partir del hecho de que la realización humana, es decir, el logro de su bien propio, es una tarea mancomunada o colectiva, que se alcanza a través de la interacción humana y se disfruta por la participación en un bien común<sup>35</sup>. Esto significa que la empresa de realización social del bien completo del ser humano supone una labor de coordinación o dirección conjunta de las conductas humanas para hacer posible la obtención comunitaria de los bienes que integran el bien común, así como ordenar y disponer el disfrute de los beneficios de esa acción colectiva<sup>36</sup>. Por otra parte, esta realización común del bien humano requiere para su máxima realización del tipo de comunidades que se denominan *políticas*, y que pueden llamarse también completas o integrales, ya que en ellas es posible alcanzar un nivel y variedad de bienes que no es viable lograr en las restantes comunidades infrapolíticas.

Pero este mismo carácter completo de la comunidad política hace que el bien común que en ella se persigue revista un carácter especialmente complejo; en referencia a la comunidad política, escribe Finnis que “aquí

34 Ídem.

35 Massini Correas, C. I. (1994). “Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista”. En *Anuario Filosófico*, Nro. 27/2, 817-828.

36 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª Ed. Oxford. Oxford University Press, 231-233 y sigs.

tenemos el bien común más complejo, el cual (sujeto al principio de subsidiaridad) no excluye ningún aspecto del bienestar individual y se ve afectado potencialmente por cualquier aspecto de cualquier plan de vida [...]; esta preocupación de las personas y grupos particulares por bienes individuales, por bienes comunes específicos y por aspectos particulares del bien común omnicompreensivo, promoverá ese bien común omnicompreensivo solamente si las opciones particulares resultantes se sujetan a algún grado de coordinación<sup>37</sup>.

Por otra parte, esta coordinación de las acciones humanas exigida por el bien común político sólo puede alcanzarse de dos modos: por la unanimidad o por la autoridad, y es bien sabido que la unanimidad, en comunidades humanas extensas y complejas, resulta prácticamente inasequible. Es por eso que todas las comunidades políticas que la historia registra han optado por la segunda alternativa, la autoridad<sup>38</sup>. Y puede decirse que en una comunidad existe autoridad cuando, en la búsqueda del bien común del todo social, existe un órgano (individual o colectivo) que coordina las acciones de los integrantes a través de directivas que se presentan como razones excluyentes para la acción, es decir, razones que sobrepasan cualquier otra razón particular para actuar que puedan tener los miembros del todo social<sup>39</sup>. De todos modos, lo importante aquí es que la autoridad, en especial la autoridad política, se expresa a través de razones para la acción. Y es casualmente en el caso de la autoridad política en el que sus directivas revisten carácter jurídico, es decir, son derecho normativo, normas decisivas –y a veces coactivas– que han de dirigir la conducta humana en alteridad hacia el bien común de la comunidad completa<sup>40</sup>.

Esto coincide con lo sostenido varias veces por Tomás de Aquino, para quien las leyes son dictámenes de la razón práctica, orientados a la consecución del bien común y sancionados por la autoridad de la comunidad<sup>41</sup>. “La idea de Tomás de Aquino –afirma en este punto Mark Murphy– es que, no importa lo que pensemos acerca de otros aspectos de la ley, estamos de acuerdo en que consiste en normas, es decir, estándares imperativos por los cuales nuestra conducta es evaluada. Más aun, el tipo de evaluación de que se trata es esencialmente práctico: el estándar que la ley establece es un

37 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Ob. cit.

38 Anscombe, G. E. M. (1990). “On the Source of the Authority of the State”. En AA. VV. *Authority*. Oxford. Ed. J. Raz. Basil Blackwell, 142-173.

39 Raz, J. (1978). “Reasons for Action, Decisions and Norms”. En AA. VV. *Practical Reason*. Oxford. Ed. J. Raz. Oxford University Press. Raz, J. (1990). “Authority and Justification”. En AA. VV. *Authority*. Oxford. Ed. J. Raz. Basil Blackwell.

40 Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho...* Ob. cit., 35-38.

41 Tomás de Aquino (1956). *Summa Theologiae*. Madrid. BAC, I-II, q. 90, a. 1.

estándar por el cual cada uno es ‘inducido a actuar o disuadido de ello’. Pero los únicos estándares que pueden inducir a los seres racionales a actuar son estándares racionales. Por lo tanto, la ley es necesariamente un estándar racional de conducta”<sup>42</sup>.

Esta última idea resulta especialmente relevante para la argumentación que estamos desarrollando, toda vez que evidencia que el Derecho Normativo, que consiste en un tipo de directivas racionales para la acción, es el modo propio de dirigir la conducta de las personas humanas, es decir, de los entes racionales y libres. Esto supone que, si por una hipótesis retórica, el hombre no fuera racional y libre, no sería el Derecho la directiva propia de su obrar, sino que sería objeto de algún tipo de adiestramiento o entrenamiento como el que se utiliza para condicionar la actividad de los animales. Por lo tanto, resulta irrefutable que la dignidad de la persona humana forma parte –de modo explícito o implícito– de la noción misma del Derecho, y que su ausencia de entre los elementos de esa noción lo privaría de su sentido radical: el de ser la directiva de los actos de la persona humana en la comunidad política, para la realización del bien común de las personas en esas comunidades máximas en el orden temporal<sup>43</sup>.

#### 4. Dignidad humana, Derecho Natural y Derechos Humanos

Ahora bien, el Derecho proporciona razones decisivas para el obrar humano, razones que se fundan en las distintas dimensiones del bien humano y que se formalizan en normas jurídicas. Pero sucede que esas normas jurídicas son fundamentalmente de dos tipos: (i) aquellas cuya adecuación directiva con los bienes humanos y su realización común resulta directamente cognoscible, y que se denominan principios de Derecho Natural: *principios* porque son primeros en el orden práctico-jurídico, y de Derecho *Natural* porque son cognoscibles por la razón natural y porque ordenan la conducta a bienes que responden a las dimensiones perfectivas de la naturaleza humana<sup>44</sup>; y (ii) las llamadas normas de Derecho Positivo, es decir, aquellas que surgen inmediatamente de la razón práctica de las autoridades políticas y concretan o determinan el contenido de los principios de Derecho Natural<sup>45</sup>.

42 Murphy, M. C. (2007). *Philosophy of Law. The Fundamentals*. Malden/Oxford/Carlton. Blackwell Publishing, 97.

43 Soaje Ramos, G. (2005). “Sobre la politicidad del Derecho. El bien común político”. En AA. VV. *El Derecho Natural en la realidad social y jurídica*. Santiago de Chile. Ed. S. Castaño & E. Soto Kloss. Universidad Santo Tomás, 15-45.

44 Reiner, H. (2015). *Fundamentos, principios y normas particulares del Derecho Natural*. Madrid. Encuentro, 24.

45 Tomás de Aquino (1956). *Summa Theologiae*. Vol. VI. Ob. cit., I-II, q. 90-97.

En ambos casos, el criterio para determinar la pertenencia de una directiva pública tanto al Derecho Natural cuanto al Positivo reviste carácter tético o finalista y radica en la ordenación de la norma-proposición de la razón práctica, a la realización, promoción o respeto de algún bien humano en su dimensión comunitaria. En el primer caso –el del Derecho Natural– se trata, ya lo dijimos, de principios normativos o normas primeras desde el punto de vista deóntico, es decir, que revisten una prelación o superioridad en cuanto directivas de la conducta humana. En el segundo caso –el de las normas de Derecho Positivo– se trata de las normas que regulan inmediatamente el obrar humano, concretando lo que en universal prescriben los principios del Derecho Natural. De hecho, las normas positivas tienen, en la enorme mayoría de los casos, un contenido en parte natural y en parte propiamente positivo, pero en todos los casos ha de tratarse de una regulación racional, de razón práctica, ordenada a la mejor realización de una o varias dimensiones del bien humano en su realización común<sup>46</sup>.

Y con respecto a la dignidad de la persona humana, está claro que toda regulación racional-jurídica de la conducta humana, sea de Derecho Natural o Positivo, está ordenada a la dirección de la operación, racional y libre, de personas humanas. Pero no sólo esto es importante, sino que también la dignidad de la persona opera como criterio, mayormente negativo, de los contenidos del Derecho Natural. Dicho en otras palabras, esa dignidad opera como un límite deónticamente infranqueable respecto de lo que puede hacerse con el hombre, es decir, opera como lo que se denomina un absoluto moral, fijando aquello que no debe hacerse nunca con el ser humano<sup>47</sup>. Esto significa que jamás, es decir, de modo inexcusable, es legítimo realizar acciones que atenten directa y deliberadamente contra las dimensiones centrales de la dignidad humana: contra la libertad, como por ejemplo a través de la esclavitud, o contra el conocimiento de la realidad, como en el caso de la mentira, y así sucesivamente.

De este modo, la dignidad de la persona humana opera como criterio fundamental de lo que no debe hacerse nunca al hombre<sup>48</sup> y constituye, de este modo, una exigencia negativa de la Ley Natural. Y cuando se está frente a conductas en alteridad realizadas en el marco de la comunidad polí-

46 Porter, J. (2005). *Nature as Reason. A Thomistic Theory of the Natural Law*. Grand Rapids-Michigan/Cambridge. Eerdmans Publishing, 231-324.

47 Finnis, J. (2011). "Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas". En *Collected Essays-Vol. I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 187-198; McNerny, 1997, pp. 88-89.

48 Pinkaers, S. (1986). *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvais. Histoire et discussion*. Paris/Fribourg. Éditions Universitaires Fribourg/Éditions du Cerf, 67-110.

tica, se tratará de normas inexcusables de Derecho Natural, como en el caso de las que proscriben la muerte de quien se sabe inocente, aun cuando puedan alegarse en esa situación razones de utilidad de las consecuencias de esa acción. En definitiva, de lo que se trata es de que los principios y las normas de Derecho Natural no sólo están destinados a regular la conducta de personas humanas, sino que también la dignidad de esas personas impide tratarlas como si no lo fueran, es decir, como meras cosas materiales y servirse de seres humanos –manipularlos– como si fueran simples instrumentos al servicio de los intereses de los poderosos.

Algo similar es lo que sucede en el caso de los Derechos Subjetivos Naturales, denominados comúnmente “Derechos Humanos”; en este caso, se trata de facultades jurídicas cuyo título radical se encuentra en la condición de persona dotada de una especial dignidad que corresponde a los sujetos titulares de esos derechos-facultades. En rigor, sólo un sujeto dotado de personidad y su correspondiente dignidad es capaz de ser titular de estas facultades jurídicas, que no se tienen principalmente por haber sido otorgadas por las autoridades políticas, sino que se poseen raigalmente por el sólo valor intrínseco de ese mismo sujeto. Ha escrito, en este sentido, Robert Spaemann que “este concepto [de dignidad humana] no indica de modo inmediato un Derecho Humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado como Derecho Humano en general. Lo que con él se nombra –concluye– es algo más originario de lo que se expresa por medio del término ‘Derecho Humano’<sup>49</sup>. En otras palabras, es la razón formal por la que un ente puede ser considerado por sí mismo como titular de derechos.

En un sentido similar, John Finnis ha escrito que “cada miembro de la especie humana tiene títulos de justicia. Por lo tanto, desde que el objeto de la justicia es siempre el derecho de alguien (*ius*), existen ciertos derechos a los que tiene título cada miembro de nuestra especie: los derechos humanos. [...] Mejor aún, cada uno de nosotros tiene ese título porque cada miembro individual de la especie tiene la dignidad de ser una persona. Y esto no es un ‘estatus’ a ser conferido o retirado, sino una realidad a ser reconocida<sup>50</sup>.

Por supuesto que el contenido de esos derechos surge de los principios del Derecho Natural, en especial de los principios que prescriben la realización de las dimensiones centrales del bien humano y prohíben los atentados en su contra, pero la razón última por la cual los seres humanos tienen derechos intrínsecos es que son personas dotadas de una dignidad eminente.

49 Spaemann, R. (1989). *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*. Madrid. Rialp, 93.

50 Finnis, 1988, p. 176.

Y es por eso también por lo que las plantas, las rocas o los animales no son titulares de derechos, aunque –tal como se verá en seguida– existan deberes morales de los hombres hacia los seres de la naturaleza infrapersonal<sup>51</sup>.

## 5. Rule of law, Bioderecho y deberes ambientales

Corresponde desarrollar ahora lo referente al papel que juega la dignidad humana en la noción y vigencia del denominado gobierno del Derecho, es decir, la idea de que la conducta humana jurídica debe ser dirigida y regulada por un Derecho Normativo que reúna ciertas características inexcusables: sanción previa, claridad, independencia de los jueces, etc. Esto es así porque, para que un conjunto de normas sea propiamente Derecho, al menos en su significado focal, es preciso que ellas dirijan la acción humana social de tal modo que se tenga en cuenta y se respete el carácter de persona espiritual que caracteriza radicalmente a cada ser humano<sup>52</sup>.

Y esto es así, porque unas reglas que condicionaran la conducta humana y fueran completamente oscuras e incomprensibles, se sancionaran después de los hechos que deben regular, fueran contradictorias entre sí, permanecieran secretas para sus sujetos, cambiaran constantemente de contenido, exigieran conductas imposibles de realizar, fueran aplicadas inconsistentemente con lo que establecen sus textos, y se sancionaran *ad hoc* para cada caso particular, no tratarían a sus sujetos como a seres humanos personales y dignos, sino como peones de ajedrez o títeres de feria<sup>53</sup>. Está claro que normas de ese tipo no estarían respetando el carácter personal y digno de sus sujetos, que para cumplir con el Derecho y participar de sus imperativos necesitan conocer con anterioridad el tenor preciso de sus mandatos, que su contenido sea posible de realizar y así sucesivamente.

Algo similar ocurre en el ámbito de regulación propio de la Bioética y del Bioderecho. En efecto, de las muy diferentes orientaciones que ha tomado la Bioética en los últimos cincuenta años, la que centra su argumentación en la dignidad de la persona humana, denominada generalmente Bioética Personalista, es la que con mayor rigor y fundamento defiende la integridad del ser humano, promueve el respeto de su vida y actividades propias, y provee soluciones más realistas a los complejos problemas que plantean la terapéutica médica y las Biotecnologías. Mientras que una buena cantidad

51 Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho...* Ob. cit., 184-188.

52 Allan, T. R. S. (2015). *The Sovereignty of Law*. Oxford. Oxford University Press, 88-132.

53 Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven/London. Yale University Press, 33-94.

de orientaciones bioéticas actuales se centran en el intento de degradar, circunscribir y, en definitiva, abolir los límites que la tradición central de la ética ha elaborado a lo largo de los siglos para hacer posible el completo despliegue del ser humano, en especial del ser humano enfermo, la Bioética Personalista marca una barrera infranqueable a cualquier manipulación o instrumentalización del ser humano-persona<sup>54</sup>.

En este sentido, y con especial profundidad, Robert Spaemann ha escrito que “persona no es el concepto de una especie sino más bien el modo en el cual son o existen los individuos de la especie. Ellos *son* de un modo tal que cada uno de los existentes en esa comunidad de personas que llamamos ‘humanidad’ tiene un lugar único, irreproducible e incapaz de sustitución [...]. Hacer que el reconocimiento de ese lugar dependa de la realización previa de ciertas condiciones cualitativas sería como haber destruido el carácter incondicional de esa exigencia [de personeidad] en su misma raíz [...]. Los derechos personales *son* derechos incondicionales sólo si ellos no dependen de la realización de ciertas condiciones cualitativas, acerca de las cuales otros deciden quiénes serán reconocidos como miembros de la comunidad de Derecho y derechos [...]. Sólo puede haber, y ha de haber, un único criterio de la personeidad: el de la pertenencia biológica a la raza humana”<sup>55</sup>. Se trata de lo que puede llamarse “principio de la incondicionalidad de la persona”: no existen condicionamientos accidentales de ningún tipo que puedan determinar el acceso de algún sujeto a la categoría de persona; todos los seres humanos, que tienen el ser personal participado por su constitución en una naturaleza espiritual, revisten el carácter de persona. Y las funciones primordiales de la Bioética y del Bioderecho son las de promover el máximo respeto del ser personal, hacer posible su realización más plena y defender su integridad del modo más asequible.

Y finalmente, en lo que hace a los deberes de las personas humanas respecto de los demás seres de la naturaleza infrapersonal, es decir, a la cuestión del Derecho Ecológico y Ambiental, conviene recordar que el agravamiento de la cuestión ecológica tiene como origen la degradación sistemática de la naturaleza, que es el resultado de las afirmaciones centrales de la filosofía moderna, comenzando por la reducción cartesiana del mundo natural a una mera *res extensa*, de la que el sujeto humano debía ser “dueño y señor”. Esta idea de la naturaleza como mero objeto de la manipulación humana atraviesa toda la modernidad y la tardomodernidad positivista, y de la cual es una clara expresión la posición de Immanuel

54 Andorno, R. (1997). *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris. PUF.

55 Spaemann, R. (1996). “Is Every Human Being a Person?”. En *The Thomist* 60, 463-474.

Kant, quien negaba expresamente la existencia de deberes del hombre para con la naturaleza<sup>56</sup>.

Pero también aquí reaparece el “olvido del ser” como causa radical de esta actitud moderna. En efecto, si lo único que se percibe e importa son los fenómenos en cuanto percibidos o los estados subjetivos de la conciencia, está claro que la realidad de la naturaleza quedará destituida de toda entidad real e intrínseca y reducida o bien a una mera materia medible y cuantificable o a un simple caos de sensaciones incognoscibles en sí mismas y privadas de sentido propio. A este respecto, ha sostenido Tomás Melendo que “tanto la posibilidad de conferir existencia al universo mediante el pensamiento o la conciencia –la re-presentación–, cuanto el convencimiento de que el mundo no conquista su ser resolutivo hasta que ha sido puesto sin reservas al servicio del hombre a través de una elaboración técnica, deriva, en su raíz, del mismo y único presupuesto inmediato: la supresión teórico-práctica del ser de lo existente [...]; la puesta entre paréntesis de la condición de ‘real’ –autónomo y consistente– de cuanto existe constituye la clave metafísica del imperialismo tecnológico”<sup>57</sup>. Y habría que agregar: y del subiguiente problema ecológico-ambiental, que es su consecuencia necesaria.

Ahora bien, queda en claro que un universo natural desprovisto de ser y de sentido propio no puede ser objeto o deudor de respeto y observancia, de sometimiento a sus leyes y ritmos propios y de tratamiento deferente; lo más, será una mera pieza o componente apto para la manipulación sin fin ni sentido propio por parte de los tecnócratas a cargo. Esto significa que la destitución de la persona de su lugar propio en el universo significa también –y consistentemente– una destitución de la naturaleza no humana de su estatuto entitativo propio, de su valor proporcionado y, en definitiva, de su dignidad propia. La “abolición del hombre” de que hablaba C. S. Lewis implica, al mismo tiempo, la abolición de la naturaleza toda, su destitución del universo de las realidades intrínsecas y su sometimiento irrestricto a la voluntad arbitraria y sin límites de las inmanencias humanas<sup>58</sup>. Por lo tanto, si se pretende sostener algo consistente acerca de la crisis ecológica y de los modos de superarla, es necesario comenzar por el mismo lugar que hay iniciar el rescate de la dignidad de la persona humana: por la revalorización de la perspectiva del ser (*esse*) como punto de partida del conocimiento y operación sobre la realidad integral.

Sólo desde esta perspectiva será posible explicar y justificar la existencia de deberes éticos respecto de la naturaleza, que en general serán de

56 Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid. Tecnos, 16-20.

57 Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Ob. cit., 66-67.

58 Lewis, C. S. (1978). *The Abolition of Man*. London. Harper-Collins.

respeto, cuidado o reparación, en razón de la perfección entitativa propia del mundo animal, vegetal o mineral. Pero estos deberes, debidos por el valor propio de los seres naturales, no suponen necesariamente la existencia de derechos de los que estos seres serían titulares, fundamentalmente por dos razones: (i) porque en el amplio ámbito de la ética existen numerosos deberes de los hombres que no suponen un derecho correlativo, como es el referido a eludir o apartarse de toda envidia o resentimiento, que carece de un sujeto contraparte que pueda exigir la realización de esa conducta; y (ii) porque en el caso de los denominados “Derechos Ambientales”, la contraparte titular del derecho correlativo son los seres humanos considerados en cuanto actuales o posibles damnificados de las acciones humanas depredadoras de la naturaleza<sup>59</sup>.

## 6. Conclusiones sobre dignidad y Derecho

Luego de estas ya extensas disquisiciones, resulta posible resumir las conclusiones centrales de las afirmaciones sostenidas, así como también de las impugnadas; ellas pueden reducirse a tres principales:

- a) la problemática referida a la dignidad propia de la persona humana y a las consecuencias teóricas y prácticas que se siguen de ella, ha tenido en los últimos siglos un despliegue inusitado; pero este despliegue y difusión no es paralelo a una mayor profundidad y rigor en el tratamiento de las cuestiones centrales de esa problemática, ya que se ha reducido –desde los inicios de la modernidad– la noción de persona a dimensiones o aspectos colaterales o accidentales, adoptándose puntos de vista reductivos de esa realidad, radicalmente inapropiados para explicar la dignidad intrínseca de los seres personales y haciendo posible, como consecuencia de lo anterior, la más extrema de las manipulaciones, y hasta degradaciones o supresiones lisas y llanas, de los seres humanos que pueblan la Tierra;
- b) la fundamentación más sólida y consistente del estatus propio de la persona humana es la que proviene del reconocimiento originario del ser (*esse*) de los entes y de su carácter constitutivo de toda realidad y perfección; a partir de este reconocimiento, se puede alcanzar una explicación suficiente de la realidad humana y de su naturaleza espiritual, que hace posible la recepción del ser (*esse*) participado de

<sup>59</sup> Mahoney, J. (2007). *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*. Malden/Oxford/Carlton: Blackwell Publishing, 175-177.

- un modo infinitamente más rico y eminente que el de los restantes seres del universo; de este modo, resulta acertado justificar racionalmente la especial dignidad que compete al hombre en cuanto titular de una perfección constitutiva prominente y, por lo tanto, sujeto de una actividad cognitiva universal y de una voluntad libre en la búsqueda del bien integral;
- c) el resultado de ese reconocimiento entitativo en el ámbito de lo práctico-jurídico radica en la necesidad de pensar al Derecho en sí mismo –en su realidad analógica– en estrecha relación con la dignidad de la persona; en la exigencia de considerar al Derecho como irreductible a sus dimensiones meramente autoritativas y de abrirse a una visión más amplia, que abarque principios jurídicos no positivos, vinculados a las dimensiones centrales de la naturaleza humana y a sus bienes propios; en la posibilidad de fundamentar y especificar Derechos Subjetivos Naturales, también llamados “Derechos Humanos” y reconocer su titularidad en el carácter personal de sus sujetos; y finalmente, en la exigencia de pensar tanto a la idea del gobierno del Derecho, como a la Bioética-Bioderecho y al Derecho Ambiental en términos de la recuperación de las ideas de ser (*esse*), participación, naturaleza espiritual y, en definitiva, de dignidad de la persona humana, que aparece como el centro nuclear de cualquier explicación de lo jurídico que tenga a la realidad en sí –al ser– como punto de partida inexcusable.

### Bibliografía citada

- Allan, T. R. S. (2015). *The Sovereignty of Law*. Oxford. Oxford University Press.
- Alvira, T. (1985). *Naturaleza y libertad. Estudio sobre los conceptos tomistas de voluntas ut natura y de voluntas ut ratio*. Pamplona. EUNSA.
- Andorno, R. (1997). *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris. PUF.
- Anscombe, G. E. M. (1990). “On the Source of the Authority of the State”. En AA.VV. *Authority*. Oxford. Ed. J. Raz. Basil Blackwell.
- Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*. Madrid. Tecnos.
- Cardona, C. (1973). *Metafísica de la opción intelectual*. Madrid. Rialp.
- Cardona, C. (1987). *Metafísica del bien y del mal*. Pamplona. EUNSA.
- De Koninck, T. (2006). *De la dignidad humana*. Madrid. Dykinson.
- Fabro, C. (1969). *Esegesi Tomistica*. Roma. Libreria Editrice Lateranense.
- Fabro, C. (1983). *Introduzione a San Tommaso. La metafísica tomista e il pensiero moderno*. Milano. Ares.
- Fabro, C. (2005). *La nozione metafísica di partecipazione, secondo San Tommaso d'Aquino*. (Opere Complete, Vol. 3). Roma. EDIVI.

- Ferrajoli, L. (2008). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta.
- Finnis, J. (1998). *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª Ed. Oxford. Oxford University Press.
- Finnis, J. (2011). "Moral Absolutes in Aristotle and Aquinas". En *Collected Essays-Vol. I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press.
- Fuller, L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven/London. Yale University Press.
- George, R. P. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford. Clarendon Press.
- Gómez-Lobo, A. (2006). *Los bienes humanos. Ética de la Ley Natural*. Santiago de Chile-Buenos Aires. Mediterráneo.
- Grondin, J. (2005). *Del sentido de la vida. Un ensayo filosófico*. Barcelona. Herder.
- Ibáñez Langlois, J. M. (1985). *Sobre el estructuralismo*. Pamplona. EUNSA.
- Kalinowski, G. (1979). *El problema de la verdad en la moral y en el Derecho*. Buenos Aires. EUDEBA.
- Lewis, C. S. (1978). *The Abolition of Man*. London. Harper-Collins.
- Mahoney, J. (2007). *The Challenge of Human Rights. Origin, Development, and Significance*. Malden/Oxford/Carlton. Blackwell Publishing.
- Massini Correas, C. I. (1994). "Privatización y comunidad del bien humano. El liberalismo deontológico y la respuesta realista". En *Anuario Filosófico* 27/2, 817-828.
- Massini Correas, C. I. (1990). "Filosofía y 'antifilosofía' de los Derechos Humanos". En AA. VV. *Razón y libertad*. Madrid. Ed. R. Alvira, Rialp.
- Massini Correas, C. I. (2005). *Filosofía del Derecho - I - El Derecho, los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires. LexisNexis/AbeledoPerrot.
- Massini Correas, C. I. (2013). "Sobre el embrión humano y la cuestión de la personalidad. Un argumento de Luigi Ferrajoli y su discusión". En *Prudentia Iuris* 76. Buenos Aires. Educa, 65-77.
- Melendo, T. (1999). *Dignidad humana y bioética*. Pamplona. EUNSA.
- Millán Puelles, A. (1984). *Léxico Filosófico*. Madrid. Rialp.
- Millán Puelles, A. (2008). *La inmortalidad del alma humana*. Madrid. Rialp.
- Mondin, B. (1983). *Il valore uomo*. Roma. Dino Editore.
- Murphy, M. C. (2007). *Philosophy of Law. The Fundamentals*. Malden/Oxford/Carlton. Blackwell Publishing.
- Pinkaers, S. (1986). *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvais. Histoire et discussion*. Paris/Fribourg. Éditions Universitaires Fribourg/Éditions du Cerf.
- Porter, J. (2005). *Nature as Reason. A Thomistic Theory of the Natural Law*. Grand Rapids-Michigan/Cambridge. Eerdmans Publishing.
- Raz, J. (1978). "Reasons for Action, Decisions and Norms". En AA. VV. *Practical Reason*. Oxford. Ed. J. Raz. Oxford University Press.
- Raz, J. (1990). "Authority and Justification". En AA. VV. *Authority*. Oxford. Ed. J. Raz. Basil Blackwell.
- Reiner, H. (2015). *Fundamentos, principios y normas particulares del Derecho Natural*. Madrid. Encuentro.

- Reinhardt, E. (2005). *La dignidad del hombre en cuanto imagen de Dios. Tomás de Aquino ante sus fuentes*. Pamplona. EUNSA.
- Singer, P. (1997). *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona. Paidós.
- Soaje Ramos, G. (2005). "Sobre la politicidad del Derecho. El bien común político". En AA.VV. *El Derecho Natural en la realidad social y jurídica*. Santiago de Chile. Ed. S. Castaño & E. Soto Kloss. Universidad Santo Tomás.
- Spaemann, R. (1989). *Lo natural y lo racional. Ensayos de antropología*. Madrid. Rialp.
- Spaemann, R. (1996). "Is Every Human Being a Person?". En *The Thomist* 60, 463-474.
- Spaemann, R. (2003). *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*. Madrid. EIUNSA.
- Tomás de Aquino (1956). *Summa Theologiae*. Vol. VI. Madrid. BAC.
- Tomás de Aquino (1968). *Summa contra gentiles*. 2 Vols. Madrid. BAC.
- Tomás de Aquino (2005). *Comentario a las Sentencias de Pedro Lombardo*. Vol. II/1. Pamplona. EUNSA.
- Torralba Roselló, F. (2005). *¿Qué es la dignidad humana? Ensayo sobre Peter Singer, Hugo Tristram Engelhardt y John Harris*. Barcelona. Herder.
- Trigeaud, J. M. (1990). *Personne ou la justice au double visage*. Genova. Studio Editoriale di Cultura.

## DIGNIDAD Y DEBERES HUMANOS<sup>1</sup> *Dignity and Human Duties*

Eduardo Martín Quintana<sup>2</sup>

*“El cumplimiento del deber de cada uno  
es exigencia del derecho de todos”<sup>3</sup>.*

Recibido: 14 de marzo de 2017  
Aprobado: 20 de marzo de 2017

**Resumen:** El concepto de dignidad cuenta con una larga historia en la cultura occidental. Contemporáneamente se expandió con la Declaración Universal de los DD HH de 1948, otros tratados internacionales y numerosas constituciones nacionales, mediante las cuales se pretendió consolidar la inviolabilidad de la persona humana. Sin embargo, debido a la indefinición del término empleado y a las disímiles y contradictorias ideologías y corrientes filosóficas, las declaraciones antes mencionadas y el atributo de *dignitas* otorgado a todo ser humano son pasibles de interpretaciones que siembran profundos desconciertos. Partiendo de la noción que la Filosofía clásica y su continuidad actual brindan a la “dignidad humana”, estas reflexiones apuntan al objeto específico de nuestra preocupación como juristas, o sea al Derecho, cuya noción influenciada por el individualismo también ha sufrido una metamorfosis, que incluye la asimetría con los deberes jurídicos, que han quedado relegados al olvido.

1 Este artículo refleja la ponencia del autor en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2017.

2 Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Prof. Consulto UBA, Prof. Emérito UCA. Autor de numerosos libros sobre Filosofía del Derecho y Bioderecho, e-mail: equintana@fibertel.com.ar.

3 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948 (Preámbulo).

**Palabras claves:** Dignidad - Persona humana - Derechos Humanos - Deberes - Modernidad.

**Abstract:** The concept of dignity has a long history in western culture. Contemporaneously it has had a grand expansion since the Universal Declaration of Human Rights of 1948, other international treaties, and many national constitutions, through which it was tried to consolidate the inviolability of the human person. However, because of the undefined term used and the dissimilar and contradictory ideologies and philosophical movements, the declarations mentioned above and the attribute of dignitas granted to every human being are passible of interpretations that sow deep disagreements. Starting from the notion that classical philosophy and its current continuity offer to the “human dignity”, these reflections point to the specific object of our concern as jurists, the law, whose notion influenced by individualism has also undergone a metamorphosis, which includes the asymmetry with the legal duties, which have been relegated to oblivion.

**Keywords:** Dignity - Human person - Human Rights - Duties - Modernity.

Para citar este texto:

Quintana, E. (2017), “Dignidad y deberes humanos”,  
*Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 73-94.

## 1. Introducción. Dignidad: las mutaciones de su significado

**1.1.** Es de público y notorio que el concepto “dignidad” cuenta con una larga trayectoria en la cultura occidental, pero a menudo se diluye el recuerdo de que su raigambre fue filosófica y religiosa más que jurídica y política. En efecto, sus orígenes se remontan a los estoicos que en sus diversas etapas lo fueron perfilando desde afirmar la igualdad de todos los seres humanos, fundado en la común racionalidad y la sociabilidad, hasta expresar el común parentesco conforme la filiación divina (entre otros, Séneca y Epicteto, además de aportes de Cicerón y la primacía cognitiva que otorga a la Ley Natural). Si bien a partir del judeo cristianismo el concepto tuvo fuerte expansión, las numerosas menciones a la “dignidad” se refirieron más bien a una cualidad virtuosa, que a un constitutivo esencial de la persona, sin perjuicio de recordar que, según el *Génesis*, el ser humano fue creado a “imagen y semejanza de Dios”, no obstante lo cual no se habla en el Nuevo Testamento del concepto “dignidad humana” y menos con las características políticas con que hoy es utilizado. Esta perspectiva filosófico-teológica la encontramos en la Edad Media; buen ejemplo de ello

es que Tomás de Aquino siempre la menciona desde una significación teológica no sociológica. Tampoco en la Edad Moderna, pese a la eclosión de derechos individuales, hay referencias políticas a la “dignidad humana”<sup>4</sup>. No se encuentra ni en la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de 1776, ni en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Asimismo, tampoco en el siglo siguiente se hace mención a ella y no aparece en los textos constitucionales de la primera mitad del siglo XX<sup>5</sup>, ni en los diversos Tratados o Convenciones sobre Derechos Humanos de esa época.

Pero así como hasta mitad del siglo XX “la dignidad humana” no fue un término de uso cotidiano<sup>6</sup>, contemporáneamente tuvo enorme expansión a partir de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de 1948, pasando luego a formar parte como tópico indiscutido de otros Tratados Internacionales, como La Convención Americana de Derechos Humanos, y numerosas Constituciones nacionales: la Ley Fundamental alemana de 1949, la española y tantas otras<sup>7</sup>. La mención a la “dignidad” y su alcance a todos los humanos indicaban un hito de significativa importancia en el reconocimiento de la relevancia de la persona respecto a todos los demás entes que pueblan el planeta.

4 Me referiré a E. Kant más adelante.

5 En el mismo sentido ver: Habermas, J. (2010). “Dignidad y utopía realista de los Derechos Humanos”. En *Dianoia*, N° 64. Alicante, 5. Cabe agregar que sólo la Constitución de Weimar expresa que se aspira a “asegurar a todos una existencia digna del hombre”.

6 Corresponde recalcar que la Doctrina Social de la Iglesia Católica desde fines del siglo XIX e insistentemente en el XX ha hecho alusiones múltiples a la “dignidad humana”, pero siempre refiriéndose a su condición de creatura divina. En este sentido, cabe recordar las encíclicas de S.S. León XIII. *Arcanum Divinae Sapientia* y *Aeternis Patris*, luego S.S. Pío XI en *Casti Connubi* y *Divini Redemptoris*, Pío XII en los radiomensajes de Navidad de 1942 y 1944 y todos los pontífices posteriores.

7 Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, Preámbulo: “[...] la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad* intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana; los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la *dignidad* y valor de la persona humana”; “Artículo 1°. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos; 3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración [...] que le asegure una existencia conforme a la *dignidad* humana”; “29. 1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad [...]”; Convención Americana de Derechos Humanos, “2. Toda persona privada de libertad será tratada con el respecto debido a la *dignidad* inherente al ser humano”; “11. 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su *dignidad*”; “32. 1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad. 2. 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”.

**1.2.** Sin embargo, apunta Ann Mary Glendon, “ya por entonces cundía entre los defensores de estos nuevos y esperanzadores rasgos una cierta intranquilidad sobre si el concepto de dignidad humana podría efectivamente servir para la misión tan elevada que se le estaba encomendando”. Agrega que Jacques Maritain, quien formó parte del grupo internacional de filósofos consultado en el proceso de la elaboración de la mencionada declaración, explicó el motivo por el que se dejaron sin definir cuestiones muy cruciales: “Estamos de acuerdo respecto a los derechos”, fue su famosa respuesta, “siempre que nadie nos pregunte el porqué [...]”. De ahí que el portavoz del comité de filósofos de ese organismo internacional, Richard McKeon, alzase la voz para advertir que cabría esperar graves problemas en el futuro, manifestando que “las diferentes concepciones en torno al significado de los derechos generalmente reflejan concepciones divergentes sobre el hombre y la sociedad”. Asimismo, el especialista en Bioética, Adam Schulman, lo planteaba de la siguiente manera: “¿Es la dignidad un concepto útil, o un simple eslogan tras el que se camuflan argumentos poco convincentes y prejuicios sin articular?”<sup>8</sup>.

Varias décadas después, el documento *En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la Ley Natural*, de la Comisión Teológica Internacional (Vaticano), del año 2009, expresa que si bien la Declaración Universal de los Derechos Humanos “[...] sigue siendo una de las expresiones más elevadas de la conciencia de nuestro tiempo [...] los resultados no han estado siempre a la altura de las esperanzas [...] pues una cierta propensión a multiplicar los derechos del hombre, más en función de los deseos desordenados del individuo consumista o de reivindicaciones sectoriales, que de las exigencias objetivas del bien común de la humanidad, ha contribuido en gran medida a devaluarlos”<sup>9</sup>.

**1.3.** Una nueva visión antropológica y sus consecuencias jurídicas: Según la opinión de autores de muy diverso perfil, una de las características específicas que signan a la Modernidad, quizás la más propia, es el surgimiento de una nueva imagen y concepto del hombre que se convierte en algo importante para sí mismo y, como consecuencia de este giro cultural, la libertad es entendida también de un modo diferente. Las diversas filosofías que la alimentaron tienen como consecuencia jurídica al subjetivismo y, por ende, al nacimiento del Derecho Subjetivo, que se basa en una noción

<sup>8</sup> Glendon, A. M. (2012). “La soportable levedad de la dignidad”. En *Persona y Derecho* N° 67, 253-262.

<sup>9</sup> Comisión Teológica Internacional (Vaticano) (2009). “En busca de una ética universal: una nueva mirada sobre la Ley Natural”. En *Prudentia Iuris*, N° 72, Buenos Aires. Educa, noviembre 2011.

de la libertad entendida como pura autonomía o independencia respecto a los demás y, a la postre, como independencia a cualquier realidad objetiva<sup>10</sup>. Resulta interesante que al reseñar la génesis del Derecho Subjetivo como “facultad moral” anclada en la “autonomía de la persona”, Habermas recalca que la subjetividad moderna no tiene ningún parámetro objetivo que la justifique, más que la voluntad individual, contraponiéndola con la que Aristóteles llamaba “ética”, que quedó diluida en deseos personales: “[...] una creciente literatura autobiográfica de confesiones y autoexamen se desarrolla desde Rousseau a Sartre, pasando por Kierkegaard; un tipo de reflexión que cambia la actitud de uno mismo para con su propia vida individual. En lugar de la introducción a una vida virtuosa, efectuada por vía de mostración de casos ejemplares, el lugar de los modelos de vida lograda recomendados para su imitación pasa a ocuparlo, cada vez más decididamente, la exigencia abstracta de una apropiación consciente y autocrítica, la exigencia de una asunción responsable de la propia biografía individual, incanjeable y contingente”<sup>11</sup>.

Volviendo a Glendon, son expresivas sus palabras afirmando que “la fuerza moral que progresivamente adquirían los ideales de Derechos Humanos los iba haciendo más y más apetecibles a los ojos de determinados grupos de presión, que empezaron a pugnar por secuestrarlos para ponerlos al servicio de sus propios fines. El concepto de la dignidad de la vida humana se vio así sometido a una doble amenaza: el ataque frontal o la cooptación. Los lobbies del control de la población y los impulsores de la liberación sexual fueron los primeros en atacar. Las décadas turbulentas de la revolución sexual trajeron consigo campañas tendientes a conseguir el reconocimiento como Derechos Humanos de las libertades sexuales y el aborto. Y en la medida en que esos nuevos derechos entraron en conflicto con los ya preexistentes relativos a la religión y la familia, no fue sino cuestión de tiempo que los defensores de los derechos sexuales y al aborto empezasen a hablar de la necesidad de ‘deconstruir y reconfigurar el marco de los Derechos Humanos’. Los preceptos de defensa de la familia contenidos en las Constituciones e instrumentos de Derechos Humanos de la posguerra, basados en el concepto de dignidad humana, se convirtieron en el primer objetivo de esos esfuerzos”<sup>12</sup>.

Estas observaciones se fueron haciendo realidad en muchos países y en algunos tribunales regionales, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han alegado legítimos derechos como la intimidad, pri-

10 Poole, D. (2008). “Bien común y Derechos Humanos”. En *Persona y Derecho*, N° 59, 97.

11 Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez*. Madrid. Trotta.

12 Glendon, A. M. Ob. cit.

vacidad, autonomía o formación de una familia para lograr fines diferentes a los protegidos por esas normas, no siendo menor el recurso a las nuevas corrientes filosóficas<sup>13</sup>. En el tema en tratamiento, se utilizan distintas palabras para designar lo que antes era significado por otras, produciéndose de esta manera a una cobertura que edulcora la operatoria mientras se crea una nueva sensibilidad social adaptada a los cambios. El aborto es denominado interrupción del embarazo, el implante del embrión significa concepción en vez de la fecundación, las cirugías contraconceptivas pasan a ser salud y procreación responsable, se prohíbe la comercialización de gametos pero se autoriza su compensación económica, a la clonación se le añade “terapéutica” sin aclarar que la terapia beneficia a un tercero destruyendo el clon, el alquiler de vientres es gestación por sustitución, la eutanasia pasa a ser muerte digna, las restricciones a la natalidad son planificaciones familiares protectoras de las regiones menos desarrolladas, la fecundación artificial es procreación asistida, en algún texto legal el embrión pasa a ser material reproductivo, a la filiación, la paternidad o maternidad ficticias se las denomina voluntad procreacional y su consecuencia es la ruptura de los lazos biológicos. Respecto al matrimonio se sustituyeron los términos hombre y mujer por “contrayentes”, tampoco

13 Como he desarrollado más extenso en esta misma publicación, si bien el interés por el lenguaje ha significado aportes novedosos a la problemática filosófica, por otra parte han surgido corrientes de pensamiento y/o autores que han reemplazado la realidad como objeto de conocimiento por el lenguaje y la comunicación intersubjetiva. No es el tema que nos ocupa ahora un análisis pormenorizado de la semiótica o lingüística, pero al menos cabe alguna referencia a esas perspectivas que han contribuido a expandir dicha metamorfosis. Mencionaré dos de ellas: el positivismo lógico y el posmodernismo, llamado también posestructuralismo. En primer lugar, cabe señalar al positivismo lógico que tuvo su mejor exponente en el “Círculo de Viena” y que, a su vez, recibió las influencias de la filosofía analítica que denomina a un grupo de autores que si bien difieren en diversas perspectivas comparten algunas características significativas. Una primera aproximación a estos autores o corrientes permite dividirlos en dos líneas de pensamiento denominada: una, “filosofía lingüística” y, otra, “filosofía de la reconstrucción racional” o filosofía de los lógicos. Como lo expresa Elders, para el pensamiento surgido del Círculo de Viena no es tarea de la filosofía ocuparse de la realidad, pues ella es objeto de conocimiento de las ciencias naturales y, por tanto, su misión es desmascarar el uso erróneo del lenguaje cotidiano, el cual no refleja la estructura metafísica del mundo como ingenuamente lo creía Aristóteles. Cabe señalar que la actitud escéptica hacia la esencia de lo real, que es una característica del positivismo lógico-lingüista, lo es también en su correlato jurídico. En este sentido, para Eugenio Bulygin, el escepticismo ético es definitorio del positivismo jurídico y siguiendo a von Wright sostiene la concepción no cognitivista de las normas que no pueden ser verdaderas ni falsas. De esta manera, el significado de las palabras no refleja la objetividad de la realidad, la cual es imposible de conocer, sino que obedece al poder fáustico de la razón, ya sea individual o colectiva, mediante los ya consabidos consensos. Quintana, E. M. (2009). “Sofismas y eufemismo en la fecundación artificial”. En *Prudentia Iuris*, N° 66/67. Buenos Aires. Educa, 107-126.

hay plazos “mínimos” para su finalización, que puede ser solicitada unilateralmente. La devaluación institucional del matrimonio proviene no solo de esta última circunstancia, sino, entre otras, de que la fidelidad es sólo moral, y la infidelidad no recibe ninguna sanción. Es la única situación jurídica en la cual no rige la buena fe ni hay incumplimientos punibles. La relación paterno-filial no ha escapado a estas mutaciones pues se ha debilitado la autoridad de los padres y se han creado categorías de menores al solo efecto de eludir la autoridad de los progenitores e incentivar un voluntarismo adolescente en uno de los momentos más complejos de la vida. Un proyecto legal que tuvo tratamiento en el Congreso de la Nación<sup>14</sup> se denominó “Ley de protección del embrión no implantado”, en cumplimiento de lo dispuesto por el Código Civil y Comercial, pero dicha “salvaguarda” implicaba la ampliación de técnicas lesivas de la vida e integridad de los embriones y su descarte luego de un determinado plazo; asimismo, la eugenesia se viabilizaba mediante el llamado diagnóstico genético preimplantatorio, además de permitir su investigación. ¿Cómo puede ser posible este avasallamiento de las instituciones naturales si las naciones que así proceden han suscripto, entre otras cosas, que: “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la *dignidad* intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”; y que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en *dignidad* y derechos”, también que “toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”?

La situación actual obedece a varias circunstancias, entre ellas: a) interpretación inmanente del concepto de *dignidad*, que tiene su origen en los siglos XVII y XVIII, la cual si bien mantiene el uso del vocablo lo vacía de su contenido trascendente; b) transmutación moderna y luego contemporánea del significado del término *Derecho*, pues perdió su íntima imbricación con la justicia, para reducirse al Derecho Subjetivo amparado por la legislación positiva. Pero contemporáneamente aún los Derechos Subjetivos parecen haberse independizado de la universalidad de la ley para incardinarse en el reinado de las diferencias; c) debilidad o licuación de los deberes, consecuencia de la exaltación del individualismo, quedando ubicados en una posición asimétrica de minusvalía respecto a los derechos, como lo pondremos de manifiesto conforme a las legislaciones positivas nacionales e internacionales.

14 La Cámara de Diputados lo aprobó en el año 2014 y venció en 2016, al no ser tratado por la Cámara de Senadores.

## 2. Significados inmanentes del concepto “dignidad” (moderna y posmoderna)

### 2.1. La dignidad moderna

No debe extrañar el camino antes descrito pues las filosofías subyacentes a la juridicidad se enraízan en la inmanencia. Es Kant quien con mayor fuerza difundió la noción de dignidad tan mentada en las declaraciones y constituciones contemporáneas. Para él, “personalidad” y “dignidad” son dos vocablos equivalentes. En *La Metafísica de las costumbres* expresa: “La humanidad misma es una dignidad; porque el hombre no puede ser utilizado únicamente como medio por ningún hombre (ni por otros, ni siquiera por sí mismo), sino siempre a la vez como fin y en esto consiste precisamente su dignidad (la personalidad), en virtud de la cual se eleva sobre todos los demás seres del mundo que no son hombres”<sup>15</sup>.

Según el planteamiento kantiano, más que existir un *fundamento* de la dignidad humana, lo que hay es una explicación o aclaración, pues una fundamentación habría de ser metafísica y eso resulta inaceptable para Kant. Lo único que cabe es rendirse ante *un hecho* que se impone a la razón práctica: el imperativo moral, que ordena en cualquier caso respetar a la persona como un fin en sí mismo, pero dejando a salvo que tal imperativo no presupone ningún conocimiento de lo que es la persona en sí. De ahí que sólo cabe aclarar el concepto de dignidad humana que viene dada por su conexión con el de libertad<sup>16</sup>. Cabe tener en cuenta que la libertad es la clave que le permite afirmar que la persona no tiene precio sino dignidad. Pero aquí termina la explicación que se remite al hecho moral de la existencia misma de la libertad o autoposición libre. Otro postulado clave de la razón práctica kantiana es la denominada “autonomía” de la voluntad, o sea, de la moral, pues para Kant, la voluntad para ser libre no debe estar constreñida por nada exterior a ella misma. El concepto de dignidad con el que se identifica la personalidad está íntimamente ligado con el de la autonomía. Asimismo, la libertad es la condición de posibilidad de la autonomía y, por tanto, la base de la dignidad.

Por ello, “la dignidad corresponde, para Kant, al hombre porque es ser capaz de moralidad, capaz de pertenecer al reino de los fines como legislador autónomo, gracias a la libertad que se le presupone a la voluntad de todo ser racional. A partir de aquí aparece la relación entre la concepción kantiana y aquellas otras doctrinas que vinculan la dignidad a lo que podríamos llamar personalidad moral efectiva, identificable con el goce fáctico de la capacidad

15 Kant, E. (1996). *La Metafísica de las costumbres*. Barcelona. Altaya.

16 Cf. Barrio Maestre, J. M. (2000). *Elementos de Antropología Pedagógica*. Madrid. Ediciones Rialp.

de ejercer la razón y la voluntad de modo autónomo [...]”; en consecuencia, “quien no goza de autonomía moral queda en una posición semejante a un ente natural [...] El ser no autónomo no sería humano”<sup>17</sup>. Pienso que Kant jamás advirtió cuál sería la utilización posterior de sus doctrinas, ni tampoco que muchos de sus seguidores utilizaran sólo el apriorismo con fines instrumentales, olvidando el contenido que les atribuía su ancestro ya que sólo se conserva uno de aquellos: la “libertad”, y han desaparecido del horizonte los otros dos *a priori*: la existencia de Dios y la inmortalidad del alma.

Fácilmente se advierte la paternidad de “la autonomía de la voluntad” kantiana en muchas teorías en boga, entre ellas, la muy difundida de Tristram Engelhardt, quien sostiene que no todos los seres humanos son personas, planteando su distinción entre personas en sentido estricto y vida biológica humana, ya que las primeras son seres autoconscientes, racionales, libres en sus opciones morales. Engelhardt cita a menudo a Kant, para quien la noción de persona se identifica con la “posesión del yo”, pues es gracias a la unidad de la conciencia a través de todos los cambios en el tiempo que el hombre es persona<sup>18</sup>. Esta interpretación inmanentista del concepto de dignidad humana es propia del antropocentrismo moderno que la ha magnificado otorgándole una autosuficiencia y automerecimiento fundado únicamente en la libertad y, por ende, en la tan mentada autonomía de la voluntad. Cabe interrogarse: ¿continúa hoy vigente la dignidad entendida en parámetros kantianos?

## **2.2. La dignidad posmoderna**

El sujeto de derecho destinatario de la legislación de la modernidad era el sujeto cartesiano racional y abstracto, dueño de su voluntad, consciente y libre y uno de los paradigmas más difundidos era la proclamación de la igualdad de derechos de todos los seres humanos. En consecuencia, la ley tenía un alcance general, primando por sobre todas las cosas el principio de igualdad. A su vez, el individualismo aún pregonado en el siglo XX se insertaba en ciertas premisas universales, como “el reconocimiento a la dignidad intrínseca de todos los miembros de la familia humana”. Esta apelación a la humanidad como principio universal implicaba una cierta nivelación en los derechos y pretensiones, pues se postulaba un parámetro referido a

17 Serna, P. (1998). “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo”. En *El derecho a la vida*, Massini, C. I. y Serna, P. (Eds.). Pamplona. EUNSA, 37 y 43.

18 Andorno, R. (1988, 4 de febrero). “¿Todos los seres humanos son ‘personas’? El Derecho ante un debate emergente”. En *El Derecho*, 1-4. En especial, nota nº 14 con cita de la *Crítica de la razón pura* y comentario de Max Scheler.

la especie que por lógica abarcaba a todos los individuos que la integran. Las primitivas Declaraciones de Derechos y su anclaje en la dignidad humana tenían como destinatario la limitación de los poderes de la autoridad soberana. Contemporáneamente, más por la vía de las jurisdicciones internacionales, en muchas situaciones se trata de una transmutación en el intento de transformar “los deseos subjetivos” en Derechos Subjetivos, pues el referente suele ser la propia persona en desmedro y con total olvido de su inserción social.

Pareciera que este sujeto de derecho ha sido metamorfoseado por las corrientes ideológicas denominadas posmodernas o antimodernas, sujeto que cada vez acepta menos los límites impuestos por la objetividad de la ley, queriendo establecer sus deseos sin cortapisas. De aquí en más, la posmodernidad trajo aparejados nuevos paradigmas inexistentes en las Declaraciones de Derechos emanados de la dignidad moderna. Hoy día, la “generalidad” de la ley, que dependía a su vez de la universalidad de ciertos principios inmanentes a toda la humanidad, pertenece a un pasado cada vez más lejano. Por el contrario, se sustenta el elogio de lo fragmentario y lo diferente, que ya había sido anticipado por el estructuralismo de los años sesenta, el cual sustituye el trascendentalismo de la conciencia por el del inconsciente, en la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales, lingüísticas o simbólicas<sup>19</sup>.

Según Gilles Lipovetsky, vivimos una segunda revolución individualista que rompe todos los cánones forjados entre los siglos XVII y XIX. El universo de los objetos, de las imágenes, de la información y de los valores hedonistas, permisivos y psicologistas que se les asocian, han generado una nueva norma de control de los comportamientos, a la vez que una diversificación incomparable de los modos de vida, una imprecisión sistemática de la esfera privada, de las creencias y los roles; dicho de otro modo, han generado una nueva fase de la historia del individualismo occidental que muestra una privatización ampliada, erosión de las identidades sociales, abandono ideológico y político, desestabilización acelerada de las personalidades<sup>20</sup>. En la enseñanza académica y universitaria del Derecho ha tenido y tiene alto impacto el pensamiento de Michel Foucault, a quien se debe la versión más antimoderna del pensamiento estructuralista que toma como punto de partida la prefiguración de una muerte del hombre que habían realizado el psicoanálisis y la etnología, al diluir la subjetividad en un campo de impulsos y relativiza el humanismo de la civilización

19 Innerarity, D. (1989). *Dialéctica de la modernidad*. Madrid. Ediciones Rialp.

20 Lipovetsky, G. (1986). *La era del vacío. (Ensayos sobre el individualismo contemporáneo)*. Barcelona. Anagrama.

occidental<sup>21</sup>. Por mi parte, agrego que si este análisis goza de cierta verosimilitud, la dignidad fundada en la inmanencia de la “familia humana” no ofrece mayores garantías ya que cada individuo pretende constituirse en su propia familia, pues en definitiva la normatividad depende de su “autopercepción”.

De esta manera se evidencian crudamente las contradicciones intestinas que acompañaron durante casi dos siglos al contractualismo político-jurídico pues exaltaron al individuo, pero concomitantemente establecieron el primado de la ley positiva desgajada de todo contenido ontológico. Paradójicamente nos encontramos ahora ante la legalidad débil, que corre el riesgo de ser sustituida por decisiones judiciales que tampoco gozan de la fuerza del precedente, pues en cada caso prevalece el criterio del sentenciante que, según su propia hermenéutica, debe seleccionar los principios por sobre las normas, derivados del amplio abanico que ofrecen los Derechos Humanos. Como puede advertirse, la “dignidad” posmoderna difiere de su ancestro moderno ya que exige el reconocimiento del intento de autoproducir su propio constitutivo humano conforme a sus propios deseos, el cual debe contar concomitantemente con el aval de la juridicidad. Si hasta ahora la dignidad calaba como fundamento en el común horizonte de la humanidad, ahora el fundamento es la individualidad, pues más que “iguales” somos diferentes y diversos.

### **3. Significación clásica de dignidad. Fundamento ontológico y proyección moral**

#### **3.1. Dignidad ontológica**

Como se ha expuesto al comienzo, la predicación moderna de la dignidad se ha expresado sin precisar su fundamento, a lo que se añade la pretensión inmanentista de atribuir lo absoluto a una entidad finita y relativa, cual es la humanidad. Como primera contestación puede recurrirse a la semántica y, en tal sentido, *dignidad* significa cualidad de digno y *digno*, “merecedor de algo”, lo cual trae aparejado una pregunta: ¿quién dispensa este merecimiento? Como expresa Robert Spaemann, “la dignidad humana encuentra su fundamentación teórica y su inviolabilidad en una filosofía de lo absoluto. El concepto de dignidad significa algo sagrado, en última instancia, se trata de una idea metafísico-religiosa. Por eso el ateísmo despoja a la idea de dignidad humana de su fundamentación y, con ello, de la posibi-

21 *Ibidem*, 42.

lidad de autoafirmación teórica de una civilización. La licuación paulatina y a veces disimulada de la creencia en Dios creador y el acento puesto en la humanidad como absoluto han sido la principal causa del deterioro en el concepto de dignidad de los hombres<sup>22</sup>. Agregó que la noción de creación del hombre como imagen y semejanza de Dios implica, a la vez, la participación en el mismo Ser subsistente y, en consecuencia, la dignidad humana no es inmanente sino trascendente, participación –imagen y semejanza– de la dignidad propia del Ser subsistente<sup>23</sup>.

Asimismo, esta participación significa que la humanidad no es una especie animal mejor dotada que las restantes, sino que pertenece ontológicamente a otra gradación del ser que le viene dada por su conformación espíritu-corporal y no sólo sensitiva. En el mismo sentido, afirma Millán Puelles: “[...] si la presunta dignidad del hombre es tan sólo el emblema de una arrogancia que se nutre de su propia afirmación, todo podría quedar en un puro y simple gesto megalómano. Por el contrario, si se trata de algo cuyo origen rebasa nuestro ser y que se funda por tanto en un principio ontológicamente sobrehumano, el concepto en cuestión sale del círculo de nuestra mismidad y en vez de mirarse en ella como en su propio espejo apunta hacia el ‘original’ del que deriva el valor específico del hombre [...] Sólo la realidad de que Dios –lo Absoluto– ha querido al hombre como un fin en sí mismo y le ha otorgado también, con la libertad, el carácter de persona y la posibilidad de relacionarse libremente con Él, es capaz de fundamentar de modo incondicional el respeto, también incondicionado, que la persona finita merece”<sup>24</sup>.

A partir de este fundamento, el ser humano no sólo es portador de una distinción absoluta respecto a todos los restantes seres, sino que por su inteligencia y voluntad tiene la posibilidad y, a la vez, necesidad, de que su “primera naturaleza”, en tanto que espíritu encarnado o cuerpo animado, se acreciente en una “segunda naturaleza”, que depende de sus actos conscientes y libres. De aquí que la “dignidad moral” no viene “dada” sino “lograda” a través de la vida.

### **3.2. La dignidad moral. Correlato entre derechos y deberes**

Ante el avasallamiento de los derechos fundamentales, tanto la doctrina como los textos jurídicos y políticos volcados en Constituciones naciona-

22 Spaemann, R. (1998). “Sobre el concepto de dignidad humana”, en Massini, C. I. y Serna, P. (Eds.). *El derecho a la vida*. Pamplona. EUNSA, 81.

23 Hervada, J. (1992), *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.

24 Barrio Maestre, J. M. Ob. cit.

les, Tratados y Convenios Internacionales pusieron el acento en la dimensión ontológica de la persona (pese a su falta de fundamento trascendente), con el añadido de que su exposición era un vademécum de derechos “frente” a los poderes públicos, quedando en un segundo plano el sentido del deber que implica la actuación responsable de los titulares de los derechos que a la vez eran también los obligados. Pero desde hace unas décadas, autores no sólo de tradición teológica, sino principalmente filosófica, han advertido la desvalorización que se ha producido en la relación “derechos-deberes” en desmedro de éstos últimos. Desde esta perspectiva, la dignidad adquiere toda su trascendencia jurídica al asumirse no sólo en su sentido pasivo u “ontológico”, sino también desde su rol activo o moral, lo que significa que toda persona tiene la obligación o deber de comportarse conforme su constitutivo esencial humano para alcanzar la dignidad de su naturaleza, tanto en sí misma como frente a los demás.

Asimismo, parte significativa de la filosofía jurídica ha recuperado la imbricación entre “derecho y deber”. En este sentido, se ha afirmado que “lo que el Derecho establece son cargas, deberes y obligaciones y que los Derechos, aún los fundamentales, son su esencia y estructura imposiciones de deberes (de acción y de omisión) de respetar ciertos ámbitos por parte de la autoridad y de los ciudadanos. La Moral y el Derecho se refieren al comportamiento libre de las personas, de los seres humanos. Se impone el deber de actuar de forma que no se instrumentalice a uno mismo ni a los demás; esto es, de respetar, como fin y no como medio, la dignidad que corresponde a toda persona, empezando por uno mismo; por eso, al considerar la dignidad humana en el plano jurídico-constitucional debemos pensar en la imposición de un deber personal de respetar la dignidad humana propia tanto como la ajena [...] desde un plano ético, pero también jurídico, es posible concebir todo el entramado de derechos fundamentales como un sistema de deberes personales, tanto de los particulares como, ante todo, de los poderes públicos, deberes de los gobernantes. Más aún, contra la común opinión contraria, hay que reafirmar que de la propia dignidad humana lo que se desprenden primordialmente no son los derechos sino los deberes del hombre”<sup>25</sup>. Estas reflexiones contemporáneas poco tienen que ver con las fuentes de pensamiento surgidas de la ilustración e iluminismo, sino que significan la continuidad de la filosofía perenne.

25 García Cuadrado, A. (2012). “Problemas constitucionales de la dignidad de la persona”. En *Persona y Derecho*, N° 67, 449-514.

### 3.3. *El aporte de la tradición clásica*

Si bien no es el propósito de este trabajo efectuar una recorrida histórica sobre la correlación entre derechos y deberes, citaré a algunos autores antiguos y medievales que postularon la indisoluble relación entre ambos. Respecto a los primeros, y dado su carácter de filósofo y jurista, me referiré al pensamiento de Cicerón.

#### 3.3.1. *Cicerón y los deberes*

En la elección del filósofo y jurisconsulto romano no es menor la circunstancia de que sea el autor de la obra *Los deberes*. Como es sabido, entre las numerosas influencias que recibe, quizá la principal haya sido la de los estoicos. Resulta de significación para nosotros la importancia que brinda a las leyes y al concepto de bien: “La verdadera ley es la Recta Razón conforme a la Naturaleza, diseminada en todos, invariable, eterna” (*De Republica* III, 33, 22); “la Ley es la Razón Suma ínsita en la Naturaleza que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario” (*De legibus*, I, 6, 18). La misión de la ley natural, a la que debe seguir la ley humana, es el criterio racional del hombre prudente, la regla (medida o norma) de lo justo e injusto (*De legibus*, I, 6, 19).

A partir de la Ley Natural como principio rector de la filosofía moral, jurídica y política, sostiene una conclusión en línea con el desarrollo del tema que nos ocupa al afirmar que si bien la filosofía tiene muchas ramas, siendo todas ellas igualmente útiles e interesantes, no hay otra que abarque tanto, ni tenga una utilidad tan general como lo que se ha escrito de los *deberes*, pues “en efecto, ya sea uno simple ciudadano particular, hombre político, orador o padre de familia, en todas las relaciones con nosotros mismos, o con los demás, no hay estado en la vida que esté exento de *deberes*: ser fiel a ellos es un honor; tenerlos en poco es un motivo de censura”<sup>26</sup>. La lectura de Cicerón deja en claro que su desarrollo del tema tiene poco que ver con la “autonomía de la voluntad” en su tratamiento moderno, ya que no es la conciencia el único parámetro rector, sino que advierte que para tratar sobre los deberes y conocer su naturaleza y extensión, lo primero es el conocimiento de la objetividad del “deber ser”. Puede concluirse que para el jurista romano existe una íntima imbricación entre la razón, el bien, la Ley Natural, el derecho que ella prescribe y la realización de los deberes para su cumplimiento.

26 Cicerón, M. T. (1962). *Los deberes y las paradojas de los estoicos*. Madrid. Gredos.

### 3.3.2. Tomás de Aquino: derecho y débito

El significado clásico de la dignidad humana permite recuperar el sentido del Derecho en la acepción principal del término, o sea lo justo, lo suyo de cada uno, el objeto de la justicia, conforme la clásica definición de Santo Tomás de Aquino, quien conocía bien la facultad subjetiva pero nunca la definió como Derecho: “No en vano lo propio de la justicia es ordenar o regir al hombre en las cosas relativas a otro, pues lo recto en el acto de justicia se constituye en atención a otro sujeto, puesto que en nuestras obras se llama justo lo que según alguna igualdad corresponde a otro”<sup>27</sup>. Cobra también sentido el deber ya que no hay derechos sin obligados y, salvo excepciones, el común denominador de toda relación jurídica es la bilateralidad de las prestaciones que, a su vez, para enmarcarse en el parámetro de la justicia debe guardar equilibrio.

Lo justo, o sea lo que corresponde a cada parte en una relación de justicia, tiene un doble aspecto: de derecho y de deuda; el primero de ellos mira al titular del derecho, pues manifiesta lo que tiene que recibir, y el segundo mira particularmente al sujeto de la justicia, aquel que tiene que dar. Por eso el arte del Derecho se resume en el arte de determinar derechos y deberes<sup>28</sup>. La justicia exige alteridad y, por tanto, es una relación, olvidada por completo por el individualismo que ha marcado profundamente la vida moderna. En esta dirección, según Pieper, cuando los clásicos hablaban de justicia, no tomaban en consideración a los *legitimados* sino a los *obligados*. La preocupación del justo, dicen, se dirige a dar a cada uno lo suyo, no a recibirlo. Asimismo, cuando hablan de Derecho están haciendo referencia exclusivamente al “derecho ajeno”. La doctrina clásica de la justicia no es primeramente exposición de derechos que pertenecen y que, por tanto, pueden reclamarse, sino que es exposición y motivación del deber de respetar derechos; mientras que la doctrina posterior, más familiar a nosotros, no parece tener a la vista, primariamente, a los obligados, sino a los legitimados<sup>29</sup>.

Desde esta concepción de la justicia, la dignidad de la persona se manifiesta no sólo en su ser ontológico sino que a partir de allí dinámicamente se realiza en el “deber ser” que proviene de su conocimiento intelectual y de su libertad. En el último medio siglo el Magisterio de la Iglesia, si bien no ha dejado de resaltar el valor de los derechos, ha puesto no menor énfasis (quizá mayor) en los deberes. Pablo VI afirmaba: “Herederos de generaciones pasadas y beneficiándonos del trabajo de nuestros contemporáneos, estamos obligados

27 Santo Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica*, Madrid. BAC, II-II, 57, 1.

28 Conforme Hervada, J. (1984). *Introducción crítica al Derecho Natural*. Pamplona. EUNSA.

29 Pieper, J. (2000). *La fe ante el reto contemporáneo*. Madrid. Rialp.

para con todos y no podemos desinteresarnos de los que vendrán a aumentar todavía más el círculo de la familia humana. La solidaridad universal, que es un hecho y un beneficio para todos, es también un deber”<sup>30</sup>. En efecto, “el deber ser” designa todo aquel bien o toda aquella conducta que, en relación con el ser personal, tiene nota de deuda o débito, lo cual puede ser designado con el neologismo *debitud*, o sea, la condición de debido. La eminencia de la persona implica que a su ser humano le está esencialmente incardinado su deber ser, o sea, el desarrollo de su personalidad que implica asumir responsabilidades<sup>31</sup>.

La evidencia del débito como correlativa al derecho surge claramente de la justicia legal, mediante la cual todos los integrantes de la sociedad somos deudores, pues todos nos beneficiamos de su existencia y, por tanto, todos le debemos lo que corresponde. De aquí la preeminencia de la ley, cuyo fin trasciende al de cada uno de los individuos, ya que su objeto es la realización del bien común. La funcionalidad de la ley consiste en ordenar el obrar de cada uno a lo que es debido a la dignidad del otro. Como afirma Santo Tomás, la justicia general, por tener por fin aquel bien, ejerce una causalidad universal sobre todos los fines particulares que le deben ordenarse. A su vez, el bien común es un débito que contiene en sí su propia justificación, ya que “es necesario que la ley propiamente mire aquel orden de cosas que conduce a la felicidad común”<sup>32</sup>. Y la justicia general que tiene por función promoverlo participa de su dignidad y de su fuerza motora. Bien se ha dicho que el adagio “mis derechos terminan donde empiezan los ajenos” debe modificarse diciendo “mis derechos terminan donde empiezan mis deberes”, porque sólo así se mantiene la justicia objetiva que concluirá en la plenitud ontológica de la persona y en la comunidad social<sup>33</sup>.

El tratamiento de la Ley Natural elaborado por Tomás de Aquino corrobora lo anterior. A veces se entiende a la Ley Natural como la fuente de los derechos. En realidad, ontológicamente es la naturaleza humana quien cumple tal finalidad, pues la Ley Natural es preceptiva del cumplimiento de deberes y obligaciones. Así lo afirma en numerosos pasajes del Tratado de la Ley: a) “el término ley procede de ligar, puesto que obliga a obrar”; b) “el acto de la ley es preceptuar o mandar porque es preceptiva de todos los actos de las virtudes”; c) “los preceptos de la Ley Natural son respecto a la razón práctica los mismo que los primeros principios de la demostración respecto a la razón especulativa”<sup>34</sup>.

30 Pablo VI. *Populorum Progressio*, N° 17. Roma. Ediciones Paulinas.

31 Hervada, J. Ob. cit.

32 Santo Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica*. Ob. cit., 1-2, 90, 1.

33 Mirabella, M. A. (1995). “Deberes y derechos de la persona humana”. En *Cursos de Cultura Católica*, Volumen XII, 49.

34 Santo Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica*. Ob. cit., 1-2, 90,1 y 2, 94, 2.

La doctrina social católica ha mantenido esta tradición clásica-cristiana de la relación entre deberes y derechos y, a tal efecto, entre innumerables textos he optado por palabras de Benedicto XVI, quien advertía: “[...] en la actualidad, muchos pretenden pensar que no deben nada a nadie, si no es a sí mismos. Piensan que sólo son titulares de derechos y con frecuencia les cuesta madurar en su responsabilidad respecto al desarrollo integral propio y ajeno. Por ello, es importante urgir una nueva reflexión sobre los *deberes* que los derechos presuponen y sin los cuales se convierten en algo arbitrario. Se aprecia con frecuencia una relación entre la reivindicación del derecho a lo superfluo e incluso a la transgresión y al vicio, en las sociedades opulentas y la carencia de comida, agua potable, instrucción básica o cuidados sanitarios elementales en ciertas regiones del mundo subdesarrollado y también la periferia de las grandes ciudades. Dicha relación consiste en que los derechos individuales desvinculados de *deberes* que les dan sentido profundo, se desquician y dan lugar a una espiral de exigencias prácticamente ilimitada y carente de criterios. La exacerbación de los derechos conduce al olvido de los *deberes*. Los *deberes* delimitan los derechos porque remiten a un marco antropológico y ético en cuya verdad se insertan también los derechos y así dejan de ser arbitrarios”<sup>35</sup>.

### 3.3.3. *Los deberes: de Kant al realismo clásico*

Según alguna opinión, el descrédito sufrido por la moral, y en especial el cumplimiento del “deber moral” como paradigma de la perfección humana en el siglo XX, tiene sus orígenes remotos en la moral kantiana, de gran expansión en el siglo XIX, pero que al fundarse principalmente en el esfuerzo de la voluntad guiado por una racionalidad superadora de los sentidos e inclinaciones naturales, terminó agotándose y dando paso a la “liberación” moral contemporáneamente difundida. Si bien tal conclusión resulta al menos exagerada, no deja de ser realidad que “el cumplimiento del deber por el mandato de la conciencia” no es un postulado de la filosofía clásica. Para Kant, la moral se funda en el “imperativo categórico” que ordena cumplir con el deber prescripto por la conciencia, pero por el mismo deber sin asignarle ningún contenido material. El “hombre bueno” es el que obra sin perseguir ninguna satisfacción, ni tampoco la felicidad en cuanto tal, pues ello empaña la intención de la persona, sino sólo por “el deber”.

Por el contrario, para Aristóteles, en el orden de la acción el fin o bien perseguido cumple la función de primer principio. Como expresa en el ini-

<sup>35</sup> Benedicto XVI (2009). *Caritas in Veritate*. Roma. San Pablo.

cio de la *Ética a Nicómaco*: “Todo arte y toda investigación, igual que toda acción y deliberación consciente, tienden al parecer hacia algún bien. Por eso mismo se ha definido con razón el bien aquello a que tiende todas las cosas”<sup>36</sup>. Parecería que esta sentencia es una verdad de Perogrullo, pero la diferencia entre el pensamiento del estagirita y otras corrientes filosóficas reside en el reconocimiento de la capacidad de la inteligencia humana de conocer el bien, entidad que se encuentra fuera del cognoscente. De aquí la denominación de objetivismo gnoseológico. También Cicerón afirma que el tratamiento de los deberes está fundado, a su vez, en la definición de los bienes, ya que en caso de brindar una falsa definición del bien y del mal se desnaturalizan enteramente los deberes. En este sentido, afirma que la superioridad del hombre sobre el resto de los seres es que iluminado por la luz de su razón puede conocer las causas de las cosas y a él pertenece exclusivamente la inquisición y conocimiento de la verdad<sup>37</sup>.

En la misma dirección, conforme Tomás de Aquino, “la esencia de la virtud reside más en el bien que en la dificultad” y, por tanto, “no todo lo que es más difícil es más meritorio, sino que si es más difícil ha de serlo de tal forma que sea al mismo tiempo mayor bien” y “más integra la esencia del mérito y de la virtud el bien que lo difícil. No siempre lo más difícil es más meritorio, es preciso que sea también lo mejor”<sup>38</sup>. Por tanto, el cumplimiento del deber no tiene como parámetro principal la dificultad, sino la objetividad del bien y la mayor realización que implica su cumplimiento.

#### **4. La minusvalía de los deberes respecto a los derechos: de “La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” a “La Convención Americana de Derechos Humanos”.**

*La Constitución Nacional* no abunda en referencias a la dignidad pero queda incorporada por los Tratados Internacionales a los que hacen referencia los arts. 31 y 75, inc. 22. Tampoco se refiere a los deberes la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948<sup>39</sup>. Por su parte, *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* es el único documento internacional (regional) cuyo título ostenta las dos caras de la misma moneda: “Derechos y Deberes” y, a decir verdad, hace buena gala de ello. Su historia

36 Aristóteles (1973). *Ética a Nicómaco*. 2ª edición. Obras Completas. Madrid. Aguilar.

37 Cicerón. Ob. cit.

38 Santo Tomás de Aquino (1956). *Suma Teológica*. Ob. cit., II-II, 123, 12 y II-II, 27, 8, 3.

39 Excepto la breve referencia del art. 29: “Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

se remonta a la IX Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá entre el 30 de marzo y el 2 de mayo de 1948, que creó la Organización de los Estados Americanos. La “Declaración” fue aprobada y se anticipa a la Declaración Universal de los Derechos Humanos sancionada en las Naciones Unidas en diciembre de ese año. Se entendió que tenía por finalidad trazar un marco que fuera la guía del actuar político de las naciones americanas, pero no determinaba su obligatoriedad jurídica ni establecía jurisdicciones para evaluar posibles incumplimientos. Respecto a la Argentina, fue incorporada a la Constitución Nacional en el art. 75, inc. 22, y, por tanto, goza de la juridicidad otorgada a los otros tratados allí mencionados.

Desde una perspectiva filosófica política, pero también jurídica, su *Preámbulo* es un paradigma de sociabilidad difícil de superar y, por ende, me permito transcribir los párrafos que hacen a este estudio, pues considero que sus términos rescatan el sentido clásico de la dignidad como calificación del obrar humano, que se expresa en el cumplimiento de los deberes y, a la vez, se remite como fundamento a la moral y no a la juridicidad, ya que ésta se encuentra subalternada a aquella. Llama la atención la exhortación a estimular la cultura como “la máxima expresión del espíritu”, incluyendo esta tarea como un deber social y sobremanera entender al espíritu como la finalidad suprema de la existencia humana:

“El cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos. Derechos y deberes se integran correlativamente en toda actividad social y política del hombre”. “Si los derechos exaltan la libertad individual, los deberes expresan la dignidad de esa libertad”, “Los deberes de orden jurídico presuponen otros, de orden moral, que los apoyan conceptualmente y los fundamentan”, “Es deber del hombre servir al espíritu con todas sus potencias y recursos porque el espíritu es la finalidad suprema de la existencia humana y su máxima categoría”, “Es deber del hombre ejercer, mantener y estimular por todos los medios a su alcance la cultura, porque la cultura es la máxima expresión social e histórica del espíritu. Y puesto que la moral y buenas maneras constituyen la floración más noble de la cultura, es deber de todo hombre acatarlas siempre”.

En los arts. 29 a 38 se describen los “deberes”, siguiendo una perspectiva más aristotélica que moderna<sup>40</sup>, en que el énfasis está puesto en la

40 Aristóteles (1973), *Política*. 2ª edición. Obras Completas. Madrid. Aguilar. “Un Estado es una asociación de comunidades de familias y clanes en una vida buena y su finalidad es una vida plena e independiente [...] esta es, en verdad, la razón por la que han nacido los parentescos y afinidades familiares en todos los estados, así como las hermandades y las reuniones para los ritos de los sacrificios y para las recreaciones sociales [...] Ahora bien: una organización así viene producida por el sentimiento de amistad, ya que la amistad es el motivo de la vida social [...] Un estado es una asociación de linajes y aldeas o ‘cosmos’ en una vida

integración y en las finalidades de la comunidad política donde abrevan los ciudadanos, en contraposición al individualismo egoísta proclamado por las más importantes corrientes del iluminismo y la ilustración. Entre ellos cabe mencionar a los “Deberes para con los hijos y los padres” (art. 30), ya que si bien contemporáneamente resulta claro (aunque no siempre cumplido) la manutención de los menores por sus progenitores, no es tan frecuente recordar que según la Declaración: “los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos los necesiten”, sentencia más próxima a la *pietas* romana que a la indiferencia familiar que a menudo se vivencia hoy en día.

Es ilustrativo recordar algunos de los antecedentes literarios de nuestra ancestral cultura, pues ya la antigüedad grecorromana había advertido la necesidad de una virtud social parecida pero distinta a la justicia, más cercana al amor y al agradecimiento, llamada en griego, *eusebeia*, y en latín, *pietas*, mediante la cual cumplimos nuestros deberes para con los dioses, la patria y nuestros padres. Virgilio es quien inmortaliza al *pius* Eneas, héroe troyano que logra evadirse de la matanza de sus compatriotas llevando en sus hombros a su padre, pero también los huesos de sus ancestros y a los Penates, los dioses domésticos, para fundar una nueva ciudad que reivindicará la gloria perdida por Troya. En los antiguos, la *pietas* era esencialmente una actitud religiosa, pero ella se ejercitaba también hacia la patria, incluida la tierra y los consanguíneos. Para la escolástica, la *pietas* es parte potencial de la justicia, o sea, una virtud que le es aneja, pues hay hábitos que nos hacen dar a otro lo debido, pero sin que podamos entregar la exacta equivalencia, en primer lugar todo lo que el hombre da a Dios se lo debe y, sin embargo, no puede lograr la igualdad, es decir, devolverle tanto como lo recibido. En este sentido es aneja a la justicia la virtud de religión, que como dice Cicerón “ofrenda respeto, homenaje y culto a cierta naturaleza de orden superior que llamamos divina”. En segundo lugar, se encuentra la piedad que da a los padres y a la patria y a quienes les están unidos honor y reverencia, y todo aquello que le sea debido aunque nunca la prestación podrá guardar igualdad, pues lo recibido excede toda posibilidad de equivalencia<sup>41</sup>.

También no deja de llamar la atención que se invierte en la relación “individuo-comunidad”, ya que hoy se interpreta que la segunda está al servicio del primero, mientras que en el texto que analizo, y a partir del reconocimiento de los derechos de los individuos, se especifica también el

---

plena e independiente, la cual, según nuestro punto de vista, constituye una vida noble y feliz; la camaradería o compañerismo político debe creerse existe en orden a las acciones nobles, no meramente para vivir en común”.

41 Quintana, E. M. (2016). *Del paradigma tecnocrático a la pietas ecológica*. Recuperado de <http://ulia.org/ficv-ponencias-la-plata-2016>.

*Deber se servir a la comunidad y a la nación* (art. 34), declarándose: “Toda persona hábil tiene el deber de prestar los servicios civiles y militares que la Patria requiera para su defensa y conservación y en caso de calamidad pública, los servicios de que sea capaz”, añadiendo los *Deberes de asistencia y seguridad sociales*, pues “toda persona tiene el deber de cooperar con el Estado y con la comunidad en la asistencia y seguridad sociales de acuerdo a sus posibilidades y con las circunstancias” (art. 35); reconociendo, así, la premisa del estagirita según la cual el individuo es incapaz de procurarse su propia plenitud, siendo necesaria la agrupación con sus semejantes que a partir del núcleo básico familiar se extiende a través de las sociedades intermedias, culminando en el estado como comunidad de comunidades o sociedad integral, en cuanto es el todo formado por una multitud de partes heterogéneas. A lo expuesto se añaden los “deberes de instrucción”, “el deber de servir a la comunidad y a la nación”, “deberes de asistencia y seguridad sociales”, “deber de pagar impuestos”, “deber de trabajar”.

Posteriormente, *La Convención Americana de Derechos Humanos* fue aprobada en San José de Costa Rica en el año 1969 y ratificada en nuestro país por la Ley N° 23.054, en 1984. Cabe mencionar que además de su incorporación constitucional igual que el documento anterior, la Convención en su parte segunda, titulada “Medios de Protección”, establece los órganos competentes para “conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención” (art. 33), denominados Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El art. 68 establece que “los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes” (inc. 1°), lo cual ha sido calificado por parte de la doctrina como una resignación de la soberanía nacional para el caso controvertido.

Si bien a lo largo de sus primeros treinta y un artículos enumera meticulosamente un amplio abanico de derechos, en una única disposición del Capítulo V, referida a los deberes, establece en el art. 32, titulado “Correlación entre deberes y derechos”: “1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad; 2. 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”.

No deja de resultar sorprendente que entre 1948 y 1969 la óptica de los convencionalistas haya padecido una parcial miopía respecto a los deberes, ya que si en la “Declaración”, ellos se encontraban puntualmente detallados, en la “Convención” se los ha reducido a una genérica disposición en la que cabe rescatar la mencionada “correlación” y las “exigencias del bien común”, respecto al cual podrían haberse ahorrado el calificativo de “justas” ya que si fueran lo contrario no se compadecerían con el fin propuesto.

## 5. Conclusiones

Las originales declaraciones de derechos conservaban aún veladamente un resabio sobrenatural. Esta situación ha sido claramente visualizada por Jürgen Habermas, al afirmar que “las primitivas declaraciones se referían a derechos ‘innatos’, ‘naturales’, o a los *droits inaliénables et sacrés*, que delataban sus orígenes religiosos y metafísicos, reveladores de un tiempo preterido ante la aparición de un estado secular, pues para la modernidad tales remisiones a postulados metaempíricos dejaron de ser viables y, por lo tanto, reclamaron una ‘declaración’ que emanara de la soberanía popular aplicable de manera constructiva a la sociedad política”<sup>42</sup>. Coincidentemente, para Giorgio Agamben, “las declaraciones de derechos han de ser consideradas como el lugar en que se realiza el tránsito desde la sociedad real de origen divino a la soberanía nacional”<sup>43</sup>.

Además de su justificación popular y democrática, fue necesario hallar una justificación de carácter universal e igualitaria para todos los humanos, por ende se echó mano al concepto de “dignidad”, que de alguna manera intentó remedar el fundamento trascendente, único, que puede otorgar la solidez a las vacilaciones propias de lo humano. Pero si bien la fe “metafísica” fue expulsada del lenguaje político, la necesidad de postular dogmas laicos hizo necesario retornar a la fe, pero puramente secular. Los tratados que rigen la materia excluyen como fundamento de su validez cualquier mención a la fe religiosa, no obstante lo cual el Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos afirma: “[...] los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta *su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana*”. Por ese entonces, alguien con cierta ironía expresó que “este acto de fe, pronunciado recién acabada una guerra marcada por atrocidades, resultó para los realistas en política de la época un chocante ejercicio de ingenuidad”<sup>44</sup>. Por el contrario, la filosofía grecorromana aún desde su perspectiva pagana –no atea– tenía clara noción de la debilidad de los hombres, de allí la necesidad de las virtudes personales y de la primacía de las leyes universales por sobre las deseos individuales. Como lo habían intuido con certeza Platón y Aristóteles, el ser humano es sólo inteligible a partir de su participación divina: sólo así fundamenta su dignidad y es posible ejercer los derechos correspondientes y cumplir los deberes hacia los demás.

42 Habermas, J. (2010). “Dignidad y utopía realista de los Derechos Humanos”. En *Dianoia*, N° 64, 5.

43 Agamben, G. (1998). *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*. Valencia. Pretextos.

44 Glendon, A. M. Ob. cit.

**LA IGUAL E INVIOLABLE DIGNIDAD DE LA PERSONA HUMANA  
COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN JURÍDICO NACIONAL  
E INTERNACIONAL<sup>1</sup>**

*The Equal and Inviolable Dignity of the Human Person as the Foundation  
of the National and International Juridical Order*

Alfonso Santiago<sup>2</sup>

Recibido: 10 de diciembre de 2016

Aprobado: 14 de febrero de 2017

**Resumen:** El presente trabajo desarrolla dos tesis fundamentales. Primero, trata la igual e inviolable dignidad de la persona humana como punto de partida y de llegada de toda teorización y práctica del Derecho. Finalmente, como segunda tesis, desarrolla la necesidad de profundizar en los fundamentos antropológicos, filosóficos y teológicos de la dignidad de la persona humana, auténtico patrimonio moral de la humanidad, que ha de ser preservada y fundamentada.

**Palabras claves:** Persona humana - Dignidad - Derecho Natural - Orden jurídico.

**Abstract:** The present work develops two fundamental theses. First, it treats the equal and inviolable dignity of the human person as a starting point and arrival of all theorizing and practice of Law. Finally, as a second

1 Este artículo refleja la ponencia del autor en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2017.

2 Abogado y Doctor en Derecho (UBA), Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad Austral, de la que ha sido Vicerrector Académico. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Director de su Instituto de Derecho Constitucional. Miembro correspondiente de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid. e-mail: asantiago@austral.edu.ar.

thesis, it develops the need to deepen in the anthropological, philosophical and theological foundations of the dignity of the human person, an authentic moral patrimony of humanity that must be preserved and grounded.

**Keywords:** Human person - Dignity - Natural Law - Legal order.

Para citar este texto:

Santiago, A. (2017), “La igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento del orden jurídico nacional e internacional”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 95-108.

Felicito a los organizadores de esta XII Jornada Internacional de Derecho Natural, dedicada este año a profundizar en el tema de la dignidad de la persona humana y sus vastas consecuencias para la formulación y operación del Derecho.

En mi exposición enunciaré y desarrollaré dos tesis fundamentales.

**Tesis I:** La igual e inviolable dignidad de la persona humana es y debe ser el principio fundamente del orden jurídico nacional e internacional, punto de partida y de llegada de toda teorización y práctica del Derecho.

Si ello debió ser así siempre y para todos los hombres y todos los tiempos, de modo muy especial lo es en la etapa del Derecho que se inicia hace setenta años, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial.

Cuando en el enunciado de la tesis decimos que “es”, hacemos un juicio descriptivo que nos permite la comprensión y captación de su sentido y vocación final. Por su parte, cuando acudimos a la expresión “debe ser” aludimos al carácter obligatorio y necesario de esa prescripción normativa que hemos enunciado.

Para intentar fundamentar la tesis enunciada acudiremos al sistema de fuentes del Derecho, en particular a:

- Textos internacionales fundantes del nuevo orden internacional luego de la Segunda Guerra Mundial: la Carta de San Francisco de 1945 y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948;
- Textos de algunas Constituciones nacionales dictadas en las sucesivas olas de democratización que se sucedieron en las siete últimas décadas;
- Las afirmaciones recogidas en algunas sentencias de tribunales supremos nacionales.

El carácter general de la exposición y tesis que sostengo me permite a hacer una selección algo arbitraria y no exhaustiva de los textos jurídicos a los que haré referencia<sup>3</sup>.

## A) Textos internacionales

El 25 de junio de 1945, hace ya más de setenta años, se firmó la Carta de San Francisco que puso en marcha las Naciones Unidas. En el segundo párrafo de su Preámbulo las naciones que lo suscriben reafirman su “fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”.

Tres años más tarde, el Preámbulo de la “Declaración Universal de Derechos Humanos”, del 10 de diciembre de 1948, proclamaba que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y en su art. 1º establecía que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

Cabe recordar que la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos resultó aprobada en la Asamblea General de la ONU por 48 votos a favor, con la abstención de ocho países: los seis del bloque soviético (totalitarismo marxista), más Arabia Saudita (fundamentalismo islámico) y Sudáfrica, en donde entonces existía el régimen de “apartheid” (totalitarismo racista).

En la iniciativa, inspiración y final aprobación de esta Declaración Universal han tenido un lugar relevante los países latinoamericanos. Señala al respecto Mary Ann Glendon, profesora de la Universidad de Harvard y ex embajadora de Estados Unidos ante la Santa Sede: “[...] después de la Segunda Guerra Mundial la idea de que entre los objetivos de las Naciones Unidas pudiera incluirse la tutela de los Derechos Humanos estaba muy lejos de la mente de las grandes potencias. En el borrador de la respuesta, los Derechos Humanos sólo se citaban una vez y de forma accidental. La cuestión podía considerarse casi cerrada, pero dos meses antes de la Conferencia de San Francisco, en abril de 1945, algunos miembros

3 Para un análisis más completo de estos temas pueden consultarse con mucho provecho los trabajos de Serna, P. (2005-1). “La dignidad humana en la Constitución Europea”. En *Persona y Derecho*, N° 52, 13-77. Específicamente en el ámbito del sistema jurídico argentino, pueden verse mis libros: (2003). *Bien Común y Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ábaco y (2010). *En la frontera entre Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Marcial Pons.

de las delegaciones latinoamericanas habían participado en un encuentro del organismo predecesor de la Organización de Estados Americanos (OEA) en Chapultepec (Ciudad de México), en el ámbito del cual se invitó a los participantes en la Conferencia de San Francisco a esforzarse por incluir una declaración transnacional de los derechos de la Carta de las Naciones Unidas. La decisión tomada en México tuvo una amplia repercusión. Con ocasión de la Conferencia de fundación de las Naciones Unidas, el grupo latinoamericano y caribeño constituía el bloque más amplio de naciones, veinte entre cincuenta”<sup>4</sup>.

## B) Textos constitucionales

Un año después, la Ley de Bonn de 1949, pionera de las constituciones de posguerra, consagraba en su art. 1º: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

Disposiciones similares se han incorporado con posteridad a muchas otras constituciones del mundo, especialmente en las que se han ido dictando en las sucesivas olas democráticas de la segunda mitad del siglo XX. Así, la Constitución de Portugal (1976) afirma, en su art. 1º, que “Portugal es una república soberana, basada en la dignidad de la persona humana [...]”, y Constitución española de 1978 afirma, en su art. 10.1: “La dignidad de la persona [...] es el fundamento del orden político y de la paz social”. Tras la caída del Muro de Berlín en 1989 puede mencionarse la Constitución polaca de 1997 que, en su art. 30, afirma que “la dignidad inherente e inalienable de la persona constituye la fuente de las libertades y los derechos del hombre y del ciudadano. Tal dignidad es inviolable, y su respeto y protección constituye el deber de los poderes públicos”. Por su parte, la Constitución de la Federación Rusa, de 1993, proclama, en su art. 21.1: “La dignidad de la persona será protegida por el Estado. Ninguna circunstancia puede ser alegada como pretexto para menospreciarla”<sup>5</sup>.

4 Glendon, M. A. (2008). “La aportación de los países de América Latina a la Declaración Universal de Derechos Humanos”. En *L'Osservatore Romano*, edición del 23-5-2008. En el mismo sentido, puede verse el trabajo de Carozza, P. (2003). “From Conquest to Constitutions: retrieving a Latin American Tradition of the Idea of Human Rights”. En *Human Rights Quarterly* 25, 281.

5 Para un estudio más completo de este punto puede verse el excelente estudio de Serna, P. (1995). “La dignidad de la persona como principio del Derecho Público”. En *Derechos y libertades* 4, pp. 251-270.

### C) Algunas referencias jurisprudenciales

En relación al punto que venimos sosteniendo, la Corte Suprema argentina ha afirmado con notable acierto, y en reiteradas oportunidades, que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental”. También ha sostenido, adhiriendo a esta concepción personalista, que “la dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional”<sup>6</sup>.

Muchos otros tribunales nacionales e internacionales acuden frecuentemente a este principio fundamental y raigal de nuestro sistema jurídico. Así se pueden mencionar, entre muchos otros, los fallos del tribunal alemán declarando inconstitucional la ley de derribo de aviones<sup>7</sup> y del Consejo de Estado francés, convalidando la prohibición del lanzamiento de enanos<sup>8</sup>.

Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, no obstante que la Convención Europea de Derechos Humanos no menciona explícitamente en su texto el término dignidad de la persona humana, ha afirmado en varias ocasiones que “la esencia del Convenio consiste en la dignidad humana y la libertad humana”<sup>9</sup>, que “la tolerancia y respeto por la igual dignidad de todos los seres humanos constituye la base de una sociedad democrática y pluralista”<sup>10</sup>,

6 Fallos: 327:3753 (2004).

7 Ha afirmado el Tribunal Constitucional alemán: “La dignidad de la persona exige que no se pueda disponer súbitamente de sus derechos por motivos de poder; el individuo no debe ser sólo objeto de la decisión jurisdiccional, sino que debe tener voz en una decisión que afecta a sus derechos, para poder influir en el procedimiento y en su resultado”, *BVerfGE* 9, 89 (95). “Y también al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado”, *BVerfGE* 50, 166 (175). También en el año 2010, el Tribunal Constitucional alemán acudió, de modo directo, al principio de dignidad de la persona humana consagrado en el art. 1.1 de la Constitución alemana, para fundar la garantía de un mínimo vital que asegure a cada persona en necesidad de asistencia las condiciones materiales indispensables para su existencia física y un mínimo de participación en la vida social, cultural y política, cf. *BVerfGE* 125, [175], 1 *BvL* 1/09; 1 *BvL* 3/09 y 1 *BvL* 4/09.

8 En relación a este caso puede consultarse el libro de Prieto Álvarez, T. (2010). *Dignidad de la persona humana. Núcleo de la moralidad y el orden públicos, límite al ejercicio de libertades públicas*. Madrid. Thomson Civitas.

9 Cf., entre otros casos, “Pretty c/ Reino Unido”, S. 29 de abril de 2002, § 65; “Testigos de Jehová de Moscú y otros c/ Rusia”, S. 10 de junio de 2010, § 135 9; “I. c/ Reino Unido”, S. del 11 de julio de 2002, § 70.

10 Cf. caso “Gündüz c/ Turquía”, S. 4 de diciembre de 2003, § 40.

y también que “una persona no puede ser tratada de forma que le provoque una pérdida de dignidad”<sup>11</sup>.

En cambio, la Convención Americana de Derechos Humanos alude explícitamente a la dignidad de la persona humana en varias partes de su texto. Así, en el Preámbulo de la Convención se afirma que los “derechos esenciales del hombre [...] tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; en el art. 5° se establece que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”; el art. 6° declara que “el trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso”, y el art. 11 señala: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y de su dignidad”.

Desde el inicio de su labor jurisprudencial la Corte IDH ha aludido al concepto de dignidad de la persona humana y en varios casos lo ha utilizado como criterio interpretativo de los derechos reconocidos en la Convención. En el caso “Velásquez Rodríguez” se afirma que “por graves que puedan ser ciertas acciones y por culpables que puedan ser los reos de determinados delitos, no cabe admitir que el poder pueda ejercerse sin límite alguno o que el Estado pueda valerse de cualquier procedimiento para alcanzar sus objetivos, sin sujeción al Derecho o a la moral. Ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana [...] La protección a los Derechos Humanos, en especial a los derechos civiles y políticos recogidos en la Convención, parte de la afirmación de la existencia de ciertos atributos inviolables de la persona humana que no pueden ser legítimamente menoscabados por el ejercicio del poder público [...]”.

La práctica de desapariciones, además de violar directamente numerosas disposiciones de la Convención, como las señaladas, significa una ruptura radical de este tratado, en cuanto implica el craso abandono de los valores que emanan de la dignidad humana y de los principios que más profundamente fundamentan el sistema interamericano y la misma Convención”<sup>12</sup>. También ha acudido al concepto de dignidad de la persona humana en relación al especial deber de protección de las personas y grupos más vulnerables, afirmando que “las necesidades de protección de los más débiles como los niños en la calle requieren, en definitiva, una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas

11 “El-Masri *c/* la Antigua República Yugoslava de Macedonia”, § 248. Para un estudio más completo de esta temática, puede consultarse el trabajo de Perales, A. E. (2015). “La dignidad humana en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. En Chueca, R. (Director). *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

12 Corte IDH, “Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras”, 1988, párrs. 154 y 165.

de una vida digna”<sup>13</sup>. Además, sostuvo, con motivo de que cuatro menores habían sido trasladados usando el baúl de un automóvil, que “aún cuando no hubiesen existido otros maltratos físicos o de otra índole, esa acción por sí sola debe considerarse claramente contraria al respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”<sup>14</sup>.

Teniendo en cuenta todos estos textos nacionales e internacionales y de decisiones jurisprudenciales, ha comenzado una nueva era jurídica, en donde la base de la convivencia nacional e internacional se establecía en este pilar fundamental del reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana y de los derechos que de ella se derivan.

Esta toma de conciencia de la dignidad de la persona humana era consecuencia de las tristísimas experiencias derivadas de la Segunda Guerra Mundial y de los regímenes totalitarios, en especial el nazismo, que generaron dolorosos aprendizajes a partir de sus atroces realidades y consecuencias.

Muchos son los frutos que se han conseguido en estas décadas como consecuencia del reconocimiento práctico de este principio fundamental: la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos; el fin del apartheid en Sudáfrica; el derrumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa Oriental; la equiparación de derechos entre hombres y mujeres en buena parte de los países del mundo; el progresivo reconocimiento y vigencia de los Derechos Humanos en muchos ámbitos del mundo; la extensión de la democracia constitucional como forma de Estado a través de las distintas olas democráticas; las fuertes condenas a las diferentes formas de terrorismo de Estado en América Latina y otras regiones del mundo. Es de destacar en todos estos procesos la efectiva participación y el liderazgo de los ciudadanos creyentes en el logro de estas metas. Son, sin embargo, muchos más los desafíos pendientes que se derivan de la proclamación de este principio fundamental de la dignidad de cada persona humana, especialmente frente a los fenómenos de la exclusión social, los economicismos exacerbados, la cultura del menosprecio a la vida, las amenazas de una tecnociencia cosificadora de la persona humana, los fundamentalismos religiosos, etc.

Cada una de las personas humanas es única e irrepetible. Ella está llamada a ser el principio, sujeto y fin de todas las actividades humanas. Ella

13 Corte IDH, “Niños de la Calle” – “Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala”, 1999, Voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, párr. 7.

14 Corte IDH, “Niños de la Calle” – “Villagrán Morales y otros *vs.* Guatemala”, 1999, párr. 164. Para ampliar este punto puede consultarse el trabajo de Amezcua, L. “Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. Recuperado de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24334.pdf>.

es un fin en sí misma que nunca puede ser tratado como medio, siempre es sujeto y nunca objeto, siempre es “alguien” y nunca “algo”.

La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional y funcionando como “guía insoslayable” para su interpretación y operación<sup>15</sup>. Es un principio universal y absoluto que no reconoce excepción alguna y que es irrenunciable. Todo daño directo a este principio, todo desconocimiento teórico o práctico del carácter de persona humana de un ser humano, es de “lesa humanidad”. Decimos que es así en el sentido que afecta a la realidad y al concepto mismo de la dignidad humana, ya que lesiona su carácter universal, necesario e inviolable y, por eso, se transforma en una ofensa a todo hombre portador intrínseco de esa misma dignidad. No se pueden fijar condiciones de ningún tipo para el ingreso ni decidir la exclusión de ningún ser humano de este estatus propio de persona humana.

La dignidad de la persona humana no es un simple valor o principio jurídico, sino una cualidad inherente y propia de todo ser humano, preexistente a todo ordenamiento político y jurídico y que tiene *per se vigore*.

Cabe reconocer algunas características fundamentales de la dignidad de la persona humana, claramente relacionadas entre sí. Ella es:

- universal: alcanza a todos los seres humanos, hombres y mujeres, sanos, enfermos y con capacidades diferentes, desde el momento mismo de la concepción hasta la muerte natural.
- eminente: es superior a todos los otros bienes que regula el Derecho. Dignidad es reconocimiento de la exclusiva excelencia y superioridad de la persona humana sobre todas las realidades naturales y sociales.
- intrínseca e inherente: tiene *per se vigore* y no es una concesión graciosa externa. La persona humana es valiosa en sí misma, debido a las condiciones propias, entre las que se destacan su interioridad, racionalidad y espiritualidad.
- inviolable e intangible: la dignidad no puede ser avasallada o desconocida en ningún caso; la persona humana es siempre fin y no puede ser utilizada como medio; nunca podrá ser cosificada, degradada, esclavizada, torturada. No se puede afectar el contenido esencial de los

15 Puede consultarse el trabajo de Serna, P. (2005). “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos”. En *Interpretación constitucional*. T. 2. México. Porrúa-UNAM, ed. a cargo de E. Ferrer-Mac Gregor, 1081-1119.

derechos que dimanen de modo inmediato de esa dignidad, que actúan, al decir de Dworkin, como vallas infranqueables para el logro de objetivos colectivos y no tan sólo como mandatos de optimización, como señala Alexy<sup>16</sup>.

- no disponible e irrenunciable tanto por la propia persona como por terceros.
- su respeto es moral y jurídicamente obligatorio: captada el ser de la dignidad surge de modo directo e inmediato la obligatoriedad jurídica de su igual e inviolable respeto.

No expresa tanto el contenido de un Derecho Humano concreto, como el fundamento mismo de esos Derechos. Es un “por qué” definitivo y último, más que un “qué” específico y concreto, más allá de que algunos Derechos, como la prohibición de la esclavitud y de la tortura y el respeto a la vida de todo ser humano, guardan con ella una estrecha proximidad.

La dignidad humana no es, por tanto, un concepto jurídico vago e indeterminado, sino que está incorporada a los textos constitucionales, convencionales y legales y se acude a ese concepto con frecuencia en las decisiones jurisprudenciales nacionales e internacionales, como criterio de fundamento de la protección de los Derechos Humanos y como criterio interpretativo para fijar su alcance. Es fundamento y fuente de Derechos y obligaciones y de él se deriva la trascendental distinción jurídica entre personas y cosas presente en todo ordenamiento jurídico. Está llamado a ser el ancla y el faro de toda nuestra civilización.

**Tesis 2:** Existe una clara necesidad de profundizar en los fundamentos antropológicos, filosóficos y teológicos de esta dignidad de la persona humana, auténtico patrimonio moral de la humanidad, que ha de ser preservada y fundamentada, extrayendo todas las consecuencias prácticas que se derivan de ese principio fundamental y cenit de todo el ordenamiento jurídico y la convivencia política nacional e internacional.

16 En el mismo sentido, sostiene Norberto Bobbio: “Todas las constituciones liberales se caracterizan por la afirmación de los derechos del hombre y del ciudadano, calificados de ‘invulnerables’. Ahora bien, lo inviolable reside precisamente en que esos derechos no pueden limitarse, y mucho menos suprimirse, por medio de una decisión colectiva, aunque ésta sea mayoritaria. Por su carácter de inalienables frente a cualquier decisión mayoritaria, estos derechos fueron llamados derechos contra la mayoría [...] La amplia esfera de los derechos de libertad puede interpretarse como una especie de territorio fronterizo ante el cual se detiene la fuerza del principio mayoritario”, Bobbio, N. (2005). *Teoría general de la política*. Madrid. Ed. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, Trotta, 478-479. Por su parte, Ferrajoli habla de la existencia de una “esfera de lo indecidible”.

El reconocimiento de la eminente dignidad de la persona humana no es una decisión arbitraria, dogmática, absurda o que carezca de fundamento científico, filosófico o ético, lo mismo que su igual reconocimiento en cabeza de todos los seres humanos, su carácter inviolable y su consideración como principio fundante de la convivencia nacional e internacional. No es un axioma caprichoso, sino fruto de un acto intelectual que descubre que la persona humana, debido a sus condiciones propias, entre las que sobresale su intelectualidad, su libertad, su interioridad y su espiritualidad, merece un tratamiento diferenciado de todas las otras realidades temporales con las que interactúa el Derecho.

El Derecho como ciencia subalternada toma algunos de sus principales conceptos de otras disciplinas. Ello es lo que ocurre con el concepto de dignidad de la persona humana. Son los datos que proporciona la antropología, la filosofía, la psicología, la ética y las tradiciones religiosas, los que confirman esa eminente condición y dignidad propia de la persona humana y que establecen un abismo jurídico entre la consideración y régimen jurídico de una cosa y de una persona humana.

Resulta también esclarecedor rastrear el origen histórico de ese concepto y su final recepción en el Derecho. Refiriéndose al origen del empleo del término dignidad en relación a la persona humana, enseña Pedro Serna: “[...] en el terreno teológico, la noción de dignidad de la persona se encuentra bien establecida desde la Edad Media, aunque en su origen se refería de modo directo a la dignidad de las personas trinitarias, y sólo derivadamente podía predicarse del ser humano”.

En el campo de la Filosofía, la idea de dignidad humana sólo fue elaborada a partir del Renacimiento, donde destaca el *Discurso sobre la dignidad del hombre*, de Giovanni Pico della Mirandola (1486), y alcanza su mayor desarrollo en la obra de Kant, particularmente en su *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1785). Sin embargo, la incorporación de la noción de dignidad humana al Derecho es mucho más reciente. Puede afirmarse que el primer texto normativo donde aparece mencionada es un instrumento internacional de 1945, la Carta de Naciones Unidas. En el ámbito del Derecho interno de los Estados, las referencias a la dignidad aparecen sobre todo a partir de la Ley Fundamental de Bonn, de 1949. La mayor parte de los estudios que se han ocupado del tema coinciden en señalar que la experiencia del régimen nazi, del Holocausto y de la Segunda Guerra Mundial constituyó el motor principal de la extensión de las referencias a la dignidad de la persona a partir de 1945, tanto en el Derecho internacional como en el Derecho Constitucional.

Ya Santo Tomás afirmaba que la persona “significa algo perfectísimo en toda la naturaleza, es decir, un sujeto subsistente en una naturaleza racional” (*S. Th.*, I, q 29, a.3) y que ella era la única criatura terrenal que

Dios quería en sí misma. No obstante, será Kant quien sostendrá el carácter de la persona como cierto fin en sí mismo cuando en su obra sobre *Metafísica de las costumbres* sostendrá: “El ser humano, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no meramente como medio de uso caprichoso de esta o aquella voluntad, sino que debe ser considerado siempre y al mismo tiempo como fin en todas las acciones, tanto las dirigidas hacia sí mismo como hacia otro ser racional. Los seres cuya existencia no depende de nuestra voluntad, sino de la naturaleza, tienen solo un valor relativo cuando se trata de seres irracionales, y por esto se llaman cosas; pero los seres racionales se denominan personas, porque su naturaleza ya los señala como fines en sí mismos, es decir, como algo que no puede ser usado como medio. Obra de tal modo que trates a la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como fin al mismo tiempo y nunca solamente como medio”<sup>17</sup>.

El redescubrimiento y enriquecimiento del concepto de persona humana y de su eminente dignidad es, tal vez, el legado filosófico más valioso que nos ha dejado la segunda parte del siglo XX. Hoy tenemos una concepción y una visión de la persona humana y de su dignidad como nunca antes en la historia humana. Su progresivo y coherente desarrollo, asumiendo todas sus consecuencias políticas, sociales, culturales y jurídicas, es el gran desafío que tenemos por delante, mientras transitamos el comienzo de este tercer milenio.

Acerca de la necesidad de profundizar en este concepto de persona humana, afirmaba Juan Pablo II: “[...] dedico mis rarísimos momentos libres a una labor muy cercana a mi corazón y que se centra en el sentido metafísico y el misterio de la *persona*. Me parece que el debate se está llevando a cabo hoy en día en ese nivel. La maldad de nuestro tiempo consiste, en primer lugar, en una especie de degradación; de hecho, en una pulverización del carácter único fundamental de cada persona humana. Esa maldad tiene lugar en mayor grado en el orden metafísico que en el moral. A esta desintegración planeada en su tiempo por ideólogos ateos debemos oponer, más que una polémica estéril, una especie de recapitulación del misterio de la persona”<sup>18</sup>.

La dignidad de la persona humana, piedra basal del orden político y jurídico, tiene un fundamento racional, definitivo, absoluto y trascendente en Dios, fuente “de toda razón y justicia”, como reconoce el Preámbulo de

17 Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid. Santillana, 50.

18 Carta de Karol Wojtyła a Henri de Lubac, citado en Weigel, G. (1999). *Testigo de Esperanza*. Plaza & Janes, 242.

nuestra Constitución<sup>19</sup>. Él es la fuente y fundamento último de todo orden<sup>20</sup>, también del orden político<sup>21</sup>. Intentar borrar a Dios del horizonte humano, del mundo cultural y de la política, trae como consecuencia la amenaza del debilitamiento del orden moral y de los motivos auténticos para realizar el bien, la aparición de falsas religiones sustitutivas<sup>22</sup>, de ideologías<sup>23</sup> o de falsos mesianismos de carácter totalitario, como lo ha demostrado recientemente la historia del siglo XX, especialmente con el marxismo y el nazismo<sup>24</sup>. Por otra parte, el desprecio de Dios suele llevar inexorablemente al desprecio de la persona humana y de sus derechos fundamentales<sup>25</sup>, ya que, superando toda perversión o tentación fundamen-

19 En el propio texto de la Declaración de la Independencia del 9 de julio de 1816 se invoca “al Eterno que preside el Universo”. También la declaración de independencia norteamericana afirma “como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables”. Por otra parte, se puede leer en el Preámbulo de la “Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano” la siguiente declaración teísta: “[...] la Asamblea reconoce y declara, en presencia y bajo los auspicios del Ser Supremo, los siguientes derechos del hombre y del ciudadano”.

20 Por eso, no compartimos los intentos de fundar el orden jurídico, como proponía Grocio, o el orden ético, como postulaba Kant, o los actuales intentos de una ética civil, “*etsi Deus non daretur*”, como si Dios no existiera. Más bien compartimos la sabia y profunda sentencia de Dostoievski: “Si Dios no existe, todo es lícito”, ya que sin un principio absoluto que funde la moral, la misma se debilita hasta desvanecerse. Sin Dios, la ética no es capaz de tener un fundamento último plenamente válido y sólido, ni proporcionar en todos los casos un motivo suficiente para guiar eficazmente la conducta humana hacia el bien y hacer que predomine sobre el propio capricho o interés.

21 “El bien sumo, que es Dios, es el bien común, porque de Él depende el bien de todas las cosas”. Santo Tomás de Aquino. *Cont. Genti.*, I, c. 42.

22 Al respecto no deja de ser paradigmático la conversión de la Catedral de Notre Dame en el Templo de la Razón en 1793, durante la etapa más virulenta de la Revolución Francesa, estableciendo incluso la denominada fiesta de la razón y la libertad.

23 “Al conformarse el Estado en una especie de tierra de nadie apta para ser colonizada por cualquier ideología con vocación de religión, se corre el riesgo de que la sociedad civil, una vez ideológicamente plasmada, se torne refractaria a todo influjo y, por tanto, intolerante”, Navarro-Valls, R. y Palomino, R. (2003). *Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica*. Barcelona. Ariel Derecho, 326. Navarro Valls, siguiendo a Luckmann, denomina a los seguidores de estas ideologías como fieles de una nueva “Iglesia invisible”. Acerca de cómo el proceso de descristianización de Europa en los siglos XIX y XX ha sido acompañado del surgimiento de pseudo “religiones laicas” puede verse también el reciente libro de Burleigh, M. (2005). *Poder terrenal. Religión y política en Europa*. Madrid. Taurus.

24 “Las sociedades que ignoran esta inspiración o la rechazan en nombre de su independencia respecto a Dios se ven obligadas a buscar en sí mismas o a tomar de una ideología sus referencias y finalidades, y, al no admitir un criterio objetivo del bien y del mal, ejercen sobre el hombre y sobre su destino un poder totalitario, declarado o velado, como lo muestra la historia”, cf. Juan Pablo II. *Centesimus Annus*, nn. 45 y 46.

25 Afirmaba Juan Pablo II: “[...] los derechos del hombre sólo tienen vigor allá donde sean respetados los derechos imprescriptibles de Dios. El compromiso para aquéllos es ilusorio, ineficaz y poco duradero, si se realiza al margen o en el olvido de éstos”, Carta a los Obispos del

talista, el genuino respeto a Dios y el respeto al hombre van de la mano. Dios no es enemigo de la dignidad de la persona humana, como afirmaban Comte, Marx o Nietzsche, sino su principal garante<sup>26</sup>. La dignidad de la persona humana y los Derechos Humanos que de ella derivan tienen un fundamento teórico y práctico más sólido, si la persona humana es considerada *imago Dei* y no tan sólo *imago hominis*<sup>27</sup>. Dios es el fundamento del orden de toda la realidad; por tanto, también quien proclama la justa autonomía de lo temporal, de lo que está librado a la libre iniciativa y a la acción transformadora del hombre, del legítimo ámbito de lo racional, de lo científico, de lo cultural, de lo político, de lo jurídico, de lo estatal, de lo personal, ya que Dios mismo es quien creó al hombre a su imagen y semejanza, lo hizo libre y lo llamó a completar, dentro de muy amplios límites, su obra en el mundo<sup>28</sup>.

Nuestra postura adhiere a un teísmo no confesional, propio de la doctrina de la laicidad positiva<sup>29</sup>. No corresponde, como propone Rawls y el *pensiero débole*, renunciar a concepciones filosóficas o metafísicas para fundamentar la dignidad de la persona humana y quedarnos tan sólo con fundamentos de carácter político. Procede, en cambio, reconocer la dignidad y hasta la sacralidad natural de cada persona humana. Hay que volver a

---

Brasil, 10-12-1980. También ha señalado que “hoy día se habla mucho sobre los derechos del hombre, pero no se habla de los derechos de Dios [...] Los dos derechos están estrechamente vinculados. Allá donde no se respeta a Dios el hombre tampoco puede hacer que se respeten sus derechos”, Discurso en Munchen, 3-5-1987. Más adelante, explicitando aún más estas ideas, sostiene que “si luego nos preguntamos dónde nace esa errónea concepción de la naturaleza de la persona y de la ‘subjetividad’ de la sociedad, hay que responder que su causa principal es el ateísmo [...] La negación de Dios priva de su fundamento a la persona y, consiguientemente, la induce a organizar el orden social prescindiendo de la dignidad y responsabilidad de la persona”, *Centesimus Annus*, n. 13.

26 Henri de Lubac decía: “No es verdad, lo que se dice a veces, que el hombre no pueda organizar el mundo sin Dios. Lo que sí es verdad es que sin Dios en última instancia sólo puede organizarlo en contra del hombre. Un humanismo exclusivo es un humanismo inhumano”, citado por Weigel, G., *Testigo de Esperanza*. Ob. cit., 796. En el mismo sentido afirma la Constitución *Gaudium et Spes*, en su n. 76, que la Iglesia es “signo y salvaguardia del carácter trascendente de la persona humana”, ya que “la criatura sin el Creador desaparece”, ídem, n. 36.

27 “Comienza el hombre devaluando a Dios y acaba él reducido a un dígito estadístico [...] Empequeñecer a Dios es indefectiblemente enanizar al hombre [...] Al doblar la esquina donde se ignora a Dios, se encuentra uno en el suburbio ciego donde se ignora al hombre”, Urbano, P. (2005). *La madre del ajusticiado*. Barcelona. Belacqva, 38.

28 Remitimos al análisis del principio de la justa autonomía de lo temporal que hemos realizado en el Capítulo III de nuestro libro (2007). *Religión y política*. Buenos Aires. Ad-hoc.

29 En relación al concepto de laicidad positiva, puede verse nuestro libro *Religión y política*. Ob. cit.

“encantar” al mundo, más allá de reconocer su racionalidad y la legítima autonomía de lo temporal. Ello constituye un nuevo fundamento, complemento y suplemento del natural reconocimiento de la eminente dignidad de la persona humana, como bien parece reconocer implícitamente hasta el propio Jürgen Habermas.

**HACIA UNA ECOLOGÍA INTEGRAL: EL RESPETO POR  
NUESTRA CASA COMÚN Y POR NOSOTROS MISMOS<sup>1</sup>**  
*Towards an Integral Ecology: The Respect for our Common Home  
and for Ourselves*

Jorge Guillermo Portela<sup>2</sup>

*“¿Conforme a qué restos será apreciada  
nuestra civilización, nuestra cultura?”*  
(André Gide, citado por Tulio Carella:  
*Tango. Mito y esencia*)

Recibido: 5 de diciembre de 2016

Aprobado: 10 de diciembre de 2016

**Resumen:** El texto analiza el significado de la expresión “ecología integral”. La expresión designa la interacción de la humanidad con todo lo que la rodea, no sólo su relación con la naturaleza. Muestra el cambio que introdujo en uso del término la encíclica de SS. Francisco, *Laudato Si'*. Con el texto de este documento pontificio, encontramos las respuestas que ofrece la Ley Natural al problema de las relaciones entre la naturaleza y el hombre.

**Palabras claves:** Ecología integral - Naturaleza - Ley Natural - *Laudato Si'* - Cambio climático.

**Abstract:** The text analyzes the meaning of the term “integral ecology”. The expression designates the interaction of humankind with all that surrounds

1 Este artículo refleja la ponencia del autor en las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural, realizadas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, los días 31 de octubre, 1º y 2 de noviembre de 2017.

2 Doctor en Ciencias Jurídicas. Prof. Titular Ordinario de la Facultad de Derecho (UCA). Prof. Adjunto Regular del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UBA). Prof. de la Universidad Autónoma del Caribe, e-mail: jgportela@hotmail.com.

us not only our relation with nature. It shows the change that introduced in the use of the term the encyclical of SS. Francisco, *Laudato Si'*. With the text of this pontifical document, we find the answers offered by the natural law to the problem of the relations between nature and man.

**Keywords:** Integral ecology - Nature - Natural Law - *Laudato Si'* - Climate change.

Para citar este texto:

Portela, J. G. (2017), "Hacia una ecología integral: el respeto por nuestra casa común y por nosotros mismos", *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 109-127.

## I. Introducción al tema

El término "ecología integral" implica un universo mucho mayor que el que designa simplemente el vocablo "ecología" a secas. En efecto, dicha palabra tiene un fuerte contenido emotivo y en una primera acepción sólo expresa lo relativo al buen cuidado del medio ambiente y al estudio de las relaciones entre éste y el hombre.

Esta conferencia tiene como objeto, en primer lugar, un análisis de ese primer uso del término. Uso en el que, sin duda, se entremezclan sin el menor rubor lugares comunes por doquier, por un lado, con contenidos de lo que comúnmente podría considerarse como lo "políticamente correcto", por otro lado. Nos explicamos: hoy día, el discurso de cualquier ecologista es considerado como altamente correcto, por más que permanentemente individuos y países no excedan el nivel de lo puramente declamativo y con sus actitudes y conductas no hagan nada en beneficio de aquello que dicen proteger.

En segundo lugar, la expresión "ecología integral" designa no solamente el medio ambiente, sino todo lo que nos rodea en general. No se utiliza, en consecuencia, para referirse a la relación entre el hombre y la naturaleza, sino también a la interacción del hombre con todo lo que lo circunda: instituciones, otros individuos, cultura, medios de difusión. En este plano, esa expresión *no es políticamente correcta*. O al menos no lo era en la oportunidad histórica en la que se utilizó por primera vez. Debe reconocerse aquí que, hasta donde nosotros sabemos, fue utilizada originalmente con este sentido<sup>3</sup>

3 Montejano, B. (1982). "La conservación de las instituciones naturales o el 'ecologismo integral'". En AA. VV. *La conservación del patrimonio material y espiritual de la Nación*. Buenos Aires. Oikos, 235-252.

por uno de los más destacados profesores que tuviera la Universidad Católica Argentina: el Dr. Bernardino Montejano.

La encíclica de SS. Francisco, *Laudato Si'*, que recoge el término “ecología integral”, ha tenido el enorme mérito de transformar lo que era incorrecto en algo correcto y adecuado políticamente, y lo hace de una manera inteligente y valiente. Con el texto de este documento pontificio, nos encontramos en el terreno fértil de las respuestas que ofrece la Ley Natural al problema de las relaciones entre la naturaleza y el hombre. La visión es integral: debemos decir *la naturaleza física y política y el hombre como un ser que vive inmerso conjuntamente en ambas dimensiones*.

Esto implica, desde luego, partir de una afirmación hasta trivial: existe una realidad, en ella hay cosas y ellas son precisamente las que nos hacen pensar y las que nos provocan a pensar. Con ellas también interactuamos. De donde el ecologismo recoge una necesidad inevitable del pensamiento y de la acción: la afirmación de la realidad. Puede hablarse, por tanto, de una verdadera “metafísica ecológica”<sup>4</sup>.

## II. Lo políticamente correcto

En materia de ecología, lo “políticamente correcto” está representado por la parafernalia de declaraciones, cumbres entre Estados y tratados internacionales que se han firmado con el propósito de frenar el denominado impacto ambiental o “cambio climático”, producido por el avance desmesurado del proceso de industrialización en el mundo globalizado. Se ha generado, así, un fenómeno curioso, que suele presentarse con la superabundancia normativa: creer que la sola creación de una norma jurídica va a solucionar todos los problemas que puedan presentarse.

Eso es tener una concepción mágica respecto del Derecho, parecida a la invocación del necesario “abracadabra” para que aparezcan o desaparezcan los conejos. El derecho a un medio ambiente sano, que puede ser ubicado como un derecho fundamental de segunda o tercera generación, era impensado para el constituyente del siglo XIX, y probablemente para el de la primera mitad del siglo XX. Las cartas constitucionales más modernas no tienen ahora ningún problema en incluirlo en su nómina inacabable de derechos. Por otra parte, en el ámbito de la ecología suelen existir ciertas palabras “mágicas” que aparecen en toda referencia que se haga sobre el tópico del cuidado del medio ambiente. Una de ellas es lo que se denomina como

4 Utilizamos la expresión en el sentido que le da Arana, J. R. (2008). “Hacia una metafísica ecológica”. En AA. VV. *Filosofía en un mundo global*, Ayestarán, Ignacio; Insausti, Xabier y Aguila, Rafael (Eds.). Barcelona. Anthropos, 147-154.

“desarrollo sustentable”, y que está representado por ciertos objetivos, tales como conservar, explotar racionalmente, utilizar los recursos naturales que están a nuestra disposición y permitir, desde luego, que ellos puedan renovarse y no agotarse para servir a las próximas generaciones, como veremos más adelante.

Para muestra, basta un botón. Veamos, por ejemplo, el artículo 26 de la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que contiene un enunciado tipo en donde, en su primer párrafo, se expresa: “El ambiente es patrimonio común. Toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente sano, así como el deber de preservarlo y defenderlo en provecho de las generaciones presentes y futuras”. Y continúa nuestra norma advirtiendo ahora que toda actividad que suponga en forma actual o inminente un daño al ambiente “debe cesar”.

Nosotros, los habitantes de esta ciudad, en la que no nos une el amor sino el espanto borgiano, sabemos mucho de ese “debe cesar”. El Riachuelo, por ejemplo, y la mayor parte de su cuenca, sigue siendo un elemento líquido pútrido e inhabitable. Pero eso sí: la norma la tenemos, mientras nuestro más alto Tribunal monitorea no se sabe qué obras de saneamiento que nadie concluye. La Constitución de nuestra hermana República de Bolivia posee en su Preámbulo una declaración parecida, en la que no faltan unas notas poéticas que, sin embargo, carecen de toda efectividad jurídica. Empero, ya que hablamos de textos constitucionales, recordemos que el artículo 41 de la Constitución Argentina establece que todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. Este texto, como los otros, suena tan patético que hasta nos hace sonreír.

Lo políticamente correcto consiste, pues, en decir mucho, como desgraciadamente sucede con la mayoría de las declaraciones de derechos fundamentales. Su mención permanente, por otra parte, los banaliza sin remedio restándoles la efectividad que se pretendía imponer con su mera promulgación. En este terreno se dice mucho y se hace poco.

En el ámbito internacional, nuestras normas dedicadas a tópicos ecológicos pueden condensarse en la Convención Marco de la ONU sobre Cambio Climático (1982); el Protocolo de Kyoto (1997), en donde los países signatarios adquirieron ciertos compromisos concretos, y que no fue ratificado por Estados Unidos; la Conferencia de Copenhague, en la que se estableció que el incremento de la temperatura media global no puede exceder los 2° C, y el COP 18, celebrado en Doha, donde se prorrogó la vigencia del Protocolo de Kyoto hasta el año 2020 y la denominada “Cumbre del Clima” (COP 21), celebrada en París en 2015 y aprobada por 195 países, en la que –nueva-

mente— el objetivo principal consiste en conseguir que el aumento de la temperatura media del planeta permanezca por debajo de los 2° C respecto a los niveles preindustriales, existentes en el siglo XVIII.

En consecuencia, de acuerdo a la última de las cumbres citadas, todos los países deben alcanzar un techo en sus emisiones de gases contaminantes cuanto antes, para luchar así contra el llamado “cambio climático”. Como se sabe, el “cambio climático” es la suba de la temperatura del planeta a causa de la acumulación de gases contaminantes en la atmósfera, lo cual impide que las radiaciones infrarrojas que emite la Tierra al calentarse salgan al espacio. Según los científicos, si la contaminación sigue y no se toman medidas, la temperatura media global subirá entre 3,7 y 4,8° hacia fin de siglo. Ello acarreará graves consecuencias: más ciclones y sequías, subas del nivel de los océanos, olas de calor insoportables, caída de producciones agrícolas, deshielo en los polos y en las montañas, extinción de especies y más incendios forestales<sup>5</sup>.

La situación no puede ser más difícil, si se tiene en cuenta que ya hay un aumento de 1° C en la temperatura planetaria promedio en comparación con los niveles preindustriales. No se aclara, sin embargo, quién es el que ha medido la temperatura en la era preindustrial para efectuar la comparación indicada. En materia de ecología, está lleno de afirmaciones puramente dogmáticas que son aceptadas sin chistar como así también pseudo filósofos y pensadores de toda laya. Eso también forma parte de la cultura de lo políticamente correcto, como hemos denunciado más arriba. El canciller francés Laurent Fabius, presidente de la última cumbre climática (COP 21) aludida más arriba, al cerrar su intervención en aquella reunión, dijo algo tan enigmático como digno de ser incluido en la antología de verdades de Perogrullo: “Nada está del todo decidido hasta que se decide”, según nos informa Laura Rocha, enviada especial del matutino *La Nación*<sup>6</sup>.

El mismo periódico, el 13 de diciembre de 2015 (pág. 4 del suplemento “Ideas”), ha comentado con gran franqueza lo que sería el lado “pesimista” de este tipo de reuniones internacionales. Leemos: “Las cumbres siempre son un fracaso y, además, un fracaso oneroso. Son miles de funcionarios, miembros de ONG, empresarios y periodistas que viajan por todo el mundo, además en aviones que generan toneladas de dióxido de carbono y empeoran el cambio climático. En París, por ejemplo, hubo más de 40.000 acreditados y la primera impresión que generó fue la de un enorme circo, mezcla de feria y foro de negocios”. Y la nota periodística agrega enfáticamente: “En estos veintipico de años estas miles de personas anduvieron

5 Fuente: diario *Clarín*, ejemplar del 13-12-2015, 31.

6 Diario *La Nación*, 10-12-2015.

por Varsovia, Cancún, Lima, Durban, Bali, Copenhague y dos veces Buenos Aires (aunque pocos lo recuerdan). Todo esto genera una casta singular que además se maneja con una jerga casi inaccesible para el resto de los mortales”.

Incluso en una posición que podríamos denominar “intermedia”, es decir, ni tan optimista como para concluir que las reuniones de este tipo constituyen un extraordinario avance, ni tan pesimista que nos permita concluir que no sirven absolutamente para nada, se piensa que los largos procesos de negociaciones referidos al cambio climático, en donde se entremezclan intereses de todo tipo, son lo más parecido que haya habido nunca a un gobierno mundial. La idea de una “cosmópolis” nunca estuvo tan cerca, sin duda. Afortunadamente, la diversidad de las culturas ha constituido un impedimento cierto a semejante aspiración; del mismo modo la agresividad y la reconciliación (así como el conflicto y la pacificación) son constantes evolutivas de la especie humana que hacen imposible el proyecto cosmopolita de una paz estable y universal<sup>7</sup>, pero el mismo hiperdesarrollo del concepto de Derechos Humanos nos acerca cada día más a la hipótesis de un soberano mundial que se adueñe del derecho que deba regir en todo el orbe. Pero no nos desviemos de nuestro objeto de estudio.

Una de las facetas de los trastornos ecológicos tiene que ver no tanto con los problemas derivados del cambio climático, sino con la utilización de ciertas técnicas que facilitan o disponen cierto estado de cosas en el suelo, para el cultivo de determinados productos agrícolas.

Esas técnicas, que generalmente están vinculadas con la utilización de productos transgénicos, han provocado un aumento de la producción agrícola. Sus defensores manifiestan que las mismas ayudaron, por ejemplo, a reducir la aplicación de agroquímicos. En los Estados Unidos, grupos de agricultores se han unido aduciendo un “derecho a producir”, en contra de grupos ambientalistas, que discuten no sobre bases científicas sino con un fuerte contenido emotivo. John Kuehn, senador en la legislatura de Nebraska, ha advertido, al respecto: “Son grupos muy fuertes. A veces recaudan dinero para ayudar a las mascotas abandonadas, pero luego usan parte de esos fondos para dar mensajes en contra de la producción bovina o cualquier otra producción animal”<sup>8</sup>.

Sin embargo, si bien es cierto que entre los ambientalistas existe una variada avifauna, como ya lo hemos dicho más arriba, no es menos cierto que desde el punto de vista puramente científico, se están produciendo

7 Utilizamos el término “cosmópolis” en el sentido que le asigna Zolo, D. (1997). *Cosmópolis. Perspectiva y riesgos de un gobierno mundial*. España. Ed. Paidós. Se puede consultar, especialmente, la página 187.

8 Diario *La Nación*, ejemplar del 1-8-2016, 4, Sección “Campo”.

verdaderos dislates y anomalías en lo que tiene que ver en la relación del hombre con la tierra.

En efecto, se ha “desencadenado”, por así decirlo, una especie de “*Weltanschauung*”, en donde lo que predomina es la “racionalidad técnica”: la ciencia produce tecnología y la tecnología retroalimenta las investigaciones científicas, generándose, así, una aceleración sostenida de todo el proceso. Es cierto que la humanidad puede adoptar una actitud diferente: en vez de intensificar el cambio y el dominio de su entorno podría, por caso, procurar adaptar sus ambiciones a la realidad. Sin embargo, como observa Quintanilla, desde el momento en que alguien se propone modificar la realidad para que ésta se amolde a sus deseos, ha dado un paso definitivo hacia el desenfreno del desarrollo tecnológico del que ya no podrá salir, salvo que renuncie a sus deseos<sup>9</sup>.

Podemos poner numerosos ejemplos acerca de lo que venimos diciendo. En la Argentina, se ha producido hace poco un desastre ecológico muy grave en la provincia de San Juan, protagonizado por la minera Barrick Gold. En realidad, esa empresa tuvo dos incidentes ambientales en un año: en el primero, sus representantes dijeron que se habían derramado 15.000 litros de cianuro como consecuencia de un “accidente” producido en la mina de oro Veladero, cuando en realidad la pérdida había sido de 1.000.000 de litros...

Ciertamente, el cianuro se derrama en la tierra, en ríos que bajan directamente de las montañas y en los cuales fluye agua cristalina y pura. En el segundo suceso, el director ejecutivo de la minera hizo “un enorme pedido de disculpas a San Juan” porque había existido un “pequeño derrame” producido por un desplazamiento de piedra fuera del valle de lixiviación: la cañería fue impactada por un pedazo de hielo de una tonelada y media, lo que desajustó las juntas de las cañerías que transportan cianuro, agua y metales... Aclaremos que el “valle” aludido, en el caso de Veladero, es la instancia en la que se procesa el mineral sólido –oro– con una solución cianurada. Pero caben aquí preguntas sin respuestas: si ese segundo accidente fue “mínimo”, ¿por qué razón el ejecutivo de la minera hizo un “enorme” pedido de disculpas?

Por otra parte, si la Ley N° 26.639 (Ley de Glaciares), en su artículo 6°, prohíbe la explotación y exploración minera en esa área, ese tremendo pedazo de hielo que desplazó las juntas, ¿provino acaso de un desierto o es quizás la mejor prueba de que la mina se encuentra en una zona periglaciaria?

9 Quintanilla, M. Á. (1989). *Tecnología, un enfoque filosófico*. Madrid. Fundesco, 105, citado por Pimentel, L. O. (2000). *Las funciones del derecho mundial de patentes*. Córdoba. Advocatus, 37.

Es que la actividad minera ha de ser cuidadosamente controlada, por aquello de que ella siempre está en pugna con la tierra. La minería rompe la tierra, la destruye. Es lo contrario de la labor agrícola, amiga de esa misma tierra, la que le hace ver en ella a una madre justa: *iustissima mater tellus*, que a partir del acto espiritual de hundir el grano en el surco, asemeja a un eje que, hundido entrañablemente en la tierra, morada de los hombres, eleva su despliegue hacia el nivel celeste<sup>10</sup>.

Sin embargo, este nivel agrícola, que considera al hombre como un mediador entre la tierra y el cielo, ha sido olvidado también en manos de la técnica, tendiendo a demonizar esta relación que debiera ser naturalmente amigable y próspera.

Como muy bien lo ha sostenido con gran valentía y profundo sentido de justicia el profesor de esta casa de estudios, Guillermo Antelo, en su voto en la causa: “Monsanto Technology LLC c/ Instituto Nacional de la Propiedad Industrial s/ denegatoria de patente”, decidido por la Cámara Civil y Comercial Federal, Sala III, a lo largo de la ejecución de los programas científicos aludidos más arriba, el técnico comienza por modificar la naturaleza pero termina por sustituirla. El caso más patético es el que se produce con la utilización de semillas transgénicas.

En efecto, la semilla transgénica no es una cosa mueble fungible y consumible sino también una “idea” que se renueva con cada mejora incremental y por la cual el agricultor debe pagar porque no tiene opciones. En ese estado de cosas, cada patente del material genético renovado implica el reconocimiento de una suerte de monopolio sobre una parte de la naturaleza por un lapso que nadie está en condiciones de precisar. Y ello, en detrimento de la biodiversidad, que fue declarada como un “objetivo de toda la humanidad” en el ámbito de las Naciones Unidas.

Se hace patente aquí cierta avaricia tanto de parte de los productores como así también de parte de las empresas, que brindan lo que podríamos denominar “tecnología transgénica”. Los primeros desean un aumento de sus ingresos a toda costa, aun cuando ello ocurra envenenando irremediablemente el suelo o deforestando grandes áreas de terreno para sembrar soja, tierras que luego quedarán yermas para siempre. Las segundas, participando de ese lento e inexorable envilecimiento de la tierra en nombre de la ciencia y del progreso, para ir llenando las arcas de las compañías que se dedican al negocio de la biotecnología, con el pretexto de ser las grandes combatientes del hambre, en beneficio de la humanidad<sup>11</sup>.

10 Disandro, C. A. (1985). *Sentido político de los romanos*. Buenos Aires. Thule Antártica, 56.

11 En la sentencia citada, leemos: “Monsanto es uno de los principales productores de OGM (organismos genéticamente modificados) tolerantes al glifosato, herbicida éste eficaz

La pretensión quizás sea tan vieja como el mundo, aunque con el enorme avance científico vemos que los intentos sean cada vez más sostenidos: querer sustituir a Dios, o más bien, querer despojar a la creación de su carácter de santidad. Pero como sugiere el astrofísico canadiense, Hubert Reeves, toda “la naturaleza está estructurada como un lenguaje” que tiene quince mil millones de años. Ese lenguaje puede ser vislumbrado a través de la combinatoria, pero no es susceptible de apropiación<sup>12</sup>.

En este terreno, en efecto, los intereses creados están a la orden del día. Parece increíble saber lo que es prácticamente un lugar común: el aprovechamiento de la energía procedente de fuentes renovables es mucho más eficiente y barata que la proveniente de los combustibles fósiles. En las últimas décadas se ha producido una verdadera explosión de ingenio en el diseño de mecanismos de residuo cero y en el urbanismo verde. Como ha advertido Naomi Klein, no faltan los pequeños enclaves o áreas geográficas donde esos estilos de vida bajos en carbono han sido probados con enorme éxito<sup>13</sup>.

En fin, la realidad de nuestro tiempo nos envía un tremendo mensaje, que podría representar una síntesis de lo “políticamente correcto”. Ese mensaje, concluye Klein, se expresa en el lenguaje de los incendios, de las inundaciones, las sequías y las extinciones de especies<sup>14</sup>. Es la naturaleza que habla mientras los hombres no la escuchan.

### III. El cuidado de la casa común

La frase que citamos en el párrafo anterior pertenece a Víctor Hugo. Es un pensamiento extraordinario y anticipatorio. De alguna manera, preanuncia las principales afirmaciones de la carta encíclica *Laudato Si'*, formuladas por el Santo Padre. Porque en este documento pontificio se parte

---

pero no selectivo pues destruye tanto las malezas como los cultivos originarios. A principios de los noventa creó una variedad de soja tolerante al glifosato –me refiero a la conocida Roundup Ready (RR)– que introdujo en la Argentina más tarde a bajo precio, es decir, sin cobrarle a las semilleras locales el costo de la tecnología incorporada. El paquete tecnológico de la soja RR + glifosato + siembra directa fue el modelo tecnológico y económico que, iniciado en la región pampeana, se expandió de manera centrífuga hacia la periferia, abarcando zonas extrapampeanas. En el presente, más del 90 % de la soja es transgénica” (sentencia comentada, considerando VIII, pto. C).

12 Fallo citado, considerando VIII, pto. C, nro. 3°. Reeves, H. (1989). *El sentido del universo. ¿Tiene futuro la vida?* Buenos Aires. Emecé Editores S.A., 53 a 58.

13 Klein, N. (2015). *Esto lo cambia todo. El capitalismo contra el clima*. Buenos Aires. Paidós, 31.

14 *Ibidem*, 41.

de una base verdaderamente realista. No estamos aquí frente a la imagen utópica que nos plantea el mundo *veggie*, en donde se nos refiere un planeta soñado, sin cables de alta tensión ni petróleo, alimentado a energía eólica o solar, sin armas nucleares y sólo poblado por personas sin maldad. Eso sería lo mismo que suponer que si planto rúcula en mi balcón y nunca más pruebo una pata de pollo, los glaciares dejarán de derretirse y los ríos de estar contaminados<sup>15</sup>.

El plano en el que se inscribe *Laudato Si'* está muy lejos de esa vaga utopía. No constituye una declaración original, por otro lado. En el terreno de la ecología, es muy difícil ser completamente original. Así, Francisco advierte que su antecesor, el Papa Benedicto, reconocía que el ambiente natural está lleno de heridas producidas por nuestro comportamiento irresponsable. Ello se debe, ciertamente, a un mal que podríamos llamar “social”: la idea de que no existen verdades indiscutibles que guíen nuestras vidas, por lo cual la libertad humana carece de límites<sup>16</sup>. En otras palabras: vivimos en un mundo que está repleto de *doxa*, de opiniones variadas, pero en donde ha desaparecido la *aletheia*, el sentido de la verdad.

Ahora bien, una de esas verdades objetivamente indiscutibles es que *el clima es un bien común*, de todos y para todos. Por ello, es un bien participable: siendo ello así, reflexionar sobre la temática ecológica es una necesidad de esta hora.

Hay una idea que es como el quicio de nuestra encíclica: la que parte de la convicción de que, en el mundo, todo está conectado; *todas las criaturas están conectadas, cada una debe ser valorada con afecto y admiración, y todos los seres nos necesitamos unos a otros*<sup>17</sup>. Claro que en esta verdadera urdimbre en que consiste la naturaleza, el ser humano tiene una dignidad especialísima: existe una relación directa entre la degradación ambiental, la cultura del descarte y la vida de las personas.

Por ello, ese puesto del hombre en el cosmos –si queremos parafrasear a Max Scheler– nos hace portadores de derechos, claro está, pero también de innumerables obligaciones y deberes para con los demás. No debemos olvidar que ello ha de ocurrir en el mundo de la modernidad líquida. Y si bien Francisco no utiliza el término en el sentido que sí lo hace Zygmunt Bauman, la descripción que hace de la realidad actual excede el mero marco de la ecología. A su vez, lo integra en él: “[...] tienden a reemplazarse las relaciones reales con los demás [...] por un tipo de comunicación mediada por internet. Esto permite seleccionar o eliminar las relaciones

15 “Diez rarezas del mundo veggie”. Nota periodística de Gabriela Saidon, publicada en Revista *Viva*, 29.

16 *Laudato Si'*, nro. 6.

17 *Laudato Si'*, nro. 42.

según nuestro arbitrio, y así suele generarse un nuevo tipo de emociones artificiales, que tienen que ver más con dispositivos y pantallas que con las personas y la naturaleza”. Los medios actuales nos impiden tomar contacto directo con la angustia, con el temblor, con la alegría del otro, y con la complejidad de su experiencia personal. Se desarrolla, entonces, una profunda y melancólica insatisfacción en las relaciones interpersonales, o un dañino aislamiento<sup>18</sup>.

En fin, el Santo Padre no duda que la degradación ambiental y la degradación humana y ética están íntimamente unidas. Este aspecto del problema es de un rigor antropológico indudable. Respecto de él, se produce una cierta *adiatorización* del comportamiento, en el sentido también utilizado por Bauman. El término *adiaphoron*, en griego, significa “algo sin importancia” y, por extensión, podemos utilizarlo para referirnos a la capacidad de no reaccionar o de reaccionar como si algo les ocurriera no a personas, sino a objetos físicos, a cosas, o a no humanos. Las cosas que pasan son insignificantes; no nos pasan a nosotros, o no pasan con nosotros. Así, el concepto de “adiafórico” implica algo “irrelevante”, o mejor aún, “indiferente”<sup>19</sup>.

El problema del medio ambiente y la cantidad de sub-problemas que el mismo acarrea (por ej., el cambio climático, la megaminería, los cultivos transgénicos, la tala indiscriminada) están entonces más allá del juicio moral porque precisamente son considerados irrelevantes: todo eso es algo que les pasa a los otros, pero no a nosotros. O en todo caso, las consecuencias ocurrirán dentro de cientos de años. Ya volveremos sobre esta forma de egoísmo irresponsable, aunque en la encíclica se nos advierte desde ya que no hay ecología sin una adecuada antropología.

Hay aquí un dato teológico indudable: el mundo procedió de una decisión, no del caos o la casualidad, lo cual lo enaltece todavía más. Eso jamás fue comprendido por el hombre fáustico, incapaz de comprender el valor del *logos* creador, identificándolo ahora con la pura acción humana. “A la embriaguez del tiempo nos lancemos/al rodar de los acontecimientos”, exclama ahora el doctor Fausto. Eso provoca incluso la mirada crítica hasta del mismo Mefistófeles, quien le dice, consternado: “no tenéis ni medida ni objetivo”.

Es que Goethe ha podido ver claramente las consecuencias tremendas de la técnica deshumanizada. Francisco lo explica singularmente: “[...] ahora lo que interesa es extraer todo lo posible de las cosas por la imposición

<sup>18</sup> *Laudato Si'*, nro. 47.

<sup>19</sup> Bauman, Z. y Donskis, L. (2015). *Ceguera moral. La pérdida de sensibilidad en la modernidad líquida*. Buenos Aires. Ed. Paidós, 53 y 57.

de la mano humana, que tiende a ignorar u olvidar la realidad misma de lo que tiene delante. Por eso el ser humano y las cosas han dejado de tenderse amigablemente la mano para pasar a estar enfrentados”<sup>20</sup>.

En consecuencia, el antropocentrismo moderno ha terminado colocando la razón técnica sobre la realidad, porque este ser humano “ni siente la naturaleza como norma válida, ni menos aún como refugio viviente. La ve sin hacer hipótesis, prácticamente, como lugar y objeto de una tarea en la que se encierra todo, siéndole indiferente lo que con ello suceda”, advierte el Papa citando ni más ni menos que a Guardini. De este modo, se debilita el valor que tiene el mundo en sí mismo. Sin embargo, la forma correcta de interpretar el concepto del ser humano como “señor” del universo consiste en entenderlo como administrador responsable<sup>21</sup>.

En fin, este camino que se propone en la carta encíclica que nos ocupa se denomina: “ecología integral”. Pero como vimos al comienzo, esa es exactamente la misma denominación utilizada por el profesor Montejano en 1982. De todas maneras, ¿cuáles son los principales puntos que deben alcanzarse para lograr esta visión omnicomprendensiva y no parcializada de la ecología?

Una visión de este tipo debe abarcar, necesariamente, no sólo lo ambiental sino también lo económico y lo social.

Así, en primer lugar, ha de plantearse una verdadera “ecología económica”. Sin duda, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada, pero asimismo se vuelve actual la necesidad imperiosa de un humanismo que posea una mirada más integral e integradora<sup>22</sup>.

Sin embargo, en segundo lugar, surge de inmediato otra cuestión conectada con lo económico. Así, con el respaldo de su antecesor, Benedicto XVI, Francisco advierte que cualquier menoscabo de la solidaridad y del civismo produce daños ambientales. Puede hablarse aquí, entonces, de una “ecología social”, que debe ser necesariamente institucional y que alcance en forma progresiva las distintas dimensiones que van desde el grupo social primario, la familia, pasando por la comunidad local y la nación, hasta la vida internacional.

Los ejemplos saltan a la vista. La encíclica destaca uno: el consumo de narcóticos en las sociedades opulentas provoca una constante demanda de productos originados en regiones empobrecidas, donde se corrompen conductas, se destruyen vidas y se termina degradando el ambiente.

<sup>20</sup> *Laudato Si'*, nro. 83.

<sup>21</sup> *Laudato Si'*, nros. 115 y 116, *passim*.

<sup>22</sup> *Laudato Si'*, nro. 141.

Existe un tercer punto a tener en cuenta, que podría denominarse “ecología cultural”. En efecto, junto con el patrimonio natural, hay un patrimonio histórico, artístico y cultural, igualmente amenazado, que es parte de la identidad común de un lugar y una base para construir una ciudad habitable.

También en este plano podemos poner algunos ejemplos. Hace falta incorporar la historia, la cultura y la arquitectura de un lugar, manteniendo su identidad original<sup>23</sup>. Sin duda que ello no se compadece con la constante vandalización de los edificios, que terminan siendo víctimas de grafiteros y gente mal entretenida. Basta mirar a nuestro alrededor para apreciar barrios enteros que han terminado abandonados en manos de esos individuos, como si fueran un verdadero territorio liberado.

Eso nos conduce al cuarto punto de nuestra ecología integral. Es lo que la encíclica llama la “ecología de la vida cotidiana”. Aquí, para que pueda hablarse de un auténtico desarrollo, habrá que asegurar que se produzca una mejora integral en la calidad humana. En efecto, los escenarios que nos rodean influyen en nuestro modo de ver la vida, de sentir y de actuar.

A la vez, en nuestra habitación, en nuestra casa, en nuestro lugar de trabajo y en nuestro barrio, usamos el ambiente para expresar nuestra identidad. Nos esforzamos por adaptarnos al medio y, cuando un ambiente es desordenado, caótico, o cargado de contaminación visual y acústica, el exceso de estímulos nos desafía a intentar configurar una identidad integrada y feliz<sup>24</sup>.

Claro que hay un complemento necesario que en la encíclica no se menciona pero que está como sobreentendido: la educación. Todo aspecto que tenga que ver con cuestiones ecológicas, en efecto, necesita a su vez de una adecuada formación educativa que haga comprender a los individuos, desde pequeños, la importancia del orden, del cuidado ambiental y del respeto al prójimo.

Aquí aflora una necesaria referencia antropológica: la sensación de asfixia producida por la aglomeración de residencias y espacios con alta densidad poblacional se contrarresta si se desarrollan relaciones humanas cercanas y cálidas, si se crean comunidades, si los límites del ambiente se compensan en el interior de cada persona, que se siente contenida por una red de comunión y de pertenencia. Como se advierte en nuestro documento pontificio, “de este modo, cualquier lugar deja de ser un infierno y se convierte en el contexto de una vida digna”<sup>25</sup>. En suma, hay una indiscutible interrelación entre el espacio y la conducta humana.

<sup>23</sup> *Laudato Si'*, nro. 143.

<sup>24</sup> *Laudato Si'*, nro. 148.

<sup>25</sup> *Laudato Si'*, nro. 149.

Entonces, la ecología humana implica algo muy hondo: la necesaria relación de la vida del ser humano con la ley moral escrita en su propia naturaleza, necesaria para poder crear un ambiente más digno. En palabras de Benedicto XVI, existe en consecuencia una “ecología del hombre” puesto que “también el hombre posee una naturaleza que él debe respetar y que no puede manipular a su antojo”. Nos encontramos, por consiguiente, en el centro de lo que resulta ser una consideración sobre la Ley Natural y la persona humana.

Por último, Su Santidad nos advierte que la ecología humana es inseparable de la noción de bien común, puesto que el mismo es un principio que cumple un rol central y unificador de la ética social. Y recordando la *Gaudium et spes*, nos recalca la ya clásica definición de este tipo excelente de bien participable: “[...] el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”.

Sin embargo, Francisco precisa los alcances de esta noción de bien común. Ciertamente, este concepto, tan caro a la Filosofía clásica, incorpora también a las generaciones futuras puesto que ya no puede hablarse de desarrollo sostenible sin una solidaridad intergeneracional<sup>26</sup>. Se abre aquí una consideración de filosofía política muy profunda, que en sus vertientes referidas a la importancia de la ecología fue estudiada incluso por John Rawls.

En efecto, lo que Rawls denomina el “principio de ahorro justo”<sup>27</sup>, cuya enunciación sería que debe conseguirse un nivel adecuado de conservación y ahorro para promover los mejores intereses para los individuos peor situados de la generación existente, enunciado en 1971, demuestra el presentimiento de este autor acerca de la importancia que sería atribuida a la necesidad de proteger el funcionamiento del ecosistema del planeta, puesto que el efecto del principio es que la justicia definida como imparcialidad debe operar no sólo entre individuos en cualquier sociedad, sino también entre miembros de una generación y las generaciones futuras<sup>28</sup>.

Por ende, en Rawls, el problema ético es el acordar el medio que, a través del tiempo, trate a las generaciones justamente durante todo el curso de la historia de la sociedad. Las personas, en las diferentes generaciones, tienen deberes y obligaciones unas con otras y la generación presente no puede hacer lo que le plazca, sino que está sujeta a los principios elegidos

<sup>26</sup> *Laudato Si'*, nro. 159.

<sup>27</sup> Rawls, J. (1979). *Teoría de la Justicia*. México. Ed. Fondo de Cultura Económica, 330, passim.

<sup>28</sup> Riddall, J. G. (1999). *Teoría del Derecho*. Barcelona. Gedisa editorial, 202.

en la posición original y que definen la justicia entre las personas en los diferentes momentos del tiempo<sup>29</sup>.

Así, Francisco califica el “inmediatismo político” como un drama. Respondiendo a intereses electorales, los gobiernos no se exponen fácilmente a irritar a la población con medidas que puedan afectar el nivel de consumo o poner en riesgo inversiones extranjeras. La miopía de la construcción de poder detiene la integración de la agenda ambiental con mirada amplia en la agenda pública de los gobiernos. Se olvida que “el tiempo es superior al espacio”, que siempre somos más fecundos cuando nos preocupamos por generar procesos más que por dominar espacios de poder. Para el Santo Padre, en fin, la grandeza política se muestra cuando, en momentos difíciles, se obra por grandes principios y pensando en el bien común a largo plazo. Al poder político le cuesta mucho asumir este deber en un proyecto de nación<sup>30</sup>.

#### **IV. Algo más sobre la conservación de las instituciones naturales**

En la investigación que refiriéramos al comienzo de este trabajo, Montejano incluye entre las diversas instituciones naturales, es decir, aquellas que surgen directamente requeridas por la naturaleza del hombre, a la familia, el municipio, la sociedad profesional y la sociedad política<sup>31</sup>. Las instituciones nombradas no constituyen, desde luego, una lista exhaustiva, pero son representativas de la importancia que ofrecen para el desarrollo humano.

Tomaremos al azar tan sólo dos de ellas: la familia y la sociedad política. Le agregaremos otra, para nosotros de gran trascendencia, no incluida en aquella nómina: la institución educativa, la educación en general. Desde ya adelantamos que existe un vínculo, algo que enlaza invisiblemente a la familia, la educación y la sociedad política, si es que hablamos de una “ecología integral”. Quizás las reflexiones que siguen, por no pertenecer precisamente a lo “políticamente correcto”, ni tener un trasfondo teológico profundo, no deban ser ni siquiera mencionadas en el marco de una encíclica papal.

En primer lugar, la familia. Se nos ocurre ahora que San Agustín ha sido el autor que con mayor énfasis ha tratado la necesidad de una ecología de la familia, tan importante que resulta en el conjunto del tejido social. “La casa debe ser el principio y el fundamento de la ciudad”, nos advierte. Y ello tiene que ver con la relación que se descubre entre su sólida disposición y el orden y la paz en la comunidad: “[...] es claro y lógico que la paz domés-

29 Rawls, J. Ob. cit., 331.

30 *Laudato Si'*, nro. 178.

31 Montejano, B. Ob. cit., 244.

tica debe redundar en provecho de la paz cívica; es decir, que la ordenada concordia entre los que mandan y los que obedecen en casa debe relacionarse con la ordenada concordia entre los ciudadanos que mandan y los que obedecen. De donde se sigue que el padre de familia debe guiar su casa por las leyes de la ciudad, de tal forma que se acomode a la paz de la misma”<sup>32</sup>.

Parece claro, entonces, que San Agustín refiere un hecho de gran implicancia desde el punto de vista de la psicología social: si estamos mal en nuestra casa, es decir, en nuestra familia, trasladaremos ese malestar a la sociedad, a la ciudad. Parece increíble que esta simple observación, que hasta podríamos decir que es de sentido común, haya sido tan increíblemente soslayada por el individualismo moderno, al propiciar una autenticidad totalmente desordenada e infértil. Es la misma visión que ha descripto Michel Houellebecq de un mundo futuro, pero tristemente cercano: el despoblamiento occidental, que se repetía una vez alcanzado cierto nivel de desarrollo económico y hacía que existieran “jóvenes educados y con buen nivel socioeconómico que declaraban públicamente no querer hijos, no sentir el deseo de soportar las preocupaciones y cargas asociadas a la educación de una progenitura. La consecuencia de semejante concepción: un mundo habitado por clones, en donde la bondad, la compasión, la fidelidad y el altruismo son misterios impenetrables [...]”<sup>33</sup>.

Siguiendo precisamente esa importancia que le otorga la tradición clásica a la familia, es que Jean Bodin pudo sostener que ella es de manera concluyente la verdadera fuente y el origen de toda república<sup>34</sup>.

Pasemos ahora a la institución de la sociedad política. Aquí sí tenemos que citar íntegramente a Montejano. Para la asunción de la ecología integral aplicada al concepto de nación, necesitamos que el Estado sea una “persona de bien”. Un Estado en el cual las virtudes públicas se perciban en grandes dimensiones, sirviendo así para ejemplaridad de los gobernados. Un Estado que devuelva a los particulares y a los grupos infrapolíticos las competencias que no le corresponden. Un Estado que ayude, vigile y rectifique las tareas de individuos y grupos. Un Estado que no peque por omisión, o sea, que realice las tareas que aquéllos no pueden o las que, dejadas en manos privadas, puedan afectar el bien común político. Un Estado que sea “tan fuerte que no necesite ser violento”. Un Estado capaz de actuar en el orden de la causalidad eficiente en pos de las grandes metas colectivas. Un Estado con clara conciencia de sus limitaciones. Un Estado nutrido por la savia de la sociedad. Un Estado al servicio de la Nación<sup>35</sup>.

32 San Agustín. *La Ciudad de Dios*, XIX, 16.

33 Houellebecq, M. (2005). *La posibilidad de una isla*. Buenos Aires. Ed. Alfaguara, 61.

34 Bodin, J. (2006). *Los seis libros de la República*, L. I Cap. II. Madrid. Tecnos, 16.

35 Montejano, B. Ob. cit., 252.

Pero así como en términos triviales ha de cuidarse del medio ambiente teniendo conductas proactivas en defensa de la tierra y de los océanos, conductas que –como hemos visto– abarcan una cantidad de supuestos de la vida cotidiana, desde la clasificación de la basura hasta la búsqueda de fuentes alternativas de energía como las generadas por el viento o el sol, no vemos por qué razón no deberíamos adoptar los mismos comportamientos respecto de desechar a los políticos corruptos para que no vuelvan más o no engañen más al electorado de buena fe, o borrar para siempre de nuestras legislaciones las que confieren ciertos privilegios relacionados con las inmunidades legislativas y que no han hecho más que crear una casta de individuos de cien mil raleas, que de no contar con ellas terminarían seguramente condenados en prisión.

Y ya que estamos, tampoco vemos por qué razón el ciudadano de a pie debería seguir soportando la legislación penal de forma y de fondo existente, creada para beneficio de los delincuentes y no de la gente común que necesita –desde luego– que sus derechos sean garantizados, fundando lo que tendría que ser el verdadero garantismo penal.

Quizás nosotros no veamos los beneficios que se obtendrían de efectuar esos pequeños grandes cambios en la vida de los individuos. Esto también hace al concepto de “ecología integral” que venimos comentando.

Finalmente, la tercera y última institución natural que vamos a tratar es la educación, aspecto éste al que ya nos hemos referido anteriormente. Esta es tanto más importante que las otras, puesto que si carecemos de ese perfeccionamiento de las potencias humanas en que ella consiste, ¿a título de qué vamos a preferir el orden al desorden, la justicia a la injusticia, la ecología integral a la condena a muerte de nuestras sociedades? Por otra parte, un pueblo sin educación está condenado a vivir gobernado siempre por políticos corruptos, a los que obedece como un ganado manso.

Es que, tal como enseñaba Tello, la educación se define siempre por referencia a la perfección. No hay, pues, educación alguna sin modificación perfectiva. Ninguna educación digna de este nombre deja inmutado al educando, cuya transformación es de su esencia misma<sup>36</sup>. La educación participa del carácter histórico de su sujeto, pues no se trata de formar al hombre abstracto, sino al individuo concreto que vive dentro de cierta realidad histórico-social. Quiere decir, entonces, que toda educación humana se inserta en una tradición histórica, prolongándola y confirmándola. Es indudable, entonces, que las condiciones de lugar y tiempo inciden siempre de algún modo sobre la marcha de la educación. Estas condiciones espaciotemporales son literalmente condicionantes.

36 Tello, B. (1975). *Filosofía pedagógica*. Buenos Aires. Ed. Huemul, 44.

Pero, continuaba Tello, en cuanto obra humana, la educación implica una realización histórica que no puede prescindir de la tradición; es decir, constituye una tarea propia del “animal histórico”. A tal punto es así que, aun cuando se quisiera reducirla a una mera fabricación de cosas, a una pura técnica, esas cosas no podrían hacerse sino de acuerdo a una modalidad impuesta por la tradición. Ciertamente la educación enseña a fabricar cosas, pero siempre conforme a un modelo tradicional; de modo que, si bien la técnica no puede faltar, más decisiva que ésta es todavía la tradición. Por ende, la educación consiste en la comunicación viva de una tradición espiritual común más que en la adquisición de una técnica<sup>37</sup>.

Sin embargo, hablar de “tradición”, en el contexto de una ecología integral como la propugnada en este estudio, posee implicancias concretas que debemos tener en cuenta. No hay futuro sin tradición, puesto que ella siempre supone un depósito, algo que se conserva, que se guarda y cuida, porque siendo un pasado-contemporáneo es ya futuro y constituye la médula misma del acto de transmitir. Luego, la tradición no es algo yuxtapuesto al tiempo interior, sino su nervio esencial y sin la cual el hombre sería anulado como hombre. Cuando el hombre vive vertido completamente hacia la exterioridad y por eso “olvidado” de sí (y por lo tanto del ser), inaugura un mero porvenir exteriorista que es la negación de la tradición. La tradición es, pues, contemporánea e interior, pone un pasado (que nos constituye) en el presente que transcurre y que es, por eso, futuro y constitutivo del futuro<sup>38</sup>.

Podemos repetir un concepto entonces, al que ya hiciéramos referencia: “el tiempo es superior al espacio”. Ahora queda más claro que esta especie de máxima resulta central a la hora de referirnos a toda cuestión que tenga que ver con la ecología. Porque adoptando conductas apropiadas, somos lo que eran nuestros antepasados, que amaban la tierra, y seremos lo que debemos ser, sin olvidar verdades esenciales.

Esa es la conexión que encontramos entre ecología y Ley Natural. Una ligazón esencial, puesto que ubica al hombre en su verdadero lugar dignificando la morada común. Es que en realidad, como sostenía Newman, formar buenos ciudadanos es el fin práctico de la educación. Así, el ideal educativo no puede estar dissociado de la realidad social y política, puesto que el desenvolvimiento de la persona no es independiente de los valores colectivos y las tradiciones sociales. Nos encontramos aquí, por lo tanto, frente a un verdadero Derecho Natural primario proveniente del tercer orden de tendencias: vivir en sociedad.

37 *Ibidem*, 172.

38 Caturelli, A. (1982). “Tradición, Revolución, Conservación”. En *La conservación...* Ob. cit., 256, *passim*.

En efecto, nadie puede negar la solidaridad entre los sistemas educativos y las instituciones políticas, pues toda nación quiere hacer de cada uno de sus hijos un buen ciudadano. Jamás puede salir bien parado un pueblo que carezca de una buena *paideia*. Es elemental, entonces, que el maestro procure servir los ideales políticos de la comunidad; por tanto, su misión educadora debe inspirarse en una visión social.

La ecología entendida integralmente, pues, resulta uno de los quicios sobre los que debe girar la doctrina de la Ley Natural en el siglo XXI. Negar esta realidad supone desconocer nuestra realidad vital: caso patente de causación de realidades recíprocas.

La ecología integral no necesita de leyes ni de documentos internacionales que jamás se cumplen, sino de algo que está en nuestro interior.

Construyamos, entonces, nuestra casa de un modo más racional a fin de que seamos merecedores de nuestro verdadero lugar en el orden de la creación y siempre asumiendo que respetar a los demás y respetar a la naturaleza supone algo mucho más elemental: el respeto hacia nosotros mismos.



## **PARTE II**

### **ESTUDIOS DOCTRINALES**



**¿ES LÍCITO HABLAR DE PODER CONSTITUYENTE  
DENTRO DE LA TRADICIÓN CLÁSICA?  
DISCUSIÓN Y APOSTILLAS**

*Is it Lawful to Speak of Constituent Power Within the Classical Tradition?  
Discussion and Apostilles*

Sergio Raúl Castaño<sup>1</sup>

Recibido: 3 de febrero de 2017  
Aprobado: 23 de marzo de 2017

**Resumen:** El artículo aborda el problema de la objetiva realidad del poder constituyente, al hilo de la crítica a la correspondiente idea liberal, tal como ésta ha sido preconizada por el régimen político-jurídico actual. Como respuesta a la cuestión planteada se concluye que el poder constituyente es una de las funciones esenciales del poder político. Asimismo, se debaten algunas asunciones teóricas de la contrarrevolución moderna respecto de la constitución y se plantean las grandes contribuciones de Th. Meyer y L. Billot en este tema.

**Palabras claves:** Poder constituyente - Liberalismo - Contrarrevolución - Tercer escolástica.

**Abstract:** This article approaches the idea of constituent power typical of liberal constitutionalism, as received by the political and legal system today. On the other hand, as an answer to the question itself, the author holds that the constituent power is one of the essential functions of political power. Besides, some counterrevolutionary assumptions concerning the constitution are put into debate and Th. Meyer's and L. Billot's great contributions to this subject are expounded.

<sup>1</sup> Investigador del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado (UNSTA). Director del Centro de Estudios Políticos (UNSTA). Director del Departamento de Política (Fundación Bariloche/CONICET). Correo electrónico: sergioraulcastano@gmail.com.

**Keywords:** Constituent power - Liberalism - Counterrevolution - Third scholasticism.

Para citar este texto:

Castaño, S. R. (2017), “¿Es lícito hablar de poder constituyente dentro de la tradición clásica?”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 131-148.

### **Introducción: El problema: la vinculación del nombre y la noción con la modernidad revolucionaria, ¿oculta una realidad permanente?**

Para un connotado portavoz doctrinal del régimen hoy dominante, Ernst Wolfgang Böckenförde, sólo cabe apelar al poder constituyente en clave democrática, como poder constituyente del pueblo, donde “pueblo” debe ser entendido en el sentido del término revolucionario “*nation*”<sup>2</sup>. Por su parte, Hermann Heller y Carl Schmitt reconocen en la monarquía moderna la acción de un poder constituyente. Pero es verdad que, no obstante la afirmación de esa presencia en contextos ajenos al del constitucionalismo liberal, ambos autores no dejan de hacerse cargo de las aristas anómicas e immanentistas que cargaba la idea tal y como había sido echada al ruedo por la Revolución Francesa<sup>3</sup>. Esta admisión “*iuxta modum*” por los dos grandes teóricos del Estado, más allá del ámbito de la vigencia revolucionaria, resulta indicativa del interés que suscita la pregunta por la realidad permanente del poder constituyente y la objetividad universal de la respectiva noción. La pregunta supone, asimismo, distinguir y enfocar críticamente las líneas de fuerza doctrinales que impregnan la versión liberal-constitucionalista de poder constituyente, con la que resulta habitual ver identificado al poder constituyente *ut sic*.

Comencemos con la cuestión señalada en último término. Para ello debe detectarse, ante todo, cuáles son las principales notas subsidiarias de la modernidad revolucionaria que impregnan la idea *cuasicanónica* de poder constituyente; y señalar, en cada caso, siquiera brevemente, cuáles serían las razones para impugnar esa particular configuración de la noción que nos ocupa.

2 Böckenförde, E. W. (1991). *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes. Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts*. Frankfurt. Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, 11 y sigs.

3 Heller, H. (1983). *Staatslehre*. Tübingen. Mohr, 313-314; Schmitt, C. (1993). *Verfassungslehre*. Berlín. Dunker & Humblot, 52-53; 80-81.

## **I) El *pouvoir* constituant democrático-constitucionalista: sus tesis y sus aporías**

### ***1) Un poder que, al crear la constitución, hace tabla rasa con lo dado, sea con la tradición; sea incluso con la Ley Natural<sup>4</sup>***

A esto cabe objetar:

La constitución posee *estratos indisponibles*. Y tanto la Ley Natural como la tradición operan como causa formal extrínseca del orden sancionado por los poderes del Estado, es decir, como ejemplar normativo de la constitución jurídica.

El concreto régimen de cada comunidad no adviene a la existencia por un proceso ajeno a la libertad del hombre. No es un ciclo vegetal ni un impulso ciego el que produce la estructura del poder, sino que ésta es causada por la *praxis* de los hombres reunidos en una comunidad. Ahora bien, cada comunidad ha desarrollado y desarrolla su existencia en circunstancias (históricas, religiosas, étnico-nacionales, geográficas) propias e intransferibles. A su vez, esas circunstancias son vivenciadas y asumidas según un talante determinado, y a partir de todo ello se genera el proceso dinámico de la tradición política del pueblo, que es la fuente principal de su peculiaridad espiritual. Por ello, cabe señalar que la realidad constitucional posee lo que podría denominarse “estratos indisponibles” (para el legislador constituyente). Así, es verdad que los preceptos de la Ley Natural conforman –axiológicamente– el núcleo rígido de la constitución de la comunidad política<sup>5</sup>. Pero asimismo, frente a la voluntad constituyente del poder en un determinado momento histórico, la tradición (en la normatividad de la Ley Natural) también oficia de causa formal extrínseca o ejemplar de rectitud. Ambos planos, pues, contienen la expresión imperativa de bienes humanos y sociales que deben ser tutelados; y en esa medida, resultan principios legitimantes de la constitución jurídico-positiva. En efecto, existen dimensiones histórico-empíricas a las cuales también resulta lícito llamar “indisponibles” –si bien

4 Cf. Castaño, S. R. (2010). “Die verfassunggebende Gewalt in der deutschen Staatsrechtslehre der Nachkriegszeit. Ein Überblick”. En Vormbaum, T. (ed.). *Jahrbuch der juristischen Zeitgeschichte*, T. 11, pp. 15-46 (aquí 38-40, sobre las posiciones jurídico-constitucionales de Böckenförde).

5 Así lo expresa el mayor teórico argentino del Estado, Arturo Enrique Sampay, en un estudio póstumo e inconcluso: “El problema de la legitimidad de la constitución gira sobre dos cuestiones fundamentales, que son: una, la capacidad de la inteligencia humana para asir la esencia de las cosas y las leyes de su perfeccionamiento, dimanantes de esa esencia; y otra, secuencia de la primera, consistente en la capacidad para aprehender la esencia de los bienes humanos” [Sampay, A. E. (1977). “La legitimidad de la constitución”. En *Realidad económica*, N° 107, 118].

con un grado de obligatoriedad menor a la de las exigencias normativas específicas de la naturaleza humana—. Tal es, precisamente, el caso del contenido de la tradición política fundamental. Los modos constitucionales en que ella cuaja —o el “*pondus* constitucional” de que es portadora— resultan ser el cauce más apropiado para el desenvolvimiento de la vida comunitaria, a la vez que aparecen como la tipicidad política de un pueblo más reacia a ser removida. Este talante comunitario representa, en síntesis, una auténtica *fuerza* para la positivación del Derecho Constitucional<sup>6</sup>.

Inspirándonos en Chesterton<sup>7</sup>, cabría sostener que la tradición política incluye la forma más auténtica y valiosa de la democracia, aquélla en que innumerables generaciones de ciudadanos han expresado sus acuerdos objetivos básicos respecto de la organización de una comunidad concreta, inmersa en circunstancias particulares intransferibles. Es pertinente, con todo, indicar la obvia salvedad de que lo “indisponible” —en el ámbito de la *praxis*— lo es en sentido normativo. Y repárese en que a mayor obligatoriedad intrínseca de una norma, menor será el número de las transgresiones, pero más graves las consecuencias que éstas acarreen. Sea como fuere, toda norma, en tanto precepto dirigido a seres libres, resulta constitutivamente transgredible: nunca una norma ético-jurídica excluirá la posibilidad de su violación. Por todo lo dicho es posible —y se ha verificado históricamente— el enfrentamiento abierto de la voluntad constituyente de poderes dominantes con la tradición política del pueblo. Sin embargo, tal contradicción comporta un defecto en la legitimidad de la ordenación constitucional pretendida por esos factores de poder. Este defecto axionormativo podría llegar —en el caso de tratarse de una colisión radical, cosmovisional— no sólo a generar discordias violentas, sino incluso a reducir a letra muerta la decisión constitucional del poder vigente en ese momento histórico<sup>8</sup>.

6 Al respecto, son clásicas las páginas que Taparelli dedica a la acción del poder constituyente, cuya voluntad es deónticamente libre para normar, pero en la medida en que no transgreda el ámbito intangible de la justicia y del “hecho originario” de la constitución primera —los cuales, afirma el gran autor italiano, no se *constituyen*, sino que se *declaran*— [cf. Taparelli d’Azeglio, L. (1884). *Ensayo teórico de Derecho Natural apoyado en los hechos*, T. II, trad por J. M. Ortí y Lara. Madrid. Librería de San José, 46-62 y 529-530].

7 “A mí más bien me parece obvio que la tradición no es más que la democracia proyectada en el tiempo. Como que ésta consiste en fiarse más del consenso de opiniones comunes a los hombres, que no del sentimiento aislado y arbitrario [...] La tradición pudiera definirse como una extensión del privilegio [...] Todos los demócratas niegan que el hombre quede excluido de los Derechos Humanos generales por los accidentes del nacimiento; y bien: la tradición niega que el hombre quede excluido de semejantes derechos por el accidente de la muerte” [Chesterton, G. K. (1945). *Ortodoxia*, trad. al cast. por Alfonso Reyes. Buenos Aires. Espasa-Calpe, 66-67].

8 Canoro ejemplo empírico lo provee la historia argentina en el siglo XIX. Nos referimos a la oposición generalizada en el cuerpo social a aceptar el orden político unitario (liberal,

*En síntesis, y quede esto dicho como un principio axial de toda esta discusión: no toda acción constituyente del poder efectivo reviste idéntico grado de legitimidad. Pues la constitución jurídico-positiva vigente, como toda obra jurídica del imperio normativo del poder político en vigor, medirá su legitimidad –de legitimidad de ejercicio, la forma resolutoria de toda legitimidad– por su conmensuración al verdadero bien común político y a la tradición social y política comunitaria.*

## **2) Un poder radicado en un órgano específico, distinto del llamado “poder constituido”<sup>9</sup>.**

A lo que cabe objetar:

La facultad constituyente es una de las facultades de la potestad política (o dicho con Sieyès: el “poder constituyente” forma parte “del poder constituido”).

El *poder político*, como autoridad política, es una función (facultad) de naturaleza bipolar consistente en la dirección racional hacia el fin común –dotada de facultades coactivas–, necesaria e inderogable, presupuesta la existencia de una comunidad política, ejercida por titulares particulares, consensualmente aceptada en su forma (constitucional) concreta y, asimismo, investida de supremacía normativa sobre todo otro poder (mundanal) en el ámbito de esa comunidad política; y cuyo modo propio de imperio radica en la *jurisdictio*: “decir el derecho”<sup>10</sup>.

En la locución con que se mienta el “poder constituyente” se descubre la definición de la respectiva noción. El poder político, como facultad jurídica, supone determinado derecho de imperio radicado en cierto sujeto investido de un título para ejercer ese imperio. En efecto, el poder político integra el género de las potestades, si bien con una especificidad propia: la dirección de la comunidad autárquica al bien común político. Por su parte, la función constituyente es parte esencial de la potestad de régimen del Estado. *Se trata de una función del poder (político) que tiene como objeto propio la instauración o la reforma de la constitución jurídica.*

---

racionalista e iluminista en su inspiración), que contrariaba el talante idiosincrásico de la comunidad. Se trató de un *veto* que la comunidad organizada pronunció contra decisiones constituyentes de una parte de la clase dirigente y que ejerció a través de la resistencia activa a lo largo de prácticamente tres generaciones.

9 Cf. Sieyès, E. J. (1994). “Qu’est-ce que le Tiers État”. En *Écrits Politiques*, Roberto Zapperi (ed.). Bruselas. Archives Contemporaines, 164 y sigs; *Dire sur le veto royal*, ed. cit., 239-240; *Préliminaire de la Constitution*, ed. cit., 199.

10 Tal la definición a que se arriba en Castaño, S. (2012). “Conclusiones”. En *Lecturas críticas sobre el poder político*. México. UNAM, 239-240.

Aunque se aceptaran las categorías constitucionalistas de “poder constituyente” y “poder constituido”, sólo resultaría lícito entenderlas como una dualidad de funciones en el seno del mismo poder político (correspondiente al ejercicio de las funciones *constituyentes* y *constituidas*), mas no como una distinción real entre dos potestades, independientes y en relación de subordinación. En efecto, según su esencia, el poder político es uno, más allá de la diversificación de sus órganos, funciones y objetos. Respecto del poder constituyente, esta necesidad ontológica y deóntica podría ser traducida en las propias categorías del constitucionalismo con la fórmula siguiente –con pretensión de alcance universal–: *sin perjuicio de la posible diversidad formal de órganos, el poder constituyente originario (referido, en sentido propio, al establecimiento de la constitución jurídica) está a cargo del poder constituido (entendiendo por “poder constituido” el poder político ejercido y efectivamente vigente en la comunidad)*<sup>11</sup>. Y tal identidad en el sujeto fundamental vale aun más para el poder constituyente reformador, pues en él actúan operadores normados por previsiones de la constitución ya en vigor, en cuyo caso se manifiesta con patencia la continuidad del régimen y la vinculación entre la nueva norma reformada y la voluntad del poder vigente<sup>12</sup>.

### **3) Un poder cuya titularidad es colectiva: el pueblo, o la nación**<sup>13</sup>

A lo que cabe objetar:

La soberanía del pueblo (también la constituyente) amerita ser calificada de “mito” o “ficción”.

El derecho (o, en su fundamento, la titularidad) del poder político-jurídico equivale a la facultad para el ejercicio de una función (de imperio), ya que tal investidura comporta, como una nota intrínseca, la necesaria realización de ciertos actos tendientes a la consecución de ciertos fines u objetivos sociales. Mientras que la posibilidad del goce de un derecho civil

11 Lo cual admite, por supuesto, su formulación inversa: que el poder constituido puede recaer en quien ejerce el poder constituyente. Pues de lo que se trata, desde un punto de vista sustantivo, es de que el poder de la comunidad política consiste en una facultad de régimen, que se expresa jurídicamente, y cuyas funciones supremas se reconducen a una instancia decisoria, individual o colegiada. Tómese como ejemplo histórico la designación del Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Juan M. de Pueyrredón, por el Congreso (constituyente) en 1816, cuerpo integrado por el mismo elegido.

12 Para esta cuestión, cf. Castaño, S. R. (2015). *Legalidad y legitimidad en el Estado democrático-constitucional*, pról. de D. Negro. Madrid-Buenos Aires. Marcial Pons, 128-131.

13 Cf., p. ej., Martin Kriele, M. (1975). *Einführung in die Staatslehre*. Hamburgo. Rowohlt; Carré de Malberg, R. (1960). *Contribution à la Théorie Générale de l'État*. T. II. Paris. CNRS, 550-552.

(contratar, *stare ad jus*, etc.) no entraña necesariamente el obrar del titular mismo, por el contrario, el mando consiste, en esencia, en una acción del poseedor (titular) del derecho dirigida a la voluntad de otro u otros. Por otra parte, hay necesidad deóntica en el ejercicio de la potestad (por ejemplo, el juez *debe* dictar sentencia). Así pues, la intrinsecidad y la obligatoriedad de la acción en el derecho de mando contribuyen a poner aun más de manifiesto la vinculación esencial entre la *titularidad* y el *ejercicio* en el seno de una potestad. En consecuencia, los poderes del Estado tendrán por necesidad como sujetos titulares a algunos miembros de la sociedad, que ejercen las respectivas funciones, y no a todos. En efecto, *la potestad política consiste en una forma de poder jurídico esencialmente ligada al ejercicio de una función: el titular del derecho de mando puede y debe ejercer la función de mando*<sup>14</sup>.

Surge entonces aquí la insalvable aporía en que incurre el modelo constitucionalista. En efecto, la conclusión parece férrea: si se es titular del mando –y “por Derecho Natural”, como lo pretende el sistema liberal-constitucionalista–, luego esa función es inalienable, y deberá ejercerse por sí o, en su defecto, mediante alguna forma de mandato imperativo<sup>15</sup>. *Pero si el propio sistema democrático-representativo del liberalismo reconoce la imposibilidad –y postula la ilicitud– del ejercicio de la potestad por su supuesto titular*<sup>16</sup>, es porque éste, en realidad, no es el sujeto investido con la *titularidad del poder*. Por otro lado, de la naturaleza de la comunidad política (autárquica) se sigue que ella sea *independiente* de otros poderes políticos del orbe, mas no que en sí misma resulte –*stricto sensu*– titular de un supremo derecho de imperio. Y en la comunidad política, necesariamente, sólo algunos ejercerán ese derecho de mando<sup>17</sup>.

A partir de todo lo señalado se sigue que, en sentido propio, el pueblo no es titular de “poder soberano” alguno: la llamada “soberanía popular” no excede la categoría de un artificio retórico o de una manifestación polémica contra el absolutismo –monárquico–<sup>18</sup>, que ha recibido el nombre ya

14 Cf. Castaño, S. R. (2006). *Principios políticos para una teoría de la constitución*, pról. de Eduardo Soto Kloss. Buenos Aires. Ábaco de R. Depalma, cap. IV.

15 Tal la inobjetable posición de Rousseau en este punto [cf. Rousseau (1964). “Du Contrat Social; ou Principes du Droit Politique”. En *Oeuvres Complètes*, t. III. París. Ed. de la Pléiade, 368].

16 Cf. Sieyès, E. *Dire sur le veto royal*. Ob. cit., 238 y sigs.

17 Peter Graf von Kielmansegg ha puesto de relieve las dificultades de aceptar una “soberanía colectiva” como la preconizada por el principio de soberanía del pueblo [cf. von Kielmansegg (1977). *Volkssouveränität. Eine Untersuchung der Bedingungen demokratischer Legitimität*. Stuttgart. Klett, 243-249 y 258].

18 Vale aclarar “monárquico”, porque en la teoría y en la praxis el principio de soberanía del pueblo, en manos de representantes *legibus solutus* y libres frente a la voluntad de los

de “mito” (Germán Bidart Campos<sup>19</sup>, Josef Isensee<sup>20</sup>), ya de “ficción” (Hans Kelsen<sup>21</sup>).

**4) Por último –y en esto radicaría la asunción que cuestionamos–, un poder impregnado de la ideología secularista del iluminismo y del liberalismo, en cuya época ha aparecido y pervivido y en cuyo contexto cosmovisional se halla intrínsecamente inmerso**

A lo que cabe objetar:

Las anteriores notas, enumeradas y criticadas, son propias del poder constituyente en tanto manifestación revolucionaria, subsidiaria del iluminismo, el liberalismo y el secularismo. Y es verdad que la locución ha aparecido con la revolución. Pero yendo a la cosa misma: ¿cómo negar la acción constituyente que históricamente ha ejercido el poder político cuando reforma, adapta, interpreta o incluso sanciona una nueva constitución jurídica, sin por ello recaer en las posiciones propias de las corrientes antedichas? He allí la razón por la cual no compartimos la idea de que el poder constituyente en tanto tal sea subsidiario de una determinada cosmovisión.

En efecto, esta facultad constituyente se ha manifestado a lo largo de toda la Historia. Citamos, del final de nuestro libro dedicado a este tema, algunos ejemplos de ejercicio del poder constituyente: “[...] cuando Solón reforma las instituciones atenienses; cuando Augusto acumula en su persona cargos y competencias, y clausura el período republicano en Roma; cuando Eduardo I da forma perdurable al Parlamento inglés; cuando el Parlamento británico promulga la Parliamentary Act restringiendo las competencias de la cámara de los Lores; cuando Salazar en Portugal (1933) y Dollfuss en Austria (1934) instauran un orden opuesto a los sistemas do-

---

electores, ha dado lugar a un sistema por principio más centripeto, absoluto e invasivo que el ejercido por el *ancien régime*.

19 Bidart Campos, G. J. (1960). *El mito del pueblo como sujeto de gobierno, de soberanía y de representación*. Buenos Aires. AbeledoPerrot.

20 Isensee, J. (1995). *Das Volk als Grund der Verfassung*. Opladen. Nordrheinische Wissenschaftliche Akademie, 102-106.

21 Kelsen, H. (1934). *Teoría general del Estado*, trad. L. Legaz. Barcelona. Labor: “Desde el momento que las Constituciones modernas prohíben expresamente toda vinculación formal del diputado a las instrucciones de sus electores, y hacen jurídicamente independientes las resoluciones del parlamento de la voluntad del pueblo, pierde todo fundamento positivo la afirmación de que la voluntad del parlamento es la voluntad del pueblo, y se convierte en una pura ficción (inconciliable con la realidad jurídica)” (p. 402). Dentro de la órbita juspositivista, también la idea misma de un poder constituyente ahistórico y omnímodo, propia del constitucionalismo liberal, ha sido calificada más recientemente de “mito” [cf. Requejo Pagés, J. L. (1998). *Las normas preconstitucionales y el mito del poder constituyente*. Madrid. CEC].

minantes en nuestra época; cuando tras la Segunda Guerra Mundial las asambleas constituyentes de Alemania e Italia establecen sus respectivas cartas fundamentales bajo el contralor de las potencias vencedoras; cuando de Gaulle, encabezando una dictadura soberana, sanciona la constitución hoy vigente en Francia; cuando en 2011 el partido gobernante de Hungría decide reformar la constitución, en disonancia con el establishment ideológico occidental<sup>22</sup>. A lo cual, y en referencia al mundo hispánico, se podría agregar: cuando Felipe V modifica las leyes fundamentales de los reinos de España<sup>23</sup>; cuando sus sucesores de la misma casa de Borbón alteran la estructura político-jurídica fundacional de los reinos de Indias<sup>24</sup>; cuando en la Confederación Argentina Rosas opta por el rechazo a una constitución plasmada según el molde del racionalismo liberal<sup>25</sup>. Pues bien, en todas esas circunstancias la respectiva conducción política ha ejercido en forma activa el poder constituyente, originario o reformador –y esto más allá de la legitimidad que quepa reconocer en cada caso a su acción constituyente–. Se trata, como hemos afirmado en nuestro libro, “de una función potestativa cuyos sujetos son los mismos en cuyas manos (de jure o de facto) reside el poder supremo en la comunidad. Ni el hecho de la aparición de la locución ‘pouvoir constituant’, como parte del repertorio ideológico del liberalismo, que afirma así un racionalista comienzo ex novo de la comunidad política; ni tampoco la insostenible atribución de la titularidad de tal poder al pueblo o a la nación, pueden suscitar una objeción de fondo sobre la realidad del poder constituyente en sí mismo considerado –i.e., entendido como una de las funciones de la potestad política–”<sup>26</sup>.

Como conclusión: la potestad política, como derecho, inviste a titulares concretos que ejercen las diversas funciones del mando político y jurídico sobre la comunidad. En efecto, debe decirse que el poder político consiste en una especie de potestad, por lo cual se halla vinculado al ejercicio de una facultad específica de mando: es titular del derecho de mando político quien ejerce tal facultad de imperio. Por su parte, la operación propia de la potestad política es la jurisdicción (i.e., la facultad de “decir el derecho” –concre-

22 Castaño, S. R. (2016). *El poder constituyente entre mito y realidad*, próls. de P. G. Grasso y O. Gallo, 2ª ed. Santiago de Chile. Academia de Derecho UST, 77-78.

23 Cf. Ferrer, M. (1958). *Breve historia del legitimismo español*. Madrid. Montejurra, 13-14.

24 Cf. en general, AA. VV. (1995). *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho; y sobre el trasfondo y el sentido de las reformas borbónicas, en especial, en ese mismo volumen: Zorraquín Becú, R. “Valoración del sistema intendencial”.

25 Cf. Gálvez, J. (1961). *Rosas y el proceso constitucional argentino*. Buenos Aires. Huelmul, 79-83 y 192-199.

26 Castaño, S. R. (2016). *El poder constituyente entre mito y realidad...* Ob. cit., 78.

tándolo de modo vinculante—). Ahora bien, el poder constituyente no es sino una parte de esa facultad, a saber, la que tiene como objeto el imperio sobre las normas fundamentales de la comunidad. Y esto vale como un principio universal y permanente.

## II) Recapitulación y dos tesis sobre el sujeto del poder constituyente

### 1) *¿Quién es titular del poder constituyente?*

Su titular es el mismo que el de la potestad política suprema, que puede delegarlo o comisionarlo o confiarlo a cuerpos *ad hoc*, que actúen de acuerdo con determinados mecanismos, ya constitucionalmente normados (en el caso del poder reformador), ya surgidos por voluntad actual del poder vigente (en el caso revolucionario). Si la o las cabezas del poder dominante no fungen de titulares (jurídicamente entendido), por lo menos resultan ser el verdadero sujeto que asume la decisión constituyente<sup>27</sup>.

### 2) *¿Qué función constituyente ejerce la comunidad?*

No sólo en el caso del constitucionalismo racionalista clásico y de su modelo normativo propio, *i.e.*, la constitución jurídica escrita —producida por constituyentes *ad hoc*—, sino en general en todo proceso de esta naturaleza, el poder es ejercido, *de facto* y *de jure*, por unos pocos miembros de la comunidad. Sin embargo, debe reconocerse que en la acción constituyente (sobre todo en la llamada “originaria”) es donde la sociedad como un todo parece desempeñar su papel más relevante. Estimamos que ambas afirmaciones son sostenibles.

Como se ha dicho, la constitución jurídica es causada, en tanto concreta norma positiva, por la acción del poder vigente. Es la potestad efectiva de la comunidad, en la persona de sus mismos titulares o a través de equipos especializados, la que determina el estatuto del poder. Pero esa determinación supone, por un lado, las diversas e intransferibles circunstancias particulares de la comunidad que condicionan y disponen la materia social para el advenimiento de la forma jurídico-constitucional; por otro, el concurso del consenso de los gobernados. Este concurso comunitario se manifiesta en la

27 Sobre los equipos técnicos constituyentes como comisionados del poder efectivo en la comunidad (en el ejemplo de procesos constituyentes africanos contemporáneos), cf. Henke, W. (1968). “Die verfassunggebende Gewalt in Lehre und Wirklichkeit”. En *Der Staat*, Bd. 7, Heft 2.

adhesión inmediata o paulatina, por acuerdo explícito o tácito, al imperio en vigor, orden que es portador de una ley de la investidura y de un modo de distribución de competencias y de ejercicio del poder<sup>28</sup>. En el caso de los procesos constituyentes originarios (así como también en el caso de los regímenes revolucionarios, que por principio anteceden a los nuevos ordenamientos constitucionales según los cuales gobernarán), esa aceptación va cimentando la vigencia –e incoando la legitimidad de origen– de un nuevo estatuto de la subordinación, con la dirección y con el refrendamiento del poder. En síntesis, el consenso constituyente del pueblo cumpliría un papel causal, pero como causa parcial y secundaria (“causa eficiente próxima”) y subordinada (a la “causa eficiente principal”), en la determinación de la constitución<sup>29</sup>.

### III) Interludio polémico: la negación del poder constituyente por la contrarrevolución moderna

#### 1) *Joseph de Maistre*

A continuación, analizaremos brevemente una impugnación del poder constituyente que encontramos de especial interés teórico por lo sutil de sus aristas, sobre todo para los cultores de la filosofía política y jurídica clásica. Se trata de la hipótesis –que, de hecho, ha llegado a hacerse realidad, por lo menos en alguna medida– de fundamentar la negación del poder constituyente (de su existencia, de su legitimidad y hasta del sentido mismo del problema) en las ideas de uno de los adversarios más formidables que tuvo la ideología revolucionaria dieciochesca; dentro de los contemporáneos de esos sucesos, el más destacado de ellos, junto con Edmund Burke, cabría de-

28 El papel constituyente del pueblo, en los casos en que esté prevista su manifestación explícita, reviste la forma de aceptación o rechazo a una pregunta concreta formulada a partir de las opciones ya decididas por el poder vigente. Inobjetable y taxativa resulta así la sentencia del constitucionalista contemporáneo, Josef Isensee: “Soberano no es aquí quien responde la pregunta, sino quien la hace” (ob. cit., 46). Explica Léo Hanon: “[...] incluso cuando la Constitución exige una ratificación por la Asamblea –o por la Nación–, según un *referendum* o por elecciones, depende de los titulares actuales del poder el modelar la situación en vista de la cual se pronunciará quien debe ratificar” [Hanon, L. (1996). “Spécificité du pouvoir politique”. En *Recherches et Débats. Pouvoir et société*. París. Desclée de Brouwer, 49). Sobre el carácter “simple” y “elemental” de tales expresiones del pueblo, cabe recordar aquí la inobjetable observación en tal sentido de Carl Schmitt (cf. ob. cit., 83-84); sobre el origen “oligárquico” de las constituciones en general, cf. los análisis histórico-sociológicos de Klaus von Beyme (1968). *Die verfassunggebende Gewalt des Volkes*. Tübingen. J. C. B. Mohr, cap. I].

29 Cf. Castaño, S. R. (2015). *Legalidad y legitimidad en el Estado democrático-constitucional*. Ob. cit., 163.

cir. Nos referimos al diplomático saboyano conde Joseph de Maistre (1753-1821).

En este lugar no nos proponemos invalidar ni tan siquiera cuestionar el hecho de que de Maistre haya adoptado una posición *contrarrevolucionaria y reaccionaria*; tampoco dilucidar la comprensión del término “tradicionalista” y la condición de tal de de Maistre; sino en cambio atisbar, con la brevedad que impone el presente excursus, si acaso este adversario católico de la revolución abreva en los mismos principios que fundan las posiciones de la tradición aristotélica sobre la comunidad política, su potestad y su constitución. A partir de allí tendremos la posibilidad de evaluar si las ideas de de Maistre representan una guía adecuada, desde el punto de vista del realismo de Aristóteles y de la escuela tomista –y de la realidad objetiva, en última instancia–, para dirimir el problema de la constitución y del poder constituyente.

## 2) *Notas clave de su concepción de la constitución*

En lo que nos concierne específicamente, téngase presente que de Maistre no hesita en sostener que “toda familia soberana reina porque es elegida por un poder superior”<sup>30</sup>; y también que las constituciones son “obra inmediata de la voluntad del Creador”<sup>31</sup>. Además, habla de constitución “natural” para referirse a la constitución *histórica vigente*<sup>32</sup>. Son ideas recurrentes y esenciales en la obra de de Maistre, de las que citamos sólo unos pocos ejemplos. Y en las que anida un equívoco terminológico y conceptual de serias consecuencias doctrinales. En lo que atañe a “natural”, la dificultad no se salva aduciendo que significaría, en de Maistre, “lo propio de cada cual” (como una *natura individui* comunitaria<sup>33</sup>), porque esa constitución “natural” siempre responde a un decreto divino, lo cual para este autor torna ilusoria o superflua (o culpable, si pretendiera transformarla) la intervención de la voluntad humana colectiva<sup>34</sup>. Justamente en esa línea de Maistre analoga la formación y la vigencia de una constitución con el creci-

30 Maistre, J. (1833). *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques*. Lyon, R.nº XLVII, 287 y prefacio; vide ibídem, nº XXX; (1867). *Du pape*. París. Joseph Albanel, L. II, cap. VIII; (1891). “Étude sur la souveraineté”. En *Oeuvres Complètes de J. de Maistre*. T. I. Lyon. Librairie Générale Catholique et Classique Emmanuel Vitte, L. I, cap. IV.

31 Maistre, J. (1884). *Étude sur la souveraineté*, L. I, cap. IV, 329, y IX; *Essai sur le principe...* Ob. cit., nº XIII.

32 Cf. *Étude sur la souveraineté*, Ob. cit., L. I, cap. III; y *Essai sur le principe...* Ob. cit., prefacio.

33 Cf. ibídem, L. I, cap. II.

34 Cf. ibídem, L. I, cap. VII.

miento de los seres vegetales, con lo cual, según él, la realidad de la praxis político-jurídica histórica revestiría notas propias no sólo de lo *natural*, sino de lo natural carente de conocimiento y libre albedrío<sup>35</sup>. Sea como fuere, es un hecho que el significado de “natural” de de Maistre no podría ser identificado sin más con el “kata fusin/fusei”, “*secundum naturam*” de la tradición clásica, so pena de incurrir en equivocidad. Por fin, cómo “diferentes gobiernos puedan ser buenos [...] para el mismo pueblo en diferentes tiempos” (según un breve pasaje del *Étude...*<sup>36</sup>) no se explica fácil ni coherentemente en de Maistre; salvo recurriendo a la suposición de sucesivos decretos del “Eterno Arquitecto”, que suscitarían nuevos legisladores sagrados. No debe perderse de vista que en los procesos constitucionales, para de Maistre, o bien Dios va haciendo germinar el orden en la “planta” (*sic*), que es la sociedad; o bien extraordinarios legisladores son ungidos desde lo alto y operan cual artesanos sobre la inerte materia comunitaria<sup>37</sup>. ¿Será por esto que la mención de la epopeya *popular* de La Vendée no menudea en la obra del conde contrarrevolucionario...?

### 3) *Consecuencias respecto de nuestro tema*

Las posiciones últimamente espigadas en de Maistre contradicen principios fundamentales del orden político según la *natura rerum*, y reconocidos por la tradición de la escolástica aristotélica. Téngase en cuenta que la conformación de la comunidad política, la primacía de su bien común, la existencia resultante de una potestad política y de un ordenamiento jurídico-constitucional son de Derecho Natural –y resolutivamente, en tanto tales, expresiones de la sabiduría de Dios–. *Ahora bien, la concreta forma del régimen es contingente, histórica, y no se halla exenta de la intervención –necesaria– del arbitrio humano: es “de Derecho Positivo”; ergo, mudable.* Esta última afirmación representa una piedra de toque de la auténtica tradición del aristotelismo clásico –y de la milenaria escolástica católica, por lo demás–. Se trata de un principio central, formulado por Aristóteles<sup>38</sup>, sostenido sin ambages por el Angélico –incluso en un contexto de magistral defensa de la *consuetudo* política y jurídica<sup>39</sup>–; y reafirmado hasta nuestros

35 Cf. *Essai sur le principe...* Ob. cit., n° X.

36 Vide L. I, cap. IV, 328.

37 Cf. *Étude sur la souveraineté*. Ob. cit., L. I, cap. III.

38 Cf. Aristóteles (1991). *Política*. Oxford. O. U. P. Ed. Ross, 1268 b 26 y sigs.; 1279 a 17 y sigs.

39 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, I-IIae, 97, 1.

días por la tradición aristotélica, como lo ejemplifica Jean Dabin<sup>40</sup>. Esa tesis, además, como se ha dicho, refleja un eje de la realidad objetiva del orden político. Mas en la estela de de Maistre quedaría vedada por principio (o, por lo menos, seriamente cuestionada) la licitud de introducir modificaciones relevantes al orden establecido, so pena de ir contra la voluntad de Dios y una subsecuente *ley de la naturaleza*, vigente para esa sociedad.

Semejante *inmutabilismo* constitucional implica de suyo el anclaje de la legitimidad política en la preservación del régimen originario; si se tratase de un sistema monárquico y dinástico, tal postulado sería presupuesto necesario para una tesis legitimista. El *legitimismo* puede ser válido, en principio, como criterio práctico, toda vez que rescata el valor de la tradición inveterada como un auténtico fundamento de legitimidad del orden político y aquilata las virtudes políticas de la monarquía. No obstante, el factor decisivo para dirimir su justificación última —en cada caso histórico— reside en que esa opción se refiera a una circunstancia empírica particular y en que para ella propugne una solución que resulte, siempre respecto de ese caso concreto, la más conducente al bien común político (primer principio de legitimidad): tal opción lícita consistiría entonces en la conservación en el trono de la familia consagrada desde antiguo por la tradición. *Por el contrario, la petrificación de la legitimidad en un orden constitucional particular, así como la identificación de la legitimidad con una forma concreta de régimen, es inviable como posición teórica en el plano de lo universal y necesario. En efecto, constituye un principio que un estado de cosas histórico no posee en tanto tal el rango axionormativo —de validez permanente— de un precepto de ley natural o de un mandato de ley divina positiva. Ahora bien, lo afirmado vale respecto de la vigencia de una forma de régimen en general, respecto de la permanencia en el poder de una dinastía particular y respecto de la pertenencia a una unidad política mayor. Pues sin perjuicio de la validez que en cada uno de esos supuestos confiere la legitimidad histórica, la mutación de ese estado de cosas —que puede hallarse objetivamente justificada— no equivale a la violación de un precepto intransgredible. Lo cual comporta, además, que, dada la vigencia duradera, pacífica y consensuada de un nuevo estado de cosas, y salvada la legitimidad de ejercicio actual del poder efectivo, no exista obligación alguna de retrotraer el orden político a la situación pasada —aun cuando la mutación político-constitucional o político-internacional se hubiera producido de modo ilegítimo en el pasado—.*

40 Cf. Dabin, J. (1946). *Doctrina General del Estado*, trad. Toral Moreno - González Uribe. México. Jus, 191.

#### IV) El poder constituyente en la tradición de la escolástica aristotélica: Meyer y Billot

Aunque no sea demasiado conocido, el tema del poder constituyente ha sido tratado y discutido por autores de la escolástica tradicional; en particular, por uno de los más conspicuos y profundos, el cardenal Louis Billot. El gran teólogo del pontificado de Pío X, al impugnar la teoría secundoescolástica de la traslación del poder por la comunidad, encara el problema del papel que juega la adhesión comunitaria en la determinación jurídica de la forma del Estado y de los títulos del gobernante. Dirime esta delicada cuestión en contrapunto con otro contemporáneo y cofrade suyo, Theodor Meyer, ilustre tratadista de Derecho Natural<sup>41</sup>.

Para Meyer, la adhesión comunitaria no comportaba una *designación*, ni aun entendiendo el término en la forma de un acuerdo implícito e invertido. Esta designación sí tendría lugar cuando, de modo *pacticio*, categorizaba él, la comunidad estableciera, por acuerdo explícito, la forma y los titulares del poder. Pero las más de las veces ese acuerdo comunitario, de modo *orgánico*, reviste la forma de una *condición necesaria*, concomitante o subsecuente al ejercicio del poder vigente<sup>42</sup>. Éste se había introducido y consolidado en base a una incodificable cantidad de circunstancias y disposiciones, y el acuerdo voluntario de un individuo sólo afecta cuantitativamente el ámbito de vigencia personal del poder establecido. La adhesión comunitaria no comporta para Meyer naturaleza causal respecto del derecho de mando del titular del poder, salvo en el aspecto material, en cuanto excluye o incluye a un individuo o grupo dentro de la órbita del acatamiento al poder vigente. Si la validez objetiva del derecho de imperio se funda en el Derecho Natural, su determinación concreta e individual, en esta particular forma de régimen y en estos titulares individuales, depende de *hechos*, hechos que no se reconducen necesaria ni exclusivamente a conductas voluntarias. Sin perjuicio de ello, la vigencia del poder genera la obligación jurídica de obediencia; pero no sería para Meyer el consenso comunitario –descompuesto por él en los actos de anuencia de individuos y grupos parciales– la causa de la determinación del título de imperio político.

Billot confronta con Meyer<sup>43</sup>. El poder puede haberse introducido por un sinnúmero de circunstancias, la fuerza o la ocupación injusta inclusive;

41 Cf. Meyer, T. (1900). *Institutiones iuris naturalis*, T. II. (Friburgo. Herder, 376-385 y 389-399).

42 Entiéndase aquí *condición*, precisamente, como la prestación de la obediencia que permite el ejercicio del poder.

43 Cf. Billot, L. (1909). “De credibilitate Ecclesiae, et de intima ejus constitutione”, T. I, cap. III, cuestión XII, & 1: “De originibus et formis politici principatus”. En *Tractatus De Ecclesia Christi, sive continuatio theologiae de Verbo Incarnato*, 3ª ed. Roma. Libreria Giachetti, 489-516.

no obstante, es la adhesión inveterada, la anuencia de la comunidad al imperio del poder vigente, la que le confiere validez jurídica. De esta suerte, la voluntad colectiva legítima por el origen al régimen y determina el derecho de los titulares de la potestad. Pero esta voluntad se expresa raramente de modo explícito, formal, electivo –“pacticio”, diría Meyer–, sino “mediante el uso y la práctica”. Y esa anuencia en general tácita e inveterada es llamada por Billot, quien adopta la terminología usual, “poder constituyente (*potestatem quam moderni constituentem vocant*)”. Se trata, con todas las salvedades y los matices antedichos, de un acto de designación formal (es decir: de designación no de una persona, sino del gobernante “reduplicative”, i.e. investido con tales títulos legítimos), mediante el cual la comunidad no crea la necesidad deóntica del poder comunitario en tanto tal, sino que le confiere concreta juridicidad al determinarlo. Esta facultad comunitaria no se manifiesta especialmente respecto de los gobiernos ya establecidos, es decir, en la mayor parte de los casos históricos; sino respecto del comienzo de los regímenes<sup>44</sup>. Si no se quiere imaginar a las sociedades como adviniendo a la existencia ya totalmente determinadas por la naturaleza, argumenta Billot, entonces debe aceptarse alguna forma de acción constituyente. Ésta no es una facultad de gobierno, como tampoco, se reitera, es causa de la necesidad de la obediencia al poder. Por el contrario, se ordena a la determinación de la forma del régimen y de los títulos de los sujetos concretos de la potestad. Sin dejar de haber insistido en que se realiza en el modo de una adhesión las más de las veces tácita e inveterada, con todo, para Billot, el resultado de la acción constituyente es un estatuto con fuerza de ley, no una mera condición para que se produzca la colación del poder por Dios al elegido, como se daría en el caso de la elección papal (y como lo planteaban, agregamos, algunas posiciones monarquistas modernas). Precisamente Billot es aquí formal en rechazar cualquier analogía de proporcionalidad propia con el caso del pontífice: Dios ha donado ya, y por única vez, el poder a la comunidad. El poder yace en la comunidad, en acto primero, como instituido y no como poseído, es decir, como un mandato de Ley Natural llamado a ser determinado positivamente en la propia comunidad. Recién entonces pasará de instituido en la Ley Natural a poseído, o sea *ejercido*, por su legítimo titular.

Reduzcamos a cuatro las principales tesis de Billot sobre este problema: 1) la adhesión tácita o explícita es causa eficiente próxima de la norma constitucional y de los títulos de potestad; 2) la constitución político-jurídica, en principio, precede a la investidura del gobernante, quien accede legí-

44 De hecho, si bien la subsistencia de los regímenes también exige la presencia constante de una anuencia colectiva que sostenga su vigencia, es en el momento de su instauración cuando mejor se muestra la acción constituyente a la que se refiere Billot.

timamente al poder de acuerdo con la forma constitucionalmente prevista; 3) al plantear el origen de los regímenes, Billot no pone en tela de juicio la acción de los hechos de variado tipo que concurren en la formación del poder político. Pero afirma que la norma de la investidura adquiere juridicidad merced a la adhesión comunitaria; 4) este acto de designación puede ser denominado poder constituyente, y reviste para Billot naturaleza de principio universal.

## V) Afirmaciones finales sobre la naturaleza del poder constituyente a partir de la anterior confrontación

Nosotros experimentamos reparos en llamar sin más *poder* al consenso obediencial. Estimamos que la anuencia voluntaria a la vigencia del poder según una forma y en cabeza de unos titulares concretos es parte integrante de la acción constituyente, pero que esta acción tiene como sujeto, *per prius*, a la misma potestad vigente en la comunidad política, y sólo *per posterius* a la comunidad –en cuanto acata el imperio de esa potestad–. Matizaríamos, pues, la que parecería una fuerte impronta causal por parte de Billot, cuando se refiere como “poder” al concurso constituyente de la comunidad. En nuestra óptica, ese concurso obediencial se enanca, por así decir, en la vigencia y la acción del poder vigente, concurriendo a sostener, por un lado, en el plano fáctico, su imperio normativo; y otorgándole, por otro lado, legitimidad de origen, o sea *constitucional*, mediante la permanencia inveterada de su adhesión (vide *supra*, III, 2).

En síntesis, en la acción constituyente se integran jerárquicamente: 1) el acto de imperio de la potestad, 2) la anuencia voluntaria de la comunidad y 3) todas aquellas dimensiones étnicas, culturales, disposicionales, temperamentales, geográficas y ante todo tradicionales, las cuales “más constituyen que son constituidas”, como señalamos en nuestro libro dedicado al presente tema<sup>45</sup>. En el seno de este último plano (3) cabría pertinentemente identificar la “normalidad social”, de Hermann Heller, fundamento de primer orden de la por él llamada “constitución total (*Gesamtverfassung*)” de la comunidad política<sup>46</sup>; el “hecho originario”, de Taparelli, que, como él decía, “no se constituye sino que se declara”<sup>47</sup>; la *oikéia hyle*, de Aristóteles<sup>48</sup>, en la que radica la base social que precede a la instauración de la constitución política, como la *dispositio materiae* precede, en línea de causalidad

45 Castaño, S. R. *El poder constituyente entre mito y realidad*. Ob. cit., 74-75.

46 Cf. Heller, H. *Staatslehre*. Ob. cit. 283 y sigs.

47 Cf. Taparelli. Ob. cit. y loc. cit. en nota 6.

48 Aristóteles. *Política*. Ob. cit., 1325 b 40 – 1326 a 5; 1327 b 20 ss.

material, al advenimiento de la forma<sup>49</sup>. En tal disposición colectiva entra en juego, decisivamente, el intransferible orden de cada comunidad organizada (que es siempre “sociedad de sociedades”); es decir, el peculiar talante de la estructura relacional en que consiste, ontológicamente, la sociedad perfecta en el plano temporal. A partir de todo ello y suponiendo todo ello (1, 2, 3) se plasma, en la expresión de Schmitt, el “concreto modo de existencia política”<sup>50</sup>: la constitución “real o material”, como la ha llamado Bidart Campos<sup>51</sup>.

49 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*. Ob. cit., III<sup>a</sup>, 9, 3 ad 2um.

50 Schmitt, C. *Verfassungslehre*. Ob. cit.

51 Bidart Campos, G. (1969). *Filosofía del Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ediar, 93-94.

**¿DEBEN TOMARSE EN SERIO LOS LLAMADOS DERECHOS DE LOS ANIMALES? UN ANÁLISIS A PARTIR DEL ENFOQUE DE MARTHA NUSSBAUM<sup>1</sup>**

*Should the Allegedly Called Animal Rights be Taken Seriously?  
An Analysis Based on the Approach of Martha Nussbaum*

José Chávez-Fernández Postigo<sup>2</sup>

Recibido: 6 de febrero de 2017

Aprobado: 16 de febrero de 2017

**Resumen:** En este trabajo se parte de la premisa de que al iusnaturalismo le es difícil tomar en serio la argumentación respecto de los derechos de los animales y que ello ocurre, en parte, por su consolidada tradición de comprensión del hombre, del Derecho y de la justicia. Se explora la posibilidad de que dicho enfoque pueda resultar insuficiente para hacerse cargo de la problemática ético-jurídica que el hombre contemporáneo percibe con el tópico “derechos de los animales”. Se analiza el tema a partir de los aportes de Martha Nussbaum al respecto, modelo que aparece como superador tanto de los enfoques animalistas, como de los ecologistas. Se exponen los modelos, seguidos del enfoque de las capacidades de Nussbaum y de su extensión hacia el tópico en discusión; finalmente, se encuentra una valoración crítica de sus aportes, sobre todo de las nociones de dignidad y de justicia subyacentes al mismo.

1 Agradezco los comentarios y sugerencias del Prof. Armando Romero Muñoz a una versión previa de este trabajo. También los comentarios de otros colegas durante las XII Jornadas Internacionales de Derecho Natural “Ley Natural y Dignidad Humana”, celebradas en la Pontificia Universidad Católica Argentina, del 31 de octubre al 2 de noviembre; en particular, las observaciones del Prof. Francesco Viola.

2 Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza-España. Profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad Católica San Pablo, Arequipa-Perú. Investigador CONCYTEC. Correo electrónico: jchavezfernandez@ucsp.edu.pe.

**Palabras claves:** Derechos de los animales - Nussbaum - Dignidad - Justicia - Iusnaturalismo.

**Abstract:** This work starts from the premise that it is difficult for iusnaturalism to take seriously the arguments about the animal rights and that this is, partly, due to its understanding of man, law and justice. It will be explored the possibility that this approach may result insufficient to take care of the ethical-juridical problematic that the contemporary man perceives - increasingly and with great interest - under the topic “animal rights”. The subject will be analyzed, based on the contributions of Martha Nussbaum, a model that appears as overrun of both the animalist approaches, as well as the ecologists. There is an exposition of these models, followed by the Nussbaum approach and its extension to the topic under discussion, finally a critical evaluation of their contributions, especially of the Notions of dignity and justice underlying it.

**Keywords:** Animal rights - Nussbaum - Dignity - Justice - Iusnaturalism.

Para citar este texto:

Chávez-Fernández Postigo, J. (2017), “¿Deben tomarse en serio los llamados derechos de los animales? Un análisis a partir del enfoque de Martha Nussbaum”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 149-167.

## 1. Introducción

Tomaré como punto de partida una premisa que puede ser controvertida, pero que no se discutirá, al menos, en esta ocasión. Se trata de la siguiente: al iusnaturalismo realista contemporáneo le resulta difícil tomar en serio la argumentación que pretende justificar la existencia de “derechos de los animales”<sup>3</sup>. Suponiendo que pueda aceptarse dicha premisa, pienso que una de las razones por las que ocurriría lo que señalo es que los discursos argumentativos de los que se ocupan en favor de la materia –los llamaré aquí, gruesamente: animalistas– encuentran difícil compatibilidad con la

3 Aunque dicha dificultad no se da, desde luego, sólo en el iusnaturalismo. Para Streck y Corrêa: “[...] derechos de la naturaleza y derechos de los animales son expresiones ampliamente desconocidas del público, más la primera que la segunda, incluso entre los doctos, entre los constitucionalistas. Cuando la nomenclatura ya no es desconocida, el contenido, casi sin excepción, lo es. Son palabras/conceptos tomados como exóticos o relegados al final de la cola de las importancias, cuando no objeto de burla, ridiculizados”. Streck, L. y F. Corrêa (2014). “El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común”. En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 18, 138.

consolidada tradición de comprensión del hombre, del Derecho y de la justicia por parte del iusnaturalismo.

Sin embargo, creo que conviene preguntarse: ¿existe algún aspecto de la realidad que los partidarios de los derechos de los animales alcanzan a vislumbrar y que los iusnaturalistas no hemos visto aún? O preguntado de otro modo: ¿nuestra más común perspectiva iusnaturalista resulta en algún sentido insuficiente para abordar algunos de los aspectos de la problemática ético-jurídica del respeto a los animales, al menos tal como parece que inquieta cada vez más al hombre contemporáneo?

Por mi parte he emprendido no hace mucho un primer esfuerzo por responder, desde un iusnaturalismo realista, a la pregunta por la existencia de los llamados “derechos de los animales”<sup>4</sup>. Sostuve entonces, como sostengo ahora, que no es viable plantear su existencia. En esta ocasión, sin embargo, trataré de hacer una cosa distinta: el objetivo de este trabajo será realizar un ejercicio de discusión del tópico señalado, a partir de los aportes de Martha Nussbaum al respecto, uno de los que hoy, a mi juicio, resulta de lo más relevante. Desde luego, no pretendo hacer aquí una explicación ni siquiera general del modelo de las capacidades de la profesora norteamericana o de sus múltiples desarrollos y aplicaciones a la ética y a la política; tampoco una respuesta acabada a las preguntas que he escogido como disparador para esta reflexión.

En el sentido de lo señalado, en primer lugar, daré cuenta brevemente de los tres modelos más conocidos o con mayor repercusión sobre el tópico. Seguidamente, esbozaré el modelo de Nussbaum recogido principalmente en su libro, *Las fronteras de la justicia*<sup>5</sup>, destacando sus ventajas comparativas respecto de los tres enfoques mencionados. Finalmente, intentaré una valoración crítica del modelo de la filósofa norteamericana, respecto, sobre todo, de los conceptos de dignidad y de justicia subyacentes al mismo. En todo ello procuraré tomar muy en serio la problemática respecto de los llamados “derechos de los animales”.

## 2. Tres modelos

El profesor Francesco Viola clasifica los dos primeros modelos a los que me referiré aquí, básicamente por el método común que utilizan, al que

4 Cf. Chávez-Fernández Postigo, J. (2014), “Impugnando los ‘derechos’ de los animales. Una buena excusa para volver sobre el sentido del término ‘derecho’”. En Chávez-Fernández Postigo, J. *Persona humana y derecho*. México. Porrúa, 133-55.

5 Cf. Nussbaum, M. (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, 2ª ed. Barcelona. Paidós.

llama sugerentemente “de la característica relevante”<sup>6</sup>. Hace referencia, en concreto, a las propuestas de Peter Singer y de Tom Regan. A su juicio, ambos comparten –a pesar de sus muchas diferencias– al menos dos rasgos de fondo. El primero: la convicción de corte empirista de la exclusiva relevancia ética del individuo en desmedro de la especie. El segundo: la exclusiva atención a la capacidad que los individuos poseen de hecho, y el correlativo rechazo al principio de potencialidad<sup>7</sup>.

Como es sabido, el modelo de Singer<sup>8</sup> propone que la capacidad para el sufrimiento y para el placer o felicidad sería el prerrequisito básico para tener auténticos intereses. A su juicio, dicha capacidad se convertiría en la justificación de que el principio de igual consideración de intereses se aplicase tanto a los humanos como a los animales sintientes. Pero desde una reformulación del utilitarismo moderno, Singer da un paso más y postula que el término “persona” no resultaría equivalente al de “miembro de la especie humana”, puesto que debería referirse a toda criatura sintiente que tenga –de hecho– autoconciencia, por lo que los miembros de algunas otras especies podrían ser personas, y no todos los miembros de la especie humana lo serían necesariamente. A su modo de ver, la justicia exigiría respetar por igual la vida de todas las personas, en tanto que seres que al ser autoconscientes no sólo tienen intereses, sino que tienen propiamente preferencias, es decir, al menos el deseo de continuar existiendo en el tiempo. A esto llama Singer “utilitarismo de la preferencia”<sup>9</sup>.

Por otro lado, el modelo de Regan pretende más bien superar el utilitarismo partiendo de la tesis de que el valor esencial o inherente –el cual determina si se tiene dignidad, y, por consiguiente, si se tienen o no se tienen derechos– se encuentra en el ser “sujeto de una vida”<sup>10</sup>. A su juicio, tal condición implicaría tener una vida psíquica como experiencia individual, con

6 Cf. Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*. Granada. Comares, 180 y sigs.

7 Cf. ibídem, 181-2.

8 Cf., por ejemplo: Singer, P. (1999). *Liberación animal*. Madrid. Trotta; o Singer, P. (1995). *Ética práctica*, 2ª ed. Cambridge. Cambridge University Press, 69 y sigs.

9 Para Singer, a este utilitarismo “llegamos universalizando nuestros propios intereses [...] es decir, si tomamos la posición plausible de considerar, equilibradamente y tras reflexionar sobre todos los hechos relevantes, que los intereses de una persona son los que ella prefiere”. Y luego señala: “Según el utilitarismo de preferencia, toda acción contraria a la preferencia de cualquier ser es mala, a no ser que existan preferencias contrarias que tengan más peso que ésta”. (Ibídem, 118).

10 A su juicio, aquellos “que se hallan en el mundo y son conscientes de él; que tienen experiencia placentera de algunas cosas, dolorosa de otras; que pueden ser asustados y confortados; que son capaces de comunicar sus deseos y sus preferencias, sus alegrías y sus penas, su reconocimiento de quienes les resultan familiares y su sospecha de los extraños; que [...] tienen tanto una presencia psicológica unitaria en el mundo como un bienestar experiencial a lo largo del tiempo”. Regan, T. (1999). “Poniendo a las personas en su sitio”. En *Teorema*, N° 18, 31.

la consecuencia de no poder ser tratado como un mero recipiente u objeto, sino, precisamente, como un sujeto, lo que ocurriría con todos los mamíferos humanos y no humanos por igual, si han alcanzado el año de edad<sup>11</sup>.

El tercer modelo en disputa corre por los cauces de la “ecología profunda” y, en ese sentido, se distingue de los dos anteriores por ser más bien ecologista antes que animalista, es decir, por plantear que la naturaleza misma es titular de derechos<sup>12</sup>. Quizá el ejemplo más cercano a nosotros sea el modelo esbozado por Zaffaroni, quien propone una impostación localista de la “hipótesis Gaia”, de Lovelock, y de sus consecuencias éticas<sup>13</sup>. Para el profesor argentino, se trataría de la *Pachamama*, una manifestación del saber de la cultura ancestral de convivencia con la naturaleza, y que se ha recogido en las Constituciones políticas ecuatoriana (2008) y boliviana (2009) como un aporte al constitucionalismo universal<sup>14</sup>. A su juicio, este modelo no niega la dignidad humana, sino que la recuperaría de su camino perdido por el afán de dominación de las cosas<sup>15</sup>.

Me parece que algunas de las más importantes limitaciones de estos tres modelos se dejan ver más claramente a la luz del enfoque de Martha Nussbaum. En el siguiente acápite me ocuparé sucintamente de dicha propuesta.

### 3. Un cuarto modelo: el enfoque de las capacidades de Nussbaum

Como ha señalado sintéticamente la profesora Agra Romero<sup>16</sup>, la filósofa norteamericana elabora su propuesta a partir de un enfoque cosmopolita

11 Cf., por ejemplo, Regan, T. (1985), “The Case for Animal Rights”. En Singer, P. ed. *In Defense of Animals*. Blackwell Publishers, 13-26.

12 Para Bandieri: “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.”. Bandieri, L. M. (2015). “Los animales ¿tienen derechos?”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 79, 47.

13 Para Zaffaroni: “De la hipótesis Gaia se deriva una ética hacia Gaia [...]. La perspectiva de una ética desde dentro de Gaia y como parte de ella configura un nuevo paradigma [...], pues implica reconocer los derechos de todos los otros entes que comparten con nosotros la tierra y reconocerles al menos su derecho a la existencia y al pacífico desarrollo de sus vidas”. Zaffaroni, E. R. (2015). *La Pachamama y el humano*, 7ª reimp. Buenos Aires. Ediciones Colihue, 84.

14 Cf. ibídem, 108-13.

15 Cf. ibídem, 123-7.

16 Agra Romero, M. X. (2009). “Martha C. Nussbaum: liberalismo político de las capacidades”. En Máiz Suárez, R. coord. *Teorías políticas contemporáneas*. Valencia. Tirant lo Blanch, 366 y sigs.

en búsqueda de lo que llama una “justicia global”, a través de su “liberalismo de las capacidades”. Este enfoque se reclama tributario especialmente de las ideas de Aristóteles y de Marx respecto del funcionamiento plenamente humano, pero adopta también aspectos de autores contemporáneos como Amartya Sen o John Rawls. Dicha impronta la lleva a intentar superar tanto el utilitarismo como el contractualismo, preocupándose por desarrollar una visión normativa y universalista –aunque compatible con el pluralismo cultural<sup>17</sup>– del florecimiento humano en general, pero en particular, del de las mujeres o el de los discapacitados, destacando aspectos como la imaginación y las emociones humanas.

Para Nussbaum, en concreto: “Las capacidades se presentan [...] como la fuente de los principios políticos para una sociedad liberal y pluralista; su contexto es un tipo de liberalismo político que los convierte en fines específicamente políticos y los formula de un modo que evita toda fundamentación metafísica específica. Así presentadas y defendidas argumentativamente, las capacidades pueden dar lugar [...] a un consenso entrecruzado entre personas que de otro modo tendrían unas concepciones comprensivas del bien muy distintas”<sup>18</sup>.

Si bien no es esta la ocasión para descender sobre los muchos y variados aspectos de la propuesta de la profesora norteamericana, me parece indispensable esclarecer algunas de sus nociones básicas antes de ocuparme de su modelo de defensa de los derechos de los animales. En ese sentido, diré algo sobre la relación entre dignidad y justicia, lo que pasa necesariamente a través de un eje: su noción de “capacidades” y su relación con los Derechos Morales.

El enfoque de Nussbaum prioriza la importancia del valor de las oportunidades de las personas para lograr su florecimiento, es decir, una vida acorde con una idea intuitiva de “dignidad”, que ella ve asociada a una concepción política de la persona de corte aristotélico, y no kantiano<sup>19</sup>. En el fondo, se trataría de reflexionar sobre lo que la dignidad humana exige moralmente en orden a la plenitud de su vida, que es la de un ser con capaci-

17 Cf. Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*. Barcelona. Herder, 68 y sigs.

18 Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 83. Para Rawls, “en una sociedad bien ordenada la concepción política es afirmada a través de lo que llamamos un consenso entrecruzado razonable. Con esto queremos decir que la concepción política es apoyada por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables, aunque opuestas, que atraen a numerosos partidarios y que perduran a lo largo del tiempo, de una generación a otra. Ésta es [...] la base más razonable de unidad política y social disponible para los ciudadanos de una sociedad democrática”. Rawls, J. (2013). *La justicia como equidad. Una reformulación*, 2ª ed. 2ª reimp. Barcelona. Paidós, 59.

19 Cf. ibídem, 162.

dad y necesidad, con racionalidad y animalidad<sup>20</sup>. Para ella, todos tenemos derecho a un mínimo de justicia, y una obligación colectiva de proveer los bienes que ello implica, por lo que su enfoque está básicamente orientado al resultado<sup>21</sup>.

Conviene citar en extenso a nuestra autora sobre este punto: “El enfoque de las capacidades es una doctrina política acerca de los derechos básicos, no una doctrina moral comprensiva. No pretende siquiera ser una doctrina política completa, sino que se limita a especificar algunas condiciones necesarias para que una sociedad sea mínimamente justa, en la forma de un conjunto de derechos fundamentales para todos los ciudadanos. No garantizar estos derechos a los ciudadanos constituye una violación especialmente grave de la justicia básica, pues se pretenden implícitos en las nociones mismas de la dignidad humana y de una vida acorde con la dignidad humana. Una forma de concebir la lista de capacidades es como una lista de garantías constitucionales [...]. Tales derechos deberían implementarse luego a través de la acción legislativa y judicial”<sup>22</sup>.

Pero ¿cuáles son estas capacidades y qué bienes incluyen? ¿Cuál es su relación con los Derechos Morales? La lista de capacidades que propone Nussbaum es la siguiente: 1) *vida*: que implica vivir hasta un término normal o hasta que ya no merezca la pena vivir; 2) *salud física*: que incluye salud reproductiva, alimentación y vivienda; 3) *integridad física*: que implica libertad de movimiento, protección contra la violencia, y gozar de oportunidades para la satisfacción sexual; 4) *sentidos, imaginación y pensamiento*: lo que incluye educación, religión, arte, placer, etc.; 5) *emociones*: amor y dolor, lo que implica formas de asociación humana para este desarrollo; 6) *razón práctica*: formarse una concepción del bien y reflexionar sobre los propios planes de vida, la libertad de conciencia y de religión; 7) *afiliación*: por un lado: a) vivir con y para los otros, lo que implica la libertad de expresión y la asociación política, y por otro lado: b) que se den las bases sociales del autorrespeto y la no discriminación; 8) *otras especies*: relación próxima y respetuosa con animales, plantas y el mundo natural; 9) *juego*: disfrutar de actividades recreativas; y 10) *control sobre el propio entorno*: por un lado: a) político, lo que implica

20 Cf. *ibídem*, 277-8. A su juicio: “La idea intuitiva que se encuentra detrás del enfoque es doble: primeramente, que ciertas funciones son particularmente centrales en la vida humana, en el sentido de que su presencia o ausencia se entiende característicamente como una marca de la presencia o ausencia de vida humana; y luego –y esto es lo que Marx encontró en Aristóteles–, que existe algo que hace que estas funciones se realicen de manera verdaderamente humana, y no meramente animal”. Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano...* Ob. cit., 113.

21 Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 279-80.

22 Cf. *ibídem*, 163.

tener derecho a la participación política, y por otro lado: b) material, referido a derechos de propiedad, y al trabajo en plano de igualdad<sup>23</sup>.

La profesora norteamericana deja en claro que dicha lista no pretende ser una visión exhaustiva de lo que es valioso en la vida, y toma explícitamente distancia de la interpretación tomasiana –en realidad, se ocupa del planteamiento de John Finnis y hace referencia también a Robert P. George– de la “noción aristotélica de funcionamiento en el marco del pensamiento político”, por la que, a su juicio, se vería a los individuos llevando una vida de nivel inferior si descuidasen alguno de los puntos de la lista aristotélica o se dedicasen a algo que no figurase en ella<sup>24</sup>.

Para Nussbaum, el enfoque de las capacidades es una especificación del enfoque de los Derechos Humanos, y tiene, al menos, un par de ventajas: a) superar la lectura de que los derechos son únicamente libertades negativas, y b) diluir la frontera entre derechos de primera y de segunda generación<sup>25</sup>. Se trata de un enfoque que “insiste en los aspectos materiales de los bienes humanos, al dirigir nuestra atención hacia lo que las personas son realmente capaces de ser y de hacer”, y que “subraya la interdependencia entre las libertades y el orden económico”, evidenciando que dichas “capacidades humanas centrales no son simplemente objetivos sociales deseables, sino títulos basados en la justicia para una reclamación urgente”<sup>26</sup>.

Finalmente, sobre la base expuesta, daré cuenta muy brevemente de cómo Nussbaum encara la difícil tarea de expandir su enfoque para defender Derechos Morales en los animales, sin caer en “una veneración acrítica de la naturaleza”<sup>27</sup>, como a mi juicio pasa, por ejemplo, con las propuestas ecologistas.

Así como su modelo se planteaba como superador del contractualismo de corte kantiano al considerar también los aspectos animales de la liber-

23 Cf. *ibidem*, 88-9.

24 Cf. Nussbaum, M. (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano...* Ob. cit., 142. Señala: “En tal sentido, una vida dedicada al placer (que no figura en la lista de Finnis) sería una vida de nivel inferior, incluso si tuviese capacidades para todas las funciones de su lista [...] él admite que una vida puede ser perfectamente valiosa aun cuando descuide uno o más de los puntos, siempre que la persona reconozca la bondad objetiva de ese punto [...]. Mi concepción requiere solamente que los ciudadanos apoyen la bondad de las capacidades relevantes, y esto solamente para objetivos políticos. Los ciudadanos están en total libertad para decir o pensar lo que les plazca acerca de la bondad de las correspondientes funciones, como también en total libertad para diferir acerca de la fundamentación metafísica de las capacidades. Y, por supuesto, dada la protección de la libertad de expresión, están en total libertad para cuestionar la base filosófica de los principios constitucionales hablando en contra de la lista de capacidades”. (*Ídem*, nota 160.)

25 Cf. Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 283-6.

26 *Ibidem*, 288.

27 Cf. *ibidem*, 105.

tad humana, dejando atrás el igualamiento racionalista de las personas, y poniendo el punto de mira en sus concretos poderes y capacidades<sup>28</sup>; así también, su enfoque está animado “por la idea aristotélica de que hay algo maravilloso y digno de respeto en cualquier organismo natural complejo, y en este espíritu está dispuesto a conceder ese respeto y reconocer esa dignidad a los animales”<sup>29</sup>. Sin embargo, a pesar de que esta idea de la igual dignidad de los animales de todas las especies le parece no sólo atractiva sino convincente, prefiere encausar su alegato sobre premisas más pacíficas: a su juicio, al menos “todas las criaturas tienen derecho a disfrutar de oportunidades adecuadas para llevar una vida floreciente”<sup>30</sup>.

En ese sentido, Nussbaum plantea que el territorio de la justicia es el de los derechos básicos, por lo que no se trata de que los seres humanos tengamos deberes indirectos para con nuestros congéneres consistentes en no dañar a los animales o que los tengamos simplemente como formas de compasión, sino de que hacerlo resulta realmente injusto, dado que los animales “tienen un derecho de índole moral a no ser tratados de ese modo”<sup>31</sup>. A su modo de ver, su enfoque “trata a los animales como sujetos y agentes y no como simples objetos de compasión”, y evita que ninguna criatura individual sea usada “como medio para el fin de otras, ni para el conjunto de la sociedad”<sup>32</sup>.

Por otro lado, su enfoque se postula también como superador de los utilitarismos animalistas, puesto que –entre otras muchas cosas<sup>33</sup>–, sin descuidar la centralidad del animal como sujeto que sufre dolor y privaciones, tampoco toma a la especie como moralmente irrelevante<sup>34</sup>, dado que para

28 Cf. *ibidem*, 99. Para la profesora norteamericana: “Las teorías del contrato social parten de la importancia presuntamente crucial de la racionalidad humana, y definen tanto la reciprocidad como la dignidad en términos de esta racionalidad, lo cual supone negar que tengamos ninguna obligación de justicia hacia los animales no humanos, y concebir cualesquiera obligaciones de este tipo como derivadas y posteriores. Es preciso corregir esta posición en dos sentidos: debemos reconocer la inteligencia que poseen los animales no humanos, y debemos rechazar la idea de que sólo aquellos que pueden participar en la formación del contrato social pueden ser sujetos plenos de una teoría de la justicia”. (*Ibidem*, 104).

29 *Ídem*. Para Aristóteles: “[...] es necesario no rechazar puerilmente el estudio de los seres más humildes, pues en todas las obras de la naturaleza hay algo maravilloso [...] hay que acercarse sin disgusto a la observación sobre cada animal, en la idea de que en todos existe algo de natural y de hermoso”. (Aristóteles. *Partes de los animales*, I, 645a, 16 sigs.).

30 Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 377.

31 *Ibidem*, 332.

32 *Ibidem*, 346-7.

33 *Ibidem*, 333-42.

34 Cf. *ibidem*, 352-8. Señala: “Un niño aquejado de daños cerebrales graves no deja de ser muy distinto de un chimpancé, aunque en ciertos aspectos algunas de sus características sean comparables. La vida del niño es vivida por éste como miembro de la comunidad humana

la profesora norteamericana: “[...] la norma de la especie (debidamente evaluada) nos indica cuál es el rasero apropiado por el que juzgar si una determinada criatura tiene posibilidades aceptables de florecer”<sup>35</sup>, dando lugar a un “paternalismo inteligente y sensible a las especies”<sup>36</sup>.

A resumidas cuentas, el enfoque de las capacidades de Nussbaum –expandido ahora hacia el respeto de los derechos de los animales– se plantea del siguiente modo:

“El propósito de la cooperación social (por analogía y por extensión) debería consistir en vivir dignamente y juntos en un mundo en el que múltiples especies tratan de florecer [...] el objetivo general del enfoque de las capacidades a la hora de trazar unos principios políticos con los que conformar la relación humano-animal sería que ningún animal sensible vea truncada la oportunidad de llevar una vida floreciente –una vida dotada de la dignidad relevante para su especie– y que todos los animales sensibles disfruten de ciertas oportunidades positivas de florecer”<sup>37</sup>.

Dichas ideas llevan a la filósofa norteamericana –sobre la lista de capacidades antes expuesta– a plantear por analogía, y haciendo uso de la imaginación comprensiva, algunos derechos básicos y provisionales de los animales sensibles, basados en sus peculiares formas de vida y florecimiento<sup>38</sup>. Respecto de la *vida*, por ejemplo, se trataría de prohibir la crueldad y de avanzar paulatinamente hacia un consenso contrario al sacrificio destinado al alimento. Respecto de la *salud física*, de eliminar, al menos, la asimetría entre los animales domésticos y los que se crían para alimento. Respecto de la *integridad física*, debiéramos proteger a los animales de cualquier forma de trato dañino, doloroso o indoloro. Respecto de los *sentidos, imaginación y pensamiento*, tendríamos la obligación de proscribir tanto el trato cruel y abusivo a los animales, como de garantizarles placer, libertad y, dependiendo del caso, una educación adecuada. Respecto de las *emociones*, de proveerles oportunidades de desplegarse afectivamente, sin aislamientos. Respecto de la *razón práctica*, siendo éste un derecho arquitectónicamente fundamental para los humanos, deberíamos estar atentos en cada caso a descubrir “hasta qué punto dispone la criatura en cuestión de capacidad para fijar objetivos y proyectos y para planificar su vida” y, de ser el caso, apoyarlos. Respecto de la *afiliación*, deberíamos velar tanto por su dimensión relacional, y también por la de autorrespeto y no humillación. Para terminar con la lista de

---

y no de ninguna otra. Es dentro de ella donde él florecerá o no. Las posibilidades de florecimiento en esa comunidad en concreto vienen definidas por unas normas de la especie”. (Ídem).

35 *Ibidem*, 359-60.

36 *Ibidem*, 371.

37 *Ibidem*, 346.

38 *Cf. ibidem*, 386 y sigs.

capacidades, Nussbaum se pronuncia también sobre las *otras especies*, sobre el *juego* y sobre el *control sobre el entorno propio*, especificando otros tantos derechos de los animales no humanos en cada caso.

En ese sentido, la profesora norteamericana recomienda que toda nación debería recoger a nivel constitucional una cláusula de reconocimiento de los animales como sujetos de justicia política y con derecho a una existencia digna, así como el enunciado de algunos de los principios generales sugeridos por ella; apuntando a que el reconocimiento real de dichos derechos faculte a los animales a presentar demandas judiciales argumentadas, desde luego, por un tutor<sup>39</sup>.

Nussbaum es consciente de las dificultades que una propuesta como la suya puede generar en materia de consenso, pero piensa que, al ser una forma de liberalismo político, basta con evidenciar que existe suficiente base para que un consenso entrecruzado pueda darse en el futuro. A su modo de ver, ello sería posible dado que su enfoque propone principios ético-políticos “metafísicamente abstemios”, de modo que no entran en conflicto con las metafísicas del cristianismo, el judaísmo o el islamismo, ni con las doctrinas comprensivas laicas de la mayoría de las personas que conciben a la especie humana por encima de la de todas las demás criaturas, garantizándole a sus miembros, además, derechos sobre el uso de los animales para diversos fines<sup>40</sup>.

#### 4. Tomando la dignidad y la justicia en serio

Si he entendido bien a la profesora norteamericana, así como el florecimiento del hombre radicaría en el funcionamiento de sus diversas capacidades –aquellas propias de su especie–, de la misma manera pasaría con los animales, a cada uno según su especie. La idea de la dignidad no estaría referida a cierta actualización racional para elaborar reglas objetivas y universalizables de moralidad –al modo kantiano<sup>41</sup>–, sino que se trataría más bien de una idea intuitiva del valor de cada vida real, referida a sus capacidades y necesidades, y no dependiente de su funcionamiento de hecho. De ahí que tanto permitir dicho florecimiento, como también comprometerse

39 Cf. *Ibidem*, 394.

40 Cf. *Ibidem*, 381-4. De hecho, la lista de capacidades pretende “evitar conceptos que puedan pertenecer a una de las grandes concepciones metafísicas o epistemológicas del ser humano y no a otra, como el concepto de alma, de teleología natural o de verdad autoevidente”. (*Ibidem*, 187).

41 Cf. Kant, I. (2006). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª reimp. Madrid. Alianza Editorial, 438.

positivamente o materialmente para que se tengan oportunidades suficientes para que dicho florecimiento se alcance, al menos, en cuotas mínimas –lo que sería un trato acorde con la dignidad de cada vida–, serían no sólo exigencias de compasión humana o deberes para con los demás hombres, sino antes bien, exigencias de justicia. Estaríamos, así, frente a auténticos Derechos Morales básicos de los animales, en tanto que deudas de justicia exigibles respecto de las cuotas mínimas de su florecimiento según dichas capacidades.

Así las cosas, me parece hasta cierto punto evidente que Martha Nussbaum ha realizado un esfuerzo honesto por tomarse los derechos de los animales muy en serio, replanteando para ello un enfoque que –quizá por su impronta de raigambre aristotélica, por su esfuerzo en incorporar elementos positivos de los modelos que intenta superar o por su discurso axiológico empático de ricas referencias a las emociones– luce más interesante y atractivo que los enfoques ecologistas, utilitaristas o meramente contractualistas de los que di cuenta rápidamente en el segundo apartado. Siendo más preciso: más allá de las inconsistencias internas que pueden encontrarse en su planteamiento<sup>42</sup>, me parece positivo que Nussbaum haya tenido la audacia de plantearse hasta sus últimas consecuencias la semejanza entre el hombre y el animal, intentando cuidarse de no animalizar, ni espiritualizar reductivamente al hombre en dicho intento.

Sin embargo, a mi juicio, hay al menos dos aspectos relevantes sobre los que se puede plantear una crítica de fondo a su modelo. El primero, su concepción de la dignidad, vinculada a la relación entre capacidades y Derechos Morales. El segundo, respecto de lo que implica cierta idea “extensiva” de justicia que propone.

#### ***4.1. Respecto de la dignidad***

A mi modo de ver, la pretendida asepsia metafísica en el enfoque de Nussbaum genera un doble problema respecto de la evaluación ética de la lista de capacidades que considera centrales, pero sobre todo, de su funcionamiento, y también respecto de la noción de dignidad que se postula vagamente como asociada a ellas. Me ocuparé de cada uno brevemente.

Por un lado, las capacidades, incluso las racionales, quedan reducidas –con toda seguridad, más allá de las intenciones de la autora– a sus aspectos empíricos o sociológicos, desprovistas de toda teleología y, en ese

<sup>42</sup> Cf. Schinkel, A. (2008). “Martha Nussbaum on Animal Rights”. En *Ethics & the Environment*, N° 13, 49 y sigs.

sentido, no parece haber manera de justificarlas para discriminar ética y políticamente entre cualquiera de sus posibles actualizaciones<sup>43</sup>. Dicho de otro modo: la mencionada asepsia deja que la eticidad de la politicidad de las acciones descansa en última instancia en el consenso entrecruzado, y no en el mismo funcionamiento recto –por así decirlo– de dichas capacidades básicas. Ello se evidencia, por ejemplo, en la ausencia en Nussbaum –más allá de la importancia que le da a la capacidad de la razón práctica y de que reconozca el escaso margen para la analogía que dicha capacidad deja para con los animales– de algo semejante a las exigencias de la razonabilidad práctica que propone Finnis, que le permiten, conjuntamente con los bienes humanos básicos pre morales y el concurso de la autoridad, determinar el derecho para una comunidad completa<sup>44</sup>.

Por otro lado, si bien Nussbaum no es del todo clara respecto de su noción de dignidad, parece que hay que aceptar que ésta hace referencia a cierta idea intuitiva del trato que merece el florecimiento de una criatura por el hecho inherente de ser de una particular manera<sup>45</sup>. Sin embargo, a mi juicio, la justificación adquiere la forma de un argumento circular: sería de justicia tratar a los animales según el florecimiento mínimo de sus capacidades centrales –lo que implicaría tratarlos, precisamente, según la dignidad de su vida–, básicamente porque dicho trato nos resulta intuitivamente digno de una criatura con tales capacidades vitales y, por lo tanto, con tales derechos básicos.

A mi modo de ver, sin una estructura metafísica de fines –lo que Nussbaum rechaza explícitamente como vinculada a una ética comprensiva del bien y que postula una “separación radical” ontológica entre el hombre y el animal<sup>46</sup>– no sólo resulta imposible plantear racionalmente la dignidad espiritual y participada, y por ello, absoluta o incondicional propia

43 Por supuesto, con ello no quiero decir que el de Nussbaum sea un planteamiento semejante al de Mosterín, por ejemplo, quien parece hacer descansar los derechos de los animales en la compasión, pero entendida como un fenómeno “real”, en el sentido de meramente orgánico o cerebral. Cfr. Mosterín, J. (2015). “Los derechos de los animales”. En Baltasar, B. coord., *El derecho de los animales*. Madrid. Marcial Pons, 64.

44 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed. New York. Oxford University Press, 100 y sigs.

45 Para Nussbaum: “La idea principal no es, pues, la dignidad misma, como si fuera separable de las capacidades para vivir la vida, sino más bien la idea de una vida acorde con la dignidad humana, en la medida en que esta vida está constituida, al menos en parte, por las capacidades que figuran en la lista”. Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 169. Sobre la dignidad, me he ocupado en extenso en otro trabajo: Chávez-Fernández Postigo, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra, 91 y sigs.

46 Cf. Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 324 y sigs.

del hombre<sup>47</sup> –dicho de otro modo: su condición de ser no sólo fin para sí mismo, sino fin en sí mismo<sup>48</sup>–, sino que parece hacer inviable la posibilidad de hablar con propiedad de una dignidad relativa en los animales, es decir: una dignidad no espiritual, pero sí participada o “creatural”<sup>49</sup>. Me parece, en ese sentido, que el problema no está en el difícilmente negable abismo ontológico y axiológico que se abre entre el mundo de las personas y el de las demás criaturas sintientes, sino en explorar en qué sentido puede hablarse de “dignidad” en el mundo animal y qué deberes concretos implica dicha valoración respecto de la comunidad política. Precisamente, por la asepsia metafísica de su enfoque, parece que Nussbaum no encuentra las categorías para distinguir: ve en la corporalidad de la persona humana mera “animalidad”<sup>50</sup>, y por ello, no llega a entenderla como la corporalidad de un “espíritu corporeizado” –por así decirlo<sup>51</sup>–, más que la de un animal sintiente con capacidades más complejas<sup>52</sup>.

47 Cf., por ejemplo: Spaemann, R. (2011). “Sobre el concepto de dignidad humana”. En Spaemann, R. *Lo natural y lo racional*. Santiago de Chile. IES, 68 y sigs. Para Hervada, por ejemplo: “[...] la dignidad humana consiste en la eminencia o excelencia del ser humano, mediante una intensa participación en el más alto grado de ser, [...] un ente cuyo orden del ser comprende el orden del deber-ser [...] la dignidad de la persona humana significa que es un ser con una dimensión espiritual. De modo particular, la mayor perfección del hombre se manifiesta en dos cosas, propias de la dimensión espiritual. Por un lado, el conocimiento intelectual, tanto si es por connaturalidad (por inmediatez) o intuitivo (instantáneo), como si es racional (mediato por razonamiento o argumentativo). Por otro lado, el amor total o apertura de la voluntad hacia el bien absoluto. Todo ello unido a la dimensión de debitud y exigibilidad”. Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA, 452.

48 Cf. Serna, P. (1998). “El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo”. En Massini Correas, C. I. y Serna, P. eds. *El derecho a la vida*. Pamplona. EUNSA, 63 y sigs.

49 Para Tomás de Aquino: “Dios es agente perfectísimo. Luego es preciso que las cosas que creó reciban de Él su perfección; de donde rebajar la perfección de la criatura es rebajar a la vez la perfección de la virtud divina [...] Dios comunicó a las cosas creadas su bondad de manera que una de ellas pudiese transfundir a otra lo que recibió. Quitar, por lo tanto, sus propias acciones a las cosas es derogar la bondad divina. Suprimir el orden a las cosas creadas es quitarles lo mejor que tienen; pues cada una de ellas es en sí misma buena, pero todas juntas son óptimas por razón del orden del universo, pues el todo siempre es mejor que las partes y su propio fin”. (Aquino, T. de. *Suma contra gentiles*, III, 69).

50 Para Nussbaum, Kant habría ignorado que la dignidad humana “es sólo la de una clase de animal muy particular”. Nussbaum, M. (2001). “El futuro del liberalismo feminista”. En *Areté*, N° 13, 67.

51 Ilva Hoyos lo dice a su modo: “[...] el ser personal no depende ni intrínseca ni constitutivamente de la materia, sin más. La corporeidad, en el hombre, está espiritualizada”. Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los Derechos Humanos*. Bogotá. Temis, 90.

52 Me parece que una apreciación semejante puede encontrarse en: Bernardini, P. (2010). “Human Dignity and Human Capabilities in Martha C. Nussbaum”. En *Iustum Aequum Salutare*, N° 6, 47 y sigs.

Por ello, en mi opinión, la profesora norteamericana pasa fácilmente de la dignidad de los animales y de su pretendida condición de sujetos, a plantearlos como auténticos titulares de Derechos Morales, según sus propias capacidades<sup>53</sup>.

## 4.2. *Respecto de la justicia*

Entrelazada a estas tesis sobre las capacidades, los derechos y la dignidad de las criaturas sintientes, Nussbaum propone una concepción de justicia que quizá pueda tildarse de “expansiva”, por lo menos por dos aspectos concretos, de los que me ocuparé seguidamente.

En primer lugar, ¿qué estaría realmente en juego al dar el paso de que el maltrato a los animales no sólo sea moralmente reprochable, sino que sea realmente injusto? La filósofa norteamericana responde lo que considera una pregunta muy difícil, y señala: “[...] lo que solemos dar a entender cuando calificamos un mal acto de injusto es que la criatura lesionada por ese acto tiene derecho a no ser tratada así y que este derecho es particularmente impostergable o básico”<sup>54</sup>. Y en concreto, respecto de la relación entre compasión y justicia afirma: “La compasión se solapa con el sentido de la justicia de tal modo que la lealtad plena a la justicia exige la compasión por aquellos seres que sufren de forma indebida tanto como la indignación con quienes infligen sufrimientos indebidos. Pero por sí sola, la compasión es demasiado indeterminada como para dar plena cuenta de nuestra noción de lo que está mal en el trato que se dispensa a los animales. La respuesta adecuada implica una compasión especial, una compasión que se centre en la acción debida y vea en el animal tanto un agente como un fin en sí mismo”<sup>55</sup>.

Me parece que Nussbaum advierte con claridad que el deber moral de compasión no obliga a un curso de acción determinado –o al menos, externamente determinable y, por lo tanto, coercible– acerca del respeto por los animales, mientras que la justicia sí lo hace. Luego, la compasión le parece insuficiente, lo que la lleva a intentar “ensanchar” la idea de justicia, a partir de la ampliación del mundo de los sujetos de derecho<sup>56</sup>. Tengo la impre-

53 Sin admitir propiamente derechos para los animales, Viola ha planteado –desde un enfoque iusnaturalista– la existencia de cierta subjetividad en el mundo animal sensible. Cf. Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos...* Ob. cit., 200 y sigs.

54 Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 332.

55 *Ibidem*, 333.

56 Me parece que Francesco Viola recorre una vía, al menos, semejante: plantear deberes directos de justicia –en un sentido amplio, no tradicional– respecto de los animales, sin llegar a atribuirles derechos morales. Cf. Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos...* Ob. cit., 254 y sigs.

sión de que el deseo empático de Nussbaum por clausurar definitivamente la puerta al maltrato humano a los animales, la lleva a caer en algo que puede ser calificado como cierto “imperialismo de la moral”<sup>57</sup>. Me refiero a que aquello que se considera bueno, en tanto que deber moral –además, sin el sustrato suficiente para tal calificación con pretensiones de objetividad, como sostuve en el acápite anterior– termina planteándose como si fuera una obligación sin gradación aparente, externamente determinable y coercible, y positivamente exigible al poder político, es decir, en una obligación de justicia. Me parece que pretender convertir una cuota mínima de compasión en justicia –más allá de que se haga con las mejores intenciones– es desatender la naturaleza de esta última, olvidando que una de las peculiaridades esenciales de la justicia es que es un justo medio real o en las cosas, según la conocida solución del Estagirita<sup>58</sup>.

En segundo lugar, noto dicha idea “expansiva” de justicia cuando la profesora norteamericana no admite la distinción tradicional entre deberes positivos y negativos. A su modo de ver, las morales tradicionales proscriben los actos malos como la agresión o el fraude, pero no prescriben como obligatorio desembolsar dinero para poner fin a males como el hambre o la enfermedad. A su juicio lo que subyace a este problema es la distinción entre las cuestiones de justicia y las de ayuda material, pues hacerse realmente cargo de cualquier capacidad humana cuesta necesariamente dinero<sup>59</sup>. Para Nussbaum, incluso habría que ir más allá, pues sostiene que “el concepto mismo de redistribución [...], tiene que ser puesto en cuestión, ya que descansa sobre la conclusión previa de que las personas son dueñas de las diferentes cantidades que poseen”<sup>60</sup>. Y si bien la profesora norteamericana matiza bastante esta idea respecto de los animales –sin más justificación que lo que parece ser el sentido común<sup>61</sup>– y sólo propone un “paternalismo

57 Cf. Barberis, M. (2009). “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En Carbonell, M. ed. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed. Madrid. Trotta, 264 y sigs. Barberis lo usa en un contexto de discusión distinto, pero creo que el apelativo viene muy bien para este caso también.

58 Cf. Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, V, 4-5. Cf. también: Aquino, T. de. *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 10.

59 Cf. Nussbaum, M. (2009). *Las fronteras de la justicia...* Ob. cit., 366.

60 *Ibidem*, 367.

61 Señala: “En el caso de los animales, sin embargo, puede haber lugar al establecimiento de una distinción entre positivo y negativo que tenga cierta lógica. Parece, cuando menos, coherente afirmar que la comunidad humana tiene la obligación de abstenerse de cometer ciertos daños especialmente atroces contra los animales, pero no que esté obligada a sostener el bienestar de todos los animales, es decir, a garantizarles una alimentación, un hogar y una sanidad adecuados. Cumplir con nuestros deberes negativos no bastaría para garantizar a todos los animales la posibilidad de florecer a su modo, pero es posible que no estemos moralmente obligados a nada más y que corresponda a las propias especies la tarea restante

inteligente y respetuoso” que garantice espacios para la libertad de elección en las criaturas sintientes<sup>62</sup>, me parece que la no distinción de base ilustra nuestro punto de crítica: estamos frente a una moralidad un tanto desdibujada o desnortada que termina invadiendo el mundo de la justicia a través de los pretendidos derechos en cuestión.

## 5. Para concluir

Decía al inicio que tenía la impresión de que al iusnaturalismo le cuesta tomarse en serio la argumentación respecto de los derechos de los animales, y lo decía, en parte, porque pensaba que su fortaleza puede ser también un tipo sutil de debilidad. Dicho de otro modo: la más que milenaria tradición de pensamiento que sustenta al iusnaturalismo puede ser también una dificultad para encarar más empáticamente, y desde nuevos enfoques y perspectivas, problemas ético-jurídicos que preocupan al hombre contemporáneo. Pienso por lo menos en un par de ejemplos: si no hay dignidad incondicional en las criaturas no humanas ni propiamente derechos, en todo caso ¿qué exigencias morales concretas respecto de su crianza, su cautiverio, su uso alimentario –entre otras muchas cosas– se derivan de su dignidad relativa? Si respecto de los animales no hay deberes directos de justicia, propiamente hablando, ¿existen al menos criterios objetivos de justicia para exigir determinada acción por parte del poder político respecto de su protección?

Si bien me he referido, al menos indirectamente, a que el iusnaturalismo no suele mostrar suficiente interés por este tipo de cuestiones, debo señalar que hay esfuerzos renovadores en ese sentido. Me parece, por ejemplo, que el trabajo del profesor Francesco Viola, desde el método que llama “del caso ejemplar”, fue precisamente en esa línea. Desde luego, esta no es la ocasión para establecer en qué medida debe compartirse la idea del iusfilósofo italiano de que los animales, si bien no tendrían propiamente Derechos Morales, sí serían sujetos merecedores de justicia, aunque entendida en un sentido amplio<sup>63</sup>. En todo caso, baste señalar que el camino por renovar el

---

de garantizar su propio florecimiento. Podríamos justificar aún más, incluso, esta conclusión diciendo que si tratáramos de convertirnos en déspotas ilustrados del mundo, acabaríamos arruinando la vida de los animales”. (Ídem).

62 Cf. *ibídem*, 372.

63 Para Viola: “La subjetividad humana se distingue de la de los animales porque no sólo se preocupa de buscar los medios para un fin establecido sino, sobre todo, porque está ocupada en dar un sentido a la propia vida, ligándola a una concepción del bien. No obstante, la vida de los animales se encuentra en el camino hacia la libertad y contiene las trazas del nacimiento de la subjetividad”. Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos...* Ob. cit., 211. Y luego: “La tutela de los animales y de la naturaleza debería llevarnos a reconsiderar las

iusnaturalismo, pasa, en mi opinión, por esfuerzos como ese: por no cerrar ninguna puerta intelectual a las honestas inquietudes del hombre contemporáneo, como me parece que ocurre en el caso de los llamados “derechos de los animales”, discurso que habrá de tomarse cada vez más en serio, en virtud de las válidas preocupaciones que, en muchos casos, subyacen al mismo.

## Bibliografía

- Agra Romero, M. X. (2009). “Martha C. Nussbaum: liberalismo político de las capacidades”. En Máiz Suárez, R. coord. *Teorías políticas contemporáneas*. Valencia. Tirant lo Blanch, 365-98.
- Aquino, T. de (1990). *Suma Teológica*. T. III. Madrid. BAC
- (2007). *Suma contra gentiles*. T. II. Madrid. BAC.
- Aristóteles (2000). *Partes de los animales / Marca de los animales / Movimiento de los animales*. Madrid. Gredos.
- (2003). *Ética Nicomáquea / Ética Eudemia*, 6ª reimp. Madrid. Gredos.
- Bandieri, L. M. (2015). “Los animales ¿tienen derechos?”. En *Prudentia Iuris*, Nro. 79, 33-56.
- Barberis, M. (2009). “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”. En Carbonell, M. ed. *Neoconstitucionalismo(s)*, 4ª ed. Trotta. Madrid, 259-78.
- Bernardini, P. (2010). “Human Dignity and Human Capabilities in Martha C. Nussbaum”. En *Iustum Aequum Salutare*, N° 6, 45-51.
- Chávez-Fernández Postigo, J. (2012). *La dignidad como fundamento de los Derechos Humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional peruano. La tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica*. Lima. Palestra.
- (2014). “Impugnando los ‘derechos’ de los animales. Una buena excusa para volver sobre el sentido del término ‘derecho’”. En Chávez-Fernández Postigo, J. *Persona humana y derecho*. México. Porrúa, 133-55.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*, 2ª ed. New York. Oxford University Press.
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. EUNSA.
- Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los Derechos Humanos*. Bogotá. Temis.
- Kant, I. (2006). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*, 2ª reimp. Madrid. Alianza Editorial.
- Mosterín, J. (2015). “Los derechos de los animales”. En Baltasar, B. coord., *El Derecho de los animales*. Madrid. Marcial Pons, 47-65.
- Nussbaum, M. (2001). “El futuro del liberalismo feminista”. En *Areté*, N° 13, 59-101.

---

raíces de nuestro sentido de la justicia, más que a ensayar acrobacias intelectuales dirigidas a ampliar la lista de titulares de derechos [...]. La creciente sensibilidad hacia los ‘derechos de los animales’ no es, en realidad, más que un signo del lugar que ocupa la benevolencia en el Derecho”. (Ibídem, 264).

- (2002). *Las mujeres y el desarrollo humano. El enfoque de las capacidades*, 2ª ed. Barcelona. Herder.
- (2012). *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, 2ª ed. Barcelona. Paidós.
- Rawls, J. (2013). *La justicia como equidad. Una reformulación*, 2ª ed. 2ª reimp. Barcelona. Paidós.
- Regan, T. (1985), "The Case for Animal Rights". En Singer, P. ed. *In Defense of Animals*. Blackwell Publishers, 13-26.
- (1999). "Poniendo a las personas en su sitio". En *Teorema*, N° 18, 17-37.
- Schinkel, A. (2008), "Martha Nussbaum on Animal Rights". En *Ethics & the Environment*, N° 13, 41-64.
- Serna, P. (1998). "El derecho a la vida en el horizonte cultural europeo de fin de siglo". En Massini Correas, C. I. y Serna, P. eds. *El derecho a la vida*. Pamplona, EUNSA, 23-79.
- Singer, P. (1995). *Ética práctica*. Cambridge. Cambridge University Press.
- (1999). *Liberación animal*, 2ª ed. Madrid. Trotta.
- Spaemann, R. (2011). "Sobre el concepto de dignidad humana". En Spaemann, R. *Lo natural y lo racional*. Santiago de Chile. IES, 61-81.
- Streck, L. y Corrêa, F. (2014). "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: reflexiones sobre la posibilidad de construir un derecho constitucional común". En *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, N° 18, 125-53.
- Viola, F. (1998). *De la naturaleza a los derechos. Los lugares de la Ética contemporánea*. Granada. Comares.
- Zaffaroni, E. R. (2015). *La Pachamama y el humano*, 7ª reimp. Buenos Aires. Ediciones Colihue.



**APLICACIÓN DEL DERECHO EXTRANJERO EN EL  
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL, CON ESPECIAL REFERENCIA  
A LOS ELEMENTOS CULTURALES**  
*Application of Foreign Law in Civil and Commercial Code,  
with Special Reference to Cultural Elements*

Milton C. Feuillade<sup>1</sup>

Recibido: 9 de agosto de 2016  
Aprobado: 6 de octubre de 2016

**Resumen:** En este trabajo analizamos la aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial estudiando si es receptada la teoría del uso jurídico, su contenido y alcance. Se hace especial énfasis en el problema de adaptación de la norma desde el actual pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado, con especial referencia a los elementos culturales en la resolución del caso y lo que a nuestro criterio debe ser la implementación normativa. El pluralismo metodológico otorga mejores soluciones a la hora de resolver el problema de adaptación de la norma y en ello es de justicia para el caso el tener en cuenta los elementos culturales e interpersonales del caso.

**Palabras claves:** Derecho Extranjero - Aplicación - Multiculturalidad.

**Abstract:** This paper analyzes application of foreign law in the Civil and Commercial Code and if it is receipted the theory of legal use, its content and scope, with special emphasis on the problem of rules adaptation made from methodological pluralism of Private International Law, with special reference to the cultural elements in resolving the case and what our approach should be implementation. Methodological pluralism gives better solutions

<sup>1</sup> Investigador del CONICET. Profesor de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario – UCA y en la Facultad de Derecho de la UNR. Email: miltonfeuillade@hotmail.com.

to solving the problem of adaptation of the standard and it is justice for the case to take into account cultural and interpersonal elements of the case.

**Keywords:** Law Foreign - Application - Multiculturalism.

Para citar este texto:

Feuillade, M. C. (2017), “Aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial, con especial referencia a los elementos culturales”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 169-200.

## I. Introducción

En este trabajo analizaremos la aplicación del Derecho Extranjero en el Código Civil y Comercial estudiando si es receptada la teoría del uso jurídico y su contenido y alcance. Se hace hincapié en el problema de adaptación de la norma desde el actual pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado, con especial referencia a los elementos culturales en la resolución del caso y lo que, a nuestro criterio, debe ser la implementación normativa del reenvío y la cláusula de excepción.

Se realiza un cotejo con las normas convencionales vigentes para la Argentina, a los efectos de determinar, junto a los antecedentes jurisprudenciales y doctrinales, el contenido y alcance de la teoría, desde su origen hasta lo que consideramos su formulación actual y proyectiva. Es allí donde ingresan los aspectos nucleares de la teoría general, que incluyen la jurisdicción internacional y la cooperación jurisdiccional internacional.

Consideramos que en el pluralismo metodológico del Derecho Internacional Privado es esencial tener en cuenta los elementos culturales para la resolución del caso; como se verá a lo largo del trabajo, existe una relación entre Derecho y cultura. A su vez, cada pueblo posee su propia cultura legal. La identidad cultural y la interpersonalidad hacen al respecto al elemento extranjero en la resolución del caso.

## II. Aplicación del Derecho Extranjero

Sobre la aplicación del Derecho Extranjero, reza el art. 2595 del Código Civil y Comercial: “Cuando un derecho extranjero resulta aplicable: a) el juez establece su contenido, y está obligado a interpretarlo como lo harían los jueces del Estado al que ese Derecho pertenece, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada. Si el contenido del derecho extranjero no puede ser establecido se aplica el derecho argentino [...]”.

Sobre la literalidad, en primer lugar pensamos que la norma viene a establecer el principio de oficiosidad, que tanto debate tuvo en el Derecho Internacional Privado Argentino, a raíz del antiguo art. 13 del Código Civil derogado<sup>2</sup>.

Es cierto que de una primera lectura podría pensarse lo contrario, pero creemos que al decir: “[...] sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia de la ley invocada”, implica que el juez está obligado a acceder de oficio para establecer su contenido como primer pauta general y las partes pueden hacerlo. Podría haberse redactado mejor.

Otro aspecto poco feliz de la redacción es que habla de “interpretar” y no de “aplicar” los criterios de interpretación y hermenéutica que se encuentran en los arts. 1° y 2° del Código.

### ***A. El inciso a) del art. 2595, ¿establece la teoría del uso jurídico?***

Si vamos a los fundamentos de la norma, específicamente sobre la aplicación del Derecho Extranjero nada se dice<sup>3</sup>. Sí se mencionan, entre los antecedentes nacionales: “Se han tenido presentes las soluciones jurisprudenciales y las reflexiones de la autorizada doctrina que enriquecen día a día la materia; también, y muy especialmente, el Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado de 2003, pues en buena parte recoge las reformas anteriores, sin obviar el Proyecto Goldschmidt de Código de Derecho Internacional Privado<sup>4</sup>, el Proyecto de Reformas al Código Civil (Comisión Decreto N° 468/1992) y el Anteproyecto de reformas a la Ley N° 19.550 de Sociedades Comerciales de 2005, entre otros valiosos esfuerzos”.

El Libro VIII del Proyecto 2000, tanto en su texto como en la fundamentación, claramente hace referencia a la teoría del uso jurídico aludiendo específicamente a la teoría tridimensional del Derecho en sus aspectos sociológicos, normológicos y dikelógicos.

2 Sobre las diferentes interpretaciones, doctrinas y jurisprudencia que se dieron a lo largo de la historia puede verse nuestro trabajo: (2012). “Aplicación procesal del Derecho Extranjero, con especial referencia a las posturas jurisprudenciales actuales en el Derecho Argentino”. En *Derecho Procesal Transnacional - Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa*. Buenos Aires. Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Oyarzábal, M. J.A. (coord.), 317-341.

3 (2012). “Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación - Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional N° 884/2012”. Buenos Aires. Ed. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 740 págs., 727.

4 Aprobado el 2 de diciembre de 1974 por la mayoría de la Comisión creada por la Res. N° 425/1974 del Ministro de Justicia de la Nación, y publicado en la *Gaceta del Notariado*, Rosario, N° 65, 1975, 93 a 126.

## ***B. Normas convencionales similares vigentes para la República Argentina***

Respecto de la aplicación del Derecho Extranjero tenemos, por una parte, la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado<sup>5</sup>, que en su art. 2º dice: “Los jueces y autoridades de los Estados parte estarán obligados a aplicar el Derecho Extranjero tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar y probar la existencia y contenido de la ley extranjera invocada”.

En la redacción de la norma participó activamente Werner Goldschmidt<sup>6</sup> y, específicamente, dice: “El artículo 2º sanciona, en segundo término, la teoría del uso jurídico y el principio de la tolerancia al proclamar que aplicar Derecho Extranjero significa aplicarlo ‘tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resulte aplicable’”<sup>7</sup>.

Postura que parecería no unánime, cuando por ejemplo Maekelt nos dice: “La fórmula de aplicación del Derecho Extranjero establecida ‘[...] tal como lo harían los jueces del Estado cuyo derecho resultare aplicable’, permite considerar que, además del texto legal, el juez del foro debe tener presente todos los elementos que serían empleados por el juez cuyo derecho se trata de aplicar. La interpretación de la norma jurídica extranjera, por tanto, debe realizarse en el contexto del sistema jurídico al cual pertenece”<sup>8</sup> y en referencia específica al citado artículo de Goldschmidt, en el pie de página nº 445, dice: “W. Goldschmidt considera que la fórmula de la convención recepta la teoría del uso jurídico, de acuerdo a la cual puede aplicarse al reenvío cuando tal aplicación se encuentra ‘encapsulada en la solución fáctica extranjera’ [...]”<sup>9</sup>.

Es cierto que por falta de un consenso la CIDIP sobre Normas Generales no reguló la problemática de las calificaciones y del reenvío<sup>10</sup> pero sobre

5 Celebrada en Montevideo el 8 de mayo de 1979, se encuentra vigente para la Argentina, por Ley Nº 22.921, desde el 31 de diciembre de 1983.

6 Goldschmidt, W. (1980). “Normas generales de la CIDIP - II. Hacia una teoría general del Derecho Internacional Privado Interamericano”. *Actas y documentos*. Segunda conferencia especializada interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP - II). Washington D.C. Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, Vol. III, 141 a 155, esp. 149.

7 *Ibidem*, 151. Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado - Derecho de la tolerancia basado en la Teoría Trialista del Mundo Jurídico*. 8ª edición, 1ª reimp. Buenos Aires. Depalma, 229.

8 Maekelt, T. B. de. (1984). *Normas generales de Derecho Internacional Privado en América*. Caracas. Universidad Central de Venezuela – Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, 155.

9 *Ídem*.

10 Ello se detalla en el informe explicativo. Ver: *Actas y documentos...* Ob. cit., 145.

el punto nos parece que Maekelt<sup>11</sup> no toma en consideración que Goldschmidt no solamente refiere al uso jurídico respecto del reenvío.

Desde otro sector de la doctrina, en cuanto autores que no siguen la teoría tridimensional del Derecho, tenemos a Boggiano que, por un lado, cita a Goldschmidt en su obra de 1935, sobre la “Consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado” y a Wengler, en su cercana posición al uso jurídico<sup>12</sup>, y dentro del marco del art. 2º de la CIDIP II sobre Normas Generales dice: “La imitación de la probable sentencia requiere tomar en cuenta todas las disposiciones que él tomaría. Así, el juez argentino deberá considerar la constitucionalidad de una norma extranjera según lo haría el juez foráneo. Debe seguir sus reglas interpretativas e integradoras. En suma: debe concretar la proyección del sistema jurídico extranjero sobre el objeto de remisión, esto es, sobre el tipo legal sujeto al Derecho Extranjero”<sup>13</sup>. Y en la imitación y el planteo del reenvío también sigue a Goldschmidt y toma en el uso jurídico la consideración y aplicación del Derecho Público Extranjero si el juez foráneo así lo hiciese, así como en las calificaciones.

Kaller de Orchanski, nos dice: “La solución propuesta rechaza la teoría del hecho y se enrola en la teoría jurídica que iguala en condición y tratamiento al Derecho propio y al Derecho Extranjero, pero contempla también las especiales circunstancias que rodean la aplicación de este último”<sup>14</sup>. Por un lado, parecería que rechaza el uso jurídico pero nos preguntamos en qué consisten las especiales circunstancias sino en el uso jurídico mismo.

Si retomamos los problemas que soluciona el uso jurídico, podemos decir que<sup>15</sup>: 1) Ante la pluralidad de ordenamientos se consulta al Derecho Interregional o al Transitorio. 2) Soluciona el problema de la raqueta en el reenvío. 3) Mediante la teoría del uso jurídico ningún obstáculo se opone a que el juez de la causa tenga en cuenta el Derecho de un Estado no reconocido o en guerra. Esto no es por el uso jurídico sino por no mezclar lo civil con lo internacional público y no hacer sufrir a las personas civiles los problemas entre Estados, y aparte es relativo respecto de las normas de policía contra ese Estado en guerra. 4) Si el juez extranjero fuese desconocido o de difícil acceso, el juez puede acudir a otro Derecho emparentado con el que debe “imitar”, puesto que la imitación de la probable sentencia del juez extranje-

11 Maekelt, T. B. de (1984). *Normas generales de Derecho Internacional...* Ob. cit., 176.

12 Boggiano, A. (1993). *Curso de Derecho Internacional Privado*. T. I. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 210.

13 *Ibidem*, 211.

14 Kaller de Orchanski, B. (1995). *Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires. Plus Ultra, 129.

15 *Ibidem*, 79 y 80.

ro admite grados. 5) En materia de interpretación del Derecho Extranjero, la teoría del uso jurídico sostiene que nuestros jueces deben someterse a la interpretación que los jueces extranjeros dan a su respectivo Derecho, aun en el supuesto de que sea idéntico al nuestro. 6) El Derecho Extranjero es un hecho notorio y, por lo tanto, entra en el plano de la oficiosidad.

### ***C. Contenido y alcance de la teoría del uso jurídico***

#### *1. Origen*

Como se dijo, la teoría del uso jurídico es de autoría de Goldschmidt<sup>16</sup>. Realizaremos una exposición de su versión original de 1935<sup>17</sup>.

Se parte de la base de que el Derecho Extranjero es un hecho sobre el que el juez nacional hace un juicio de probabilidad intentando imitar la sentencia extranjera<sup>18</sup>.

Dentro de la teoría general del Derecho Internacional Privado surge la pregunta: ¿qué significa la voz Derecho Extranjero? El Derecho Público parte del tipo legal de la norma y el Derecho Internacional Privado, de su consecuencia jurídica.

Estamos ante un caso de Derecho Internacional Privado en el momento en que tenemos un elemento extranjero relevante, la teoría del uso jurídico resuelve el problema de adaptación de la norma cuando en la consecuencia por el elemento extranjero relevante un derecho foráneo resulta aplicable.

El Derecho Procesal Internacional es en esta concepción original una materia conexas, pero su autor avizoraba que poseería a futuro una profunda conexión con el derecho de fondo, de este modo: “Es un fenómeno jurídico de los pueblos jóvenes ver los problemas jurídicos de manera procesal. Representa un avance teórico y, por tanto, es un deber para los pueblos maduros separar rigurosamente el Derecho Material del Procesal. Creo que de esta separación resultan consecuencias interesantes para nuestro tema. Al fin hay que unir las dos ramas del Derecho. Pero todavía falta mucho para llegar a este resultado”<sup>19</sup>. Nosotros creemos que hoy ya se ha llegado a ese resultado.

Las bases conceptuales originales de la teoría del uso jurídico son las siguientes:

16 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado*. Barcelona. Bosch.

17 Goldschmidt, W. (1935). *La norma de colisión como base de la sistémica del Derecho Internacional Privado*. Madrid. Instituto de Estudios Internacionales y Económicos.

18 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 11.

19 *Ibidem* cita n° 10.

- Se parte no de qué Derecho ha de aplicarse<sup>20</sup> sino de qué decidiría el juez extranjero en este caso.
- Brinda una respuesta a la consecuencia jurídica de la norma, independientemente de la concepción nacionalista o internacionalista del Derecho Internacional Privado<sup>21</sup>.
- En el reenvío, cuando ocurre el problema de la raqueta, no se trata de dos legislaciones que se refieren la una a la otra, sino de dos legislaciones, de la cual cada una se refiere a la sentencia probable de que el juez del Estado extranjero y la solución a la problemática poseen su fundamento primario en no denegar justicia<sup>22</sup>.
- La relación entre el conflicto de calificaciones y el reenvío se da cuando ingresa la teoría del uso jurídico y nos lleva a la *lex civili causae*<sup>23</sup>.
- La formulación para distinguir la teoría del uso jurídico de otras posturas similares es que: “Como regla para la aplicación del Derecho Extranjero en el proceso Zitelmann estableció el principio: ‘el juez tiene que aplicar el Derecho Sustancial Extranjero como si fuera un juez del Estado extranjero’. Quiero oponer a este principio el siguiente: ‘el juez tiene que partir de la sentencia que un juez normal del Estado extranjero probablemente dictara’. Digo ‘partir’, porque esta sentencia probablemente forma solamente un elemento efectivo (aun cuando muy importante) en sus consideraciones, puesto que todavía ha de aplicar el Derecho Indígena a la solución del litigio”<sup>24</sup>.
- Ese Derecho Extranjero no se interpreta, sino que se acepta la probable sentencia<sup>25</sup>. A nuestro modo de ver, se acerca al principio de no revisión de fondo en el exequátur.
- La información de la jurisprudencia extranjera juega un rol fundamental<sup>26</sup>. En un plano ideal, desde tribunales especializados en Derecho Internacional Privado en cada país, el uso jurídico perfecto es enviar el expediente al juez del derecho que corresponde aplicar, éste falla y devuelve el expediente. Es decir que el primero examina y descarta los aspectos negativos de antecedente y consecuente, es decir, fraude y orden público; luego lo envía al juez del derecho para que realice un proyecto de sentencia, del que se hace un último

20 *Ibidem* cita n° 11.

21 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 21.

22 *Ibidem*, 46.

23 *Ibidem*, 55.

24 *Ibidem*, 66. Sobre uso jurídico: Soto, A. (2001). *Derecho Internacional Privado. La importación del Derecho Extranjero*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 38.

25 Goldschmidt, W. (1935). *La consecuencia jurídica de la norma...* Ob. cit., 92.

26 *Ibidem*, 93.

cotejo de fraude y orden público y es el primer juez el que dicta la sentencia. Si hay varios Derechos aplicables, se envía a cada juez correspondiente a cada derecho.

## 2. *Formulación actual*

En palabras de Goldschmidt, en su última formulación: “He aquí, pues, lo que se llama la teoría del uso jurídico; y su contenido puede formularse del siguiente modo: si se declara aplicable a una controversia un Derecho Extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el máximo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable; como punto de referencia, es preciso tomar al juez ante quien la controversia podría haberse radicado si realmente se hubiese planteado en aquel país”<sup>27</sup>.

Y desarrollado desde la teoría tridimensional en la óptica del autor, dice: “Desde el ángulo visual de la teoría tridimensional del mundo jurídico, podemos expresar los pensamientos referidos también de la siguiente manera: el mundo jurídico propio es tridimensional y comprende el orden de repartos, el ordenamiento normativo y la justicia. El mundo jurídico extranjero nos parece, al contrario, sólo unidimensional: no tenemos en consideración sino su orden de repartos, en el cual se halla la sociologización de su ordenamiento normativo; en cambio, eliminamos el aspecto de justicia. Sin embargo, no se debe olvidar que introducimos luego la justicia mediante el concepto de orden público como último control de Derecho Extranjero intolerable. Pero antes de movilizar el orden público averiguamos la probable solución del caso en la comunidad extranjera sometiéndonos a ella *tamquam* cadáver (con obediencia cadavérica)”<sup>28</sup>.

Uno de los principales discípulos de Goldschmidt es el iusfilósofo Ciuro Caldani<sup>29</sup>, que le ha dado desarrollo y progresión a toda la parte general del Derecho Internacional Privado desde la teoría tridimensional del Derecho, lo cual trasciende un mero tener en cuenta especiales circunstancias y

27 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 223.

28 *Ibidem*, 228.

29 Ciuro Caldani, M. Á. (1989). “Comprensión jusfilosófica del Derecho Extranjero en el Derecho Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 12, 27 y sigs. (1990). “Werner Goldschmidt y la consecuencia jurídica de la norma del Derecho Internacional Privado”. En *Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Social* N° 13, 36 y sigs. (1990). “El monólogo y el diálogo axiológicos y el Derecho Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 16, 15 y sigs. (1989). “La existencia del Derecho Procesal Internacional Privado”. En *Investigación y Docencia* N° 14, 27 y sigs. (1989). “Necesidad de tribunales especiales para los casos jusprivatistas internacionales”. En *Investigación y Docencia* N° 14, 53 y sigs.

connota una particular forma en que la sentencia probable debe realizarse, de este modo: “La misma dificultad para comprender a los elementos extranjeros que fundamenta las ‘reglas de conflictos’ está presente cuando se intenta producir auténtico Derecho Extranjero. Cuando las ‘reglas de conflictos’ remiten a un derecho extranjero hay que entender que disponen la imitación del equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar referido (teoría del uso jurídico) [...] La individualización del derecho extranjero conforme a la teoría del uso jurídico significa un marco de internacionalidad y de justicia referida a los particulares; en cambio, resolverla con criterios supletorios *fori* supone un retroceso a la preinternacionalidad y a la justicia legal y solucionar con criterios formales del Derecho Extranjero es relativamente afín a la cuasiinternacionalidad y también a la justicia legal. Sólo la teoría del uso jurídico desarrolla el espíritu de las ‘reglas de conflictos’”<sup>30</sup>. El Derecho Extranjero a imitar debe ser el equivalente axiológico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad se dictaría en el lugar asiento del caso<sup>31</sup>.

Veamos entonces cómo funciona cada dimensión en la tridimensionalidad en concreto. De esta forma: “Las normas funcionan a través de distintas etapas que se inician en la interpretación, pasan por la adaptación, la determinación y la elaboración y concluyen en la aplicación. La interpretación, la adaptación, la determinación y la aplicación tienen un desenvolvimiento fundamentalmente bidimensional normosociológico, en tanto que la elaboración abarca también la dimensión dikelógica. En el marco universal todas estas etapas adquieren características especiales”<sup>32</sup>; este aspecto general, cuando lo hacemos en la aplicación del Derecho Extranjero, ocurre que: “En los procesos de transmigración este tipo de determinación de base dikelógica significa el recurso a la justicia material al Derecho que en justicia se conecta con el caso y en Derecho Internacional Privado el empleo del equivalente dikelógico de la sentencia que con el máximo grado de probabilidad hubiera dictado el juez extranjero (formulación dikelógica de la teoría del uso jurídico)”<sup>33</sup>. Finalmente: “Los aspectos más dikelógicos están presentes en la teoría del uso jurídico que, al imitar la sentencia que con el máximo grado de probabilidad dictarían los jueces extranjeros –apartándose si es necesario de la normas legales extranjeras–, considera las diferencias entre los criterios de dichos pronunciamientos judiciales y los legislativos”<sup>34</sup>.

30 Ciuro Caldani, M. Á. (1979). *Aspectos axiológicos del Derecho Internacional Privado*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 49-50.

31 *Ibidem*, 56.

32 *Ibidem*, 74 y 75.

33 *Ibidem*, 77.

34 *Ibidem*, 78.

La aplicación del Derecho Extranjero comienza siendo tridimensional, porque decido que es justo imitar el Derecho Extranjero, basado en el respeto al elemento extranjero y he allí la dimensión dialéctica. Luego, al imitar en concreto dejo de preguntarme si es justo. Posteriormente, puedo descubrir en medio de ese proceso que existe una carencia dialéctica, pero ello pasa a ser un tema del juez local y de aspecto negativo de la consecuencia jurídica, es decir, de orden público.

El Derecho Extranjero es un Derecho que transpongo y esa transposición es la mejor imitación posible conjetural. Trato de hacer lo que el otro haría. Ahora, esa transposición no es mecánica, porque puede ser un despropósito hacer lo que haría el otro país. Cuando en la transposición se cambia el sentido aparece la necesaria adaptación.

En la Argentina, la teoría del uso jurídico no es una mera teorización sino que posee bases jurisprudenciales actuales<sup>35</sup>.

### 3. *Formulación proyectiva*

Debemos partir de la sentencia que dictaría el juez extranjero. Dictar sentencia no sólo es tener el Derecho Extranjero con su formulación legal, jurisprudencial y doctrinal, sino anclar hechos con Derecho.

Entonces, la operación es de transposición de un proceso.

Es decir que si asumimos al Derecho Internacional Privado desde una concepción tripartita, le sumamos al conflicto de derechos aplicables la ampliación de la noción desde la elaboración de la concepción normológica de la jurisdicción internacional y de transposición procesal<sup>36</sup>, como visión superadora e integradora del caso.

Y, a su vez, vemos la gravitación de la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados, de los cuales en los dos primeros nos encontramos con el Auxilio Jurisdiccional Internacional, abarcativo de las comunicaciones, información del Derecho Extranjero y de la producción de pruebas en el extranjero y el tercer grado, integrado por las Medidas Cautelares. Podemos pensar que la aplicación del Derecho Extranjero puede variar según como

<sup>35</sup> De este modo en el caso: “Menéndez, Enrique J. c/ Drago, Alejandro R. A.”. Dado por la CNCiv., Sala E, el 7 de agosto de 1979. Publicado en *ED*, Tomo 84, 460 a 463. También en el caso: “Conduros, Juan -Gogos Marine - s/ quiebra s/ incidente de apelación art. 250, CPCCN”. Dado por la CNCom., Sala D, el 13 de febrero de 1990. Alude también a la teoría del uso jurídico aunque no de forma directa el fallo: “Sabate Sas S.A. en: Covisan S.A. p/ conc. p/ verif. tardía”. Dado por la SCMendoza, Sala I, el 28 de abril de 2005, publicado en *ED*, Tomo 214, 372 a 388, con comentario de Soto, A. “Una sentencia en homenaje a los 70 años del uso jurídico”.

<sup>36</sup> Ciuro Caldani, M. Á. (1997). *Estudios de Filosofía del Derecho Internacional Privado*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 10.

se traigan los actos al proceso y ello depende de las leyes rituales; incluso, podemos estar ante un caso en el que no se aplicará el Derecho Extranjero, pero sí son necesarios actos procesales llevados a cabo en el extranjero.

Dentro de este marco nos plantaremos si para la correcta aplicación del Derecho Extranjero, puede ser necesario dejar de lado el imperio de la *lex fori* y dar acceso a leyes rituales extranjeras, para una solución tolerante y justa del caso.

Los hechos subyacentes del caso se reflejan en el expediente y, según estos se prueben, será la aplicación de la ley que el juez realice. Esto ya ha sido demostrado hace tiempo por James Goldschmidt<sup>37</sup>, al descubrir el derecho justicial material. Lo que queremos decir y demostrar es que los aspectos procesales pueden poseer en ciertos casos incidencia en la aplicación del Derecho Extranjero y la actual concepción del Derecho Internacional Privado, abarcativa del Derecho Procesal Internacional como uno de sus componentes esenciales, reclama la aplicación de la teoría del uso jurídico a los aspectos procesales.

Esto no implica confundir la aplicación sustancial del Derecho Extranjero, con su aplicación procesal. Sino que queremos decir que el juez, cuando busque la sentencia probable del juez extranjero, deberá también tener en cuenta los aspectos procesales que puedan tener influencia sobre él. Igualmente, si se tratase de aplicar Derecho argentino, con elementos procesales, especialmente probatorios, llevados adelante en el extranjero o viceversa, en el caso de pruebas en el país para ser remitidas al extranjero, deberá tenerse en cuenta, respetando el orden público procesal, como conjunto de principios, que poseen su núcleo duro en las garantías que debe reconocer un Estado de Derecho, que respeta las bases de la democracia, el uso jurídico, para que la sentencia pueda ser justa. Eso puede sin lugar a dudas implicar excepciones a la aplicación de la ley procesal del foro<sup>38</sup>.

El objeto del Derecho Internacional Privado, asumido como el caso con elementos extranjeros, se encuentra en el antecedente y el contenido de solución, en el consecuente. Lo que planteamos es que para la solución del caso concreto, el Derecho Procesal Internacional es un aspecto nuclear de la teoría general del Derecho Internacional Privado, es decir, que hace a su esencia<sup>39</sup>.

37 Goldschmidt, J. (1959). *Derecho justicial material*. Grossmann, C. (Trad.). Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa – América.

38 Ver nuestro trabajo: (2011). *Cooperación jurisdiccional internacional*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma.

39 No desconocemos doctrinas que parten de la teoría tripartita, pero opinan totalmente lo contrario, como por ejemplo: Calvo Caravaca, A. L.; Carrascosa González, J. (2012). *Derecho Internacional Privado*. 12ª ed. Vol. I. Madrid. Comares, 51.

También pensamos que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado, reclama al Derecho Público Extranjero, cuando el juez extranjero lo aplicase por sí para resolver el caso, con la única limitante del orden público del foro y a partir de la tolerancia con lo diferente<sup>40</sup>, en una sociedad donde el reconocimiento y respeto de lo multicultural<sup>41</sup> deben equilibrarse con la globalización.

### III. Métodos

La finalidad del Derecho Internacional Privado no se limita a indicar cuál es el derecho aplicable a un determinado caso con elementos extranjeros, sino a dar una solución justa del caso, es por ello que no se limita al método de la histórica norma indirecta, sino a una pluralidad de métodos.

El histórico método del Derecho Internacional Privado ha sido indirecto, mediante la norma indirecta sobre la que ya nos hemos exployado.

Como superación de las teorías estatutarias que se han visto en el capítulo referente a la historia, surge Savigny con un método analítico basado en la analogía con el Derecho Privado al Derecho Internacional Privado en las categorías de la capacidad jurídica, capacidad de obrar, forma del negocio, requisitos de validez intrínseca, efectos y cada parte de relaciones jurídicas en particular, personales y patrimoniales.

Pero este método es propio del legislador y no alcanza para la solución concreta del caso y de allí el método sintético judicial<sup>42</sup>.

Pero a su vez, a la hora de resolver el problema de adaptación de la norma nos encontramos con situaciones donde la aplicación material de los Derechos elegidos, cuando ello puede conducir a una contradicción lógica, es una solución de equidad para la justicia del caso concreto.

Por ello se pasó a un pluralismo metodológico, de mayor flexibilidad para la justicia del caso concreto<sup>43</sup>.

La cuestión de los métodos la aborda el art. 2595, inc. c), del Código Civil y Comercial, en una redacción al menos ambigua. Por un lado, parecería referir a la cuestión previa, que más arriba hemos tratado, porque habla de “diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso”, no creemos

40 Mills, A. (2009). *The confluence of Public and Private International Law*. Cambridge. Cambridge University Press, 14.

41 Jayme, E. (1999). *Multicultural society and Private Law - German Experiences*. Roma. Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero. Conferenze e Seminari, N° 33, 27 págs.

42 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 159.

43 Boggiano, A. (1993). *Curso de Derecho Internacional...* Ob. cit., 109.

que lo haga a nuestro criterio; la referencia es a cuestiones conexas y no a aquellas donde una es condición de la otra.

Pensamos que si el legislador hubiese querido regular la cuestión previa lo habría hecho de forma expresa y apartada, como lo hacían los proyectos que le sirven de antecedente, debiendo tenerse en cuenta que tampoco nada dice sobre la jerarquización o la equivalencia.

A nuestro criterio sí es claro el tratamiento del método analítico analógico en cuanto diversos derechos aplicables a una misma situación jurídica y la síntesis judicial, no solamente desde el método sintético judicial, sino desde un pluralismo metodológico<sup>44</sup>.

El inc. c) del art. 2595 dice: “[...] si diversos derechos son aplicables a diferentes aspectos de una misma situación jurídica o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso, esos derechos deben ser armonizados, procurando realizar las adaptaciones necesarias para respetar las finalidades perseguidas por cada uno de ellos”.

Esto es una referencia directa al método analítico analógico y a la síntesis judicial o método sintético judicial.

Puede parecer que cuando dice: “[...] o a diversas relaciones jurídicas comprendidas en un mismo caso” hace referencia a la cuestión previa. A nuestro criterio, no lo hace y la referencia es a cuestiones concomitantes, dentro de un mismo caso. En la concomitancia no se da la relación de condicionalidad de una cuestión sobre la otra.

El método directo se da por normas materiales, como las que ordenan aplicar el derecho propio a los derechos reales, o las de policía o imperativas. El foro de necesidad ha sido incorporado en el art. 2602 del Código Civil y Comercial, así como la cláusula de excepción como solución de adaptación en el art. 2597 del mencionado Código.

#### IV. Reenvío

Esta institución del Derecho Internacional Privado no había sido regulada por Vélez Sarsfield, dada la sencilla razón de que al momento del dictado del Código Civil y su entrada en vigencia en 1871 no había sido descubierta<sup>45</sup>.

44 Batiffol, H. (1973). *Le pluralisme des méthodes en droit international privé*. Recueil des Cours. Vol. 139. Gaudemet-Tallon, H. (2000). *Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel)*. Cours général. Recueil des Cours. Vol. 312. Gannagé, L. (2011). *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures*. Vol. 357.

45 El problema surgirá a partir del caso “Forgo” en 1878. Ancel, B.; Lequette, I. (2006).

El reenvío consiste en concebir que la remisión de la norma indirecta en la consecuencia jurídica es a la totalidad del ordenamiento jurídico extranjero, lo que incluye sus normas de Derecho Internacional Privado; en esencia, es la concepción sobre la cantidad de Derecho Extranjero aplicable.

La razón de ser del reenvío es la coordinación de sistemas y armonización de soluciones<sup>46</sup>.

Por primera vez<sup>47</sup> en la legislación argentina se establece en el art. 2596 del Código Civil: “Cuando un Derecho Extranjero resulta aplicable a una relación jurídica también es aplicable el Derecho Internacional Privado de ese país. Si el *Derecho Extranjero aplicable reenvía al Derecho argentino*, resultan aplicables las normas del Derecho Interno argentino. Cuando, en una relación jurídica, las partes eligen el Derecho de un determinado país, se entiende elegido el Derecho Interno de ese Estado, excepto referencia expresa en contrario”.

El anciano debate sobre si la parte aplicable del Derecho Extranjero en cuanto su cantidad, es decir, si la indicación es sobre el Derecho Material Extranjero o el Derecho tomado de modo sistémico, lo que incluye al Derecho Internacional Privado Extranjero, ha quedado zanjado para el Derecho argentino, con el art. 2596 del Código Civil y Comercial. Lo que queda ahora por establecer es su contenido y alcance.

---

*Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*. 5<sup>a</sup> ed. París. Dalloz, 60. Cass., Civ., 24 juin 1878 et Cass., Req., 22 fevr. 1882. Antecedentes anteriores al caso “Forgo” son descriptos por: Lewald, H. (1929). *La théorie du renvoi*. *Recueil des Cours*. Tomo 29. Philonenko, M. (1935). *La Théorie du renvoi en droit comparé*. París. Libr. Gén. de Droit & de Jurispr. Navarrete Barrueto, J. (1969). *El reenvío en el Derecho Internacional Privado*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas de Chile. Pardo, A. J. (1996). “El reenvío y el proyecto de modificación del Código Civil (Comisión Decreto N° 68/1992)”, *LL*, Tomo 1996-B, 1250 y sigs. El primer estudio científico sobre el reenvío lo realizó con ocasión de la publicación de la tercera sentencia del caso “Forgo” por Labbe, J. E. (1885). “Du conflit entre la loi nationale du juge saisi et une loi étrangère relativement a la détermination de la loi applicable a la cause”. *Journal du droit international*, 5-16.

46 Daví, A. (2010). *Le renvoi en droit international privé contemporain*. *Recueil des Cours*. Vol. 352, 174.

47 El Proyecto de Modificación del Código Civil, realizado por la Comisión creada por el Decreto N° 468/1992, establecía en el art. 5°: “Sin perjuicio de lo dispuesto en materias específicas, se tomarán en cuenta las normas de conflicto del Derecho Extranjero declarado aplicable, siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la norma de conflicto argentina. Si el Derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de Derecho Interno”. En esta redacción se utilizó como fuente el art. 4° de la ley alemana del 25 de junio de 1986. El proyecto de Kaller de Orchanski, B. - Uriondo de Martinoli, A. - Pallarés, B., “Proyecto de Código Civil Unificado con el de Comercio - Libro VIII – 2000”, establecía en el art. 2540: “Sin perjuicio de lo dispuesto en materias específicas, se deben tomar en cuenta las normas de conflicto del Derecho Extranjero declarado aplicable, siempre que ello no desvirtúe la finalidad de la norma de conflicto argentina. Si el Derecho de ese Estado reenvía al argentino, se aplicarán las normas argentinas de Derecho Interno”.

Hoy, para el Derecho argentino, el Derecho Extranjero es un todo sistémico donde el Derecho Internacional Privado es integral y parte del Derecho Extranjero.

La redacción es clara en la admisión del reenvío.

Los antecedentes jurisprudenciales argentinos al día de hoy son antiguos, escasos y tangenciales<sup>48</sup>. De todas formas, y a nuestro criterio, no quiere decir que el operador jurídico a la hora de resolver el caso de Derecho Internacional Privado debe realizar un recorrido sistémico por la norma donde ineludiblemente analiza el reenvío, aunque ello, lógicamente, no necesariamente se vuelque en la sentencia. En una comparación, todo penalista, cuando resuelve el caso, realiza un recorrido completo por la teoría del tipo, para luego centrarse en el o los elementos de solución.

### **A. Soluciones actuales**

Contra las posturas y legislaciones que niegan el reenvío<sup>49</sup> otras consideran que es una institución que posee la flexibilidad para cumplir una función de coordinación entre sistemas jurídicos y, por lo tanto, necesario.

En el caso del Derecho Anglosajón, para el reenvío de segundo grado, el modelo de coordinación que se propone es la *foreign court theory*<sup>50</sup> o teoría del tribunal extranjero.

Se parte de la base de que la referencia al Derecho Extranjero implica la necesidad de considerar a la totalidad del ordenamiento jurídico, lo que incluye las normas de Derecho Internacional Privado de la ley designada y comprende, por lo tanto, las reglas extranjeras concernientes al reenvío.

De ello se deriva que si la ley extranjera refiere a un tercer derecho, a éste debe acudir. En definitiva, se resuelve como lo hace el juez de la primera referencia.

48 Por un lado, está el caso “Larangueira”, dado por la Cám. Civ. 1ª de la Cap., el 12 de mayo de 1920, JA - IV, 253, en el que en una cuestión sucesoria se discutía un problema de jurisdicción, los herederos sostenían la aplicabilidad del Derecho Brasileño y fue considerado prematuro el planteo de la teoría del reenvío. Posteriormente, en “Estudios Espíndola c/ Bollati, Cristóbal J.”, dado por el Juz. de Paz N° 46, ED, Tomo 33, 26, se tuvo en consideración el Derecho Internacional Privado Chileno que enviaba a la ley argentina.

49 Se puede citar como ejemplo el art. 12 del Código Civil español: “1. La calificación para determinar la norma de conflicto aplicable se hará siempre con arreglo a la ley española. 2. La remisión al Derecho Extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española”.

50 Esta teoría posee su origen en el caso “Collier v. Rivaz”, dado por la Corte de Canterbury en 1841; Curteis, 855 y sigs. Para los orígenes y su actualidad en el mundo anglosajón puede verse: Nygh, P. E. (1995). *Conflict of laws in Australia*. 6ª ed. Sydney. Butterworths.

En sistemas de Derecho Continental como el nuestro, tanto el reenvío de segundo grado como el reenvío doble poseen ejemplos de tratamiento y admisión de soluciones en la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado<sup>51</sup>, entre otras, donde la remisión es en primer término a las reglas de Derecho Internacional Privado, comprendiendo las relativas al reenvío aplicadas por el tribunal extranjero.

Este es denominado reenvío - delegación. En Alemania, en casi la misma redacción que en el art. 2596 del Código Civil y Comercial, el reenvío está contemplado en el art. 4º del EGBGB - Ley introductoria al Código Civil. Es así que si la ley extranjera remite a la ley alemana, son de aplicación las normas sustantivas alemanas. En caso de autonomía de las partes, sólo se admiten las leyes sustantivas.

Y la primera referencia es a las normas de Derecho Internacional Privado, a los efectos de establecer el contenido real del sistema jurídico de la referencia extranjera<sup>52</sup>.

Uno de los riesgos que se marcan son las hipótesis de arribo de soluciones irreconciliables entre los ordenamientos jurídicos implicados, para ello existe la armonización y, llegado el caso, la cláusula de excepción, utilizando el principio de proximidad.

A su vez, este reenvío, llamado “reenvío delegación”<sup>53</sup>, tiene concordancia y coherencia también con las normas de policía de terceros Estados.

Una tercera teoría de solución es la del “uso jurídico”, a la cual en su análisis remitimos a lo dicho arriba.

El balance y la coincidencia fundamentales que se destacan de las tres teorías demuestran que en cualquiera de ellas debe hacerse lo que haría el juez de la primera referencia.

## ***B. Soluciones del Código Civil y Comercial***

La redacción normativa es clara en la admisión del reenvío simple en diferentes grados. La admisión del reenvío doble será algo que tendrá que resolver la jurisprudencia.

El rechazo del reenvío puede llevar a la aplicación de normas internas extranjeras no queridas por ese Derecho Internacional Privado Extranjero.

51 Establece en su art. 14 : “1.- Lorsque le droit applicable renvoie au droit suisse ou à un autre droit étranger, ce renvoi n’est pris en considération que si la présente loi le prévoit. 2.- En matière d’état civil, le renvoi de la loi étrangère au droit suisse est accepté”.

52 Daví, A. (2010). *Le renvoi en droit international...* Ob. cit., 233.

53 *Ibidem*, 234.

Creemos que en la interpretación cuando dice que resultan aplicables las normas del Derecho Interno Argentino de suyo queda excluido el Derecho Internacional Privado Argentino.

Si tomamos la opinión de Ciuro Caldani<sup>54</sup>, respecto de los proyectos legislativos anteriores, de muy similar redacción en cuanto base conceptual, tenemos que: “[...] no necesariamente la remisión de un derecho extranjero al derecho argentino debe traer consigo la aplicación de las normas argentinas de derecho interno, sino que se ha de imitar el reenvío según lo haría con el máximo grado de probabilidad el juez extranjero, obrando así en coincidencia con la disposición del art. 2535 (actual art. 2595, inc. a), consagrada de la teoría del uso jurídico”. Por lo que desde aquí se podría admitir el reenvío doble y en grados sucesivos<sup>55</sup>.

La autonomía de la voluntad otorga una solución directa desde lo decidido por las partes, lo cual puede incluir el reenvío o no.

Cuando la norma indirecta envía aplicar el Derecho Extranjero, la solución es acudir al Derecho Internacional Privado Extranjero y hacer lo que haría el juez de la primera referencia, imitando lo más cercana posible su solución.

## V. Cláusula de excepción

Esta norma es una novedad para el Derecho Internacional Privado argentino y establece, el art. 2597: “Excepcionalmente, el Derecho designado por una norma de conflicto no debe ser aplicado cuando, en razón del conjunto de las circunstancias de hecho del caso, resulta manifiesto que la situación tiene lazos poco relevantes con ese Derecho y, en cambio, presenta vínculos muy estrechos con el Derecho de otro Estado, cuya aplicación resulta previsible y bajo cuyas reglas la relación se ha establecido válidamente. Esta disposición no es aplicable cuando las partes han elegido el Derecho para el caso”<sup>56</sup>.

54 Ciuro Caldani, M. Á. Jornada sobre la Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial (convocada por las Comisiones de Legislación General de las Honorables Cámaras de Senadores y Diputados de la Nación), llevada a cabo en Rosario el 4 de agosto de 2000.

55 Un fundamento doctrinal lo encontramos en: Soto, A. M. (2001). *Derecho Internacional Privado*... Ob. cit., 128.

56 Entre las fuentes de esta norma señalamos: El art. 19 del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica. Recuperado de [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table\\_name=loi](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=fr&la=F&cn=2004071631&table_name=loi). Cuyas fuentes, a su vez, han sido el art. 15 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado. Recuperado de <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/index.html> y el art. 3082 del Libro X del Código Civil de Québec. Recuperado de <http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/>

Es también conocida como “cláusula de escape”, pero creemos que es una forma de nominarla que debemos desterrar. El gran problema del funcionamiento de esta norma será que los operadores jurídicos comprendan de manera profunda su primera palabra, “excepcionalmente”, y no intenten “escapar” del Derecho Internacional Privado<sup>57</sup>.

Además, se reitera en el art. 2653 referido a los contratos cuando dice: “Excepcionalmente, a pedido de parte, y tomando en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato, el juez está facultado para disponer la aplicación del Derecho del Estado con el cual la relación jurídica presente los vínculos más estrechos”.

A partir de las dos normas citadas, creemos que debe distinguirse cuándo se está en presencia de un contrato y cuándo no.

Por su especificidad, el art. 2653 desplaza a la norma general en lo que la cambia y lo primero es que dice “a pedido de parte”, por lo que en materia de contratos la cláusula de excepción no es aplicable de oficio.

Tampoco es aplicable si se ha ejercido autonomía de la voluntad, creemos que esto abarca tanto la autonomía propia como impropia.

La norma lo que permite es el desplazamiento del Derecho designado por el punto de contacto. Se debe dar un doble juego: por un lado, los lazos deben ser poco relevantes y, por el otro, los vínculos con el otro Derecho deben ser: a) Muy estrechos<sup>58</sup>. b) La aplicación resulta previsible. c) En esas reglas la relación se ha establecido válidamente.

Esta norma abre las puertas a la consideración formal del elemento cultural en el caso del Derecho Internacional Privado<sup>59</sup>.

---

telecharge.php?type=2&file=/CCQ\_1991/CCQ1991.html. Del mismo modo, es muy importante citar El Reglamento (Ce) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), presente en su art. 4.2.3. sobre Contratos en General.

57 Goldschmidt, W. (1958). “La autonomía del Derecho Internacional Privado”. En *JA*, Tomo 1958-II, abril-junio, Sec. Doctr., 146-50.

58 Lagarde, P. (1986). *Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain*. Recueil des Cours. Vol. 196.

59 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration: le droit privé postmoderne*. Recueil des Cours. Vol. 282. Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Acerca de la estructura cultural de la norma iusprivatista internacional clásica (Bases conceptuales para el análisis básico del Derecho Internacional Privado)”. En *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, N° 24, 33 a 41. Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique. Apport á une macro-histoire du droit*. París. Dalloz. Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual. Disputing systems in corss-cultural context*. New York. New York University Press. Gibson, J. L.; Caldeira, G. A. (2011). “The legal Cultures in Europe”. En Friedman, L. M.; Pérez Perdomo, R.; Gómez, M. A. (dirs.). *Law in many societies*. Stanford. Stanford University Press, 132-142, esp. 133. Batiffol, H. (1973). *Le pluralisme des méthodes en droit...* Ob. cit. Gaudemet-Tallon; H. (2005). *Le pluralisme en droit international...* Ob. cit.

## **A. Multiculturalidad y Derecho Internacional Privado**

El surgimiento de la internacionalidad se da entre fines de la Edad Media y principios de la Modernidad con la formación de los Estados modernos que derivaron en los Estados nación<sup>60</sup>. En este proceso la interestatalidad se basó en el respeto de la independencia de los Estados y las relaciones económicas, artísticas, científicas y religiosas<sup>61</sup>.

El nacimiento de la burguesía dio origen al desenvolvimiento del capitalismo y al desarrollo de la internacionalidad. Se necesitaban mercados fuera de las ciudades y ese poder que ostentaba el Sacro Imperio Romano Germánico y el Pontificado, así como los feudales en lo interno, en el siglo XVI se fue diluyendo, tal como era en la burguesía. Como explica Ciuro Caldani, las revoluciones inglesa, americana y francesa al Estado moderno lo “liberalizaron, lo democratizaron y lo nacionalizaron”<sup>62</sup>.

Esta internacionalidad nacida desde lo público para afirmar a los Estados comenzó a proyectarse en lo privado desde el siglo XVIII y en el siglo XIX marca un hito Savigny<sup>63</sup>.

Hoy, y se podría decir desde el final de la Segunda Guerra Mundial, ha irrumpido la posmodernidad<sup>64</sup>.

Ya hace tiempo señalaba Huntington: “Un mundo multicultural es inevitable porque un imperio planetario es imposible”<sup>65</sup>, para luego decir: “En un mundo de múltiples civilizaciones, la vía constructiva es renunciar al universalismo, aceptar la diversidad y buscar atributos comunes”<sup>66</sup>.

## **B. Aspectos generales de análisis cultural de la norma de Derecho Internacional Privado**

A la hora de realizar estudios sobre cultura y Derecho Internacional Privado, Jayme es un autor de referencia necesaria<sup>67</sup>.

60 Verdross, A. (1963). *Derecho Internacional Público*. 4ª ed. con la colaboración de Zemanek, K., trad., Truyol A. Madrid. Aguilar, 8 y sigs.

61 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Análisis cultural de la internacionalidad, la globalización y la integración”. En *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 24, 41-46, esp. 43.

62 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). *Estudios de Historia del Derecho*. Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 164.

63 Savigny, F. K. Von. (1879). *Sistema de Derecho Romano Actual*. T. VI. Madrid. Góngora. Mesía, J. (trad.).

64 Sánchez Lorenzo, S. A. (1994). “Posmodernismo y Derecho Internacional Privado”. En *Revista Española de Derecho Internacional*. Vol. XLVI – 1994. N° 2, jul.-dic., 557-585, esp. 558.

65 Huntington, S. P. (1995). *El choque de civilizaciones*. Buenos Aires - Barcelona - México. Paidós, 201.

66 *Ibidem*, 202.

67 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., 16.

Este profesor parte de la base de que los Estados tienden a la integración económica y que por cuestiones de identidad cultural, los pueblos que tienen una tradición común pretenden separarse de los grandes Estados de los que forman parte y ser naciones independientes.

Por un lado, está la voluntad de la integración económica y, por otro, el querer mantener la identidad cultural.

Este escenario es a nuestro criterio más propio de Europa que de Latinoamérica, donde la identidad cultural es más homogénea y la realidad económica hace más difícil la integración<sup>68</sup>.

Las dos primeras premisas de Jayme han cambiado. El mundo de 2000 es muy diferente en muchas cosas al que tenemos en la actualidad.

El Derecho Internacional Privado y la norma indirecta como aspecto nuclear de él siempre han estado ligados a análisis culturales. De hecho, la respuesta al caso internacional privatista necesita, por lo menos, en la elaboración y aplicación de la norma de su estudio<sup>69</sup>.

Quince años después de su artículo sobre posmodernidad Sánchez Lorenzo<sup>70</sup> nos dice: “El Derecho Internacional Privado ofrece un banco de pruebas excelente para medir el alcance real del pensamiento posmoderno, y, en particular, dos de sus postulados esenciales: el fin del mito universalista y la emancipación frente al Estado”.

### C. Derecho y cultura

Se puede afirmar que el Derecho forma parte de la cultura<sup>71</sup>. Podemos decir, junto a Sacco<sup>72</sup>: “*Dans le langage de l’anthropologue, le mot ‘culture’ ne*

68 Ciuro Caldani, M. Á., ha demarcado esto en diversas publicaciones, entre las que destacamos: (2004). “Comprensión Comparativa de la Historia Cultural de la Unión Europea y el Mercosur”. En *Puente@Europa*, año 2, N° 6, 8-10. (2004). “Bases culturales de la relación de la Unión Europea en el mundo actual, con especial referencia al Mercosur”. En *Derecho de la Integración*, N° 14, 23-33. (2002). “Bases filosóficas para el Derecho Internacional Privado de la integración interna y externa de la Argentina, con especial referencia al Mercosur”. En *Revista del Centro de Investigaciones en Filosofía Jurídica y Filosofía Social* N° 26, 77-86. (2001). “Problemática de la recepción del modelo comunitario europeo en el Mercosur”. En *Mercosur-Unión Europea*. Ruiz Díaz Labrano, R. (dir. y comp.). Asunción. Intercontinental-ECSA-AL, 243-254. (1997). “Derecho y cultura en el Mercosur”. En AA. VV. *Desafíos del Mercosur*. Buenos Aires. Ciudad Argentina, 61 y sigs.

69 Ciuro Caldani, M. Á. (2000). “Acerca de la estructura cultural de la norma iusprivatista...”. En ob. cit., 35.

70 Sánchez Lorenzo, S. (2010). “Estado Democrático, posmodernismo y el Derecho Internacional Privado” N° 10. Recuperado de <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/537>.

71 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., 35.

72 Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique...* Ob. cit., 3.

*désigne pas seulement le patrimoine des connaissances que possède chaque individu; c'est aussi l'ensemble des valeurs, traditions, coutumes, croyances et façons de penser qui caractérisent chaque communauté humaine. Un élément de la culture de l'homme est le droit, que l'homme met en action, connaît et exprime*".

La noción y el contenido del Derecho varían según las culturas; esto, proyectado al Derecho Internacional Privado, es el fundamento del estudio del Derecho Comparado.

El normativismo ha descartado todo aspecto sociológico que hoy la antropología rescata. El antropólogo aprende del jurista, confronta modelos de los cuales hoy los juristas, a criterio del citado autor francés, no prestan la debida atención<sup>73</sup>.

En mayor o menor medida toda cultura que entra en contacto con otra se fusiona en mayor o menor proporción<sup>74</sup>.

Y esto ha sido así también en América con las culturas de los pueblos originarios y es hoy así con la cultura estadounidense y anglosajona como dominante de los últimos tiempos.

No solamente desde las personas y el liberalismo, sino por ejemplo con la *lex mercatoria* y todas las reglas comerciales<sup>75</sup>.

#### **D. Cultura y cultura legal**

Existe una relación estrecha entre la cultura y la forma de resolver las controversias, así como entre la pluralidad legal y cultural<sup>76</sup>.

Los cambios procesales generan cambios culturales y, en lo transnacional, el proceso debe adaptarse a las diferentes culturas; esto lo vemos plasmado, por ejemplo, en las formas especiales que autorizan los Tratados sobre Derecho Procesal Internacional<sup>77</sup> y en la aplicación de la teoría del "uso jurídico" en materia procesal internacional<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>74</sup> *Ibidem*, 48.

<sup>75</sup> Giménez Corte, C. (2011). *Usos comerciales, costumbre jurídica y nueva lex mercatoria*. Buenos Aires. Ábaco de Rodolfo Depalma, 216.

<sup>76</sup> Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual. Disputing systems in corsss-cultural context*. New York. New York University Press, 2: "That so many different societies have found different solutions to the common human goal of handling disputes while maintaining a cohesive collective life argues for the study of disputing in cultural and social context".

<sup>77</sup> Puede verse nuestro trabajo: (2008). "Ley que rige el proceso en casos iusprivatistas internacionales". En Diario *La Ley*, año LXXII – N° 165 – 28-8-2008, 1-6, esp. 3.

<sup>78</sup> Puede verse nuestro trabajo: (2008). "La prueba en el proceso con elementos extranjeros". En *JA*, T. 2008 – IV, 20-38.

El Derecho opera cambios en los parámetros culturales. Chase lo denomina “cultural software”<sup>79</sup>. Visto desde la teoría tridimensional del Derecho es un reparto proyectado<sup>80</sup>.

A lo largo de la historia se ha comprobado esto con los procesos codificadores; por ejemplo, el Código Civil Francés y sus influencias en otras codificaciones, como la argentina<sup>81</sup>.

La manera en cómo se resuelve una disputa y su procedimiento tienen una influencia cultural en los valores que genera en una sociedad<sup>82</sup>.

En Argentina, los procesos interminables, con incidentes y chicanas, donde mentir no posee consecuencias, genera un inconsciente cultural del aquí no pasa nada y después de todo ir a juicio es lo mejor. La viveza y el fingimiento son características jurídicas, políticas y culturales de la Argentina<sup>83</sup>.

Si se quiere poner un ejemplo de otro extremo, valga esta cita sobre la cultura jurídica en Japón: “El nunca usar la ley, o ser requerido por la ley, es el deseo normal de cualquier japonés honorable. El seguir un procedimiento ante la Corte, aun cuando se haga en defensa de los propios intereses, se considera una cuestión vergonzosa. No existe, en síntesis, deseo alguno de relacionarse con la administración de justicia”<sup>84</sup>.

De forma positiva, instituciones como el *forum non conveniens* en el common law, o el foro de necesidad en el Derecho Continental, pueden ser utilizadas como facultad del juez ante razones culturales alegadas<sup>85</sup>. Y eso lo vemos plasmado en los arts. 2597 y 2595, inc. c), del Código Civil y Comercial.

Podemos entonces hablar de la cultura legal de un pueblo; junto a Gibson y Caldeira es factible decir que hay diferentes dimensiones de los

79 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 127.

80 Goldschmidt, W. (1996). *Introducción filosófica al Derecho. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes*. 6ª ed. Buenos Aires. Depalma, 11.

81 Ciuro Caldani, M. Á. (2004). “El bicentenario del Código Civil francés. (Una comparación entre la historia jurídica francesa y la historia jurídica argentina)”. En *JA*, T. 2004 – I, 948 a 956. Y del mismo autor: (2000). “Aportes para la comprensión jusfilosófica del Código Civil de Vélez Sarsfield. (Bases para su ‘análisis cultural’)”. *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, Homenaje a Dalmacio Vélez Sarsfield: bicentenario de su nacimiento (1800-2000). Vol. 4. Buenos Aires. Ediciones de la Academia, 327-341.

82 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 6.

83 Ciuro Caldani, M. Á. (2012). “Análisis jusfilosófico de la viveza y el fingimiento. (Con especial referencia a la cultura jurídica argentina)”. En *Bases del pensamiento jurídico*. Rosario. UNR Editora, 79 y sigs.

84 Villaseñor Rodríguez, F. (2004). “El Derecho en el lejano Oriente”. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association; select Works – october 2004*. Recuperado de [http://works.bepress.com/cgi/view\\_content.cgi?article=1001&context=fernando\\_villaseñor\\_rodriguez](http://works.bepress.com/cgi/view_content.cgi?article=1001&context=fernando_villaseñor_rodriguez).

85 Chase, O. G. (2005). *Law, cultural and ritual...* Ob. cit., 78.

valores legales en la cultura, de este modo: *“But exactly what sort of values are important within legal cultures? Here we distinguish among three sets of orientations: (1) Legal consciousness, which refers to specific attitudes toward legal issues and institutions; (2) legal cultural values, by which we mean more general values relevant to the legal system but not necessarily closely connected to it; and (3) more general cultural values, such as a preference for individualism versus collectivism, trust in people, and so forth”*<sup>86</sup>.

Se trata de poder analizar la resistencia o tolerancia al cambio en el Derecho, la percepción sobre la neutralidad de la ley y la valoración que se hace respecto de la prioridad en lo individual o lo colectivo.

Los autores arriba mencionados revelan que existen en Europa diferencias de actitudes entre ciudadanos de diferentes Estados, destacan que los niveles educativos poseen gran influencia en Europa sobre las actitudes ante el cumplimiento de la ley.

En Argentina creo que podemos decir que, por una parte, los niveles de educación influyen ante las actitudes de cumplimiento de la ley, pero a su vez es de público y notorio que la corrupción en niveles políticos y empresariales se da entre personas universitarias y/o de medio a alto nivel económico.

Aunque debemos destacarle a Gibson y Caldeira que esto también lo visualizan cuando demarcan que las consecuencias de la actitud cultural ante la ley poseen su replique en lo político.

### ***E. Multiculturalidad y soluciones de casos***

Si vemos el Derecho como fenómeno cultural, sin quitar por ello su intrínseca raíz natural, podemos decir, junto a Zweigert: *“Le fait que tout droit est un phénomène culturel et que les règles de droit ne peuvent jamais être considérées indépendamment du contexte historique, social, économique, psychologique et politique est confirmé avec une force particulière par les enquêtes de droit comparé”*<sup>87</sup>.

Todo buen sistema jurídico se adapta a la realidad social y el Derecho Comparado ayuda a ello, dado que busca soluciones idénticas para caminos diferentes, donde en definitiva la idea base de justicia es la misma<sup>88</sup>.

<sup>86</sup> Gibson, J. L. ; Caldeira, G. A. (2011). “The legal Cultures in Europe”. En ob. cit., 132 a 142, esp. 133.

<sup>87</sup> Zweigert, K. (1966). “Des solutions identiques par des voies différentes. (Quelques observations en matière de droit comparé)”. En *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 18, N° 1, 5-18, esp. 13.

<sup>88</sup> *Ibidem*, 17.

Los límites de la comunidad jurídica que Savigny había identificado y el método conflictualista han entrado en crisis y cambiado por una búsqueda neo estatutaria. Esta ruptura metodológica se encuentra en busca de nuevas soluciones y, en general, toda ruptura, al principio, posee tendencias regresivas<sup>89</sup>.

A su vez, existe una tendencia a un Derecho Internacional Privado de uso planetario, como La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 o la Convención de la Haya de 1980 sobre Restitución Internacional de Menores, del mismo modo que el avance y la estandarización de ámbitos en los que opera la *lex mercatoria*<sup>90</sup>.

Desde la realidad de la multiculturalidad hay autores que plantean una antropología legal que ayuda a resolver el caso<sup>91</sup>.

Se establece que los conocimientos antropológicos y culturales deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver el caso. Esto desde hace tiempo ha sido experimentado en los EE.UU. con los pueblos originarios y en U.K. con los inmigrantes sudasiáticos.

Se parte de la base de que el “discurso jurídico” del Estado posee desacuerdos con el “discurso” de la cultura o culturas que conviven dentro de ese sistema jurídico vigente.

Para ello se propone como solución que en este tipo de casos complejos existan “mediadores culturales” que con su experiencia puedan hacer defensa y justicia en el caso.

Para los latinoamericanos, se traduciría en que autoridades de las comunidades originarias o de colectivos de inmigrantes, como los chinos, en la actualidad, tengan derecho a que los asistan en el punto que estamos planteando.

Para los extranjeros esto está abierto en la asistencia consular, pero suele reducirse al plano de lo penal. En lo interno - intercultural podría asumir este rol la defensoría del pueblo convocando a las autoridades como *amicus curiae*, una figura que podría denominarse “defensor del elemento extranjero”.

En esta línea, en la experiencia comparada, este método nació para el Derecho Penal, pero en los últimos tiempos se viene utilizando en materia civil, porque la cultura es relevante como evidencia o prueba en todas las circunstancias del caso. Es así que tenemos a los musulmanes y los temas de menores en Europa y Estados Unidos, pueblos originarios, inmigrantes latinoamericanos, personas de las villas miseria, en Argentina, etc.

89 Muir Watt, H. (2001). “Les modèles familiaux à l’épreuve de la mondialisation. (Aspects de Droit International Privé)”. En Calvo Caravaca, A. L.; Iriarte Ángel, J. L. *Mundialización y Familia*. Madrid. Colex, 11-22, esp. 15.

90 Jiménez Corte, C. (2010). *Usos comerciales, costumbre jurídica y...* Ob. cit.

91 Holden, L. (2011). *Cultural expertise and litigation*. New York. Routledge.

La multiculturalidad se transforma en una suerte de elemento extranjero dentro de la nación y allí la respuesta de consideración de respeto se vuelve del respeto del elemento extranjero al elemento interpersonal<sup>92</sup>.

Se trata de poder realizar síntesis cuando las creencias individuales contravienen el Derecho tanto a nivel sustancial como procesal.

Requiere un trabajo interdisciplinario entre jueces y antropólogos, es una sociología legal. Se utiliza la cultura como argumento legal, sin “cosificar” la cultura.

Si esto no es tenido en cuenta se cae en el riesgo de asumir un panorama irreal a la hora de establecer la definición del conflicto de leyes.

Además de la cultura de la que la persona proviene, debe tenerse en cuenta la cultura en la que la persona quiere vivir y el grado de inculturación que posee por el tiempo en el extranjero u otras circunstancias. Como los casos de gitanos o paraguayos que poseen el guaraní como lengua materna y hace décadas que viven en la Argentina.

Esta postura va en la línea de un Derecho Internacional Privado interpersonal.

Sobre la experiencia cultural en el litigio, Holden<sup>93</sup> destaca la diferente realidad de los inmigrantes musulmanes en EE.UU., a contrario de U.K., Francia o Alemania. Son pocos y en general de clase media profesional, con lo cual se adaptan mejor. Sin embargo, hay barreras culturales; así, relata el caso de una mujer a la que su marido le planteó divorcio en EE.UU., con un hijo, y debía ser deportada. De la zona de la India de donde era la condición de divorciada, con un hijo, le hacía imposible que alguien le diera trabajo; este se pudo lograr introduciendo en la Corte un experto en Derecho Indio.

Otro ejemplo<sup>94</sup> es el del Reino Unido, que posee los Tribunales Británicos Musulmanes de Arbitraje; es como un regreso a praetor peregrino romano o, si se quiere mejor, a los tribunales especializados en Derecho Internacional Privado que tanto reclamaba Werner Goldschmidt<sup>95</sup>.

92 Ciuro Caldani, M. Á. (2010). “Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era. (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)”. En *Investigación y Docencia* N° 43, 21-35.

93 Holden, L. (2011). *Cultural expertise and litigation...* Ob. cit., 29.

94 *Ibidem*, 48.

95 Goldschmidt, W. (1958). “La autonomía del Derecho Internacional Privado”. En *JA*, Tomo 1958-II, abril-junio. Sec. Doctr., 146-50. Y del mismo autor: (1970) “¡Que se entregue a los especialistas la aplicación práctica del Derecho Internacional Privado!”. En *ED* Tomo 33 – 1970, 775-778.

## ***F. Identidad cultural e interpersonalidad en el Derecho Internacional Privado***

La cultura jurídica actual asigna un rol primordial a los derechos fundamentales del hombre, que han aproximado al Derecho Internacional Privado y el Derecho Internacional Público, así como a lo público y privado en el Derecho Interno<sup>96</sup>. Y la tendencia es a un monismo del Derecho.

Tal vez nosotros nos atrevemos a decir que todo es, en definitiva, un solo ordenamiento y ya no caben las distinciones tajantes entre Derecho Internacional Público y Derechos Internos. Todo es un gran sistema entre subsistemas estatales y regionales, comunes e integrados.

El Derecho Internacional Privado busca entre la diversidad de leyes de los Estados la solución justa para la comunidad internacional<sup>97</sup>.

Por un lado, está la norma de conflicto que predominó en el siglo XIX<sup>98</sup> y el principio de proximidad<sup>99</sup>, ambos métodos hoy se utilizan en simultáneo.

La tendencia del reconocimiento de la salvaguarda de la identidad cultural de la persona tiene repercusiones en el Derecho Internacional Privado<sup>100</sup>.

Por otro lado, se deja en un segundo plano a la nacionalidad como punto de contacto y se coloca en primer lugar la identidad cultural concreta de la persona; esto, a su vez, conduce a un nuevo modo de pesar los problemas interlocales o interregionales y, al mismo tiempo, lleva a conflictos interpersonales de leyes o a una interpersonalidad del Derecho Internacional Privado<sup>101</sup>. La nacionalidad se traslada al contacto de la comunidad a la que la persona pertenece dentro de esa nacionalidad.

En la Argentina se da recurrentemente el fenómeno de la doble nacionalidad, española o italiana, o la múltiple nacionalidad reconocida por otros Estados o por nuestra república. El principio de nacionalidad real y efectiva<sup>102</sup> es de proximidad cultural.

96 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 37. Rigaux, F. (1977). *Droit Public et Droit Privé dans les Relations Internationales*. Paris. Pedone. Mills, A. (2009). *The confluence of Public and Private...* Ob. cit., 206.

97 Kegel, G. (1982). *Derecho Internacional Privado*. Betancourt Rey, M. (trad.). Bogotá. Ediciones Rosaristas.

98 Gaudemet-Tallon, H. (2005). *Le pluralisme en droit international privé...* Ob. cit.

99 Lagarde, P. (1986). *Le principe de proximité dans le droit...* Ob. cit., 130.

100 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 171.

101 Ciuro Caldani, M. Á. "Aportes para la comprensión del Derecho Privado de una nueva era. (El Derecho Interpersonal como proyección del Derecho Internacional Privado - Contribuciones para la interdisciplinariedad interna del Derecho - Afirmación de una sociedad pluralista)". En *Investigación y Docencia* N° 43, 21-35.

102 Corte Internacional de Justicia. Caso: "Nottebohm (Liechtenstein c/ Guatemala)".

Existe una relación entre diversidad de leyes y cultura; en ocasiones responde al reconocimiento de minorías, otras veces la diversidad normativa no se identifica con la diversidad cultural, como sucedía con las dos alemanias.

El art. 149 de la Constitución española es un ejemplo de diversidad de leyes por diversidad cultural. La vecindad civil como punto de contacto es un modelo de reforzamiento de la unidad mediante el reconocimiento de culturas<sup>103</sup>.

Los conflictos interpersonales llevan en el caso de Latinoamérica a reconocer los derechos y las costumbres de los indígenas, es una especie de regreso a los estatutos personales, y un ejemplo lo tenemos en el Derecho Islámico, donde a los musulmanes se les aplica su Derecho Religioso que coincide muchas veces con los del Estado, y a los no musulmanes se les permite regirse por las leyes de su religión<sup>104</sup>.

Importante es citar, sin pretender hacerlo de forma exhaustiva en este trabajo, algunas Constituciones latinoamericanas, como la del Estado Plurinacional de Bolivia, cuando dice en su art. 1º: “Bolivia, libre, independiente, soberana, multiétnica y pluricultural, constituida en República unitaria, adopta para su gobierno la forma democrática representativa, fundada en la unidad y la solidaridad de todos los bolivianos”<sup>105</sup>.

En la Constitución venezolana<sup>106</sup>, desde su exposición de motivos a su texto, la cultura es mencionada en ochenta y cuatro oportunidades. Destacamos del preámbulo: “[...] Adicionalmente, se enfatiza el principio de igualdad de las culturas y el de la interculturalidad, y se destaca la promoción de las expresiones populares que conforman y modelan cada naturaleza autóctona regional, para luego constituir una entrecruzada sumatoria de creaciones que configuren el conjunto definitorio de la Nación”<sup>107</sup>.

La Constitución de Ecuador<sup>108</sup> nombra los Derechos Culturales y a la cultura y la pluriculturalidad ciento veintinueve veces a lo largo de su

---

Recuperado de <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lg&case=18&k=26&p3=0>.

103 Borrás Rodríguez, A. (1994). *Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International privé actuel*. Recueil des Cours. Vol. 249.

104 Tarabey, L. (2013). *Family law in Lebanon*. London. Tauris.

105 Recuperado de <http://www.uasb.edu.ec/padh/revista19/documentos/Constitucionbolivia.pdf>. Y destacamos el art. 7º, inc. e, cuando dice: “Toda persona tiene los siguientes derechos fundamentales, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio: e. A recibir instrucción y adquirir cultura”.

106 Recuperado de [http://www.ciemi.org.ve/pdf/constitucion\\_venezuela.pdf](http://www.ciemi.org.ve/pdf/constitucion_venezuela.pdf).

107 Destacamos el capítulo VIII dedicado a la defensa de los Derechos Indígenas con fuerte énfasis en la cultura.

108 Recuperado de [http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ecu_const.pdf).

texto. Destacamos que su preámbulo dice: “[...] apelando a la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad [...]”, y el art. 1º: “El Ecuador es un Estado constitucional de Derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”.

El artículo expresa que nadie puede ser discriminado por su identidad cultural.

En menor tenor en cuanto solamente habla de los pueblos originarios tenemos el art. 75, inc. 22, de la Constitución Argentina.

En materia de restitución de menores, el retorno a la residencia habitual de los menores sustraídos posee un alto componente cultural.

La pluralidad de culturas y el afán actual de su respeto le exigen al Derecho Internacional Privado una mayor pluralidad metodológica.

### *1. Teoría de las dos fases*

Para la aplicación del factor cultural en la resolución del caso, Erik Jayme desarrolla la teoría de las dos fases<sup>109</sup>. La primera fase es la solución del conflicto de leyes para la designación de la ley aplicable, la segunda fase concierne a la interpretación de la ley sustancial teniendo en cuenta la ley cultural.

El autor pone como ejemplo el caso del matrimonio de Heidelberg, de 1986, entre un alemán y una mujer de Camerún.

Al momento de casarse con la mujer de Camerún, estaba casado con otra de Kenia. Ese primer matrimonio fue disuelto posteriormente por divorcio en pronunciamiento de un tribunal alemán y la esposa del segundo matrimonio se instala en Alemania; cuando muere el esposo, el Ministerio Público alega la nulidad del segundo matrimonio por impedimento de bigamia.

El tribunal le reconoce el matrimonio dado el abuso de derecho sobre una mujer de Camerún, de una cultura diferente, y que en Alemania tiene pocos contactos con gente que no sea de su comunidad. Además, no hablaba alemán.

La fase cultural del método ha sido tener en cuenta la ley de Camerún.

109 Jayme, E. (2000). *Identité culturelle et intégration...* Ob. cit., nota 1, 245. Nos dice puntualmente el autor, en la pág. 263, sobre la concreción de la teoría de las dos fases: “*Si la règle des conflits conduit à la loi d’un Etat, le juge peut tenir compte dans le cadre de cette loi des normes d’un groupe ethnique ou religieux sur lesquelles les parties ont basé leurs actes juridiques ou leur comportement, si une telle prise en considération correspond à l’attente légitime des parties*”.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural<sup>110</sup>.

## 2. *Datum Theory*

Para la concretización del Derecho Extranjero aplicable Büchler propone la “Datum Theory”<sup>111</sup>. Aquí se tiene en cuenta la localización del elemento extranjero relevante con un criterio de relevancia moral, esto da significancia a la flexibilidad del Derecho Extranjero aplicable.

Estas aproximaciones no significan integración ni mosaico de normas y tampoco una connotación cultural pura, sola o perceptiva, sino que la remisión al Derecho Extranjero no debe ser solamente formal.

El pluralismo cultural genera un pluralismo legal, donde junto con el sistema jurídico oficial del Estado conviven sub-infra-sistemas legales de colectivos sociales. El sistema y los subsistemas interactúan entre sí. Actualmente en Argentina los vemos, desde antaño con los gitanos, desde siempre con el tribunal eclesiástico en la Iglesia Católica y desde hace poco con los inmigrantes chinos. Parecido es con los pueblos originarios en forma particularmente pronunciada en Chile.

No solamente los sistemas interactúan, sino que van adquiriendo identidad sociocultural; de este modo, dice Büchler: “*Legal pluralism is thus both an analytical framework and the cypher determinig the simultaneous fragmentation, pluralisation, superposition and fision of legal systems*”<sup>112</sup>.

La tensión está dada entre un orden legal centralizado por el Estado, o la apertura a un pluralismo legal basado en una antropología cultural, asentada sobre una multiplicidad de comunidades dentro del entramado social<sup>113</sup>.

En lo que hace al Derecho de Familia estaríamos hablando de “familia autorregulada”, donde cada colectivo o comunidad específica sigue el derecho de su tradición cultural. Un ensayo de esto se puede ver en la armonización entre la pluralidad de Derechos de Familia entre cada uno de los Estados Europeos y la armonización con el Derecho Comunitario.

110 *Ibidem*, 262.

111 Büchler, A. (2011). *Islamic Law in Europe? Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*. Surrey. Ashgate, 58.

112 *Ibidem*, 74.

113 Sacco, R. (2008). *Anthropologie juridique...* Ob. cit., 3.

Esto funcionó en la Colonias, en especial de Inglaterra, donde el Common Law trasplantado tuvo que convivir con el Derecho local que siguió como costumbre<sup>114</sup>.

Explica Büchler: “Resolving the cultura-versus-rights conundrum requires an approach combining cultural and individual autonomy in the private sphere. Protecting choice, promoting inclusion must be the goal, reconciling the protection of cultural identity and autonomy on the one hand with the advancement of social and legal inclusion on the other hand”<sup>115</sup>.

El límite de la autonomía se da dentro del marco de los DD.HH.<sup>116</sup>, tomados como lo más universal y luego de modo más flexible en los Derechos y Garantías consagrados en la CN<sup>117</sup>. Este marco es el que se toma como de convergencia de valores. Y, a su vez, las Convenciones de Derechos Humanos reconocen el derecho a la diversidad cultural y su promoción dando al mismo tiempo un límite sobre los derechos individuales y otros derechos colectivos.

La contractualización del Derecho de Familia es una expresión posmoderna del individualismo y del actual Derecho Occidental.

### 3. Teoría del uso jurídico

A nuestro criterio, todo lo que se ha desarrollado en los últimos años sobre esta temática es compatible con la teoría del uso jurídico<sup>118</sup>. El tener en cuenta el elemento cultural es parte del máximo respeto al elemento extranjero como primer valor de justicia en el Derecho Internacional Privado<sup>119</sup>.

De hecho, nos dice Goldschmidt que en la exposición de la teoría del uso jurídico se hace referencia a lo cultural<sup>120</sup>.

114 Casal, P. M. (1996). *Sistemas Legales Contemporáneos*. Buenos Aires. Editorial de Belgrano, 132 y sigs.

115 Büchler, A. (2011). *Islamic Law in Europe?...* Ob. cit., 93.

116 Además del Pacto de San José de Costa Rica en el acervo normativo también deben ser incluidos el Protocolo sobre Derechos Civiles y Políticos de la ONU de 1966; la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989; consentimiento y edad para contraer matrimonio, 1962; discriminación contra la mujer, 1979; carta social europea, 1961, y Pactos de Derechos Civiles y Políticos dentro de OEA.

117 En particular, los arts. 14, 20, 75 inc. 17 y 125.

118 Goldschmidt, W. (1997). *Derecho Internacional Privado...* Ob. cit., 229.

119 Goldschmidt, W. (1985). “Gestación, quintaesencia y recepción de la teoría del uso jurídico extranjero”. En *LL Tomo 1985 – E*, 716 a 22.

120 Goldschmidt, W. (1996). *Introducción filosófica...* Ob. cit., 607.

La antropología jurídica rescata el aspecto sociológico del caso. El elemento cultural es parte necesaria de la imitación del Derecho Extranjero y de la resolución del problema de adaptación de la norma.

## VI. Conclusiones

El Derecho Internacional Privado en el Código Civil y Comercial es un gran avance legislativo para la República Argentina, en una normativa moderna, completa, que responde a un consenso en lo doctrinario y jurisprudencial de lo anteriormente existente en la materia.

En cuanto al aspecto iusprivatista del caso, debemos ahora decir que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público Extranjero con la única limitante del orden público aplicado *a posteriori* y como conjunto de principios. Si asumimos el problema de la adaptación de la norma desde el uso jurídico, puede hablarse de una teoría del “envío pleno” al Derecho Extranjero y, a partir de allí, todo el ordenamiento extranjero debe ser tenido en cuenta y no sólo el Derecho Civil o una parte de él.

Entendemos que las normas jurídicas aplicables abarcan todo el Derecho Internacional Privado, de las cuales asumimos las normas generales, la competencia judicial internacional, la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados y las normas de la parte especial sobre la que el caso trate para darle solución.

La posibilidad de la aplicación del Derecho que presenta vínculos más estrechos abre la puerta a la multiculturalidad e interpersonalidad del Derecho.

Se puede decir que la jurisprudencia sigue las calificaciones desde la *lex civili fori* para los puntos de contacto y la *lex civili causae* a la hora del arribo al Derecho aplicable. En las situaciones donde por el método analítico analógico se enfrenta el caso a problemas de desintegración se acude al método sintético judicial. Creemos entonces que será ésta la línea doctrinal y jurisprudencial que primará en el nuevo Código Civil y Comercial.

En la cuestión previa, la equivalencia se plantea como la teoría más justa. Con la jerarquización con primacía del Derecho Internacional Privado se suele arribar a las mismas soluciones. Sin embargo, las teorías de la jerarquización en todas sus vertientes no poseen solución por el método sintético legislativo, por ser imposible conjeturarlas de antemano de modo genérico, pero poseen solución mediante el método sintético judicial.

En el análisis del literal a) del art. 2595 del Código Civil y Comercial, pensamos que la norma viene a establecer el principio de oficiosidad.

En la resolución del caso con elementos extranjeros, se produce la gravitación de la cooperación jurisdiccional internacional en sus tres grados, de

los cuales en los dos primeros nos encontramos con el Auxilio Jurisdiccional Internacional, abarcativo de las comunicaciones, información del Derecho Extranjero y de la producción de pruebas en el extranjero y el tercer grado está integrado por las medidas cautelares. Podemos pensar que la aplicación del Derecho Extranjero puede variar según como se traigan los actos al proceso y ello depende de las leyes rituales; incluso, podemos estar ante un caso en el que no se aplicará el Derecho Extranjero, pero sí son necesarios actos procesales llevados a cabo en el extranjero; por ello el juez, cuando busque la sentencia probable del juez extranjero, deberá también tener en cuenta los aspectos procesales que puedan tener influencia sobre él.

Pensamos que el uso jurídico como método de resolución de los conflictos de normas en el Derecho Internacional Privado reclama al Derecho Público Extranjero, cuando el juez extranjero lo aplicase por sí para resolver el caso, con la única limitante del orden público del foro y a partir de la tolerancia con lo diferente, en una sociedad donde el reconocimiento y respeto de lo multicultural deben equilibrarse con la globalización.

La cláusula de excepción debe ser tomada por los operadores jurídicos en la comprensión profunda de su primera palabra, “excepcionalmente”, y que no intenten “escapar” del Derecho Internacional Privado. Esta norma abre las puertas a la consideración formal del elemento cultural en el caso de Derecho Internacional Privado.

El Derecho Internacional Privado y la norma indirecta como aspecto nuclear de él siempre han estado ligados a análisis culturales. Los cambios procesales generan cambios culturales y, en lo transnacional, el proceso debe adaptarse a las diferentes culturas; esto lo vemos plasmado, por ejemplo, en las formas especiales que autorizan los Tratados sobre Derecho Procesal Internacional y en la aplicación de la teoría del “uso jurídico” en materia procesal internacional.

La esencia de la consideración del elemento cultural es que el Derecho Internacional Privado debe servir como instrumento para la salvaguarda de la paz, al ser un canal de comunicación intercultural. El elemento cultural es parte necesaria de la imitación del Derecho Extranjero y de la resolución del problema de adaptación de la norma.

## LA TÓPICA Y LA RECIPROCIDAD EN LOS CAMBIOS EN EL DERECHO PENAL

*Topic and Reciprocity in Changes in Criminal Law*

Juan Manuel Clérico<sup>1</sup>

Recibido: 4 de octubre de 2016  
Aprobado: 10 de octubre de 2016

**Resumen:** El texto aborda el problema del conocimiento científico en materia jurídico penal, cuyos enunciados, al aproximarse a la concreción y contingencia de la práctica, en general, y de los casos judiciales, en particular, pierden generalidad y necesidad, a la par que sus conclusiones disminuyen proporcionalmente en certeza y precisión. Propone el método dialéctico aristotélico como el idóneo para dicha materia, típicamente contingente y práctica, ordenada a la acción para dirigirla. Considera específicamente la tópica. Sugiere la especial consideración tópica del principio de reciprocidad en los cambios, tanto para el abordaje metodológico como para la argumentación y la fundamentación en torno al Derecho Penal.

**Palabras claves:** Derecho Penal - Metodología Jurídica - Tópica - Reciprocidad en los cambios - Retribución.

**Abstract:** The text addresses the problem of scientific knowledge in criminal law, which is when approaching the concreteness and contingency of practice, in general, and judicial cases, in particular, with a loss of generality and necessity, while their conclusions decrease proportionally in certainty and precision. It proposes the Aristotelian dialectical method as the ideal for this matter, typically contingent and practical, ordered to action

1 Abogado. Especialista en Derecho Penal por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires” y doctorando de la misma Facultad. Se ha desempeñado como profesor asistente de Introducción al Derecho, Formación del Pensamiento Jurídico y Político e Historia de la Cultura en la antedicha casa de estudios.

to direct it. It is specifically considered the topical. It suggests the special topical consideration of the principle of reciprocity in the changes, both for the methodological approach as for the argumentation and the foundation on the Criminal Law.

**Keywords:** Criminal Law - Legal Methodology - Topic - Requitall - Retribution.

Para citar este texto:

Clérico, J. M. (2017), “La tónica y la reciprocidad en los cambios en el Derecho Penal.”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 201-217.

## **I. Introducción: Necesidad de distinguir una metodología adecuada al Derecho Penal**

En todo el ámbito jurídico, pero especialmente para la materia penal, la razonable búsqueda de la verdad objetiva<sup>2</sup> y subjetiva<sup>3</sup> exige de un método específico. En efecto, la tradición realista clásica del pensamiento ha señalado siempre que:

- las ciencias<sup>4</sup> se especifican por sus respectivos objetos de conocimiento<sup>5</sup>;
- cada una de dichas ciencias tiene, como propiedad específica, su método correspondiente, que deriva del objeto de conocimiento de la misma y consiste, puntualmente, en los actos, operaciones y procedimientos destinados a buscar y, en la medida de lo posible, alcanzar el conocimiento perfecto<sup>6</sup> del objeto en cuestión, y

2 Sobre los hechos.

3 Es decir, sobre la imputación (no en el sentido, claro está, de que “cada sujeto tiene su propia verdad”). Vale aclarar, en tal sentido, que todo lo relativo a la imputación no se identifica estrictamente con los hechos pero, como éstos, también tiene que ser verdadero.

4 Y los saberes en general.

5 Cada objeto de conocimiento se puede dividir en material (aquella “materia” sobre la que versa) y formal (el especial enfoque o perspectiva desde la cual se aborda el objeto material de estudio). Será especialmente el objeto formal de cada ciencia el que la especifique. Muy someramente, a modo de ejemplo: para el caso del Derecho, su objeto material es la conducta humana (también objeto material de la ética), mientras que su objeto formal es lo debido –a otro– según una medida de justicia. Véase Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 356-369.

6 Dicho conocimiento perfecto, en el sentido indicado, incluye como notas principales la verdad, la precisión, la certeza y la pública verificabilidad.

- hay una ciencia o disciplina cuya función es aportar a todos los demás saberes los grandes métodos generales, comunes a todos los saberes: la lógica<sup>7</sup>.

Con plena conciencia e intención señalé que los actos, operaciones y procedimientos que constituyen el método de cada ciencia se ordenan a alcanzar el conocimiento *perfecto* de su objeto *en la medida de lo posible*. Es que ello será un ideal, siempre deseable y buscado pero muy difícil de lograr, fundamentalmente en razón de que, como bien advierte Félix Adolfo Lamas<sup>8</sup>: “Los saberes [...] nunca están definitivamente constituidos, sino que están siempre en continuo proceso de desarrollo”. Además, en las ciencias hay también “búsquedas o investigaciones a partir de problemas, verdades supuestas (hipótesis), teorías o tesis que se presentan como respuestas probables a los problemas propuestos”<sup>9</sup>.

A lo anterior cabría agregar que en las ciencias prácticas, y dentro de ellas, especialmente en el Derecho, la certeza, precisión y necesidad que caracterizan un conocimiento perfecto se verifican, sobre todo, en el orden de los principios<sup>10</sup> y en las definiciones, divisiones y conclusiones más generales implicados en los mismos. Sin embargo, al aproximarse a la concreción y contingencia de la práctica, en general, y de los casos judiciales, en particular, los enunciados prácticos científicos pierden generalidad y necesidad y, a la par, las conclusiones disminuyen proporcionalmente su certeza y precisión<sup>11</sup>. Éste es, precisamente, uno de los problemas centrales de los procesos penales, por lo cual todo lo primeramente referido resulta de especial relevancia.

En efecto, para la resolución de casos penales, se realizan búsquedas o investigaciones, y se trabaja fundamentalmente en base a los diversos problemas, verdades supuestas, hipótesis, teorías y/o tesis que se presentan como respuestas probables, tanto a las dudas y/o cuestiones implicadas,

7 Que, en su versión clásica, excede en mucho a la lógica formal, la cual es tan sólo una parte de la lógica en sí. En efecto, la lógica es la ciencia que juzga en general la validez o corrección de los conceptos, juicios y razonamientos humanos (las tres operaciones del entendimiento), pues todo conocimiento y pensamiento tiene como valor la verdad y tiende naturalmente a evitar el error. A ella le compete establecer los métodos generales que guíen y aseguren el camino del pensamiento a la verdad. Véanse Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. En *Revista Circa Humana Philosophia* del Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, número III, y Casaubón, J. (2006). *Nociones generales de lógica y filosofía*. Buenos Aires. Educa.

8 A quien intento seguir en materia epistemológica, en general, y con relación a lo antes apuntado de las ciencias y sus métodos, en particular.

9 Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 9-17.

10 Los enunciados directamente relacionados con sus fines.

11 Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 17.

como a los diversos planteos de las partes intervinientes: ¿Hubo un hecho tipificable como delito? ¿Cuándo, dónde, cómo? ¿Quién lo cometió? ¿El imputado “X” participó en la comisión del hecho delictivo? ¿Es responsable penalmente por lo que hizo? ¿Cabe imponerle una pena? ¿Cuál? ¿Qué pasa con la víctima? ¿Cómo puede intervenir en el proceso?

Vale recordar, en tal sentido, que los jueces –y, en general, el resto de los operadores judiciales intervinientes en cada caso– no tienen acceso directo a los hechos a los que refieren aquellas preguntas, sino que únicamente pueden obtener referencias al respecto en base a las pruebas y a las argumentaciones brindadas por las partes intervinientes. Lo cual de por sí implica una cierta disminución de certeza y precisión en el conocimiento, y pone en evidencia las mencionadas pérdidas de generalidad y necesidad de las conclusiones obtenidas (o de posible obtención).

Ahora bien, aquellas búsquedas o investigaciones basadas en problemas, verdades supuestas, hipótesis, teorías y/o tesis, que caracterizan de un modo especial a las ciencias prácticas<sup>12</sup>, también deberán guiadas por la lógica. Se trata de un momento metodológico, típicamente investigativo, de exploración, discusión, elaboración de hipótesis, experimentación e inducción, en el cual el núcleo de la lógica estará formado por la tópica, la retórica y la dialéctica aristotélicas<sup>13</sup>, y no la lógica meramente formal<sup>14</sup>. Tal momento metodológico se distingue del otro en el cual puede considerarse una verdad definitiva, donde se manifiesta una estructura rigurosamente deductiva y sistemática de la ciencia. Señala Lamas al respecto: “La Dialéctica [...] es la parte de la Lógica que regula el pensamiento que se mantiene como en

12 Y entre ellas, vale insistir, al Derecho.

13 Cabe aclarar que me baso en la tradición realista clásica del pensamiento. De ahí la referencia a la tópica, a la retórica y dialéctica *aristotélicas*, que son parte del rico patrimonio cultural de dicha tradición. Nótese, sin embargo, que son numerosos los pensadores que refieren a algún tipo de tópica y/o retórica y/o dialéctica –no aristotélicas– como núcleos centrales de la lógica inherente a la etapa investigativa de los saberes o de las ciencias, en general, y del Derecho, en particular. Entre ellos, cabe destacar a Theodor Viehweg, Chaïm Perelman, Karl Larenz, Karl Engisch, Juan Vallet de Goytisolo, Luis Recasens Siches y Francesco Carnelutti. Sobre éste tema, véase la valiosa (aunque todavía inédita) tesis doctoral, “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica” (aprobada en 2014), del profesor Miguel de Lezica, de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, así como también la antes citada obra conjunta dirigida y editada por Félix Adolfo Lamas, “La dialéctica clásica. La lógica de la investigación” (2008) y el también ya mencionado artículo de dicho autor, “Dialéctica y Derecho” (1998).

14 Caracterizada por desentenderse de la verdad o falsedad –material– de las premisas; o por ocuparse, en la tercera operación del entendimiento humano (raciocinio), solamente de la correcta disposición de los conceptos implicados, mas no de la verdad o no de la argumentación. Véase Casaubón, J. (2006). *Nociones generales de lógica y filosofía*. Ob. cit., 70.

movimiento en dirección a la verdad o que arriba a ésta sin *akríbeia*<sup>15</sup>. O, dicho en forma breve, de cuño aristotélico, es la Lógica de *lo probable*. El adjetivo ‘dialéctico’, a su vez, califica en general a todo pensamiento que no ha llegado o que no puede llegar a su punto de reposo y que constituye el objeto material de este tratado especial de la Lógica<sup>16</sup>.

Mal puede contribuir metodológicamente a una etapa investigativa aquella lógica formal, casi exclusivamente deductivista, que pretende ajustar a todos los saberes los esquemas de la física y de la matemática puestos de moda en los últimos tiempos<sup>17</sup>.

Nótese que las corrientes modernas del pensamiento, especialmente el racionalismo<sup>18</sup> y el empirismo<sup>19</sup>, en general:

15 Término griego cuyo significado contiene dos de las notas antes señaladas con relación al conocimiento perfecto: certeza y precisión. Véase Lamas, F. (Ed.). (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 15.

16 *Ibidem*, 17.

17 Para el caso del Derecho, el célebre profesor italiano Francesco Gentile, de la Universidad de Padua, denomina “geometría legal” a dicha actitud teórica. Véase Gentile, F. (2008). *Ordenamiento jurídico, entre virtualidad y realidad. ¿Control social y/o comunicación interpersonal?* Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino.

18 “El racionalismo gnoseológico, como doctrina, fue defendido especialmente por Descartes, Espinosa y la filosofía de la Ilustración (Leibniz, Wolff). La disgregación de la síntesis aristotélico-escolástica de alma y cuerpo [...] y la consiguiente separación entre conocimiento sensorial e intelectual, llevó a Descartes a la doctrina de las ideas innatas. Pero si los conceptos no debían obtenerse de la experiencia por abstracción e inducción, sino que en el fondo eran de la misma especie que las ideas creadoras de Dios, había de resultar posible con el auxilio de aquéllos un tratamiento apriorístico-deductivo de todas las ciencias. Esta concepción del racionalismo se vio corroborada por el ideal científico de la matemática, que por entonces cautivaba a los espíritus, según el cual todo conocimiento cierto es consecuencia necesaria de principios necesarios y a priori del entendimiento. Para el racionalismo, la única fuente del conocimiento humano es la razón. Las sensaciones no pasan de ser ideas confusas. La exageración del racionalismo suscitó la reacción contraria del empirismo inglés. Kant intentó tender un puente entre estas posiciones antagónicas, pero no lo logró de manera completa, porque las formas subjetivas y conceptos del entendimiento son extraños y exteriores a la materia de las sensaciones moldeadas por ellos”. Véase Brugger, W. (1983). *Diccionario de Filosofía*. Barcelona. Herder, 461-462; los destacados con itálica me pertenecen.

19 “Corriente filosófica que considera la experiencia como única fuente del conocimiento [...] olvida que la experiencia sólo es posible bajo el supuesto de condiciones no experimentales [...] se propone de modo especial explicar los conceptos y juicios universales mediante la pura experiencia. Indudablemente ‘todo nuestro conocimiento empieza con la experiencia’ y está por ella condicionado de alguna manera. Pero la limitación de nuestros conocimientos al dominio de la mera experiencia no puede sostenerse. Ni siquiera el principio ‘todo conocimiento procedente de la experiencia es verdadero’ puede derivarse de la experiencia; y mucho menos el axioma del empirismo: ‘sólo la experiencia garantiza un conocimiento verdadero’. El empirismo debe renunciar también a explicar los conceptos universales. Las representaciones sensoriales comunes o esquemas no bastan para explicarlos, porque no cabe predicarlos en sentido idéntico de muchos objetos reales [...] El empirismo intenta fundamentar la validez de los juicios

- niegan la antes aludida distinción de dos momentos metodológicos y, por ello, dejan de lado o menosprecian la dialéctica y la tópica (es decir, la lógica del momento metodológico investigativo);
- en línea con lo anterior, reducen metodológicamente las ciencias, a las que sólo consideran enmarcadas en un modelo matematizante;
- intentan explicar todo de modo deductivo, rígidamente necesarista y sistemático, en razón de lo cual, unas veces implícita y otras explícitamente, descalifican todo tipo de inducción como método científico, y
- recaen en un marcado –e inevitable– subjetivismo y, en definitiva, en relativismo.

Adviértase, además, que todo lo anterior se aplica también al positivismo jurídico y a las corrientes analíticas, continuadoras actuales de los mentados racionalismo y empirismo, y típicas exponentes de la denominada “geometría legal”<sup>20</sup>.

Específicamente con relación a casos penales, es necesario tener en cuenta que:

- la realidad jurídica –en la que se insertan– es razonable, pero también problemática y compleja<sup>21</sup>;
- es posible alcanzar certezas, pero ellas serán precarias<sup>22</sup>;
- la verdad buscada, en tanto verdad, será completa y perfecta, pero para los operadores jurídicos se expresará u ocultará –según cada caso– mediante signos jurídicos, limitados y parciales, entre los cuales se destacan la prueba y los argumentos de las partes intervinientes<sup>23</sup>, y
- por todo lo anterior, los juicios que se puedan emitir serán sólo probables o verosímiles, nunca apodícticos<sup>24</sup>.

Por ello, vale insistir, resulta claro que, para los casos penales, los actos, operaciones y procedimientos que constituyan el método a seguir deberán

---

universales mediante la inducción. Mas la inducción tiene supuestos (la ley de uniformidad de la naturaleza) que no pueden ser fundamentados por la mera experiencia”. Véase Brugger, W. (1983). *Diccionario de Filosofía*. Ob. cit., 191-192.

20 Lamas, F. (2008). *La dialéctica clásica. La lógica de la investigación*. Ob. cit., 19-20.

21 Se compone de numerosos factores y elementos, y variadas circunstancias.

22 Tanto por la complejidad de aquello por conocer (hechos pasados no percibidos directamente) como por las limitaciones (cognitivas, circunstanciales, etc.) de quienes conocen.

23 También son signos jurídicos el lenguaje legal y técnico, las formalidades procesales y los indicios, entre otros.

24 “Incondicionalmente ciertos, necesariamente válidos”, según la definición de la Real Academia Española recuperada del sitio [www.rae.es](http://www.rae.es).

adaptarse a esta materia, típicamente contingente y práctica –ordenada a la acción para dirigirla–. Además, con relación al *pensamiento práctico*, cabe tener presente que:

- sus principios son, principalmente, los fines y, secundariamente, aquellos enunciados que constituyen ordenación racional a fines (normas); ergo, sus enunciados son, principalmente, estimativos y normativos, o bien enunciados de hechos o estados de cosas respecto de los cuales se concluye en una valoración o un juicio normativo particular, y
- depende de la búsqueda de principios o premisas de la argumentación, mediante la exploración de los *lugares (topoi)* comunes o particulares correspondientes al asunto u objeto. Así, por ejemplo, en el discurso deliberativo que precede y justifica racionalmente una decisión prudencial (v. gr., en una sentencia judicial, en una resolución administrativa o en un acto de legislación o reglamentación), deben juzgarse (prácticamente), confrontarse y ponderarse diversos medios, de modo que la estimación de medios se perfecciona en un *juicio de preferencia*.

Es claro, pues, que la argumentación es necesaria en la vida del Derecho y que, en asuntos jurídicos, debe asegurarse el camino hacia la verdad, que habilite para la obtención de conclusiones válidas, que evite contradecirse al argumentar y que permita defender la corrección de la posición propia a la vez que refutar la del adversario o contradictor. El método idóneo para ello, según Aristóteles, es precisamente el dialéctico<sup>25</sup>.

## II. Adopción del método tópico clásico

Como adelanté, para el momento metodológico que caracteriza los casos penales, típicamente investigativo, de exploración, discusión, elaboración de hipótesis, experimentación e inducción, el núcleo de la lógica adecuada estará compuesto por la tópica, la retórica y la dialéctica aristotélicas.

De la dialéctica ya hice una somera descripción que, para los fines de este trabajo, momentáneamente es suficiente. De la retórica, por su parte, para no extenderme en demasía, me limitaré a recordar que es una dialéctica que tiene por finalidad hacer posible la persuasión de la verdad<sup>26</sup>. Tiene

<sup>25</sup> Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.

<sup>26</sup> “[...] las exigencias enunciadas por Platón en el *Fedro* consistían en señalar, ante todo, que sólo son verdaderos *discursos* los discursos que son *verdaderos*; y, después, que tal

su especificidad con relación a la dialéctica, en tanto, además de instrumentos lógicos generales (los de la dialéctica), usa instrumentos específicos, que vinculan el discurso con las disposiciones del orador y del oyente (orientaciones, inclinaciones, afectivas, sociales, pasionales, económicas, políticas, morales, profesionales), y con el tema y el momento del discurso. Todo, vale insistir, con la específica finalidad de modificar o rectificar<sup>27</sup> la conducta humana concreta. Tal y como lo hacen<sup>28</sup>, consciente o inconscientemente, las partes<sup>29</sup> en un proceso penal, por ejemplo.

Cabe, ahora sí, una consideración especial respecto de la tópica. Tal<sup>30</sup> es el título con que se conoce uno de los tratados concebidos por Aristóteles como una parte de la lógica.

Una primera aproximación semántica permite señalar que “topos”, en griego, significa lugar y que “tópico” es un adjetivo, que quiere decir “relativo a lugar”. En tal sentido, explica Lamas: “La *Tópica* [...] es la principal obra en la que *Aristóteles* trata la dialéctica. Su nombre hace referencia a los *tópoi* o *lugares* de la argumentación dialéctica, es decir, a los principios de los que procede esta clase de razonamientos [...] la *Tópica* examina los ‘lugares’ a partir de los cuales razonar en materia probable [...] Ahora bien, para asegurar la validez lógica de un razonamiento o de un silogismo [...] es necesario averiguar cómo se obtienen las premisas que operan como sus principios. Para ser breves, podemos decir que hay cuatro fuentes: 1º la percepción y experiencia, 2º la inducción, 3º la deducción, 4º los ‘lugares’ (*tópoi*) o ‘tópicos’ que contienen una creencia, una opinión o incluso un saber objetivamente científico ya constituidos (y cuyo origen, en definitiva, se re-

---

requisito se cumple únicamente cuando los discursos remiten a un adecuado plano de *referencia ontológica*, es decir, no a las opiniones o a las realidades sensibles, sino a las Ideas o Formas. Para ello era preciso, a juicio de Platón, que todos los discursos dependiesen de un *órganon* o ‘discurso de los discursos’, que pudiese establecer la conexión del *lógos* con el objeto esencial comprendido en él. Y tal *órganon* era la dialéctica, en cuanto que, mediante divisiones y composiciones de conceptos, permitía garantizar la validez de las definiciones y la necesidad de los procesos deductivos, relacionando así legítimamente los enunciados del lenguaje con los objetos mencionados en ellos. De aquí se desprendían dos consecuencias sin duda fundamentales para la interpretación de la retórica. La primera, que los discursos verdaderos son exclusivamente los *discursos científicos*, pues sólo ellos, por el cumplimiento de las exigencias de la dialéctica, reproducen de un modo adecuado [...] el orden real, esencial, de las Ideas. Y la segunda, que la retórica no puede ser entonces *nada distinto de la dialéctica misma*, ya que, no siendo la retórica una ciencia particular, un saber que se refiera a un género o clase de objetos de la realidad [...] ha de cumplir las exigencias todas de la dialéctica y en nada puede diferenciarse de ella”. Véase Aristóteles (1999). *Retórica*. Madrid. Gredos, 25-26.

27 Siempre en base a la verdad.

28 O deberían hacerlo.

29 E incluso los jueces.

30 O “Tópicos”.

duce a las tres fuentes anteriores). En el silogismo dialéctico la fuente principal es la cuarta. Se llama ‘lugar’ [...] o ‘tópico’ al tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso a un esquema típico de argumentación *de donde* se toma un principio para la argumentación dialéctica. La ley escrita, por ejemplo, una tesis jurisprudencial, una cláusula contractual, una costumbre, la opinión de los juristas, la historia o evolución de una institución, la estructura típica de un negocio, una acción, situación fáctica o relación, las condiciones subjetivas y sociales, las valoraciones y fines que operan como fundamentos de normas e institutos jurídicos, las comparaciones y semejanzas (‘analogías’), ‘lo que suele suceder según el curso natural y ordinario de las cosas’, etc., pueden ser lugares de donde tomar principios para argumentar en Derecho. Entonces, la cuestión que se plantea *Aristóteles* en la *Tópica* es la siguiente: [...] debe examinarse la fuente de los principios de la argumentación dialéctica en cada una de sus funciones”<sup>31</sup>.

La finalidad del tratado, resumida por el párrafo anterior, la anuncia el propio *Aristóteles* al inicio del mismo: “[...] encontrar un método a partir del cual podamos razonar sobre todo problema que se nos proponga, a partir de cosas plausibles<sup>32</sup>, y gracias al cual, si nosotros mismos sostenemos un enunciado, no digamos nada que le sea contrario”<sup>33</sup>.

Queda así aclarado, por el propio *Aristóteles*, que el objeto de estudio de la *Tópica* será el “razonamiento dialéctico”, especie del género “razonamiento” y distinto, como ya referí, del “razonamiento apodíctico”.

Los tópicos, en definitiva, son categorías o géneros de argumentación que encierran los enunciados que luego se utilizarán, lugares o espacios que contienen el material a usar para argumentar. Su contexto propio es el de las discusiones o debates (típico, como adelanté, de la etapa metodológica investigativa, en la que se busca la verdad frente a problemas planteados), para el cual *Aristóteles* propone los tópicos como normas de comportamiento intelectual que regulan, ordenan y orientan. Como resulta evidente, dichas normas son fundamentales para que las discusiones o debates sean fecundos o, al menos, no absolutamente vanos. En efecto, sin ellas sería imposible argumentar sobre cuestiones conflictivas por naturaleza, en las cuales sólo se pueden obtener premisas probables y alcanzar conclusiones verosímiles, así como también comprender y/o convenir cuáles cuestiones se podrán discutir y cuáles no.

Ahora bien, los tópicos jurídicos son una especie de los tópicos (antes esbozados) que, como resulta obvio, se utilizan en el ámbito de lo jurídico.

31 Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.

32 Otras ediciones traducen aquí “probables”.

33 *Aristóteles* (1982). *Tratados de Lógica (Órganon) - Categorías - Tópicos - Sobre las refutaciones sofisticas*. Madrid. Gredos, 89-90.

Esto pone en evidencia la especialización del método a la que antes me referí, en aras de obtener uno adecuado al Derecho Penal. Así, en base a la caracterización de los tópicos ya realizada, tal como lo propone De Lezica, “podemos afirmar que tópico jurídico es un tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso un esquema típico de argumentación de donde se toma un principio para la argumentación jurídica [...] Ahora, ¿qué función cumplen los tópicos jurídicos en el discurso forense? La finalidad del discurso es tener la aptitud suficiente para persuadir. El discurso versa sobre la cualidad justa o injusta de un hecho pasado. El tópico, jurídico en este caso, es el lugar de donde se toman los principios para argumentar en pos de la calificación (justa - injusta) del hecho. La sentencia del juez (auditorio del discurso forense) es una decisión vinculante para las partes que implica un juicio de determinación, aquí y ahora, de lo justo. Bajo este respecto el tópico jurídico forma parte de un proceso, de un movimiento de la razón que tiene por conclusión un juicio que indica algo que debe hacerse, la determinación de una conducta obligatoria. Pero además, el tópico condensa un conjunto de cosas, reunidas según un criterio, de donde se toma un principio o punto de partida de la argumentación”<sup>34</sup>.

De lo anterior surge con mayor claridad que los tópicos jurídicos, en tanto parte esencial de una metodología investigativa/discusiva adecuada al Derecho penal, unas veces servirán de premisas en base a las cuales se conformará aquella investigación/discusión, mientras otras garantizarán a las premisas implicadas cierta estabilidad y certeza; vale insistir, en la medida posible para una etapa metodológica investigativa/discusiva.

### **III. La reciprocidad en los cambios y la tópicos jurídica**

Corresponde ahora considerar puntualmente la reciprocidad en los cambios. Por todo lo que señalé anteriormente, intentaré realizar dicha consideración desde la tópicos y con relación al Derecho Penal. Es que vale insistir: tópico jurídico es un tema o conjunto de temas, la definición, opinión e incluso un esquema típico de argumentación de donde se toma un principio para la argumentación jurídica. Y la reciprocidad en los cambios es, precisamente, un principio jurídico que, como tal, opera también en el Derecho Penal. Por lo cual puede ser tomado tanto para la argumentación jurídica como para la fundamentación misma del Derecho Penal.

En efecto, en el Derecho Penal, el principio de la reciprocidad en los cambios se manifiesta fundamentalmente a través del principio de retribu-

34 De Lezica, M. (2014). “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica”. Ob. cit., 66-67.

ción (que parece ser una especie del género “reciprocidad en los cambios”)<sup>35</sup>. Pero en definitiva, todo el Derecho Penal es reciprocidad en los cambios<sup>36</sup>.

Lo anterior se evidencia al considerar que en las ciencias prácticas, y entre ellas, especialmente en el Derecho, los principios son principalmente los fines. Lo cual implica que, tanto la reciprocidad en los cambios como la retribución, son fines del derecho penal.

Cabe señalar también que hay una especie de subalternación entre el derecho penal (subalternante) y el derecho Procesal Penal (subalternado), que es instrumental a aquél. Por ende, bien se puede considerar que la reciprocidad en los cambios opera también como principio del Derecho Procesal Penal. Y con más razón, por lo antes dicho, lo hace el principio de retribución. Por ello, en lo que respecta a lo aquí analizado, al referirme al Derecho Penal, consideraré incluido en él lo propio y específico del Derecho Procesal Penal.

Nótese el siguiente pasaje del Libro V de la *Ética Nicomáquea*: “[...] la ley ordena hacer lo que es propio del valiente [...] del moderado [...] del apacible [...] e, igualmente, lo que es propio de las demás virtudes y formas de maldad, mandando lo uno y prohibiendo lo otro”<sup>37</sup>. En este pasaje es evidente la operatividad del principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho Penal<sup>38</sup>.

También, en el siguiente fragmento, se lee: “Una especie de justicia particular y de lo justo correspondiente es la que se aplica en la distribución de honores, dinero o cualquier cosa compartida entre los miembros de una comunidad (pues, en estas distribuciones, uno puede tener una parte igual o no igual a otro), y otra especie es la que establece los tratos en las relaciones entre individuos. Esta última tiene dos partes, pues los tratos son voluntarios e involuntarios [...] de los involuntarios, unos son llamados clandestinos [...] y otros son violentos”<sup>39</sup>. Vale recordar: “Establece aquí Aristóteles una división de la justicia particular en distributiva y correctiva. La distributiva se basa en la proporción geométrica; la correctiva, en la aritmética; la primera preside todo cambio o repartición de bienes, la segunda sólo interviene para corregir las desigualdades que pueden viciar

35 “Retribuir significa dar en reciprocidad, dar por causa de algo recibido, de modo que haya cierta correspondencia entre ambas cosas”. Véase Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Buenos Aires. Cátedra Jurídica, 111-112.

36 Íntimamente relacionado a esto, cabe tener presente el valioso y completo análisis de los fines de la pena, en general, y del fin retributivo de la misma, en particular, desarrollado por Camilo Tale en la antes citada obra conjunta dirigida por Héctor Hernández, *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*.

37 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Madrid. Gredos, 1129b, 20.

38 Y también, por lo antes dicho, al Derecho Procesal Penal.

39 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1130b, 30.

los cambios”<sup>40</sup>. Nuevamente, es evidente el principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho Penal<sup>41</sup>.

Y más adelante, con mayor claridad todavía, expresa: “[...] el juez intenta igualar esta clase de injusticia, que es una desigualdad; así, cuando uno recibe y el otro da un golpe, o uno mata y otro muere, el sufrimiento y la acción se reparten desigualmente, pero el juez procura igualarlos con el castigo quitando de la ganancia”<sup>42</sup>. Una vez más, es evidente el principio de reciprocidad en los cambios con relación al Derecho penal. Siempre, pero aquí de modo más expreso, ligado al principio de retribución. A modo ilustrativo, vale traer a colación la cita de Wojciech Sadurski, brindada por Camilo Tale: “El fin del castigo es restaurar el equilibrio de beneficios y cargas y no es el restaurar el *statu quo* previo. Lo que ya ha sido hecho con frecuencia no puede ser deshecho. Pero los beneficios ilegítimos ganados por el ofensor pueden ser anulados con la inflicción de cargas sobre él”<sup>43</sup>.

Con relación a lo anterior, el propio Aristóteles aclara: “Aunque a veces no sea la palabra apropiada, se puede en estos casos hablar, en general, de ganancia (por ejemplo, refiriéndose al que ha dado un golpe) y de pérdida (refiriéndose a la víctima); pero, cuando esta clase de daño se mide, decimos que uno gana y otro pierde”<sup>44</sup>.

Según el Filósofo, lo injusto es lo ilegal y desigual, mientras que lo justo es lo legal e igual. Nuevamente, es clara la referencia o el basamento en la reciprocidad en los cambios, que al verse alterada deriva en injusticia, ilegalidad y desigualdad. Lo ilegal es desigual. Los delitos son ilegales, por lo cual hay en ellos desigualdad, es decir, alteración en la reciprocidad en los cambios.

Ahora bien, como explica Santo Tomás en su *Comentario a la Ética*, la injusticia que se dice desigualdad no es enteramente lo mismo que la injusticia ilegal, sino que se compara a ésta como la parte al todo. De manera semejante se compara la justicia de igualdad a la justicia legal<sup>45</sup>.

40 Julio Pallí Bonet, traductor y anotador de la edición de la *Ética Nicomáquea* en la que me baso, en la nota 98.

41 Y también, vale insistir, al Derecho Procesal Penal.

42 Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1132a, 5. En nota al pie: “Si dos personas, A y B, valen como iguales, y A ejerce una injusticia sobre B quitándole una cosa *c*, se ha roto el equilibrio inicial y sólo puede restablecerse devolviendo *c* a B”.

43 Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., 114-115.

44 Expresa referencia al Derecho Penal, ubicado aquí dentro de la justicia correctiva. Aristóteles (2008). *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1132a, 10.

45 También esclarece Santo Tomás que cuando el Filósofo muestra de qué manera se toma el medio debido:

- Señala de qué modo lo justo es un medio y, en relación a ello, de qué modo se determina el medio justo existente según ambas justicias.
- Según la justicia distributiva, prueba que el medio de la misma se toma según

Apuntado lo anterior, aludiré ahora, al menos someramente, a tres grandes tópicos jurídico penales de los cuales se puede tomar el principio de reciprocidad en los cambios y, en base a ello, argumentar jurídicamente:

- Ante todo, el tópico jurídico de la pena.  
Éste es, indudablemente, uno de los tópicos jurídicos penales más relevantes; le da sentido y especificidad al derecho penal, y hasta su denominación. Y es, a su vez, uno en los que con mayor claridad opera el principio de la reciprocidad en los cambios, como señalé párrafos antes, tanto para fundamentarlo como para razonar y argumentar al respecto. Prueba evidente de ello es, entre otras cosas, la necesaria y por casi todos admitida proporcionalidad entre los diversos delitos y sus penas, o entre éstas y los distintos grados de culpabilidad, antijuridicidad e imputabilidad del autor del hecho. En efecto, por poner un ejemplo entre muchos posibles, la operatividad del principio de la reciprocidad en los cambios es evidente frente a los casos en los que se da la llamada “pena natural”; sobre todo en el plano de la argumentación jurídica<sup>46</sup>.
- Otros de los grandes tópicos jurídico penales es el de la participación y el rol de la víctima y el querellante en el proceso, que implican y derivan, a su vez, en otros tópicos.  
Y la cuestión principalmente implicada, que además de fundamentar brinda valiosas herramientas para razonar al respecto es, en definitiva, respecto de quiénes o con quiénes se da la reciprocidad en el derecho penal. Es que, en el orden puramente civil, es claro que la relación jurídica se da estrictamente entre particulares<sup>47</sup>. Pero

---

cierta proporcionalidad, partiendo primero de la razón misma de justicia y luego de la razón misma de dignidad.

- Muestra entonces, partiendo de la razón misma de justicia, que lo justo es cierto medio, y que es un medio según cierta proporcionalidad. Ello le permite decir que “el hombre injusto es el desigual y lo injusto es lo desigual, tanto por más como por menos. Pero en cualquier cosa susceptible de más y de menos, allí es necesario considerar lo igual. Pues lo igual es medio entre lo más y lo menos. Por ello, en cualquiera de las cosas en las que hay igualdad se encuentra un medio. Por tanto, queda claro que lo injusto es algo desigual y lo justo, igual”. Por todo, véase Tomás de Aquino (1983). *Comentario de la Ética a Nicómaco*. Buenos Aires. CIAFIC, 922, 932 y 933.

46 “Si a causa del delito ha resultado un determinado mal para el delincuente, de especial gravedad, se suele estimar que es razonable el prescindir de la aplicación de la pena en el caso o aplicar una pena más reducida que la que corresponde por el hecho delictivo de que se trata”. Véase Hernández, H. (Ed.). (2010). *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*. Ob. cit., 130.

47 Alioto, D. (2009). *La justicia de los contratos. Dialéctica y principios de los contratos privados*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 26.

en el orden penal, la afectación es más compleja, pues se da principalmente hacia la comunidad, pero también hacia el particular; con lo cual habría una doble reciprocidad a contemplar. Ahora bien, ¿cómo se establece esta doble reciprocidad? ¿Se puede preterir a uno y preferir a otro? ¿O hay que satisfacerlos a los dos? ¿Se puede, en algunos casos, satisfacer con una reparación meramente pecuniaria al particular, y con nada a la comunidad? Es evidente la operatividad en estos tópicos del principio de la reciprocidad en los cambios, que enriquece y esclarece el abordaje de los temas implicados, a la vez que los fundamenta.

- Por último, vale considerar como tópico jurídico penal de gran relevancia el de la defensa en juicio.

Hay muchísimas cuestiones implicadas al respecto, por lo que bien se me puede criticar que intente agruparlas como si fuese un único tópico. Pero nada quita que cada tópico contenga a su vez otros, y que de tal modo se hagan clasificaciones. De hecho, ello constituye una herramienta metodológica valiosa, y característica de la tónica clásica<sup>48</sup>.

También se me puede criticar, con muy buenas razones, el nombre que ahora propongo para el tópico en cuestión, frente a lo cual diré que lo adopto provisoriamente, para incluir en el mismo tanto aquellos institutos a los que comúnmente se llama “derechos y garantías”, como a los principios, reglas y caracteres, de fondo y de forma, de los procesos penales.

Nótese que todo nuestro proceso penal actual tiene en cuenta, de modo patente o latente, la reciprocidad en los cambios. En efecto, existe un organismo independiente y distinto del juzgador, que vela por la legalidad y los intereses generales de la sociedad<sup>49</sup>; hasta su denominación en la jerga

48 Una categoría es un género supremo, por debajo del cual es posible agrupar lógicamente especies que ofician de género respecto de otras especies “menos generales”, hasta llegar al individuo. Por ejemplo, Aristóteles describe la injusticia como el daño que se hace voluntariamente y contra la ley. Luego se refiere a las cosas que suceden por causa de quien obra y, diferenciándolas de éstas, a aquellas que no son causadas por el agente. Los dos son grupos de tópicos que aluden al origen de un daño; y las distinciones que allí se establecen permiten la elaboración de categorías, como, por ejemplo, las de acto y hecho jurídico, respectivamente.

Otro ejemplo es el antes aludido relativo a la identificación de lo injusto con el acto voluntario, que permite distinguir la voluntariedad respecto del acto o del resultado, o si se obró por pasión o deliberadamente. De este esquema nacen grados de responsabilidad, como el dolo y la culpa, y los criterios para determinar la gravedad de un delito.

Queda evidenciado así que la función metodológica de los tópicos de ordenación lógica de los conceptos jurídicos, tal como adelanté, confiere precisión al análisis de cada caso.

49 El Ministerio Público (art. 120 de la Constitución Nacional).

jurídica resulta ilustrativa en éste sentido: se alude al Ministerio Público Fiscal como “vindicta pública”; vindicta significa venganza, en tanto satisfacción del daño recibido, y vindicta pública, propiamente, “satisfacción de los delitos, que se debe dar por la sola razón de justicia”<sup>50</sup>. Y a la par del Ministerio Público Fiscal, durante todo el proceso, se ubican los imputados con su defensa técnica (incluida la defensa pública oficial). Todos pueden ofrecer pruebas y argumentos, tanto a modo de acusación como de excusación. Y cada momento de avance procesal clave exige para su validez la doble participación, de la vindicta pública<sup>51</sup> y, especialmente, de la defensa.

Vale destacar: la consideración del principio de la reciprocidad en los cambios desde la perspectiva del ejercicio de la defensa, además de servir de fundamento, ofrece concretas garantías y valiosísimas herramientas argumentativas; por ejemplo, para impedir abusos, arbitrariedades y/o presiones, de parte de o hacia órganos estatales.

#### IV. Consideraciones finales

Intenté esbozar, por un lado, la importancia del método tópico clásico, que se presenta como el más adecuado para el abordaje de diversas cuestiones inherentes al derecho penal<sup>52</sup>. Y, por otro, el rol central que, en el mismo derecho penal, desempeña el principio de la reciprocidad en los cambios. En dichas faenas, destaqué la significativa operatividad del principio en cuestión, vale insistir, en tanto principio jurídico penal y también como herramienta metodológica y argumentativa frente a la consideración de los diversos tópicos.

En efecto, recurrir a los tópicos permite:

- enmarcar el objeto de estudio, fundamentalmente en base a la identificación y delimitación de los problemas implicados;
- clasificar lo anterior según categorías y sintetizarlo;
- iniciar y fundamentar argumentaciones;
- ajustar y precisar todo lo que se razone y, en la medida de lo posible, aguzar las certezas a las que se arrije en la materia, que vale recordar, versa sobre cosas probables o verosímiles<sup>53</sup>;

50 Según las definiciones del *Diccionario de la Real Academia Española*, recuperadas del sitio [www.rae.es](http://www.rae.es).

51 Y privada, en el caso que hubiera querellante.

52 Tanto por las particularidades de los objetos de conocimiento implicados, fundamentalmente contingentes, como por las limitaciones propias del conocer humano.

53 El reconocido penalista, Julio Maier, advierte: “Existen estudios en materia penal

- facilitar el análisis, la presentación y exposición de los temas;
- persuadir sobre las soluciones veraces y refutar las críticas que se les planteen y
- criticar las hipótesis falaces y disuadir de las mismas<sup>54</sup>.

Ahora bien, corresponde también afirmar que, además de las importantes funciones antes destacadas, que son esencialmente metodológicas, los tópicos cumplen una función primordial, de estricto orden material: se ordenan a expresar y poner de manifiesto la verdad y, en base a ello, a realizar la justicia, dando a cada uno lo suyo<sup>55</sup>.

En efecto, los tópicos versan sobre conductas jurídicas, que son materia fundamentalmente contingente. Sin embargo, dichas conductas tienen un fin, que en última instancia es el bien común temporal pero que, como adelanté, también es el de la reciprocidad en los cambios y, de un modo especial para el derecho penal, la retribución. Tales fines operan como principios de ordenación y determinación y, en tanto fines, poseen máxima certeza, precisión y necesidad. Como consecuencia de ello los tópicos, aunque son fundamentalmente probables, se ordenan a dicha certeza, precisión y necesidad.

En tal sentido, Miguel de Lezica advierte: “Lo justo, en tanto cualitativo es dialéctico, pero los principios son absolutamente verdaderos y respecto de ellos no cabe opinión sino certeza estricta. Para Aristóteles lo justo es lo legal y lo igual, o sea lo debido a otro, según cierta razón de igualdad y ordenado al bien común. El bien común temporal es el fin principio de ordenación de lo justo. La ley, en tanto ordena al bien común, es criterio de determinación de lo justo. Y si bien la tópica relativa a lo justo estará afectada por el carácter dialéctico del derecho, esa tópica no es pura contingencia, ya que tiene como límite o marco de referencia los principios máximamente ciertos y verdaderos”<sup>56</sup>.

---

que pretenden establecer el porcentaje de probabilidad necesario para afirmar la certeza –¿cuánto de probabilidad resulta necesario para afirmar la certeza?–, que no logran convencer, ni fijar criterios correctos y universales. Véase Maier, J. (2011). *Derecho Procesal Penal*. Tomo III. Parte General. Actos procesales. Buenos Aires. Editores del Puerto S.R.L., 77.

54 Muchas veces los jueces primero toman una decisión y luego intentan fundarla. De hecho, suele decirse que, con un mismo material probatorio, dentro de un único marco jurídico, se pueden sostener posiciones contrarias y hasta contradictorias. Se dice, al respecto, que casi siempre es cuestión de interpretación. El arbitrio de quien decide, aún desde una posición normativista, es amplísimo. Los tópicos, en definitiva, critican, limitan y guían dicho arbitrio.

55 En el ámbito penal, para decirlo en términos muy generales, lo suyo de quien sea responsable de una conducta típica, antijurídica y culpable será la pena; así como lo suyo de quien no sea responsable será el sobreseimiento o la absolución. Y lo suyo de unos y otros será un proceso justo.

56 De Lezica, M. (2014). “Tópicos jurídicos en la Retórica Aristotélica”. Ob. cit., 215-216.

Bien destaca Lamas sobre Aristóteles y su propuesta del método dialéctico como el idóneo, en lo que aquí importa, para la materia jurídica: “Al distinguir dos grandes esferas del pensamiento humano, el científico-necesario y el aporético-probable, dejó a salvo a la vez la validez, certeza y necesidad de los principios, la ciencia y la Metafísica, de una parte, y la racionalidad –siempre orientada a la verdad– del mundo contingente y de los métodos de investigación, discusión, y enseñanza, de otra. En especial, mediante la doctrina del discurso deliberativo prudencial y la Retórica, *Aristóteles* dejó establecido el método adecuado de la Ética, la Política y el Derecho, no sólo para el momento de la investigación científica y la legislación, sino sobre todo para el de su realización o aplicación en la vida humana determinada por pasiones, sentimientos e intereses contrapuestos”<sup>57</sup>.

Queda evidenciado así aquello antes advertido de que el método tópico clásico resulta el razonable para el Derecho Penal. Y que en base a la aplicación de dicho método y a la especial consideración del principio de la reciprocidad en los cambios, se pueden establecer los necesarios criterios claros, principalmente en lo que respecta al abordaje metodológico y a la fundamentación de las diversas cuestiones implicadas, así como también para argumentar razonablemente en torno a las mismas.

57 Véase Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. Ob. cit.



## MANIFESTACIONES DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

### *Manifestations of the Principle of Opportunity*

Carlos Manuel Romero Berdullas<sup>1</sup>

Recibido: 2 de marzo de 2017  
Aprobado: 12 de mayo de 2017

**Resumen:** Tradicionalmente, el Derecho Penal de la República Argentina se encontró signado por el principio de legalidad procesal. Sin embargo, las legislaciones provinciales, la normativa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las reformas recientemente suscitadas en el Código Penal de la Nación enseñan su aquiescencia hacia paradigmas ajenos a nuestra tradición histórica, en donde se unge a los fiscales con la facultad de determinar en base a criterios de oportunidad, si ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública ejercerán o no la acción penal, la suspenderán o interrumpirán. De modo que este fenómeno, revestido de especial actualidad, demarca una tensión inexorable con el principio de legalidad procesal, originariamente heredado de nuestra madre Patria.

Por consiguiente, se impone un estudio crítico sobre qué expresiones legislativas inseridas en nuestro país constituyen, *stricto sensu*, auténticas proyecciones del principio de oportunidad; y si éstas se ajustan o no al bien común político.

En la presente edición de la Revista se justipreciarán las diversas clases de acciones, la conversión de la acción pública en privada, la insignificancia procesal, la denominada intervención de menor relevancia y la llamada pena carente de importancia, con el afán de espigar cuáles constituyen manifestaciones genuinas del principio de oportunidad. Así

1 Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Especialista en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) y Secretario de Cámara de la Secretaría General de Política Criminal y Planificación Estratégica del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

pues, una vez escudriñada esta cuestión, ordenaremos el movimiento de la razón para discernir si estos criterios son o no proyecciones de un “Derecho Penal Líquido”, llamado a contradecir arbitrariamente los fundamentos axiológicos del Derecho Penal e impedir la conquista del bien común político.

**Palabras claves:** Legalidad líquida - Principio de oportunidad - Arbitrariedad.

**Abstract:** Traditionally, the criminal law of the Argentine Republic was marked by the principle of procedural legality. However, provincial legislation, the regulations of the Autonomous City of Buenos Aires and the recent reforms in the National Penal Code teach their acquiescence to paradigms outside our historical tradition, where prosecutors are anointed with the power of determine, based on criteria of opportunity, whether or not before the news of the commission of a public action crime will exercise the criminal action, they will suspend or interrupt it. Thus, this phenomenon, which is particularly relevant, marks an inexorable tension with the principle of procedural legality, originally inherited from our mother country.

Therefore, a critical study is required on which legislative expressions inserted in our country constitute, *stricto sensu*, true projections of the principle of prosecutorial discretion; and whether or not they conform to the Political Common Good.

In this edition of the Journal, the various kinds of actions will be judged, next to the conversion from public to private action; the procedural insignificance, the so-called minor intervention and the unimportant penalty, with the desire to glean which are genuine manifestations of the prosecutorial discretion. Thus, once this question is scrutinized, we will order the movement of reason to discern whether these criteria are or are not projections of a “Liquid Criminal law”, called to arbitrarily contradict the axiological foundations of criminal law and attempt against the conquest of the Political Common Good.

**Keywords:** Liquid legality - Prosecutorial discretion - Arbitrariness.

Para citar este texto:  
Romero Berdullas, C. M. (2017), “Manifestaciones del principio de oportunidad”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 219-248.

## 1. Introducción

Tradicionalmente, en nuestro país, el Derecho Penal se encontró regido por el principio de legalidad procesal, que *prima facie* podría definirse como el deber del Ministerio Público Fiscal de ejercer de oficio la acción penal ante la noticia de la comisión de un delito de acción pública, imperativo además comprensivo de la imposibilidad de suspender, interrumpir (irretractabilidad) o desistir (indisponibilidad) de la persecución, salvo en las excepciones expresamente determinadas por la ley.

La República Argentina, fiel heredera del sistema europeo continental, erigió este principio de legalidad procesal en regla desde la conquista española en 1492, canon luego receptado en el Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica para la Provincias Unidas del Río de la Plata en la América del Sur de 1813 (art. 180), y sin solución de continuidad entre 1810 y 1853.

La etapa codificadora de nuestro país no escapa a esta afirmación. En efecto, los códigos procesales nacionales reafirmaron el principio de legalidad procesal, en línea con lo previsto en el art. 71 del Código Penal de la Nación, patrón replicado sin excepciones en los códigos penales y sus antecedentes legislativos, que al tratar el régimen de la acción penal, evidenciaron una sólida tradición interpretativa inclinada a sopesar esta materia como una cuestión sustantiva, y por consiguiente, de competencia nacional por mandato constitucional.

Alcanzamos a comprender, entonces, que hasta el crepúsculo del siglo XX, la normativa vigente había enseñado su aquiescencia con el reconocimiento a la plena vigencia del principio de legalidad procesal, contenido en los arts. 71 y 274 del Código Penal de la Nación, que prescribían el deber de desarrollar la persecución penal oficiosa en los delitos de acción pública; y la obligación de los órganos de persecución penal de promover el enjuiciamiento de los culpables de un hecho punible, so pena de incurrir en delito.

No obstante, entre el ocaso del siglo XX y el amanecer del nuevo milenio, las legislaciones provinciales y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires integraron progresivamente criterios relacionados a la disponibilidad de la acción en sus Códigos Procesales, de consuno a nuevas causales de extinción, todos factores con notoria influencia en las consecuencias jurídicas de los delitos.

Así pues, gradualmente, las provincias argentinas incorporaron manifestaciones de un principio de oportunidad, que enseña un carácter contrastante con el principio de legalidad procesal de los procesos de cuño inquisitivos originariamente receptados en nuestra legislación, por cuanto presenta carta de ciudadanía anglosajona.

En concreto, por lo general, la doctrina caracteriza a los sistemas que acogen la oportunidad, como de signo libre o reglado. En el primer paradigma, la oportunidad constituye la regla y se torna en directriz de la persecución penal, por lo que responde al arquetipo del Derecho Anglosajón o el imperante en los Estados Unidos, en donde el fiscal goza de una vasta libertad en pos de disponer de la acción penal. En tanto que, en el restante modelo, la selectividad de los fiscales para ejercer la acción penal se encuentra limitada expresamente por la ley, y ha encontrado eco en países con apego a matrices procesales con tradición legalista, como a modo de ejemplo, Alemania, en donde la legalidad es la regla y la oportunidad la excepción.

En la actualidad, si oteamos el horizonte procesal de la República Argentina, nos topamos con la incursión de un principio de oportunidad, *a priori* susceptible de ser definido como una facultad conferida al Ministerio Público Fiscal para prescindir de la acción penal total o parcialmente (ya sea en forma pura o bajo condición y por razones político criminales o pragmáticas), dentro de un margen de discrecionalidad<sup>2</sup>, frente a la perpetración de delitos de acción pública.

Parte de la doctrina emparenta al principio de oportunidad con una excepción o antítesis del principio de legalidad<sup>3</sup>; otros lo asimilan a una expresión de este último principio –cuando se trata de oportunidad reglada<sup>4</sup>–;

2 Discrecionalidad que se puede traducir en no promover la acción pública, suspender provisionalmente la acción ya iniciada, limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o hacerla cesar definitivamente *ex ante* la sentencia, aunque concurrieran condiciones ordinarias en orden a solicitar la aplicación de una condena.

3 Entre otros, véase Núñez, R. C. (2009). *Manual de Derecho Penal*. Córdoba. Lerner, 208; Soler, S. (1953). *Derecho Penal Argentino*. T. II. Buenos Aires. Tipográfica Editora Argentina, 499-500; Levene, R. (h) (1993). *Manual de Derecho Procesal Penal*. 2ª ed. Buenos Aires. Depalma, 160-161; Navarro, G. R.; Daray, R. R. (2004). *Código Procesal Penal de la Nación*. T. I. Buenos Aires. Hammurabi, 69; Roxin, C. (2000). *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 89; Naucke, W. (2006). *Derecho Penal. Una introducción*. Buenos Aires. Astrea, 213; y Albrecht, P. A. (2013). “Coordenadas de una legalidad penal en el Estado de Derecho: Principio de la proporcionalidad, principio de la legalidad, principio de oficialidad”. En *Revista de Derecho Procesal Penal* (dirigida por Donna, Edgardo A.), AA. VV. *La Investigación penal preparatoria: Función de las policías*. T. II. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 18.

4 Cf. Yacobucci, G. (2014). *El sentido de los Principios Penales*. Montevideo-Buenos Aires. B de f, 732; Conde- Pumpido Ferreiro, C. (1989). “El principio de oportunidad reglada: Su posible incorporación al sistema del Proceso Penal”. En AA. VV. *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Madrid. Ministerio de Justicia de España, 290-292; y Ruiz Vadillo, E. (1989). “El principio de oportunidad reglada”. En *La Reforma del Proceso Penal, II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*. Ob. cit., 396; e ídem, “Crisis de la Justicia y Reforma del Proceso Penal”. Conferencia pronunciada en el *I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, organizado por el Departamento de Derecho Procesal Penal (Valladolid-Burgos) sobre el tema “Crisis de la Justicia y reformas procesales”. Burgos, 20-22 de enero de 1984, en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* N° 1488, 108.

y otra vertiente lo categoriza como todo tratamiento penal diversificado del conflicto social representado por el hecho delictivo<sup>5</sup>.

Por tanto, dada la iridiscencia de estos tornasoles, en pos de remover ciertos obstáculos en el orden del entendimiento, se impone un estudio crítico sobre qué expresiones legislativas inseridas en nuestro país constituyen, *stricto sensu*, auténticas proyecciones del principio de oportunidad; y si éstas se ajustan o no al bien común político.

La importancia de esta faena investigativa se asume por cuanto no toda disponibilidad de la acción penal y desistimiento del Estado de la pretensión punitiva traduce la aplicación del principio de oportunidad. Discernir semejanzas y efectuar distingos reviste, entonces, la nota de esencial en esta instancia. En efecto, si adoptásemos un concepto sumamente lato y desplegáramos la noción de principio de oportunidad al paroxismo, caeríamos en la sinécdoque de interpretar que todo criterio legislativo tendente a distender la persecución o retraer la sanción penal se halla comprendido por nuestro objeto de estudio, al punto de tornarlo abisal. De modo tal que, de incurrir en este yerro, nos hallaríamos con un principio de oportunidad vacuo de límites concretos y amorfo, no sólo abstruso, sino también tan huero de razonabilidad, que vaciaría su concepto hasta volverlo inasible.

En fin, lo explicitado pone de relieve la significancia de someter a criba las disímiles figuras comprendidas dentro del cuadrante asignado al principio de oportunidad; y aquellas capaces de suscitar alguna duda sobre si su naturaleza responde o no al principio examinado.

En esta ocasión, en aras de no jalonar la extensión de este artículo por fuera de los confines de la extensión estatuida por las normas de publicación de la revista y alcanzar el cometido propuesto, nada parece más conveniente que iniciar este *iter* hendiendo el estilete en los delitos de acción privada y dependientes de instancia privada, junto a la dinámica de la conversión de la acción pública en privada.

Es indudable que el ámbito de aplicabilidad del principio de oportunidad se encuentra constituido por los delitos de acción pública. Por consiguiente, amerita interrogarse, entonces, si alguna arista del campo concierne a las otras clases de delitos abarca o no al principio en cuestión, y precisar si la conversión de la acción aherroja o no alguna manifestación del principio de oportunidad.

5 Cf. Bacigalupo Zapater, E. (1987). "Descriminalización y prevención". En *Justicia Penal*, Revista del Poder Judicial, N° especial II. Madrid, 4. Recuperado de <http://ppje.poderjudicialchiapas.gob.mx/pdf/esp2.pdf>, 28-4-2016; y Binder, A. M. (2014). *Derecho Procesal Penal*. T. II. Buenos Aires. Ad-Hoc, 422-423, 393-394 y 424-426.

Así pues, partiendo de lo general a lo particular<sup>6</sup>, el primer peldaño de la trama investigativa reparará en esa tipología de acciones receptada en la República Argentina, y luego se analizará la conversión, dada su imbricación conceptual con la clasificación de la acción; para una vez obtenida una respuesta a nuestras preguntas, proceder a ordenar el movimiento de la razón a discurrir e inferir conclusiones, respecto a otras posibles expresiones del principio de oportunidad (léase insignificancia, intervención de menor relevancia, pena carente de importancia)<sup>7</sup>, que de vincularse a este principio, también serán sopesadas con espíritu crítico.

## **2. Análisis crítico**

### ***2.a. Delitos de acción privada e instancia privada. Conversión de la acción***

Antes de su reforma, el art. 71 del Código Penal de la Nación contemplaba que debían iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas.

En cambio, en la actualidad el art. 71 del Código Penal de la Nación prevé –luego de la reforma de la Ley N° 27.147, BO 18-6-2015– que, no obstante las reglas de disponibilidad de la acción penal contempladas en la legislación procesal, deberán iniciarse de oficio todas las acciones penales, con excepción de las dependientes de instancia privada y las acciones privadas.

Con facilidad, puede comprobarse que la fórmula escogida por el legislador nacional (léase el “sin perjuicio de las reglas de disponibilidad de la acción penal previstas en la legislación procesal”) constituye una definición abierta a leyes procesales de las provincias. De modo que aquí se entrevé la polémica en derredor a la naturaleza de la acción penal e inconstitucionalidad de normas procesales, cuando legislan sobre cuestiones atinentes al Derecho Penal material.

Por su parte, el art. 72 del Código Penal de la Nación no presenta modificaciones tras la reforma de la Ley N° 27.147, y estatuye como acciones dependientes de instancia privada las nacidas de los siguientes delitos:

6 Se parte de lo general a lo particular, por cuanto la clasificación de los delitos es rectora en alguna razón de todas las figuras delictivas. Tal es así, que se encuentra prevista en la parte general del Código Penal de la Nación; en tanto los delitos, en la parte especial del mismo cuerpo normativo.

7 En otra oportunidad estudiaremos otras posibles manifestaciones del principio en cuestión, como por ej., la penal natural, la mediación, la enfermedad terminal incurable y avanzada edad, el arrepentido, etc.

- 1º) El abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal), el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años; y el rapto (propio e impropio, es decir, sin o con el consentimiento viciado de la víctima), cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación.
- 2º) Lesiones leves, ya sean dolosas o culposas, aunque en estos casos, se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público.
- 3º) Impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes.

En todos estos supuestos, la norma fija que sólo se procede a formar causa por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Empero, se procede de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor sin padres, tutor o guardador, o cuando el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador.

Vale añadir que, si existiesen intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, el Fiscal puede actuar de oficio cuando fuera más conveniente para el interés superior de aquél.

En tanto que el art. 73 del Código Penal de la Nación define como acciones privadas las originadas de las:

- 1) Calumnias e injurias;
- 2) Violación de secretos, salvo en los casos de los artículos 154 y 157 del Código Penal de la Nación;
- 3) Concurrencia desleal (prevista en el artículo 159 del Código Penal de la Nación);
- 4) Incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge.

A la par, la norma citada presenta una reciente alteración (en razón de lo dispuesto por Ley N° 27.147), al fijar que constituyen acciones privadas las que “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima”<sup>8</sup>.

8 Además, al final del artículo en cuestión, se añade: “La acción por calumnia e injuria podrá ser ejercitada sólo por el ofendido y después de su muerte por el cónyuge, hijos, nietos o padres sobrevivientes. En los demás casos, se procederá únicamente por querrela del agraviado o de sus guardadores o representantes legales”.

Por lo demás, respecto a la fórmula “de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes [...]”, sólo basta apuntar en este acápite como en este aspecto se renueva el debate en torno a la naturaleza de la acción y la constitucionalidad o no de normas procesales que legislan sobre estas cuestiones, en virtud de las potestades reservadas y delegadas por la Constitución Nacional.

Hecha esta breve reseña introductoria sobre el estado de la cuestión legislativa, nos hallamos en condiciones de iniciar un camino tendente a discernir si nos hallamos o no ante manifestaciones del principio de oportunidad, cuando aludimos a delitos de acción privada, dependientes de instancia privada o la conversión de la acción pública en privada.

Ya desde antaño, Vélez Mariconde deja sentado que el art. 71 del Código Penal de la Nación rubricaba implícitamente el principio general de que la acción penal es pública, lo cual no habría tenido necesidad de precisar, si no hubiera instituido la categoría excepcional de las acciones privadas<sup>9</sup>. Recordemos que Vélez Mariconde concibe a la acción penal como pública, en virtud del objeto al cual alude y la finalidad perseguida, pues el Estado ha reivindicado el derecho de acusar en miras de concretar sus fines, preservar su propia vida y resguardar el orden jurídico social<sup>10</sup>. La acción penal, en tanto instrumento para aplicar las sanciones penales necesarias a la defensa, el mantenimiento del orden social y la pacífica convivencia de los ciudadanos, incumbe al Estado, por cuanto el delito que lesiona estos intereses exige la actividad estatal. Por tanto, la imperativa intervención del Ministerio Público emana del principio mismo de publicidad de la acción<sup>11</sup>.

Soler entiende a la acción pública como aquella regla imperativa del deber de ejercer oficiosamente la acción penal de los órganos del Estado, ya sea con o sin colaboración del particular damnificado u otro particular, salvo las excepciones predeterminadas de modo expreso<sup>12</sup>.

A la par, añade el jurista aludido que, además de contemplar el interés de la represión, la ley considera otras situaciones conducentes a exceptuar el principio de acción obligatoria<sup>13</sup>. Estos casos serían precisamente los:

- a) Delitos de instancia privada: donde el delito perpetrado afecta tan profundamente la esfera íntima y secreta de la persona, que amén

9 Cf. Vélez Mariconde, A. (1969). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Buenos Aires. Lerner, 278 y 282-283.

10 Ídem.

11 Ídem.

12 Soler, S. Ob. cit., T. II, 498-499.

13 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. II, 500-502; y Clariá Olmedo, J. A. (2004). *Derecho Procesal Penal*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 26.

de la gravedad del hecho, se respeta preferencialmente la voluntad del damnificado o sus legítimos representantes en orden a iniciar su ejercicio, en aras de evitar el *strepitus fori* sobre la intimidad ya lacerada<sup>14</sup>. Aquí, como se puede apreciar, se alude a hechos graves, donde para proceder se exige la denuncia o querrela de la víctima o sus representantes, de tal manera que, una vez iniciada la acción, ésta prosigue de oficio y resulta irrevocable como toda acción pública regida por los principios de legalidad e indivisibilidad<sup>15</sup>.

- b) Delitos de acción privada: donde el interés del Estado en incriminar hechos de menor gravedad no exorbita al interés del particular ofendido, quien no sólo debe promover la acción penal, sino también continuarla<sup>16</sup>. En efecto, se señala que tal es la particularidad del interés protegido que, si el ofendido no se expresa lesionado, en realidad no habría lesión alguna<sup>17</sup>.

Vélez Mariconde, Levene y Fierro estiman que desde una perspectiva técnica es una impropiedad la denominación delitos de acción privada e instancia privada, por cuanto la acción por su naturaleza es siempre pública<sup>18</sup>, aunque sea privado el órgano a cargo de su ejercicio, pues el propósito de todas las acciones penales es el castigo de una persona por la comisión de un delito<sup>19</sup>. Tal es así, que incluso los dos últimos doctrinarios proponen otra clasificación de las acciones en donde se refleje su carácter público<sup>20</sup>.

Acompaña esta apreciación Vázquez Rossi, quien afirma que la acción dependiente de instancia privada, en rigor de verdad, es una acción pública, únicamente sometida a un requisito de procedibilidad, comprendido por la manifestación de voluntad del ofendido de perseguir el delito mediante la denuncia, pero una vez formulada ésta, la acción prosigue idéntico itine-

14 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. I, 500-502.

15 Ídem.

16 Cf. ídem; y en igual sentido, véase Fierro, G. J. (2002), en AA. VV., *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencia*, 2ª Parte General (arts. 71/76), dir. Zaffaroni, E. R. – Baigún D., Buenos Aires. Hammurabi, 772-773.

17 Cf. Soler, S. Ob. cit., T. II, 500-502; y en el mismo sentido, véase Fontán Balestra, C. (1993). *Derecho Penal. Introducción y Parte General*. Buenos Aires. AbeledoPerrot, 711.

18 Cf. Vélez Mariconde, A. Ob. cit., T. II, 180; Levene, R. (h). Ob. cit., 167-168 y Fierro, G. J. Ob. cit., 772-773.

19 Cf. Fierro, G. J. Ob. cit. *ut supra*, ídem.

20 A tal fin, Levene propone sustituir la denominación de delitos de acción privada por delitos perseguibles a instancia de parte, en tanto Fierro siguiere la siguiente clasificación de las acciones originadas por el delito: a) acción pública, b) acción pública dependiente de instancia privada, y c) acción pública de ejercicio privado. Cf. Levene, R. (h). Ob. cit. *ut supra*, ídem; y Fierro, G. J. Ob. cit. *ut supra*, ídem.

rario al de la acción pública en todos sus efectos<sup>21</sup>. De modo que resulta irrelevante en este caso la expresión del ofendido en pos de mantener la instancia.

Por su parte, Vélez Mariconde considera que en las acciones denominadas privadas el Estado no sólo confiere al ofendido el poder jurídico de requerir la actuación de la ley penal, sino también le concede un derecho subjetivo e individual, además condicionante y enervador total de la potestad pública<sup>22</sup>; mientras al estudiar la acción dependiente de instancia privada, el jurisconsulto mentado explica que en ese caso el ofendido no ejerce la acción penal, pues sólo tiene una facultad de carácter sustantiva de provocar la promoción *ex ante* el proceso. En definitiva, se trata de una facultad de instar la promoción de la acción penal, más no es la promoción en sí. Aquí la ley libra al arbitrio del ofendido la ponderación de intereses familiares y sociales posiblemente agonales, de cara a expresarse por la afirmativa de iniciar un proceso, ya que su silente actitud deviene en desistimiento. Por consiguiente, una vez manifestada la voluntad favorable hacia la persecución, el poder dispositivo se evanece de manera irrevocable, y en el Estado reverbera la potestad de reprimir, por lo que se evidencia la naturaleza pública de la acción.

En lo que concierne a los delitos de acción privada, Maier observa un desplazamiento de los órganos de persecución penal estatal por el querer del ofendido o sus sustitutos dentro de un ámbito reservado por la ley a la autonomía de la voluntad en todas sus etapas, en donde el Estado sólo preserva el monopolio de la fuerza pública para canalizar la resolución del conflicto social producido, e impedir, así, que se dirima a través de la violencia de sus protagonistas<sup>23</sup>.

A la vez, respecto a los delitos de instancia privada, Maier avizora una persecución penal oficial, pero sometida a una condición, que cumplida habilita la acción y se torna irrevocable, amén de existir casos excepcionales en los cuales esta oficialidad se configura sin condicionamiento alguno<sup>24</sup>.

Cabe sopesar, especialmente, la exégesis de Maier sobre el inc. 2º del art. 72 del Código Penal de la Nación, mediante el cual se cataloga como delitos dependientes de instancia privada las lesiones leves, ya sean dolosas o culposas, e instituye que se procederá de oficio cuando mediaren razones de seguridad o interés público. Particular es la interpretación aprontada

21 Vázquez Rossi, J. E. (1995). *Derecho Procesal Penal. (La realización penal). Conceptos Generales*. T. I. Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 331.

22 Cf. Vélez Mariconde, A. Ob. cit., T. I, 278-281.

23 Maier, J. B. J. (2011). *Derecho Procesal Penal, II. Parte General, Sujetos Procesales*. Buenos Aires. Editores del Puerto, 669 y sigs.

24 *Ibidem*, 676-677.

por el nombrado, puesto que emparenta este supuesto a una proyección del principio de oportunidad, pero formulado de manera contraria a la habitual. Es que en lugar de describir la regla el caso genérico, en donde por lo general y sin condicionamientos existe la chance de prescindir de la persecución, en este caso de oportunidad encubierto surge la posibilidad de dejar de lado una condición inhibitoria de la persecución penal oficial, mediante la alusión del órgano estatal competente de razones de seguridad o interés público, no basadas en criterios objetivos pasibles de ser debatidos contradictoriamente<sup>25</sup>.

Una perspectiva singular en comparación con las ya descritas es la enseñada por Binder, quien emparenta los llamados delitos de acción privada y dependientes de instancia privada, tanto a problemas de oportunidad, como a criterios de selección de casos<sup>26</sup>.

Así, al mismo tiempo que afirma en los delitos de acción privada la existencia de un interés público comprometido (pues de lo contrario no habría una autorización para el ejercicio de la violencia del Estado) y la prevalencia de un vigoroso interés de la persona afectada, detecta dos clases de fundamentos de importancia<sup>27</sup>. Uno relacionado a la protección de ciertos bienes demasiado personales (ej.: honor), en donde es inconveniente dejar la acción en manos de funcionarios públicos para no incurrir en tentaciones moralistas; junto a otro fundamento, con asidero en razones de oportunidad, que imperan un diseño político-criminal ajustado a las circunstancias históricas y sociales, pues apuntan a la mejor capacidad de gestión de las víctimas en estos casos, de consuno a los problemas o abusos enseñados por las experiencias de las formas delegadas en actores estatales<sup>28</sup>.

En cuanto a los delitos dependientes de instancia privada, Binder explica que si bien en estos delitos se subordina el ejercicio de la acción pública a una autorización previa de la víctima fundada en razones históricas (ej.: el *strepitus fori* en los casos de ofensas sexuales), ciertamente antes, éstas son razones de oportunidad libradas a criterio del afectado<sup>29</sup>. Por tanto, a

25 *Ibidem*, 675.

26 Cf. Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 438-440 y 443-444.

27 *Ídem*.

28 No obstante, fuera de estos casos, en donde existe suficiente experiencia histórica que aconseja asignar las tareas en las víctimas de modo rígido y exclusivo en la ley, ya sea por la mayor capacidad de gestión y/o posibles abusos de actores estatales, repara en la conveniencia de utilizar mecanismos dinámicos y flexibles para adecuar el plan de persecución penal, de acuerdo a las condiciones particulares del caso o fenómeno criminal. Vale destacar que asimila este régimen flexible a la conversión de acciones, en donde a solicitud de la víctima, el fiscal autoriza la conversión de la acción pública en privada, en tanto no exista interés público gravemente comprometido. Cf. Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 438-440.

29 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 443.

su entender y a contrario *sensu* de la opinión tradicional, la víctima debería tener a su alcance la posibilidad de revocar esa autorización, por cuanto el motivo fundante de ésta norma imperativa (léase la revictimización o costos de persecución demasiado gravosos para el menoscabado directamente por el daño) justamente no congenia con la manda de obligar a la víctima a ponderar en una fase inicial cuáles serán las consecuencias del caso, dado que en ese estadio aún no es factible advertir con claridad esas circunstancias ulteriores<sup>30</sup>.

En cambio, Armenta Deu estipula que en los delitos privados o semi-privados no tendría lugar una manifestación del principio de oportunidad, pues son una derivación de una decisión legislativa de someter la persecución penal al principio dispositivo, y, en consecuencia, el ejercicio de la acción penal depende de la libre voluntad de los particulares, sin intervención alguna de facultad decisoria del fiscal<sup>31</sup>. De hecho, en el supuesto de denuncia (en nuestra terminología jurídica hipótesis equipolente a delitos de instancia privada) existe un desistimiento del Estado de ejercitar el *ius puniendi* en caso del ofendido no incoar el proceso penal, por cuanto se trata de una condición objetiva de procedibilidad fundada en la ponderación de cuestiones relacionadas a determinadas esferas íntimas de las personas facultadas a instar la acción penal, en donde se cree que la intervención judicial puede –en ciertas circunstancias– causar más daño que la propia renuncia al ejercicio de la acción penal.

Al parecer de Marchisio, exceden al concepto de principio de oportunidad estas situaciones (léase obstáculos procesales de perseguibilidad) en las cuales el legislador libra la promoción de la acción penal al querer de las víctimas, pues aquí el Estado repliega su posición frente al ámbito privado, y en concreto, constituye una excepción al principio de oficialidad<sup>32</sup>. De ahí que según su concepción estricta del principio de oportunidad, estos supuestos (previstos en los arts. 72 y 73 del Código Penal de la Nación) no se subsumirían en esta categoría, ya que nos hallaríamos ante el poder dispositivo de los particulares en el marco de decisiones particulares, mas no en el mismo ámbito de aplicación del principio de legalidad procesal, o en otras palabras, en un campo ligado al poder público de los fiscales –con o sin contralor jurisdiccional– de determinar dentro de un espacio de discrecionalidad si promueven o no la acción penal o la desisten una vez incoada<sup>33</sup>.

30 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 444.

31 Cf. Armenta Deu, T. (2008). “Estudios sobre el Proceso Penal”. En *Colección de Autores de Derecho Penal* (dirigida por Donna, E. A.). Santa Fe. Rubinzal Culzoni, 222-223.

32 Vide Marchisio, A. (2008). *Principio de oportunidad, Ministerio Público y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 114-115.

33 Ídem. Cabe reparar en cierta contradicción en estas definiciones de Marchisio, pues

En cuanto al instituto de la conversión de la acción pública en privada<sup>34</sup>, ha de señalarse que en parte de la normativa procesal de las provincias la adopción de criterios de oportunidad tiene por efecto extinguir la acción penal con relación a la persona en cuyo favor se decide<sup>35</sup>, salvo que proceda la conversión de la acción penal pública en privada<sup>36</sup>, a la cual puede acceder la víctima en ciertas circunstancias.

Este novedoso régimen caracterizado como flexible, y emparentado a una expresión del principio de oportunidad por Binder<sup>37</sup>, también comprende la chance de que la víctima pueda solicitar al fiscal su autorización para convertir la acción pública en privada frente a determinados delitos, en tanto no existiera un interés público gravemente comprometido<sup>38</sup>. Las limitaciones que delimitan esta alternativa pueden variar<sup>39</sup>, pues dependen de determinaciones político-criminales orientadas a alcanzar mayor eficacia o eficiencia en uno o un segmento de casos<sup>40</sup>; y a redireccionar los recursos del Ministerio Público Fiscal<sup>41</sup>.

---

aquí niega que estos supuestos constituyan una expresión del principio de oportunidad en sentido estricto, pero luego al definir a este principio en ob. cit. *ut supra* (p. 181), incorpora a los delitos dependientes de instancia privada dentro de su definición.

34 Que ha generado adeptos como Félix Crous (véase versión taquigráfica de la sesión de Senadores del 4-11-2014, 61; y oposiciones como la de Julio B. J. Maier). Cf. mismo documento, 12; y Maier, J. B. J. (2015). *Derecho Procesal Penal, III. Parte General, Actos Procesales*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 236.

35 En esa inteligencia, la Ley N° 27.147 sustituyó el art. 59 del Código Penal e incorporó a las causales de extinción de la acción penal la aplicación de un criterio de oportunidad, de conformidad con lo previsto en las leyes procesales correspondientes (art. 1° de ley citada).

36 Desde la reforma del CP auspiciada por la Ley N° 27.147, se consideran acciones privadas a “las que, de conformidad con lo dispuesto por las leyes procesales correspondientes, surgen de la conversión de la acción pública en privada o de la prosecución de la acción penal por parte de la víctima” (art. 73, CP). En este sentido, pueden verse los arts. 45, CPP de Chubut y 180, ter., inc. 1°, CPP, de Río Negro.

37 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 422 y 440-441.

38 Otro supuesto de conversión no relacionado al principio de oportunidad, sino a la figura del querellante autónomo, se da cuando a solicitud de la víctima, la acción pública muda en privada debido a que el Ministerio Público Fiscal solicitó el sobreseimiento al momento de la conclusión de la investigación preparatoria. Véase, a modo de ejemplo, el supuesto previsto en el art. 33 del Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por Ley N° 27.063, que luego fuera suspendido.

39 Así, por ejemplo, el nuevo Código Procesal Penal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, y luego suspendido, contemplaba la posibilidad de convertir la acción pública en privada con el consentimiento del fiscal, en tanto se trata de un delito que requiriera instancia de parte, o de lesiones culposas, y no existiera un interés público gravemente comprometido (*vide* art. 33, CPPN citado).

40 Cf. Binder, A. M. Ob. cit. *ut supra*, T. II, 440-441.

41 Cf. Solimine, M. A. (2015). *Bases del Nuevo Código Procesal Penal de la Nación, Ley N° 27.063*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 131.

Hecho este repaso sobre las diversas posiciones adoptadas respecto a si los delitos de acción privada, los dependientes de instancia privada y la conversión de la acción pública en privada configuran proyecciones del principio de oportunidad, nos hallamos en condiciones de intentar encontrar una respuesta a este interrogante.

En primer término, ha de señalarse que dejaremos planteada para otra ocasión la discusión *in extenso* sobre la validez de la clasificación entre delitos de acción pública, delitos de acción privada y delitos dependientes de instancia privada, como así también el argumento de Binder relativo a las tentaciones moralistas sorteadas mediante los delitos de acción privada, dado que exorbita el objeto formal de esta investigación.

Sin embargo, no es ocioso señalar sobre las tentaciones moralistas que la justicia pertenece a la moral, ya que lo justo es parte de lo bueno. Tal es así, que el Estado por intermedio del legislador, inevitablemente, impone preceptos de índole moral tendentes a procurar la justicia entre los hombres y que las conductas no dañen al prójimo, a través de la conminación de castigos a quienes efectúen determinados actos exteriores sumamente graves e intrínsecamente malos (v. gr., homicidio, lesiones, etc.) para la conservación y la preservación del justo orden de la comunidad política<sup>42</sup>.

En este sentido, basta con añadir que el realismo clásico ya ha enseñado que es intención del legislador hacer buenos a los hombres e inducirlos al ejercicio de la virtud, por cuanto si los ciudadanos no son virtuosos y no se hallan proporcionados al bien común de la ciudad, resulta imposible alcanzar este *bonum commune*. No olvidemos que la subsistencia de la comunidad política exige leyes destinadas a reforzar el cumplimiento de ciertas normas morales fundamentales en orden a lograr una vida pacífica y armónica de los integrantes de la sociedad<sup>43</sup>.

Efectuada esta brevísima digresión, en consonancia con lo explicitado por Armenta Deu y Marchisio, se impone reafirmar la inexistencia de una manifestación del principio de oportunidad en los delitos de acción privada, pues se evidencia en este supuesto una decisión legislativa de conferir el poder dispositivo de la acción penal a los particulares, de modo que no se observa ámbito de discrecionalidad alguno de parte de los fiscales, en

42 Cf. en extenso Tale, C. (2010). “Los legítimos fines de la pena jurídica”. En AA. VV. *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad* dirigido por Hernández, H. H. 1ª ed. Buenos Aires. Cathedra jurídica, 244-245; y Hernández, H. H. “Pena y virtud”. En *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, ob. cit. *ut supra*, cap. VII.1.4, 399-401.

43 Puede verse Aristóteles (2003). *Ética a Nicómaco*, L. I, C. 1. Madrid. Gredos; Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*. Madrid. BAC, I-II, q. 92, a.1 y 95, a.1; Repetto, A. (2009). “El Derecho Penal realista y una aproximación al bien común”. En *Diario de Política Criminal*, N° 235-1246. Buenos Aires. El Derecho.

orden a definir si promoverán, suspenderán o desistirán la imperativa persecución del delito ante la noticia criminal. Por el contrario, aquí la regla rectora es la disponibilidad de la acción en manos de la voluntad de los particulares.

En lo que importa a los delitos dependientes de instancia privada, tampoco se advierte expresión alguna del principio de oportunidad, dado que nos hallamos frente a una condición de procedibilidad o excepción al principio de oficialidad, que el legislador libró a la autonomía de la voluntad de las víctimas; pero una vez ejercitada perime ese hiato de la indisponibilidad de la acción penal del órgano estatal de persecución, y ésta prosigue de oficio e irrevocablemente, como toda acción pública informada por los principios de legalidad e indivisibilidad.

Incluso, es atinado añadir que si fuera revocable esta facultad de instar la promoción de la acción penal en nada modificaría lo recién vertido, por cuanto el fiscal no tendría espacio de discrecionalidad para evaluar si dispone o no de la acción penal, al depender esa decisión (léase la revocación), exclusivamente, de la voluntad de la víctima.

En cuanto a la posibilidad de espigar en el inc. 2º del art. 72 del Código Penal de la Nación una suerte de criterio de oportunidad velado y formulado a la inversa, ha de descartarse esa interpretación, ya que el principio rector de los delitos dependientes de acción privada es precisamente la facultad de instar la promoción del ejercicio de la acción en manos de la víctima, dentro de una primera fase. Por tanto, lo que en rigor de verdad contempla la norma es una legalidad procesal instituida como excepción, frente a una facultad particular de instar la promoción de la acción erigida en regla.

En este supuesto, los órganos públicos encomendados de la persecución penal no son facultados a prescindir discrecional y excepcionalmente de la acción ante la noticia de un hecho punible, impronta definitoria del principio de oportunidad. Al contrario, se los impera a proceder de oficio y sin margen de discrecionalidad alguno ante la configuración de ciertas condiciones, previstas por la ley expresamente de la siguiente manera:

- a) La muerte de la persona ofendida o lesiones gravísimas previstas en el artículo 91 del Código Penal de la Nación como resultado del abuso sexual (simple, gravemente ultrajante o con acceso carnal); el abuso sexual gravemente ultrajante o con acceso carnal con personas menores de 16 años y el rapto (art. 72, inc. 1º, CP).
- b) Razones de seguridad o interés público frente a lesiones leves (art. 72, inc. 2º, CP).
- c) En todos los delitos mencionados, más el impedimento de contacto de los hijos menores con sus padres no convivientes (art. 72, inc. 3º,

CP), cuando fueren perpetrados contra un menor sin padres, tutor o guardador; o el victimario resultare uno de sus ascendientes, tutor o guardador; o existiesen intereses gravemente contrapuestos entre algunos de éstos y el menor, en tanto fuera más conveniente para el interés superior de éste (art. 72, CP, *in fine*).

Aquí, con independencia de si las razones de seguridad o interés público, e incluso podríamos agregar los alcances de lo más conveniente para el interés del menor, son conceptos que entrañan cierta textura abierta en el orden interpretativo sobre cuándo se dan o no. Por cierto, su existencia impone necesariamente como deber la persecución de oficio y no brinda espacio de discrecionalidad para desentenderse del ejercicio de la acción penal. Es que, en este caso, el Ministerio Público Fiscal debe proceder de oficio ineludiblemente y por iniciativa propia, sin necesidad de excitación extraña alguna. De modo que fácilmente, comprobamos que en estos supuestos excepcionales del art. 72 del Código sustantivo se recorre el camino inverso al principio de oportunidad, por cuanto no se encausa a dotar al fiscal de la facultad de prescindir de la acción penal, sino por el contrario, se lo encamina a su imperativa concreción.

En lo concerniente a la conversión de la acción pública en privada, ha de precisarse que, en los supuestos de mutación de ésta, en virtud de lo peticionado por la víctima frente al sobreseimiento solicitado por el fiscal o el archivo dispuesto por aplicación de un criterio de oportunidad, se hace patente la ausencia de una expresión del principio de oportunidad, por cuanto no se vincula con ninguno de sus elementos definitorios.

Disímil es la conversión operada cuando la víctima solicita al fiscal esta transformación de la acción pública en privada ante determinada clase de delitos, en tanto no exista un interés público gravemente comprometido. Es que, en esta circunstancia, el Ministerio Público Fiscal goza de una facultad discrecional para desistir de la persecución penal frente a ciertos delitos de acción pública, con asidero en razones político-criminales y criterios signados por una mayor eficiencia. Claro que, en este caso, subyace la peculiaridad de que de la decisión fiscal depende de la solicitud incoada por la víctima, y además de enseñar su avenencia con lo peticionado, mudará la naturaleza de la acción penal.

Respecto a esta proyección del principio de oportunidad, amerita madurar algunas reflexiones. En primer lugar, *prima facie* debe advertirse por lo afirmado, entre otros, por Vélez Mariconde, Levene y Fierro, que la naturaleza de la acción penal es siempre pública. Desde una perspectiva realista clásica, no podemos obviar que la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino los más graves, o sea, aquellos actos exteriores y lesivos de otros, sin cuya

prohibición, no podría conservarse la sociedad<sup>44</sup>, pues la ley humana no prohíbe todo lo contrario a la virtud, sino que le es suficiente con prohibir lo destructivo de las relaciones sociales<sup>45</sup>.

Podemos percibir, entonces, que la ley penal protege bienes jurídicos mediante prohibiciones de actos sumamente gravosos para la tranquila convivencia y ordena conductas en pos del bien común, de por sí imperativas a sus destinatarios, aunque éstos posean libertad en orden a cumplirlas. De ahí que el legislador debe prever la coacción jurídica indispensable para concretar su cumplimiento, pues la obligación constituye una forma de necesidad de fin y el orden jurídico no puede tolerar su quebrantamiento, por cuanto de esa manera se vería comprometida su existencia en tanto orden a fin<sup>46</sup>.

Resulta ineluctable enfatizar que la ley penal no prohíbe todos los vicios, sino tan sólo los más graves. Es decir, aquellos de los cuales es factible a la mayor parte de la multitud su abstención, tal como brota del fecundo magisterio del Aquinate<sup>47</sup>. De por sí, la ley penal ampara los bienes de los seres humanos necesarios para alcanzar la plenitud o culmen moral en la comunidad en donde viven, como partes de un todo u orden, cuyo fin radica en el bien común de todos los integrantes del cuerpo de la sociedad<sup>48</sup>. De hecho, un significativo grupo de estos bienes son debidos a las personas por el mero hecho de ser hombres, y, por ende, pertenece a lo justo natural reconocerlos.

Tal es así, que la ley penal jamás puede volverse disonante con la ley natural<sup>49</sup>, pues cesaría de ser ley debido a su corrupción<sup>50</sup>. Merced a esto es que determinados actos intrínsecamente malos en razón de su objeto (como por ejemplo: el aborto, los homicidios, el genocidio, la eutanasia, todo lo conculcador de la integridad de la persona, y lo ofensivo a la dignidad

44 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a. 2. Se sigue aquí y en adelante la ed. primera (1990) de la BAC (cuarta reimpression del año 2001), Madrid.

45 Vide Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, II-II, q. 77, a.1, resp. a obj. 1. Aquí se sigue de la S.T. la 1ª ed. de la BAC, Madrid, 1998.

46 Seguimos de cerca a Repetto, A. (2007). "Otras precisiones sobre el Derecho Penal Realista (hecho, valor y norma)". En *Diario de Política Criminal*, N° 11.910. Buenos Aires. El Derecho, 21 de diciembre de 2007.

47 Cf. Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*. 1ª ed. Madrid. BAC, I-II, q. 96, a. 2.

48 Cf. Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". Ob. cit., acápite 9.9.

49 Vale añadir que toda atribución o medida positiva antagónica a un Derecho Natural no origina un genuino derecho y adolece de invalidez, pues al venir determinado lo justo por la naturaleza, la ley positiva contraria a lo justo es injusta, y en consecuencia no es Derecho, por cuanto Derecho es lo equipolente a lo justo. Cf. Hervada, J. (1994). *Introducción crítica al Derecho Natural*. 8ª ed. Pamplona. EUNSA, 113.

50 Cf. Santo Tomás de Aquino (2001). *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a.6 y 95, a.2.

humana)<sup>51</sup> son gravemente ilícitos en todo tiempo, y por ello, no sólo anandan toda posibilidad de “espacio moralmente aceptable para la creatividad de alguna determinación contraria”<sup>52</sup>, sino que además imperan a la autoridad pública a prevenirlos y reprimirlos.

Ha de remarcar que los delitos son actos humanos realizados en perjuicio de otro, con incidencia en detrimento de toda la comunidad política<sup>53</sup>, pues a partir de las lecciones del preclaro Santo Tomás de Aquino podemos discernir lo siguiente:

“El mérito y demérito se dicen por orden a la retribución que se hace según justicia. Pero se le hace a uno retribución según justicia porque obra en provecho o en perjuicio de otro. Ahora bien, hay que tener en cuenta que cualquiera que viva en una sociedad, es en cierta medida parte y miembro de toda la sociedad. Luego quienquiera que hace algo para bien o para mal de alguien que vive en sociedad, esto redundará a toda la sociedad; como quien hiere una mano, consiguientemente hiere al hombre. Luego, cuando uno obra para bien o para mal de otra persona singular, le corresponde de dos modos razón de mérito o de demérito. Uno, porque le debe retribuir la persona singular a la que ayuda u ofende. Otro, porque le debe retribución todo el colectivo. Además, cuando uno ordena su acto directamente para bien o para mal de todo el colectivo, le debe retribución primero y principalmente todo el colectivo, en efecto, pero secundariamente todas las partes del colectivo”<sup>54</sup>.

Como explica Repetto, “el acto justo perfecciona la relación con el otro o con algo del otro, al cual se le da lo que se le debe o lo que corresponde, conforme al título que (ese otro) ostenta”<sup>55</sup>. Por tanto, añade el citado que la comisión de un delito fractura la igualdad, la cual debe ser restablecida mediante el castigo de quien cometió el acto injusto y sacó un provecho o ganancia con su ilícito accionar. De ahí que la imperativa aplicación de la pena se encuentre enhiesta entonces así, tanto en una razón de justicia conmutativa, como en la conservación de la concordia de la comunidad y la

51 San Juan Pablo II señala, entre aquellos actos que independientemente de las circunstancias son siempre gravemente ilícitos por razón de su objeto, a (entre otras manifestaciones): todo lo opuesto a la vida (homicidios, de cualquier género, aborto, eutanasia, genocidios, suicidio voluntario); todo lo conculcador de la integridad de la persona humana (mutilaciones, torturas corporales y mentales, intentos de coacción psicológica), y todo lo ofensivo para la dignidad humana (condiciones infrahumanas de vida, encarcelamientos arbitrarios, deportaciones, esclavitud, trata de personas). Cf. San Juan Pablo II (1993). *Veritatis Splendor*. Buenos Aires. Claretiana, n° 67.

52 Cf. San Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, n° 80.

53 Cf. Repetto, A. (15 de jun. de 2007). “La importancia del Derecho y del Derecho Penal”. En *Diario de Política Criminal*, N° 11.780. Buenos Aires. El Derecho, acápite 4.2.

54 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 21, a. 3.

55 Cf. Repetto, A. “Otras precisiones sobre...”. Ob. cit., acápite 6.5.

restitución del orden, ambos factores elementales para la consecución de la paz social<sup>56</sup>.

La meditación de Repetto es clave asimilarla, pues si la misión fundamental del Estado (comunidad perfecta) es el bien común temporal (o sea, su fin específico), y entre los elementos principales de éste nos encontramos con la justicia, el orden y la seguridad, podemos concluir que, por una razón de justicia, la autoridad pública (léase la encargada de dar a cada uno lo suyo) debe aplicar la sanción penal ante la perpetración de un delito, en miras de alcanzar la paz o tranquilidad de la ciudad<sup>57</sup>.

Todo lo expuesto nos permite entrever que en el supuesto de conversión de la acción sopesado nos hallamos ante una inepticia, pues si el legislador tipifica como delitos<sup>58</sup> de acción pública los actos más gravosos para el todo social y anuncia la imposición de la pena en orden a retraer a quienes se encuentren dispuestos a cometer esas clase de hechos ostensiblemente conspiratorios contra el bien común político, resulta sumamente contradictorio dotar al fiscal de un margen de discrecionalidad en pos de evaluar si se halla gravemente comprometido el interés público. Es que precisamente, tal como se explicó en este apartado, la significación, especial trascendencia y afectación del interés público de las conductas en cuestión es el motor que impera al legislador a introducir las en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública para preservar las relaciones sociales y conservar la paz social.

Naturalmente, convertir ciertas figuras delictivas en delitos de persecución privada constituye una contradicción con los fundamentos axiológicos del Derecho Penal descriptos. En efecto, si el Estado se desentendiera de estos casos y librara la persecución penal al accionar de los particulares, en realidad demostraría que estos supuestos no deberían haber sido tipificados como delitos (de acción pública), pues claramente no tendrían entidad suficiente para ultrajar la tranquila convivencia, y, por consiguiente, no despertarían el interés de la comunidad política en esta clase de hechos, ni deberían preverse como hechos penales (de acción pública)<sup>59</sup>.

56 *Ibidem*, 6.5 y 6.6; y Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". *Ob. cit.*, acápite 9.9.

57 *Cf.* Repetto, A. "El Derecho Penal realista...". *Ob. cit.*, acápite 9.9.

58 Tal vez baste con la nominación delitos y sea innecesario el agregado de acción pública. Empero adunamos ese carácter para que sea más comprensible el supuesto estudiado; y, además, porque la determinación de si es adecuada o no la clasificación de los delitos o si debe existir esa división debe ser objeto de otra investigación.

59 Pastor también reprueba la conversión de la acción en cuestión, aunque parte de una perspectiva diferente, pues su visión se afinca en el Derecho Penal mínimo preconizado por Ferrajoli. No obstante, el doctrinario aludido también niega la validez axiológica de esta práctica, por cuanto si el Estado enseña desinterés respecto de estas conductas no debería configurarlas como delitos de acción pública y correspondería derogarlas, en línea con un Derecho

## 2.b. Insignificancia

En lo que importa a la insignificancia es pertinente efectuar distinguos entre la material y la procesal (o sea, la relacionada *stricto sensu* con el principio de oportunidad), pues si bien ambas poseen puntos de contacto, ciertamente la primera se basa en categorías tendentes a considerar atípicas nimias afectaciones de bienes jurídicos; en tanto el asidero de la segunda, responde a razones político-criminales de relocalización o de eficiencia<sup>60</sup>.

Desde el prisma dogmático, Welzel desarrolló originariamente la teoría de la adecuación social del hecho, que ponderaba a ciertas acciones socialmente adecuadas dentro del orden ético social de la vida comunitaria; y, por tanto, no podían encastrar jamás en un tipo penal, amén de subsumirse literalmente en el mismo<sup>61</sup>.

Sin embargo, el preconizador del principio de insignificancia será Roxin<sup>62</sup>, quien lo habría derivado del principio *minimis non curat praetor*<sup>63</sup>. El jurista alemán, al tratar puntualmente esta cuestión, especifica que en estos supuestos (ej., pequeño regalo de año nuevo al cartero) no habría lesión al bien jurídico amparado por los preceptos debido a la insignificancia del hecho, y por consiguiente, debe ser excluido del tipo, no obstante hallarse la conducta prevista de manera literal en la ley<sup>64</sup>.

El concepto de insignificancia también es tratado por Zaffaroni, quien explica, a partir de su teoría de la tipicidad conglobante<sup>65</sup>, que esta

---

Penal deflacionario. Lo mismo propone con relación a los delitos de acción privada, ya que las penas leves o respuestas no privativas de la libertad contempladas por las leyes expresan un desinterés estatal en estos hechos, desde su misma genealogía; pues de lo contrario, hubieren sido legislados como delitos de acción pública. Cf. Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 222-224.

60 Se sugiere leer a Binder, A. M. Ob. cit., T. II, 436-437.

61 *Vide in extenso* Welzel, H. (2002). "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista". En colección *Maestros del Derecho Penal*. Buenos Aires. B de f, 84 y sigs.

62 Así lo entienden, por ejemplo, Marchisio (Marchisio, A. Ob. cit., 276) y Zaffaroni, citado por Chiara Díaz, C. A.; Grisetti, R. A.; Obligado, D. H. (2012). *La acción procesal penal. El rol del Ministerio Público Fiscal y las víctimas en el debido proceso*. 1ª ed. Buenos Aires. La Ley, 202. Lo cierto es que Roxin habría sido pionero en desarrollar este principio en 1964, puntualmente en su libro titulado *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*.

63 Que se traduce en la máxima de que el tribunal no trata con pequeñeces.

64 Vale añadir que Roxin explicita que no basta la teoría de la adecuación social, por cuanto es inespecífica y puede reemplazarse con criterios más precisos, como los por él propuestos. *Vide* Roxin, C. (1997) *Derecho Penal - Parte General* -. 1ª ed., T. I. Traducción de la 2ª ed. Alemana. Madrid. Civitas, reimp. de 2001, 292-296.

65 En su esquema la tipicidad penal exorbita la legal, pues la prohibición de la norma debe ponderarse a la luz del orden jurídico que integra. Por tanto, la tipicidad conglobante puede estrechar el marco de lo aparentemente prohibido por la tipicidad legal, como por ejem-

noción se desprende no sólo del principio de *ultima ratio*, sino también del principio republicano, del cual deriva el principio de proporcionalidad, esencial por cuanto demanda cierta relación entre la lesión provocada al bien jurídico y la sanción penal<sup>66</sup>. Ejemplifica ello explicitando la irracionalidad de considerar el hecho de arrancar un cabello como una lesión, o emparentar el apoderamiento de una cerilla ajena con un hurto, entre otros ejemplos<sup>67</sup>.

Vale agregar que el mismo Rusconi plantea la inviabilidad del funcionamiento del sistema punitivo sin proporcionalidad, no sólo a través de la idea de que lo insignificante no puede resultar punible, sino porque el total del esquema dosimétrico de distribución de conminaciones penales se halla erigido sobre ella<sup>68</sup>.

Desarrollado el concepto de insignificancia material y sus bemoles, nos hallamos en condiciones de tratar el caso de la insignificancia procesal, que es más abarcador en comparación con el primer supuesto<sup>69</sup>.

Rusconi, Binder y Pastor explican que si una acción es insignificante no resulta punible por no haber superado uno de los tamices de la teoría del delito<sup>70</sup>. Entonces, podemos inferir que la insignificancia en cuanto a expresión del principio de oportunidad se configura cuando de acuerdo al principio de proporcionalidad no se alcanza un grado suficiente para inferir la atipicidad de la conducta<sup>71</sup>.

---

plo sucede en los casos de insignificancia, que al no afectar al bien jurídico debe reputárselos atípicos.

66 Cf. Zaffaroni, E. R.; Alagia, A.; Slokar, A. (2005). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires. Ediar, 130 y 494-495.

67 Ídem.

68 Rusconi, M. (2009). *Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 161.

69 Maurach explica que ante los delitos de bagatela la solución jurídico-material presenta la ventaja de señalar la ley con anterioridad a los criterios aplicables. En cambio, explica que de procurarse una solución procesal para los delitos de poca monta se requiere de una reformulación del principio de legalidad. Por lo demás, añade que desde el prisma del Estado de Derecho esta última opción extensiva del principio de oportunidad no resulta intachable. Cf. Maurach, R. (1994). *Derecho Penal, I. Parte General, Teoría general del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Buenos Aires. Astrea, 218.

70 Vide Rusconi, M. (1995). *Sistema del hecho punible y política criminal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 78, según cita de Marchisio, A. Ob. cit., 291; Binder, A. M. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 22; y Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 47.

71 Algunos doctrinarios establecen que para determinar el contenido del principio de oportunidad por insignificancia es indispensable recurrir a principios del Derecho Sustantivo. Vide Aguad, D. S.; Bazán, N.; Biancotti, D.; Gorgas, M.; Olmedo, B. (2011). "La regulación del principio de oportunidad. Sistematización comparativa de las Legislaciones provinciales que receptan institutos de oportunidad procesal". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Instituto de Ciencias Penales, 5-6; y Marchisio, A. Ob. cit., 292.

Puede deducirse de lo afirmado que la insignificancia procesal es un concepto relativo que se justifica esencialmente en una reorientación de la capacidad operativa del Ministerio Público Fiscal para perseguir los hechos más importantes, de conformidad con lo económicamente conveniente desde una perspectiva institucional, pues a través de esta proyección del principio de oportunidad se le otorga prevalencia a la persecución de hechos socialmente más cuantificables respecto a otros de menor relevancia<sup>72</sup>.

En concreto, los objetivos político-criminales delineados por el organismo persecutor, la economía procesal y una ponderación racional de los casos ingresados al sistema son los que demarcan la aplicación de la insignificancia procesal. Simplificando, ya no es la entidad o significación del hecho en cuanto delito el baremo delimitador, sino el interés suscitado en orden a la cantidad de recursos disponibles, los costos sociales provocados por los delitos y la estrategia político criminal del órgano persecutor.

Lo hasta aquí expuesto permite entrever que de prevalecer el principio de insignificancia procesal se abre camino a lo veleidoso. Claramente al tropezar con su recepción difusa e imprecisiones análogas en distintos códigos procesales de las provincias<sup>73</sup>, el Código Procesal Penal de la Nación, aprobado por Ley N° 27.063 (luego suspendido)<sup>74</sup>, y el Anteproyecto de Código Penal redactado por la comisión designada por Decreto N° 672/2012<sup>75</sup>, en donde se habilita al fiscal a no promover o desistir de la acción cuando se tratare de hechos de menor significación o que no afectaren gravemente el interés público, se disparan interrogantes en torno a cuál es el criterio delimitador en estos supuestos, si no es el mero arbitrio del fiscal<sup>76</sup>.

Los peligros de una delimitación vaga y abstracta de las condiciones de aplicabilidad del principio de oportunidad se hacen patentes ante la dificultad de objetivizar estos conceptos, pues se abre un resquicio para que

72 En este sentido pueden verse Binder, A. M. *Introducción...* Ob. cit., 221; Solimine, M. A. Ob. cit., 127; y Rusconi, M. *Sistema del hecho punible y política criminal*. Ob. cit., 79, según cita de Marchisio, A. Ob. cit., 293.

73 Cf. a modo de ejemplo las fórmulas utilizadas en los arts. 199 del Código Procesal Penal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 56 bis del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, 180 ter (inc. 1°) del Código de Procedimiento Penal de Río Negro, art. 19 del Código Procesal Penal de Santa Fe.

74 Cf. art. 31, inc. a.

75 Vide art. 42.3, a).

76 Cf. *in extenso* Romero Berdullas, C. M. (2016). "Derecho Penal Líquido: Derrame de la expresión constitucional". En AA. VV., *Forum IV*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Buenos Aires. EDUCA, 119-182.

los fiscales decidan, arbitraria y veladamente, si se impulsa o no la acción penal. En efecto, esto podría degenerar en un activismo judicial ilimitado de los custodios de la legalidad (léase los fiscales), pues al librarse la guarda de la ley penal a interpretaciones arbitrarias o pragmáticas de los fiscales, paradójicamente podría sentenciarse a la liquidez y sin razonabilidad alguna al primer principio de una justicia penal emparentada con el bien común político<sup>77</sup>.

Lo cierto es que esta manifestación del principio de oportunidad puede propiciar un personalismo exacerbado del fiscal, tendente a vaciar de certidumbre ese ligamen perdurable entre la infracción de la ley penal y su consecuente sanción. Por tanto, la ley penal podría ingresar en una fase líquida, donde la solidez de los bienes jurídicos y la reafirmación de su validez inexorablemente se disolverían. De modo que esto nos alerta acerca de los riesgos de una insignificancia procesal, particularmente apta para diluir la ley penal, al punto de insuflarla con los caracteres de precariedad, liviandad y revocabilidad, todos calificativos utilizados por Bauman<sup>78</sup> al cartografiar la liquidez latente en la sociedad actual<sup>79</sup>.

A la vez, cabe reparar que la no afectación del interés público, menor significación e insignificancia (procesal) de la conducta sobre la cual el fiscal adopte un temperamento no persecutorio enseña una inconcusa contradicción con la decisión adoptada por el legislador al tipificar ese hecho como delito de acción pública. Precisamente, la significación, gran trascendencia y afectación del interés público de las conductas es un aspecto esencial para que el legislador las introduzca en el Código Penal con el carácter de delitos de acción pública.

Por último, cabe abreviar en algunas meditaciones ofrecidas por Repetto a través de su fecundo magisterio, al analizar unos de los proyectos de reformas al Código Penal de la Nación<sup>80</sup> y estudiar la conveniencia o no del ingreso del principio de oportunidad.

En línea con Santo Tomás de Aquino, el profesor afirma que el fin de la ley (o sea, su causa final) es el bien común, pues denominamos “cosas legales

77 Ídem.

78 Vide Bauman, Z. (2013). *Vida líquida*. Buenos Aires. Paidós, 9-25.

79 Vide Romero Berdullas, C. M. (2015). “#Proceso Acusatorio: ¿Hashtag Constitucional?”. En *Forum*, Anuario del Centro de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, n° 3. Buenos Aires. EDUCA.

80 El trabajo de Repetto fue presentado el 28 de julio de 1999 en el Ministerio de Justicia de la Nación y contuvo observaciones sobre las reformas al Código Penal de la Nación propuestas por el Proyecto de ley. Vide Repetto, A. (marzo, 2000). “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”. En *Prudentia Iuris*, N° 51. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”. Buenos Aires. EDUCA.

justas a las que promueven y conservan la felicidad y todos sus requisitos en la convivencia política [...]”<sup>81</sup>. Por tanto, infiere que de estas premisas no se evidencia con claridad una ordenación al bienestar común del principio de oportunidad aplicado al ejercicio de la acción penal<sup>82</sup>.

Con el propósito de discernir en qué medida dicho principio procura el bien común o bienestar general, Repetto procede a citar al Aquinate, quien nos enseña:

“[...] sucede a veces que un precepto generalmente provechoso para todos resulta perjudicial, bien para una persona concreta, bien en un caso determinado, porque impide un bien mayor o porque incluso origina algún daño [...] Por eso, el rector de la comunidad tiene poder para dispensar de las leyes humanas que dependen de su autoridad, concediendo licencia para que el precepto no sea observado por aquellas personas o en aquellos casos en que la ley resulta deficiente. Si esta dispensa la concede sin atender a estas razones y por su sola voluntad, sería un dispensador infiel o imprudente; infiel, si no mira el bien común; imprudente, si ignora la razón por la que dispensar [...]”<sup>83</sup>.

Añade el Doctor Angélico:

“[...] si surge un caso en que esta ley es dañosa para el bien común, no se debe cumplir. Si, por ejemplo, durante un asedio se establece la ley de que las puertas de la ciudad permanezcan cerradas, esto resulta provechoso para la salvación común en la generalidad de los casos. Pero si acontece que los enemigos vienen persiguiendo a algunos ciudadanos de los que depende la defensa de la ciudad, sería sumamente perjudicial para ésta que no se le abrieran las puertas. Por lo tanto, en este caso, aún contra la letra de la ley, habría que abrir las puertas para salvar la utilidad común intentada por la ley. Hay que advertir, sin embargo, que si la observancia literal de la ley no da pie a un peligro inmediato al que se haya de hacer frente sin demora, no compete a cualquiera interpretar qué es lo útil o lo perjudicial para el Estado, sino que esto corresponde exclusivamente a los gobernantes, que con vistas a estos casos, tienen autoridad para dispensar de las leyes. Pero si el peligro es inmediato y no da tiempo para recurrir al superior, la misma necesidad lleva aneja la dispensa, pues la necesidad no se sujeta a la ley”<sup>84</sup>.

81 Cf. Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 90, a. 2.

82 *Vide in extenso* Repetto, A. “Comentarios a...”. Ob. cit.

83 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 96, a.6. y 97, a.4.

84 *Ibíd.*, I-II, q. 96, a.6.

Luego de examinar la sentencia del Doctor universal de que cuando “[...] se le dispensa a uno de cumplir la ley común no se ha de hacer con detrimento del bien común, sino precisamente para que el bien común salga favorecido”<sup>85</sup>, Repetto pasa su aguda criba sobre la posibilidad de desistir de la persecución penal, si el objeto hurtado o dañado es de escaso valor, en clave con la idea de renunciar a ésta en aquellos casos en donde el interés público resultare insignificante por la naturaleza de los hechos y el gravamen causado.

El egregio maestro pone de manifiesto que esta decisión es adoptada sobre acciones moral y jurídicamente disvaliosas (es decir, conductas exteriores del hombre referidas a otros y a las cosas exteriores). En consecuencia, emitir un juicio de indiferencia sobre tales valores como no tan ilícitos puede comenzar a oscurecer y borrar de a poco, en su aplicación concreta a las acciones particulares, determinados preceptos de la Ley Natural. (“En cuanto a los preceptos secundarios la Ley Natural puede ser borrada de los corazones de los hombres, ya por causa de malas persuasiones [...] ya también por malas costumbres y hábitos depravados, como para algunos no se consideraban pecados el robo [...]”<sup>86</sup>).

Así Repetto se hace eco de Montejano, quien expresaba que toda infracción a la ley penal es grave y por esta única razón ciertos hechos ilícitos se incriminan<sup>87</sup>. Por ende, concluye que no debe admitirse la recepción del principio de oportunidad, por cuanto “[...] siendo cada hombre una parte de la ciudad, es imposible que algún hombre sea bueno, si no está bien proporcionado al bien común; ni el todo puede existir en buenas condiciones, si no es en razón de las partes bien proporcionadas a él. Por lo cual es imposible que el bien común de la ciudad se obtenga bien si no son virtuosos los ciudadanos [...]”<sup>88</sup>, pues éste sólo se obtiene mediante los actos virtuosos —o cuanto menos no dañosos— de sus integrantes.

### ***2.c. Intervención de menor relevancia***

La intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad, constituye un criterio de selección delimitado

85 *Ibidem*, I-II, q. 97, a.4, 1 resp. a obj.

86 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a. 6.; v. I-II, q. 99, a. 2., 2. obj., citada por Repetto, A. en “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”. Ha de precisarse que el profesor Repetto cita una edición del Club de Lectores.

87 Montejano, B. (1996). *Ética Pública*. Buenos Aires. Cruzamante, 32, según cita de Repetto, A. en “Comentarios a las proyectadas reformas del Código Penal”.

88 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 92, a. 1., 3obj., citada por Repetto, A. en ob. cit. *ut supra*.

por la importancia del caso<sup>89</sup>, que parte de la doctrina emparenta con una manifestación relativa del principio de insignificancia procesal, pero en este caso ligada a la participación, culpabilidad<sup>90</sup> y/o responsabilidad<sup>91</sup>, de consuno a la ausencia de interés en la persecución en base a principios de economía procesal, prioridades político-criminales y la capacidad persecutoria del Estado<sup>92</sup>.

Diversos cuerpos normativos han insertado este criterio de oportunidad que estipula la posibilidad de limitar el ejercicio de la acción penal pública cuando la intervención, culpabilidad o responsabilidad del imputado fuera ponderada de menor relevancia o exigua<sup>93</sup>.

Por lo demás, se advierte que se anexa como factor de ponderación, un diseño estratégico para investigar con mayor eficacia otra clase de delitos (ej., criminalidad organizada), a partir de la descriminalización de ciertas conductas, la racionalización de los recursos y la diversificación de las respuestas brindadas en estos casos. De lo contrario, si no se adunara este baremo de índole pragmática no nos encontraríamos *stricto sensu* ante un criterio de oportunidad, por cuanto regirían las estructuras dogmáticas desarrolladas sobre la participación - culpabilidad y la teoría del delito.

Lo cierto es que el criterio de oportunidad analizado, en realidad, procuraría la simplificación de los procesos sin desandar los diversos estratos de la teoría del delito, en miras de ahorrar tiempo y esfuerzo, además de volver más sencillas las soluciones dogmáticas.

Cabe agregar, sin embargo, que igualmente en estos supuestos se avizora la necesidad de apelar a las reglas de la participación para determinar el carácter de la intervención<sup>94</sup>, y aspectos relacionados a la culpabilidad en orden a mensurar la culpa por el hecho. De ahí que sobre este segmento de apreciación sí se trasluciría la existencia de una cuestión atinente al Derecho Penal de fondo, es decir, ajena al Derecho Procesal.

89 Binder, A. M. *Derecho Procesal...* Ob. cit., T. II, 436-437.

90 Solimine, M. A. Ob. cit., 128.

91 Binder alude a casos de mínima responsabilidad del agente [cf. Binder, A. M. (2004). *Justicia Penal y Estado de Derecho*. Buenos Aires. Ad-Hoc, 211].

92 Véase la explicación en Marchisio, A. Ob. cit., 282 y sigs.

93 Cf. Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP); la Pampa (art. 15, inc. 1°, CPP); Río Negro (art. 180 ter, CPP); Chubut (art. 44, CPP); Chaco (art. 6° bis, inc. 1°, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 2°, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, inc. 1°, CPP); y art. 31, inc. B, del Código Procesal de la Nación aprobado por Ley N° 27.063, que a fines de 2015 fuera suspendido.

94 La actuación en el proceso delictivo puede ejecutarse mediante actos positivos o negativos, aportes indirectos, inmediatos o mediatos, anteriores o concomitantes al hecho penal. En tanto que el auxilio *ex post* a la comisión del delito configura participación si se origina en una promesa anterior (art. 46, CP). Vide Nuñez, R. C. Ob. cit., 2009, 254.

Resta acotar que, de igual manera al caso de insignificancia procesal por el hecho, son replicables las consideraciones vertidas por Repetto –al tratar el supuesto anterior– y la controversia se vuelve a disparar en torno a nociones de una textura sumamente abierta. A modo de ejemplo, surge el interrogante de qué debe ponderarse como intervención de menor relevancia, exigua contribución con el hecho o escasa culpabilidad-responsabilidad, en traza con la política criminal fijada discrecionalmente por el Ministerio Público Fiscal, pues aquí la abstracción e imprecisión no sólo complican la determinación de parámetros objetivos, sino también son disparadores de decisiones arbitrarias, en definitiva, guiadas por razones de eficiencia práctica y fundamentos político-criminales.

## **2.d. Pena carente de importancia**

La figura *sub examine* se encuentra relacionada a la insignificancia relativa<sup>95</sup> y, contemplada en diversos cuerpos normativos, prevé la facultad del fiscal de prescindir del ejercicio de la acción penal cuando la pena pasible de imponerse por el hecho careciera de importancia con relación a la sanción ya impuesta, o a la que deba aguardarse por los restantes hechos investigados en el mismo u otro proceso, o a la ya impuesta o por imponer en un procedimiento tramitado en el extranjero<sup>96</sup>.

Este supuesto previsto, por ejemplo, en el art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012 tiene el propósito de sortear un evitable dispendio jurisdiccional e innecesaria afectación de recursos humanos, pasibles de concretarse ante investigaciones conductoras de penas carentes de importancia, con relación a sanciones ya impuestas o en expectativa, por hechos investigados en el mismo u otro proceso<sup>97</sup>.

En palabras de Solimine, la lógica de este criterio responde a la decisión de desistir de la persecución de ciertos hechos, en pos de colocar todo

95 *Vide* Marchisio, A. Ob. cit., 282.

96 Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 199, inc. g, CPPCABA); las Provincias de Buenos Aires (art. 56 bis, CPP); La Pampa (art. 15, inc. 3°, CPP); La Rioja (art. 204 bis, inc. 7°, CPP); Río Negro (art. 180 ter, CPP); Santa Fe (art. 19, CPP); Chubut (art. 44, inc. 3°, CPP); Jujuy (art. 101, inc. 3°, CPP); Neuquén (art. 106, inc. 4°, CPP); Misiones (art. 60, inc. 4°, CPP) y Santiago del Estero (art. 61, inc. d, CPP); art. 31, inc. D, del CPPN aprobado por Ley N° 27.063; y art. 42 del Anteproyecto de Código Penal de la comisión designada por Decreto N° 672/2012.

97 Binder explica el caso de que en razón de las reglas del concurso real o los límites de las facultades del Estado para penar, la pena pasible de imponerse no puede incrementarse, aunque se persigan una decena o un centenar de casos, pues no puede superarse el máximo de la pena fijado. Binder, A. M. *Introducción...* Ob. cit., 221-222.

el esfuerzo en el hecho penal más grave o mejor probado<sup>98</sup>. Simplificando, serían supuestos en donde la ausencia de interés estatal obedece a la simultánea sustanciación de otros procesos, o bien en el mismo caso, cuando se endilgan múltiples hechos de disímil gravedad, de modo que, con el objeto de optimizar los recursos judiciales, se le otorga prevalencia a la persecución del más gravoso, en detrimento del menos trascendente<sup>99</sup>. Esto se explicaría –según el citado– por la convicción de que la consecución de una sentencia condenatoria en el hecho de mayor entidad tornará irrelevante la persecución del otro evento, pues una condena en éste no incidiría en la pena aplicada al primero<sup>100</sup>.

Por consiguiente, nos hallamos claramente ante un criterio de oportunidad, que *a priori* mancillaría las exigencias del bien común político por diferentes motivos. En primer lugar, ha de destacarse que una de las posibilidades previstas en este criterio de oportunidad versa sobre especulaciones o prognosis sobre hechos futuros factibles de no concretarse (sentencias condenatorias en sucesos investigados en el mismo u otro proceso), pues puede no alcanzarse la condena por el hecho más grave o mejor probado. De ahí que, ante esta hipótesis, si se privilegió la persecución del hecho más gravoso en perjuicio del menos significativo, y no se consiguió la condena en el primero, no resultaba irrelevante su persecución.

Por otra parte, amén de concretarse en el porvenir esa convicción fundada (léase sentencia condenatoria en otro o el mismo proceso), o que la pena susceptible de imponerse por el hecho no modificara el monto de la condena ya dispuesta en el mismo u otro proceso, la sanción penal ya impuesta sólo reafirma y restaura el orden jurídico mellado a través de los delitos por los cuales se lo juzgó a quien delinquiró.

Por tanto, aunque no operase ninguna modificación en el monto de la pena por cumplir, ciertamente la retribución penal se dará, sí y sólo si, sobre los restantes ilícitos descartados de la persecución, en tanto una sentencia penal instituya una pena compensadora de la culpa por el daño provocado a la comunidad política también abarcadora de estos hechos. De lo contrario, sobre este último evento delictivo primaría la impunidad, por cuanto el castigo aplicado al culpable del delito ponderado como más grave o mejor probado por el fiscal, no sería una justa consecuencia jurídica comprensiva de un juicio de reproche de la o las restantes conductas eximidas de persecución por razones de pragmatismo.

98 Solimine, M. A. Ob. cit., 129-130.

99 Ídem.

100 Ídem.

Ha de añadirse que, de esta forma, en uno u otro caso no sólo no se restauraría el orden jurídico conculcado por el hecho penal dispensado de persecución, sino también el valor justicia y/o el derecho de la comunidad política o de las víctimas a saber la verdad respecto a ese delito, el acceso a alguna reparación, y la conquista de una justa sentencia por los hechos padecidos mediante un proceso dotado de publicidad.

Basta agregar que la significancia de requerir la elevación a juicio, juzgar y sancionar los demás hechos, aunque no alteren la cantidad de la pena a cumplir, también radica en una finalidad pedagógica reveladora de la significancia de fortalecer el juicio ético de los ciudadanos y robustecer la conciencia jurídica sobre la trascendencia de determinados valores para el bien común de la comunidad política.

Sencillamente, la persecución penal en estos supuestos no resulta en vano, por cuanto refuerza la importancia de ciertos bienes y la necesidad de emitir un juicio de reproche sobre aquellas conductas que los lesionan. Por tanto, si no se persiguieran estos delitos por aparentes razones de practicidad o racionalización de recursos, podría inocularse en la sociedad una idea de indiferencia o adiaforización elusiva de cualquier valla ética interpuesta contra la comisión de actos inmorales tipificados como delitos por su especial afectación a terceros. De hecho, podría anidarse en la ciudadanía la convicción de que si el Ministerio Público Fiscal no persigue determinados delitos es porque esa conducta no es grave y no amerita desaprobación alguna, por lo que se generaría una gradual distensión del juicio ético en el todo social.

### **3. Corolario**

A tenor de lo desarrollado, puede espigarse con claridad que sí constituyen manifestaciones genuinas del principio de oportunidad tanto la conversión de la acción pública en privada (cuando la víctima la solicita al fiscal ante la supuesta inexistencia de interés público gravemente comprometido), como la insignificancia procesal, la denominada intervención de menor relevancia y la incorrectamente llamada pena carente de importancia.

Al mismo tiempo, a la luz del estudio llevado a término pudimos justipreciar que todas estas expresiones del principio de oportunidad son proyecciones de un “Derecho Penal Líquido”, pues abren el grifo hacia una voluntarista incertidumbre e inestabilidad normativa, además de contradecir los fundamentos axiológicos del Derecho Penal e impedir la consolidación de la ley penal en un bien perdurable.

De modo tal que todos estos institutos, al banalizar la manda de justicia de “dar a cada uno lo suyo”, principio fundamental del Derecho, y propender a una arbitrariedad huera de contrapesos republicanos, inexorablemente atentan contra el bien común político. En fin, como ya se ha demostrado en otras oportunidades<sup>101</sup>, epítome de toda expresión del principio de oportunidad es la arbitraria negación del anverso/reverso de una legalidad, que contrariamente debería concretarse de modo irrevocable, a partir del sano sincretismo entre las garantías individuales de un debido proceso y el imperativo de la persecución penal.

101 *Vide in extenso* Romero Berdullas, C. M. “Derecho Penal Líquido...” y “#Proceso Acusatorio...”, citados.

## LA EPIQUEYA EN LA VISIÓN DE FRANCISCO SUÁREZ<sup>1</sup> *The Epiqueya in Francisco Suarez's Vision*

Matilde Pérez<sup>2</sup>

Recibido: 4 de julio de 2016

Aprobado: 3 de noviembre de 2016

**Resumen:** En el Libro VI de su obra *De Legibus*, Francisco Suárez aborda el estudio de la ley. Analiza las causas por las cuales la ley no se aplica; entre ellas, la excusa de la obligatoriedad de la ley por epiqueya (Cap. VII). Ésta es una forma de corrección de la ley en la que hay una falla por razón de la universalidad frente a un caso concreto. Indaga sobre lo justo legal como expresión de una justicia más plena. La cuestión de la etimología y el sentido dado por Aristóteles y Santo Tomás introducen al estudio de la epiqueya por el Doctor Eximio.

**Palabras claves:** Suárez - Ley - Aplicación - Interpretación - Justicia - Epiqueya.

**Abstract:** In Book VI of his work *De Legibus*, Francisco Suárez approaches the study of law, within the framework of the Spanish School of Natural Law. It analyzes the causes for which the law does not apply, among them, the excuse of the obligatory nature of the law by epiqueya (Chapter VII). This is a form of correction of the law in which there is a fault by reason of

1 Este trabajo fue presentado como monografía final en el Seminario de Doctorado “Filosofía y Teología orientadas al Derecho”, dictado por el Prof. Dr. Félix A. Lamas, Doctorado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina y adecuado en su contenido para su publicación.

2 Abogada (UCA). Especialista en Derecho Administrativo (UNLP). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesora adjunta en las Facultades de Derecho de la Universidad Católica Argentina y Universidad de Buenos Aires. Profesora invitada en la Maestría de Derecho Patrimonial de la Universidad Católica Argentina.

the universality in front of a concrete case. It inquires about legal fairness as an expression of a fuller justice. The question of etymology, the meaning given by Aristotle and St. Thomas, introduces the study of epiqueya by Doctor Eximius.

**Keywords:** Suárez - Law - Application - Interpretation - Justice - Epiqueya.

Para citar este texto:

Pérez, M. (2017), “La epiqueya en la visión de Francisco Suárez”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 249-275.

## 1. Introducción

### 1.1. Marco histórico filosófico

Francisco Suárez (1546-1517) nace en pleno apogeo del Siglo de Oro español, testigo del nacimiento de España como imperio bajo el ala de los Austrias, de la reforma protestante, de los cuestionamientos sobre la autoridad papal, el Cisma oriental, entre otros.

El movimiento renacentista trae consigo el resurgimiento de la escolástica con su puesta en valor frente al nominalismo, el logicismo y el voluntarismo de los tres siglos anteriores. En España se lleva adelante a través de la Escuela de Salamanca, liderada por Francisco de Vitoria y de la que participaron, además de Francisco Suárez, Domingo de Soto y Luis de Molina. Su influencia trascendería las fronteras ibéricas por cuanto sus enseñanzas se impartieron en Europa y América. Más aún, en el último siglo se está dando un revisionismo histórico sobre su influencia en materias tales como la economía y la equidad.

En lo político, la caída del Sacro Imperio Romano Germánico y del Imperio Romano de Oriente produce la dispersión de Europa en pequeños territorios soberanos. La toma de Constantinopla por los turcos y el cierre de la ruta de la seda generarán la búsqueda de nuevas vías para el comercio.

Este contexto es el que lleva a la extensión del *Finis Terrae*, al descubrimiento de América, a la aparición del Imperio español, pero trae nuevas preguntas sobre el alma humana, la autoridad, el origen del poder, la justicia de la guerra.

A finales de los siglos XIV y XV, Silvestre de Ferrara y Tomás de Vío (Cayetano) impulsan una segunda Escolástica, comentando a Santo Tomás y Aristóteles. En España, Juan de Santo Tomás y Domingo Báñez también efectúan su propia exégesis en busca de respuestas a los problemas de su tiempo sobre la lógica o la metafísica o cuestiones humanas como lo es la usura.

En el ámbito del Derecho, la división en Natural y Positivo es aceptada; aparece la referencia al *ius gentium*, entendido como derecho de los pueblos y los Estados, y por tanto, el albor del Derecho Internacional<sup>3</sup>.

## 1.2. Francisco Suárez y el estudio de la ley

En su obra *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*<sup>4</sup> (en delante, *De Legibus*), hace un estudio meticoloso de la ley, sin apartarse del método escolástico. En sus tres primeros libros se ocupa de la ley civil y la ley canónica, así como de sus distintas especies. Se observa que las leyes humanas no son estáticas o pétreas, sino que admiten el cambio.

Ese cambio se puede producir de dos maneras:

a) Exigencia extrínseca: hay una intervención en la obligatoriedad. Esa intervención, si se produce de una manera parcial, se denomina *dispensa*; si se hace en toda la ley, se llama *abrogación*, o *anulación*, o *supresión* de la ley.

b) Exigencia intrínseca: cuando la ley cesa por falta de materia, de finalidad o de razón.

Aquí se advierte que cuando la ley cambia parcialmente o en una ocasión en particular se llama *interpretación*, *equidad* o *epiqueya* de la ley. Cuando el cambio es total, se lo designa *cese*.

Así, Francisco Suárez, en el Libro VI, se va a ocupar de la *epiqueya* como cambio de la ley por exigencia intrínseca, enmarcada en la interpretación de la ley.

## 2. La epiqueya: el problema de su significado

En la actualidad, no hay una diferenciación entre los vocablos equidad y epiqueya; ambos son utilizados como sinónimos o, más aún, ni tan siquiera se conoce el vocablo epiqueya.

En el ámbito del Derecho, los operadores jurídicos se refieren a la “equidad” como principio, como forma de atemperar los efectos de una conducta

3 Castán Vázquez, J. M. (2002) “Las bases iusnaturalistas del Derecho Privado hispanoamericano”. En *Actas de las II Jornadas Hispánicas de Derecho Natural*. Córdoba, 332. Expresaba que “la doctrina iusnaturalista española, trasvasada a América, estará desde mediados del XVI en la base de la formación de los primeros juristas de Indias, mutando posteriormente hacia el Barroco y luego a la Ilustración”.

4 Suárez, F. (1612). *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*. Edición de Diego Gómez de Loureiro. Edición impresa bilingüe año 1900. Instituto de Estudios Políticos Clásicos. Edición digitalizada disponible <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/libros/colecciones?IDP=2304>. Fecha de consulta: 3-9-2013.

por el juzgador o por ser un factor de atribución en el caso de los daños involuntarios. Lo cierto es que los ordenamientos jurídicos no la reconocen como fuente inmediata, sino que se configura en una herramienta del juzgador para mantener un equilibrio prestacional.

Los términos epiqueya y equidad, desde sus antecedentes en la Grecia clásica, han sido utilizados en discusiones de carácter ético, político y jurídico. Significados que aparentan ser sinónimos obedecen a etimologías distintas y se confunden en su contenido y alcance.

El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, al definir *epiqueya*, remite al griego Σπικεια<sup>5</sup>, como “interpretación moderada de la ley, según las circunstancias de persona, tiempo y lugar”.

La epiqueya, *epeikeia*, *epikeia*, *epicia* o formas lingüísticas análogas, es una forma excepcional que se aparta de lo estricto, de lo normal. Al descomponer los fonemas que componen el vocablo, se distingue: a) *epi*: tiene muchos significados, pero da la idea de completar, de hacer algo más pleno; así aparecen otros vocablos como epílogo, epígono, epíteto, entre otros, con esta misma idea; b) *eik*, corresponde a la raíz del sustantivo griego, *eiko* o *eikon*, con el sentido de semejanza. Es por ello que se considera que epiqueya y equidad pudieran tener un origen indoeuropeo común, tan desconocido como esa supuesta lengua madre. El fonema *qu* no existe en el griego y no surge de los textos que los romanos al traducir incorporasen fonemas extraños a la lengua<sup>6</sup>.

Al analizar a Aristóteles, se advierte que utiliza el vocablo *epikeia* o *epeikeia* en dos sentidos distintos. En la *Retórica* sostiene que “ser indulgente con las cosas humanas es también equidad”<sup>7</sup>. La equidad es entendida como la indulgencia en ciertas circunstancias.

En su acepción estricta, se refiere a una forma de justicia que tiene como meta la rectificación de las normas por la remisión a la intención del legislador, cuando la ley, por razón de su generalidad, produciría una injusticia si fuere aplicada literalmente al caso concreto<sup>8</sup>.

El *Diccionario de la RAE*, al definir a la *equidad*, remite a la voz latina, *aequitas*, *-ātis*, “bondadosa templanza habitual. Propensión a dejarse guiar o fallar con el sentimiento del deber o de la conciencia, más que por las prescripciones rigurosas de la justicia o el texto de la ley”.

5 *Diccionario RAE*, [www.rae.es](http://www.rae.es), fecha de consulta: 10-10-2016.

6 Cf. Lamas, F. A. (2013). “Apuntes de la clase del Seminario filosófico teológico”. Doctorado Universidad Católica Argentina.

7 Aristóteles (2005). *Retórica*. Libro VI, 11, 1374<sup>a</sup> 25 y 1143<sup>a</sup>, 15-20. Traducción de E. Ignacio Granero. Buenos Aires. Eudeba.

8 Schiavo, C. A. (1999). “Doctrina aristotélica de la equidad”. En *La Ley*, suplemento actualidad, 26 de agosto de 1999.

El vocablo *aequitas* significa una igualdad de manera abstracta, lo equitativo; *todikaion*, es lo justo, lo igual en Aristóteles. Lo legal abarca el Derecho, la política, la moral, lo específico en ellos es la *isonomía*. Por lo tanto, el Derecho, lo equitativo, es lo igual; así, la palabra equitativo en griego es *toison*, lo igual.

De ello se desprende que el concepto de *aequitas* no es una forma excepcional del Derecho, todo el Derecho Privado es equitativo: La equidad es el Derecho en su forma concreta y no una forma excepcional.

Para los romanos, *aequitas* se refería a la igualdad y se lo utilizaba como sinónimo de *ius*. Así, Cicerón expresa “*ius civie est aequitas constituta*”<sup>9</sup>, la equidad considerada por su naturaleza y por su plan. Equidad que en su aplicación a los hombres se llama justicia<sup>10</sup>. En modo alguno, esta concepción se identifica con una excepción a la norma, *dura lex sed lex*.

La *aequitas* tiene un significado de carácter ético, como una razón condicionante de la ley positiva. El *ius* y la *aequitas* son términos correlativos, pues aseguran un tratamiento igual a todos los ciudadanos.

La evolución histórica del Derecho Romano llevó a que este binomio se rompiera. La *aequitas* pasa a ser un ideal abstracto de comparación, fundante de todas las reformas por las que el *ius civile* termina por asimilarse al *ius gentium*.

La tarea jurisprudencial de los pretores se fue expandiendo y asentándose en la equidad como fuente actualizadora del Derecho Romano. Así, se llegaría al precepto de Constantino, por el que la *ratio aequitatis* debe prevalecer sobre el *strictu iuris*, dando sentido a la unificación del *ius civile* y el *ius gentium*.

De esta acepción, nacería el vocablo castellano equidad, que se lo usa para traducir la voz griega *epikeia*. Esa mala traducción a las lenguas romances, e incluso al inglés (*equity*), llevó a la pérdida del significado original ya señalado.

Por su parte, Riley diferencia ambos vocablos relacionando a la epiqueya con la raíz sánscrita *êka*, con el significado de lo uno y lo uniforme. Lo cierto es que la precisión filológica en el medioevo, en particular, equivalía a la aplicación de la etimología para el desarrollo de un concepto, pero no siempre es adecuada o exacta. Advierte, este autor, que el vocablo tampoco se halla tratado por San Isidoro de Sevilla en sus *Etimologías*<sup>11</sup>.

9 Cicerón, M. T. (2006). *Tópicos, II.9*. Introducción, traducción y notas de Bulmaro Reyes Coria. México. Ed. Universidad Autónoma de México, 3.

10 *Ibidem*, *Tópicos, XXVIII, 90, 8*.

11 Riley, L. (1948). *The History, Nature and Use of Epieikeia*. Washington. The Catholic University Press, 3: citando al Harpen's Latin Dictionary: “*Pott connects aequum not with epiqueya, but with the Sanscrit êka: one, as properly, one and uniform*”.

Santo Tomás de Aquino expresa que al juzgar sobre una palabra hay que estar a su significado, a su procedencia y no a su etimología.

Lo cierto es que la cuestión de la epiqueya es diferente al problema del precepto legal injusto, marco propio de la equidad. La cuestión se suscita con relación a las reglas razonables en general, pero que se tornan injustas en la aplicación en el caso particular en función de su universalidad.

Sin embargo, no puede ser obviado el hecho de que esa polisemia ha aumentado su ambigüedad, por lo que en la actualidad se observa que el vocablo epiqueya no se encuentra en el léxico normativo. Por el contrario, la equidad (tanto en un sentido excepcional como en un sentido sustitutivo de la norma) se desprende de su carácter de *ratio naturalis* para ser parte integrativa del ordenamiento jurídico moderno, sea como principio informador, fuente secundaria, como criterio de interpretación, o bien, como pauta de atenuación o factor de atribución objetivo para establecer el *quantum* por el juez en materia de daños y perjuicios<sup>12</sup>.

### **3. Las tensiones dialécticas de la epiqueya: generalidad, singularidad; normalidad, excepcionalidad**

En el estudio suareciano de la ley se advierte la tensión dialéctica entre lo general y lo singular; entre lo normal y lo excepcional.

#### **3.1. Generalidad y singularidad**

Toda norma es dictada para la generalidad de los ciudadanos en cualquiera de sus expresiones (ley, decreto, reglamento, entre otros), lo que caracteriza al Derecho.

La generalidad es lo que permite que exista seguridad y certeza, garantizándose la igualdad y evitándose la arbitrariedad.

Sin embargo, el ser humano es único y realiza sus obras en el libre albedrío. Es por esa razón, que hay situaciones en las que el Derecho se debe apartar de la generalidad, a través de excepciones, de situaciones de inaplicabilidad o, como se verá, en los casos de epiqueya.

<sup>12</sup> En este sentido, el Código Civil y Comercial: Art. 1742: “El juez al fijar la indemnización puede atenuarla si es equitativo en función del patrimonio de la víctima y las circunstancias del hecho [...]”. Art. 1750: “El autor de un daño causado por un acto involuntario responde por razones de equidad [...]”. Se advierte la utilización de la equidad en sus dos funciones: atemperación de la norma, aplicación excepcional para el resarcimiento de los daños involuntarios, lo que amerita un análisis que excede el presente marco.

En el *Político*, Platón resalta que la tarea del legislador es la de armonizar en la sociedad las justas pretensiones de los ciudadanos, por lo que no puede imponerse un precepto de manera absoluta para todos los casos y para todos los tiempos<sup>13</sup>.

Aristóteles, en la *Política*, tiene un planteo semejante, respecto de la conveniencia de ser gobernados por las mejores leyes o por los mejores hombres. Los partidarios de la monarquía expresan que las leyes hablan sólo en universal y no para los casos que sucede no. Sin embargo, es en la *Ética Nicomáquea* en que aborda el tema al tratar la equidad. Se plantea el problema de la generalidad de la norma *versus* singularidad de conductas. Anticipa la discusión dialéctica de los siglos venideros tanto en la escolástica como en la segunda escolástica.

Tomás de Aquino, en la *Suma Teológica*, II-II, q. 90, considera el problema de la generalidad y su referencia a los casos concretos. Con relación a la Ley Natural, es una participación de la ley eterna, por lo que ésta es la máxima generalidad posible, en la que el hombre conoce alguno de sus principios generales, ignorando las verdades particulares de los casos concretos que también están contenidos en la ley eterna.

En lo que hace a los casos particulares, el legislador no puede considerarlos en su totalidad, por lo que legisla de acuerdo a la utilidad común, lo que no empece que en el caso en que el cumplimiento de una ley sea perjudicial, no ha de cumplirse esa ley. Aquí aparece la equidad como una forma de interpretar y hacer cesar la ley<sup>14</sup>.

### **3.2. Normalidad y excepción jurídicas**

En el ámbito del Derecho se suelen utilizar expresiones como curso ordinario de las cosas, circunstancias de persona, tiempo y lugar, lo previsible; desarrollo normal que lleva a preguntarse en qué consisten o cómo se manifiestan.

Desde la antigua responsabilidad civil, fundada en la sanción, el castigo o el agravio, al moderno Derecho de Daños, basado en la prevención, reparación y punición, se identifica a lo regular, a lo estándar, como el parámetro para determinar la validez o invalidez de un acto; la reprochabilidad o no de una conducta; la atemperación del rigor de la ley. Estas preguntas no tienen una respuesta única, pues dependerá de quién interprete la norma

13 Platón (1996). *Diálogos*. 24ª edic. México. Ed. Porrúa. Estudio preliminar de Francisco Larroyo, XIX.

14 Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 387 y sigs.

y la obligatoriedad o no frente a determinadas situaciones. Así, se puede decir que:

- a) Lo normal es lo que se ajusta a la norma, lo regular, lo reglado.
- b) Lo normal es aquello que suele acontecer, lo que ocurre en forma usual, es la constatación de la repetición constante de un hecho.
- c) Lo normal se identifica con lo natural como conjunto de orientaciones o tendencias hacia fines perfectivos. Es el fundamento de toda regularidad.
- d) Lo normal es el criterio valorativo que tiene a un fin perfectivo, tal el caso del art. 901 del Código Civil o los arts. 1726, 1727, 1742 y 1750 del CCCN.

Así, en toda norma se pueden advertir dos series de previsiones:

- La del legislador, que considera lo que suele suceder en miras a la consecución del fin común.
- La de aquellos casos que quedan fuera de la previsión del legislador. Es el campo de la excepción que puede ser prevista por la ley.

Los problemas se suscitan en derredor de aquellos casos en que no hay excepción. Es el campo de la *epiqueya*, en lo que coinciden Aristóteles, Santo Tomás y Francisco Suárez<sup>15</sup>.

## 4. La epiqueya en Aristóteles

### 4.1. Antes de Aristóteles

Se reconocen precedentes en los presocráticos y en Platón con relación a la epiqueya. Aristóteles no crea el vocablo, sino que le da un nuevo contenido y alcance. Sus predecesores parten de la identificación de lo justo con lo legal de una manera estática y sesgada, teniendo presente que en la Grecia clásica no se concibe el Derecho Natural.

Los sofistas llegan a identificar a la epiqueya con la voluntad de los poderosos, “[...] pareciendo así convertirse en una función simple del poder [...]”<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> *Ibidem*, 422 y sigs.

<sup>16</sup> Jäger, W. (1953). *Alabanza de la ley. Los orígenes de la filosofía del Derecho y los griegos*. Madrid. Instituto de Estudios Políticos, 31.

Ante la crisis planteada entre lo legal y el principio de isonomía, Sócrates y Platón buscan cimentar a la *polis* en la realización de valores morales universales que, como tales, puedan ser reconocidos y transmitidos.

Las leyes han de ser respetadas porque representan para el ciudadano la exigencia de una moral absoluta, de la cual fue eximio protagonista Sócrates con su injusto final. Ni aún frente a la injusticia, cabe rebelarse contra la ley<sup>17</sup>.

Con posterioridad, Platón, en el *Político*, como ya se dijera, reflexiona sobre la ley y la tensión entre su aplicación y la exigencia de justicia. Asume la necesidad de la norma así como sus limitaciones. Reconoce dos elementos de la discusión sobre la epiqueya, que luego serán tomados por Aristóteles: a) el conflicto entre la aplicación estricta de la norma y las exigencias de la justicia para el caso particular; b) el Derecho por su generalidad y abstracción no tiene las respuestas definidas frente a lo contingente de la naturaleza de los asuntos humanos. Aún teniendo limitaciones, debe ajustarse a la ley de manera estricta, ir contra ese principio es derrumbe de toda actividad<sup>18</sup>.

En las *Leyes*, considera a la epiqueya como una desviación de la ley que va en contra de la autoridad; lo equitativo, lo indulgente respecto de lo perfecto y exacto son infracciones de la recta justicia<sup>19</sup>.

Aristóteles, como se verá, busca integrar a la epiqueya con la justicia, lo que es una innovación en la manera de analizar la tensión dialéctica entre lo general y lo particular.

## **4.2. La epiqueya en la Retórica y en la Ética Nicomáquea**

El Estagirita se ocupa de la epiqueya en la *Ética Nicomáquea* y en la *Retórica*. La primera se refiere al aspecto funcional y, la segunda, desde un aspecto material, al comportamiento al describir disposiciones de hábitos equitativos.

### **4.2.1. La Ética Nicomáquea**

En el Libro V, estudia la virtud de la justicia luego de tratar las virtudes morales. Se centra en explicar una justicia integrada en el orden del universo, considerándola como condición general de los seres; es la conductora de otras virtudes en miras a lograr un fin más alto.

17 *Ibidem*, 59.

18 Platón. *Diálogos*. Ob. cit., XX.

19 *Ídem*.

La justicia es la virtud política y social, es la virtud del orden de la comunidad, que radica en una potencia espiritual, cual es la voluntad.

Así, afirma que *todos entienden llamar justicia aquel hábito que dispone a los hombres a hacer cosas justas y por el cual obran justamente y quieren lo justo*<sup>20</sup>. Se contraponen a la injusticia, donde se obra y se quiere lo injusto.

En lo justo y en lo injusto se comprenden muchos sentidos, lo que hace necesario determinar en cuántos sentidos se dice que algo es injusto. Si se identifica a lo justo con lo legal o con lo igual, se identificará a lo injusto con lo ilegal y lo desigual.

Concluye, entonces, que la justicia puede ser entendida como la virtud perfecta en relación a otro, pero no de manera absoluta, pues se la puede practicar en relación a uno y al otro.

Santo Tomás, en su *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*<sup>21</sup>, indica que es un hábito por el que se causa:

- a) Una inclinación hacia los actos de justicia, por la que se dice que el hombre es ejecutor de lo justo.
- b) Una operación justa.
- c) Que el hombre quiera obrar lo justo.

Ello explica por qué Aristóteles diferencia los dos modos de la justicia, una justicia llamada *legal* o general, por cuanto se coextiende a toda otra virtud; una justicia llamada particular. En ella se puede distinguir la justicia distributiva o una justicia conmutativa (voluntaria o involuntaria, esto es, justicia conmutativa judicial).

La virtud legal o general es una virtud moral porque comprende a las otras virtudes morales; es una *teleia areté* toda la virtud, pues comprende al resto de las virtudes por la cual se constituyen los hombres de bien.

La virtud legal trata sobre aquello que es propio al bien común, hay una adecuación de la conducta del individuo con lo dispuesto por la norma. Se la llama también general, por cuanto ordena el acto virtuoso como un efecto conjunto, porque como dice en el 1130b 24-25, las leyes que regulan esta justicia general “ordenan vivir según todas las virtudes y prohíben hacerlo según todos los vicios”.

En la virtud particular, no hay una identificación con la perfección moral, pero se vincula con la justicia legal, aunque se refiere al bien ajeno. Den-

20 Aristóteles (1959). *Ética Nicomáquea*. Libro V. Estudio Introductorio de Antonio Gómez Robledo. México. Editorial Porrúa.

21 Santo Tomás de Aquino (2000). *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Traducción de Ana María Mallea, estudio preliminar y notas de Celina Lértora. Pamplona. Ediciones Universidad de Navarra S.A.

tro de ella, hay una función correctiva en las transacciones o conmutaciones privadas.

Este planteo sobre una justicia general y una justicia particular es un introito al tratamiento de la epiqueya.

Aristóteles expone la existencia de una normalidad y una excepción a la aplicación de las normas que emanan del legislador.

Toda norma, toda ley está razonada para ser aplicable a la mayor cantidad de ciudadanos posibles. Para poder llegar a enunciarla, el legislador forzosamente debe llevar adelante un proceso, más allá del rigor de la forma. En el enunciado deberá ponderarse lo que suele suceder de acuerdo al curso ordinario y natural de las cosas. Esa *normalidad* es el *tópos* necesario para su razonamiento.

El primer inconveniente es saber ¿qué es lo normal? Así aparecen definiciones varias, como lo regular, lo que suele acontecer, lo natural, o lo habitual.

El corolario cierto es que la ley como norma general pretende abarcar una pluralidad de situaciones y una pluralidad de individuos. A su vez, el legislador es consciente de que, a mayor universalidad o generalidad, hay una mayor abstracción, que lleva a que la norma pueda ser cumplida de una mejor forma.

Esa conciencia es la que lo lleva a pensar que puede haber supuestos en que la norma atente contra esa justicia legal, pues no se dan en el caso las condiciones de la generalidad de la norma. Es el campo de las excepciones que pueden ser incluidas en la norma; aunque se cumplan los presupuestos de su procedencia, el legislador también puede dispensar su aplicación.

En ambos casos, hay previsión del legislador. El problema se suscita cuando no hay un encuadre ni en la excepción legal ni en la dispensa.

Aparece así la *epiqueya* que obra rectificando la ley cuando ésta falla en razón de su generalidad. La ley deviene injusta en un caso que por excepcional escapa a la intención del legislador y al espíritu de la norma y el sentido de su finalidad<sup>22</sup>.

Aristóteles lo expresa de esta manera: “Lo equitativo, en efecto, siendo mejor que cierta justicia, es justo; y por otra parte, es mejor que lo justo no porque sea de otro género. Por tanto, lo justo y lo equitativo son lo mismo, y siendo ambos buenos es, con todo, superior lo equitativo”<sup>23</sup>.

Es decir que en la epiqueya es válido apartarse de la norma cuando la misma es injusta en razón de su generalidad.

22 Lamas, F. A. (1991). *La experiencia jurídica*. Ob. cit.

23 Aristóteles. *Ética Nicomáquea*. Ob. cit., 1137 a 26.

La epiqueya es una forma de la justicia para el caso concreto que se parta de la generalidad, a través de la corrección de la ley. La naturaleza de la epiqueya es ser regulador de la ley allí donde ésta falla por algún caso particular.

## 5. La epiqueya en Santo Tomás de Aquino

### 5.1. La epiqueya como parte de la justicia

Santo Tomás, en lo que hace al fundamento y función de la epiqueya como corrección de la ley, es fiel a Aristóteles y a su maestro, San Alberto Magno<sup>24</sup>.

La universalidad es el carácter propio de la ley positiva, la necesaria rigidez de su formulación, incapaz de exponer las miles de variedades singulares que fundamentan o sirven de sustrato a la epiqueya.

Esas variedades singulares son los actos humanos individuales y concretos que se presentan escapando de la universalidad. Esa universalidad de la norma es la que permite llegar a una disposición útil al bien público y, en cumplimiento de esa finalidad, es que redirige su enunciado, consciente de que en ciertos casos la ley puede ser extremadamente dañosa.

La epiqueya aparece controlando la aplicación de la letra de la ley: “Es propio de la epiqueya regular algo, a saber: el cumplimiento de la letra de la ley”<sup>25</sup>.

La ley versa sobre el bien común, y se refuerza en la concepción universalista de la sociedad que Santo Tomás atribuye a Aristóteles: “La parte está ordenada al todo como lo imperfecto está ordenado a lo perfecto”, pero el individuo es parte de una comunidad perfecta; por ende, es necesario que la ley se dirija, que esté ordenada a la felicidad común<sup>26</sup>.

La justicia es una virtud del buen ciudadano, ella subordina los actos de las otras virtudes a su fin propio, el bien común. Para Santo Tomás, la virtud de la epiqueya está necesariamente ligada a la justicia legal.

Surge una objeción de manera inmediata. Como la epiqueya se halla ligada a la justicia legal, ¿qué sucede si no se observa la letra de la ley? Depende de la extensión dada a determinada justicia. Si por justicia legal se

24 Hamel, E. (1965). “L’usage de l’epikie”. En *Revista Studia Moralia*. Roma, marzo de 1965, publicada en [www.studiamoralia.org](http://www.studiamoralia.org), fecha de consulta: 13-10-2013.

25 Santo Tomás de Aquino (1963). *Suma Teológica*, II, II q 120.a2 2d 3m. Regentes de Estudios de las Provincias Dominicas en España. Madrid. Edición Biblioteca de Autores Cristianos.

26 *Ibidem*, I-II, q 90, a2.

entiende la observancia de la ley, en cuanto a la letra y en cuanto al espíritu (según la intención del legislador), ahora la epiqueya es una parte esencial de la justicia legal.

Si se entiende la justicia legal como la mera observancia de la letra de la ley solamente, la epiqueya no es una parte de la justicia legal, es una parte de la justicia y ésta es un estadio superior.

La epiqueya es una suerte de justicia, una parte subjetiva de la justicia, ella es como una regla superior de los actos humanos. Rectifica a la ley cuando la misma es deficiente, con el fin de dirigir los actos humanos al sentido de la Ley Natural y del bien común.

### **5.2. El uso de la epiqueya**

El uso de la epiqueya es obligatorio. Opera cuando la aplicación de la ley es dañosa, pero además contraria al bien común; en aquellos casos el perjuicio es evidente y súbito<sup>27</sup>. Fuera de estos supuestos, lo que se realiza es la interpretación de la ley por la autoridad considerando si es útil o no a la ciudad.

### **5.3. La epiqueya como virtud social. La cuestión 120**

Santo Tomás, en su *Suma Teológica*, II-II, se ocupa de la epiqueya en la cuestión 120, dentro del Tratado de las virtudes sociales y reconociendo sus fuentes en Aristóteles, Cicerón y Justiniano. A la par, la trata al comentar la *Ética Nicomáquea*, trabajos que son contemporáneos de acuerdo a las fechas probables de redacción de ambas obras.

Explica que la virtud social por excelencia es la virtud de la justicia; el resto de las virtudes la complementan.

En el estudio introductorio a la cuestión 120, realizado por Niceto Blázquez<sup>28</sup>, destaca que en las distintas ediciones bilingües se refiera al título como “Otras virtudes reductibles a la justicia”, haciendo mayor hincapié en ese carácter de complementariedad.

Existe un haz de virtudes que no cumplen en forma acabada con la razón formal de la justicia estricta, llamadas virtudes potenciales de la justicia. La esencia de la justicia viene dada por la alteridad, dar al otro lo que es debido; es en ese débito donde puede haber algún fallo por defecto en el débito o en la igualdad.

<sup>27</sup> *Ibidem*, I-II, q 97, a4.

<sup>28</sup> *Ibidem*, I-II, q 120.

El defecto en razón del débito puede ser legal y moral. El débito legal reside en la justicia legal, por cuanto es imperativo el cumplir con el mandato de la ley; el débito moral nace de la honestidad de la virtud. Es un operativo de conciencia.

La epiqueya es una súper virtud que libera a la conciencia de la posible tiranía que engendraría el cumplimiento de la ley en determinadas circunstancias.

Debe ser completada con la definición de epiqueya contenida en la cuestión 96, en la que se expresa que la *epiqueya, epicia o epikiiao, epeikeia* es una regla superior de comportamiento humano frente a las leyes humanas establecidas.

En su análisis de la epiqueya como virtud social, Santo Tomás se plantea dos cuestiones: 1. Si la epiqueya es una virtud; 2. Si es parte de la justicia.

### 1. *¿La epiqueya es una virtud?*

Parte de tres objeciones a las que da sus respectivas respuestas:

a) *Ninguna virtud anula a la otra*: La epiqueya anula a otra virtud al quitar lo que es justo y conforme a la ley. Además, al dejar de lado la norma, pareciera que se opone a la severidad de ésta. En conclusión, *la epiqueya no es una virtud*.

Santo Tomás responde a esa objeción por cuanto que la epiqueya no descuida lo justo establecido por una ley particular; tampoco se opone a la severidad, necesaria para cumplir la ley, pero ser esclavo de la ley cuando no es conveniente, es vicioso. Remite al Código Justiniano y fundamenta su respuesta en la siguiente cita: “Sin duda alguna, falta a la ley quien, apoyándose en la letra, va contra el espíritu mismo de la ley”.

b) *El juez debe ajustarse a la ley*: San Agustín afirma que en las leyes temporales, los hombres discuten y deliberan antes de promulgarlas. Una vez sancionadas, el juez se ajusta a su aplicación, sin que pueda discutir las. La epiqueya parece que somete a discusión la ley cuando juzga que no ha de cumplirse en un caso determinado. En conclusión, *la epiqueya no es una virtud, es un vicio*.

Santo Tomás sostiene que se juzga cuando una ley es mal redactada; pero quien dice que la ley no debe ser aplicada en tal circunstancia, no juzga la ley, sino que un caso bien concreto que se presenta. La epiqueya ejerce una *función directiva* sobre la justicia legal, sin que se incurra en capricho o arbitrariedad. Es distinta de la excusa, de la caridad o de la pru-

dencia. *Se libera a la conciencia de la materialidad posiblemente injusta de la ley.*

c) *Parece propio de la epiqueya atender a la intención del legislador:* Dice Aristóteles (en Cap. 10, 5, 1137b) que sólo el príncipe puede interpretar la mente del legislador, lo que es ratificado por el Código Justiniano en *De legibus et constitutio principis*, al sostenerse que es un derecho y un deber de los príncipes los puntos de litigio entre la epiqueya y el Derecho. *Por lo tanto, el acto de epiqueya es ilícito, luego la epiqueya no es una virtud.*

Santo Tomás expresa que la interpretación se da en los casos dudosos, donde se requiere el acto del príncipe; pero en los casos evidentes, la ley no se interpreta, se cumple.

d) *Opinión de Santo Tomás:* Las leyes recaen sobre actos humanos que son singulares y contingentes, con formas ilimitadas, no es posible establecer una ley que no falle en un caso concreto.

Los legisladores realizan su labor en base a lo que sucede en la mayoría de los casos; pero observarla en todos los casos, punto por punto, va en contra de la equidad y el bien común, que es el fin último de la ley.

Da como ejemplo la ley que ordena que se devuelvan los depósitos, pero a veces tal conducta puede ser nociva. Tal es el caso del loco que deposita la espada y la reclama en estado de demencia o para atacar a la patria. En tal situación, es pernicioso cumplir a rajatabla. *La epiqueya se ordena a la justicia y al bien común, por lo tanto, es evidente que la epiqueya es una virtud.*

## 2. *¿La epiqueya es parte de la justicia?*

Se objeta que la epiqueya no sea parte de la justicia.

a) *Existencia de una doble justicia:* En la cuestión 57 distingue una doble justicia: la particular y la legal. La epiqueya no es parte de la justicia particular, porque se extiende a todas las virtudes al igual que la legal. Tampoco lo es de la legal, puesto que ésta actúa con independencia de lo que esté escrito en la ley. *Por lo tanto, la epiqueya no es parte de la justicia.*

Santo Tomás expresa que la epiqueya pertenece a la justicia legal, y en cierto modo está contenida en ella y hasta la supera, en lo que coincide con Aristóteles.

Si se entiende por justicia legal la que se ajusta a la ley en letra e intención, que es lo principal, *la epiqueya es parte principal de la justicia legal.*

Si se la toma en tanto se ajusta a la letra de la ley, *la epiqueya no es parte de la justicia legal, sino de la justicia común, porque la supera.*

b) *Una virtud menos principal no se asigna a otra menos principal como parte de ella*: Las virtudes cardinales son más excelentes y se les asignan como partes integrantes otras virtudes secundarias. La epiqueya parece ser más noble que la justicia, por cuanto proviene de “*epi*”<sup>29</sup>, que significa sobre y “*dikaion*”, lo justo. *Por lo tanto, la epiqueya no es parte de la justicia.*

c) *La epiqueya se identifica con la modestia*: En Filipenses 4,5 se lee “Vuestra modestia sea manifiesta a todos los hombres”. En el texto griego se utiliza el vocablo epiqueya. (En otras versiones del Evangelio se utiliza bondad o bonanza). Pero se sostiene que la modestia es parte de la templanza, por ende, *la epiqueya no es parte de la justicia.*

Es propio de la epiqueya regular algo, *el cumplimiento de la letra de la ley*. La modestia que se pone como parte de la templanza modera la vida exterior del hombre; sin embargo, es posible que para los griegos se identificase la epiqueya con cierta forma de moderación. Esta afirmación de Santo Tomás coincide con la fusión de los significados de los vocablos equidad y epiqueya, como se indica en el punto 2 de este trabajo.

d) *Santo Tomás*, refiriéndose a la cuestión 48, expresa que la virtud puede presentarse de tres modos: subjetivo, integral y potencial.

El modo subjetivo de la virtud es la de la que se predica esencialmente el todo, empero en lo menos también está por ser el todo. Esa prédica puede, a su vez, darse de muchos según una idéntica razón (animal se dice del caballo y el buey); otras veces, se lo hace en función de un orden de prioridad y posterioridad, el ser que se predica de la sustancia y el accidente.

La epiqueya es parte de la justicia entendida en un sentido general, como una cierta especie de justicia. Esa justicia de carácter general es más que la justicia legal, por lo tanto, *la epiqueya es una norma superior de los actos humanos.*

De este somero análisis de Santo Tomás, se pueden extraer estas conclusiones: a) La epiqueya aparece puesta al servicio del bien común sin duda alguna, puesto que en miras a su preservación, dejará de aplicar la ley en aquellos casos en que la misma es perjudicial para el caso particular en una

29 En el texto utilizado se halla el comentario al pie realizado por el Padre Niceto Blázquez, O.P., en el que se resalta una contradicción entre esta traducción del Doctor Angélico con la efectuada en los *Comentarios a la Ética Nicomáquea*, I, V, lect. 16 Nro. 1078, donde se lo traduce como lo *superconveniente*. Se coincide con el comentarista que ello no varía su sentido. Consultada la fuente, la misma expresa: “En griego se dice *epiikes*, como lo que es conveniente o adecuado, de *epi* e *icos* porque por la epiqueya se obedece de modo más excelente, en cuando se respeta la intención del legislador donde las palabras de la ley no concuerdan”. Cf. Santo Tomás de Aquino. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Ob. cit., 222.

forma súbita e imprevista. b) Si se entiende a la justicia como una virtud general, se explica la inclusión de la epiqueya como una parte de las virtudes sociales, pues participa de ella como una forma de lograr una justicia más plena.

No parece apartarse de Aristóteles en el alcance y finalidad de la epiqueya, pero como ya se dijera al inicio de este apartado del trabajo, sustrae a la epiqueya del ámbito de la justicia legal, de ese carácter “perfectivo”, para llevarla a ser una virtud que participa de una virtud general.

#### **5.4. La relación entre epiqueya y Derecho Natural**

El planteo del problema no nace de la *Suma Teológica*, sino de los *Comentarios a la Ética*<sup>30</sup>.

Hay una contradicción aparente que surge de decir “lo equitativo es justo”, y “lo equitativo es mejor que lo justo”.

Al comentar el Libro V, Lección XVI, n. 1081, expresa: “Pues es cierto que lo equitativo es una clase de lo justo, y es aun mejor que cierta clase de lo justo, porque, como vimos, lo justo que los ciudadanos practican se divide en natural y legal. Lo equitativo es mejor que lo justo legal, pero se contiene bajo lo justo natural”, y se complementa con el enunciado n. 1082, que dice “[...] que lo que movía a duda es que lo equitativo es algo justo pero no es lo justo legal, sino que es directivo de lo justo legal que se contiene bajo lo justo natural, del cual se origina lo justo legal”.

La ley propone algo en universal, sin embargo, existen situaciones en las que no sirve o no puede ser observado. Se dice que existe un fallo en la ley porque el legislador dejó sin determinar el caso particular, propuso algo defectible en lo que dijo en universal. Si el legislador hubiese previsto tal hipótesis, lo hubiera determinado y regulado, pero como ya dijera Aristóteles, no pudo abarcar todos los casos particulares.

Santo Tomás trae como ejemplo el de la ciudad en la que fue establecida la prohibición de subir los muros de ella a los viajeros, con el objeto de evitar la usurpación de su dominio, so pena de muerte. Sin embargo, frente a una invasión del enemigo, los peregrinos pudieron salvar la ciudad escalando los muros. Ello hace que no sean merecedores de la pena capital por ser contraria al Derecho Natural que a los benefactores se les recompensara con la muerte. Por eso, según lo justo natural, corresponde regular lo justo legal en este caso.

¿Puede inferirse de lo expuesto que lo equitativo es una forma de lo justo natural y, por lo tanto, está por encima de lo justo legal?; ¿es congruente con la doctrina aristotélica y tomista del Derecho Natural?

30 Santo Tomás de Aquino. *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Ob. cit.

Lo justo natural es aquello determinado por la naturaleza; lo equitativo no está determinado de manera positiva por la naturaleza ni reviste carácter excepcional. Es el juez quien debe determinarlo con la impronta de lo justo natural.

Lo equitativo es, frente a lo legal, algo supralegal porque se ajusta a su espíritu y al Derecho Natural. Lo natural es un criterio para determinar la injusticia de la solución legal respecto del caso excepcional, que en sí mismo es un criterio negativo. Y deviene positivo en la medida en que es el principio, el caso excepcional, de la solución equitativa.

El problema sobre si la epiqueya se aplica solamente a la ley positiva o si también vale tratándose de la Ley Natural no es tratado directamente por Santo Tomás. Se ocupará del tema Francisco Suárez, en su obra *De Legibus*, Cap. XVI, del Libro II.

## 6. La epiqueya en la visión de Francisco Suárez

Con posterioridad a Santo Tomás, los comentaristas de la *Suma Teológica*, Tomás de Vío, Soto, Báñez, Medina o Vázquez, desarrollan un largo camino en procura de explicitar ciertos puntos que el Aquinate trató de manera tangencial o, en algunos casos, poco claros de acuerdo a estos autores, tal el caso de la posible aplicación de la epiqueya a la Ley Natural.

Suárez organiza la materia estudiada por sus antecesores y, sin apartarse del método escolástico, se vale de ellos para estudiar nuevas cuestiones como a) la relación existente entre la letra de la ley y la intención del legislador; b) entre la epiqueya y la *mens legislatoris* y c) la epiqueya y la interpretación restrictiva de la ley<sup>31</sup>.

### 6.1. La interpretación de la ley

Previo al análisis de la epiqueya, realiza un estudio sobre la interpretación de las leyes humanas<sup>32</sup> y que se tiene como eje:

- a) Hay tres clases de interpretación: la auténtica, la usual, la doctrinal.
- b) Auténtica, es aquella realizada por quien tiene el poder de legislar. Usual, es la que brinda la costumbre y la práctica. Doctrinal, la que nace de la autoridad y la doctrina de los intérpretes.
- c) Cabe la posibilidad de que una interpretación tenga autoridad de ley

31 Hamel, E. "L'usage de l'epikie". En ob. cit., 61.

32 Suárez, F. *Tractatus de legibus*... Ob. cit., L VI, C. I, 1 a 6.

cuando emana del legislador, de su sucesor o por quien tenga una autoridad superior.

- d) La interpretación doctrinal puede llegar a tener grado de autoridad, tal es el caso del juicio de los sabios o una declaración doctrinal.
- e) Reglas para deducir el verdadero sentido y la obligación de la ley. En el Derecho o en las leyes, las palabras tienen un doble significado: 1) *natural*, que es el que proviene de la imposición originaria de las palabras, como son las cosas de verdad y naturalmente; 2) *civil*, aquél otorgado por una ampliación, igualación o ficción del Derecho. Aparece la denominación usual, que es la dada vulgarmente y puede desplazar al significado civil, sustituyéndolo.
- f) El legislador puede hallarse frente a varios significados propios naturales, por lo que debe examinar las materias, las circunstancias de la ley y la ley entera para despejar la ambigüedad del término. Las palabras son las que sirven a la intención y por eso es que deben analizarse las intenciones, las voluntades y las concomitancias.
- g) Las palabras del legislador pueden ser comparadas de dos maneras: 1) *entre palabras*, son el principal medio de manifestación de su voluntad; 2) *conjeturas*, por las que se indaga en la mente del legislador y expresión. Así se diferencia:
  - la *Lex nominis*, lo que la ley es conforme a las palabras y al pensamiento.
  - la *Lex non aliter*, se aparta de las palabras de la ley cuando se modifica o amplía, es algún cambio de sentido.San Gregorio, en las Decretales, expresaba que muchas veces por atender el sentido propio de las palabras, se pierde el sentido de la verdad.
- h) Es posible indagar en la mente del legislador sobre la materia de la ley, la cual es objeto propio de la ley; es necesario estar a la interpretación más benigna para conservar su voluntad, lo que permite que la ley sea justa y razonable por comparación con otras leyes.
- i) Debe mantenerse la concordia y la concordancia: debe entenderse quién no se quiere derogar el derecho común con una interpretación más benigna.
- j) La razón de la ley es una buena guía para la indagación en la mente del legislador.

## 6.2. La ampliación de la ley

La interpretación de la ley consiste en la explicación y comprensión en el sentido propio del vocablo, lo que Bártolo de Sassoferrato llama “interpretación declarativa”.

La ley tiene efectos múltiples que inciden en la interpretación para el caso de su corrección o abrogación. Esa ley posterior puede, además, ampliar o restringir; reglar la excepción, la excusa o el cese de la obligación de la ley.

Las ampliaciones de la ley pueden presentarse:

- a) Dentro del sentido propio y natural de las palabras.
- b) Pasando del sentido propio natural al propio civil, sea por la práctica o por una ficción del Derecho.
- c) Pasando por ambos sentidos y ateniéndose a un sentido impropio que amplía su significado.
- d) Ampliación que pasa por encima del sentido propio o impropio ateniéndose sólo a la semejanza de las cosas o casos o a la identidad formal de unas leyes en cuanto tales.
- e) Por encima de la mente del legislador, tal ampliación no es admisible.

### **6.3. La naturaleza de la epiqueya**

La Escolástica del Siglo de Oro trata a la epiqueya fuera del ámbito de las virtudes, a diferencia de Aristóteles y Santo Tomás. La epiqueya es una corrección de la ley frente a un caso concreto, dado que la ley falla en tal caso en razón de su generalidad. Es una herramienta que rectifica o enmienda ese desajuste nacido de la universalidad, pero no entendido como una injusticia de la norma, sino con la búsqueda de una justicia más plena.

Francisco Suárez se pregunta sobre la naturaleza de la epiqueya, distinguiendo:

a) la relación entre la ley (norma dirigida a un sujeto en el marco de una comunidad) y la justicia (la relación que hay entre la justicia legal y la justicia en un sentido pleno).

b) la relación que hay entre la ley y lo buscado u ordenado por ella, en una relación que implica una interpretación y comprensión de la ley. Es así que debe analizarse la relación y diferencia entre la justicia legal y la virtud de la justicia.

En *De Legibus*<sup>33</sup>, II c. 16 n. 4, expresa que el principal sentido de la epiqueya es “una enmienda de lo justo legal porque la ley no debe observarse en un caso en el que el observarla sería un error práctico contrario a la justicia o a la equidad natural”. Como se observa, no se aparta del concepto

33 *Ibidem*, 175.

de Aristóteles y Santo Tomás en cuanto correctivo de la justicia. Hay un error que nace del desajuste entre su universalidad y la aplicación concreta debida; la ley se dio en términos generales y en algún caso falla de manera que no puede ser observada justamente.

De la lectura del índice al Libro VI, denominado “Interpretación, cese y cambio de las leyes humanas”, se advierte que el maestro granadino distingue entre interpretación, cese, dispensa, exención, delegación y abrogación de las leyes. De esa misma lectura, pareciera que la epiqueya es una dispensa, así los Capítulos VII y VII se titulan: “¿Cuándo tiene lugar la excusa de la obligación de la ley por epiqueya o equidad?”; “Manera como debe constar en cada caso la excusa para que sea lícito emplear la epiqueya y no observar la ley sin acudir al superior”.

Suárez dice que a la interpretación de la ley en los casos oscuros se le da el nombre de *dispensa*; ésta es una interpretación de la ley por la que se torna lícito hacer lo que la ley prohíbe o es lícito dejar de hacer lo que ella manda<sup>34</sup>. Aún así, en la epiqueya no hay una “liberación de la obligatoriedad” porque el legislador lo ha privilegiado. En la dispensa no hay una falla en el legislador, sino que el legislador –por las razones que fueren– lo deja fuera del cumplimiento de la norma en forma expresa.

En la epiqueya, la ley falla para este caso particular. La ley no se aplica porque su efecto es contrario al fin perseguido por el legislador con la sanción de la norma: el bien común.

En la epiqueya, no hay un problema en la esencia de la ley; la falla tiene su génesis en la aplicación de la norma, como consecuencia de sus caracteres propios de abstracción y consecuente universalidad. La ley no es válida ni justa en el caso particular.

Más aún, en el apartado siguiente, expresa que es conveniente la distinción entre interpretación de la ley y la epiqueya. La interpretación tiene un significado más amplio que la epiqueya. Hay entre ambas una relación entre superior e inferior, de género a especie, del todo a la parte; de manera que “existe entre ellas la relación de cosa superior e inferior, y toda epiqueya es interpretación de la ley, pero no toda interpretación de la ley es epiqueya”<sup>35</sup>.

La ley debe ser interpretada cuando tiene expresiones oscuras o ambiguas, con el fin de corregir la norma para que se aplique en su intención primera, pero en modo alguno sin dejar de aplicarla.

En cambio, en la epiqueya se corrige, se enmienda a la ley en una falla que tiene en razón de su universalidad, buscando que lo justo legal sea contenido en una justicia más plena.

34 *Ibidem*, II, c. 16, n. 3, 173-174.

35 *Ibidem*, II, c. 16, n. 4, 173-174.

Así, siguiendo a Tomás de Vío, considera: “[...] muchas veces, o más bien siempre, las leyes necesitan de la interpretación por la oscuridad o ambigüedad de sus fórmulas o por alguna otra razón semejante, pero no todas estas interpretaciones son epiqueya, sino solamente aquellas por las cuales interpretamos que una ley falla en un caso particular por razón de su universalidad, es decir, porque la ley se dio en términos generales y en algún caso particular falla de tal manera que en él no puede observarse justamente”<sup>36</sup>.

#### **6.4. ¿Quién debe realizar la epiqueya?**

Se debe diferenciar la interpretación de la ley en abstracto y la interpretación en el caso concreto.

Cuando ella se efectúa en abstracto, es una interpretación llevada a cabo por el legislador o el teórico académico.

Si se interpreta el caso concreto, pareciera que es una potestad de todo ser humano para captar el sentido propio de la ley, valiéndose de la prudencia, de la justicia y de la epiqueya.

En cuanto a las funciones de la epiqueya, se destaca el ser:

- a) Herramienta del legislador para que la justicia se aplique en aquellos casos en los que seguir la letra de la ley llevaría a la comisión de una grave injusticia o contrariar la intención de la ley.
- b) Herramienta del juez o de quien tiene el oficio de juzgar y decidir la aplicación de la ley en los casos concretos.
- c) Herramienta de un sujeto particular cuando debe ejercer la epiqueya en supuestos determinados.

La epiqueya es exigida en una acción concreta y debe ser ejecutada en el marco de la norma que incurre en ese defecto considerando circunstancias diversas: si es necesaria o no; si puede suspenderse o posponerse su consideración o si hay urgencia de llevar adelante tal acción, donde requiere que no haya dilaciones y no es posible acudir al legislador para conocer la intención de éste.

Se presenta cuando hay una causa eficiente para ello y observar la ley llevaría a un daño grave contrario a la justicia.

Este razonamiento lleva a preguntarse si la epiqueya es el triunfo del individualismo frente a la ordenación legal de la comunidad, algo inconveniente, un mal necesario del que es preciso librarse.

36 *Ibidem*, II, C. 6, 5, 174.

Lejos de ello se encuentra la epiqueya, pues “si se da una amplia libertad para no observar las leyes en casos particulares, sólo porque en ellos cese negativamente la razón de la ley, se seguirán innumerables absurdos”. Da como ejemplo los prefectos que podrían excusarse del ayuno por no sentir su necesidad para los fines determinados de la Iglesia; la fornicación por no prohibida si no existiere peligro de una mala educación de los hijos que es la razón de tal prohibición; en materia de obediencia se pueden presentar otros ejemplos. Por ello, “aunque la razón de la ley, en un caso particular, cese negativamente, siempre queda alguna razón más universal por la cual conviene que aún entonces se observe la ley”<sup>37</sup>. Lo fundamenta en el hecho de que si el individuo tuviera la facultad de no observar la ley por cesar su causa, sería contrario al bien común. Va de suyo que una razón honesta para la observancia de la ley es la uniformidad de las partes con el todo cuando la ley puede ser cumplida sin inconveniente.

La ley debe ser cumplida por todos. El límite a tal deber nace cuando la norma atenta contra la justicia.

Suárez distingue dos clases de epiqueya que pueden ser analizadas en forma conjunta, en sus caracteres principales:

- a) La que excede el caso del poder del superior. Aquí se juzga que la ordenación va más allá de lo que el legislador pueda disponer. Se exceptúa el caso del poder del superior: “Si el súbdito juzga que en un caso dado la letra de la ley no obliga porque juega con la probabilidad que hacer tal cosa es pecado, entonces parece que existe un doble peligro especulativo, el de quebrantar esta ley u otra; luego, le es lícito al súbdito cumplir con la otra, la cual juzga con probabilidad que es más grave y que obliga más, y para esto no necesita la interpretación del superior”<sup>38</sup>.
- b) La que lo exceptúa sólo de su voluntad, queda fuera de la intención con que el legislador propuso tal ley.

### **6.5. Entonces, ¿qué es la epiqueya para Francisco Suárez?**

La epiqueya es una corrección de la ley, en aquello que falla por su universalidad. El factor que determina la aplicación de la ley es la variabilidad y riqueza de las circunstancias sobre las que recae, del objeto mismo de la norma, que son las acciones humanas.

37 *Ibidem*, VI, c. 7, n. 5, 656.

38 *Ibidem*, VI, c. 8, n. 4, 661.

La ley propende a la consecución del bien común, por eso insiste en que se debe estar a la *intención* de la ley y no a la letra de la misma. El análisis de la intención persigue la realización de la norma en un sentido más pleno, más profundo. El sujeto, el individuo es el destinatario de la norma, es éste el que *debe cumplirla*; pero si cumplirla hace que se cometa una injusticia o se cause un grave inconveniente, entonces debe actuar con epiqueya. La epiqueya, según una justicia más amplia que la legal, para que la justicia se cumpla realmente<sup>39</sup>.

Se antepone la epiqueya a lo justo legal, lo que exige una prudencia mayor y una justicia más universal.

Ello así, por cuanto la epiqueya supone incluir a la justicia legal en un marco más amplio, cual es el de la justicia en sentido estricto.

Se evidencia un doble fin de la ley: a) Ordenando para la acción que determina; b) Aquél que la ordena respecto de un fin.

En la ley positiva, se conserva la materia del acto con todas sus circunstancias intrínsecas, dada esa ordenación al fin o por alguna circunstancia extrínseca, puede haber epiqueya ya que una interpretación justa puede hacer cesar la obligación.

La epiqueya puede darse respecto de aquel acto ordenado por la ley que, permaneciendo la misma materia, puede ser separado del fin que buscaba por no estar ordenada intrínsecamente al fin que le da a su bondad o malicia; por causa de las circunstancias que lo acompañan (persona, tiempo, lugar).

Y ello así, por cuanto la ley es un dictamen de la recta razón que tiene por materia la acción justa, que no se da aislada sino rodeada de esas circunstancias que hacen que en la mayoría de los casos la ley no falle por razón de la universalidad. Esa falla de la ley es el campo de acción de la epiqueya.

### **6.6. La nota distintiva en el pensamiento suareciano: La intención del legislador**

De la lectura de la obra de Suárez en el tema objeto de estudio, se vislumbra que se refiere a las leyes humanas. Cuando crean Derecho o normas sobre realidades que son naturalmente indiferentes, se las llama leyes estrictamente positivas<sup>40</sup>. En las normas relativas a los imperativos natu-

39 Cruz, J. (2011). "¿Qué es la epiqueya? Reconducción de la ley humana a la ley natural". Recuperado de <http://www.leynatural.es/2011/06/22/que-es-la-epiqueya-reconduccion-de-la-ley>, fecha de publicación: 22-6-2011, fecha de consulta: 1-10-2013.

40 Suárez, F. *Tractatus de legibus...* Ob. cit., II, c. 16, n. 15 y 16, 179.

rales, su fuerza viene dada por el legislador y de su ordenamiento al bien, adquiriendo “su poder y su condición de ley”, según Santo Tomás<sup>41</sup>.

En este punto, se nota la separación de Francisco Suárez de sus maestros, por cuanto para él, el alma de la ley es la intención y voluntad del legislador. En Suárez, el querer del legislador no sólo es entendido como ordenado al bien común, sino que tiene un sentido más amplio de la dirección de la vida común en los elementos necesarios e incluso opinables.

Es objeto de la epiqueya ponderar el cumplimiento de lo ordenado por la ley conforme a ella, en el marco de las circunstancias que hacen precisa la realización del acto ordenado o la omisión del acto prohibido, “sin embargo, en un caso particular, por las circunstancias, cesa la obligación de la ley acerca de tal acto porque para esas circunstancias el acto no pudo caer bajo el poder o no cayó bajo la voluntad del legislador, sino que queda exceptuada de ella [...]”<sup>42</sup>.

En el ejercicio de la epiqueya hay un juicio del entendimiento decidiendo que en el *casus* particular la ley no se aplica, e interviene un acto de la voluntad sometiendo a ese juicio y obrando en contra de las palabras de la ley. Tal ejercicio no requiere añadir una virtud especial. Ese juicio del entendimiento, si es producto de la interpretación de la ley por parte del monarca o el superior, se enmarca en un juicio de prudencia real o política; si se da en el súbdito, será un juicio de prudencia general que presupone los presupuestos del Derecho Natural o del humano por cuanto ese juicio particular depende de ellos<sup>43</sup>.

En este sentido, la epiqueya no es una nueva virtud, sino la virtud misma de la justicia, apartándose de la letra de la ley con el fin de servir a la justicia en general y hacerse por motivo de ella el obrar de acuerdo a la epiqueya, pues de ese modo no se aparta ni de la mente de la autoridad ni de lo que es equitativo<sup>44</sup>.

### **6.7. Las diferencias con Santo Tomás**

El concepto de epiqueya en Suárez difiere del concepto tomista. Tal diferencia estriba en las ideas específicas que tiene sobre el Derecho Positivo, el papel de la autoridad y la función del legislador dentro de la sociedad.

- a) **Carácter de la ley:** Santo Tomás expresa que la ley es una ordenación al bien común. Tal ordenación está abierta a la razón en primer

41 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*. Ob. cit., I-II, q96, a6.

42 Suárez, F. *Tractatus de legibus...* Ob. cit., VI, c. 6, n. 2, 652.

43 *Ibidem*, VI, c. 6, n. 5, 653-654.

44 *Ibidem*, VI, c. 6, n. 5, 653-654.

lugar, no a la voluntad. El papel del legislador es ordenar la obra de la razón, no de la voluntad. El legislador se ordena al bien común. Una vez promulgada la ley, esta liga la conciencia de los sujetos, sin importar la voluntad del legislador. El legislador es el que decide esa ordenación al bien común, como parte de la función social que a él le incumbe.

En Suárez, el principio constitutivo de la ley es la mente del legislador que radica en la voluntad. Esa voluntad es la que hace que la ley obligue a cumplirla a un inferior que deberá hacer lo que ésta ordene.

- b) Naturaleza de la epiqueya: Santo Tomás ubica a la epiqueya-equidad en el marco de las virtudes sociales, como una parte de la justicia, virtud excelsa. Es una parte subjetiva de la justicia.

Francisco Suárez la analiza en el marco de la interpretación de la ley; es una herramienta por la que la ley no se aplica por razón de un fallo en su universalidad evaluado por el legislador. Es una enmienda de lo justo legal.

- c) Aplicación de la epiqueya: En Santo Tomás, es la autoridad quien indica la aplicación de la epiqueya, dado que la ley falla en razón de su universalidad.

En Francisco Suárez, es una herramienta de la que puede valerse el legislador, el juez o incluso un sujeto particular en determinadas circunstancias.

## 7. Conclusiones

De la lectura de la obra de Suárez en este punto, y lo desarrollado en este trabajo, se puede sintetizar el tratamiento de la epiqueya de la siguiente manera:

La epiqueya puede ser empleada de tres formas:

a) Para evitar algo injusto: En este caso, se acude a la epiqueya cuando hay otro precepto (de la ley divina o de la natural), al cual sea contraria la ley humana.

b) Para evitar la aplicación de una ley excesivamente gravosa: Se analiza la norma tomando en cuenta su obligatoriedad y las circunstancias del caso. Se juzga si por tales circunstancias se escapa a tal obligatoriedad.

c) Para dejar de lado la norma analizando la intención del legislador: Aquí la epiqueya se aplica tomando en cuenta las circunstancias, la práctica, el tipo de autoridad y soluciones en casos semejantes.

Cuando consta con certeza que la materia de la ley, por cualquier circunstancia, se ha convertido en injusta o contraria a otro precepto o virtud

más obligatoria, cesa la obligación de la ley y puede prescindirse de la misma por la propia autoridad, sin acudir al superior. Si en este supuesto se quisiera que el súbdito observase la ley, éste no puede obedecerle porque hay que obedecer a Dios, antes que a los hombres.

Sin embargo, cuando no puede acudir al superior, es lícito hacer uso de la epiqueya cuando el caso escapa al poder del legislador o a su voluntad. En las cosas morales, el juicio de razón basta para obrar prudentemente. Es necesario analizar la voluntad del legislador más allá de sus palabras, pues ellas pueden ir más allá de lo que quiso la voluntad de éste; es allí cuando debe corregirse la epiqueya para corregirlas.

Tal actuación cesa cuando no hay peligro en la demora, cuando se puede esperar la interpretación o consentimiento sin ocasionar el mal. Así aparecen los casos del depósito de la espada del enajenado o el escalamiento de la ciudad amurallada para impedir las invasiones, como supuestos donde no puede demorarse una solución por los peligros que se presentan, y es allí donde se obra con epiqueya.

En el mundo actual, los conceptos de epiqueya y equidad son utilizados como sinónimos, como ya se dijera. Así, los Códigos más modernos receptan la idea de equidad en el sentido de corrección de la ley cuando falla por su universalidad, pero también con la idea de reconstrucción de sinalagma entre partes; se la entiende como un principio general del Derecho o como herramienta hermenéutica para el juez; es el baremo para morigerar los efectos de una sentencia resarcitoria atendiendo a las circunstancias de las partes; es un factor de atribución, en el caso de los daños involuntarios. La influencia de las ideas suarecianas y de la Escuela Española en general se sostienen, e invocan, hoy día en cuestiones tan delicadas como lo es la reparación de las víctimas del conflicto colombiano, cuando no pueden acreditar la relación causal o el importe de daños causados; se invoca en la solicitud de reparación de los daños derivados de los llamados riesgos de desarrollo cuando las acciones han prescrito o no se puede establecer el nexo causal o ha desaparecido el sujeto causante del daño. Así como en los siglos XVIII y XIX el positivismo y otras ideologías han intentado dar por tierra con el iusnaturalismo en todas sus manifestaciones, no es menos cierto que hay una vuelta a sus sabios principios, con la epiqueya-equidad como una herramienta puesta en valor.



**VALIDEZ LEGAL Y CORRECCIÓN MORAL. EL PROBLEMA DE LA LEY INJUSTA EN LA TEORÍA JURÍDICA DE JOHN FINNIS**  
*Legal Validity and Moral Correctness. The Problem of Unfair Law in John Finnis's Legal Theory*

Eliana de Rosa<sup>1</sup>

Recibido: 14 de febrero de 2017

Aprobado: 1º de marzo de 2017

**Resumen:** No cabe duda de que el debate en torno a la cuestión de la esencia del Derecho no ha perdido vigencia en absoluto. A pesar de haberse superado el riguroso formalismo positivista de Hans Kelsen en lo atinente a la vinculación entre el Derecho y la moral, en el actual debate iusfilosófico es posible trazar otra gran línea divisoria entre concepciones del Derecho, análoga a aquella que otrora se dio entre iuspositivismo y iusnaturalismo: positivismo y no positivismo. El presente trabajo se propone dar a conocer el debate suscitado entre dos eximios representantes de esta última: por un lado, el iusfilósofo y jurista alemán, Robert Alexy, quien ha construido su teoría jurídica a partir de la influencia del positivismo kelseniano y el naturalismo jurídico de Gustav Radbruch, y el principal representante de la Nueva Escuela del Derecho Natural, John Finnis, quien proviene de la Escuela Analítica, y ha construido su teoría del Derecho sobre la base de postulados del iusnaturalismo clásico de Aristóteles y Tomás de Aquino, tamizados por la propuesta metaética de Germain Grisez. El objeto del debate se centra en torno al concepto y alcance de validez jurídica, como concepto clave para abordar la vinculación entre el Derecho y la moral.

**Palabras claves:** Derecho - Moral - Robert Alexy - John Finnis - Validez jurídica.

1 Abogada. Profesora de grado universitario en Ciencias Jurídicas, UNCuyo. Doctoranda en Derecho, UNCuyo. Docente en la Cátedra de Ética de la carrera de Abogacía en la Universidad de Congreso. Becaria de la Facultad de Derecho, UNCuyo.

**Abstract:** There is no doubt that the debate on the question of the essence of the law has not lost any use at all. In spite of the fact that Hans Kelsen's rigorous positivist formalism was overcome in relation to the link between law and morality; in the current philosophical debate, it is possible to draw another great dividing line between conceptions of law, analogous to that formerly given between iuspositivism and iusnaturalism: positivism and non-positivism. This paper intends to make known the debate between two distinguished representatives of the latter: on the one hand the German philosopher and jurist Robert Alexy, who has constructed his juridical theory from the influence of the Kelsenian positivism and the legal naturalism of Gustav Radbruch, and the principal representative of the New School of Natural Law, John Finnis, who comes from the Analytical School, and has constructed his theory of law on the basis of postulates of the classic naturalism of Aristotle and Thomas Aquinas, sifted by the proposal of Metathetics of Germain Grisez. The focus of the debate is on the concept and scope of legal validity, as a key concept to address the link between law and morality.

**Keywords:** Law - Moral - Robert Alexy - John Finnis - Legal validity.

Para citar este texto:

De Rosa, E. (2017), "Validez legal y corrección moral. El problema de la ley injusta en la teoría jurídica de John Finnis", *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 277-298.

## Introducción

No cabe duda de que el debate en torno a la cuestión de la esencia del Derecho no ha perdido vigencia en absoluto. A pesar de haberse superado el riguroso formalismo positivista de Hans Kelsen en lo atinente a la vinculación entre el Derecho y la moral, en el actual debate iusfilosófico es posible trazar otra gran línea divisoria entre concepciones del Derecho, análoga a aquella que otrora se dio entre iuspositivismo y iusnaturalismo: positivismismo y no positivismismo. El presente trabajo se propone dar a conocer el debate suscitado entre dos eximios representantes de esta última: por un lado, el iusfilósofo y jurista alemán, Robert Alexy, quien ha construido su teoría jurídica a partir de la influencia del positivismo kelseniano y el naturalismo jurídico de Gustav Radbruch, y el principal representante de la Nueva Escuela del Derecho Natural, John Finnis, quien proviene de la Escuela Analítica, y ha construido su teoría del Derecho sobre la base de postulados del iusnaturalismo clásico de Aristóteles y Tomás de Aquino, tamizados por la propuesta metaética de Germain Grisez.

El debate en cuestión se centra en torno a la impugnación que Robert Alexy efectúa a la teoría jurídica de John Finnis, en base a la concepción que este último autor tiene del gran tema de la vinculación entre el Derecho y la moral, y el problema de la ley injusta. Particularmente, la crítica se detiene en el concepto de validez legal, y analiza las implicancias que surgen para los dispositivos de carácter técnico o instrumental del orden jurídico, en los casos en que el contenido sustancial de las normas es gravemente inmoral.

En efecto, y de acuerdo a la objeción formulada por el profesor alemán, Finnis no habría podido, finalmente, hacer a un lado, a la hora de construir su modelo teórico, los criterios de medición de validez jurídica de las normas propios del positivismo analítico del cual proviene, en los cuales las razones o contenidos de naturaleza ética parecen quedar al margen.

Con carácter previo, resulta pertinente efectuar una breve reseña del tratamiento que ha tenido el problema de la vinculación entre el Derecho y la moral, y sus consiguientes implicancias, en el debate iusfilosófico contemporáneo.

## **I. Criterios actuales que sustentan la posible vinculación o separación entre el Derecho y la moral**

Como refiere Garzón Valdés, no ha habido “ningún teórico ni filósofo del Derecho, cualquiera sea su posición teórica, que no haya dedicado alguna parte de su obra al análisis de la relación entre el Derecho y la moral”<sup>2</sup>, puesto que “el Derecho y la moral constituyen los dos sistemas normativos más relevantes en el ámbito de la regulación de la vida social”<sup>3</sup>. También este ha sido el tema que históricamente ha dividido las aguas entre iuspositivistas y iusnaturalistas. Actualmente, se habla de dos formas de concebir la vinculación entre el Derecho y la moral: (i) la tesis de la vinculación y (ii) la tesis de la separación. Es menester hacer la salvedad de que el debate entre ambas tesis no se refiere a la relación empírica entre Derecho y moral, sino que, por el contrario, la polémica se centra en torno a la posibilidad o imposibilidad de establecer una relación conceptual entre ambos órdenes normativos. Al respecto, conviene repasar brevemente los puntos centrales de ambas tesis.

2 (1998). AA.VV. *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Barcelona, España. Ed. Rodolfo Vázquez, Gedisa.

3 Ídem.

### ***i. Tesis de la vinculación***

I. Entre quienes sostienen que el Derecho y la moral constituyen dos órdenes normativos que se encuentran conceptualmente vinculados, se aprecian distintas variantes según el grado de intensidad de la vinculación. En efecto, están aquellas versiones más radicalizadas que –como la de Agustín de Hipona– plantean una vinculación en términos de equivalencia entre ambos órdenes de conducta, de modo tal que “no es ley la que no es justa”<sup>4</sup>. En este caso, no es posible hablar de obligación de obedecer.

Una versión más reciente de esta variante es la de la corriente iusfilosófica de la naturaleza de las cosas, que postula la necesidad de tomar cuenta de los dictados de la naturaleza para la formulación de normas auténticamente jurídicas. Así, por ejemplo, autores como Herbert Schambeck han sostenido que “el respeto de la naturaleza de las cosas asegura no solo la legitimidad del orden jurídico positivo sino también su eficacia”<sup>5</sup>.

II. Otra de las variantes de la teoría de la vinculación, más atenuada que la anterior, es aquella que postula que el caso de la ley injusta es un caso de degeneración de la ley. Esta tesis fue formulada por Tomás de Aquino, para quien una “ley injusta sería una corrupción de la ley”<sup>6</sup>, es decir, la injusticia de la ley no afecta su carácter jurídico, sino el deber moral de obedecerla. De modo que sus destinatarios no estarían moralmente constreñidos a su observancia, salvo en aquellos casos en que sea necesario evitar un peligro (q. 104, 1954, 431).

III. La tesis de la equivalencia entre el “punto de vista interno” y el punto de vista moral constituye otra de las variantes de la tesis de la vinculación. Esta versión se diferencia de las anteriores porque deja a un lado las argumentaciones de tipo teológico para justificar la relación entre el Derecho y la moral. Quien ha sostenido este punto de vista ha sido Herbert L. A. Hart<sup>7</sup>, que parte de la distinción entre punto de vista externo e interno. Ambos se refieren a las razones que motivan la observancia del Derecho, pero se diferencian en que en el primero, las razones son de tipo prudencial

4 Agustín de Hipona (1947). “Del libre albedrío”. En *Obras de San Agustín*. T. III. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos.

5 Schambeck, H. (1964). *Der Begriff der “Natur der Sache”*. Viena. Springer, 88.

6 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, q. 95 2: *non lex sed legis corruptio*.

7 Hart se inscribe en la corriente de pensamiento positivista, llamada jurisprudencia analítica, para la cual el análisis del lenguaje resulta un elemento fundamental a fin de una mejor comprensión del Derecho. Fue profesor en Oxford en la cátedra de Jurisprudencia, y profesor visitante en varias universidades estadounidenses, y principal de Brasenose College.

o técnico, mientras que en el segundo caso, las razones son de tipo propiamente moral. Por tanto, toda proposición sobre la existencia de un sistema jurídico implica la existencia de un sistema moral. Esta posición ha sido sostenida por Philip Soper<sup>8</sup> y Ernesto Garzón Valdés<sup>9</sup>.

IV. Otra variante es la que postula la de la relevancia esencial de la pretensión normativa del Derecho, según la cual “si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de Derecho Positivo, no es posible ignorar las pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivización jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética”<sup>10</sup>. Es lo que se conoce como *intentio dogmatica* del Derecho o pretensión de legitimidad.

Robert Alexy ha utilizado una categoría similar aunque con ciertos matices. En efecto, hace referencia a la pretensión de corrección “como un elemento necesario del concepto de Derecho. Ella establece la conexión entre Derecho y moralidad”<sup>11</sup>. Ciertamente, señala Alexy que “con el acto de dictar una constitución está necesariamente conectada una pretensión de corrección, en este caso, una pretensión de justicia. El autor de una constitución comete una contradicción performativa si el contenido de su acto constitucional niega esta pretensión, mientras que la plantea con la ejecución de su acto”<sup>12</sup>.

También, autores como Joseph Raz se han referido a la pretensión de legitimidad del Derecho Positivo sosteniendo: “[...] a pesar de que un sistema pueda carecer de autoridad legítima o a pesar de que su autoridad legítima pueda no ser tan amplia como pretende, todo sistema jurídico pretende tener autoridad legítima”<sup>13</sup>.

V. Otra variante es la tesis de la pretensión de razonabilidad que entraña necesariamente la institucionalización del Derecho. Se trata de una pretensión que tiene un fundamento antropológico, y que ha sido esbozada por autores como H. L. A. Hart, que se ha denominado “contenido mínimo de Derecho Natural”. Según Neil MacCormick, “la tesis de que hay algo así

8 Soper, P. (1989). “Legal Theory and the Claim of Authority”. En *Philosophy and Public Affairs*, vol. 18, Nº 3, 209-237.

9 Garzón Valdés, E. (1993). “Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral”. En *Derecho, ética y política*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 317-335.

10 AA. VV., *Derecho y Moral. Ensayos sobre un debate contemporáneo*. Ob. cit., 22-23.

11 Alexy, R. (1989). “On Necessary Relation Between Law and Morality”. En *Ratio Juris* 2:2, 167-183.

12 *Ibidem*, 179.

13 Raz, J. (1994). *Ethics in de Public Domain - Essays in the Morality of law and Politics*. Oxford. Clarendon Press, 199.

como razón práctica y que el Derecho pertenece al ejercicio (por más defectuoso que sea) de la razonabilidad práctica tiene, por consiguiente, una importancia fundamental. Es la base de la pretensión de que hay una conexión necesaria entre Derecho y moralidad [...]”<sup>14</sup>.

VI. Por último, cabe hacer referencia a la tesis del argumento de la interrelación entre seguridad y un mínimo de moralidad, sostenida, entre otros, por Ernesto Garzón Valdés<sup>15</sup>, en función de la cual, “cualquiera sea la concepción moral que se sustente, hay un valor que todo sistema jurídico positivo tiene que garantizar: el de la seguridad jurídica, entendida en el doble sentido de convivencia pacífica y previsibilidad de las decisiones jurídicas.

## **ii. Tesis de la separación**

Sus partidarios han intentado refutar cada una de las variantes de la tesis de la vinculación manifestando que (i) algunas de ellas recurren a argumentos no racionales de índole teológica, o bien, que devienen en falaces al intentar hacer derivar enunciados normativos de los meramente descriptivos; (ii) la tesis de la vinculación introduce criterios de validez extraños al Derecho Positivo, puesto que el hecho de que los destinatarios de las normas las observen por temor o adhesión moral no puede ser relevante para su calidad como orden coactivo positivo. Además, la validez jurídica no es susceptible de gradación, ya que no cabe decir que una norma pueda ser más o menos válida, simplemente lo es o no lo es. En este sentido, sostiene von Wright que “la moralidad ‘trasciende’ la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón, la moralidad no puede ser nunca incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del Estado”<sup>16</sup>; (iii) el punto de vista interno en nada se relaciona con la posición ética o moral de la parte oficial del sistema: uno de los autores que, con más vehemencia, ha sostenido este argumento ha sido Rolf Sartorius. Su tesis central es que la parte oficial simplemente hace cumplir las reglas válidas de acuerdo con la regla de reconocimiento, y los ciudadanos, en su mayor parte, obedecen. De modo que, ante la concurrencia de ambos factores, “puede decirse que el sistema jurídico existe”; es decir, el aspecto volitivo de adhesión a las normas básicas del sistema no

14 McCormick, N. (1994). “The Separation of Law and Moral”. En Robert P. George (ed.). *Natural Law Theory. Contemporary Essays*. Oxford. Clarendon Press, 105-133.

15 Garzón Valdés, E. (1993). “Seguridad jurídica y equidad”. En ob. cit., 301-315.

16 Von Wright, G. H. (1985). “Is and Ought”. En Eugenio Bulygin et al (comps.). *Man, Law and Modern Forms of Life*. Dordrecht. Reidel, 263-281.

sería necesario<sup>17</sup>; (iv) Eugenio Bulygin objeta los ejemplos de contradicción performativa empleados por Alexy, argumentando básicamente que los aludidos artículos de la constitución tienen carácter de prescripción y no de descripción. Si tuvieran este último carácter podría predicarse de ellos su verdad o falsedad, pero siendo prescripciones “no tiene sentido ordenar que una constitución o un Estado debe ser justo o injusto como no tiene sentido ordenar que un país debe ser rico o tener árboles verdes. Ciertamente algunas constituciones son justas, algunos países son ricos y los árboles [...] verdes, pero se trata de estados de cosas que no pueden ser prescriptos u ordenados” (Bulygin, 1993, 22). Por tanto, el argumento de la pretensión de corrección carecería de fundamentación y la tesis de la vinculación parecería “pender en el aire”.

Así, entre quienes sostienen la tesis de la separación, parece posible señalar como común denominador que el problema fundamental no estriba en la aceptación o negación de pretensiones de contenido moral en el Derecho (como ocurre con la pretensión de legitimidad o de corrección), sino que a esas pretensiones solo puede adscribirseles carácter subjetivo, o, en otras palabras, la ausencia de un criterio objetivo que permita medir la “corrección” de la pretensión. Ello remite a las tesis del escepticismo ético en el ámbito jurídico, en donde se encuentran versiones radicalizadas como la de Roberto Vernengo<sup>18</sup>, y más débiles, como la de Norbert Hoerster.

Respecto de la primera de ellas, es Vernengo quien critica el uso de la expresión “Derechos morales” por considerar que la misma ha sido acuñada como resultado de una errónea traducción de la fórmula “*moral rights*”, aduciendo que, “en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los Derechos Morales, [se arriba], como siempre, a insolubles cuestiones metafísicas”<sup>19</sup>, como tampoco hay “una moralidad positiva universal y, menos ciertamente, una única moralidad crítica. Al fin y al cabo, aun manteniéndonos en los límites de la moral prescriptiva que nos plazca, es arduo pensar en una facultad moral válida para todo ser humano [...]”<sup>20</sup>.

La versión débil del escepticismo ético suele encontrarse en la concepción de Norbert Hoerster. El mencionado autor parte de las dos tesis clásicas de relativismo axiológico formuladas por Max Weber: (i) sobre la separación entre el ámbito del ser y del deber ser, por un lado; (ii) y, por otro, sobre la

17 Sartorius, R. (1987). “Positivism and the Foundations of Legal Authority”. En Ruth Gavison (comp.). *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The influence of H. L. A. Hart*. Oxford. Clarendon Press.

18 Vernengo, R. J. (1990). “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”. En *Doxa* 7, 275-299.

19 *Ibidem*, 297.

20 *Ibidem*, 291.

imposibilidad de una fundamentación intersubjetiva del deber ser. Hoerster sostiene que hay que aceptar la primera y rechazar la segunda, sin que ello implique remisión alguna a la metafísica. En efecto, “como no hay criterios objetivos –señala el autor– de lo normativamente correcto, todo enunciado que diga que una determinada acción es correcta o que una determinada norma está ‘fundamentada’ debe ser entendido como expresión del interés de quien formula el enunciado”<sup>21</sup>. De este modo, Hoerster intenta una fundamentación de las normas éticas de base intersubjetiva, es decir, cuando existe coincidencia con los intereses de los miembros de una comunidad, como ocurre con la norma que prohíbe el homicidio.

## II. El debate en torno al concepto de validez legal

Podría afirmarse que la validez legal o jurídica es el concepto en el cual confluyen el Derecho y la moral. Si bien ambos son órdenes normativos de distinta naturaleza, y que pueden delinearse claras distinciones de índole conceptual entre uno y otro, el problema se presenta cuando entra en juego este instrumento que, no obstante su carácter técnico, puede hacer colisionar la coherencia y coincidencia que normalmente se da entre el contenido de normas morales y jurídicas. De donde se sigue que, en el plano conceptual, las dificultades aparecen cuando la sustancia de las normas de uno y otro orden discurren por causas separados y contrarios.

En torno a esta cuestión es donde encuentra su punto neurálgico la objeción que Robert Alexy ha formulado a la teoría jurídica de John Finnis.

Con carácter previo, es menester señalar que la característica más notable del autor cuestionado es el haber abordado el estudio y explicación del fenómeno jurídico integrando, en su propuesta, la tradición del iusnaturalismo clásico, sin renunciar al método argumentativo heredado de la Jurisprudencia Analítica, en la que él se formó originalmente.

En efecto, Finnis no desconoce que en el interior del Derecho Positivo se presenta una dicotomía autoridad y razonabilidad (o moral) pero en este punto sigue la idea de su maestro, Herbert L. A. Hart, quien sostuvo que todo análisis del Derecho debe hacerse siempre desde el “punto de vista interno”, esto es, aquella perspectiva en virtud de la cual los autores se perciben a sí mismos como vinculados a las razones para la acción que proporciona el Derecho.

21 Hoerster, N. (1992). “Ética jurídica sin metafísica”. En *En defensa del positivismo jurídico*. Barcelona. Ed. Gedisa, 50-74.

Sin embargo, esta idea adopta en el profesor oxoniense una particularidad: el Derecho solo podrá proporcionar razones para la acción en la medida en que esas razones se refieran a algún bien humano básico. De este modo, la obediencia al Derecho no se justifica por la amenaza de una sanción, ni por la autoridad social que lo ha formulado, sino por esta referencia constitutiva a las dimensiones centrales del bien humano<sup>22</sup>.

Estos bienes constituyen valores dotados de objetividad, captables por la razón, capaces de ser aprehendidos por autoevidencia (*per se indemonstrabilia*) y son, según Finnis: la vida, el conocimiento, el trabajo y el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la familia, la razonabilidad práctica y la religión. Así, un sistema jurídico determinado solo podrá crear razones para la acción, en la medida en que las normas que integran dicho sistema se orienten a algunos de estos bienes en cuanto que los mismos tienen carácter perfectivo de la naturaleza humana en todas sus dimensiones. Cuando ello ocurre, las normas jurídicas no solo vinculan jurídicamente a sus destinatarios, sino que también los vinculan moralmente. Es decir, de la norma surge tanto un deber jurídico como un deber moral a su cumplimiento.

### III. Materia del debate

Ahora bien, en el debate a analizar, la teoría jurídica de Finnis, fundada en el carácter analógico del fenómeno jurídico, deviene en particular núcleo de la objeción de Robert Alexy. Como es sabido, el profesor australiano entiende que para definir el fenómeno jurídico es necesario efectuar un triple abordaje metodológico, a saber: (i) la atención al punto de vista práctico; (ii) la selección del caso central y del significado focal; y (iii) la selección del punto de vista.

A su turno, cuando Finnis hace referencia a la noción de “significado focal” (*focal meaning*) del fenómeno jurídico, está remitiendo a “reglas producidas de acuerdo con reglas jurídicas regulativas, por una autoridad determinada y efectiva (ella misma identificada normalmente y constituida como institución mediante reglas jurídicas), para una comunidad ‘completa’, y apoyadas por sanciones en conformidad con disposiciones de instituciones juzgadoras guiadas por reglas [...] dirigidas a resolver razonablemente cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad [...] para el bien común de esa comunidad [...]”<sup>23</sup>.

22 Finnis, J. (2011). “Practical Reason’s Foundations”. En *Collected Essays I*. Oxford. Oxford University Press, 19-40.

23 Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª edición. Oxford. Oxford University Press, 276.

En efecto, se trata de un intento de construir una noción del fenómeno jurídico que refleje una multitud de fenómenos concebidos como casos de auténticos ordenamientos jurídicos (*central cases*), desde una perspectiva fáctica o sociológica, histórica y cultural. No se trata, por tanto, de tomar el término “Derecho” en un sentido unívoco, sino que este “significado focal” supone una referencia primaria a ciertos tipos de fenómenos sociales existentes, teniendo la potencialidad de extenderse y aplicarse a casos análogos en los cuales está ausente algún elemento descriptor del caso central.

Por tanto, no se puede soslayar que el análisis del profesor de Oxford apunta no solo a la presencia de elementos formales, a la hora de elaborar una definición de Derecho; hay también una necesaria referencia a elementos sustanciales, como la necesidad de que el ordenamiento jurídico sirva al bien común, según una “forma en sí misma adaptada a ese bien común por características como especificidad, minimización de la arbitrariedad, mantenimiento de la reciprocidad entre los súbditos del Derecho, tanto unos como otros en sus relaciones con las autoridades legítimas”<sup>24</sup>. Sin referencia al bien común de la comunidad a la que está destinada a regir, aun cuando un determinado fenómeno jurídico encuadre en el esquema de carácter “lógico formal” propuesto por Max Weber, la noción de Derecho queda vacía de contenido, y carente de su necesaria justificación autoritativa.

El autor arriba, de este modo, a la conclusión de que “el Derecho, en sentido focal del término, se realiza plenamente solo cuando cada uno de estos términos componentes se realiza plenamente”<sup>25</sup>. Mientras que en aquellos casos en los que se verifique la ausencia de alguno de estos elementos devendrían en versiones marginales o diluidas las que quedan comprendidas igualmente en el concepto de Derecho vía analogía.

Sin embargo, es menester destacar que la concepción analógica del Derecho no se encuentra exenta de dificultades a la hora de emprender la tarea de interpretar las normas jurídicas. Ciertamente, cabe preguntarse: (i) ¿Cuál es la consecuencia de considerar como Derecho válido, aquellas normas o sistemas normativos cuyos preceptos no solo carecen de racionalidad, sino que son groseramente injustos? (ii) ¿Deben aplicarse sin más? (iii) ¿Hay obligación de obedecer este tipo de preceptos? (iv) La naturaleza de la obligación de obedecer en estos casos, ¿es de tipo moral o jurídica? (v) ¿Tiene –o debiera tener– la interpretación analógica algún límite? En la respuesta que Finnis da a estos interrogantes es en donde pareciera emerger una se-

24 *Ibidem*, 276-277.

25 *Ibidem*, 277.

rie de criterios que, en principio, resultan incompatibles con una auténtica concepción iusnaturalista del Derecho.

Para fundamentar su objeción a la teoría finnisiana, Robert Alexy parte de la tesis de la necesidad de la conexión conceptual entre el Derecho y la moral<sup>26</sup>, siendo éste el criterio en virtud del cual traza la línea divisoria entre lo que él mismo califica como positivismo y el “no positivismo”. En este sentido, Alexy evita referirse a iusnaturalismo y se inclina por una concepción del Derecho más amplia que el positivismo, una concepción que él ha calificado como “no-positivista”, en la medida en que supone la inclusión de razones morales en el núcleo del sistema jurídico.

A su turno, el interior de este “no positivismo” tampoco es homogéneo y pacífico, sino que es susceptible de clasificarse en: (i) “no positivismo exclusivo”, según el cual el contenido moral de las normas jurídicas es determinante de su validez o invalidez; (ii) “no positivismo inclusivo”, en el cual solo supuestos extremos de inmoralidad de la norma traerían aparejada la invalidez de tipo jurídico; y por último, (iii) “no positivismo súper inclusivo”, según el cual, el contenido moral de las normas es independiente de su validez o invalidez jurídica. Así, una norma moralmente inicua no pierde su validez si se la considera en un sentido intrasistemático.

En efecto, para el profesor alemán resulta especialmente controvertida la afirmación de Finnis en virtud de la cual “proposiciones tales como ‘un argumento inválido no es un argumento’ o ‘una ley injusta no es ley’, si se lee con un solo ojo, en el idioma de la filosofía clásica occidental, simplemente presupone e implica que los argumentos no son necesariamente válidos [...] y el Derecho no es necesariamente moral”<sup>27</sup>.

En líneas generales, en su teoría jurídica, Finnis no niega la validez de la tesis de la separación conceptual entre el Derecho y la moral, pero sostiene que tal aserción es ambigua y que es necesario distinguir los aspectos en los que tiene lugar tal separación, de aquellos en los que no. Menos aún sugiere esto que la creencia en la Ley Natural o en otras formas de realismo moral entraña la proposición de que el Derecho y la moral se encuentran conectados de tal modo que confieren a los jueces, como tales, autoridad plena hacer cumplir los requerimientos de la Ley Natural, o para invalidar normas o mandatos del Derecho Positivo que se juzgan en conflicto con tales requerimientos.

26 Alexy, R. (2013). “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and Legal Philosophy of John Finnis”. En *American Journal of Jurisprudence*, vol. 58. Oxford. Oxford University Press, 1-14.

27 Finnis, J. (2011). “Philosophy of Law”. En *Collected Essays Volume IV*. Oxford. Oxford University Press, 2011.

Para el autor, la verdad de la proposición “*lex iniusta non est lex*” es una verdad de carácter moral, es decir que la obligación moral creada por una promulgación autoritativa legal es condicional más que absoluta.

Por esta razón, en la categorización del no positivismo efectuada por Alexy, Finnis se ubicaría en la categoría del “no positivismo súper incluyente”. El mismo se distancia del positivismo en lo referente al criterio de corrección legal, pero no habría diferencias respecto al criterio de validez jurídica de las normas. En otras palabras, lo característico del no positivismo súper inclusivo es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando se encuentra cuestionada la validez jurídica de una regla.

Para sostener esta categorización del profesor de Oxford, el iusfilósofo alemán argumenta que “por contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente conceptos normativos, en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre Derecho Positivo y justicia o razonabilidad, una conexión indispensable para el no positivismo súper inclusivo. Más bien, él intenta lograr esto por medio de la distinción entre ‘significado focal’ de un concepto al cual se refiere su caso central, y ‘significados secundarios’ en los cuales el concepto se refiere a casos periféricos”<sup>28</sup>.

Pero Alexy toma esta afirmación de Finnis para señalar que la misma no dice nada sobre la relevancia de la cuestión. Por el contrario, si el Derecho puede ser inmoral, la cuestión que surge entonces se refiere a las consecuencias que el contenido inmoral del Derecho tiene sobre la validez o corrección legal. Esta es la versión de la tesis de la necesidad que defiende el profesor alemán, y que en definitiva se detiene en la consideración de los efectos de la existencia de conexiones necesarias entre la validez o corrección legal, por un lado, y la corrección o incorrección moral, por otro.

#### **IV. Principales tesis de Robert Alexy**

El punto de partida de la defensa de la tesis de la necesidad de Alexy está constituido por la afirmación de que el Derecho tiene una doble naturaleza, es decir, el Derecho necesariamente consta de una dimensión real o fáctica, como así también de una dimensión ideal o crítica<sup>29</sup>. La primera de ellas consiste en una emisión autoritativa y de eficacia social, mientras que la segunda hace referencia a la corrección moral. La emisión autoritativa

<sup>28</sup> Alexy, R. (2013). “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”. En ob. cit., 1-14.

<sup>29</sup> *Ibidem*, 3.

tanto como la persistencia de la eficacia social suponen que tal emisión está institucionalizada. Por esta razón, Alexy también califica a esa dimensión del Derecho como dimensión institucional. En lo que respecta a la dimensión ideal, la corrección moral –señala el profesor alemán– se encuentra vinculada a la razonabilidad práctica, lo que implica concebir al Derecho como la institucionalización de la razón<sup>30</sup>.

Efectuada esta asunción, y si tanto positivismo como no positivismo admiten la necesaria vinculación entre Derecho y moral, ¿qué es, entonces, lo que distingue a uno y a otro? El punto de inflexión se encuentra en la tesis de la necesidad de la dimensión ideal del fenómeno jurídico. En su análisis, el profesor alemán procede, en primero término, a sostener la necesidad de la dimensión ideal. En segundo término, intenta efectuar una conceptualización de la expresión “dimensión ideal”, y por último, procede al análisis de los efectos de la dimensión ideal en la real.

La principal razón para sostener la existencia de la dimensión ideal es lo que Alexy llama “argumento desde la corrección”, en virtud del cual, “tanto las normas y decisiones legales individuales como los sistemas legales en su totalidad sostienen una pretensión de corrección”<sup>31</sup>. Para probarlo, el profesor alemán echa mano del instrumento metodológico que él denomina “contradicción performativa”, y utiliza, para ejemplificarla, el caso de un artículo de una constitución formulado en términos tales como los siguientes: “X es un república soberana, federal e injusta”. A su turno, es necesario distinguir entre: (i) corrección de primer orden: que se refiere sólo a la dimensión ideal, es decir, su preocupación central es la justicia en cuanto a tal; (ii) corrección de segundo orden: comprensiva tanto de la dimensión ideal como de la real, en el sentido en que se ocupa no sólo de la justicia sino también de la certeza legal. Efectuada esta distinción, Alexy llega a la conclusión de que en esta necesaria vinculación entre la dimensión ideal y real del Derecho está implicada la conexión –también necesaria– del principio de justicia con el de certeza legal. En efecto, afirma el autor que “la pretensión de corrección, en cuanto pretensión de segundo orden, necesariamente conecta tanto el principio de justicia como el principio de certeza legal, o, se podría decir, el principio de legalidad con el Derecho. Esto implica que la cuestión de cómo determinar la relación entre la dimensión ideal y la dimensión real del Derecho se reduce a la cuestión de determinar la relación entre el principio de justicia y el principio de certeza legal”<sup>32</sup>.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem*, 4.

32 *Ibidem*, 6.

## V. La objeción de Alexy a la teoría jurídica de Finnis

Seguidamente, Alexy cita una afirmación de Finnis que figura en el *Proscript* de la segunda edición de *Natural Law and Natural Rights*, en virtud de la cual, el profesor de Oxford parece sostener que “es posible que ciertos sistemas legales se abstengan de pretender ser moralmente obligatorios”<sup>33</sup>.

Esta afirmación del profesor oxoniense constituye en punto de partida a través del cual el iusfilósofo alemán procederá a estructurar toda su objeción a la teoría jurídica de Finnis, enfatizando que si la citada sentencia significa afirmar que un sistema legal puede abstenerse de ser moralmente correcto, entonces el punto merece ser rechazado de plano. En consecuencia, la conexión entre el Derecho y la pretensión de corrección no se encuentra confinada a determinados actos particulares (como la elaboración de una constitución) sino que está presente en todo el sistema jurídico.

Asimismo, otro distinguido que merece especial consideración es el que tiene lugar entre la perspectiva del observador y del participante, que es aquel que surge del particular posicionamiento en que se sitúa el estudioso de la cuestión, a saber: (i) la perspectiva del observador, en la cual el estudioso “se pregunta y aduce argumentos en nombre de una posición que refleja cómo son resultas actualmente las cuestiones legales en ese sistema legal”<sup>34</sup>; (ii) la perspectiva del participante, la cual supone que el estudioso “se pregunta y aduce argumentos acerca de cuál es la respuesta correcta a una cuestión legal dentro del sistema jurídico en el que el mismo se encuentra”. Para este último, la cuestión central estriba en intentar determinar la forma en que se adoptan las decisiones legales en la actualidad, en un sistema jurídico concreto; mientras que para el primero, la cuestión central a elucidar radica en el hallazgo y consecuente adopción de la solución correcta a un caso concreto, dentro de un sistema determinado en el cual el mismo sujeto está situado.

Los argumentos del observador están limitados a ser argumentos basados en hechos, mientras que el participante deberá aducir, junto con los argumentos basados en hechos, argumentos normativos.

Por último, en lo atinente a la vinculación entre justicia y certeza legal, corresponde analizar los dos tipos de conexión que se pueden dar entre Derecho y moral: las conexiones clasificantes y las cualificantes. Estas conexiones son las que se ocupan de analizar los efectos de la defectuosidad moral de los actos autoritativos entendidos en sentido amplio. El efecto de una

<sup>33</sup> Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Ob. cit., 423, n° 13.

<sup>34</sup> *Ibidem*, 7.

conexión clasificante es la pérdida de validez legal, mientras que el efecto de una conexión cualificante es la defectuosidad o incorrección moral, que no socava la validez legal. En este sentido, “el punto decisivo aquí –señala Alexy– es que el efecto de la defectuosidad o incorrección moral es la defectuosidad o incorrección legal. Que las leyes moralmente defectuosas son moralmente defectuosas, es una verdad trivial. Que ellas son legalmente defectuosas, no solo no es una verdad trivial, sino que también es de gran significación para la relación entre la dimensión real e ideal del Derecho, y esto, no sólo por razones teóricas, sino también por razones prácticas en naturaleza”<sup>35</sup>. Esta asunción trae aparejada dos implicancias de orden lógico: (i) por un lado, que el positivismo, si pretende ser coherente consigo mismo, necesariamente deberá negar la existencia de esta conexión clasificante y cualificante; (ii) sobre esta base, el no positivismo se encuentra en condiciones de afirmar la conexión cualificante, esto es, la relación que se da entre la defectuosidad moral y la validez legal.

En consecuencia, siguiendo esta línea argumentativa, corresponde concluir que las normas cuyo contenido se encuentra notoriamente afectado desde un punto de vista moral pierden, por ello, su validez legal.

A su turno, el profesor alemán hace la aclaración de que no todo defecto moral en el contenido normativo de una regla, o acto de autoridad perteneciente a un sistema jurídico, acarrea la pérdida de validez. En este punto, Alexy ubica la disidencia entre el no positivismo incluyente o el súper incluyente, como también su objeción a la teoría jurídica de Finnis.

Efectuadas estas categorizaciones teóricas, el profesor alemán procede a estructurar su crítica a la teoría jurídica del iusfilósofo australiano, argumentando que “en contraste con la tesis de la corrección, Finnis no aplica primaria y directamente conceptos normativos en orden a establecer la necesaria conexión cualificante entre el Derecho Positivo o la razonabilidad [...]”<sup>36</sup>, sino que hace uso del recurso de la analogía, por medio del cual distingue entre significado focal de un concepto, que remite directamente al caso central del objeto conceptualizado, por un lado; y, por otro, “significados secundarios” que remiten a casos o realidades periféricas del mismo objeto. En este último supuesto, el carácter injusto, irracional o arbitrario de una norma o acto emanado de una autoridad diluye su contenido conceptual, pero no lo suprime en absoluto.

En consecuencia, siendo la validez legal un dispositivo de carácter más bien técnico, la misma no tiene por qué verse afectada por la iniquidad del

35 *Ibidem*, 8.

36 Alexy, R. “Some Reflections on The Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”. En *ob. cit.*, 9.

contenido de la norma. Esta postura es la que Alexy califica de no positivismo súper inclusivo. Ciertamente, lo propio del no positivismo súper incluyente –en el cual Alexy ubica a Finnis– es otorgar absoluta prioridad a la certeza legal por sobre la justicia cuando la validez legal está en juego.

Por último, el profesor alemán considera que “una forma de no positivismo que da un peso adecuado a ambas dimensiones, la real y la ideal, es el no positivismo inclusivo”<sup>37</sup>. Lo que define esta versión del no positivismo es la pretensión de que no todo contenido inmoral de una norma acarrea su invalidez legal, sino solo aquellos casos que caen en la órbita de la fórmula de Radbruch, de modo tal que sólo la extrema injusticia del mandato contenido en una regla suprime no solo la obligación moral de obedecerlo, sino también la obligación jurídica, en virtud de que la misma no puede concebirse como derecho válido.

Esta pretensión conlleva, también, la necesidad de delimitar el concepto de injusticia extrema. A lo que Alexy responde que ésta se configura toda vez que se produce la violación a Derechos Humanos. En consecuencia, en todos los casos en que se configura la violación a Derechos Humanos a través de reglas de Derecho Positivo, corresponde dar prioridad a la justicia por sobre la certeza legal. La afirmación contraria equivaldría a negar la dimensión ideal del Derecho.

Esto último conduce también a considerar la distinción que Finnis hace de obligatoriedad legal y obligatoriedad moral, como susceptible de ser criticada, justamente por conducir a la inferencia de que los defectos morales de las reglas solo hacen ceder la obligación moral a su cumplimiento, pero de ningún modo se puede negar “la obligatoriedad legal en sentido legal o intrasistemático de una regla recientemente afirmada como legalmente válida y obligatoria por la más alta institución de un sistema legal”<sup>38</sup>.

## VI. El concepto de validez legal en la teoría jurídica de Finnis

Finnis trata el problema de la posible validez legal de normas de contenido moralmente inicuo en el capítulo XII de *Natural Law and Natural Rights*. En él, el autor efectúa una clasificación de los distintos tipos de injusticia de la ley, lo cual se vincula con la forma en que se ejerce la autoridad a través de la norma o con la asignación o distribución de bienes que esa norma hace. Así, el carácter injusto de una disposición legal puede provenir: (i) del hecho de que la norma en cuestión sea emitida por una autoridad que

<sup>37</sup> *Ibidem*, 12.

<sup>38</sup> Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. Ob. cit., 357.

desconozca las necesidades del bien común, por lo que en tal caso, “el uso de la autoridad por un gobernante está radicalmente viciado si él explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos, o de su partido o facción, o movido por malicia contra alguna persona o grupo”<sup>39</sup>; (ii) en aquellos casos en los que el funcionario que ejerce autoridad adopta disposiciones que exceden la órbita de sus atribuciones. En este caso, la injusticia puede ser distributiva según que “el funcionario se arroge indebidamente un exceso de autoridad y, conmutativa, en la medida en que el funcionario procura indebidamente someter a otros a sus propias decisiones”<sup>40</sup>; (iii) el tercer tipo de injusticia de la ley es aquel que tiene lugar cuando la autoridad no se ejerce de conformidad con el imperio del Derecho; (iv) y, por último, la injusticia puede ser de naturaleza sustancial, puesto que el acto en cuestión asigna algún bien o bienes a quien no tenga derecho, mientras que los niega a otros; o impone sobre algunos cargas de los que a otros exime (injusticia distributiva); o bien, puede “ser conmutativamente injusto al negar a uno, a algunos o a todos, un derecho humano absoluto, o un derecho humano cuyo ejercicio en las circunstancias es posible, consistente con las exigencias razonables del orden público, la salud pública, etc., y compatible con el correcto ejercicio de tantos otros derechos humanos como de los mismos derechos humanos de otras personas”<sup>41</sup>.

En el apartado siguiente, Finnis se refiere a las distintas formas en que puede ser entendida la obligación de obediencia a la ley. En efecto, la misma puede implicar: (i) por un lado, la convicción de que es necesario obedecer la ley, frente a “la posibilidad empírica de ser sometido a una sanción en caso de incumplimiento; (ii) la obligación jurídica en sentido intrasistemático [...] en la cual, la premisa fáctica de que la obediencia a la ley es socialmente necesaria es un principio estructural aislado del resto del razonamiento; (iii) obligación en sentido moral [...]; y (iv) obligación moral que no deriva del carácter jurídico del establecimiento de la obligación sino de alguna fuente colateral”<sup>42</sup>.

Es precisamente el segundo tipo de obediencia al que refiere el profesor australiano, el que ha sido objeto de crítica por Alexy: el de obligación jurídica en sentido intrasistemático. La contrapartida de este concepto es el de validez jurídica “intrasistemática”, que –como el mismo Finnis lo explica– es la consecuencia de la forma de “ejercer autoridad por medio del Derecho [la cual] procede mediante el establecimiento de un sistema de reglas que

39 *Ibidem*, 352.

40 *Ibidem*, 352-353.

41 *Ibidem*, 354.

42 *Ibidem*, 354.

deriva su autoridad no de la conveniencia intrínseca de su contenido sino del hecho de haber sido dispuestas de acuerdo con reglas que regulan cómo han de ser dispuestas<sup>43</sup>.

En consecuencia, lo que se deduce de esta forma de concebir el concepto de validez jurídica es que se trata de un dispositivo de carácter exclusivamente técnico, instrumental, que no guarda vinculación alguna con el contenido de las normas jurídicas, y que opera con total independencia de ellas. Esto permite explicar la interpretación finnisiana de la máxima *lex iniusta non est lex*, a partir del tratamiento que Tomás de Aquino le da a la misma. Ciertamente, según Finnis, el Aquinate solo distingue entre “ley en sentido focal” [*simpliciter*], que se corresponde con el caso central del concepto de ley; y “ley en sentido secundario” [*secundum quid*], correspondiente a aquellas versiones marginales, deformadas o diluidas (*watered down*), precisamente por la ausencia de algún elemento descriptor del caso central.

Esta tesis parece enfatizarse en la respuesta de Finnis a la objeción de Alexy, publicada en la *American Journal of Jurisprudence* en abril del año 2014<sup>44</sup>. En efecto, en el mencionado artículo, el profesor de Oxford ratifica la idea de que la perspectiva del participante es primaria al momento de abordar el fenómeno jurídico como objeto de estudio, pero cuidando de dejar en claro que la suya no es una cuestión de análisis conceptual –tal como lo propone Alexy–, sino de “entender cómo los fines humanos básicos –necesidades o bienes– y significados apropiados vienen juntos en un entendimiento críticamente justificado –concepto– de Derecho”<sup>45</sup>.

Seguidamente, Finnis procede a desarrollar su argumento contra la crítica en cuestión; para ello, retoma la afirmación de Alexy, según la cual “un sistema [jurídico] que abandona su pretensión [de corrección] representaría una transición desde un sistema legal a un sistema de desnudas relaciones de poder<sup>46</sup>, en otras palabras, en algo que necesariamente no es un sistema legal”<sup>47</sup>. En otras palabras, del hecho de que los sistemas jurídicos pretendan –a través de sus componentes: normas y agentes ejecutores– ser moralmente correctos o legítimos, es de donde se deduce la vinculación conceptual entre ambos órdenes normativos.

No obstante, el oxoniense parece insistir en la tesis de que tal vinculación no es conceptualmente necesaria. Sin dejar de sostener la conveniencia

43 *Ibidem*, 355.

44 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”. En *American Journal of Jurisprudence*, Vol. 59, N° 1, 85-109.

45 *Ibidem*, 90.

46 Aquí Finnis cita a Alexy (1998). “Law and Correctness”. En *Current Legal Problems* 51, 205-21, 2n 213-4.

47 Aquí Finnis cita a Alexy (2002). *The Argument from Injustice*, 32-5.

de la misma, afirma que “no hay nada extraño en una constitución en la que, al parecer, no diga nada (no haga pretensión) sobre su justicia o injusticia, sino simplemente articule sus provisiones para el ejercicio de los poderes legislativos, ejecutivos y judiciales, y para la supremacía de leyes constitucionalmente válidas sobre leyes competente, fuentes del derecho, y ejercicios designados de poder”<sup>48</sup>. Lo que, aparentemente, equivale a afirmar que una constitución puede limitarse a regular solo dispositivos técnicos de adecuación de normas de inferior jerarquía a los estándares impuestos por las superiores; o bien, regular solo la producción de efectos jurídicos resultantes de la aplicación de una norma, una vez producido el supuesto fáctico. Esta sentencia de Finnis parece dejar entrever la idea de que es totalmente compatible con el concepto de constitución –entendida como norma fundamental que organiza institucionalmente un Estado– que se abstenga de reconocer derechos y libertades a los ciudadanos destinatarios de sus prescripciones. ¿Puede ser esto posible, sin ser autocontradictorio?

En efecto, según el profesor australiano, parece perfectamente compatible con la noción de sistema jurídico un régimen que –como lo ilustra el ejemplo citado en el artículo– solo se conforme con satisfacer los criterios hartianos de reglas primarias que impongan obligaciones legales; y reglas secundarias de reconocimiento, adjudicación, juicio, etc.; aún cuando se reconozca que dicha estructura de poder responde a propósitos sectoriales<sup>49</sup>.

Ahora bien, el autor comentado no considerará conceptualmente imposible negarle al ejemplo citado el carácter de auténtico orden legal, aunque ciertamente pueda ser pervertido. Si conceptualmente es posible pensar en sistemas jurídicos pervertidos –sin negar que puedan darse concretos supuestos fácticos de perversión, y que, históricamente, ciertamente han tenido lugar–, ¿qué sentido tiene el debate de cómo debe ser [conceptualmente] el fenómeno jurídico? Más aún, ¿qué sentido tiene la teorización, la construcción de una teoría deontológica del mismo?

Ante esta impugnación, Finnis insiste en la necesidad del enfoque analógico, que es el único que permite un abordaje integral del objeto de estudio. En efecto, la perversión o desviación del ejemplo citado se explica porque el “bien común, incluyendo la justicia y los derechos humanos, es central para el Derecho, es el núcleo del Derecho como idea”<sup>50</sup>. Más adelante, afirma que “en los casos centrales de los sistemas legales, por supuesto, todas esas distinciones y dispositivos técnicos permanecen al servicio de Derechos Morales y propósitos (al menos, de hacer justicia de acuerdo con la ley), y son

48 *Ibidem*, 91.

49 Finnis, J. (2014). “Law as Fact and as Reason for Action: A Response to Robert Alexy on Law’s ‘Ideal Dimension’”. En *ob. cit.*, 91-92.

50 *Ibidem*, 92.

ambos una aspiración y una asunción de que las obligaciones legales y las morales no deberían propiamente divergir, excepto en casos extraordinarios o marginales”<sup>51</sup>.

Ahora bien, sólo un análisis empírico del fenómeno jurídico mediante la observación de distintos sistemas legales, en distintos momentos históricos, permite verificar la viabilidad de la concepción analógica del Derecho, puesto que es en la realidad empírica en la que se han registrado casos de regímenes jurídicos manifiestamente perversos –como es el caso del régimen nazi, el estalinista, entre otros–, y que son susceptibles de ser calificados como casos periféricos o marginales de sistema jurídico. Pero esta misma distinción entre caso central y caso periférico a la que recurre Finnis para calificar los sistemas jurídicos, según que sirvan o no a los propósitos de justicia y bien común de los miembros de una comunidad, constituyen herramientas conceptuales, por medio de las cuales él está haciendo un análisis [también] conceptual, y está calificando y distinguiendo [“conceptualmente”] los sistemas jurídicos rectos, de los desviados o pervertidos.

A su turno, el criterio en virtud del cual se efectúa esta calificación se funda –según Finnis– en una posible adecuación a la justicia y al bien común, valores éstos que, al fin y al cabo, son de carácter moral, por lo cual, parece un sinsentido afirmar que el Derecho y la moral no se encuentren conceptualmente vinculados.

## Conclusión

Teniendo en cuenta las tesis centrales del pensamiento de Finnis, y con especial atención, su abordaje metodológico del fenómeno jurídico concebido como fenómeno de tipo analógico, resta confrontar la noción de validez jurídica finnisiana con la fórmula de Radbruch, a la cual apela Alexy para demostrar que Finnis no ha logrado despegarse teóricamente de criterios positivistas.

En efecto, Alexy no sostiene que cualquier tipo de injusticia de la ley deba acarrear necesariamente su invalidez, sino solo aquella en que se configure un caso de injusticia extrema. En este sentido, la fórmula de Radbruch, en virtud de la cual “la injusticia extrema no es Derecho”, debe ser interpretada como que la injusticia extrema no es “conceptualmente” Derecho, porque no lo es racionalmente. Y la injusticia extrema se configura, según Alexy, toda vez que la norma cuya validez se cuestiona sea manifiestamente

51 *Ibidem*, 92.

violatoria de los Derechos Humanos. Este es el criterio que conduce a la división entre no positivismo inclusivo –en el cual, el profesor alemán se ubica a sí mismo– y súper inclusivo –en el que ubica a Finnis que es aquel que –no obstante la injusticia extrema en el contenido de la norma– puede seguir sosteniendo su validez en sentido intrasistemático, por la mera adecuación a estándares formales o procedimentales impuestos por el propio sistema jurídico.

Por último, no parece racionalmente posible teorizar [analizar conceptualmente] sobre un caso central de sistema jurídico, si por otro lado se sostiene la validez de normas que sean manifiestamente injustas, por ser violatorias de derechos fundamentales. El Derecho no se puede explicar conceptualmente si no es al servicio de la justicia y el bien común, puesto que la ordenación social que se realiza a través del mismo tiene por finalidad evitar que los miembros de una comunidad sufran individual o colectivamente ataques o perjuicios en sus personas, sus familias o sus bienes. De ahí que pueda afirmarse que es un fenómeno de tipo instrumental, un medio para la realización de la justicia y el bien, aún cuando, empíricamente, las miserias humanas puedan llegar a pervertirlo.

Por otro lado, aún reconociendo que la estabilidad, continuidad e institucionalidad de un sistema jurídico reclaman para sí la adecuación a estándares formales o de jerarquía, los que, a su turno, funcionan mediante dispositivos técnicos, tales como la validez o la eficacia jurídica, cabe preguntarse si tal adecuación debe producirse necesariamente en todos los casos o si, por el contrario, hay alguna limitación.

En este sentido, resulta muy pertinente la referencia a la injusticia extrema delimitada como violación a los Derechos Humanos, como límite a la concepción analógica, y como forma de superar la posible tensión entre los valores de la justicia y los de la certeza legal. En otras palabras, el contenido sustancial de las normas siempre es determinar el funcionamiento de los dispositivos técnicos.

Finalmente, la concepción finnisiana de validez jurídica en sentido intrasistemático adolece de una inconsistencia elemental: puesto que, fácticamente, siempre se producirán situaciones de tensión entre el *ser* jurídico y el *deber ser* jurídico, entre autoridad y razonabilidad. Producido tal supuesto de tensión, el profesor de Oxford parece sostener una tesis demasiado ecléctica como para desligarlo de las filas del positivismo analítico del cual proviene, y del que, evidentemente, en términos teoréticos, no se ha podido desvincular. En efecto, y a pesar de haber reformulado exitosamente una teoría del Derecho Natural inspirada en la filosofía clásica, fundamentalmente a través del horizonte de los bienes humanos básicos, Finnis no resuelve los problemas propios de la Filosofía del Derecho como un iusnaturalista, sino como un positivista.

La tesis de que una ley extremadamente violatoria de Derechos Humanos fundamentales solo hace decaer la obligación de obediencia en sentido moral, pero dejando subsistente la obligación jurídica, es una clara evidencia de esta afirmación.

Resta concluir que los problemas iusfilosóficos no pueden ser resueltos de modo integral si no es considerando todas las dimensiones del ser humano, que constituye el centro de gravedad de las ciencias humanoprácticas, y al cual, particularmente, el Derecho está destinado a proteger. Por tanto, las respuestas que el ordenamiento jurídico brinda a los conflictos propios de la convivencia humana no pueden ser tomadas eficazmente recurriendo solo a criterios técnicos o instrumentales, o según estándares de adecuación de normas, sino que requerirán necesariamente del aporte de otros órdenes normativos como la ética o la antropología. De ahí la importancia de una Filosofía del Derecho que reconozca la vinculación conceptual del fenómeno jurídico con la moral, cuyo sustrato y fundamento sea la propia naturaleza humana, como asimismo, la necesidad de emprender la tarea teórica de identificar estándares éticos de carácter objetivo, absoluto, inmutable e indisponible, sobre los cuales se pueda construir válidamente la noción de Derechos Humanos, pero que habrá de ser objeto de estudio de un trabajo ulterior.

## INDIVIDUALIDAD Y LÍMITES HACIA UNA ECOLOGÍA HUMANA *Individuality and Limits Towards a Human Ecology*

Luca Valera<sup>1</sup>

Recibido: 7 de marzo de 2017  
Aprobado: 10 de marzo de 2017

**Resumen:** Los últimos desarrollos tecnológicos están requiriendo aún más un cambio de paradigma y de visión del mundo, en conjunto con el desarrollo de una nueva reflexión sobre nuestra posición en el cosmos. Una de las consecuencias más evidentes de los recientes avances tecnológicos es la “cuestión ecológica” actual, y, con ello, el nacimiento de filosofías que están tratando de repensar la cuestión cosmológica y metafísica al mismo tiempo. La ecología profunda quiere, de hecho, responder justamente las interrogantes actuales generadas por el desarrollo de las nuevas tecnologías, a través de una visión del mundo que muy a menudo se radica en la ontología de los procesos (como en el caso de la ecología transpersonal), que constituye también la base teórica del posthumanismo. En el marco teórico de estos paradigmas, no es posible plantear la cuestión de la dignidad humana, ya que no se reconocen los límites que definen a los seres humanos. Nuestra conclusión es que será posible tomar en cuenta la dignidad humana solo a partir de una ecología humana, que reconozca la dependencia del ser humano como condición de posibilidad del valor de la persona humana.

**Palabras claves:** Filosofía de la Tecnología - Límites - Ontología de los procesos - Ecología profunda - Dignidad humana - Posthumanismo.

**Abstract:** The latest technological developments are even more requiring a

1 El autor cursó estudios de Filosofía en la Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Es Doctor en Bioética y Filosofía por la Università Campus Bio-Medico di Roma. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Filosofía y Centro de Bioética. E-mail luvalera@uc.cl.

paradigm shift and a change in our worldview, together with a new reflection about our position in the cosmos. One of the most evident consequences of the recent technological developments is the current “ecological question”, and with it the rise of some philosophies that are trying to rethink the cosmological and metaphysical question as well. Deep ecology wants, in fact, to respond precisely to the current questions generated by the development of new technologies, through a worldview that very often lies in the ontology of processes (as in the case of transpersonal ecology), which is also the theoretical basis of posthumanism. Within the theoretical framework of these paradigms, it is not possible to raise the question of human dignity, since the limits that define human beings are not recognized. We argue that it will be possible to take into account human dignity only starting from a human ecology, which recognizes human dependence as a condition of possibility of the human person’s value.

**Keywords:** Philosophy of Technology - Limits - Process Ontology - Deep Ecology - Human Dignity - Posthumanism.

Para citar este texto:

Valera, L. (2017), “Individualidad y límites hacia una ecología humana”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 299-313.

## 1. Cómo surge la cuestión del límite. Tecnología y ecología

La cuestión del límite no es un tema reciente, tanto en la historia de la filosofía como en el pensamiento humano en general. La especie *homo sapiens sapiens* siempre ha convivido con la conciencia –más o menos explícita– de su finitud, sus carencias, y, por ende, su mortalidad<sup>2</sup>. Como destaca el poeta Hölderlin<sup>3</sup>: “Pues las aves del bosque respiran más libremente / pero al humano pecho le colma el orgullo / Y él que barrunta el futuro lejano / ve también la muerte y es único en temerla”. Se trata de un conocimiento muy antiguo, entonces, como demuestra el libro de *Sabiduría* (2, 1-5): “Corta es y triste nuestra vida; la muerte del hombre es inevitable, y no se sabe de nadie que haya vuelto de la tumba. Nacimos casualmente, y luego pasaremos, como si no hubiéramos existido, pues nuestro aliento es como humo, y el pensamiento, como una chispa alimentada por el latido de nuestro corazón. Cuando esta chispa se apague, el cuerpo se convertirá en ceniza, y el espíri-

<sup>2</sup> Sería interesante volver sobre ese tema, con particular referencia a la distinción que Hannah Arendt (2009, 30-33) hace entre inmortalidad (la otra cara de la mortalidad) y eternidad.

<sup>3</sup> Hölderlin, F. (1979). *Poesía completa*. Barcelona, Ediciones 29.

tu se desvanecerá como aire ligero. Con el paso del tiempo, nuestro nombre caerá en el olvido, y nadie recordará nuestras acciones. Nuestra vida pasará como el rastro de una nube y se desvanecerá como neblina perseguida por los rayos del sol y vencida por su calor. Nuestra vida es como el paso de una sombra; cuando llega nuestro fin, no podemos regresar”.

Si bien es verdad que el ser humano siempre ha tenido que hacer frente a su finitud, en los últimos años ha habido un cambio radical en la percepción y en la modalidad de entender dicha finitud: si por un lado el ser humano parece haber solucionado muchos problemas relacionados a su mortalidad a través de las nuevas tecnologías, por el otro, la misma tecnología se presenta como un peligro capaz de causar problemas nuevos, antes desconocidos. En el ámbito biomédico, de hecho, las nuevas tecnologías están contribuyendo largamente a un aumento de la calidad de la vida, a una vida más larga, a la cronificación de algunas enfermedades, a un índice de mortalidad infantil más bajo en muchos países, etc.; y estos hechos ya conllevan algunos problemas, como ha destacado el filósofo alemán Hans Jonas<sup>4</sup>: “El tener que morir va ligado al haber nacido; la mortalidad es sólo el reverso de la perenne ‘natalidad’ [...]. Tomemos el caso extremo: si suprimimos la muerte habremos de suprimir también la procreación, pues esta última es la respuesta de la vida a la primera. De este modo tendríamos un mundo de viejos en el que no habría ya juventud, un mundo de individuos ya conocidos en el que no existiría el asombro de aquellos que nunca antes fueron”. La ventaja de algunas soluciones presenta, entonces, al mismo tiempo, desventajas, es decir, problemas.

Sin embargo, no hay solo desventajas “teóricas” o existenciales correlacionadas al advenimiento y al desarrollo de las nuevas tecnologías, sino también peligros efectivos generados por el mismo medio tecnológico. Dicho medio abre algunas alternativas antes desconocidas por el ser humano, entre ellas, la posibilidad de la destrucción de su propia especie<sup>5</sup>. Una destrucción masiva y casi instantánea, como la destrucción causada por la bomba atómica. Es famoso, en este sentido, el discurso del padre del “Proyecto Manhattan”, Robert Oppenheimer, que en una conferencia en el Massachusetts Institute of Technology (MIT), en el año 1947, afirmaba: “En cierto sentido duro y crudo, que ninguna vulgaridad, broma o exageración puede borrar por completo, los físicos han conocido el pecado; y este es un conocimiento que nunca podrán perder”. Y aún más: “Ahora me he convertido en la muerte, en el destructor de mundos”.

4 Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Barcelona. Herder.

5 No parece necesario, acá, argumentar más sobre ese tema, ya que el siglo XX ha demostrado ampliamente dicha posibilidad a través de las dos guerras mundiales.

A través de las nuevas tecnologías, podríamos decir, el ser humano conoce, junto con la posibilidad de un potente desarrollo, el pecado más radical<sup>6</sup>, es decir, la posibilidad de la (auto) destrucción<sup>7</sup>. Y, además, conoce esta posibilidad en una “nueva era de la creación”, esto es, en la época caracterizada por las nuevas tecnologías<sup>8</sup>. Los cambios tecnológicos, en este sentido, devuelven al ser humano una tarea y un papel aún más importante en el cosmos, es decir, vuelven a situarlo en el medio de la “Creación”, como afirma Jonas<sup>9</sup>: “La técnica, esa obra fríamente pragmática de la astucia humana, sitúa al hombre en un papel que solo la religión le había atribuido a veces: el administrador o guardián de la Creación. En tanto la técnica engrandece su poder hasta el punto en que se vuelve sensiblemente peligrosa para el conjunto de las cosas, extiende la responsabilidad del hombre al futuro de la vida en la tierra, que ahora está expuesta indefensa al abuso de ese poder”. Esta es, entonces, la doble cara de las nuevas tecnologías. Peligro y salvación al mismo tiempo, como diría Hölderlin.

Si por esta razón las nuevas tecnologías llaman a repensar ciertos límites a nivel de acción humana (a nivel ético)<sup>10</sup>, por el otro lado, ellas mismas abren nuevas posibilidades a nivel “ontológico”, de tal manera que nos llevan a replantear una “cuestión metafísica contemporánea”. Siempre con palabras de Jonas<sup>11</sup>: “La reflexión crítica se debe enfrentar a interrogantes metafísicos insólitos para las éticas tradicionales, es decir si y por qué debe existir una humanidad; por qué debe el ser humano, tal y como lo ha producido la evolución, ser conservado y su herencia genética respetada; si y por qué debe haber en absoluto vida”. La cuestión “metafísica” que propone Jonas es, en realidad, una tríplice cuestión que recoge tres temas intrínse-

6 Aunque la noción de pecado no sea por cierto una noción filosófica, es una categoría que tiene una cierta densidad de sentido, también a nivel de pensamiento racional. Es interesante, en ese sentido, la dinámica destacada por el filósofo Fichte en una famosa carta a Jacobi: “Comenzamos a filosofar por soberbia, y al hacerlo perdimos la inocencia. Contemplamos nuestra desnudez, y desde entonces filosofamos por necesidad para nuestra salvación” [Fichte, J. G. (1970). *Gesamtausgabe der Bayerischen Akademie der Wissenschaften* (E. Lauth, H. Jacob, eds.), III/2. Stuttgart, 392-393]. El conocimiento del pecado (la soberbia y la pérdida de la inocencia) es un motor para volver a filosofar, es decir, para buscar nuestra salvación.

7 Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista*. Madrid. Tecnos, 38.

8 Es importante destacar que se habla de “nuevas” tecnologías para caracterizar la última fase del desarrollo tecnológico, en el que los productos tecnológicos asumen algunas características bien definidas (autonomía, organización, etc.). Sobre ese aspecto, véase: Fabris, A. (2012). *Etica delle nuove tecnologie*. Brescia. La Scuola.

9 Jonas, H. (1997). *Técnica, medicina y ética. La práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona. Paidós.

10 No podemos, acá, por evidentes razones de espacio, abordar el tema, puesto que es demasiado largo e importante para cubrirse en tan pocas líneas.

11 Jonas, H. (1997). *Técnica, medicina y ética...* Ob. cit.

camente relacionados: la necesidad de la existencia humana, la modalidad de la existencia humana, la necesidad de la existencia en general. Claro está que la tercera cuestión incluye necesariamente las primeras dos, siendo la existencia de la vida en general la condición de posibilidad para la existencia humana y su desarrollo. En ese sentido, parece particularmente importante reflexionar no tanto y exclusivamente sobre los cambios antropológicos llevados a cabo por las nuevas tecnologías –reflexión que muy a menudo se emprende en el ámbito no sólo académico– cuanto sobre los cambios en la naturaleza humana como parte de los cambios en la naturaleza en general. La fecundación *in vitro*, la selección genética, el *enhancement*, el transhumanismo, etc., serían, en este sentido, solo una pequeña parte de un proyecto más grande de transformación de la naturaleza y de todo lo que está vivo. Se trataría, en buena sustancia, de repensar *in toto* nuestras posibilidades de intervención en la naturaleza, sus límites y consecuencias. Ese tema conlleva por lo menos dos cuestiones evidentemente relacionadas a lo anterior: la mirada/actitud del ser humano frente a la naturaleza (entendida como todo lo que está vivo y existe independientemente de las intervenciones humanas<sup>12</sup>); y, consecuentemente, el lugar del ser humano en el cosmos.

La primera cuestión tiene que ver con la *hybris* que el ser humano pueda desarrollar frente a la posibilidad de cambiar radicalmente la naturaleza por primera vez en su historia. Como destaca Michael J. Sandel<sup>13</sup>, el peligro más profundo de las nuevas tecnologías reside “en que son el reflejo de una ampliación desmesurada del campo de la acción humana, de una aspiración a rehacer la naturaleza, incluida la naturaleza humana, para servir a nuestros propósitos y satisfacer nuestros deseos. El problema no es la pendiente hacia el mecanicismo, sino la ambición de dominio. Y lo que olvida la ambición del dominio, y tal vez podría incluso destruirla, es una apreciación del carácter recibido de los poderes y logros humanos”.

La segunda, dependiente de la primera, tiene que ver con la posición (o lugar) en el cosmos que el ser humano ocupa<sup>14</sup>, como demuestra nuevamente Sandel<sup>15</sup>: “Las nuevas tecnologías de intervención genética traían consigo un cambio en el lugar que ocupa el ser humano en el cosmos. ‘A medida que extendemos la libertad humana, disminuimos sus limitaciones y lo que debe

12 Tenemos conciencia de que la noción de “naturaleza” no es sencilla ni tiene un solo sentido. En este caso estamos utilizando una noción “básica” de naturaleza, quizás imprecisa, y que se refiere más al sentido común que al fruto de una reflexión filosófica.

13 Sandel, M. J. (2007). *Contra la perfección. La ética en la era de la ingeniería genética*. Barcelona. Marbot.

14 Scheler, M. (1994). *El puesto del hombre en el cosmos*. Buenos Aires. Losada.

15 Sandel, M. J. (2007). *Contra la perfección...* Ob. cit.

aceptar como dado'. Copérnico y Darwin habían 'destronado al hombre de su gloriosa posición en el centro del universo', pero la nueva biología podía restituírle ese papel. En el espejo de nuestro nuevo conocimiento genético nos veríamos algo más que un eslabón en la cadena de la evolución: 'Podemos ser los agentes de una transición a un nuevo estadio de la evolución. Se trata de un acontecimiento de relevancia cósmica'. Sin empezar ahora un discurso sobre la cuestión del reemplazo de la evolución natural con el cambio deliberado y elegido por el mismo ser humano, propio del transhumanismo<sup>16</sup>, queremos solo hacer hincapié sobre la estricta relación entre las posibilidades humanas y la posición del mismo ser humano en el cosmos. El hombre, de hecho, siempre interpreta su relación con los demás –con los otros seres vivos, con el mundo, por fin, con Dios– a partir de la percepción que tiene de sí mismo y de sus potencialidades. Podríamos decir que cualquier relación humana es necesariamente "antropomórfica", es decir, pensada a partir de la experiencia humana y de sus caracteres.

En ese último sentido, pues, los recientes avances tecnológicos abren preguntas que están relacionadas no solamente con los límites éticos de la acción humana, sino también con la manera a través de la cual el ser humano reinterpreta sus relaciones fundamentales, es decir, consigo mismo, con sus similares y con los demás seres vivos<sup>17</sup>. Por esta última razón, la cuestión tecnológica está íntimamente vinculada con la cuestión ecológica, es decir, con el lugar del ser humano en el cosmos<sup>18</sup>.

## 2. La visión ecológica y el límite

Una de las consecuencias más evidentes de los recientes desarrollos tecnológicos es la "cuestión ecológica" actual, muy a menudo llamada "crisis ecológica"<sup>19</sup>. No existía, en efecto, una verdadera cuestión ecológica antes del

16 Sobre ese tema, véase Valera, L. (2014). "Post-Humanism: Still or Beyond Humanism". En *Cuadernos de Bioética*, Vol. 25, N° 3, 481-483.

17 Hemos nombrado, en otro texto, la interpretación positiva de estas relaciones fundamentales: ecología humana. Véase Valera, L. (2013). *Ecologia umana. Le sfide etiche del rapporto uomo / ambiente*. Roma. Aracne.

18 Estamos utilizando, en este contexto, el adjetivo "ecológico" en un sentido más amplio que la sola ciencia ecológica, rescatando la etimología de la palabra misma: "oikos-logos".

19 Sobre ese tema véase Valera, L. (2016). "El futuro de la ecología: la sabiduría como centro especulativo de la ética ambiental". En *Cuadernos de Bioética*, Vol. 27, N° 3, 330-332. Preferimos hablar de "cuestión ecológica" y no de "crisis ecológica", ya que el tema de la crisis tiene un fondo teórico bien complejo, que muchas veces no está presente en el uso de ese término, y que, por eso, requeriría una mayor profundización que en este contexto no podemos desarrollar.

desarrollo de los medios tecnológicos, que han permitido conocer la naturaleza en sus leyes, y, por consiguiente, utilizarla a la luz de objetivos humanos. Una vez que la naturaleza se haya convertido en un *objeto*, en buena sustancia, no es difícil transformarla en un *proyecto*, como demuestra la misma historia humana. Como destaca el filósofo francés, Luc Ferry<sup>20</sup>: “Desde Descartes y su formidable proyecto de dominación, no habríamos dejado de dominar al mundo inmoderadamente. Primero, lo privamos de todo misterio al decretarlo manipulable y calculable a porfía. Se acabaron el animismo y las cualidades ocultas, esas fuerzas misteriosas que todavía atravesaban la naturaleza de los alquimistas de la Edad Media. Pero hay más: no nos bastó desencantar al universo, e instauramos, con el nacimiento de la industria moderna, los medios para consumirlo hasta su total agotamiento”. Los medios para llevar a cabo esta transformación son justamente los tecnológicos, ya que estos permiten entrar más profundamente (y materialmente) en las dimensiones ocultas de la naturaleza misma, objetivando sus movimientos internos (a través de las leyes matemáticas y físicas). Una de las consecuencias más evidentes de dicha idea es que el ser humano se concibe como un ser totalmente independiente de la naturaleza misma, como destaca Ballesteros<sup>21</sup>: “La naturaleza queda reducida a simple objeto, a fuente de recursos, lo que abrirá paso a la mentalidad industrialista depredadora, que ve al hombre dependiente sólo de la civilización, pero no de la tierra”.

Dichas posibilidades tecnológicas llevan consigo también un cambio de mentalidad –como ya hemos adelantado– y, en concreto, remodelan nuestra visión del mundo con referencia a aspectos característicos de la naturaleza (y de nuestras acciones). Uno de los temas más importantes en este sentido es la cuestión del límite, ya que la tecnología implica el progreso, es decir, la eliminación de todos los límites hacia una mejoría potencialmente infinita. Como escribe Pessina<sup>22</sup>, “las tecnociencias interpretan cada límite como un obstáculo, es decir, como algo que *debe* ser superado. En la visión moral de la realidad, sin embargo, hay *obstáculos* [...] que se reconocen como *límites*. Pero pensar en la existencia de *límites* significa introducir los conceptos de *finitud* y de *renuncia*: por su método, en sí, la investigación se presenta como *infinita* y no conoce renunciaciones. Pero se trata de un *infinito malo*, porque coincide simplemente con el desplazamiento de algunas etapas finitas”. Una mala conciencia de los límites es, en última instancia, un “conocimiento peligroso”<sup>23</sup>, y llama a exceder dichos límites.

20 Ferry, L. (1992). “La ecología profunda”. En *Vuelta*, N° 192, 31-43.

21 Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista*. Ob. cit.

22 Pessina, A. (2000). *Bioética. L'uomo sperimentale*. Milano. Bruno Mondadori.

23 Potter, V. R. (2002). “Bioética. La ciencia de la supervivencia”. En *Selecciones de Bioética*, N° 1, 121-139.

Aunque el ser humano pueda entenderlos previamente, de hecho, él mismo se da cuenta de su importancia solo cuando los experimenta, es decir, hace experiencia de obstáculos o vínculos que condicionan sus acciones. Es lo mismo que pasó en los años setenta en el siglo pasado, cuando el ser humano, a través de los desarrollos tecnológicos, tuvo que darse cuenta de la existencia de algunos límites intrínsecos en la naturaleza, límites que nunca había contemplado en su historia, como destaca Potter<sup>24</sup>, padre de la Bioética: “La dependencia del hombre de su entorno natural era entendida de modo general, pero la riqueza de la naturaleza se consideraba ilimitada y la capacidad de la naturaleza para recuperarse de la explotación era considerada inmensa”.

Frente a una consideración antigua de la naturaleza como ilimitada, empieza entonces a surgir una consideración contemporánea de la misma como limitada, mientras que una visión potencialmente ilimitada de la naturaleza humana empieza a reemplazar una idea más humilde del ser humano. Es una ilimitación que tiene que ver con los poderes que ha conquistado en los últimos tiempos, pero no solo: el ser humano empieza a interpretarse a sí mismo como un ser potencialmente ilimitado a nivel corporal, como un cuerpo que puede cambiar y desarrollarse dependiendo de las necesidades que se presentan de vez en cuando.

El cuerpo humano, entonces, es el verdadero protagonista de ese cambio radical, afectado y reinventado por las nuevas tecnologías y modificado por las distintas visiones del mundo. Efectivamente, uno de los cambios más tajantes en la historia del cuerpo ha sido provocado por el desarrollo del así llamado “paradigma ecológico”, que ha pretendido entregar una nueva visión del mundo y del ser humano en relación con los demás. En este sentido, el pensamiento de la ecología profunda<sup>25</sup> ha impulsado un cambio sustancial de paradigma, por el cual el ser humano se interpreta como una pequeña parte de un sistema más grande –la Naturaleza, caracterizada a la luz del pensamiento de Spinoza<sup>26</sup>– que lo incluye. Es interesante, en este sentido, analizar la propuesta teórica del filósofo noruego Arne Næss y sus interpretaciones sucesivas, para poder entender cuáles son los cambios de paradigma implicados en la visión filosófica de la ecología profunda.

24 Ídem.

25 Naess, A. (1973). “The shallow and the deep, long-range ecology movement. A summary”. En *Inquiry*, Vol. 16, Nros. 1-4, 95-100. Naess, A. (1986). “The Deep Ecology Movement: Some Philosophical Aspects”. En *Philosophical Inquiry*, Vol. 8, Nros. 1-2, 18-21.

26 Sobre ese tema, véase, por ejemplo, Naess, A. (1993). *Spinoza and the Deep Ecology Movement*. Delft. Eburon.

### 3. Sin límites. Los procesos y el ser humano

Para entender con mucha claridad la idea de naturaleza humana (si existe tal idea) implicada en la visión filosófica de la ecología profunda (la más difundida, por lo menos), es importante revisar cuáles son los principales principios que rigen la ecología profunda, teniendo en cuenta que no hay una sola visión de la misma, ya que, como escribe el mismo padre de la ecología profunda, no existe una sola ecosofía, sino que muchas ecosofías distintas, dependientes de las diferentes visiones del mundo<sup>27</sup>.

Con referencia a la idea “ecologista” de la naturaleza, escribe Næss<sup>28</sup>: “La naturaleza concebida por los ecologistas de campo no es la naturaleza pasiva, muerta, moralmente neutra de la ciencia mecanicista, sino que es parecida al *Deus sive Natura*, de Spinoza. Es todo-inclusiva, creativa (como la *natura naturans*), infinitamente diversa y viva en el sentido amplio de pampsiquismo, pero también manifiesta una estructura, las llamadas leyes naturales. Siempre hay causas a encontrar, pero extremadamente complejas y difíciles de desenterrar”. De esta visión de la naturaleza procede también una cierta visión de la naturaleza humana, que en Spinoza es muy claramente determinada como modo finito de la sustancia infinita.

Como escribe el mismo pensador noruego, los principios que animan su visión del mundo se refieren al universo simbólico budista, de Gandhi (en cuanto a los principios éticos) y, finalmente, de Spinoza. A partir de ese complejo marco conceptual, se entiende la afirmación de Næss<sup>29</sup>: “Si los fenómenos relacionados entre sí carecen de sustancia, de esencia, o de propia existencia, como sugiere la fórmula budista *nih svabhava sarvam dharmam*, no hay una última brecha ontológica entre el yo y el no-yo, entre la humanidad y la naturaleza”.

Por otro lado, destaca el mismo padre de la ecología profunda, retomando un pensamiento de Gandhi: “Creo en el *advaita* (la no dualidad). Creo en la unidad esencial del hombre y, por lo demás, de todo lo que vive. Por tanto, creo que, si un hombre gana la espiritualidad, todo el mundo gana con él y, si él falla, todo el mundo falla con él”<sup>30</sup>. Dicha afirmación es de difícil interpretación, aunque parecería inmediata y sencilla, ya que el mis-

27 Næss, A. (2005). “The Deep Ecology ‘Eight Points’ Revisited”. En Glasser, H.; Drengson, A. (eds.). *The Selected Works of Arne Næss* (Tomo X, 57-66). Dordrecht. Springer.

28 Næss, A. (1977). “Spinoza and Ecology”. En *Philosophia*, Vol. 7, Nro. 1, 45-54.

29 Næss, A. (1997). “Heidegger, Postmodern Theory and Deep Ecology”. En *The Trumpeter: Journal of Ecosophy*, Vol. 14, N° 4. Recuperado de <http://trumpeter.athabascau.ca/index.php/trumpet/article/view/175/216>.

30 Næss, A. (2005). “The Deep Ecology ‘Eight Points’ Revisited”. En ob. cit.

mo Næss<sup>31</sup> añade: “La cita de Gandhi me recuerda la creencia suya (y mía) en el individuo. Sacudió al mundo cuando, como los acusados ante el juez, Gandhi pronunció: ‘El individuo es la preocupación suprema’”. Por un lado, entonces, una cierta formulación de la ecología profunda parece sustentar la idea por la que no se puede hablar de individualidad del ente<sup>32</sup>, es decir, de la posibilidad de definir una clausura ontológica del mismo; por otro lado, Næss trata de salvar la individualidad misma del ente, definiéndola como principio supremo de su filosofía ambiental (el primer principio ético de la ecosofía de Næss es el principio de autorrealización, que se refiere exclusivamente a los individuos<sup>33</sup>). Para corroborar dicha tesis, el noruego admite: “Intento en mi ecosofía ser consistente en mi opinión de que los seres individuales, y sólo los seres individuales, puedan tener un valor inherente, y no las clases de individuos”<sup>34</sup>. No hay dudas sobre la problematicidad de la interpretación de la constitución ontológica del individuo en la ecosofía de Næss, que fluctúa constantemente entre la clausura ontológica del “yo” y su abertura incondicionada.

Por otro lado, se puede encontrar mucha más claridad en la obra de uno de los así llamados “discípulos” del padre de la ecología profunda, es decir, el filósofo Warwick Fox. Él mismo escribe: “La ecología profunda es la idea por la que no podemos trazar ninguna división ontológica firme en el campo de la existencia: no hay un verdadero dualismo entre el reino humano y no humano [...]. En la medida en que percibimos los límites, perdemos la conciencia ecológica profunda”<sup>35</sup>. Se ve muy claramente cómo la interpretación de la ecología profunda por parte de Fox hace referencia a una idea antiesencialista del individuo, y así también en Devall y Sessions<sup>36</sup>: “No hay límites y todo está interrelacionado”. Por eso, el mismo Fox, a partir de una interpretación antiesencialista del yo, puede llegar a una ecología transpersonal, donde no se necesita más el concepto de persona –que, como recuerda la tradición occidental, es *nomen dignitatis*, es decir, coincide con la posibilidad de reconocer la dignidad de un individuo con algunas caracte-

31 Ídem.

32 En este sentido, una cierta interpretación de la metafísica de Spinoza constituye un marco teórico fructífero para la ecología profunda: véase Garrett, D. (1994). “Spinoza’s Theory of Metaphysical Individuation”. En Barber, K. F.; Gracia, J. J. E. (eds.). *Individuation and Identity in Early Modern Philosophy. Descartes to Kant*. Albany. State University of New York Press, 73-101.

33 Næss, A. (2005). “The Deep Ecology ‘Eight Points’ Revisited”. En ob. cit.

34 Ídem.

35 Fox, W. (1984). “Deep Ecology: A New Philosophy of our Time?” En *The Ecologist*, Vol. 14, Nros. 5-6, 194-200.

36 Devall, B.; Sessions, G. (1985). *Deep Ecology: Living as if Nature Mattered*. Salt Lake City. Peregrine Smith.

rísticas específicas—, ya que el individuo tiene dignidad solo a partir de las relaciones con los demás, con el sistema.

La primera manera, entonces, en el ámbito de la ecología, de no reconocer la individualidad y clausura ontológica del yo (y, por eso, la dignidad del yo en cuanto yo), es negar la existencia de límites que definan al mismo individuo, interpretándolo como una “pura abertura al otro”. Dicha negación abre la puerta a la así llamada “ontología de los procesos”<sup>37</sup>, por la cual el mundo no está formado por individuos en relación, sino por procesos que involucran a los demás. Destaca esta idea el mismo Fox, radicalizando la interpretación de la filosofía de Næss: “A través de la autorrealización, Næss quiere referirse a la realización mundana de un sentido del ‘sí’ tan amplio como sea posible (en un mundo en el que los seres y las cosas-en-el-mundo se conciben como procesos). [...] También me baso en trabajos recientes en psicología transpersonal para sugerir que el sentido filosófico de la ecología profunda de Næss debe ser interpretado como ‘ecología transpersonal’, ya que este sentido de la ecología profunda se refiere claramente a la realización de un sentido del yo que se extiende más allá (es decir, ‘trans-’) del sentido egoico, biográfico o personal de sí mismo”<sup>38</sup>. El noruego, de hecho, en disconformidad con la interpretación de Fox, afirma: “En cualquier nivel de realización de los potenciales, los egos individuales se mantienen separados. No se disuelven como gotas individuales en el océano. Nuestra atención continua, en última instancia, se refiere a los individuos, no a cualquier colectividad. Pero el individuo no es, y no será, aislable: todo lo que existe tiene un carácter de Gestalt”<sup>39</sup>.

Existe claramente un problema filológico y hermenéutico en la obra de Arne Næss (y en la filosofía de la ecología profunda), que ahora no es necesario enfrentar para entender la cuestión de los límites<sup>40</sup>. Es, no obstante, importante tener una visión general sobre la cuestión de la individualidad (y, por eso, del tema de los límites), en el ámbito de una ecología profunda coherente: hay una tendencia preocupante, en estas visiones del mundo, hacia la eliminación de los límites, que coincide con la posibilidad de sobrevalorar los sistemas más que los individuos que los constituyen. La cuestión

37 Braidotti, R. (2006). “Posthuman, all too human: towards a new process ontology”. En *Theory, Culture & Society*, Vol. 23, Nros. 7-8, 197-208. Valera, L.; Tambone, V. (2014). “The Goldfish Syndrome. Human Nature and the Posthuman Myth”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. 25, Nro. 3, 353-366.

38 Fox, W. (1990). “The Meanings of ‘Deep Ecology’”. En *The Trumpeter. Journal of Ecology*, N° 7, 1, <http://trumpeter.athabasca.ca/index.php/trumpet/article/view/519/882>.

39 Næss, A. (1989). *Ecology, Community and Lifestyle. Outline of an Ecosophy*. Cambridge. Cambridge University Press, 195.

40 Sobre ese tema, véase Valera, L. (2015). *Arne Næss. Introduzione all'ecologia*. Pisa. ETS, 7-38.

del reconocimiento de los límites corporales tiene que ver ciertamente con todos los seres vivos, pero, en una medida mayor, con los seres humanos: la discernibilidad del ente es la primera condición de posibilidad para reconocer un valor al ente mismo, y, en el caso del ser humano, para reconocer su dignidad personal.

#### 4. Más allá de la ecología: el posthumanismo

Como hemos adelantado, una cierta visión ecológica implica también una ontología de los procesos, que tiende a no reconocer la individualidad de cada ser vivo. Dicha ontología ha empezado a ser desarrollada por algunos pensadores que pertenecen al así llamado “posthumanismo”<sup>41</sup>, entre los cuales la más reconocida y difundida es seguramente Rosy Braidotti<sup>42</sup>. En este sentido, podríamos decir que la ecología profunda (o, mejor dicho, la ecología transpersonal) comparte con el posthumanismo la misma ontología, y por eso se puede justamente afirmar: “El futuro de la humanidad radica en la ecología, en la sustentabilidad o en lo que Braidotti llama [...] convertirse en Tierra”<sup>43</sup>.

Si quisiéramos definir el posthumanismo –ya que se trata de algo *in fieri*, y que tiene todavía que desarrollarse– en relación a lo que hemos dicho hasta ahora, podríamos retomar el famoso “Manifiesto Posthumanista”, donde se afirma que “no hay nada externo al ser humano, debido a que la extensión de un ser humano no puede ser fija. Si aceptamos que la mente y el cuerpo no se pueden separar absolutamente, y que el cuerpo y el medio ambiente tampoco pueden hacerlo, entonces nos quedamos con la conclusión, sin embargo, lógicamente consistente y aparentemente absurda, de que la conciencia y el medio ambiente no se pueden separar absolutamente”<sup>44</sup>. Se trata de una nueva concepción de la totalidad, del hombre y de todo lo que se ofrece como una panacea para los males de la era moderna y del pensamiento tradicional de la metafísica occidental: la filosofía posthumanista impone un cambio radical de mentalidad y de concepción del mundo, de tal manera que lo haría incomprensible a la luz de los paradigmas precedentes.

Dicho paradigma se presenta, así, no solamente como una nueva visión del mundo, y, en concreto, del ser humano, sino también como una posibi-

41 Sobre ese tema, véase, por ejemplo: Valera, L.; Tambone, V. (2014). “The Goldfish Syndrome...”. En ob. cit.

42 Braidotti, R. (2013). *The Posthuman*. Cambridge. Polity Press.

43 Herbrechter, S. (2013). R. Braidotti. *The Posthuman*. Cambridge. Polity Press. Review. *Culture Machine*, 1-13.

44 Pepperell, R. (2005). “The Posthuman Manifesto”. En *Kritikos*, N° 2.

lidad real y efectiva de cambiar todos los aspectos no deseados de la naturaleza humana (un programa antropológico o anti-antropológico, en pocas palabras). Se trata de un nuevo paradigma, pero también de un programa político y pragmático para llegar a una “mejor humanidad”, más avanzada, a través del cambio de las estructuras más profundas del ser humano mismo. El resultado de dicho paradigma, como afirma Pepperell<sup>45</sup>, “es que los humanos individuales, en el sentido de objetos aislados y separados, no existen en realidad, excepto en nuestra imaginación. Lo que existe, en su lugar, son seres no contenidos que, de muchas maneras, se distribuyen mucho más allá del espacio y del tiempo locales, atrapados en una cadena de acontecimientos sin principio ni fin”.

En ese sentido, los partidarios de esta nueva corriente de pensamiento exaltan al ser humano, no como un mero objeto, sino como un ser soberano de su propio cuerpo, demiurgo, e infinito recreador de su propia posnaturaleza. La identidad física y psicológica posthumanistas, entonces, aparecen como entidades mutantes, como un proceso que deviene, capaz de actualizarse continuamente.

En última instancia, el punto focal del posthumanismo consiste no tanto en la aceptación acrítica de las posibilidades ofrecidas por la tecnología, tales como el transhumanismo<sup>46</sup>, sino en una contaminación e hibridación total de los seres humanos con otros seres vivos<sup>47</sup> y con las máquinas (estas son las dos principales formas de contaminación, la tecnología y la hibridación con los otros seres vivos). El cambio ofrecido por esta corriente de pensamiento, de hecho, querría configurarse primero como un cambio de paradigma en el pensar al ser humano. Igual que una cierta interpretación de la ecología profunda, el posthumanismo propone, con el fin de obtener la contaminación total, una eliminación y una fluidificación de los límites que impiden la apertura del ser humano a la alteridad, negando así también su identidad. A través de dicha negación, no obstante, se llega paradójicamente a negar también la posibilidad misma de la apertura humana.

45 Pepperell, R. (2005a). “Posthumans and Extended Experience”. En *Journal of Evolution and Technology*, N° 14, 27- 41.

46 Valera, L. (2014). “Post-Humanism: Still or Beyond Humanism”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. 25, N° 3, 481-491.

47 Es interesante, en ese sentido, observar cómo tal opción de hibridación posthumanista no se configura solamente como una posibilidad abstracta, sino como una opción práctica actualmente viable. Véase, por ejemplo, la investigación recientemente desarrollada y publicada en *Cells* sobre la posibilidad de crear quimeras con el ser humano [Wu, J., et al. (2017). “Interspecies Chimerism with Mammalian Pluripotent Stem Cells”. En *Cell*, Vol. 168, N° 3, 473-486.e15].

## 5. Repensar la dignidad humana desde la ecología: el paradigma de la ecología humana

Por lo que hemos visto, no parece posible plantear la cuestión de la dignidad humana en el ámbito de paradigmas que se basen en una ontología de los procesos, es decir, en una visión del mundo que no reconoce la individualidad –y, con ella, la clausura ontológica– como condición de posibilidad de la existencia del ente. La ecología transpersonal y el posthumanismo son dos buenos ejemplos de paradigmas inconciliables con la dignidad humana. Es interesante notar cómo la idea del mundo que sostiene dichos paradigmas, es decir, la ontología de los procesos, no es algo nuevo<sup>48</sup>, como demuestran los fragmentos 27 y 28 de Empédocles<sup>49</sup>: “Allí no se disciernen los veloces miembros del sol, ni la áspera fuerza de la tierra, ni el mar; así está firme, en la densa cobertura de Armonía, el *Sphairos*, circular, que se goza en la quietud que lo rodea. No hay disensión ni lucha inoportuna en sus miembros. Pero este (es) igual a sí mismo de todas partes, totalmente sin límites, el *Sphairos*, circular, que se goza en la quietud que lo rodea”. En dicha ontología se aprecia la prevalencia del Todo sobre la parte, en una óptica sistémica, por la cual la parte es en función del Todo. Esa idea contrasta claramente otra, es decir, el valor independiente del individuo, y, con ello, la dignidad humana<sup>50</sup>.

La pregunta a la que queremos responder, entonces, es: ¿es posible recuperar la idea de dignidad en el ámbito de la ecología, valorando al mismo tiempo al ser humano y los demás con los que él mismo construye relaciones? O, mejor dicho, la idea de dignidad humana ¿es congruente con una visión ecológica?<sup>51</sup> Si tomamos como marcos teóricos de referencia los paradigmas de la ecología transpersonal y del posthumanismo, claramente, no. Sin embargo, como hemos adelantado, la condición de posibilidad del reconocimiento de la dignidad del ser humano es la existencia de límites bien determinados a nivel ontológico, que definen el espacio (y el tiempo) de vida del ser humano mismo.

El ser humano, de hecho, siempre vive (habita) en un ambiente determinado –esta dimensión constituye una de las ganancias más valiosas de

48 Valera, L.; Tambone, V. (2014). “The Goldfish Syndrome...”. En ob. cit., 353-366.

49 Cornavaca, R. (ed.). (2011). *Filósofos presocráticos. Fragmentos*. Buenos Aires. Losada.

50 Para no caer en el otro extremo del “relacionismo”, es decir, el “aislacionismo”, queremos destacar que la idea de un ser “cerrado ontológicamente” no es incompatible con su abertura, al revés. Es necesario, sin embargo, recordar que la relación (el yo-tú) es siempre un accidente, y que, por eso, necesita de la sustancia (del yo).

51 Estamos acá utilizando, claramente, el término “ecológica” para referirnos a una visión de la realidad, y no tanto a la ciencia ecológica en sí.

la revolución ecológica de los últimos años– y depende de dicho ambiente. Siendo antes que todo un cuerpo, el ser humano depende de su cuerpo, de sus características espacio-temporales, y, finalmente, de sus límites. A partir de esa concepción –que define la dignidad del ser humano, definiendo su realidad– se puede repensar el paradigma de una ecología que respete al hombre, vale decir, de una “ecología humana”<sup>52</sup>. Por eso, todas las filosofías o visiones del mundo que no tengan en cuenta ese carácter humano de ser un ente limitado, no podrán respetar la condición de posibilidad de reconocimiento de su dignidad, es decir, su dependencia<sup>53</sup>. Una ecología verdaderamente humana tiene que empezar justamente por esa dimensión<sup>54</sup>, y no por la búsqueda de una perfección abstracta<sup>55</sup> o por una hibridación que disuelve la persona humana en el Todo<sup>56</sup>. Disolviendo, con ella, también su sentido y su dignidad.

52 Valera, L. (2013). *Ecología umana...* Ob. cit.

53 Marcos, A. (2012). “Dependientes y racionales: la familia humana”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. 23, N° 1, 83-95.

54 Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista*. Ob. cit.

55 Sandel, M. J. (2007). *Contra la perfección...* Ob. cit.

56 Ballesteros, J. (1995). *Ecologismo personalista*. Ob. cit.



## **PARTE III**

### **NOTAS Y COMENTARIOS**



‘

**JUSTICIA Y MISERICORDIA. MÍNIMOS ÉTICOS:  
JURÍDICO Y MORAL<sup>1</sup>**  
*Justice and Mercy. Ethical Minimum: Legal and Moral*

Andrés Ollero<sup>2</sup>

Recibido: 1º de diciembre de 2016  
Aprobado: 5 de diciembre de 2016

**Resumen:** El texto ahonda en el carácter indispensable del *Derecho* como mínimo ético, posibilitador de una convivencia propiamente humana, destinada también a facilitar la querencia optimizadora inseparable de la *moral*. O, por citar los términos de la Bula de Convocación del Jubileo Extraordinario de la Misericordia: la justicia sin duda “es el primer paso, necesario e indispensable”, sin olvidar que “la Iglesia no obstante necesita ir más lejos para alcanzar una meta más alta y más significativa”<sup>3</sup>. Alude, en algunas de las notas al pie, a sugerencias del autor que se prestan a mantener el diálogo al que el documento invita.

**Palabras claves:** Justicia - Misericordia - Mínimo ético - Moral.

**Abstract:** The text delves into the indispensable character of law as a minimum ethical, enabling a properly human coexistence, it also intends to facilitate the optimizing want inseparable from the morality. Or, to quote the terms of the Bull of Convocation of the Extraordinary Jubilee of Mercy: justice is undoubtedly “the first necessary and indispensable step”, without

1 Ponencia en XIII Simposio Internacional de los Docentes Universitarios “Conocimiento y Misericordia”, Roma, 7-11 septiembre de 2016.

2 Catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid, España). Magistrado del Tribunal Constitucional de Madrid, España.

3 *Misericordiae Vultus*, 10. En sintonía con un “corazón de Padre que va más allá de nuestro pequeño concepto de justicia para abrirnos a los horizontes ilimitados de su misericordia”. Francisco, Catequesis del miércoles 3 de febrero de 2016.

forgetting that “the Church nevertheless needs to go further to reach a higher and most significant finishing line”. Alludes, in some of the footnotes, to suggestions from the author that lend themselves to maintain the dialogue to which the document invites.

**Keywords:** Justice - Mercy - Minimum ethical - Moral.

Para citar este texto:

Ollero, A. (2017), “Justicia y Misericordia. Mínimos éticos: Jurídico y Moral”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 317-330.

### El Derecho como mínimo ético

La concepción del Derecho como *mínimo ético* puede inducir a un doble malentendido. El primero derivaría de su poco afortunada identificación con una ética mínima. Así ocurriría si –con una perspectiva más sociológica que jurídica– se entendiera por tal el conjunto de exigencias éticas que de hecho se constatan como compartidas en la sociedad<sup>4</sup>. Prueba de ello es que, frente a la idea de una moral entendida como aspiración a una ética máxima, la dura realidad nos invita a ponernos en guardia frente a la paradójica posibilidad de que presuntos maximalismos morales nos sitúen éticamente bajo mínimos. Casos de pedofilia aireados por los medios de comunicación han servido de triste escenario para calibrar la dificultad de una adecuada armonía entre justicia y caridad. No ha faltado tampoco ocasión solemne de resaltar su importancia a propósito del tratamiento de los conflictos matrimoniales<sup>5</sup>.

En todo caso, confundir el jurídico mínimo ético con el refugio en una ética mínima condenaría con facilidad al Derecho a un progresivo permisivismo, que tendría como resultado –en una sociedad globalizada– la que-  
rencia a *igualar por abajo* las exigencias jurídicas. Se olvidaría, así, la caracterización de esas exigencias como indispensables para mantener una convivencia digna del hombre. El mínimo ético configurador de lo jurídico incluye, en consecuencia, aspectos que requieren un esfuerzo ético nada despreciable: baste pensar en la puntual satisfacción de las obligaciones tribu-

4 No pocas propuestas bioéticas vienen orientando hacia la búsqueda de esa ética mínima. Lo he comentado en “Bioética, bioderecho, biopolítica...”, incluido en (2006). *Biode-recho. Entre la vida y la muerte*. Sevilla. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi. The Global Law Collection, 15-23.

5 “La justicia, que la Iglesia busca, a través del proceso contencioso administrativo, puede ser considerada como el inicio, exigencia mínima frente a una expectativa de caridad”. Benedicto XVI, Discurso a los miembros del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica el 4 de febrero de 2011.

tarias. A la vez, aporta justificación a la lucha contra la existencia de paraísos fiscales reñidos con una justicia global. Por el contrario, la remisión a la ética fácticamente compartida podría incluir usos socialmente consolidados, pero no indispensables para la convivencia, o incluso negativos para ella.

Un segundo malentendido es de más difícil superación, porque tendría que ver con la identificación del Derecho con el poder y su capacidad coactiva. En las sociedades que se consideran civilizadas, el respeto a los mecanismos propios de un *Estado de Derecho* forma parte indiscutida de lo políticamente correcto; lo que no impide que, cuando de lo jurídico se habla, se tienda automáticamente a pensar en el *Derecho del Estado*, como mero instrumento de la voluntad de los que mandan. No en vano, en una sesión parlamentaria memorable se reconoció que aunque, después de la Segunda Guerra Mundial, la respuesta “sobre los fundamentos de la legislación parecía clara, en el último medio siglo se dio un cambio dramático de la situación. La idea del Derecho Natural se considera hoy una doctrina católica más bien singular, sobre la que no vale la pena discutir fuera del ámbito católico”<sup>6</sup>.

Sin menospreciar la importancia de la efectiva positivación de las exigencias jurídicas es imprescindible, para no renunciar a una convivencia propiamente humana, considerar *jurídicas* todas las reivindicaciones –positivadas o no– que apuntan a tal objetivo. No parece tarea fácil, cuando el reconocimiento de la inevitable tarea creativa de los jueces se pretende explicar –tanto desde la óptica positivista como por defensores de la herencia escolástica<sup>7</sup>– como una irrupción de elementos *morales* destinados a completar las limitaciones de un Derecho reducido a la letra de los textos positivados.

No tiene por ello nada de extraño que, al modificarse en España el título preliminar del Código Civil<sup>8</sup>, dando entrada en su texto a figuras como la equidad, el fraude de ley, el abuso del derecho o la buena fe, se las considerase en la Exposición de Motivos de la reforma como “fecundas vías de irrupción del contenido ético-social en el orden jurídico”, con un cierto aire de incursiones presuntamente morales en el Derecho. Se aludiría así, por ejemplo, a la *equidad* como si se tratase de una instancia metajurídica y no

6 Benedicto XVI, Discurso ante el *Bundestag* el 22 de septiembre de 2011. Sobre el particular (2013). *La legge del Re Salomone. Pope Benedict XVI public speeches*. Coordinado por Marta Cartabia y Andrea Simoncini, con prólogo de Giorgio Napolitano. Milano. Rizzoli-BUR; en inglés, Cambridge University Press, 2015.

7 De ello me he ocupado en (2012). *Derecho y moral. Una relación desnaturalizada*. Madrid. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

8 Decreto N° 1.836/1974, del 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.

como la búsqueda de la justicia de lo concreto<sup>9</sup>. Aunque en el ámbito continental europeo no ha sido infrecuente que la equidad se entienda como una misericordiosa dulcificación de la previsible rudeza de lo jurídico, en realidad a lo que así se da entrada es a las jurídicas exigencias de un Derecho Natural inconfesadamente asumido.

Desgraciadamente, dentro de la misma Iglesia Católica no han dejado de experimentarse las notables secuelas del olvido del carácter indispensable de las exigencias de la justicia. La preocupación por el previsible escándalo moral de la publicidad de determinadas conductas –cuando no el recurso a él para encubrir una poco responsable omisión en el ejercicio de la virtud de la fortaleza– ha llevado en más de un caso a sustituir sus obligadas consecuencias jurídicas por estrategias, fruto de una sensibilidad moral mal entendida.

El olvido del carácter indispensable del hacer justicia obliga, a la vez, a superar una visión –nada laical– del Derecho, que lo reduce a instrumento coactivo destinado a garantizar exigencias morales de particular voltaje. El no matar, no robar o no mentir son exigencias jurídicas elementales, que no dejaron de ser ante todo tales por el hecho de verse incluidas en el decálogo. La revelación del Sinaí aspiraba precisamente a protegernos ante una posible degeneración del mínimo ético en ética mínima. Que preceptos jurídicos ocuparan en ella espacio tan destacado no los convertía en preceptos morales pendientes de codificación jurídica; por ser expresión de *exigencias jurídicas* indispensables para la convivencia, serán ellas más bien las que generen *obligaciones morales*. La torpe acusación de que los católicos, al explicitarlas, pretenden convertir los pecados en delitos ignora la realidad: se trata de delitos tan graves que –por ofender a Dios– se convierten además en pecaminosos.

Esa relevancia moral de lo que es, ante todo, jurídico se experimenta también en clave negativa. No constituye ningún secreto la capacidad de las normas jurídico-positivas para producir una impronta en las convicciones morales socialmente vigentes; al hacerlo irrumpen no pocas veces en ámbitos que exigen (también jurídicamente) respeto a la libertad y a la intimidad personal y familiar<sup>10</sup>. No dejan de cumplir función semejante, incluso con mayor eficacia, los medios de comunicación<sup>11</sup>.

9 Sobre el particular (1973). “Equity in Spanish Law?” En *Equity in the World’s Legal Systems* (editado por Ralph A. Newman. Brussels. E. Bruylant, 381-393).

10 No en vano el art. 27.3 de la Constitución española proclama, con problemático eco: “Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

11 Como consecuencia, “la fede rimane priva del suo valore orientativo e normativo, lasciando campo aperto ai compromessi con il proprio egoismo e con le pressioni della mentali-

Ese complicado ajuste entre Derecho y moral se pone también de manifiesto ante la mezcla de recelo y vértigo con que suele acogerse el planteamiento jurídico de objeciones de conciencia. Sin duda, influye en ello la querencia a emparejar conciencia y moral; como si no existiera la conciencia jurídica... Una exclamación tan frecuente en un ciudadano de a pie como “no hay Derecho” no encierra una exhortación moral, sino que formula una exigencia jurídica.

Malentender la objeción de conciencia como un conflicto entre Derecho y moral la hace morir de éxito, si lo que se pretende establecer es que en tal conflicto ha de prevalecer siempre la moral; puro anarquismo, según el cual cada uno podría desobedecer sin sanción jurídica alguna todas las normas que no rimen con sus postulados morales. Por el contrario, la objeción de conciencia es tan jurídica como para verse reconocida como derecho por el artículo 10.2 de Carta Europea de Derechos Fundamentales, porque refleja un conflicto bien distinto: el que surge entre el concepto de mínimo ético jurídico asumido por la mayoría –reflejado en la legalidad democrática– y otro concepto de mínimo ético jurídico sustentado en minoría. Se discrepa a la hora de precisar hasta dónde puede llegar el Derecho y no a la de defender hasta dónde debe llevarnos la moral; la conciencia jurídica en minoría exigirá una excepción, que no hace sino confirmar para los demás la regla.

Por si fuera poco, el erróneo conflicto entre Derecho y moral suele encerrar como trasfondo el curioso convencimiento de que lo jurídico encuentra expresión en el *Derecho Objetivo*; o sea, en la letra de los textos positivados. La *moral*, por el contrario, sería inevitablemente *subjetiva* y, en consecuencia, inviable para regular el ámbito público. Más que discutir sobre el relativismo moral, prefiero –como jurista– constatar la inevitable relatividad del Derecho; lo que resulta fácil, a poco que se constate la dimensión hermenéutica de todo lo jurídico, cuyo *sentido* solo cabe derivar del texto legal cuando una interpretación –obviamente subjetiva– lleve a captarlo y mueva a argumentar convincentemente su alcance. La existencia en el ordenamiento jurídico español, como en tantos otros, de *votos particulares* en las resoluciones de los órganos judiciales colegiados ahorra toda duda al respecto.

El predominio de un acrítico positivismo legalista lleva a ignorar esa inevitable dimensión judicial y, como consecuencia, jurisprudencial de toda actividad jurídica. El que afirma “no hay Derecho” se convierte en juez emitiendo un juicio de valor, así como el juez –al establecer si lo hay o no– aclarando qué debemos admitir que la norma dice; porque solo quien tiene jurisdicción está en condiciones de *decir* el Derecho. Esa dimensión inevita-

---

tà corrente, diventata dominante”. Francisco, Discurso en la inauguración del año judicial del Tribunal de la Rota Romana el 23 de enero de 2015.

blemente subjetiva del fallo judicial no condenará fatalmente a una amenazadora inseguridad jurídica. Se aminorará si el juez se ejercita en la virtud de la justicia, consolidadora de una constante y sostenida voluntad de dar a cada uno lo suyo; que tiene de moral lo relativo al hábito de comportamiento, que quedaría falto de todo contenido sin apoyarse en el jurídico *saber hacer* que permite captar qué es lo suyo de cada uno.

Sin duda resulta más tranquilizador convencerse de que el juez –como pretendía Montesquieu– no es más que la boca que pronuncia las palabras de la ley<sup>12</sup>. Esto garantizaría una seguridad tan idílica como utópica, destinada a desaparecer como por ensalmo si algún mal día se ve uno sentado ante un juez. Más que apelaciones lastimeras a una seguridad inviable, será la esperanza de que el juez actúe haciendo justicia la que podrá devolverle algo de calma.

En una macroperspectiva, cumplen sin duda un papel relevante mecanismos como la posible dualidad de instancias, la ya aludida colegialidad de los órganos plurales y, en su caso, la doctrina emanada de los tribunales constitucionales. Si al ámbito europeo o al latinoamericano nos referimos, la cuestión se hará más compleja al entrar también en juego el Tribunal de Estrasburgo –e incluso el de Luxemburgo–, en el primer caso, y el de San José de Costa Rica, en el segundo, dando paso a lo que se ha dado en llamar *diálogo de tribunales*<sup>13</sup>. Es fácil que salgan mejor parados los europeos, pese a las ocasionales discrepancias interpretativas en el seno del Tribunal de Estrasburgo; lo que llevó a una condena por unanimidad en la primera instancia puede verse convertido en amparo mayoritario si entra en juego la Gran Sala<sup>14</sup>. Su ocasional y oportuno respeto a un *margen de apreciación*, por parte de los Estados, le dotará de una flexibilidad a la que el tribunal de Costa Rica parece menos aficionado.

Sería, no obstante, ignorar la realidad pensar que con este cuadro ya hemos agotado el elenco de actores. La laboriosa tarea de hacer justicia, plasmando una interpretativa concepción de la misma, no es solo fruto de la actividad de estos órganos constitucionales o incluso, por vía de convenios, supraconstitucionales. No acaba resultando escasa la erosión de las concepciones de justicia consolidadas en un país, como resultado del influjo de los vientos, no menos supraconstitucionales, de lo *políticamente correcto*; orquestados por organismos internacionales sin capacidad de emitir reso-

12 *De l'esprit des lois* XI, 6.

13 Irónico al respecto (2015). “Diálogo de tribunales; perdonen las molestias”. En *Nueva Revista*. Madrid, 156, 123-135.

14 Elocuente ejemplo el del caso “Lautsi contra Italia”, a propósito de la presencia de crucifijos en las escuelas públicas. De él me ocupé en (2011). “La Europa desintegrada: Lautsi contra Lautsi”. En *Nueva Revista*, 134, 74-83.

luciones con valor de *ius cogens*, o incluso por manifiestos de organizaciones no gubernamentales que parecen autoatribuírselo. Valga un testimonio: “[...] no existe ningún fundamento para asimilar o establecer analogías, ni siquiera remotas, entre las uniones homosexuales y el designio de Dios sobre el matrimonio y la familia”. “Es inaceptable que las iglesias locales sufran presiones en esta materia y que los organismos internacionales condicionen la ayuda financiera a los países pobres a la introducción de leyes que instituyan el ‘matrimonio’ entre personas del mismo sexo”<sup>15</sup>.

Sin duda, en tal afirmación está presente el reconocimiento de la dimensión social del matrimonio, como institución vinculada al bien común, identificable con la justicia objetiva. De ahí que se haya afirmado que “quien vive en modo contrario al vínculo matrimonial” “se hace *anti-signo* de la indisolubilidad”; “el matrimonio tiene carácter intrínsecamente social: cambiar el matrimonio para algunos casos significa cambiarlo para todos”<sup>16</sup>. En consecuencia, “sólo la unión exclusiva e indisoluble entre un varón y una mujer cumple una función social plena, por ser un compromiso estable y por hacer posible la fecundidad”<sup>17</sup>.

La constatación de lo que Jellinek caracterizó como *fuerza normativa de lo fáctico*<sup>18</sup> puede predisponer a actitudes contrarias: la respuesta a un pecado –el adulterio– no sería ya la contrición y el perdón, sino una nueva unión, como si el paso del tiempo enmendara en cierto modo la ofensa de la ruptura<sup>19</sup>.

## La misericordia como mínimo ético de la moral cristiana

Reconocido el indispensable papel cumplido por el jurídico mínimo ético, se plantea el peligro de un posible traslado de la mentalidad jurídica al

15 Francisco. Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia*, 251; con referencia en la nota 278 a: Relación final 2015, 76; cf. Congregación para la Doctrina de la Fe, Consideraciones acerca de los proyectos de reconocimiento legal de las uniones entre personas homosexuales (3 de junio de 2003), 4.

16 “La economía de los sacramentos es una economía de signos visibles, no de disposiciones interiores o de culpabilidad subjetiva. Una privatización de la economía sacramental no sería ciertamente católica”. Cardenal Gerhard Müller. ¿Qué podemos esperar de la familia? Una cultura de esperanza para la familia, a partir de la exh. ap. postsinodal *Amoris Laetitia*. Seminario Metropolitano de Oviedo, 4 de mayo de 2016.

17 Francisco. Exhortación Apostólica Postsinodal *Amoris Laetitia*, 52.

18 Jellinek, G. (1976). *Allgemeine Staatslehre*. Kronberg. Athenäum (reimpresión no modificada de la quinta reimpresión de la tercera edición), 338.

19 Esto significaría transformar “el concubinato adúltero en una unión aceptable bendecida por la Iglesia en nombre de Dios”. Spaemann, R. (2014). “Divorce and Remarriage”. En *First Things*.

ámbito –obligadamente maximalista– del logro de los objetivos perseguidos por la moral; sobre todo, en un ámbito tan peculiar como el del Derecho Matrimonial Canónico<sup>20</sup>. Podría surgir, así, la figura del riguroso y auto-satisfecho cumplidor de la ley y el orden, convertido en agudo juez de toda conducta ajena<sup>21</sup>; confiado, quizá, a una escatología remuneradora, que el humorista Mingote escenificaba en una merienda de orondas señoras que se ponen fácilmente de acuerdo en que, digan lo que digan las progres, al cielo iremos las de siempre...

Las desconcertaría no poco la exégesis del papa Francisco sobre la parábola del hijo pródigo, en la que apunta el foco hacia el hermano cumplidor, totalmente incapacitado para entender la actitud de su padre<sup>22</sup>. Resalta con ello un elemento nada jurídico: la apuesta divina por la misericordia en el trato con los hombres; escandalosa en un tiempo marcado por el individualismo que dificulta todo intento de comportarse como custodios y nunca como dueños<sup>23</sup>.

Se nos anima así a descubrir que, igual que la justicia es un mínimo ético indispensable, también en el cristiano toda maximalista búsqueda de la perfección moral ha de partir –como mínimo ético– de la convicción de que “la misericordia es un elemento importante, mejor dicho, indispensable,

20 En Francisco predomina el afán por “non chiudere la salvezza delle persone dentro le strettie del giuridicismo. La funzione del diritto è orientata alla salus animarum a condizione che, evitando sofismi lontani dalla carne viva delle persone in difficoltà, aiuti a stabilire la verità nel momento consensuale: se cioè fu fedele a Cristo o alla mendace mentalità mondana”. Discurso en la inauguración del año judicial del Tribunal de la Rota Romana el 23 de enero de 2015.

21 A Francisco le preocupan ante todo que lleguen a convertirse en “hombres que vivían pegados a la letra de la Ley, pero que prescindían del amor, hombres que tan sólo sabían cerrar las puertas y marcar las fronteras”, porque “la adhesión formal a las reglas, a nuestros esquemas mentales, prevalece” “y, si uno es un ministro de Dios, acaba por creerse separado del pueblo, dueño de la doctrina, titular de un poder, sordo a las sorpresas de Dios”. Francisco (2016). *El Nombre de Dios es misericordia. Una conversación con Andrea Tornielli*. Madrid. Planeta, 81 y 82.

22 Ilustrativa al respecto la catequesis de Francisco en la audiencia del miércoles 11 de mayo de 2016. En la línea de lo ya recogido en *Amoris Laetitia*, 305: “[...] un pastor no puede sentirse satisfecho sólo aplicando leyes morales a quienes viven en situaciones ‘irregulares’, como si fueran rocas que se lanzan sobre la vida de las personas. Es el caso de los corazones cerrados, que suelen esconderse aun detrás de las enseñanzas de la Iglesia para sentarse en la cátedra de Moisés y juzgar, a veces con superioridad y superficialidad, los casos difíciles y las familias heridas”.

23 “La misericordia, prima di essere un atteggiamento o una virtù umana, è la scelta definitiva di Dio a favore di ogni essere umano”. Francisco. Discurso a los participantes en el curso promovido por la Penitenciaría Apostólica el 4 de marzo de 2016. “A veces nos comportamos como controladores de la gracia y no como facilitadores. Pero la Iglesia no es una aduana, es la casa paterna”. Francisco. *Amoris Laetitia*, 310, citando la Exhortación Apostólica *Evangelii gaudium*, 362.

en las relaciones entre los hombres”, porque “la sola medida de la justicia no basta”. La misericordia aparece como “el primer atributo de Dios. Es el nombre de Dios”<sup>24</sup>.

Este papel primario e indispensable de la misericordia no plantea conflicto alguno respecto a lo ya expuesto sobre la justicia. “No son dos momentos contrastantes entre sí, sino un solo momento que se desarrolla progresivamente hasta alcanzar su ápice en la plenitud del amor. La justicia es un concepto fundamental para la sociedad civil”<sup>25</sup>.

La falta de sensibilidad respecto a esa prioridad puede llevar a poner “tantas condiciones a la misericordia que la vaciamos de sentido concreto y de significación real, y esa es la peor manera de licuar el Evangelio”; con todo, “la misericordia no excluye la justicia y la verdad”, sino que “es la plenitud de la justicia y la manifestación más luminosa de la verdad de Dios”<sup>26</sup>.

La misericordia habrá de convertirse, pues, en punto de referencia de toda tarea pastoral, incluida la relativa al matrimonio. Tanto la prematrimonial como la matrimonial “deben ser ante todo una pastoral del vínculo”, que prepare al “sí para siempre”; porque “quien no se decide a querer para siempre, es difícil que pueda amar de veras un solo día”<sup>27</sup>.

No han faltado polémicas sobre el espinoso problema de los divorciados vueltos a casar y su posible recepción de la comunión eucarística. El Papa da por hecho que “no debía esperarse del Sínodo o de esta Exhortación una nueva normativa general de tipo canónico, aplicable a todos los casos”. Invita “a un responsable discernimiento personal y pastoral de los casos particulares”; puesto que “el grado de responsabilidad no es igual en todos los casos, las consecuencias o efectos de una norma no necesariamente deben ser siempre las mismas”. Se trata de “acompañar a las personas interesadas en el camino del discernimiento de acuerdo a la enseñanza de la Iglesia y las orientaciones del Obispo”. Se muestra consciente del riesgo que esta difusión de la responsabilidad encierra y comprende “a quienes prefieren una pastoral más rígida que no dé lugar a confusión alguna”. No obstante, apoya su apuesta en la visión de la Iglesia como “una Madre que, al mismo tiempo

24 “Esto no significa tener la manga ancha, en el sentido de abrir las puertas de las cárceles a quien se ha manchado con delitos graves. Significa que debemos ayudar a que los que han caído no se queden en el suelo”. Francisco. *El Nombre de Dios es misericordia...* (cit. en nota 21), 88, 96 y 90.

25 Bula *Misericordiae Vultus*, 20.

26 En consecuencia, conviene considerar “inadecuada cualquier concepción teológica que en último término ponga en duda la omnipotencia de Dios y, en especial, su misericordia”. Francisco. *Amoris Laetitia*, 311, citando en la nota 365 a la Comisión Teológica Internacional, *La esperanza de salvación para los niños que mueren sin bautismo*, del 19 de abril de 2007, 2.

27 Francisco. *Amoris Laetitia*, 211 y 319; así como Müller, G. ¿Qué podemos esperar de la familia? (cit. nota 16).

que expresa claramente su enseñanza objetiva, no renuncia al bien posible, aunque corra el riesgo de mancharse con el barro del camino”<sup>28</sup>. Al igual que en la jurisprudencia constitucional se huye de un formalismo enervante que impida una tutela judicial efectiva, el Papa parece temer que un formalismo farisaico pueda hacer inviable una tutela moral efectiva.

Descarta, pues, que se pretenda “desarrollar una fría moral de escritorio”, sino que invita a situarse “en el contexto de un discernimiento pastoral cargado de amor misericordioso, que siempre se inclina a comprender, a perdonar, a acompañar, a esperar, y sobre todo, a integrar”<sup>29</sup>. En el marco más distendido de una conversación descenderá a detalles. Cuando afirmó que “la medicina existe, la cura existe, siempre y cuando demos un pequeño paso hacia Dios”; su interlocutor apunta: “Tras releer el texto, me llamó y me pidió que añadiera: ‘O cuando tengamos al menos el deseo de darlo’. A fin de cuentas, ‘la Iglesia no está en el mundo para condenar, sino para permitir el encuentro con ese amor visceral que es la misericordia de Dios’”. El problema surgiría –situándose ahora en la parábola del buen pastor– como consecuencia de la tensión entre “dos lógicas de pensamiento y de fe”<sup>30</sup>.

La cuestión, generadora de no pocas responsabilidades personales, consistirá en cómo conjugar el rechazo del pecado –multiplicado por la ya señalada dimensión social de todo lo relativo a la institución matrimonial– y la misericordia con el afectado por las secuelas de un fracaso personal. Ciertamente, “Dios enseña a distinguir entre el pecado y el pecador: con el pecado no es necesario hacer compromisos; en cambio, los pecadores –o sea, todos nosotros– somos como los enfermos que necesitan ser curados, y para curarlos es necesario que el médico se les acerque, los visite, los toque. Y naturalmente el enfermo, para ser curado, tiene que reconocer que necesita un médico”<sup>31</sup>.

Adentrándose en aspectos prácticos, el Papa Francisco asume las propuestas sinodales de “hacer más accesibles y ágiles, posiblemente totalmen-

28 Francisco. *Amoris Laetitia*, 300 y 308, con cita de la Exhortación apostólica *Evangelii gaudium*, 44.

29 Francisco. *Amoris Laetitia*, 312. Benedicto XVI, en una entrevista difundida por la revista “Huellas” (mayo 2016, 40-43), considera “un signo de los tiempos que la idea de la misericordia de Dios sea cada vez más central y dominante”; recuerda su impulso por el Papa Juan Pablo II, antes de afirmar: “Solo donde hay misericordia acaba la crueldad, acaban el mal y la violencia” y añade: “El Papa Francisco se encuentra completamente en sintonía con esta línea”.

30 “Por un lado, el miedo de perder a los justos, los salvados, las ovejas que están ya dentro del redil, a buen recaudo. Por otro, el deseo de salvar a los pecadores, los perdidos, los que están fuera del recinto. La primera es la lógica de los doctores de la Ley, la segunda es la lógica de Dios, que acoge, abraza...”. Francisco. *El Nombre de Dios es misericordia...* (cit. en nota 21), 19, 66 y 78.

31 Francisco. Catequesis del miércoles 20 de abril de 2016.

te gratuitos, los procedimientos para el reconocimiento de los casos de nulidad”. Alude a que los “dos recientes documentos sobre esta materia han llevado a una simplificación de los procedimientos para una eventual declaración de nulidad matrimonial”<sup>32</sup>. A la vez, recuerda la apuesta quizá más audaz reflejada en dichos documentos, al insistir en la descentralización de la decisiva tarea de discernimiento en los casos concretos: “[...] el mismo Obispo en su Iglesia, de la que es constituido pastor y cabeza, es por eso mismo juez entre los fieles que se le han confiado”<sup>33</sup>. Actitud nada novedosa en quien no ha perdido ocasión de afirmar que “no todas las discusiones doctrinales, morales o pastorales deben ser resueltas con intervenciones magisteriales”<sup>34</sup>.

El discernimiento encomendado no deja de revestir complejidad. Arrancando de una cita de san Juan Pablo II, abordará la polémica cuestión de la *gradualidad*. No se trata de “una ‘gradualidad de la ley’, sino de una gradualidad en el ejercicio prudencial de los actos libres en sujetos que no están en condiciones, sea de comprender, de valorar o de practicar plenamente las exigencias objetivas de la ley”<sup>35</sup>. Partiendo de un dictamen teológico sobre la ley natural<sup>36</sup>, apuntará que “a causa de los condicionamientos o factores atenuantes, es posible que, en medio de una situación objetiva de pecado –que no sea subjetivamente culpable o que no lo sea de modo pleno–, se pueda vivir en gracia de Dios”<sup>37</sup>; o lo que es lo mismo: “[...] un juicio negativo sobre una situación objetiva no implica un juicio sobre la imputabilidad o la culpabilidad de la persona involucrada”<sup>38</sup>.

A la vez, no deja de afirmar con nitidez criterios que no cabrá marginar. “Nunca se piense que se pretenden disminuir las exigencias del Evangelio”; el “discernimiento no podrá jamás prescindir de las exigencias de verdad y de caridad del Evangelio propuesto por la Iglesia”, por lo que es preciso “evitar el grave riesgo de mensajes equivocados, como la idea de que algún

32 El motu proprio *Mitis Iudex Dominus Iesus* y el titulado *Mitis et Misericors Iesus*, ambos del 15 de agosto de 2015.

33 Por ello, “la aplicación de estos documentos es una gran responsabilidad para los Ordinarios diocesanos, llamados a juzgar ellos mismos algunas causas y a garantizar, en todos los modos, un acceso más fácil de los fieles a la justicia”. Francisco. *Amoris Laetitia*, 244.

34 Francisco. *Amoris Laetitia*, 3.

35 Francisco. *Amoris Laetitia*, 295.

36 “La Ley Natural no debería ser presentada como un conjunto ya constituido de reglas que se imponen *a priori* al sujeto moral, sino que es más bien una fuente de inspiración objetiva para su proceso, eminentemente personal, de toma de decisión”. Comisión Teológica Internacional (2009). *En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural*, 59.

37 Francisco. *Amoris Laetitia*, 305.

38 Francisco. *Amoris Laetitia*, 302, con cita de una Declaración del Pontificio Consejo sobre los textos legislativos.

sacerdote puede conceder rápidamente excepciones”<sup>39</sup>. “La tibieza, cualquier forma de relativismo, o un excesivo respeto a la hora de proponerlo, serían una falta de fidelidad al Evangelio y también una falta de amor de la Iglesia hacia los mismos jóvenes. Comprender las situaciones excepcionales nunca implica ocultar la luz del ideal más pleno ni proponer menos que lo que Jesús ofrece al ser humano”. En consecuencia, “si alguien ostenta un pecado objetivo como si fuese parte del ideal cristiano, o quiere imponer algo diferente a lo que enseña la Iglesia, no puede pretender dar catequesis o predicar”<sup>40</sup>.

En resumen, al Papa Francisco le preocupa que, por falta de un deliberado esfuerzo integrador, se produzca en la práctica una *excomunión* moral de fieles que se encuentran en situaciones dolorosas, proyectando sobre ellos –al margen del Derecho– una no tipificada condena<sup>41</sup>. “Los pastores, que proponen a los fieles el ideal pleno del Evangelio y la doctrina de la Iglesia, deben ayudarles también a asumir la lógica de la compasión con los frágiles y a evitar persecuciones o juicios demasiado duros o impacientes”<sup>42</sup>.

Las situaciones concretas pueden provocar inevitablemente una cierta tensión prudencial entre la comprensión de sus circunstancias<sup>43</sup> y la indiscutida continuidad de la doctrina de la Iglesia<sup>44</sup>. Ante esta tesitura no faltará una cita a Santo Tomás de Aquino: “En el ámbito de la acción, la verdad o la rectitud práctica no son lo mismo en todas las aplicaciones particulares, sino solamente en los principios generales”; “cuanto más se desciende a lo particular, tanto más aumenta la indeterminación”<sup>45</sup>.

39 Francisco. *Amoris Laetitia*, 301, 300 y 305.

40 Francisco. *Amoris Laetitia*, 307 y 297.

41 “Para la comunidad cristiana, hacerse cargo de ellos no implica un debilitamiento de su fe y de su testimonio acerca de la indisolubilidad matrimonial, es más, en ese cuidado expresa precisamente su caridad”. Francisco. *Amoris Laetitia*, 243.

42 Francisco. *Amoris Laetitia*, 308.

43 Referencias concretas a algunas de esas circunstancias en *Amoris Laetitia*, 298, con un expresivo colofón: “no existen recetas sencillas”.

44 “Si *Amoris Laetitia* hubiera querido cancelar una disciplina tan arraigada y de tanto peso, lo habría expresado con claridad, ofreciendo razones para ello. No hay, sin embargo, ninguna afirmación en este sentido en la exhortación apostólica postsinodal, ni el Papa pone en duda en ningún momento los argumentos presentados por sus predecesores, que no se basan en la culpabilidad subjetiva de estos hermanos nuestros, sino en su modo visible, objetivo de vida, contrario a las palabras de Cristo”. Cardenal Müller, G. ¿Qué podemos esperar de la familia? (cit. en nota 16).

45 Francisco. *Amoris Laetitia*, 304. Sobre el particular algo aporté con motivo del Congreso Internacional “Tomás de Aquino en su VII centenario”. Roma-Napoli, 1974: *Hermenéutica jurídica y ontología en Tomás de Aquino*. Napoli. Edizioni Dominicane Italiane, 1978, vol. 8, 319-327.

Dentro de la querencia maximalista que todo empeño de satisfacer exigencias morales acordes con la dignidad humana lleva consigo, la misericordia cumpliría pues el papel de mínimo ético *sine qua non* y piedra de contraste de cualquier otra aspiración. Especialmente es ello claro para el cristiano, instruido desde su iniciación en recabar el perdón de sus ofensas, proponiendo con audacia como medida el mismo perdón que personalmente practica respecto a las del prójimo. “La misericordia de Dios no es una idea abstracta, sino una realidad concreta con la cual Él revela su amor, que es como el de un padre o una madre que se conmueven en lo más profundo de sus entrañas por el propio hijo. Vale decir que se trata realmente de un amor ‘visceral’. Proviene desde lo más íntimo como un sentimiento profundo, natural, hecho de ternura y compasión, de indulgencia y de perdón”<sup>46</sup>.

En efecto, si algo caracteriza a las referencias del Papa Francisco al problema son sus frecuentes alusiones a la *ternura* como elemento central. “Hoy la revolución es la de la ternura porque de aquí deriva la justicia y todo el resto”, afirma. “La revolución de la ternura es aquella que hoy tenemos que cultivar como fruto de este año de la misericordia: la ternura de Dios hacia cada uno de nosotros”<sup>47</sup>.

Las exigencias jurídicas, no degradadas a mera voluntad del poderoso, constituyen el mínimo ético sin el cual no cabría una convivencia realmente humana; la historia de la inacabada lucha en favor de los Derechos Humanos así lo pone de relieve.

Solo una poco afortunada teoría jurídica llevaría a la conclusión de que el Derecho es un conjunto de normas formalmente positivadas, ignorando la ineliminable dimensión hermenéutica que lleva consigo la captación de su sentido. Lo que llamamos Derecho Objetivo es fruto de un proceso de *positivación* en el que, además del legislador, interviene una notable variedad de operadores jurídicos. Al realizar su tarea, estos habrán de llevar a cabo una *ponderación* entre exigencias jurídicas necesitadas con frecuencia de ajustamiento.

Las exigencias de la justicia –sean las emanadas del respeto a los menores o las derivadas de la institución matrimonial– generan obligaciones morales que no pueden subordinarse a benévolas concesiones sin grave deterioro del bien común.

A su vez, la misericordia, que no puede malentenderse como contrapuesta a la justicia, se erige en el ámbito moral en mínimo ético indispensable.

46 Bula *Misericordiae Vultus*, 6.

47 En la revista “*Crederè*”, la publicación oficial del Año Santo Extraordinario 3-XII-2015. Baste también, como ejemplo, remitirse a los epígrafes 10, 21 y 24 de la Bula antes citada, a los puntos 28, 59, 60, 134, 143, 164 y 310 de la Exhortación Apostólica *Amoris Laetitia*, o a su Catequesis del 11 de mayo de 2016.

ble. Si el Derecho es ininteligible sin su dimensión judicial, también la moral se ve en peligro cuando se trastoca su proyección sobre las conciencias.

El imperativo cristiano “no juzguéis y no seréis juzgados” (*Lucas 6, 37*) es un ingrediente elemental de la misericordia. Confundir la defensa de los principios morales con actitudes inquisitoriales que lleven a una marginación de nuestros iguales, sin las garantías de la justicia, atentaría gravemente contra la caridad.

Es obvia, por lo demás, en la tarea pastoral, la grave responsabilidad que recaería sobre los operadores morales si dieran paso a una contraposición de misericordia y justicia. Sería una culpable ingenuidad imaginar que las normas y los principios morales objetivos no sufrirían deterioro si se los ignorara a la hora de llevar a la práctica el inevitable discernimiento de las exigencias de justicia en las circunstancias concretas de cada caso.

**DERECHO DE OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DEL PERSONAL  
MÉDICO Y ABORTO. ANÁLISIS DE UNA PROPUESTA  
LEGISLATIVA Y DE UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA**

*Right of Conscientious Objection of the Medical Staff and Abortion.  
Analysis of a Legislative Proposal and a Judgment from the  
Constitutional Court of Spain*

Rebeca Karina Aparicio Aldana<sup>1</sup>

Recibido: 14 de marzo de 2017

Aprobado: 14 de abril de 2017

**Resumen:** El presente trabajo tiene como fin el análisis del ejercicio legítimo del derecho a la objeción de conciencia en el personal sanitario cuando se solicita, por la paciente, el aborto voluntario, delimitando sus alcances y contorno jurídicamente protegibles dentro del sistema jurídico español, a partir del análisis de anteproyecto formulado contra la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo<sup>2</sup> y de la Sentencia del Tribunal Constitucional Español, del 25 de septiembre de 2014.

**Palabras claves:** Objeción de conciencia - Aborto - Interrupción voluntaria del embarazo - Registro.

1 Doctora en Derecho (Cum Laude). Máster en Derecho del Trabajo por la Universidad Rey Juan Carlos – España. Licenciada en Derecho - Universidad de Alcalá. Abogada y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura (Perú). Licenciada en Educación con especialidad en Filosofía, Religión y Ciencias Sociales. Máster en Teoría y Práctica Educativa y Grado en Filosofía por la Universidad de Piura. Profesora de Derecho del Trabajo en la Universidad Internacional de la Rioja (España).

2 El artículo usa la expresión “interrupción voluntaria del embarazo” en virtud de ser la fórmula adoptada por la Ley Orgánica N° 2/2010, el anteproyecto de modificación de la norma antes mencionada y la Ley Foral N° 16/2010 que fue objeto de revisión por la STC materia de análisis, pero se considera que esta expresión conduce a consolidar una terminología que se utiliza deliberadamente para esconder la gravedad del acto del aborto.

**Abstract:** The purpose of the present work is to analyze the legitimate exercise of the right to conscientious objection in the personal sanitary, when the patient requests the voluntary interruption of pregnancy, delimiting its scope and legally protectable outline within the Spanish legal system, from the Analysis of the preliminary draft formulated to reform the Organic Law N° 2/2010, of March 3, on sexual and reproductive health and the interruption of pregnancy and the Judgment of the Spanish Constitutional Court, dated September 25, 2014.

**Keywords:** Conscientious objection - Abortion - Voluntary termination of pregnancy - Registration.

Para citar este texto:

Aparicio Aldana, R. K. (2017), “Derecho de objeción de conciencia del personal médico y aborto. Análisis de una propuesta legislativa y de una sentencia del Tribunal Constitucional de España”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 331-346.

## 1. Derecho a la libertad de conciencia

El derecho a la objeción de conciencia consiste básicamente en el comportamiento de acuerdo con las propios imperativos morales que surge del sistema de convicciones ideológico o religioso al que adhiere una persona y que, en una determinada situación, le exigen omitir el cumplimiento de un deber jurídico<sup>3</sup>, pues para el sujeto tales dictámenes de conciencia tienen el rango de suprema instancia normativa<sup>4</sup> y, por lo tanto, el cumplimiento de tal deber jurídico afectaría de manera sustancial la propia personalidad del sujeto al estar en juego bienes de importancia que plantean, para él, directamente, un problema moral<sup>5</sup>.

Así, el derecho a la objeción de conciencia es un derecho que se ejerce siempre de forma individual, al ser un dictamen personal de moralidad el que le impele a un sujeto a resistirse a un deber jurídico y, en estricto sentido, no tiene mayor pretensión que la del respeto, por parte de los particu-

3 Escobar, G. (1993). *La objeción de conciencia en la Constitución española*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 268.

4 Martínez, J. (1989). “La objeción de conciencia en el Derecho Internacional”. En *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, N° 2, 150.

5 Vid. Palomino, R. (1994). *Las objeciones de conciencia. Conflictos entre conciencia y ley en el Derecho norteamericano*. Madrid. Montecorvo, 20.

lares y de los poderes públicos, del incumplimiento de tal deber como medio de resolución de un problema personal<sup>6</sup>.

Ahora, al tratarse la objeción de conciencia de un incumplimiento de un deber jurídico, este derecho no estaría destinado a proteger un código de moralidad particular que un determinado sujeto se haya podido inventar, pues ello conduciría a la anarquía, sino que, teniendo en cuenta la esencial dimensión social del desarrollo y práctica de toda ideología y religión, ha de fundarse en razones ideológicas o religiosas sostenidas por un grupo identificable de individuos.

Con ello no se quiere decir que el sujeto necesariamente deba encontrarse afiliado formalmente a un determinado círculo de pensamiento o confesión religiosa, sino que sus convicciones morales puedan desprenderse de esquemas previos reconducibles a un sistema de pensamiento o religión mantenido por un grupo de individuos que conforman una religión o defienden una ideología<sup>7</sup>. Ello con el fin de garantizar unas mínimas notas de racionalidad, al ser susceptible la objeción de conciencia, de generalización<sup>8</sup>, lo que justificaría el respeto al objetor por parte de los poderes públicos y privados, pues al ser pasible de generalización su exclusión al cumplimiento del deber jurídico, ello deja entrever la existencia de reales discrepancias sociales de conciencia y no discrepancias más o menos serias de un sujeto, irrelevantes para el Derecho<sup>9</sup>.

## **2. Derecho de objeción de conciencia, aborto voluntario y personal sanitario**

En las relaciones laborales debe tenerse en cuenta que el trabajador no pierde, en virtud del contrato de trabajo, su capacidad de autodeterminación y, por ende, no renuncia a sus convicciones personales y a sus exigencias éticas<sup>10</sup>.

De ahí que es posible que ciertos mandatos imperativos resulten incompatibles con la conciencia del trabajador en el ejercicio de su prestación laboral, resultando necesario determinar las condiciones en las cuales podrá hacer uso de su derecho a la objeción de conciencia.

6 Vid. Palomino, R. (2009). "Objeción de Conciencia y Religión". En *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, N° 10, 440.

7 Vid. Escobar, G. (1993). *La objeción de conciencia...* Ob. cit., 193.

8 Martínez Pujalte, A. L. y De Domingo, T. (2011). *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*. Granada. Comares, 216.

9 Vid. Escobar, G. (1993). *La objeción de conciencia...* Ob. cit., 185-193.

10 Rodríguez-Piñero, M. (2004). "Libertad ideológica, contrato de trabajo y objeción de conciencia". En *Persona y Derecho*, N° 50, 372.

Una situación particular se produce con el personal médico y de enfermería de las clínicas y centros hospitalarios. El derecho a la objeción de conciencia, como todo derecho fundamental, no queda extramuros de la relación laboral y, por tanto, este tipo de personal podrá ejercer este derecho cuando los dictámenes personales de su conciencia le señalen que determinada práctica terapéutica, a realizar o por realizarse, es inmoral.

Ahora, dada la urgencia de sus actividades, las potenciales y probables objeciones de conciencia por parte de este personal deben ser comunicadas, oportunamente, a sus empleadores para que estos tomen las medidas del caso, con el fin de evitar que se produzcan daños a los pacientes o a las personas que requieran servicios médicos.

Además, cabe destacar la diferencia que existe entre la objeción de conciencia, propiamente dicha, y la objeción de ciencia. La objeción de ciencia apela a razones de tipo profesional, a argumentos científicos o clínicos, bien para mantener una opinión discrepante de otros colegas o instancias; bien para rechazar imposiciones legales o mandatos de autoridad porque considera que en virtud de lo que sabe y conoce, aquello que se le solicita realizar es inmoral<sup>11</sup>, configurando una objeción de conciencia basada en el sistema de conocimientos o ideas del médico.

La objeción de conciencia, en sentido estricto, entonces, quedaría reservada a aquella producida en razón del sistema de creencias o convicciones religiosas del personal médico.

El reconocimiento de la objeción de ciencia, además de la de conciencia en sentido estricto, amplía la libertad profesional de este personal y, sobre todo, permite una comprensión clara de que las objeciones morales que pueden ejercer los trabajadores pueden basarse tanto en razones religiosas como ideológicas.

Obviamente, reiteramos, resultaría imposible analizar todos y cada uno de los supuestos de objeción de conciencia referidos al personal sanitario, por ello trataremos un supuesto específico: el de aborto voluntario.

Históricamente, el Derecho ha amparado a las profesiones sanitarias, en tanto su fin deontológico profesional reconocido ha sido siempre la defensa de la vida y la promoción de la salud.

Por ello, imponer una obligación general de participación en la práctica del aborto, ya sea legalmente, o en virtud del contrato laboral, en caso de médicos o personal sanitario sometidos a una relación laboral privada o del régimen funcional, si desempeñan sus funciones dentro de la Administración pública, “puede calificarse, en principio, como un atentado al sentido último de

11 *Vid.* Díez, J. A. (2012). “El nuevo Código de Ética Médica: la supervivencia de la Deontología en el marco legislativo actual”. En *Diario La Ley*, Tomo V, N° 7975, 1003.

su profesión e incluso a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad, al tratarse de profesionales que por su peculiar vocación están comprometidos humana y profesionalmente con la defensa de la vida humana”<sup>12</sup>.

De ahí que el fundamento radical del profesional sanitario al negarse a realizar un aborto se base en una cuestión meramente objetiva, el reconocimiento científico de que la vida empieza con la concepción y que, por lo tanto, “la muerte de una vida humana no entra dentro de la praxis específicamente médica, es decir, terapéutica de su profesión”<sup>13</sup>.

### 3. Análisis del anteproyecto legislativo de 2013

Una reciente propuesta de modificación a la Ley Orgánica Nº 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción del embarazo<sup>14</sup>, solucionaba muchos de los problemas de los que adolecía la norma originaria y aún vigente, con respecto a este tema, y respondía a las inquietudes de ciertos sectores del personal médico<sup>15</sup> y a los pronunciamientos que al respecto había emitido la doctrina jurisprudencial<sup>16</sup> y constitucional.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 53/1985, del 11 de abril, reconoce explícitamente, pese a no estar regulado en el texto constitucional, el derecho, la objeción de conciencia frente a la realización de estas prácticas abortivas, porque dimana o se deduce directamente del artículo 16 de la Constitución española<sup>17</sup>.

12 Aparisi, A. y López, J. (2006). “El derecho a la objeción de conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico jurídica a su reconocimiento legal”. En *Persona y Bioética*, Nº 1, 42.

13 Navarro, R. “La objeción de conciencia en el aborto. Nuevos datos”. En Guitarte, V. y Escrivá, J. (1993). *La objeción de conciencia. Actas del VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*. Valencia. Generalitat Valenciana y Consejo General del Poder Judicial, 109.

14 Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de la vida del concebido y de los derechos de la mujer embarazada presentado por el Ministerio de Justicia, 2013. Este anteproyecto no llegó siquiera a ser presentado ante el Congreso de los Diputados.

15 Vid. *Diario La Razón*, “Médicos y enfermeras contra el aborto: El feto también es nuestro paciente”, 2 de marzo de 2014. En [http://www.larazon.es/detalle\\_movil/noticias/5725470/sociedad/medicos-y-enfermeros-contra-el-aborto-el-feto-tambien-es-nuestro-paciente#\\_UxQ\\_co2YaP9](http://www.larazon.es/detalle_movil/noticias/5725470/sociedad/medicos-y-enfermeros-contra-el-aborto-el-feto-tambien-es-nuestro-paciente#_UxQ_co2YaP9), última revisión el 28 de mayo de 2014.

16 STSJ Baleares, del 13 de febrero de 1998, fundamento jurídico 3 (AS 1998\393); y Sentencia de Audiencia Territorial de Oviedo de la Sala Contencioso Administrativa, del 29 de junio de 1988. En *Actualidad Penal*, Nº 46, de 12 de diciembre de 1988, 2360 y sigs.

17 STC 53/1985, del 11 de abril (RTC 1985\53). Posición parcialmente en contrario: SSTC 160 y 161/1987, ambas del 12 de noviembre (RTC 1987\160 y 161) y 321/1994, del 28 de noviembre (RTC 1994\321). Vid. Gascón, M. y Prieto, L. (1988-1989). “Los derechos fundamentales, la objeción de conciencia y el Tribunal Constitucional”. En *Anuario de Derechos Humanos*, Nº 5, 97-120 y vid. Domingo, M. (2010), “La objeción de conciencia al aborto. Evolución

Además, es importante recordar que, en este caso específico, no se puede hablar de un “derecho fundamental a abortar”, que el objetor transgreda de manera flagrante<sup>18</sup>, pues, en realidad, el hecho de que se permita a una mujer interrumpir su embarazo sólo constituye una conducta tolerada por el Estado, que implica que en determinadas circunstancias no conllevará una sanción penal y, de ahí, la necesidad de que únicamente sea permitida en situaciones muy graves. Por ello, la decisión del objetor de no participar en actividades que colaboren a su ejercicio es un obstruccionismo que no implica desobediencia constitucional alguna<sup>19</sup>.

Uno de los principales problemas, sin lugar a dudas, es que la Ley Orgánica N° 2/2010 ha restringido el derecho a la objeción de conciencia únicamente a aquel personal sanitario que practicara o estuviera directamente implicado en el aborto voluntario<sup>20</sup> —entiéndase los especialistas en ginecología, obstetricia, anestesiólogos, el personal de enfermería, auxiliares de clínica y personal de reanimación<sup>21</sup>—, quedando fuera del ejercicio de este derecho aquellos que llevaran a cabo actos clínicos, indirectos, en la práctica del aborto, sea cual fuera su naturaleza.

Por ejemplo, quedan legalmente excluidos, de acuerdo a la norma vigente, el médico, generalmente genetista, que tiene que expedir el dictamen o los dictámenes preceptivos requeridos para la práctica despenalizada del aborto, en caso de que este sea terapéutico, o de aquellos profesionales sanitarios que de algún modo colaboraban con la elaboración del mismo, como los ecografistas<sup>22</sup>; cuando es evidente que, dada la trascendencia del examen que permite la obtención de una autorización para abortar, haciendo de este un medio que permite directamente su ejecución, los profesionales médicos

jurisprudencial”. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 23, 1-28.

18 Vid. Gómez, Y. (1996). “Reflexiones jurídico constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”. En *Revista de Derecho Político*, N° 42, 68-69.

19 Como sucedía en el caso de la objeción de conciencia al servicio militar. Al respecto: vid. Martínez, L. G. (1998). “La objeción de conciencia en materia de aborto”. En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, N° 10, BIB 1998\351. Posición contraria: vid. Beltrán, J. L. (2013). “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario: últimas aportaciones judiciales”. En *Revista Aranzadi Doctrinal*, N° 11, BIB 2013\459.

20 Art. 19.2 de la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo.

21 Vid. Romeo, C. M. “Objeción de conciencia y aborto. Propuestas”. En AA. VV. (1997). *Estudios Jurídicos en memoria del Prof. Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*. Vol. II, Universidad de Valencia, 741 y Martín, I. “La objeción de conciencia”. En Martín, I. (Coord.) (1997). *Curso de Derecho Eclesiástico del Estado*. Valencia. Tirant lo Blanch, 174.

22 Crítica a esta cuestión: vid. González Varas, A. (2010). “Aspectos ético jurídicos de la regulación del aborto en España”. Estudio realizado a partir de la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. En *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 23, 23.

deberían tener derecho a objetar el tomar parte de su elaboración al contra-decir, la misma, los dictámenes de su conciencia<sup>23</sup>.

Con la propuesta de modificación, que no llegó siquiera a remitirse al Congreso de los Diputados<sup>24</sup>, quedaba claro que cualquiera de los profesionales sanitarios podrían ejercer el derecho a la objeción de conciencia en los supuestos de aborto voluntario, sin que, en ningún caso, puedan admitirse modulaciones del mismo, cualesquiera que sean los centros o establecimientos sanitarios en los que esos profesionales presten sus servicios. Asimismo, el empleador no podía dejar de contratar o promover el ascenso de un profesional por sus objeciones a la intervención en abortos en la empresa sanitaria, excepto cuando lo solicitara, específicamente, un trabajador que lleve a cabo estas prácticas<sup>25</sup>.

Así, por cuenta propia o ajena, el personal sanitario tendría el derecho a ejercer la objeción de conciencia para inhibirse de cualquier participación o colaboración en el aborto voluntario en los supuestos despenalizados en el Código Penal.

La modificación, entonces, aclaraba que el rechazo o la negativa a participar o colaborar en el aborto voluntario es una decisión individual del profesional sanitario, cualquiera que este fuese.

Además, el anteproyecto especificaba la obligación genérica contenida en la norma legal vigente, referida a que el personal médico que quisiera ejercer su derecho a objetar en conciencia debe manifestarse anticipadamente y por escrito, siendo ello una condición necesaria<sup>26</sup> o “carga”<sup>27</sup> que deberá aceptar quien desea ejercer este derecho fundamental (art. 19 de la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo).

23 Vid. Méjica, J. M. y Fernández, R. (1999). “Sobre la objeción de conciencia en materia de aborto. (A propósito de su participación en los dictámenes legales al efecto)”. En *Diario La Ley*, N° 4773, Tomo II, 1910 y sobre la necesidad que existía de ampliación de los profesionales sanitarios como objetores de conciencia: vid. Cebriá, M. (2011). “Objeciones de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España”. En *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, N° 27, 35.

24 El Gobierno aprobó el anteproyecto, solicitó los informes preceptivos a los órganos consultivos, y cuando tras esos informes tenía que aprobar el proyecto de ley para remitirlo al Parlamento no lo hizo. Al respecto: vid. *20 Minutos*, del 29 de septiembre de 2014. En <http://www.20minutos.es/noticia/2245742/0/mariano-rajoy/anuncia-retirada/ley-aborto/>, última revisión el 20 de febrero de 2015.

25 Aparisi, A. y López, J. (2006). “El derecho a la objeción...”. En ob. cit., 49.

26 Aliste, T. J. (2011). “Tutela judicial de la libertad de conciencia de los profesionales sanitarios ante la cuestión del aborto y su actual regulación en el Derecho español”. En *Diario La Ley*, N° 7594, La Ley 1850/2011.

27 Díez Picazo, L. M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid. Thomson – Civitas, 225.

Así, el anteproyecto preveía el deber del personal sanitario de comunicar al Director del centro, por escrito, su decisión de ejercer su derecho de objeción de conciencia, dentro de la semana siguiente a comenzar la prestación de su servicio en un centro o establecimiento, público o privado, acreditado para la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo. Dicha información, al constituir un dato personal, en ningún caso podía ser objeto de tratamiento, registro o publicación y estaría protegida con las garantías previstas en la Ley Orgánica N° 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

Desde ese momento, según el anteproyecto, el trabajador podía abstenerse de realizar cualquier participación o colaboración en la interrupción voluntaria del embarazo. Cabe aclarar que, en nuestra opinión, ello incluiría también cualquier actividad informativa como la del médico de atención primaria que, en algunas comunidades autónomas, como Andalucía o Extremadura, es el obligado a entregar a la mujer gestante los sobres informativos sobre la práctica abortiva<sup>28</sup>.

No obstante, es importante señalar que el personal médico, de acuerdo al anteproyecto, podía modificar su decisión en cualquier momento, poniéndolo en conocimiento del Director del centro, de forma inmediata o antes de iniciarse la prestación.

Además, en cualquier caso, sin perjuicio de lo anterior, los profesionales sanitarios que de acuerdo al anteproyecto hubieran ejercido el derecho a objetar en conciencia dispensarían, según esta normativa, tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisaran antes y después de haberse sometido a una intervención de aborto voluntario.

Por lo demás, ni la norma actualmente vigente, ni ninguna propuesta posterior se han pronunciado respecto al carácter de la intervención de determinados profesionales, como el trabajador social o psicólogo, que, en sentido estricto, no pueden ser calificados como personal sanitario del centro de salud, pero cuya colaboración, como personal no sanitario, en ocasiones, significa emitir un informe que puede resultar decisivo para que el aborto voluntario se practique. Por ello, puede que se encuentren legitimados a ejercer su derecho a la objeción de conciencia.

Tampoco se ha previsto, en la norma vigente, el caso de objeción de conciencia sobrevenida, es decir, el supuesto en que el facultativo firmase un contrato o aceptase la relación funcionarial asumiendo la obligación hi-

<sup>28</sup> El Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha, en auto del 29 de noviembre de 2010, afirma: “[...] no es tan evidente [...] que el trámite de información que [...] constituye un presupuesto legal para la posibilidad de practicar el aborto, no sea una intervención directa en el mismo”. Posición en contrario: STSJ Madrid, del 6 de julio de 2012, fundamento jurídico 4 (RJCA 2012\599).

potética de practicar abortos legales o que no hubiera manifestado su negativa a practicar abortos anticipadamente y por escrito, tal y como exige la ley, pero que, sin embargo, en el momento de realizar una práctica abortiva en concreto se vea imposibilitado de llevarla a cabo por sus dictámenes morales. En realidad, este sería un caso de objeción de conciencia en estado puro, pues, como ya dijimos, tal derecho se ejerce frente a una situación específica ante la necesidad de incumplir, por razones morales o éticas, un deber jurídico.

El supuesto contemplado en la Ley Orgánica N° 2/2010, en realidad, tiene una finalidad previsor de aquel que, conocedor de su sistema de ideas y creencias, puede prever que, frente a la exigencia de una práctica abortiva, su decisión será de no realizar tal actividad contraria a sus ideas o sus convicciones religiosas; pero el caso concreto no se ha producido, por ello, en realidad, no podría calificarse, en sentido estricto, como ejercicio del derecho la objeción de conciencia, sino la libertad de conciencia, que es consecencial del derecho a la libertad ideológica y religiosa.

Dicho esto, entonces, la decisión sobrevenida de algún personal sanitario de no practicar un aborto constituiría ejercicio legítimo del derecho a la objeción de conciencia<sup>29</sup> y, en consecuencia, su decisión debe prevalecer al gozar de protección constitucional<sup>30</sup>.

Obviamente, el centro médico podrá trasladar al personal objetor de prácticas abortivas, a servicios no relacionados con ellas por razones de organización, sin que ello constituya una discriminación, siempre y cuando se mantenga la categoría profesional y el sueldo<sup>31</sup>.

Ahora, cabe aclarar que este derecho fundamental a la objeción de conciencia, como todo derecho fundamental, no es ilimitado y puede que resulte necesaria la intervención del personal médico en esta práctica, en casos de verdadera urgencia, para salvar la vida de la madre, por ejemplo, o por complicaciones sobrevenidas al momento de realizarse el aborto voluntario, en donde las calidades profesionales del médico objetor resulten indispensables o porque la mujer tuvo intención de practicarse por sí sola o con ayuda de algún empírico el aborto y ello trajo consecuencias nefastas para su salud.

En ambos casos, sin embargo, lo más probable es que ya se haya producido la pérdida del embrión por nacer, por ello, en realidad, se requeriría la presencia del médico objetor, sin la existencia de la razón que provocaba la negativa a participar en el aborto voluntario, por lo que su participación constituirá, simplemente, el cumplimiento de sus deberes como profesional

29 En el mismo sentido: art. 12.3 del Código de Deontología Médica, de julio de 2011.

30 Navarro, R. (1993). "La objeción de conciencia...". En ob. cit., 99.

31 Vid. STS, del 20 de enero de 1987, fundamento jurídico 4 (RJ 1987\18).

de la salud y, por esta razón, de no hacerlo y fallecer la madre podría ser sancionado penalmente por la comisión de delito de homicidio por omisión<sup>32</sup>.

#### 4. Análisis de la STC 151/2014, del 25 de septiembre

Por último, es importante no pasar por alto el pronunciamiento del Tribunal Constitucional respecto al derecho de objeción de conciencia contenido en la sentencia del 25 de septiembre de 2014<sup>33</sup>. Se trata de un recurso de inconstitucionalidad promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra la Ley Foral de Navarra N° 16/2010, del 8 de noviembre, por la que se crea el Registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo, al que según esta norma pueden acceder, en el ámbito de su competencia, las personas titulares de la Dirección del Centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería de los hospitales del Servicio Navarro de Salud. Asimismo, podrán acceder aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, en ejercicio legítimo de sus funciones y, por otra parte, el propio interesado o su representante; al considerar que esta normativa vulnera, entre otros derechos y para lo que aquí interesa, el derecho a la libertad ideológica y a la intimidad de los profesionales de la salud que pretendan ejercer el derecho a la objeción de conciencia en la comunidad autónoma de Navarra.

El Tribunal resuelve señalando que no resulta inconstitucional que una ley autonómica disponga la creación de un Registro, incluso aunque este se vinculara al ejercicio de un derecho fundamental, siempre y cuando las disposiciones dirigidas al establecimiento y regulación del mismo no sobrepasen las competencias autonómicas y no afecten el contenido esencial del derecho en cuestión.

Ahora, continúa el Tribunal, si bien es cierto que la norma nacional<sup>34</sup> no dispone expresamente la creación de Registros de profesionales sanitarios objetores de conciencia a la realización del aborto voluntario, sí exige que la declaración del objetor se haga por antelación y por escrito, es decir, en un documento que, dado su contenido de carácter personal, constituye *per se* un fichero de datos susceptible de tratamiento a los efectos previs-

32 Posición similar: *vid.* Ortega, D. (1999). “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”. En *Revista de Derecho Político*, N° 45, 129.

33 STC 151/2014, del 25 septiembre (RTC 2014 \ 151).

34 Art. 19.2 de la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

tos en disposiciones legales al respecto<sup>35</sup>, constituyendo su existencia una opción legislativa válida<sup>36</sup>, pues sería prueba de que el objetor ha realizado la declaración cumpliendo los requisitos legalmente previstos y, además, ayuda a garantizar la seguridad y confidencialidad de unos datos a los que necesariamente deben tener acceso los responsables pertinentes del Servicio Público de Salud.

En relación al acceso, en el ámbito de sus competencias, de las personas titulares de la Dirección del Centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería de los hospitales del Servicio Navarro de Salud y de aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, en ejercicio legítimo de sus funciones y, por otra parte, el propio interesado o su representante en lo que se refiere a sus propios datos, los recurrentes afirman que este precepto prevé una legitimación muy amplia para acceder a la información contenida en el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, siendo posible que personas inconcretas puedan acceder a él con el único requisito de que tal acceso sea autorizado por el personal titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, lo que vulneraría el artículo 18.1 de la Constitución española.

El Tribunal, a este respecto, afirma que, si bien es cierto, el derecho a la objeción de conciencia no se ejerce en el estricto ámbito de la esfera íntima del sujeto, pues implica la exención de un deber jurídico y, por tanto, debe ser manifestada la voluntad de no cumplir con el mismo por motivos de conciencia, los datos recogidos en el Registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo que crea la Ley Foral N° 16/2010 están protegidos por el artículo 18.4 de la Constitución española, que consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona, y que otorga a su titular, entre otras facultades, la de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo.

De acuerdo con lo expuesto, resulta razonable que la Ley Foral prevea que pueden acceder al Registro las personas titulares de la Dirección del Centro, de las direcciones médicas y de las direcciones de enfermería

35 Art. 3° b) de la Ley Orgánica N° 15/1999, del 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

36 Art. 53 de la Ley Orgánica N° 13/1982, del 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, que otorga a la Comunidad Foral de Navarra, en materia de sanidad, el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado, así como la competencia para organizar y administrar todos los servicios sanitarios en su territorio, por lo que no puede afirmarse que la Ley Foral contradiga o vaya más allá de lo permitido por el art. 19.2, Ley Orgánica N° 2/2010, por la creación de un Registro de profesionales en relación con la interrupción voluntaria del embarazo.

de los hospitales del Servicio Navarro de Salud, pues es a ellas a quienes corresponde velar por la debida organización y gestión de la prestación sanitaria que debe resultar garantizada y que da sentido al Registro, quedando dicho acceso perfectamente especificado y acotado en el artículo 5º de la ley impugnada.

Sin embargo, continúa el Tribunal, no podemos afirmar lo mismo respecto de la previsión según la cual también pueden acceder a los datos del Registro aquellas personas que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, en ejercicio legítimo de sus funciones, pues tal previsión faculta un nuevo acceso, posesión y uso de los datos personales que contiene el Registro en unos términos tan abiertos e indeterminados que supone un límite injustificado en el contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal y, ello, con independencia de que las personas que accedan a los datos recogidos en el Registro estén obligadas al secreto profesional previsto en el artículo 10 de la citada Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y del uso indebido de la facultad de acceso que pueda acarrear la correspondiente responsabilidad administrativa, conforme a lo dispuesto en esta norma.

En conclusión, el Tribunal declara, por estas razones, únicamente, la inconstitucionalidad del inciso del artículo 5º de la Ley Foral de Navarra Nº 16/2010, en el que se prevé que pueden acceder a los datos del Registro aquellas personas “que autorice expresamente la persona titular de la Gerencia del Servicio Navarro de Salud, en ejercicio legítimo de sus funciones”.

Cabe señalar que esta sentencia cuenta con un voto particular formulado por el Magistrado Andrés Ollero Tassara quien, aunque manifiesta su conformidad con respecto a la inconstitucionalidad del artículo 5º de la Ley Foral que la sentencia dictamina, discrepa en torno a lo resuelto sobre la constitucionalidad de la existencia misma del Registro.

Para Ollero, la existencia del Registro supone un desincentivo al ejercicio legítimo del derecho fundamental a la objeción de conciencia, pues este derecho está siendo objeto de otros límites que no resultan en absolutos necesarios para el ejercicio pleno del derecho. Así, dado que la existencia de un Registro no está prevista en la Ley Orgánica Nº 2/2010, no resulta en absoluto imprescindible para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia generando, por el contrario, un efecto desalentador o disuasorio del ejercicio de este derecho constitucional al originar, en los profesionales sanitarios, un fundado temor a que de ello derive un riesgo de discriminación que afecte su carrera profesional. La existencia del Registro no resulta pertinente a efectos del cumplimiento por parte del Estado o de la Comunidad Autóno-

ma de Navarra, en este caso, de garantizar el efectivo y real ejercicio de los derechos fundamentales.

Además, este magistrado destaca algunas cuestiones específicas que no habrían sido tenidas en cuenta en la sentencia mayoritaria y que resultan de suma importancia. Así, por ejemplo, en el formulario que los profesionales sanitarios tienen que cumplimentar para ser registrados aparece, además de los datos personales, su función y otros aspectos, un apartado con la rúbrica de “Creencias”. Obviamente solicitar esta información a la persona del trabajador resulta a todas luces intrascendente para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, y, por lo tanto, como señala Ollero, constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la libertad ideológica o religiosa. Además, tal dato puede generar fácilmente un trato discriminatorio que se encuentra expresamente vedado en el artículo 14 de la Constitución española.

Igualmente se vulneraría el derecho a la protección de datos del profesional sanitario porque el trabajador se vería obligado a brindar esa información para rellenar completamente el formulario y, en consecuencia, no existiría efectivo consentimiento del afectado al ofrecer tales datos para su tratamiento o filtro en un fichero organizado de datos.

Por todo ello, el Magistrado concluye que la creación del Registro de profesionales sanitarios en relación con el aborto voluntario en Navarra no supera el juicio de proporcionalidad constitucionalmente exigible sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida. Así, afirma que la creación de un Registro no es necesaria para garantizar a las usuarias del Sistema Navarro de Salud la prestación sanitaria de aborto voluntario, que parece ser la finalidad pretendida por el legislador navarro. Ese objetivo puede ser cumplido con igual eficacia sin necesidad de crear un Registro; así lo prueba el hecho mismo de que no haya sido creado en otras Comunidades Autónomas con un sistema sanitario más complejo, o la propia inoperancia del Registro Navarro. El resultado producido por una medida tal implica un sacrificio injustificado del derecho fundamental a la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios del Sistema Público de Salud Navarro, dado el efecto desalentador del ejercicio del derecho, ante el explicable temor de los profesionales a sufrir represalias y perjuicios en sus legítimas expectativas profesionales.

Así, nos encontramos frente a un caso en que los hechos relatados en la sentencia mayoritaria y los expuestos en el voto particular parecen disentir considerablemente.

En la sentencia mayoritaria, por ejemplo, no se hace mención al requerimiento que contiene el formulario a cumplimentar para su inscripción

en el Registro, que obliga a los profesionales sanitarios a manifestar sus creencias religiosas. Así, como hemos expresado, el derecho a la objeción de conciencia faculta a todo aquel que, en virtud de sus exigencias morales, considere que determinado mandato jurídico es contrario a los preceptos ideológicos o religiosos que guían su actuar, a negarse a ejecutar o cumplir el mismo, siempre que tales exigencias de actuar moral puedan ajustarse a esquemas previos reconducibles a determinada ideología o religión mantenida por grupos identificables de individuos<sup>37</sup>.

Ahora, ello no quiere decir que el objetor de conciencia, cuando ejercite este derecho, se encuentre obligado a revelar la específica religión o creencia que profesa y menos a que se le conmine a que tal dato aparezca en un registro público, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la libertad religiosa, en específico, el artículo 16.2 de la Constitución española.

Esto es así porque, aunque el derecho a la objeción de conciencia supone la concreción de preceptos morales que emanan de un determinado sistema de ideas y creencias que se manifiesta en la negativa de acatar determinados mandatos jurídicos, el ejercicio de tal derecho no puede suponer el desincentivo o la vulneración de otro derecho fundamental: el derecho a la libertad religiosa. Por ello, los fundamentos que el objetor pueda exponer para su negativa a acatar determinado mandato no implican necesariamente una estricta especificación de las razones religiosas o ideológicas que le llevan a tomar tal decisión, basta que el objetor cumpla con motivar de manera genérica, surgiendo la titularidad para el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia si esta explicación puede encuadrarse en algún sistema ideológico o religioso reconocido.

De ahí que resulte del todo impertinente para el efectivo ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, sobre todo en este caso, preguntar sobre las específicas creencias religiosas al personal sanitario, pues es por todos conocido que la objeción a participar en prácticas abortivas por parte de este personal se asienta en reales conflictos de conciencia, ya sea ideológicos, por considerar que científicamente el concebido es persona, o por razones religiosas, siendo este uno de los principales postulados, no sólo de la religión católica, sino de muchas otras religiones, como la judía, la musulmana, los testigos de Jehová, entre otras, obviamente, cada una con sus peculiaridades.

La consulta, entonces, sobre las específicas creencias religiosas del personal sanitario para el ejercicio de su derecho a la objeción de conciencia frente al aborto resulta, como señala Ollero, del todo intrascendente y vulneradora del derecho a la libertad religiosa, siendo además pasible de servir

37 Vid. Escobar, G. (1993). *La objeción de conciencia...* Ob. cit., 190.

para la lesión de otros derechos fundamentales, como el derecho a la no discriminación por razón de religión o creencia.

Ahora, más allá de la pregunta sobre las creencias religiosas en el formulario para la inscripción en el Registro, queda por resolver si la existencia del mismo vulnera o no el derecho a la objeción de conciencia.

Al respecto, el artículo 19.2 de la Ley Orgánica N° 2/2010, del 3 de marzo, señala claramente que la decisión de los profesionales sanitarios de ejercer su derecho a la objeción de conciencia frente a la interrupción voluntaria del embarazo es siempre individual y debe manifestarse anticipadamente y por escrito.

Una interpretación extensiva de este artículo permitiría entender que es posible que cada comunidad autónoma regule como mejor le parezca la forma en que los profesionales de la salud deban cumplimentar la manifestación individual, anticipada y por escrito del ejercicio de su derecho a objetar en conciencia y, por ende, como resuelve la sentencia mayoritaria, no existiría inconveniente para que tal formalidad se cumpla, a través de la existencia de un Registro donde quede constancia de la posibilidad de que los profesionales sanitarios, en él inscritos, ejerzan su derecho a la objeción de conciencia.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que al tratarse de un derecho fundamental la discrecionalidad de la administración respecto a su decisión de cómo debe facilitar o promover el desarrollo real y efectivo del derecho queda delimitada por los medios menos lesivos y desincentivadores de su ejercicio.

Así, dicha facultad de la administración no sólo debe ser desarrollada atendiendo a la dimensión subjetiva del ejercicio del derecho a la objeción de conciencia –que permite a la Administración pública, de acuerdo a la ley, decidir libremente sobre la forma en que tal manifestación individual, anticipada y por escrito se produzca–, sino que también debe tener en cuenta que las formalidades a regular deben, en virtud de la dimensión institucional del derecho a la objeción de conciencia, evitar desalentar su ejercicio legítimo.

De ahí que el hecho de que la información sobre el posible ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, a través de un Registro con posibilidad de que el contenido de lo inscripto sea conocido por terceros, es decir, personas ajenas al propio y directo empleador (en este caso, la Dirección del centro de salud en donde desempeña funciones el personal sanitario objetor), puede desincentivar el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia, pues, obviamente, el conocimiento de tal opción por otros –más aún cuando se trata de las Direcciones médicas y de enfermería de los hospitales de la comunidad foral–, puede producir en el titular del derecho a la objeción de conciencia un razonable temor de que esa información será utilizada para

discriminarle respecto a decisiones profesionales futuras, ya sean propias o de la administración de salud.

Por ello, aun cuando, desde una dimensión subjetiva, la ley permite a la administración habilitar un registro de objetores de conciencia, tal decisión, desde una dimensión institucional, resultaría arbitraria, al ser evidentemente desincentivadora de este derecho, debiendo utilizar, como por cierto lo han hecho otras comunidades autónomas, otros medios menos lesivos para su ejercicio.

**UN CONTRATO INTERNACIONAL DE MATERNIDAD  
SUBROGADA. LA DECISIÓN DE LA GRAN SALA DEL  
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS  
EN “PARADISO Y CAMPANELLI”<sup>1</sup>**

*A Cross-border Surrogacy Arrangement: The Ruling Adopted by the Grand  
Chamber of the European Court of Human Rights  
in “Paradiso & Campanelli”*

Julietta Monteroni<sup>2</sup>

Recibido: 20 de marzo de 2017  
Aprobado: 25 de marzo de 2017

**Resumen:** En este trabajo se comenta la sentencia “Paradiso & Campanelli c/ Italia”, de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal se expide respecto de un contrato internacional de maternidad subrogada, que se enmarca en el llamado “turismo reproductivo”. El fallo destaca varios temas: el poder de los Estados para reconocer o desconocer efectos jurídicos a los contratos de maternidad subrogada, la situación de ilegalidad que puede ser creada por quienes suscriben estos contratos y el papel de los Estados frente a estas circunstancias, la existencia o inexistencia de una vida familiar y la convivencia entre los intereses privados y el orden público. Se hace una síntesis del caso, con los principales argumentos esgrimidos por la Gran Sala del Tribunal para resolver y se resalta la importancia de este precedente.

**Palabras claves:** Maternidad subrogada - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Bioética.

**Abstract:** This paper comments “Paradiso & Campanelli v. Italy” ruling,

- 1 “Paradiso and Campanelli v. Italy”, Application N° 25358/12, ECHR, 24 de enero de 2017.
- 2 Abogada (UCA), mail de contacto: julietamonteroni@gmail.com

adopted by the Grand Chamber of the European Court of Human Rights. The Court resolves issues regarding an international surrogacy arrangement which classifies under so-called “reproductive tourism”. Several issues are highlighted: the power of States to recognize or to deny legal effect to surrogacy arrangements, the situation of illegality that may be created by those who sign these contracts and the role of States under these circumstances, the existence or nonexistence of a family life, and the coexistence between private interests and public order. This paper summarizes the case and presents the Grand Chamber’s main arguments will be presented, highlighting the importance of this precedent.

**Keywords:** Surrogacy arrangement - European Court of Human Rights - Bioethics.

Para citar este texto:

Monteroni, J. (2017), “Un contrato internacional de maternidad subrogada. La decisión de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en “Paradiso y Campanelli”, *Prudentia Iuris*, N. 83, pp. 347-352

El 24 de enero de 2017 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se pronunció en el caso “Paradiso y Campanelli”, en el que resolvió que las medidas tomadas por el Estado italiano frente a un contrato internacional de maternidad subrogada no significaron una violación al artículo 8º de la Convención Europea de Derechos Humanos<sup>3</sup> (CEDH).

## I. El caso

### a) *Los hechos*

Paradiso y Campanelli demandaron al Estado italiano por una supuesta violación a su derecho reconocido en el artículo 8º de la CEDH, es decir, el derecho al respeto de su vida privada y familiar.

3 Artículo 8º de la CEDH: “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 de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

Los demandantes son un matrimonio italiano que decidió viajar a Rusia para celebrar un contrato de maternidad subrogada. A través de este contrato, una mujer rusa –la madre subrogante– se comprometió a gestar un niño y entregarlo al matrimonio italiano –los requirentes– a cambio de una suma de dinero.

El niño fue concebido a través de técnicas de reproducción asistida y no tenía vínculo biológico con ninguno de los requirentes. Al nacer el niño, la madre subrogante lo entregó al matrimonio italiano y se expidió el correspondiente certificado de nacimiento ruso, que indicaba que los requirentes eran los padres del niño, sin hacer referencia al contrato de maternidad subrogada.

Meses más tarde, el matrimonio vuelve a Italia junto con el niño. Allí solicitaron el registro del certificado de nacimiento expedido por las autoridades rusas. Sin embargo, las autoridades italianas se negaron a registrar el certificado de nacimiento, alegando que contenía información falsa.

Conforme la ley italiana, el niño se encontraría en un estado de abandono, pues no se conocía quiénes eran sus padres biológicos, ni había sido legalmente adoptado. Es por esto que las autoridades italianas entendieron que correspondía quitarle la custodia del niño al matrimonio e iniciar el correspondiente procedimiento de adopción.

Como consecuencia de las medidas adoptadas por las autoridades italianas, Paradiso y Campanelli demandaron al Estado italiano ante el TEDH.

### ***b) Las actuaciones ante el TEDH***

El TEDH se encontró frente a un caso en el que una pareja italiana decidió llevar a un niño, con quien no tenía vínculos biológicos ni legales, desde Rusia a Italia. No solo habían violado la normativa italiana e internacional sobre adopción, sino que además el niño había sido concebido a través de técnicas de reproducción asistida que se encontraban prohibidas por la ley italiana.

Frente a este escenario, en el año 2015 la Sala de la Segunda Sección del TEDH interpretó que las medidas tomadas por las autoridades italianas –no registrar el certificado de nacimiento, quitarle la custodia al matrimonio italiano e iniciar un proceso de adopción del menor– habían sido medidas acordes con la ley italiana y perseguían un fin legítimo.

Sin embargo, al momento de resolver, la Sala sostuvo que existía una vida familiar de facto y que las autoridades italianas no habían hecho un correcto balance entre los intereses en juego. Por lo tanto, en el año 2015 la Sala resolvió que las medidas adoptadas resultaban desproporcionales y violatorias del artículo 8º de la CEDH.

Frente a esa sentencia, el Gobierno italiano solicitó la remisión del asunto a la Gran Sala del TEDH. El Gobierno hizo hincapié en que una vida familiar de facto no podría fundarse en una situación ilegal, y solicitó al TEDH que respetara el principio de subsidiariedad y el margen de apreciación con el que cuentan los Estados en relación con temas como la maternidad subrogada y las técnicas de reproducción asistida.

## **II. La decisión de la Gran Sala**

### ***a) Aplicación del artículo 8º de la CEDH***

Como primera medida, la Gran Sala debe decidir si los hechos del caso pueden ser encuadrados en el artículo 8º de la CEDH, es decir, si involucran la vida familiar o la vida privada de los demandantes.

#### *i) Vida familiar*

La Gran Sala entiende que no se dan las condiciones para que exista una vida familiar de facto. Para así decidir toma en cuenta la ya probada ausencia de vínculo biológico entre el niño y los demandantes, la corta duración de la relación entre ellos (el niño había estado solo ocho meses al cuidado del matrimonio italiano) y la incertidumbre desde el punto de vista legal del vínculo que los uniría.

El artículo 8º no garantiza ni el derecho a formar una familia ni el derecho a adoptar. El derecho a que sea respetada la vida familiar no resguarda el mero deseo de formar una familia, sino que presupone la existencia de una familia, situación que no se da en el presente caso.

#### *ii) Vida privada*

En cuanto al concepto de “vida privada”, la Gran Sala dice que se trata de un concepto amplio e indeterminado y que los lazos emocionales que pudieran haberse desarrollado entre los adultos y el niño deben ser considerados como parte de la vida privada de los demandantes.

Es por esto que considera que, si bien no existe una vida familiar entre el matrimonio y el niño, las medidas adoptadas por las autoridades italianas se relacionan con la vida privada del matrimonio, por lo que el artículo 8º resulta de aplicación al presente caso.

## ***b) Cumplimiento del artículo 8° de la CEDH***

La injerencia de las autoridades italianas en la vida privada de los demandantes solo podría ser justificada si se cumpliera con los requisitos establecidos en el segundo párrafo del artículo 8°. Es decir, si la injerencia estuviera prevista en la ley, persiguiera un fin legítimo y fuera necesaria en una sociedad democrática para lograr el fin que persigue.

### *i) Previsión en la ley*

Las autoridades italianas entendieron que debía aplicarse Derecho italiano para determinar la filiación del niño, ya que el niño había sido concebido con gametos de donantes desconocidos y su nacionalidad no pudo ser determinada. Además, la ley italiana es la ley aplicable a los menores que se encuentren en Italia, tanto en materia de adopción, como en la toma de medidas urgentes respecto de los menores.

Ante esta situación, el TEDH consideró que la declaración del “estado de abandono” del niño y las medidas que se adoptaron en consecuencia fueron tomadas con fundamento en una base legal adecuada.

### *ii) Finalidad legítima*

El TEDH también sostuvo que las medidas tomadas respecto del niño tenían por finalidad prevenir el desorden, y proteger los derechos y las libertades de terceros.

Asimismo, indicó que resultaba legítimo el deseo de las autoridades italianas de reafirmar la competencia exclusiva del Estado en reconocer una relación parental para poder proteger los derechos del niño. En el caso de Italia, la relación parental se reconoce solo en situaciones de vínculos biológicos o adoptivos, por lo que el TEDH resuelve que las medidas tomadas por las autoridades italianas persiguen fines legítimos.

### *iii) Necesidad en una sociedad democrática*

Tal como se indica en la sentencia, para determinar si una medida es necesaria en una sociedad democrática debe considerarse si las razones esgrimidas para justificarla son relevantes y suficientes. La injerencia debe ser proporcional a la finalidad legítima perseguida y debe lograr un justo balance entre los intereses en juego.

Para determinar la necesidad de las medidas tomadas por las autoridades italianas, la Gran Sala tuvo en cuenta que los Estados cuentan con un gran margen de apreciación en delicadas cuestiones éticas y morales sobre las que no existe consenso a nivel europeo, tales como las cuestiones de fertilización asistida y maternidad subrogada.

Teniendo en cuenta la ilegalidad de la conducta llevada a cabo por el matrimonio y la urgencia en tomar medidas respecto del niño (quien se encontraba en un “estado de abandono”), la Gran Sala entiende que había razones suficientes para tomar la decisión de quitarle la custodia al matrimonio e iniciar el correspondiente procedimiento de adopción.

En lo que respecta al interés del matrimonio de continuar desarrollando una relación con el niño, la Gran Sala indicó que este interés privado debía ser analizado en el particular contexto de ilegalidad creado por el propio matrimonio, quien, además, conocía la precariedad que tendría su vínculo con el niño en Italia.

Por lo tanto –luego de asegurar que el interés superior del niño había sido resguardado–, la Gran Sala concluyó que las medidas adoptadas por las autoridades italianas eran proporcionales a la finalidad legítima que perseguían y que servían para proteger los intereses públicos en juego.

### **III. Conclusión**

A diferencia de la decisión anterior tomada por la Sala de la Segunda Sección del TEDH, la Gran Sala tomó en consideración la situación de ilegalidad en la que se enmarcaba el presente caso y entendió que no existió una vida familiar; reconoció el margen de apreciación con el que cuentan los Estados para no reconocerle efectos jurídicos a los contratos de gestación por sustitución, y logró un justo equilibrio entre los intereses en juego, a la vez que respetó el principio de subsidiariedad que debe regir en el ámbito del TEDH. Es por estos y otros motivos que el fallo (inapelable) de la Gran Sala resulta un precedente favorable y de gran importancia.

**PARTE IV**

**DOCUMENTOS**



**DISCURSO DEL SANTO PADRE FRANCISCO  
CON OCASIÓN DE LAS FELICITACIONES DEL CUERPO  
DIPLOMÁTICO ACREDITADO ANTE LA SANTA SEDE**

*Sala Regia*

*Lunes 9 de enero de 2017*

*Excelencias,  
estimados Embajadores,  
Señoras y Señores:*

Les doy la bienvenida y les agradezco su presencia tan numerosa y fiel a esta cita tradicional, que nos permite manifestar recíprocamente el deseo de que el año apenas iniciado sea para todos un tiempo de alegría, de prosperidad y de paz. Me dirijo con un sentimiento de especial reconocimiento al Decano del Cuerpo Diplomático, el Excelentísimo Señor Armindo Fernandes do Espírito Santo Vieira, Embajador de Angola, por las deferentes palabras que me ha dirigido en nombre de todo el Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, que ha aumentado recientemente con el establecimiento de las relaciones diplomáticas con la República Islámica de Mauritania, hace apenas un mes. Deseo igualmente agradecer a los numerosos Embajadores residentes en la Urbe, cuyo número ha aumentado a lo largo del último año, así como a los Embajadores no residentes, que con su presencia en el día de hoy pretenden subrayar los vínculos de amistad que unen a sus pueblos con la Santa Sede. Igualmente, quiero dirigir de modo especial un mensaje de pésame al Embajador de Malasia, recordando a su predecesor, Dato' Mohd Zulkephli Bin Mohd Noor, fallecido el pasado mes de febrero.

Durante el año transcurrido, las relaciones entre sus Países y la Santa Sede han tenido ocasión de profundizarse aún más gracias a las cordiales visitas de numerosos Jefes de Estado y de Gobierno, a veces en concomitancia con los diversos encuentros que han marcado el Jubileo Extraordinario de la Misericordia, recientemente concluido. Han sido también varios los Acuerdos bilaterales firmados o ratificados, unos de carácter general, dirigidos a reconocer el estatuto jurídico de la Iglesia con la República Democrática del

Congo, la República Centroafricana, Benín y con Timor Oriental; otros de carácter más específico, como el *Avenant* firmado con Francia, o la Convención en materia fiscal con la República Italiana, que ha entrado recientemente en vigor, a los que hay que añadir el *Memorandum* de Acuerdo entre la Secretaría de Estado y el Gobierno de los Emiratos Árabes Unidos. Además, en línea con el compromiso de la Santa Sede de cumplir con las obligaciones asumidas en los acuerdos suscritos, se ha dado también la plena actuación al *Comprehensive Agreement* con el Estado de Palestina, que entró en vigor hace un año.

*Estimados Embajadores.*

Hace un siglo, el mundo se encontraba en medio del primer conflicto mundial. Una *inútil matanza*<sup>1</sup>, en la que las nuevas técnicas de combate sembraban muerte y causaban enormes sufrimientos a una población civil inerme. En 1917, el rostro del conflicto cambió profundamente, adquiriendo una fisonomía cada vez más mundial mientras surgían en el horizonte aquellos regímenes totalitarios que durante mucho tiempo fueron causa de lacerantes divisiones. Cien años después, muchas zonas del mundo pueden decir que se han beneficiado de prolongados períodos de paz, que han favorecido unas oportunidades de desarrollo económico y formas de bienestar sin precedentes. Si hoy para muchos la paz les parece de alguna manera un bien que se da por descontado, casi un derecho adquirido al que no se le presta demasiada atención, para demasiadas personas esa paz es todavía una simple ilusión lejana. Millones de personas viven hoy en medio de conflictos insensatos. Incluso en aquellos lugares que en otro tiempo se consideraban seguros se advierte un sentimiento general de miedo. Con frecuencia nos sentimos abrumados por las imágenes de muerte, por el dolor de los inocentes que imploran ayuda y consuelo, por el luto del que llora un ser querido a causa del odio y de la violencia, por el drama de los refugiados que escapan de la guerra o de los emigrantes que perecen trágicamente.

Por eso quisiera dedicar el encuentro de hoy al tema de la seguridad y de la paz, porque en el clima general de preocupación por el presente y de incertidumbre y angustia por el futuro, en el que nos encontramos inmersos, considero importante dirigir una palabra de esperanza, que nos señale también un posible camino para recorrer.

Hace tan sólo unos días hemos celebrado la 50 Jornada Mundial de la Paz, instituida por mi predecesor, el beato Pablo VI, “como presagio y como

1 Benedicto XV (1917). *Carta a los jefes de los pueblos beligerantes*, 1º de agosto de 1917: AAS IX, 423.

promesa, al principio del calendario que mide y describe el camino de la vida en el tiempo, de que sea la Paz con su justo y benéfico equilibrio la que domine el desarrollo de la historia futura”<sup>2</sup>. Para los cristianos, la paz es un don del Señor, aclamada y cantada por los ángeles en el momento del nacimiento de Cristo: “Gloria a Dios en el cielo, y en la tierra paz a los hombres de buena voluntad” (*Lc 2, 14*). Es un bien positivo, “el fruto del orden asignado a la sociedad humana”<sup>3</sup> por Dios y “no es la mera ausencia de la guerra”<sup>4</sup>. No se “reduce sólo al establecimiento de un equilibrio de las fuerzas adversarias”<sup>5</sup>, sino que más bien exige el compromiso de personas de buena voluntad “sedientos de una justicia más perfecta”<sup>6</sup>.

En esa línea, manifiesto la viva convicción de que toda expresión religiosa está llamada a promover la paz. Lo he podido experimentar de manera significativa en la Jornada Mundial de Oración por la Paz, que se celebró en Asís el pasado mes de septiembre, durante la cual los representantes de las diversas religiones se han encontrado para “dar voz a los que sufren, a los que no tienen voz y no son escuchados”<sup>7</sup>, así como en mi visita al Templo Mayor de Roma o a la Mezquita de Bakú.

Sabemos que se ha cometido violencia por razones religiosas, comenzando precisamente por Europa, donde las divisiones históricas entre cristianos han durado mucho tiempo. En mi reciente viaje a Suecia, quise recordar que tenemos una urgente necesidad de sanar las heridas del pasado y de caminar juntos hacia metas comunes. En la base de ese camino ha de estar el diálogo auténtico entre las diversas confesiones religiosas. Es un diálogo posible y necesario, como he tratado de atestiguar en el encuentro que he tenido en Cuba con el Patriarca Cirilo de Moscú, así como en los viajes apostólicos a Armenia, Georgia y Azerbaiyán, donde he percibido la aspiración de aquellos pueblos a solucionar los conflictos que desde hace años perjudican la concordia y la paz.

Al mismo tiempo, no debemos olvidar las muchas iniciativas, inspiradas en la religión, que contribuyen, incluso a menudo con el sacrificio de los mártires, a la construcción del bien común por medio de la educación y la asistencia, sobre todo en las regiones más desfavorecidas y en las zonas

2 Pablo VI (1968). *Mensaje para la celebración de la I Jornada Mundial de la Paz*, 1º de enero de 1968.

3 Concilio Ecuménico Vaticano II (1965). Constitución pastoral *Gaudium et Spes* (GS), 7 de diciembre de 1965, 78.

4 *Ibidem*.

5 *Ibidem*.

6 *Ibidem*.

7 *Discurso en la Jornada Mundial de Oración por la Paz*, Asís, 20 de septiembre de 2016.

de conflicto. Tales obras contribuyen a la paz y dan testimonio concreto de que, cuando se coloca en el centro de la propia actividad la dignidad de la persona humana, es posible vivir y trabajar juntos, a pesar de pertenecer a pueblos, culturas y tradiciones diferentes.

Desgraciadamente, somos conscientes de que todavía hoy, la experiencia religiosa, en lugar de abrirnos a los demás, puede ser utilizada a veces como pretexto para cerrazones, marginaciones y violencias. Me refiero en particular al terrorismo de matriz fundamentalista, que en el año pasado ha segado la vida de numerosas víctimas en todo el mundo: en Afganistán, Bangladesh, Bélgica, Burkina Faso, Egipto, Francia, Alemania, Jordania, Irak, Nigeria, Pakistán, Estados Unidos de América, Túnez y Turquía. Son gestos viles, que usan a los niños para asesinar, como en Nigeria; toman como objetivo a quien reza, como en la Catedral copta de El Cairo; a quien viaja o trabaja, como en Bruselas; a quien pasea por las calles de la ciudad, como en Niza o en Berlín; o sencillamente celebra la llegada del año nuevo, como en Estambul.

Se trata de una locura homicida que usa el nombre de Dios para sembrar muerte, intentando afirmar una voluntad de dominio y de poder. Hago por tanto un llamamiento a todas las autoridades religiosas para que unidos reafirmen con fuerza que nunca se puede matar en nombre de Dios. El terrorismo fundamentalista es fruto de una grave miseria espiritual, vinculada también, a menudo, a una considerable pobreza social. Sólo podrá ser plenamente vencido con la acción común de los líderes religiosos y políticos. A los primeros les corresponde la tarea de transmitir aquellos valores religiosos que no admiten una contraposición entre el temor de Dios y el amor por el prójimo. A los segundos les corresponde garantizar en el espacio público el derecho a la libertad religiosa, reconociendo la aportación positiva y constructiva que ésta comporta para la edificación de la sociedad civil, en donde la pertenencia social, sancionada por el principio de ciudadanía, y la dimensión espiritual de la vida no pueden ser concebidas como contrarias. A quien gobierna le corresponde, además, la responsabilidad de evitar que se den las condiciones favorables para la propagación de los fundamentalismos. Eso requiere adecuadas políticas sociales que combatan la pobreza, y requieren de una sincera valorización de la familia, como lugar privilegiado de la maduración humana, y de abundantes esfuerzos en el ámbito educativo y cultural.

En este sentido, acoyo con interés la iniciativa del Consejo de Europa sobre la dimensión religiosa del diálogo intercultural, que el año pasado se ha centrado en el papel de la educación en la prevención de la radicalización, que conduce al terrorismo y al extremismo violento. Se trata de una oportunidad para profundizar en el papel que tiene el fenómeno religioso y la educación en la pacificación real del tejido social, necesaria para la convivencia en una sociedad multicultural.

A este respecto, deseo expresar la convicción de que la autoridad política no sólo debe garantizar la seguridad de sus propios ciudadanos –concepto que puede ser fácilmente reducido al de un simple “vivir tranquilo”–, sino que también está llamada a ser verdadera promotora y constructora de paz. La paz es una *virtud activa*, que requiere el compromiso y la cooperación de cada persona y de todo el cuerpo social en su conjunto. Como advertía el Concilio Vaticano II, “la paz jamás es una cosa del todo hecha, sino un perpetuo quehacer”<sup>8</sup>, salvaguardando el bien de las personas y respetando su dignidad. Construir la paz requiere, en primer lugar, renunciar a la violencia en la reivindicación de los propios derechos<sup>9</sup>. Precisamente a este principio he dedicado el Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz de 2017, titulado: “La no violencia: un estilo de política para la paz”, para recordar sobre todo cómo la no violencia es un estilo político basado en la primacía del derecho y de la dignidad de toda persona.

Construir la paz requiere también que “se desarraiguen las causas de discordia entre los hombres, que son las que alimentan las guerras”<sup>10</sup>, empezando por las injusticias. Existe, de hecho, una íntima relación entre la justicia y la paz<sup>11</sup>. “Pero –observaba san Juan Pablo II– puesto que la justicia humana es siempre frágil e imperfecta, expuesta a las limitaciones y a los egoísmos personales y de grupo, debe ejercerse y en cierto modo completarse con *el perdón, que cura las heridas y restablece en profundidad las relaciones humanas truncadas* [...]. El perdón en modo alguno se contrapone a la justicia, [sino] tiende más bien a esa plenitud de la justicia que conduce a la tranquilidad del orden y que [...] pretende una profunda recuperación de las heridas abiertas. Para esta recuperación, son esenciales ambos, la justicia y el perdón”<sup>12</sup>. Estas palabras, hoy más actuales que nunca, se han encontrado con la disponibilidad de algunos Jefes de Estado o de Gobierno para acoger mi invitación a tener un gesto de clemencia a favor de los encarcelados. A ellos, como también a quienes trabajan para crear condiciones de vida digna para los detenidos y favorecer su reinserción en la sociedad, deseo expresarles mi especial reconocimiento y gratitud.

Estoy convencido de que para muchos el Jubileo extraordinario de la Misericordia ha sido una ocasión particularmente propicia para descubrir también la “incidencia importante y positiva de la misericordia como *valor*

8 GS, 78.

9 Cf. *Ibidem*.

10 *Ibidem*, 83.

11 Cf. *Sal* 85, 11 e *Is* 32, 17.

12 Juan Pablo II (2002). *Mensaje para la XXXV Jornada Mundial de la Paz: No hay paz sin justicia, no hay justicia sin perdón*, 1º de enero de 2002.

*social*”<sup>13</sup>. Cada uno puede contribuir a dar vida a “una *cultura de la misericordia*, basada en el redescubrimiento del encuentro con los demás: una cultura en la que ninguno mire al otro con indiferencia ni aparte la mirada cuando vea el sufrimiento de los hermanos”<sup>14</sup>. Sólo así se podrán construir sociedades abiertas y hospitalarias para los extranjeros y, al mismo tiempo, seguras y pacíficas internamente. Esto es aún más necesario hoy en día en que siguen aumentando, en diferentes partes del mundo, los grandes flujos migratorios. Pienso sobre todo en los numerosos refugiados y desplazados en algunas zonas de África, en el Sudeste asiático y en aquellos que huyen de las zonas de conflicto en Oriente Medio.

El año pasado, la comunidad internacional se vio interpelada por dos importantes eventos convocados por las Naciones Unidas: la primera Cumbre Humanitaria Mundial y la Cumbre sobre los grandes Desplazamientos de Refugiados y Migrantes. Es necesario un compromiso común en favor de los inmigrantes, los refugiados y los desplazados, que haga posible el darles una acogida digna. Esto implica saber conjugar el derecho de “cada hombre [...] a emigrar a otros países y fijar allí su domicilio”<sup>15</sup> y, al mismo tiempo, garantizar la posibilidad de una integración de los inmigrantes en los tejidos sociales en los que se insertan, sin que éstos sientan amenazada su seguridad, su identidad cultural y sus propios equilibrios políticos y sociales. Por otra parte, los mismos inmigrantes no deben olvidar que tienen el deber de respetar las leyes, la cultura y las tradiciones de los países que los acogen.

Un enfoque prudente de parte de las autoridades públicas no comporta la aplicación de políticas de clausura hacia los inmigrantes, sino que implica evaluar, con sabiduría y altura de miras, hasta qué punto su país es capaz, sin provocar daños al bien común de sus ciudadanos, de proporcionar a los inmigrantes una vida digna, especialmente a quienes tienen verdadera necesidad de protección. No se puede de ningún modo reducir la actual crisis dramática a un simple recuento numérico. Los inmigrantes son personas con nombres, historias y familias, y no podrá haber nunca verdadera paz mientras quede un solo ser humano al que se le vulnere la propia identidad personal y se le reduzca a una mera cifra estadística o a objeto de interés económico.

El problema de la inmigración es un tema que no puede dejar indiferentes a algunos países mientras que otros sobrellevan, a menudo con un esfuerzo considerable y graves dificultades, el compromiso humanitario de hacer frente a una emergencia que no parece tener fin. Todos deberían sen-

13 Carta apostólica *Misericordia et misera*, 20 de noviembre de 2016, 18.

14 *Ibidem*, 20.

15 Juan XXIII (1963). Carta Encíclica *Pacem in terris*, 11 de abril de 1963, 25.

tirse constructores y corresponsables del bien común internacional, incluso a través de gestos concretos de humanidad, que son requisitos fundamentales para la paz y el desarrollo que naciones enteras y millones de personas siguen aún esperando. Por eso, estoy agradecido a todos los países que acogen generosamente a los necesitados, comenzando por algunas naciones europeas, especialmente Italia, Alemania, Grecia y Suecia.

Me quedará grabado para siempre el viaje que hice a la isla de Lesbos, junto a mis hermanos, el Patriarca Bartolomé y el Arzobispo Jerónimo, donde vi y toqué con la mano la dramática situación de los campos de refugiados, así como la humanidad y el espíritu de servicio de muchas personas comprometidas en su asistencia. Tampoco se debe olvidar la hospitalidad ofrecida por otros países europeos y de Oriente Medio, como Líbano, Jordania y Turquía, así como el compromiso de diferentes países de África y Asia. También en mi viaje a México, donde pude experimentar la alegría del pueblo mexicano, me sentí cerca de los miles de inmigrantes centroamericanos que sufren terribles injusticias y peligros en su intento de alcanzar un futuro mejor, y que son víctimas de extorsión y objeto de ese despreciable comercio –horrible forma de esclavitud moderna– que es la trata de personas.

Enemiga de la paz, es una “visión reductiva” del hombre, que abre el camino a la propagación de la iniquidad, las desigualdades sociales y la corrupción. Justo con relación a este último fenómeno, la Santa Sede ha asumido nuevos compromisos, depositando formalmente, el 19 de septiembre, el instrumento de adhesión a la *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003.

En la Encíclica *Populorum Progressio*, que este año celebra su cincuenta aniversario, el beato Pablo VI recordó cómo estas desigualdades provocan discordias. “El camino de la paz pasa por el desarrollo”<sup>16</sup> que las autoridades públicas tienen la obligación de estimular y fomentar, creando las condiciones para una distribución más equitativa de los recursos e incentivando oportunidades de trabajo, sobre todo para los más jóvenes. En el mundo hay todavía muchas personas, especialmente niños, que aún sufren por causa de una pobreza endémica y viven en situaciones de inseguridad alimentaria –más bien, de hambre–, mientras que los recursos naturales son objeto de la ávida explotación de unos pocos, desperdiándose cada día enormes cantidades de alimentos.

Los niños y los jóvenes son el futuro, se trabaja y se construye para ellos. No podemos descuidarlos y olvidarlos egoístamente. Por esta razón,

16 Pablo VI (1967). Carta Encíclica *Populorum Progressio*, 26 de marzo de 1967, 83.

como he advertido recientemente en una carta enviada a todos los obispos, considero prioritaria la defensa de los niños, cuya inocencia ha sido frecuentemente rota bajo el peso de la explotación, del trabajo clandestino y esclavo, de la prostitución o de los abusos de los adultos, de los pandilleros y de los mercaderes de muerte<sup>17</sup>. Durante mi viaje a Polonia, con ocasión de la Jornada Mundial de la Juventud, me encontré con miles de jóvenes llenos de entusiasmo y ganas de vivir. He visto, en cambio, el dolor y el sufrimiento de muchos otros. Pienso en los chicos y chicas que sufren las consecuencias del terrible conflicto en Siria, privados de la alegría de la infancia y de la juventud: desde la posibilidad de jugar libremente hasta la oportunidad de ir a la escuela. A ellos, y a todo el querido pueblo sirio, dirijo constantemente mi pensamiento, a la vez que hago un llamamiento a la comunidad internacional para que trabaje con diligencia para poner en marcha una seria negociación, que ponga definitivamente fin a un conflicto que está provocando un verdadero desastre humanitario. Cada una de las partes implicadas ha de tener como prioridad el respeto del derecho humanitario internacional, asegurando la protección de la población civil y la necesaria ayuda humanitaria. El deseo común es que la tregua que se ha firmado recientemente sea para todo el pueblo sirio un signo de la esperanza que tanto necesita.

Esto requiere también que se hagan esfuerzos para erradicar el despreciable tráfico de armas y la continua carrera para producir y distribuir armas cada vez más sofisticadas. Causan un gran desconcierto las pruebas llevadas a cabo en la Península coreana, que desestabilizan a la región y plantean a la comunidad internacional unos inquietantes interrogantes acerca del riesgo de una nueva carrera de armamentos nucleares. Siguen siendo actuales las palabras de san Juan XXIII, en la *Pacem in terris*, cuando afirmaba que “la recta razón y el sentido de la dignidad humana exigen urgentemente que cese ya la carrera de armamentos; que, de un lado y de otro, las naciones que los poseen los reduzcan simultáneamente; que se prohíban las armas atómicas”<sup>18</sup>. En tal sentido, y también en vista de la próxima Conferencia de Desarme, la Santa Sede trabaja por promover una ética de la paz y de la seguridad que supere a la del miedo y de la “cerrazón” que condiciona el debate sobre las armas nucleares.

También por lo que respecta a las armas convencionales, hay que señalar que la facilidad con la que a menudo se puede acceder al mercado de las armas, incluso las de pequeño calibre, además de agravar la situación en las diversas zonas de conflicto, produce una sensación muy extendida y

17 Cf. *Carta a los Obispos en la fiesta de los Santos Inocentes*, 28 de diciembre de 2016. 18 N. 112.

generalizada de inseguridad y temor, que es más peligrosa en los momentos de incertidumbre social y de profunda transformación como el que vivimos.

La ideología, que se sirve de los problemas sociales para fomentar el desprecio y el odio y ve al otro como un enemigo que hay que destruir, es enemiga de la paz. Desafortunadamente, nuevas formas de ideología aparecen constantemente en el horizonte de la humanidad. Haciéndose pasar por portadoras de beneficios para el pueblo, dejan en cambio detrás de sí pobreza, divisiones, tensiones sociales, sufrimiento y con frecuencia incluso la muerte. La paz, sin embargo, se conquista con la solidaridad. De ella brota la voluntad de diálogo y de colaboración, del que la diplomacia es un instrumento fundamental. La misericordia y la solidaridad es lo que mueve a la Santa Sede y a la Iglesia Católica en su compromiso decidido por solucionar los conflictos o seguir los procesos de paz, de reconciliación y la búsqueda de soluciones negociadas a los mismos. Llena de esperanza ver que algunos de los intentos realizados se deben a la buena voluntad de tantas personas diferentes que se empeñan de modo activo y eficaz en favor de la paz. Pienso en los esfuerzos realizados en los últimos dos años para un nuevo acercamiento entre Cuba y los Estados Unidos. También pienso en el esfuerzo llevado a cabo con tenacidad, a pesar de las dificultades, para terminar con años de conflicto en Colombia.

Este planteamiento busca fomentar la confianza mutua, mantener caminos de diálogo y hacer hincapié en la necesidad de gestos valientes, que son muy urgentes también en la vecina Venezuela, donde las consecuencias de la crisis política, social y económica están pesando desde hace tiempo sobre la población civil; o en otras partes del mundo, empezando por Oriente Medio, no sólo para poner fin al conflicto sirio, sino también para promover una sociedad plenamente reconciliada en Irak y en Yemen. La Santa Sede renueva también su urgente llamamiento para que se reanude el diálogo entre israelíes y palestinos, para que se alcance una solución estable y duradera que garantice la convivencia pacífica de dos Estados dentro de fronteras reconocidas internacionalmente. Ningún conflicto ha de convertirse en un hábito del que parece que nadie se puede librar. Israelíes y palestinos necesitan la paz. Todo el Oriente Medio necesita con urgencia la paz.

También espero que se cumplan plenamente los acuerdos destinados a restablecer la paz en Libia, donde es más urgente que nunca sanar las divisiones de los últimos años. Del mismo modo, animo todos los esfuerzos que en ámbito local e internacional estén destinados a restaurar la convivencia civil en Sudán y en Sudán del Sur, en la República Centroafricana, atormentados por continuos enfrentamientos armados, masacres y devastaciones, así como en otras naciones del Continente marcadas por tensiones e inestabilidad política y social. En particular, espero que el reciente acuerdo firmado en la República Democrática del Congo contribuya a hacer

que los que tienen responsabilidades políticas se esfuercen diligentemente para promover la reconciliación y el diálogo entre todos los miembros de la sociedad civil. Mi pensamiento se dirige también a Myanmar, de modo que se promueva una convivencia pacífica y, con la ayuda de la comunidad internacional, no se deje de atender a aquellos que están en grave y urgente necesidad.

También en Europa, donde no faltan las tensiones, la disponibilidad al diálogo es la única manera de garantizar la seguridad y el desarrollo del Continente. Por tanto, celebro las iniciativas destinadas a promover el proceso de reunificación de Chipre, que hoy precisamente ve una reanudación de las negociaciones, mientras espero que en Ucrania se sigan buscando con determinación soluciones viables para la plena aplicación de los compromisos asumidos por las partes y, sobre todo, para que se le dé una pronta respuesta a una situación humanitaria que sigue siendo grave.

Toda Europa está atravesando un momento decisivo de su historia, en el que está llamada a redescubrir su propia identidad. Para ello es necesario volver a descubrir sus raíces con el fin de plasmar su propio futuro. Frente a las fuerzas disgregadoras, es más urgente que nunca actualizar la “idea de Europa” para dar a luz un nuevo humanismo basado en la capacidad de integrar, de dialogar y de generar<sup>19</sup>, que han hecho grande al así llamado Viejo Continente. El proceso de unificación europea, que comenzó después de la Segunda Guerra Mundial, ha sido y sigue siendo una oportunidad única para la estabilidad, la paz y la solidaridad entre los pueblos. Aquí sólo puedo reiterar el interés y la preocupación de la Santa Sede por Europa y su futuro, consciente de que los valores que han animado y fundado este proyecto, del que este año se cumple el sexagésimo aniversario, son comunes a todo el Continente y se extienden más allá de la misma Unión Europea.

*Excelencias, señoras y señores.*

Construir la paz significa también trabajar activamente para el cuidado de la Creación. El Acuerdo de París sobre el clima, que ha entrado recientemente en vigor, es un signo importante de nuestro compromiso común por dejar a los que vengan después de nosotros un mundo hermoso y habitable. Espero que los esfuerzos realizados en los últimos tiempos para abordar el cambio climático cuenten con una cooperación más amplia por parte de todos, ya que la Tierra es nuestra casa común, y es necesario tener en cuenta que las decisiones de cada uno repercuten sobre la vida de todos.

19 Cf. *Discurso en la entrega del Premio Carlo Magno*, 6 de mayo de 2016.

Sin embargo, es evidente también que hay fenómenos que sobrepasan la capacidad de la acción humana. Me refiero a los numerosos terremotos que han golpeado a algunas regiones del mundo. Pienso sobre todo en los que se produjeron en Ecuador, Italia e Indonesia, que han provocado numerosas muertes y donde todavía muchas personas viven en condiciones muy precarias. Pude visitar personalmente algunas zonas afectadas por el terremoto en el centro de Italia, donde he comprobado las heridas que el terremoto ha causado en una tierra rica en arte y cultura, he podido compartir el dolor de tanta gente, junto con su valor y determinación para reconstruir todo lo que se ha destruido. Espero que la solidaridad que ha unido al querido pueblo italiano en las horas siguientes al terremoto, siga animando a toda la Nación, especialmente en estos delicados momentos de su historia. La Santa Sede e Italia están particularmente ligadas por obvias razones históricas, culturales y geográficas. Ese vínculo se ha apreciado con claridad en el año jubilar y agradezco a todas las Autoridades italianas por su ayuda en la organización de este evento, también para garantizar la seguridad de los peregrinos que llegaron de todo el mundo.

*Estimados Embajadores.*

La paz es un don, un desafío y un compromiso. Un don, porque brota del corazón de Dios; un desafío, porque es un bien que no se da nunca por descontado y debe ser conquistado continuamente; un compromiso, ya que requiere el trabajo apasionado de toda persona de buena voluntad para buscarla y construirla. No existe, por tanto, la verdadera paz si no se parte de una visión del hombre que sepa promover su desarrollo integral, teniendo en cuenta su dignidad trascendente, ya que “el desarrollo es el nuevo nombre de la paz”<sup>20</sup>, como recordaba el beato Pablo VI. Por tanto, este es mi deseo para el próximo año: que crezcan en nuestros países y sus pueblos las oportunidades para trabajar juntos y construir una paz verdadera. Por su parte, la Santa Sede y, en particular, la Secretaría de Estado estarán siempre dispuestas a cooperar con todos los que trabajan para poner fin a los conflictos abiertos y para dar apoyo y esperanza a las poblaciones que sufren.

En la liturgia pronunciamos el saludo “la paz esté con vosotros”. Con esta expresión, prenda de abundantes bendiciones divinas, les renuevo a ustedes, distinguidos miembros del cuerpo diplomático, a sus familias, a los países que representan, mis mejores deseos para el Año Nuevo. Gracias.

<sup>20</sup> Pablo VI. *Populorum Progressio*, 87.



## EL CUERPO HUMANO A DEBATE: REFLEXIONES JURÍDICAS<sup>1</sup>

*The Debate over the Human Body: Juridical Reflections*

*Jorge Nicolás Lafferriere<sup>2</sup>*

**Resumen:** Por la conjunción de las biotecnologías, la ingeniería genética, la nanorobótica y las neurociencias, en alianza con las ciencias y tecnologías de la información, el cuerpo humano aparece atravesado por nuevos y complejos problemas éticos y jurídicos. Se asume una mentalidad que considera al cuerpo como “material disponible” para ser transformado e incluso reemplazado a voluntad. En este trabajo procuramos presentar una descripción de algunas de las posibilidades biotecnológicas que intervienen sobre el cuerpo o sus partes. Luego realizamos una referencia a los principios jurídicos implicados en estas temáticas vinculadas con el cuerpo humano. Nos referimos, sobre todo, a la dignidad humana y sus proyecciones sobre la dimensión corporal de la persona. Finalmente, se consideran algunas posibles respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas inicialmente, con particular relación a la situación del ordenamiento jurídico argentino.

**Palabras claves:** Cuerpo humano - Biotecnologías - Persona humana - Dignidad humana.

**Abstract:** Through the combination of biotechnologies, genetic engineering, nanorobotics and neurosciences, in alliance with the sciences and information technologies, the human body is crossed by new and complex ethical and legal problems. There is a mentality that considers the body as “available material” to be transformed and even replaced at will. In this work we try to present a description of some of the biotechnological possibilities

1 Este texto corresponde a la “Lectio inaugural” del Año Académico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, 21 de marzo de 2017).

2 Pontificia Universidad Católica Argentina. Facultad de Derecho. Cátedra Internacional Ley Natural y Persona Humana. nicolas\_lafferriere@uca.edu.ar.

that involve the human body or its parts. Then we make a reference to the legal principles implied in these issues related to the human body. We refer to human dignity and its projections on the body dimension of the person. Finally, we consider some possible legal responses to the issues raised initially, with particular regard to the situation of the Argentine legal system.

**Keywords:** Human Body - Biotechnologies - Human Person - Human Dignity.

## 1. Introducción

A partir del creciente poder tecnológico aplicado a la vida biológica, el cuerpo humano se encuentra atravesado por nuevas e inéditas discusiones bioéticas y jurídicas. La novedad es que no estamos sólo ante un más eficiente poder de curar enfermedades, sino que, por la conjunción de las biotecnologías, la ingeniería genética, la nanorobótica y las neurociencias<sup>3</sup>, potenciadas por las ciencias de la información y su capacidad de almacenamiento y procesamiento de datos, se han develado los secretos más recónditos de la vida biológica, y en general de lo material, es decir, de lo orgánico y lo inorgánico, tanto en cuanto a sus estructuras más básicas como en cuanto a su funcionamiento y su organización. Producto de ese poder, el cuerpo humano es percibido como escindido de la persona y como mero material biológico disponible, sistematizable y operable sin otro límite que el que surge de las posibilidades biotecnológicas. Esta “disponibilidad” del cuerpo, incluso, lleva a algunos a sostener que hoy la nueva agenda de la especie humana comprende la búsqueda de la inmortalidad (a través de la ingeniería genética, la medicina regenerativa y la nanotecnología), la felicidad (por la solución bioquímica) y la divinidad (a través de la ingeniería biológica, ingeniería cyborg e ingeniería de seres no orgánicos)<sup>4</sup>.

Este trabajo se divide en tres partes. En la primera, presentamos una limitada descripción de algunas de las posibilidades biotecnológicas que intervienen sobre el cuerpo o sus partes. En la segunda parte, haremos breve referencia a los principios jurídicos implicados en estas temáticas vinculadas con el cuerpo humano y en el último apartado, procuraremos formular algunas respuestas jurídicas a las cuestiones planteadas en la primera parte.

3 Para Tintino, son las tecnologías GRIN las que han posibilitado estas transformaciones de lo humano: geno, robo, info, nano tecnologías. Cf. Tintino, G. (2014). “From Darwinian to Technological Evolution: Forgetting the Human Lottery”. *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, N° 3, 387-395, 387.

4 Harari, Y. N. (2016). *Homo Deus. Breve historia del mañana*. Buenos Aires. Debate.

## **2. Las biotecnologías y la modelación del cuerpo humano**

Los desarrollos biotecnológicos de la última mitad del siglo XX y de inicios del siglo XXI han logrado un extraordinario poder de conocimiento e intervención sobre la realidad biológica humana. En este apartado presentaremos las intervenciones sobre el cuerpo humano, distinguiendo según ellas se produzcan antes o después de la formación del cuerpo humano, considerando también la posibilidad de combinar el cuerpo con la tecnología o con otras formas de vida. Luego analizaremos los supuestos en que el cuerpo o sus partes son “utilizados” en medicina o investigación. El cuadro se completará con reflexiones sobre los datos que emanan del cuerpo humano y con la posibilidad de reemplazar el cuerpo.

Este apartado asume un carácter marcadamente descriptivo y procura mostrar la existencia de una variedad de problemáticas nuevas que involucran al cuerpo y requieren una respuesta jurídica. En general, vamos a referirnos a intervenciones biotecnológicas ya en fase de experimentación o incluso de aplicación clínica. Desde ya, no abordaremos todos los problemas éticos y jurídicos que están implicados.

### ***2.1. La intervención anterior a la formación del cuerpo***

La conformación biológica del cuerpo humano ha dejado de ser un hecho completamente ajeno a la voluntad humana. Las técnicas de procreación artificial han conferido al ser humano la posibilidad de someter a mecanismos de control y manipulación el momento en que “surge” el cuerpo humano. En tanto estas técnicas procuraban emular a la naturaleza, por ejemplo, a través de una fecundación intracorpórea y con los gametos propios de los esposos, las problemáticas jurídicas se presentaban como más limitadas, existiendo siempre debates bioéticos de fondo porque la técnica no respetaba la originalidad de la transmisión de la vida humana. Sin embargo, sobre todo a partir de la secuenciación completa del genoma humano y con más poderosas herramientas biotecnológicas, la intermediación técnica en la procreación se alejó de esa “emulación” de la naturaleza y de buscar la curación de las causas de la infertilidad y se desplegó hacia un creciente control sobre todo el proceso de fecundación y desarrollo prenatal, ya sea por la selección de los gametos, como por la selección de los embriones, que se puede hacer por una mera categorización morfológica, o bien, en forma más sofisticada, por un diagnóstico genético preimplantatorio. Incluso recientemente comienza a consolidarse una nueva técnica, llamada “edición genética humana”, que podría modificar tramos del genoma de los gametos, o incluso del embrión, para procurar determinar la conformación del cuer-

po del embrión<sup>5</sup>. Volveremos sobre el punto al hablar de las intervenciones sobre el cuerpo. En todo caso, se advierte que las pretensiones de configurar el cuerpo del nuevo ser humano no sólo apuntan a evitar la transmisión de enfermedades, sino que ahora también se busca darle una mejor dotación genética, ya sea buscando mejores condiciones físicas, o incluso pretendiendo lograr el control sobre otras condiciones, como la memoria o incluso la felicidad. Por supuesto, presuponiendo siempre que todo tiene una base biológica operable y manipulable.

Sabemos que este creciente poder biotecnológico genera muchos problemas jurídicos y que en el centro del debate está la cuestión del estatuto jurídico del embrión humano, que nosotros reafirmamos como persona<sup>6</sup>. Se advierte que la transformación operada en este campo refiere no sólo al pasaje desde la idea de procrear por razones de infertilidad hacia el “deseo reproductivo”, sino que se comienza a configurar un verdadero “deber” de concebir un hijo sano<sup>7</sup>. Ahora bien, en relación a nuestro estudio sobre el cuerpo humano, nos preguntamos si es lícito intervenir para configurar el cuerpo humano y todo lo que se sigue del reconocimiento de esa posibilidad. En efecto, si el cuerpo puede ser “configurado” en su dotación genética, ¿existe una obligación de hacerlo incluso si los padres son fértiles? ¿Hay responsabilidad por la transmisión de enfermedades de padres a hijos si, existiendo la posibilidad de evitar un daño, no lo evitaron? ¿Hay una obligación de generar “el mejor hijo posible”, como sostiene Julian Savulescu con su teoría sobre la beneficencia procreativa<sup>8</sup>? ¿Hay obligación de seleccionar los mejores gametos posibles? ¿Cuáles son las diferencias entre la procreación por unión natural de varón y mujer y la procreación por intermediación técnica?

Los gametos, que son productos del cuerpo humano, se convierten también en material biológico sensible y sumamente relevante, manipulado en el cuerpo mismo de la persona o fuera del mismo, en bancos de gametos. Surgen complejas y nuevas cuestiones jurídicas, como por ejemplo la de su almacenamiento, la del deber de efectuar controles sobre los gametos en forma previa a su utilización, la de la responsabilidad por transmisión de

5 Lafferriere, J. N. (2016). “La edición genética humana, el art. 57 del Código Civil y Comercial y los límites de las biotecnologías”. En *Revista Derecho de la Familia y las Personas*, N° 5 (junio), 107. AR/DOC/1433/2016.

6 Sobre el tema del estatuto jurídico de la persona por nacer ver Herrera, D. A. (2012). *La persona y el fundamento de los Derechos Humanos*. Buenos Aires. EDUCA.

7 Cf. Güell Pelayo, F. (2014). “The Post-Humanist Embryo: Genetic Manipulation, Assisted Reproductive Technologies and the Principle of Procreative Beneficence”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, N° 3, 427-443, 430.

8 Savulescu, J. (2001). “Procreative Beneficence: Why We Should Select the Best Children”. En *Bioethics*, N° 15, 413-426; Savulescu, J.; Kahane, G. (2009). “The Moral Obligation to Create Children with the Best Chance of the Best Life”. En *Bioethics*, Vol. 23, N° 5, 274-290.

enfermedades, la del robo de gametos, la de su destrucción, la de su utilización sin consentimiento, la de un mal uso de los gametos, etc.

El embrión mismo está en el centro de las disputas por el cuerpo humano, desde el momento en que es codiciado por su enorme potencialidad biológica. Así, no debe sorprendernos que, casi treinta años después de la irrupción de las técnicas de procreación extracorpórea, se sigan generando muchos embriones humanos a pesar de que se transfieren a la madre a lo sumo dos en cada intento. Ese excedente de embriones muchas veces es abandonado por los padres una vez que se produjo el nacimiento de algún hijo y, por tanto, usado como material biológico para experimentación, en una de las más graves expresiones de la cultura del descarte y del desprecio a la vida humana. Por supuesto, entendemos que desde el primer momento de la fecundación, el embrión es ya una persona humana. Pero incluso más allá de esa discusión, es innegable que existe una creciente codicia por utilizar los embriones en virtud de su potencialidad vital.

La pretensión de la clonación también cuestiona nuestra comprensión del valor del cuerpo humano, ya que se trata de una técnica reproductiva que soslaya la utilización de gametos y busca crear un nuevo individuo como copia genética de otro ser humano, ya sea adulto o en fase embrionaria. Ese “cuerpo copiado” plantea también nuevos problemas éticos y jurídicos, sobre todo por la radical perturbación que introduce en los vínculos filiatorios más básicos.

Incluso toda célula humana que se desprenda de nuestro cuerpo podría tener un “destino reproductivo”. En efecto, algunos estudios biotecnológicos están hoy orientados a reprogramar células somáticas adultas para que se formen gametos<sup>9</sup> o incluso embriones<sup>10</sup>. Si así fuera, el robo de células (una muestra de saliva o un pelo) podría suponer el problema de su utilización para hacer que una persona tenga “descendencia” involuntaria. Desde ya que en este punto nos encontramos ante meras especulaciones de difícil concreción técnica, pero existen estudios científicos orientados en este sentido.

## ***2.2. Intervenciones sobre el cuerpo ya formado***

En el caso de las intervenciones sobre el cuerpo ya formado, el creciente poder biotecnológico plantea el problema de los límites de las inter-

9 Newson, A. J.; Smajdor, A. C. (2005). “Artificial gametes: new paths to parenthood?” En *Journal of Medical Ethics*, Vol. 31, 184-186, disponible en <http://jme.bmj.com/content/31/3/184.full> (último acceso: 19-3-2017).

10 Hill, M. (2017, 3 de marzo). “Artificial ‘embryos’ created in the lab”. En *BBC News*, <http://www.bbc.com/news/health-39132678> (último acceso: 6-3-2017).

venciones. Aquí aparece la problemática de las intervenciones terapéuticas, estéticas y de mejora. En este sentido, el “consentimiento informado” se ha consolidado como una exigencia jurídica en razón de la corresponsabilidad de la persona en las decisiones sobre su cuerpo. Ahora bien, como procuraremos ver, a la luz de los desarrollos actuales, creemos que el consentimiento resulta insuficiente como único criterio para decidir sobre toda la variedad de intervenciones posibles.

Ya hemos hecho mención a la técnica de edición genética humana (CRISPR, *Clustered Regularly Interspaced Short Palindromic Repeats*), que consiste en un mecanismo avanzado de edición de genes, que permite alterar de forma más rápida, precisa y detallada cualquier posición de los 23 pares de cromosomas del genoma, aparentemente con menos errores o mutaciones no deseadas. CRISPR permite alterar secuencias específicas del genoma y por eso se la considera una técnica que puede tener diversas aplicaciones clínicas en medicina<sup>11</sup>. Esta técnica ha cobrado creciente interés en los últimos años por su alegada precisión y simpleza, aunque todavía está en fase experimental. Se puede aplicar a los gametos, al embrión o a células adultas. Claramente plantea el problema de los límites en la manipulación del cuerpo cuando se trata de células adultas, y los límites de la intermediación técnica en el caso de la procreación.

El cuerpo humano también es objeto de intervenciones “potenciadoras” a través de drogas y otros fármacos, con la finalidad de ampliar las capacidades humanas, como por ejemplo la memoria. Este tipo de intervenciones plantean problemas vinculados con su misma licitud y con los criterios de normalidad. En definitiva, es el problema de la “mejora” (*enhancement*) que no se resuelve sólo con la cuestión del consentimiento informado y suscita nuevos problemas jurídicos para su regulación.

En este análisis de las intervenciones sobre el cuerpo ya formado, no podemos soslayar las intervenciones de cambio de sexo, que han estado acompañadas por una legislación inspirada en la ideología de género. Se trata de una antropología reduccionista que niega la esencial expresión complementaria y relacional del cuerpo a través de los sexos masculino y femenino. En definitiva, se despoja al cuerpo de su esencial dimensión sexual, que expresa la apertura a la comunión interpersonal, y el mismo queda reducido a mero soporte material informe y manipulable en función de la pura voluntad. La cuestión también se vincula con la desnaturalización que ha sufrido el matrimonio en la legislación civil y que ha quitado toda relevancia a la comple-

11 Reis, A.; Hornblower, B.; Robb, B.; Tzertzinis, G. (2014). “CRISPR/Cas9 and Targeted Genome Editing: A New Era in Molecular Biology”, *New England Biolabs - NEB expressions*, Vol. I, disponible en <https://www.neb.com/tools-and-resources/feature-articles/crispr-cas9-and-targeted-genome-editing-a-new-era-in-molecular-biology> (último acceso: 19-3-2017).

mentariedad sexual. La complejidad de este tema excede los acotados alcances de este trabajo, pero parece importante señalar que estas intervenciones plantean el desafío de una mejor conexión entre la dignidad de la persona, el cuerpo humano en sus expresiones masculina y femenina y las exigencias de justicia que se derivan de estos grandes principios antropológicos.

Las ideologías más radicalizadas, muchas veces denominadas transhumanistas o posthumanistas, se plantean la inmortalidad del cuerpo. Este objetivo se busca a través de terapias regenerativas y, desde ya, no podría eliminar la necesaria contingencia del cuerpo y la posibilidad de ponerle fin a la existencia en forma provocada. En todo caso, genera interrogantes sobre los límites del poder biotecnológico.

### **2.3. Combinación del cuerpo con la tecnología y otras formas de vida**

En esta sintética aproximación a las biotecnologías que intervienen para “superar” los límites del cuerpo humano, tenemos que constatar que se produce una tendencia a la llamada “hibridación” del cuerpo, lo que significa su combinación con la tecnología y con otras formas de vida.

Por un lado, nos encontramos con la incorporación de dispositivos al cuerpo en función de finalidades terapéuticas o preventivas. Entre nosotros, Miguel Federico De Lorenzo ha reflexionado sobre las cosas que se vuelven cuerpo, poniendo como ejemplos prótesis dentales, huesos metálicos, marcapasos, implantes cocleares que corrigen sorderas, administradores de fármacos, sistemas eléctrico activos que corrigen deficiencias motoras, Alzheimer, obesidad o depresión a través de la estimulación de nervios, entre otros<sup>12</sup>. Al respecto, Tobías señala que “las cosas dejan de ser tales y pasan a pertenecer al cuerpo formando con él una unidad”<sup>13</sup>. Aquí corresponde dejar sentado que es clave la distinción según que las cosas que se incorporan al cuerpo tengan una finalidad terapéutica o una finalidad de mejora, en cuyo caso hay una valoración crítica<sup>14</sup>. Para Widow, el criterio decisivo

12 De Lorenzo, M. F. (2010). “El cuerpo humano que se vuelve cosa, cosas que se vuelven cuerpo humano”. En *La Ley*, 25-2-2010, 25-2-2010, 1 - *La Ley* 2010-B, 807.

13 Tobías, J. W. (2013). “Los actos de disposición de partes separadas del cuerpo y el proyecto de Código Civil y Comercial”. En *La Ley Sup. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As.*, 11-4-2013, *La Ley* 2013-B, 1022 - *DFyP* (mayo), 1-5-2013, 179, AR/DOC/43/2013.

14 Jensen, S. J. (2014). “The Roots of Transhumanism”. En *Nova et Vetera*. English Edition, Vol. 12, N° 2, 515-541, 531. Este autor señala la importancia del criterio de la naturaleza humana para la distinción entre curación y mejora y considera que el transhumanismo incurre en orgullo e ingratitud al rechazar lo dado y pretender crear una nueva disposición corporal fuera de lo natural.

para determinar la moralidad de una mejora se vincula con la naturaleza humana y con promover la conservación o aumento del autodominio o de la autoexpansión<sup>15</sup>.

Ahora bien, algunos van más allá y proponen formas radicalizadas de hibridación del cuerpo humano con la tecnología. Así, la técnica ya no se presenta como la oportunidad de dominar el mundo, sino que ahora la misma tecnología modifica lo humano en un proceso de hibridación que crea nuevas formas de ser humano (o posthumano)<sup>16</sup>. Entre muchos ejemplos de este tipo de intervenciones, podemos mencionar el que comenta Ray Kurzweil, directivo de Google, quien sostiene que para 2030 habrá “nanorobots” que ingresarán en nuestro cerebro para darnos una inmersión total en la realidad virtual desde dentro de nuestro sistema nervioso y conectarían nuestra corteza con la “nube”. Se trataría de una expansión inalámbrica de nuestra capacidad al modo como hoy expandimos la capacidad de un teléfono celular<sup>17</sup>.

Por otra parte, el ser humano se equipara con otras formas de vida, en lo que Valera llama un bio-igualitarismo<sup>18</sup>. Se adopta una total simbiosis entre el ser humano y las otras formas de vida, con el reconocimiento de la realidad biológica (*zoe*, vida) como único principio de la realidad. Se trata de una vida entendida sólo en su dimensión material y sin que se reconozca al ser humano ninguna peculiar dignidad. Los debates sobre la personalidad jurídica de los animales parecen ir en esta línea, excediendo los justos reclamos por evitar maltratos y otros abusos e ingresando en el terreno de la igualación de las especies. Lo paradójico es que en esta igualación, en lugar de llamarse la atención sobre la mayor y más grave responsabilidad moral del ser humano en razón de su dignidad, se lo degrada y se lo termina convirtiendo en los hechos en material biológico disponible y operable en función de los intereses biotecnológicos<sup>19</sup>.

15 Widow Lira, J. L. (2015). “Persona humana y Naturaleza: los desafíos del transhumanismo” [en línea]. *Semana Tomista: Persona y Diálogo Interdisciplinar*, XL, 7-11 de septiembre de 2015. Buenos Aires. Sociedad Tomista Argentina. Universidad Católica Argentina. Facultad de Filosofía y Letras. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/persona-naturaleza-transhumanismo-widow.pdf> (último acceso: 19-3-2017).

16 Cf. Valera, L. (2014). “Posthumanism: Beyond Humanism?”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, N° 3, 481-491, 486.

17 Diamandis, P. (2015). “Ray Kurzweil’s Wildest Prediction: Nanobots Will Plug Our Brains Into the Web by the 2030s”. Disponible en <https://singularityhub.com/2015/10/12/ray-kurzweils-wildest-prediction-nanobots-will-plug-our-brains-into-the-web-by-the-2030s/> (último acceso: 7-3-2017).

18 Cf. Valera, L. (2014). “Posthumanism: Beyond Humanism?”. Ob. cit., 481-491, 488.

19 Incluso recientemente se ha llegado a proclamar cierta personalidad jurídica al río Whanganui en Nueva Zelanda, tras un reclamo de la tribu Maorí. (Ver <https://www>.

Podemos mencionar aquí las distintas formas de investigación que apuntan a crear híbridos y quimeras<sup>20</sup>. En las instancias de investigación se habla de quimeras animales (embriones animales a los que se les insertan células humanas durante las primeras etapas de desarrollo); quimeras humanas (embriones humanos a los que se insertan células animales en las primeras etapas de desarrollo); embriones híbridos (embriones creados por mezcla de espermatozoides humanos y óvulos animales, o bien de óvulos humanos y espermatozoides animales); o embriones humanos transgénicos (embriones humanos a los que se insertan genes humanos en las primeras etapas de desarrollo)<sup>21</sup>. Vale aclarar que todas estas investigaciones se refieren a la fase de experimentación y, en general, se prohíbe su utilización para fines reproductivos<sup>22</sup>. Andorno explica que “no hay solamente uno, sino muchos procedimientos que pueden ser etiquetados como ‘mixturas humano-animales’, pero cuya valoración ética y legal no necesariamente es la misma. Algunos son más problemáticos que otros. No es lo mismo implantar células del cerebro humano en cerebros de monos para ver si éstos logran desarrollar habilidades humanas que introducir ciertos genes humanos en vacas para que éstas produzcan leche con las mismas propiedades que la leche materna humana”<sup>23</sup>. Otro caso relevante es el desarrollo de órganos

---

theguardian.com/world/2017/mar/16/new-zealand-river-granted-same-legal-rights-as-human-being - último acceso: 17-3-2017).

20 Por ejemplo, el 5 de agosto de 2016, en Estados Unidos, los Institutos Nacionales de Salud (NIH) anunciaron una propuesta de reforma a las secciones IV y V de los Lineamientos para la Investigación con Células Estaminales Humanas (NIH *Guidelines for Human Stem Cell Research*) que permitiría evaluar y financiar ciertas investigaciones de quimeras entre animales y humanos, a través de la intervención de un comité de asesoramiento especial del Director de los NIH (<http://centrodebioetica.org/2016/08/primer-paso-hacia-financiar-investigacion-con-quimeras-en-estados-unidos/>).

21 Human Fertilisation and Embriology Authority (2007). “Hybrids and Chimeras. A report on the findings of the consultation”. Disponible en [http://www.hfea.gov.uk/docs/Hybrids\\_Report.pdf](http://www.hfea.gov.uk/docs/Hybrids_Report.pdf) (último acceso: 7-3-2017).

22 Enfatizamos nuestra profunda discrepancia con este tipo de experimentos, no sólo por el hecho de generar embriones humanos para fines experimentales, sino además por su destrucción y la mezcla de especies.

23 Andorno, R. (2013). “Presentación en el Coloquio ‘Mensch-Tier-Mischwesen’”, organizado por la Deutsche Forschungsgemeinschaft, DFG, Berlín, 6 de diciembre de 2013. Se puede citar la opinión de la Iglesia Católica en la instrucción *Dignitas Personae* (2008) de la Congregación para la Doctrina de la Fe, que afirma: “Los intentos de hibridación. 33. Recientemente se han utilizado óvulos de animales para la reprogramación de los núcleos de las células somáticas humanas –generalmente llamada clonación híbrida– con el fin de extraer células troncales embrionarias de los embriones resultantes, sin tener que recurrir a la utilización de óvulos humanos. Desde un punto de vista ético, tales procedimientos constituyen una ofensa a la dignidad del ser humano, debido a la mezcla de elementos genéticos humanos y animales capaz de alterar la identidad específica del hombre. El uso eventual de células troncales extraídas de esos embriones puede implicar, además, riesgos aún desconocidos para la

humanos en cuerpos animales para llevar adelante los llamados “xenotrasplantes”.

Se advierte aquí que los poderes sobre el cuerpo no se limitan al cuerpo humano individual, sino que, en base a una cosmovisión de fondo que equipara todo el fenómeno vida, y más aún que equipara todo lo material, el cuerpo queda sujeto a una asimilación a la máquina y la vida animal, y pierde su dignidad ontológica preeminente.

#### **2.4. La utilización del cuerpo en medicina e investigación**

En los apartados anteriores nos referimos a intervenciones para “formar” el cuerpo, o bien para “mejorar” el cuerpo ya formado. Otro grupo de problemáticas ético-jurídicas que involucran al cuerpo surge de las posibilidades de que el mismo sea “dado” para fines médicos o de investigación. Así, podemos citar un estudio del *Nuffield Council on Bioethics*, que reseña las variadas formas en que el cuerpo humano puede ser provisto por una persona para estos. Allí se menciona la dación de sangre y los productos derivados de la sangre, que incluyen las células estaminales derivadas del cordón umbilical o de la médula ósea; los órganos; los tejidos, incluyendo hueso, piel, arterias y córneas; los materiales reproductivos; el alquiler del cuerpo entero en su participación en ensayos clínicos o bien en la maternidad subrogada y el cadáver y sus usos educacionales, de capacitación o de investigación<sup>24</sup>. Esta enunciación permite ver la complejidad de las distintas situaciones, sobre todo si pretendemos buscar una respuesta jurídica unívoca y de fondo a la naturaleza del cuerpo, sus partes o el cadáver.

En tal sentido, los trasplantes de órganos marcaron un nuevo punto de inflexión en la reflexión jurídica sobre el cuerpo humano. En nuestro país, el debate generado por las pretensiones de admitir la compraventa de órganos no encontró mucho eco, en virtud de una casi unánime adhesión al principio de la inenajenabilidad de los órganos humanos. Sin embargo, el tema no es pacífico a nivel global y no son pocos los autores que bregan por levantar la prohibición que pesa sobre la comercialización de órganos. En tal sentido, el mencionado informe del *Nuffield Council* aborda las distintas maneras de gratificación de las entregas de tejidos y órganos, demostrando un enfoque

---

salud, por la presencia de material genético animal en su citoplasma. Exponer conscientemente a un ser humano a estos riesgos es moral y deontológicamente inaceptable” (n. 33).

24 Nuffield Council on Bioethics (2014). “Human bodies: donation for medicine and research”. Disponible en [https://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/07/Donation\\_full\\_report.pdf](https://nuffieldbioethics.org/wp-content/uploads/2014/07/Donation_full_report.pdf) (último acceso: 7-3-2017).

patrimonialista que, a nuestro entender, no resulta compatible con las exigencias de la vida humana.

Otro debate sobre el cuerpo se refiere a la llamada regla del “dador muerto”. En los últimos años, surgieron varios estudios que apuntan a revisar esta regla, yendo incluso más allá del debate en torno a la muerte encefálica y pretendiendo que se autorice la extracción de órganos a personas en coma profundo, aunque ello signifique provocar su muerte<sup>25</sup>.

En línea con los trasplantes y sobre todo a partir de la escasez de órganos, las investigaciones se han orientado a la generación de tejidos humanos. De hecho, la reforma de 2006 a la Ley N° 24.193 de trasplantes, además de incorporar el polémico consentimiento presunto para todas las personas que fallecen, supuso dotar al INCUCAI de potestad para intervenir en todo lo referido a los trasplantes de tejidos humanos. El tema se vincula con las llamadas “células madre” y nuevamente el cuerpo humano está en juego. ¿Qué naturaleza jurídica tienen los tejidos humanos separados del cuerpo?

Los cultivos de células o los tejidos humanos pueden tener un valor económico y suscitar nuevos problemas jurídicos, como el que se discutió en “Moore v. Regents of the University of California”<sup>26</sup>, en el que el Sr. Moore cuestionó los beneficios económicos obtenidos por los investigadores que obtuvieron una patente a partir de células originadas en el bazo que le habían extraído previamente. Para la Suprema Corte de California, el bazo de Moore no era su propiedad y las líneas celulares eran propiedad de los investigadores que las crearon. A Moore se le reconocieron derechos por violación del deber de confianza y por falta de consentimiento informado, pero no se admitió su reclamo para participar de las ganancias generadas por la patente.

Otro caso vinculado con la procreación y el cuerpo humano es el de la maternidad subrogada. Allí se pacta el servicio de llevar adelante la gestación y entregar el niño al nacer. Aquí el cuerpo de la madre es ofrecido como mera incubadora biológica, mientras que el niño mismo se transforma en el objeto de un contrato. Este tipo de acuerdos sólo tiene como diferencia con la compra de bebés el hecho de que se abona a un médico o una clínica por la intermediación técnica anterior a la concepción. Desde el punto de vista ético-jurídico, se trata de un objeto que contradice los principios morales, pero que además en la experiencia internacional ha generado nuevas e inadmisibles formas de explotación de mujeres.

25 Ver, por ejemplo, Nair-Collins, M.; Green, S. R.; Sutin, A. R. (2014). “Abandoning the dead donor rule? A national survey of public views on death and organ donation”. En *Journal of Medical Ethics*. Published Online First: 26 September 2014. doi: 10.1136/medethics-2014-102229.

26 “Moore v. Regents of the University of California”, 793 P.2d 479 (Ca. 1990).

Sobre el cadáver existen algunos nuevos desafíos, tales como los relativos al consentimiento presunto para la ablación de órganos, a las investigaciones científicas a partir de órganos de personas fallecidas y al lugar de las familias en la toma de decisiones.

## **2.5. Los datos del cuerpo**

La capacidad de descifrar los códigos biológicos en alianza con las tecnologías informáticas y de la comunicación genera un creciente interés por los datos del cuerpo. En efecto, a través de múltiples canales se ha lanzado una carrera para contar con la información de la salud de la persona. Aplicaciones en teléfonos celulares o estudios directos al consumidor recolectan datos personales y alimentan grandes bases de datos sobre la biología de una persona.

La genética, en tanto que codifica las bases biológicas de la vida en la secuencia del ADN, contribuye significativamente a instalar esta idea del cuerpo reducido a datos y, por tanto, a materia operable y sistematizable. Desde ya que la idea de un determinismo genético ha demostrado ser equivocada y que hoy se estudian los elementos epigenéticos para indagar las causas de expresiones fenotípicas. Pero no deja de ser cierto que lo genético es en muchos sentidos decisivo para la vida biológica y conocer el código genético aporta valiosa información sobre la persona.

Esta carrera por acumular datos responde a distintos intereses. Por un lado, se busca un monitoreo constante de las personas para poder prevenir enfermedades o incidentes de salud. A su vez, la acumulación de datos personales brinda valiosa información para la toma de decisiones terapéuticas y preventivas. En tal sentido, se avanza en línea hacia una medicina personalizada, donde los fármacos y otras intervenciones se pudieran acomodar a las peculiaridades genéticas de cada uno.

La acumulación de información genética es también vital para mejorar los instrumentos diagnósticos y terapéuticos. En efecto, si se trata de establecer asociaciones y buscar patrones de normalidad entre las variantes genéticas humanas, no es lo mismo contar con una base de 3.000 casos de algún cáncer hereditario, que comparar 10.000.000 de casos. Esa necesidad de acumular información para comparar y estandarizar asociaciones entre enfermedades y variantes genéticas, conlleva una multiplicación de las vías a través de las cuales se busca recoger información personal. Además, plantea el decisivo problema del consentimiento y sus alcances. En efecto, una persona puede dar consentimiento para que le realicen un estudio genético por antecedentes familiares de cáncer, pero si ese consentimiento es “amplio” puede estar autorizando al laboratorio o al profesional a que utilice la

muestra o la información a ella asociada para muchos otros estudios, o para compartirla con otros laboratorios, o incluso con empresas.

Así, la carrera por la información tiene un perfil económico y de consumo, en tanto los datos personales permiten llegar con publicidades personalizadas. En el caso “Sorrell v. IMS Health Inc.”<sup>27</sup> se cuestionó la Ley de Confidencialidad de la Prescripción del Estado de Vermont del año 2007 que, entre otras disposiciones, prohibió a los intermediarios del sistema de salud (a modo de ejemplo, las farmacias minoristas) la venta, divulgación o utilización de la información de los médicos con fines de comercialización, salvo que mediare el consentimiento del profesional cuyos datos son empleados. Esta ley fue cuestionada judicialmente y la Corte Suprema de ese país consideró que la norma afectaba la Primera Enmienda.

El problema de la protección de los datos genéticos comprende también el de las muestras, pues como dice Bergel, “todo lo que se diga y se proclame sobre los datos genéticos carecerá de virtualidad en tanto no se proteja la fuente de la cual emanan”<sup>28</sup>. Debemos mencionar que en un fallo de la Corte Europea de Derechos Humanos, “S. and Marper v. The United Kingdom”<sup>29</sup>, se sostuvo que las “muestras biológicas” de una persona son consideradas como “dato” a los fines de la ley de protección de datos personales<sup>30</sup>.

Hay empresas que ofrecen estudios genéticos directos-al-consumidor, de modo que la información es puesta en conocimiento de la persona sin la intervención de un médico. También hay estudios de genética puramente recreacionales, como los que buscan conocer la genealogía. Aquí se aprecia que el mero consentimiento no basta como regulación para una adecuada protección de la dignidad de la persona.

Además, la posibilidad de conocer la secuencia completa de nuestro genoma se va extendiendo y tornando cada vez más fácil, barata y masiva. Ello nos deja ver también que somos seres “genéticamente expuestos”, en el sentido de que nuestro cuerpo va dejando rastros biológicos que, con la secuencia completa del genoma humano y la accesibilidad de los medios informáticos de procesamiento de datos, pueden ser utilizados en muchos sentidos. El principal peligro es el de la discriminación por el conocimiento

27 “Sorrell v. IMS Health Inc.”, No. 10-779 131 S.Ct. 2653 (2011).

28 Bergel, S. D. (2011). “Aportes para un estatuto de las partes separadas del cuerpo”. En *La Ley* 13-7-2011, 1 - *La Ley* 2011-D, 844.

29 Corte Europea de Derechos Humanos (2008). “S. and Marper v. The United Kingdom” (App nro. 30562/04), 4 de diciembre de 2008.

30 Ver Bygrave, L. A. (2010). “The Body as Data? Biobank Regulation via the ‘Back Door’ of Data Protection Law”. En *Law, Innovation and Technology*, vol. 2, N° 1, 1-25 (quien explica el caso y las implicancias de esa frase que señala que las muestras biológicas son “datos” a los fines de la ley de protección de la privacidad).

de información personal sensible, como puede ser la existencia de un diagnóstico de una enfermedad genética, o de una mera predisposición<sup>31</sup>.

Algunos, en una visión materialista extrema, llegan a entender al cuerpo como una suma de algoritmos<sup>32</sup>. En este sentido, el cuerpo humano deja de ser la persona y es entendido como “una superficie donde múltiples e intercambiables códigos informacionales se pueden encontrar, desde el código genético hasta el código tecnológico<sup>33</sup>. En última instancia, el mundo se convierte en un problema de codificación y la única amenaza real es la interrupción de la comunicación<sup>34</sup>.

La expansión de los usos de los datos supone nuevos desafíos que sobrepasan regulaciones de privacidad y protección de datos personales. En efecto, podemos preguntarnos si basta con el consentimiento informado para la protección de los datos, por ejemplo, en el caso de las aplicaciones de salud para teléfonos celulares, cuando es sabido que muchísimos usuarios de telefonía celular aceptan aplicaciones sin leer los términos y condiciones de uso y políticas de privacidad de los programas.

Jurídicamente, algunos proponen la “anonimización” de las muestras e información genética, pero ello ha resultado infructuoso ante las cada vez más sofisticadas formas de quebrar la confidencialidad de la información<sup>35</sup>.

Un problema jurídico adicional se refiere a la propiedad de la información genética. Algunos plantean una propiedad pública de la información genética personal a través de un deber de contribuir a la conformación de bases de datos públicas para el conocimiento y el manejo diagnóstico y terapéutico de enfermedades.

## **2.6. El reemplazo del cuerpo**

Esta presentación descriptiva de las múltiples cuestiones éticas y jurídicas que tienen como protagonista al cuerpo humano se completa con

31 Otlowski, M.; Taylor, S.; Bombard, Y. (2012). “Genetic Discrimination: International Perspectives”. En *Annual Review of Genomics & Human Genetics*, Vol. 13, 433-454. 40p. doi: 10.1146/annurev-genom-090711-163800.

32 Lafferriere, J. N. (2017). “¿Los seres humanos somos meros ‘algoritmos’? Una reflexión crítica sobre el libro ‘Homo Deus. Breve historia del mañana’”. En *El Derecho*, en prensa.

33 Colombetti, E. (2014). “Contemporary Post-humanism: Technological and Human Singularity”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, N° 3, 367-377, 372.

34 Ídem.

35 Ahn, S. (2015). “Whose Genome is it Anyway? Re-Identification and Privacy Protection in Public and Participatory Genomics”. En *San Diego Law Review*, Vol. 52, 751; Ohm, P. (2010). “Broken Promises Of Privacy: Responding To The Surprising Failure Of Anonymization”. En *UCLA Law Review*, Vol. 57, 1701.

las visiones que consideran al cuerpo humano como si fuera una máquina, por cierto bastante defectuosa. Se trata de visiones dualistas extremas que buscan “superar los límites” del cuerpo, no sólo a través de su modificación, sino incluso reemplazándolo. Hayles sostiene que el cuerpo humano es la prótesis original que hemos aprendido a manipular, de modo que extender o reemplazar esa prótesis sólo es un paso más del proceso que se inició cuando nacimos<sup>36</sup>. Así llegamos a considerar al cuerpo como un soporte físico reemplazable.

En conexión con estas posturas, algunos especulan con una suerte de “conservación digital” de la memoria e información personal para su traslado a “otro” cuerpo o a una realidad “virtual” que se sirva luego de las cosas para realizar sus fines.

### **3. Los principios jurídicos implicados en la consideración jurídica del cuerpo humano**

#### ***3.1. La dignidad humana y el cuerpo humano***

Desde la perspectiva jurídica, el desafío antropológico es claro y de fondo. ¿Qué es la persona? ¿Qué es el cuerpo? ¿Cuáles son los principios que rigen las intervenciones sobre el cuerpo humano? Sin claras respuestas a estos interrogantes no se puede abordar toda esta compleja problemática. A continuación, proponemos reflexiones sobre la dignidad humana y sus implicaciones en relación a la dimensión corporal de la persona y un análisis de las teorías que sostienen que el cuerpo sería “propiedad” de la persona.

Para responder a estas tendencias, el punto de partida es la dignidad de la persona humana<sup>37</sup>. Desde ya, no entraremos a considerar todas las cuestiones antropológicas que subyacen al problema de la dignidad. Nos focalizaremos en la relación entre dignidad y cuerpo humano. Así, es necesario recordar que el cuerpo es la persona misma. Somos nuestro cuerpo. “El comienzo de la existencia de cualquiera de nosotros no es un pensamiento, sino la aparición de un cuerpo concreto con sus límites, fronteras, potencialidades y rasgos [...] Cuando algo ocurre a nuestro cuerpo, nos ocurre a

36 Hayles, K. (1999). *How We Became Posthuman? Virtual Bodies in Cybernetics, Literature and Informatics*. Chicago. University of Chicago Press, citado por Colombetti, E. (2014). Ob. cit., 371.

37 Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los Derechos Humanos. Una introducción al pensar analógico*. Bogotá. Editorial Temis S.A. - Universidad de La Sabana, 162-173.

nosotros, no a una herramienta nuestra”<sup>38</sup>. De allí que podamos diferenciar entre daño al cuerpo y daño a la propiedad<sup>39</sup>.

La dignidad de la persona comprende tanto su dimensión espiritual como corporal. Tomás Melendo afirma: “[...] según la doctrina clásica, la índole espiritual del alma le permite recibir en sí el nobilísimo acto de ser que confiere a todo el sujeto personal humano su peculiar realeza, y darlo a participar al cuerpo, elevándolo de esta suerte hasta el rango ontológico propio de los espíritus. El mismo ser que pertenece al alma, por tanto, lo comunica ésta al cuerpo que informa y al que, por decirlo de algún modo, integra dentro de sí. Por eso el hombre propiamente no tiene un cuerpo, sino que lo es; y por eso semejante cuerpo goza, participadamente, de la misma dignidad constitutiva que corresponde al alma y; por ella, a la persona toda: es un cuerpo personal”<sup>40</sup>.

La mayor paradoja de esta situación es que no pocas veces la dignidad humana se presenta como justificación de las acciones de búsqueda de mejora y trascendencia del ser humano<sup>41</sup>. Sin embargo, ello supone una errónea concepción de la dignidad, de base materialista y horizontes inmanentes a lo corporal. Animado por las notables adquisiciones tecnológicas, el ser humano pretende un control total sobre su condición corporal, a fin de erradicar por completo su esencial “vulnerabilidad”. Pero ello no sólo no es posible, sino que supondría nuevas formas de afectación de la dignidad humana.

Al respecto, podemos constatar que las teorías que postulan que la dignidad humana encuentra su fundamento en la autonomía personal resultan funcionales para justificar una aproximación dualista y convertir al cuerpo humano en material biológico disponible para el ejercicio de la autonomía. Si la persona sólo se define por los estados de conciencia, se considera que lo corporal no entra en su definición, y el respeto al hombre –su dignidad– se convierte en una propiedad estrictamente ligada al ejercicio de una racionalidad<sup>42</sup>. Sobre las raíces de estas posturas, tanto en su vinculación con la modernidad como con la posmodernidad, Pastor y García Cuadrado realizan un interesante estudio<sup>43</sup>.

38 Colombetti, E. (2014). Ob. cit., 373.

39 Ibídem, 374.

40 Melendo, T. (1994). “Dignidad humana y libertad en la bioética”. En *Cuadernos de Bioética*, Nros. 1º-2º, 74.

41 Bostrom, N. (2008). “Dignity and Enhancement”. En *Human Dignity and Bioethics: Essays Commissioned by The President’s Council On Bioethics*, 173. Disponible en [https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human\\_dignity/](https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcbe/reports/human_dignity/) (último acceso: 19-3-2017).

42 Cf. Pastor, L. M.; García Cuadrado, J. Á. (2014). “Modernidad y postmodernidad en la génesis del transhumanismo-posthumanismo”. En *Cuadernos de Bioética*, Vol. XXV, N° 3, 1-15.

43 Pastor, L. M.; García Cuadrado, J. Á. (2014). Ob. cit., 14.

Estas posturas incurren en un dualismo antropológico que termina anulando la misma dimensión espiritual y se convierte en un materialismo. Algunas visiones radicalizadas basadas en las neurociencias también pretenden explicar toda la realidad e incluso llegan a considerar a la misma libertad como causada por fenómenos físicos<sup>44</sup>. Este reduccionismo materialista conduce a la eliminación de lo humano y a su equiparación a todo el fenómeno vida sin distinciones. Los seres humanos pierden su especificidad y su dignidad y quedan reducidos a meros conjuntos de algoritmos que operan más complejamente que otros, pero sin una peculiaridad que los distinga.

Nuestra corporalidad está afectada por los límites del dolor, la enfermedad y la muerte<sup>45</sup>. El dilema que comienza a asomar en nuestro horizonte es el de la irrupción de una pretensión biotecnológica de superación de lo corporal y, por tanto, de lo contingente. Ya no se trata de la legítima búsqueda de la curación de enfermedades o el alivio del dolor, sino que se busca la mejora y la inmortalidad en esta vida.

Además, la corporalidad nos enseña que somos seres esencialmente dependientes. Somos generados por otros, aprendemos un lenguaje en una comunidad de hablantes, necesitamos ayuda y cuidados para poner en juego nuestras capacidades. Venimos de una relación y necesitamos relaciones para nuestro desarrollo y florecimiento. Estas ideas contrastan con la visión de un sujeto completamente autónomo y que se autorrealiza<sup>46</sup>. De allí que la corporalidad sea esencial para comprender todo el fenómeno de lo humano y, sobre todo, de la transmisión de la vida. Existe una solidaridad humana que también encuentra su fundamento en la compartida realidad condicionada y limitada por lo corporal.

También la esencial sexualidad del cuerpo humano guarda relación con la dignidad, en tanto el ser persona se expresa en una dimensión relacional que encuentra en la complementariedad entre varón y mujer su forma más acabada en este mundo<sup>47</sup>. Pretender eliminar la diferencia se-

44 Sobre el tema ver Martínez Barrera, J. (2011). "Alma, cuerpo y mente: Santo Tomás y algunos contemporáneos" [en línea]. En *Sapientia*, Vol. 67, 229-230. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/alma-cuerpo-mente-santo-tomas.pdf> (último acceso: 19-3-2017).

45 No profundizamos aquí el hecho de que esta limitación no obedece a la creación sino al pecado original, que significó la pérdida de los dones preternaturales: "[...] inmortalidad (inmunidad a la muerte), impasibilidad (inmunidad al dolor), integridad (inmunidad a los deseos desordenados) y dominio perfecto sobre las cosas del mundo" [Forment, E. (2015). "El acto de ser en la distinción hombre y persona de Santo Tomás de Aquino" (en línea). En *Sapientia*, Vol. 71, Fasc. 237, 9. Disponible en <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/acto-ser-distincion-hombre-persona.pdf> - último acceso: 19-3-2017].

46 Colombetti, E. (2014). Ob. cit., 374.

47 "La masculinidad y feminidad no son diferencias de dos especies, sino dos modos de

xual por ley supone una concepción antropológica materialista que pierde de vista las especificidades de la dignidad humana y convierte al cuerpo en materia operable y manipulable en función de la pura voluntad.

De ese carácter sexuado también se derivan consecuencias vinculadas con la transmisión de la vida humana, pues la procreación no es el fruto de un hacer técnico, sino el don de una mutua donación de los esposos que se abren a la vida por la unión integral de las personas que forman “una sola carne”. En este punto, es necesario retomar la reflexión crítica sobre las técnicas que intermedian en la procreación humana. Los desarrollos recientes han mostrado que los temores expresados por la Iglesia Católica en 1987, en el sentido de una afectación de la dignidad de la vida naciente, se han visto confirmados por la expansión del deseo reproductivo<sup>48</sup>. Hace falta una respuesta humanista integral que no eluda las cuestiones de fondo y que vuelva a poner sobre el tapete las exigencias de la justicia en relación a la procreación y el sentido de responsabilidad que ella encierra.

Con específica referencia a la ingeniería genética, se ha formulado el principio de integridad de la especie humana, que supondría evitar toda modificación genómica provocada deliberadamente por intervenciones humanas. Este principio podemos encontrarlo en el artículo 16-4 del Código Civil francés, según la reforma del año 2004. En este campo, también hay que mencionar el principio de precaución, que reconoce orígenes en el Derecho Ambiental pero que también se aplica al ámbito de la salud. Roberto Andorno ha estudiado el tema y ha precisado las condiciones para su aplicación: “1. Situación de incertidumbre acerca del riesgo; 2. Evaluación científica del riesgo; 3. Perspectiva de un daño grave o irreversible; 4. Proporcionalidad de las medidas; 5. Transparencia de las medidas; 6. Inversión de la carga de la prueba”<sup>49</sup>.

En síntesis, la persona humana es una unidad de cuerpo y alma, que posee una dignidad inherente y ello supone exigencias de justicia expresadas en los principios jurídicos que rigen también las intervenciones biotecnológicas.

---

una misma especie que expresan diferencias de individualidad con las que se realiza dicha especie”. Forment, E. (2015). Ob. cit., 26.

48 Congregación para la Doctrina de la Fe (1987). “Instrucción *Donum Vitae* sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación”, disponible en [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_19870222\\_respect-for-human-life\\_sp.html](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_sp.html) (último acceso: 19-3-2017).

49 Andorno, R. (2004). “Validez del principio de precaución como instrumento jurídico para la prevención y la gestión de riesgos”. En *Principio de precaución, biotecnología y derecho*, Carlos Romeo-Casabona (coord.). Bilbao. Universidad Deusto/Comares, 17-33. Disponible en Id SAIJ: DACF050060<http://www.saij.gob.ar/roberto-andorno-validez-principio-precaucion-como-instrumento-juridico-para-prevencion-gestion-riesgos-dacf050060-2004/123456789-0abc-defg0600-50fcanirtcod> (último acceso: 13-3-2017).

### 3.2. *¿El cuerpo como propiedad?*

Un aspecto particularmente clave es el de la naturaleza jurídica del cuerpo. Hemos dicho que somos nuestro cuerpo. Sin embargo, algunos postulan teorías según las cuales el cuerpo sería una “propiedad” de la persona humana. En este apartado consideraremos sintéticamente estas posturas y procuraremos dar una respuesta a la luz de los principios antes enunciados.

Parece importante advertir que muchos de los planteos que sostienen que el cuerpo es “propiedad” de la persona apuntan a lograr que la persona participe de los beneficios económicos generados por las investigaciones sobre su cuerpo. Así lo sostiene Rao, para quien la pregunta sobre qué ley debe regir el cuerpo humano se vuelve urgente en el contexto de la investigación biomédica actual, que permite la comodificación o comercialización del cuerpo por cualquiera menos por quien provee la materia prima<sup>50</sup>. De allí que se abran múltiples debates sobre el cuerpo como “propiedad”. Por ejemplo, en el sistema inglés, se suele analizar el tema para ver si el plexo de derechos y deberes sobre el cuerpo responden a lo que se denominan “incidentes” de la propiedad (*incidents of ownership*): derecho de poseer, derecho de usar, derecho de administrar, derecho para percibir ingresos, derecho de disponer, derecho de asegurar, derecho de transmitir, derecho a la ausencia de un plazo de duración, derecho a prevenir daños, ejecutabilidad en caso de responsabilidad por deudas y prescriptibilidad<sup>51</sup>.

Ya mencionamos el problema discutido en el “Moore v. Regents of the University of California”<sup>52</sup>. Entiendo que la discusión sobre patentes y beneficios económicos vinculados con los descubrimientos científicos supone un debate propio y profundo, que se puede realizar sin tener que adoptar una posición dualista que considera al cuerpo como propiedad. La perspectiva del bien común y la justicia, como regulación de las relaciones de alteridad, ofrece un marco adecuado para resolver cuál es el derecho debido a una persona, lo justo, en las relaciones suscitadas por los descubrimientos biotecnológicos.

Por otra parte, la concepción del cuerpo como propiedad en el contexto del creciente poder biotecnológico se constituye en un marco teórico funcional a la profundización de desigualdades sociales. Como lo señala agudamente Núñez Ladevéze, “la exaltación del derecho de propiedad del propio cuerpo se ha convertido en el fundamento de la moral infundamentada, jus-

50 Rao, R. (2007). “Genes and Spleens: Property, Contract, or Privacy Rights in the Human Body?”. En *Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 35, 371-382.

51 Wall, J. (2011). “The Legal Status of Body Parts: A Framework”. En *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31, N° 4, 783-804, 785.

52 “Moore v. Regents of the University of California”, 793 P.2d 479 (Ca. 1990).

tamente el tipo de fundamento moral que necesita el capital para poder convertir en mercadería para el consumo cuanto produzca rendimientos sin necesidad de tener que rendir cuentas ante ningún tribunal”<sup>53</sup>. Este autor advierte luego sobre los riesgos a los que conduce este liberalismo extremo en relación a la manipulación genética del cuerpo: “No es arriesgado pensar que a la hora de la verdad, de la verdad práctica, solo los situados en una posición de ventaja basada casi exclusivamente en la capacidad económica y patrimonial, porque esa selección genética solo será accesible a quienes posean los recursos suficientes para costearla, podrán pagar los procesos de selección de rasgos genéticos hereditarios, y no habrá modo de evitar que el resultado de ese proceso sea asegurar la supremacía racial de una estirpe adinerada sobre las demás”<sup>54</sup>. De allí que enfatice la importancia de reconocer que “todo ser humano es, por pertenecer a la especie de los hombres, desde el punto de vista moral, digno de ser legalmente protegido por la ley jurídica. Y, por la misma razón, la ley ha de asegurar que esa unidad natural de la especie no sea modificada por prácticas eugenésicas selectivas de las que pueda derivarse una discriminación entre razas o una puerta que dé paso a la diversificación de una especie única en diversas especies”<sup>55</sup>.

Pensamos que la cuestión de la naturaleza jurídica del cuerpo es inescindible de la cuestión sobre el estatuto jurídico del ser humano. El ser humano es persona. El cuerpo humano es la persona humana. No hay lugar para enfoques dualistas. Es una exigencia del principio de justicia. Como dice Herrera: “[...] el hombre no es espíritu puro, ni alma espiritual encarcelada en un cuerpo, como tampoco es sólo materia, sino que es una unidad sustancial de cuerpo y alma, o sea, cuerpo animado y alma incorporada”<sup>56</sup>.

La teoría de los actos y derechos personalísimos puede dar una respuesta a algunos de los problemas planteados anteriormente en forma consistente con la concepción que considera a la persona como una unidad de cuerpo y alma, al intentar conjugar la dignidad personal, que incluye la dimensión corporal como inseparable de la espiritual, con los actos y derechos que corresponden a la persona en grado sumo (personalísimos), porque se refieren a dimensiones fundamentales de su existencia<sup>57</sup>. Desde ya que puede darse una regulación civil que no respete la dignidad corporal, como si se

53 Núñez Ladevéze, L. (2005). “De la propiedad del cuerpo y la ética de la especie”. En *Persona y Derecho*, Vol. 52, 189-218, 199.

54 *Ibíd.*, 204.

55 *Ibíd.*, 217.

56 Herrera, D. A. (2012). *La persona y el fundamento de los Derechos Humanos*. Ob. cit., 377.

57 Sobre el tema, ver el completo y actualizado estudio: Navarro Floria, J. G. (2016). *Los derechos personalísimos*. Buenos Aires. El Derecho.

pretendiera instituir el aborto como un “derecho personalísimo”, pero sería un caso de una ley injusta que no reflejaría las exigencias de la Ley Natural. En el fondo, siempre subsiste el mismo problema: el Derecho tiene un fundamento fuerte en una Ley Natural o se convierte en una mera convención que puede ser cambiada en función de intereses o voluntades particulares.

#### **4. Proyecciones jurídicas de la dignidad humana para los desafíos biotecnológicos vinculados con el cuerpo humano**

A la luz de los desarrollos anteriores, podemos a continuación esbozar algunas de las proyecciones jurídicas que tiene reconocer la dignidad de la persona en su dimensión corpórea ante los desafíos biotecnológicos. En este sentido, procuraremos también una referencia a la situación normativa argentina, para señalar aspectos que resultan coherentes con los principios jurídicos y aspectos que no lo son.

a) La primera consecuencia del reconocimiento de la dignidad humana es el reconocimiento de su carácter de persona para el Derecho desde el primer momento en que se forma el cuerpo, la fecundación, hasta la muerte natural. El embrión es persona porque ya constituye un cuerpo humano nuevo, distinto al de su padre y su madre, que se desarrolla según un plan definido y con criterios de coordinación, autonomía y gradualidad. Reconocer al ser humano como persona es la primera exigencia de justicia y la más básica forma de prevenir abusos y manipulaciones del cuerpo humano.

En el Derecho argentino, existe una larga tradición jurídica de reconocimiento de la personalidad desde la concepción. El nuevo Código Civil y Comercial lo ratifica en su artículo 19, más allá de las controversias suscitadas por el debate de los embriones humanos “no implantados”. Entendemos que el término “concepción” debe ser interpretado como equivalente a la fecundación. Igualmente, el artículo 51, CCC, se presenta como un criterio hermenéutico decisivo y otorga centralidad a la dignidad humana: “Artículo 51.- *Inviolabilidad de la persona humana*. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”.

b) En íntima conexión con el reconocimiento del ser humano como persona, es una exigencia de justicia el respeto a la inviolabilidad de la vida humana y su integridad física. En este punto, se advierte que algunos autores parecen proclamar un carácter relativo del derecho a la vida, como si la vida pudiera ser disponible para el logro de objetivos biotecnológicos. El fallo “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, de la Corte Interamericana de

Derechos Humanos (28-11-2012), se inscribe en esta línea y ha sido objeto de justificadas críticas por tal postura<sup>58</sup>. Algo similar podría decirse del fallo “F.A.L.”, de la Corte Suprema de Justicia (13-3-2012)<sup>59</sup>. Si la vida no tiene valor absoluto, entonces el poder biotecnológico puede manipularla a su arbitrio y ceden los límites más primarios de protección del ser humano en su dignidad personal.

En este punto, nuestra legislación tiene una larga tradición de respeto al derecho a la vida y no profundizaremos el tema por exceder los alcances de este trabajo<sup>60</sup>.

c) La necesidad de adoptar una visión no patrimonialista del cuerpo se presenta como otra exigencia de justicia en esta materia. En efecto, ante esta creciente manipulación del cuerpo y la multiplicación de intereses económicos que lucran con él, aparece necesario que el Derecho reafirme que el cuerpo es la persona y que en razón de la dignidad humana, una persona no puede ser objeto de contratos ni objeto de propiedad. Igualmente, el estatuto jurídico de las partes del cuerpo que se separan de él se presenta como una cuestión abierta y que requiere nuevas profundizaciones. Como sostiene Tobías, si las partes separadas del cuerpo son susceptibles de ser reinsertadas en él, “no pierden su unidad funcional con el cuerpo de origen, manteniendo su estatus jurídico, es decir, su condición de cuerpo humano”<sup>61</sup>. Respecto a las partes que no se pueden volver a insertar, creemos que no pueden recibir un tratamiento de cosas y mucho menos ser objeto de los contratos. En cuanto a las utilidades económicas obtenidas a partir del propio cuerpo (“HeLa cells” y otros casos), Tobías sostiene que la extrapatrimonialidad no rige cuando han experimentado transformaciones o cambios por procedimientos que alteran su sustancia inicial<sup>62</sup>. Al respecto, junto con la firme exigencia de un uso conforme a principios de moral y el requisito del consentimiento, también creemos que hay que recurrir a nuevas formas de distribución de los resultados de las investigaciones.

58 Herrera, D. A.; Lafferriere, J. N. (2013). “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”. En *La Ley Suplemento Constitucional*, Vol. abril, 9-4-2013, 16-26, *La Ley* 2013-B.

59 Lafferriere, J. N. (2012). “Retrosceso del derecho humano a la vida en un fallo de la CSJN sobre aborto”. En *La Ley*, Tomo 2012-B, 271-276.

60 En la redacción del CCC no se incluyó una norma sobre protección de la vida, aunque hay varias normas que presuponen el respeto de ese derecho, como los artículos 54, 56, 57 y concordantes [Ver Navarro Floria, J. G. (2016). Ob. cit., 31-59].

61 Tobías, J. W. (2013). Loc. cit.

62 *Ibidem*.

En el Derecho argentino, el artículo 17 del CCC<sup>63</sup> va en esta línea, aunque su redacción presenta algunos defectos que sería bueno subsanar, especialmente cuando habla de “derechos sobre el cuerpo”, adoptando una posición algo “dualista”, que parece considerar al cuerpo como algo distinto o externo a la “persona”. Al respecto, Tobías sostiene: “Del texto del artículo 17 y sus fundamentos se puede deducir, a mi juicio, que se ha recogido uno de los significados que se atribuyen al artículo 16.1 del Código Civil francés: el de que el objeto del derecho sobre las partes del cuerpo versa sobre ‘bienes’ carentes de connotaciones patrimoniales, aunque calificados, además, por finalidades específicas constitutivas de ‘valores que califican la noción de bien como un elemento de tipicidad’ (fundamentos). De ahí que se estaría en el ámbito de un derecho personalísimo sobre el cuerpo y sus partes”<sup>64</sup>. Esta aproximación no patrimonial al cuerpo la encontramos también en la Ley N° 22.990 de sangre<sup>65</sup>, la Ley N° 24.193 de ablación e implante de órganos<sup>66</sup> y la Ley N° 22.481 de patentes<sup>67</sup>.

63 “Artículo 17.- *Derechos sobre el cuerpo humano*. Los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales”.

64 Tobías, J. W. (2013). Loc. cit.

65 Ley N° 22.990, artículos 4°, 15, 43, 52, 91, entre otros. Para Tobías, en tanto el artículo 17, CCC, excluye de la calidad de cosas a las partes separadas del cuerpo, se requiere un nuevo análisis de las consecuencias que ello tiene, por ejemplo, en relación al criterio doctrinario y jurisprudencial que, en relación a la responsabilidad civil del establecimiento donde se recibe y distribuye sangre, considera a éste como dueño o guardián por el hecho de la cosa, aplicando el art. 1113 CC, o bien, la ley de defensa del consumidor [Tobías, J. W. (2013). Loc. cit.].

66 Ley N° 24.193, artículos 27 y 28, entre otros.

67 Ley N° 22.481, artículo 7°. En las Directrices sobre Patentamiento en Argentina (Disposición ANP 73/2013), se reglamenta la disposición anterior y se establece con mayor precisión la no patentabilidad del cuerpo, sus partes o el genoma: “3.2.4. En el área de invenciones biotecnológicas, la siguiente lista de excepciones a la patentabilidad bajo el art. 7° a) LP, vinculada al concepto de ‘orden público’ y ‘moral’, en este campo técnico, es ilustrativa y no-exhaustiva: (a) Procedimientos para clonar seres humanos; Con respecto a esta exclusión, un procedimiento para clonar seres humanos puede definirse como cualquier procedimiento, incluso técnicas de división embrionaria, diseñadas para crear un ser humano con la misma información genética nuclear que otro ser humano vivo o muerto. (b) Procedimientos para modificar la identidad genética de la línea germinal de seres humanos; Por ejemplo: Terapia génica germinal, en la cual la terapia no solo incide en el individuo, sino sobre su descendencia, pues altera o modifica su patrimonio genético. (c) Uso de embriones humanos para propósitos industriales o comerciales. (d) Procesos para modificar la identidad genética de animales que puedan causar sufrimiento al mismo sin un beneficio médico sustancial para el hombre o para el animal. (e) El cuerpo humano, en las distintas etapas de su formación y desarrollo, y el simple descubrimiento de uno de sus elementos, incluso la secuencia total o la secuencia parcial de un gen, no podrán constituir invenciones patentables (ver punto 2.1.7.4). Tales etapas en la formación o desarrollo del cuerpo humano incluyen las células germinales. (f) Los

d) Reconocer jurídicamente el carácter sexuado del cuerpo humano en la complementariedad varón-mujer también se presenta como una proyección de la dignidad de la persona humana. La llamada “perspectiva de género”, en sus visiones radicalmente reduccionistas que consideran que toda diferencia sexual es fruto de la cultura e ignoran la dimensión corporal, contribuye a la consolidación de una mentalidad que reduce el cuerpo humano a mero material biológico operable.

En nuestro país, la Ley N° 26.743 de identidad de género introduce esta visión ideologizada a través de una regulación que adopta la “auto-percepción” como criterio decisivo de registración en relación al sexo. Esta ley torna invisible la dimensión corporal de la sexualidad, que queda subordinada a una concepción radical de la autonomía de la voluntad. Este enfoque merece una crítica más aguda, en tanto involucra a personas menores de edad. Igualmente, la Ley N° 26.618 de matrimonio civil también se inscribe en esta tendencia de quitar relevancia jurídica a la persona en su complementariedad de varón y mujer para que se configure un matrimonio. Responder a este desafío supone una nueva creatividad, cuidando de no incurrir en discriminaciones injustas hacia las personas concretas, pero también preservando los grandes principios antropológicos que configuran a la sociedad y la ordenan al bien común.

e) La limitación jurídica de las técnicas de procreación artificial también es una exigencia de justicia en tanto se trata de mecanismos técnicos de intermediación en la transmisión de la vida que otorgan un poder decisivo para la conformación del cuerpo del nuevo ser humano. Si queremos poner algún límite a los poderes biotecnológicos para que la vida humana no quede sometida a mero material biológico disponible, es necesario evitar que se violente el principio que protege la originalidad de la transmisión de la vida humana. De allí que cuestionemos la licitud misma de las técnicas, sobre todo en tanto permiten seleccionar los gametos, los embriones o bien realizar acciones sobre los embriones en forma extracorpórea.

En nuestro país, la sanción de la Ley N° 26.862 se inscribe en una tendencia liberal desreguladora de estas técnicas, centrándose sólo en la problemática de la cobertura y estableciendo como único límite que las técnicas se aplican para conseguir un embarazo. La regulación del Código Civil y Comercial en lo que refiere a la filiación por estas técnicas sigue la misma línea y es merecedora de críticas de fondo, en relación con lo que ya hemos dicho. Aquí encontramos normas que no resultan consistentes con la dignidad de

---

procedimientos para producir quimeras a partir de células germinales o células totipotenciales de seres humanos y animales”.

la persona humana y que son funcionales al imperativo biotecnológico y sus poderosos intereses.

f) Otra dimensión jurídica a tener en cuenta para encaminar las intervenciones biotecnológicas conforme a una perspectiva ética integral es la incorporación de la moral en la regulación del objeto de los actos jurídicos y los contratos<sup>68</sup>. En efecto, los actos jurídicos que se vinculan con el cuerpo humano tienen que ser respetuosos de la dignidad humana y de la moral. Ello se inserta en una tradición jurídica consolidada y que viene a servir de criterio decisivo ante algunos dilemas actuales. Resulta claro que determinado tipo de actos que toman como objeto al cuerpo humano son contrarios a criterios morales fundamentales, como la pretensión de crear quimeras o híbridos, o la clonación, o el alquiler de vientres.

Sobre este punto, hay que reconocer que el CCC, en el artículo 279, mejoró la redacción del anterior artículo 953 CC, no sólo reiterando el llamado “contenido moral” del acto jurídico, sino incorporando la importancia de la dignidad humana y el orden público. Además, el CCC uniformó la redacción de artículos referidos a la nulidad absoluta (art. 386), a la transmisibilidad de los derechos (art. 398) y a las condiciones prohibidas de los actos jurídicos (art. 344). Esa regulación propia de los actos jurídicos encuentra normas concordantes en la sección dedicada a los contratos, tanto en lo que se refiere a los límites de la libertad de contratación (art. 958) como al objeto de los contratos (art. 1004) y la causa ilícita (art. 1014). No menor importancia para nuestro tema tiene el hecho de que el artículo 957 define al contrato como “el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Ese requisito de “patrimonialidad”, en juego con el artículo 17, CCC, elimina toda posibilidad de que el cuerpo humano sea objeto de contratos. También aparece el elemento moral en el artículo 1796 sobre pago repetible por causa inmoral. Y en el artículo 10 se reitera la norma del anterior artículo 1071 CC, sobre considerar abusivo el ejercicio de un derecho cuando exceda los límites de la moral. Todas estas normas brindan

68 Mazeaud, L. (1953). “Los contratos sobre el cuerpo humano”. En *Anuario De Derecho Civil*, Número 1, 81-93. [https://www.boe.es/publicaciones/anuarios\\_derecho/abrir\\_pdf.php?id=ANU-C-1953-10008100093\\_ANUARIO\\_DE\\_DERECHO\\_CIVIL\\_Los\\_contratos\\_sobre\\_el\\_cuerpo\\_humano](https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1953-10008100093_ANUARIO_DE_DERECHO_CIVIL_Los_contratos_sobre_el_cuerpo_humano) (último acceso: 1-3-2017). En este trabajo, Mazeaud parte de la clásica distinción civilista entre personas y cosas y se preguntaba si ahora la persona humana no estaba dentro del comercio. Su estudio distinguía las convenciones que afectan a la integridad física sin causar ningún daño y las que tienen por objeto causarle un daño. En este caso, distingue los pactos que permiten un daño voluntario y los pactos que permiten un daño involuntario.

un marco jurídico al que recurrir para poder orientar muchas de las intervenciones sobre el cuerpo humano.

g) La regulación de los derechos personalísimos también se presenta como un camino de regulación de las problemáticas jurídicas vinculadas con el cuerpo humano y las biotecnologías. Junto con el reconocimiento de la necesidad del consentimiento informado, se presenta necesario enfatizar la importancia de la licitud moral de las intervenciones y de su conformidad con el bien integral de la persona y los grandes principios de Ley Natural.

En este punto, los artículos 55 y 56 CCC, referidos a la disposición de derechos personalísimos y a los actos de disposición sobre el propio cuerpo, específicamente señalan a la “moral” como límite de la autonomía de la voluntad. Igualmente, el artículo 59 se refiere al consentimiento informado, aunque se puede advertir cierta impronta de absolutización de la autonomía de la voluntad, sobre todo en lo que se refiere a las intervenciones sobre el final de la vida, referidas a alimentación e hidratación de pacientes terminales, en menoscabo del derecho a la vida.

h) Las investigaciones sobre personas humanas poseen una importancia decisiva en esta situación de expansión biotecnológica sobre el cuerpo humano. Al respecto, sabemos bien cómo se han ido consolidando criterios y procedimientos para que estas investigaciones se desarrollen conforme a la dignidad humana y los Derechos Humanos. El respeto a la vida, la finalidad terapéutica, la proporcionalidad entre riesgos y beneficios, la conformidad con principios de moral, la necesidad de un consentimiento informado, la existencia de protocolos, la intervención de un comité de ética, la participación de las personas implicadas en los beneficios de la investigación, entre otros, son algunos de esos criterios básicos. En concreto, la distinción entre biotecnologías orientadas a la curación y las que apuntan a la mejora se presenta como uno de los más complejos asuntos a regular. Con respecto a algunas tecnologías concretas, como la edición genética humana, hay exigencias de justicia que señalan la necesidad de prohibición de esta técnica aplicada a gametos o embriones. En esta materia, es igualmente necesaria la adopción del principio de precaución con las condiciones antes explicadas. Las prohibiciones también tienen que referirse a los distintos supuestos de hibridación, ya sea por combinación con las tecnologías o con otras formas vivas, como animales.

En nuestro país, el artículo 58 CCC brinda criterios mínimos en cuanto a la investigación en seres humanos, aunque su redacción podría ser mejorada<sup>69</sup>. El tema es muy difícil de legislar con normas generales, porque

69 Ver Navarro Floria, J. G. (2016). Loc. cit.

muchos aspectos se juegan en la regulación concreta de cada protocolo. Existe una resolución general del Ministerio de Salud (N° 1.480/2011), disposiciones de la ANMAT y regulaciones provinciales, en lo que configura un complejo panorama jurídico. El artículo 57 CCC resulta una norma de fundamental importancia, en tanto prohíbe toda práctica destinada a producir una alteración genética del embrión que se transmite a su descendencia. Ya hemos mencionado la Ley de Patentes, que excluye al cuerpo humano y al genoma de la patentabilidad. De las prohibiciones de esa ley también podemos extraer criterios éticos estrictos para los procesos de investigación que involucran a seres humanos.

También hace falta una ley específica sobre las investigaciones relacionadas con células madre, especialmente ante la difusión de algunos experimentos sin resultados positivos comprobados y sin las debidas aprobaciones. Este tema es hoy regulado en Argentina por el INCUCAI, en razón de la reforma de la Ley N° 24.193, que le confirió autoridad para intervenir en lo relativo a los trasplantes de tejidos humanos.

i) Otra dimensión jurídica a considerar para una adecuada protección del cuerpo humano es la que refiere a la necesidad de dar garantías ajustadas a la confidencialidad y privacidad de las muestras biológicas y la información relativa al cuerpo, ya sea de salud, genética o de otro tipo. Se trata de otro tema complejo, que concierne a los médicos y hospitales, a los equipos de investigación, a los empleadores y las aseguradoras de riesgos de trabajo, a las obras sociales y empresas de medicina prepaga, a las aseguradoras y todos aquéllos que administran bases de datos. Un problema particularmente grave es la difusión de los estudios “directos-al-consumidor”, realizados fuera de la relación médico-paciente. Esta carrera por los datos también se hace presente a través de las aplicaciones de telefonía celular y de todos los dispositivos que se conectan a internet, en lo que se llama “internet de las cosas”.

En nuestro país, la Ley N° 25.326 ofrece un primer marco normativo de protección de la confidencialidad y la privacidad. En el mismo sentido encontramos la Ley N° 26.529 de derechos del paciente. También hay algunas normas que apuntan a evitar la discriminación genética, destacándose una en la Ciudad de Buenos Aires (Ley N° 712). La mencionada Resolución N° 1.480/2011 del Ministerio de Salud sobre investigaciones en seres humanos regula con detalle lo relativo a la información genética. Pero estas normas no terminan de regular todo lo relativo a las nuevas situaciones en que, abusando de la confianza de los consumidores, se obtiene un amplio consentimiento para usos de su información de salud o genética sin adecuados controles y regulaciones.

j) Sobre la problemática jurídica del uso del cadáver ya existe una mayor reflexión jurídica. Entendemos que hace falta reafirmar la esencial gratuidad de la dación de órganos y, sobre todo, la necesidad de un consentimiento informado de la persona en forma previa a la decisión, junto con el reconocimiento del lugar de la familia en este proceso. A nivel global, no menor importancia tiene reafirmar la importancia del principio de muerte previa a la dación de órganos.

Al respecto, en la última reforma de la Ley N° 24.193 de ablación e implante de órganos, se instituyó el llamado “consentimiento presunto”. Este paso significó una cierta “apropiación” del Estado sobre el destino del cuerpo. Se presume que todos somos dadores de órganos, salvo que manifestemos la oposición. El otro elemento de interés de esa reforma fue explicitar los distintos destinos que se puede dar al cuerpo: “[...] implante en seres humanos vivos o con fines de estudio o investigación” (art. 19, Ley N° 24.193, texto según Ley N° 26.066). También hay que señalar con preocupación que se está abriendo camino, por vía jurisprudencial, para un levantamiento de la prohibición de dación de órganos por personas que no sean familiares. Estos casos, que pueden ser entendibles en razón de una equidad bien discernida que tome en cuenta las características de una situación concreta, pueden llegar a ser usados para relajar las sólidas normas que buscan prevenir formas de tráfico de órganos. El debate aquí se plantea en el campo judicial, por el momento.

k) Finalmente, ante la posibilidad de un direccionamiento de los recursos económicos hacia desarrollos biotecnológicos para una medicina del deseo y de la mejora del cuerpo, también se presenta como un desafío la dimensión de justicia distributiva en la asignación de recursos de salud, especialmente de cara a que no se produzca un abandono de las inversiones y asignaciones de salud más básicas y necesarias para la vida de la mayoría de la población. Es decir, consolidar un sistema de salud que supere la visión individualista extrema y se abra a la dimensión social, especialmente ante las situaciones de mayor vulnerabilidad.

El debate por los recursos es particularmente urgente en nuestro país, ya sea por la consolidación de la judicialización como camino para la obtención de prestaciones de salud, como por la multiplicación de leyes de cobertura sin criterios políticos de fondo. En este sentido, podemos señalar la Ley N° 26.862 de cobertura de todas las técnicas de procreación artificial casi sin límites como la mayor desproporción de las políticas legislativas en la materia. El proyecto de ley para la creación de una Agencia Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud, que tendría la misión de actualizar el listado de prestaciones incluidas en el PMO, y que fue presentado en el Congreso durante 2016, resulta una interesante iniciativa y genera una

ocasión para un debate más de fondo sobre la asignación de recursos en salud.

## 5. Conclusiones

Recapitulando lo dicho, el mayor peligro que encierran estas tendencias es la conversión del cuerpo humano, y por ende de la persona, en pura materia biológica disponible y, por tanto, sujeta a la lógica de un mercado de consumo. Las biotecnologías pueden escapar de ese esquema consumista sólo de la mano de una concepción “fuerte” de dignidad humana, que se proyecte sobre el cuerpo y sobre los actos humanos que inciden en el cuerpo, en respeto a las exigencias de la justicia y los principios indisponibles de la Ley Natural. En caso de que así se encaminen, esas biotecnologías pueden dar lugar a grandes avances y mejoras para la persona humana, la familia y la sociedad.

A su vez, estos desarrollos nos permiten sacar una interesante conclusión: si bien la vida física tiene límites y es contingente, es inherente al ser humano un anhelo de eternidad y felicidad. Buscarlo sólo en este mundo, empeñándose en dar inmortalidad al cuerpo, nunca será una respuesta plena a ese anhelo. De allí que la comunión con Dios sea la clave que resuelve estos interrogantes y permite abrirse a la verdadera Vida eterna.

Pero esa comunión con Dios no es puramente espiritual, ni tampoco es el resultado de un esfuerzo ascético personal. Es encuentro con un Dios que nos amó primero y se hizo hombre para que el hombre pudiera entrar a participar de la misma vida de Dios. La fe cristiana nos ofrece un horizonte que purifica y eleva nuestras reflexiones. El llamado a esta vida eterna comprende a todo el ser humano, cuerpo y alma. De allí que los católicos profesemos la fe en la resurrección de la carne y la vida eterna. No es una vana ilusión ni un mito. Es posible por el misterio de la Encarnación y por la Pascua, es decir, por la Muerte y Resurrección de Cristo que nos abre el camino a nuestro destino final: participar de la comunión trinitaria, la Vida verdadera.



## **RECENSIONES**



**Durand Mendioroz, José Eduardo, *Persona, Sociedad y Derecho. Una perspectiva humanista*, Salta, Editorial Virtudes, 2016, 216 páginas.**

Tras la primera lectura de la obra cuya recensión se me ha encomendado, y previo a su análisis puntual, deseo volcar algunas reflexiones que ella me ha generado ya que su estructura supera los cánones corrientes. En efecto, pese a sufrir un desgaste ya secular, el enciclopedismo racionalista aún perdura en nuestros hábitos de estudio. Como consecuencia de este grave desvío, padecemos la fragmentación de la cultura y la insularidad de las ciencias. Nuestro saber jurídico no escapa a las generalidades de la ley, sucediendo otro tanto con la estructura conceptual y pedagógica de las Facultades de Derecho, en las cuales las “materias” se asemejan a cajones de un armario, a veces bien ordenados, pero sin la más mínima ósmosis entre ellos. Entre las muchas causas que han contribuido a este desbarajuste cognitivo se encuentra la pérdida de la Filosofía como fundamento sapiencial de todas las ciencias particulares, incluido el Derecho. Resalta Louis Lachance la existencia de un vínculo fundamental unificador de todas las ciencias y también de las disciplinas y saberes incluidos en ellas, pues si bien cada una cuenta con objetos, principios y métodos, del primer principio tanto teórico como práctico a los principios especiales está el pasaje de lo común a lo propio y no el de las premisas a las conclusiones a modo deductivo. Por lo tanto, hay tantas ciencias como objetos formales de conocimiento, lo que es aplicable también a las áreas abarcadas por el conocimiento jurídico, pero a la vez para que no se produzca la atomización antes apuntada los principios rectores parten de la ciencia de las ciencias: la Filosofía.

Las palabras previas escritas a manera de prólogo apuntan al mérito de la obra, la que ahonda el saber jurídico en una perspectiva sapiencial, pues ya desde el primer capítulo se aborda el tratamiento de la “persona” desde una perspectiva “prejurídica”, la antropología filosófica. A la vez, deseo resaltar una característica a veces olvidada en trabajos de similar tenor: quizá sin que el mismo autor lo advierta, es perceptible que está escrita por quien ha hecho de la praxis del Derecho su quehacer cotidiano, lo que le otorga un sabor específico del cual carece el investigador especulativo, quien

sin perjuicio de aportar su valiosa perspectiva a veces no advierte suficientemente que nuestro objeto de conocimiento es el de una ciencia práctica. El autor, José Eduardo Durand Mendioroz, salva sobradamente esta aporía, pues sin perjuicio de que durante largos años ha sazonado su formación en la Filosofía clásica, o mejor dicho, perenne, como también ha asumido la docencia en áreas cimentadas por la sabiduría griega, romana y cristiana, en Introducción al Derecho, Filosofía del Derecho, Deontología Jurídica y Doctrina Social de la Iglesia, simultáneamente ha ejercido su profesión de abogado y además recorrió la praxis política a través de la función pública como Convencional constituyente de Salta (año 1986) y Diputado provincial, también en su provincia (1987-1991).

El orden de los tres términos del título: “Persona, Sociedad, Derecho” da cuenta de su enfoque desde la Filosofía realista, pues mal puede incursionar en el concepto de Derecho, si previamente no se ha asumido el “problema” del hombre bien resuelto desde una perspectiva “personalista”, la cual difiere del individualismo, al integrarse con el concepto de sociedad asumida como accidente de relación, la cual, si bien difiere de la sustancia, no por ello deja de ser considerada como “accidente necesario”. Así lo entiende Aristóteles, para quien el hombre es un “animal político”, entendiendo a la *polis* como la plenitud de las relaciones sociales. Resulta de interés la prolija distinción entre las doctrinas básicas sobre el tema: materialismo, dualismo y unidad sustancial de alma y cuerpo, siguiendo también así la teoría hilemórfica del estagirita, a lo que agrega el análisis de pensadores contemporáneos, entre ellos, Gustave Thibon, para quien: “Nuestra sensibilidad es la de un ser espiritual, nuestro espíritu es el de un ser sensible”.

En el tratamiento antropológico, destaco de singular valía el abordaje de la sexualidad al destinar un largo acápite al título “Varón y mujer: dos modos de encarar la misma naturaleza”. Es así ya que uno de los aspectos del ser humano que sufre mayor contestación por parte de innumerables doctrinas negadoras de la natural distinción entre hombre y mujer es precisamente la sexualidad, englobadas en lo que genéricamente ha sido dado en llamar “Teoría del género” y resultan sumamente oportunas las referencias a los textos de Blanca Castilla y P. Julio Raúl Méndez.

Al abordar el concepto de persona en sentido jurídico, el autor realiza un minucioso y exhaustivo recorrido, primero, por el análisis semántico del término, su conceptualización filosófica y teológica, y luego, su derrotero histórico hasta la actualidad. Resulta de sumo interés la focalización de lo sucedido desde mitad del siglo pasado, al reconocerse en declaraciones y tratados que todo ser humano es persona en razón de tener una dignidad inherente a su naturaleza y, por ende, el reconocimiento a su personalidad jurídica. Pero a la vez, pone de resalto que determinadas corrientes ideo-

lógicas han utilizado la legislación para desvirtuar el sentido originario y, en consecuencia, “es la ley civil la que define quién es persona en sentido jurídico y quién no”.

Como es de público conocimiento, recientemente se ha producido una transformación jurídica de fuerte impacto en áreas sensibles, como el comienzo de la existencia de la persona, filiación, matrimonio y familia, más allá de otros aspectos más sustanciales, a todo el ordenamiento normativo, como la mayor participación de los jueces, llamado a veces “activismo judicial”, la creación ideológica del llamado “bloque de constitucionalidad”. En lo que se refiere al tema tratado en la obra no hay duda de que se ha producido una sustancial reforma respecto al Código precedente, en primer lugar, mediante la Ley N° 26.862 de “Técnicas de reproducción humana asistida”, en la que permite toda clase de fecundaciones artificiales y el congelamiento de embriones, que serán luego denominados “no implantados”. A partir de su vigencia (1° de agosto de 2015), el Código Civil y Comercial Unificado dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción, pero simultáneamente el artículo 21 del mismo distingue entre “el concebido y el implantado”, y a la vez la Ley N° 26.994 (sancionatoria del Código), en su artículo 9°, dispone, en una de sus cláusulas transitorias (2ª): “[...] la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”, en referencia al artículo 19 ya mencionado.

Lo expuesto ha generado una gran confusión, pero en la práctica jurídica contractual y judicial se opera como si el embrión “no implantado” no tuviera derechos y, por tanto, hoy por hoy y mientras no cambien las políticas actuales, se ha tornado inoperativo el artículo 19. Frente a esta legislación, el autor desarrolla un análisis normativo de suma relevancia, comenzando por las normas de jerarquía constitucional, mencionándose, además de la Constitución Nacional, los tratados incorporados en el artículo 75, inc. 22, y luego, en el análisis de las leyes infraconstitucionales, ahondando las ya indicadas del Código actual. Es de destacar el detallado estudio sobre el término concepción en el que se descalifica a las doctrinas que identifican concepción con anidación. En ese sentido, no se ahorran sólidas críticas a la inconcebible sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo”, que además de dejar de lado pruebas científicas de la causa, asume el rol de legislador al modificar el significado del término, lo cual sólo correspondía a una asamblea convencional de los Estados americanos. Asimismo, pone en descubierto a organizaciones mundiales de relevancia, como *Planned Parenthood*, para quienes lo que se implanta en el útero es una “bola de células”, lo que se acerca más a una burla que a una conclusión biológica, ya que es obvio que lo que recorre el camino de las trompas de Falopio al útero es un cuerpo organizado con cientos de células que ya están diferenciadas.

Previo al estudio sobre el Derecho, el autor desarrolla la ineludible relación entre la *persona* y la *sociedad*. Es inapelable la distinción que marca entre las respuestas individualistas, surgidas en la edad moderna, pues en las culturas grecorromana y cristiana esta concepción era impensada, señalando en aquellas como arquetipos a Thomas Hobbes y Juan Jacobo Rousseau. También reseña las respuestas organicistas-colectivistas que abarcan las organicistas biologicistas, mencionando a Herbert Spencer; a Hegel, desde su idealismo dialéctico; a Comte, que expandió el vocablo positivismo; a Durkheim, que otorgó gran desarrollo a la sociología y a Marx. Todos ellos, creo que como reacción al individualismo triunfante en el siglo XIX, elaboraron teorías en las que de una u otra manera la persona no era más que un engranaje del todo social. Cierra el abanico doctrinario con la “Respuesta superadora del realismo filosófico: el hombre como ser constitutivamente social”. Me detengo en las últimas palabras pues responden con exactitud a lo que muchos autores no advierten lo suficiente: sin olvidar que el ser humano “en sí” es una unidad sustancial de cuerpo y alma espiritual, es indudable que también es constitutivo de la sociedad, ya que ella es un accidente aunque, como dije antes, un accidente sin perjuicio de que reciba el calificativo de “necesario” para lograr la plenitud de las personas.

Merece destacarse también el análisis ontológico que realiza el autor sobre las causas de la *sociedad política* siguiendo también aquí el aporte del “Príncipe” del pensamiento occidental, como Gustave Thibon denominaba a Aristóteles. No hay que buscar demasiadas definiciones en la Filosofía contemporánea pues, para esta perspectiva, el conocimiento de la realidad personal y social tiene por fuente la experiencia empírica o la lógica axiomática (más la primera que la última). La razón es simple, si toda la existencia es “fenómeno” que se conoce por la experiencia, no hay “ser” subsistente que pueda conocerse. Por el contrario, para los clásicos, el objeto de la Filosofía es la realidad y la primera pregunta tiende a develar el origen o *arché*. La respuesta es precisamente la causalidad, que no se limita sólo a la “causa fuente” sino a las “intrínsecas, material y formal”, y que culmina en la final, que en el orden a la acción ejerce, a su vez, la función de los primeros principios, ya que es el fin que se propone ejecutar el agente. En el caso, se detalla con sencillez pero concisamente la definición y características del bien común.

La segunda parte de la obra entra de lleno en lo que entiendo la esencia del trabajo, o sea *la juridicidad*. Es un acierto del autor insertar el primer acercamiento al tema haciendo pie en la experiencia, ya que “el Derecho” pertenece a la praxis y su primera acepción la encontramos en la “cosa justa”, inserta en las relaciones sociales signadas por un débito que implica alteridad y, por lo general, es sinalagmático, con obligaciones recíprocas. En este sentido, el Profesor Durand Mendioroz sigue los firmes lineamientos de

dos obras, para mí, de significativa importancia, *La experiencia jurídica*, de Félix A. Lamas (Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino) y *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y Lógica razonable*, de Luis Recasens Siches. Lo señalado tiene significativa importancia ya que las acciones humanas principian por lo empírico para luego arribar al plano moral y metafísico, como lo corroboran las citas de Louis Lachance, y no al contrario, como sucede a menudo con la influencia del racionalismo en sus diversas versiones, entre ellas el apriorismo kantiano. A partir de la experiencia recurre a la definición nominal de “el Derecho” y sigue a Tomás de Aquino, para quien “*Ius dictum est, quia est iustum*”, relacionándolo así con la *iustitia*, tanto *la virtud* como *la cualidad del acto* por el cual se otorga a cada uno su *ius* o derecho. De aquí en más asume la doctrina de la analogía teniendo en cuenta que los términos pueden significar realidades diferentes pero emparentadas entre sí y, a la vez, respetar que una de ellas es la principal y las otras subordinadas. De esta manera, aborda sin confusiones la noción de “norma” y de “ley”, que sólo merecen ser denominadas como “Derecho” si son justas.

Es de singular valía el tratamiento del concepto de *norma*, ya que distingue las denominaciones “reglas técnicas”, “preceptivas de conducta”, y dentro de estas, “norma moral”, “norma religiosa”, “normas de trato social” y, por último, el tratamiento exhaustivo de la “norma jurídica”, pero también aborda el eje central de la legislación que se concreta en la relación de las normas naturales y normas positivas, en el que sigue a Giuseppe Graneris, uno de los grandes filósofos del derecho contemporáneo (frecuentemente olvidado), pero también a otros más cercanos en el tiempo, como George Kalinowsky, y en la doctrina nacional, a Carlos Massini y Renato Rabbi-Baldi Cabanillas. Cerrando el tema, el autor referencia el concepto general de saber jurídico y la enunciación de sus distintos niveles: experiencial, científico y filosófico, que deben aunarse prudencialmente en la aplicación y concreción de todos esos conocimientos al caso en debate.

La obra se completa con un interesante Apéndice sobre la universidad, tema desgraciadamente preterido en la enseñanza de ese nivel, y su primer título recuerda a un otrora afamado libro de Mons. Octavio Nicolás Derisi: “Naturaleza y vida de la universidad”. El autor desarrolla los antecedentes históricos habidos desde la antigüedad grecorromana; luego, la influencia del cristianismo a partir del Medioevo, resaltando la inquietud académica del Emperador Carlomagno en el siglo octavo, que convocó a Alcuino de York, quien rescató el *trivium* y el *cuadrivium* de siglos anteriores, los que a la postre resultaron antecedentes sólidos del posterior nacimiento de las universidades europeas a partir de fines del siglo doce. Asimismo, desarrolla un esclarecedor resumen de la metodología altamente científica que regía en los claustros, al destacar la importancia de la *lectio*, que recogía la tra-

dición clásica de occidente desde sus albores, a la que seguía la *disputatio*, discusión entre maestros sobre una cuestión controvertida con la participación también de los estudiantes. El fin que otorgaba sentido a la institución universitaria era la integración del saber, el cual fue olvidado por el cientificismo –no la ciencia–, que es una ideología moderno contemporánea que agota el conocimiento en la particularidad pragmática y utilitarista del objeto desconexo de los demás. De aquí el acierto de la cita de Ortega y Gasset, quien tituló la decadencia intelectual de occidente como “la barbarie del especialismo”. El valioso contenido de las páginas que brevemente he reseñado ya ha sido bien entendido pues próximamente verá la luz su segunda edición, a la que esperamos sigan muchas otras.

EDUARDO M. QUINTANA

**Rosler, Andrés, *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*, Buenos Aires, Katz Editores, 2016, 316 páginas.**

## **La libertad en la república**

El tema de la república, su concepto, origen, historia y praxis, es uno de los que aparecen como centrales de la Filosofía política de todos los tiempos, al menos desde el año 509 a.C., en que esa modalidad de gobernarse los hombres tuvo su primera andadura histórica por las calles de Roma. En el libro que ahora se comenta, Andrés Rosler, doctorado en Oxford con una tesis dirigida por John Finnis sobre *Political authority and obligation in Aristotle* (Oxford, Oxford University Press, 2005), desarrolla en seis capítulos las notas de la idea republicana, recurriendo principalmente a los autores de la tradición clásica, como Cicerón o Tito Livio, aunque sin olvidar la referencia a los actuales neo-republicanos, como Quentin Skinner y Philip Pettit. Para el autor, las cinco notas que destaca y desarrolla en la noción de república funcionan como una especie de test infalible de republicanismo, de modo que la institución, persona u obra literaria que participe en mayor medida de estas notas, y en la medida en que participa en ellas, puede definirse claramente como republicano o defensor de la república.

La primera de las notas que destaca Rosler en la idea republicana es la que corresponde a la especificidad de la noción de libertad en su contexto. Aquí el autor recoge la conocida distinción, propuesta por Isaiah Berlin, entre libertad negativa y positiva; según este autor, la libertad negativa consiste en la ausencia de impedimentos al movimiento, y es la propia del pensamiento liberal, para el cual la concepción negativa de la libertad es la que mejor asegura la libertad de los ciudadanos en general. Pero aún los liberales, como el mismo Isaiah Berlin, “creen –afirma Rosler– que la libertad no se puede agotar en la ausencia de obstáculos que impiden la satisfacción de los deseos de un agente [...] La libertad no se reduce a satisfacer los deseos o metas simplemente existentes en el momento de actuar, sino que se extiende también a la remoción de los obstáculos para lo que una persona pueda decidir hacer [...]; la oportunidad es parte constitutiva de la libertad” (p. 40). Dicho en otras palabras, la libertad (negativa) no sólo exige ausencia de constricciones e impedimentos, sino también la existencia efectiva de la posibilidad de optar entre las diferentes alternativas.

En cuanto a la denominada libertad positiva, en lugar de referirse a la posibilidad de hacer algo, cualquier cosa que sea, debería concentrarse en *qué cosa* es lo que hacemos o bien en *quién* es el que está a cargo de la decisión. “La concepción positiva de la libertad – escribe Rosler –, en lugar de hacer hincapié en la falta de interferencia, se concentra más bien en quién

es el agente que toma las decisiones y, por lo tanto, en la idea de autogobierno, de tal modo que somos libres no cuando actuamos sin impedimentos externos, sino cuando nuestras acciones son el resultado de nuestra propia decisión” (p. 43). Aquí el autor estudia la concepción hegeliana de la libertad, en la cual son más las restricciones que las aperturas y que a la larga termina coincidiendo con la voluntad del Estado: “La libertad humana –resume Rosler a Hegel– consiste en la obediencia a las instituciones estatales” (p. 46). O a la voluntad general, si nos referimos a Rousseau, para quien “se puede forzar a los hombres a ser libres” y “la voluntad constante de todos los miembros del Estado es la voluntad general; por ella es que los ciudadanos son libres” (pp. 48-49). Aquí Rosler concluye señalando que esta concepción positiva de la libertad resulta potencialmente peligrosa, ya que identifica a la libertad con una racionalidad valorativo-sustantiva, que podría legitimar cualquier tipo de interferencia con el albedrío de los seres humanos.

Frente a estas alternativas, aparece como claramente mejor la concepción republicana de la libertad, que se encuentra en una situación intermedia entre las libertades negativa y positiva, ya que, del mismo modo que la negativa, rechaza la interferencia con la autonomía, aunque en este caso siempre que se trate de una interferencia arbitraria. Y del mismo modo que la positiva, será una libertad valorativa y no meramente física, aunque destinada a evitar la dominación arbitraria de otra persona y hacer posible la realización de una vida plena. Rosler aborda el problema nuclear de la libertad republicana, tanto la de los romanos como la de los norteamericanos antes de la Guerra de Secesión: el de la compatibilidad de la esclavitud con una organización política libre. Esto se evidencia en el concepto ciceroniano de libertad: “[...] la libertad [...] no consiste en tener un dueño justo, sino en no tener ninguno”; lo que resulta impensable en el caso de la esclavitud. Rosler reconoce este problema, así como que el pensamiento republicano muchas veces ha sido demasiado selectivo al momento de conferir el reconocimiento constitutivo de la libertad, pero no parece solucionarlo completamente, principalmente porque se remite al pensamiento de Hegel, que no es el autor ideal para resolver el problema de la sumisión y la libertad.

### **Virtud, debate público y ley**

La segunda de las notas que el autor atribuye al pensamiento republicano es la que corresponde a la necesidad de la virtud política del ciudadano en la *polis*, virtud que reviste para el pensamiento clásico carácter funcional, es decir, relativo al buen cumplimiento de la tarea que corresponde a cada ciudadano conforme a la Constitución. Y la virtud es necesaria en la república en razón de que la ley –que es otro de los elementos de la vida

republicana— no puede prever todos los detalles de la convivencia y se hace necesario recurrir a la recta razón de los ciudadanos. “En la constitución de todos los pueblos —cita Rosler a Tocqueville—, sin que importe cuál sea la naturaleza de la misma, se llega a un punto donde el legislador está obligado a depender del buen sentido y de la virtud de los ciudadanos” (p. 68).

Pero para Rosler, el acento en la virtud de los ciudadanos no supone una moralización excesiva de la política, sino que se refiere sólo a que ellos deben cumplir correctamente las exigencias de su función propia en el sistema constitucional de la *polis*. Y en este sentido adquiere especial relevancia la virtud de la *prudentia*, “recta razón en el obrar”, hoy en día denominada “sabiduría práctica”, que habilita al ciudadano a cumplir con sagacidad y buen juicio sus deberes y deliberar adecuadamente acerca de los asuntos públicos. Reviste especial interés aquí la distinción que hace Rosler entre dos formas de corrupción del discurso público: la *manipulación*, en la que el orador intenta cambiar la forma de pensar del público sin su mediación racional; y la *demagogia*, en la que el retórico pretende halagar y reflejar la opinión del público dejándola tal como está. Frente a estas dos actitudes, la propia del político republicano no es la de “consentir al público ni tampoco [la de] manipularlo, sino que se propone cambiar las creencias y los deseos de los demás a la luz de la argumentación que se les presenta, siempre mediante la intervención del juicio de los eventuales persuadidos, alejándose de este modo tanto de la manipulación cuanto de la demagogia” (p. 84).

El tercer concepto básico de la república es, para Rosler, el valor que le otorga al debate político, entendido como una controversia en la que ambas partes cuentan con argumentos atendibles. En este punto, distingue entre las concepciones “simple” y “compleja” del discurso político agonial: según la primera, el conflicto político se debe a algún defecto de quienes participan en él, ya sea intelectual o moral; conforme a la segunda, la concepción “compleja”, la existencia de un debate entre actores políticos no implica defecto alguno por parte de los involucrados, sino antes bien la presencia de razones objetivas para un disenso genuino: complejidad del asunto, presencia de soluciones alternativas a un problema igualmente razonables, pluralidad de perspectivas con las que abordar un asunto, etc. Ahora bien, el republicanismo asume la concepción compleja de la argumentación política y, por lo tanto, considera al debate como un elemento natural y normal del discurso cívico.

Por el contrario —y los argentinos lo sabemos por experiencia reciente—, la concepción populista sostiene una visión única y, por lo tanto, hegemónica del discurso político, según la cual todo disenso se debe o bien a la perversidad y asechanzas diabólicas de los enemigos del líder popular, que siempre estarán tramando conspiraciones y destituciones, o bien a su estupidez profunda e incurable, pero nunca a la intrínseca diversidad, complejidad y

dificultad de la actividad política. Y es por su aceptación del disenso que el republicanismo pone el acento en la retórica, pues de lo que se trata aquí es de convencer a los oponentes con los mejores argumentos; “el énfasis republicano en la retórica –sostiene Rosler–, como parte constitutiva del conflicto, aspira a maximizar el acuerdo pero sin perder de vista el desacuerdo y sus restos disonantes, aunando posiciones divergentes mediante la obtención de un consenso siempre contingente, i.e., que debe ser llevado a cabo una y otra vez por la ciudadanía” (p. 136).

La cuarta de las notas propias del republicanismo radica en su especial forma de entender las relaciones entre la ley y la libertad; en efecto, según los liberales existe una clara oposición entre ley y libertad, según la cual toda ley restringe necesariamente nuestra autonomía y se constituye en nada menos que en un mal necesario. Por el contrario, para los republicanos –afirma Rosler–, “una adecuada comprensión de la libertad muestra que la libertad y la ley son dos caras de la misma moneda [...]; el republicanismo entiende la libertad como un estatus jurídico de las personas, lo cual implica que cierta clase de interferencia legal es constitutiva de la libertad” (pp. 163-164). En otras palabras, para el republicanismo no existe conflicto real entre la autoridad de la ley y la libertad de los ciudadanos, sino más bien una sinergia autoconstitutiva que las estructura y las explica recíprocamente.

Y en lo que respecta a la noción de autoridad que ha de aplicarse a la ley, el autor distingue entre dos grandes concepciones de la autoridad política: ante todo la “minimalista”, según la cual ella “se limita a motivar a los súbditos a hacer lo que tendrían razón para hacer con independencia de la decisión autoritativa” (p. 176). Este sería el caso de la acción de la autoridad para la promoción de los Derechos Naturales o Humanos, que no deben en nada su origen y validez a la decisión autoritativa y que deben ser respetados aun cuando la autoridad política callara a su respecto. La segunda concepción de la autoridad es la “maximalista”, para la cual la decisión autoritativa es la razón principal para obedecer a las directivas gubernamentales. Aquí Rosler sigue la muy conocida explicación de la autoridad proporcionada por Joseph Raz, para quien el hecho de que una autoridad exija la realización de una acción es una razón para actuar que no se añade a las otras razones relevantes, sino que las excluye; dicho de otro modo, existe autoridad cuando la razón central para la realización de una acción radica en el hecho de que la instancia autoritativa haya emitido la directiva, la que excluye decisivamente el resto de las razones para actuar que puedan existir. Y es casualmente en esta exclusión en que consiste la autoridad.

Rosler explica que el republicanismo está mucho más cerca de la concepción maximalista de la autoridad que de la minimalista; en efecto, sostiene este autor que “en lugar de presuponer un acuerdo entre la autoridad

y sus súbditos [la concepción maximalista] cree que bien puede existir un desacuerdo genuino entre ambos, y es en razón precisamente de dicho desacuerdo que tiene sentido la idea misma de autoridad. En otras palabras, en lugar de motivarnos o recordarnos hacer lo que deberíamos moralmente hacer de todos modos, la autoridad maximalista nos da *nuevas* razones para actuar que nos permiten resolver el desacuerdo” (p. 181). De este modo, una autoridad republicana no solo deberá hacer cumplir algunas prohibiciones minimalistas, sino que habrá de adoptar una concepción maximalista para poder resolver los desacuerdos políticos genuinos que las circunstancias plantean a la república.

Pero, además, el autor hace referencia a que la confianza republicana en las instituciones tiene un doble fundamento, que denomina “dualismo constitucional”. Este es el que se plantea entre el principio democrático y el propiamente republicano, entre el principio de la mayoría y el del control del poder público. Y en este punto, refiriéndose a quienes excluyen el segundo de los principios, escribe que “para algunos, que podríamos denominar ‘populistas’, para que una sociedad sea políticamente libre sería más que suficiente que el gobierno estuviera en las manos correctas. Por definición, dado que se trata de las manos correctas, semejante gobierno no necesitaría control alguno [...]. En realidad, según esta posición, la preocupación misma por controlar al gobierno solamente podría ser explicada debido a la existencia de intereses sectoriales antipopulares. Solamente alguien que tuviera algo que ocultar podría oponerse al poder público” (p. 197).

Por el contrario, el republicanismo supone que no cualquier decisión, por el mero hecho de ser mayoritaria, es correcta o democrática, y por lo tanto piensa que es susceptible de control o limitación. Este límite es en principio constitucional, pero en definitiva arraiga en el Derecho Natural. “Estamos ahora en condiciones –escribe el autor– de entender el iusnaturalismo republicano y por qué a veces este discurso sostiene que ciertas leyes (i.e. disposiciones vigentes, sancionadas de acuerdo con el procedimiento legal) no son tales [leyes]” (p. 206). Por eso, concluye Rosler que “el [de] pueblo es un concepto demasiado importante para dejarlo en manos del populismo” (p. 207).

### **Patriotismo y cesarismo populista**

El último de los conceptos básicos de la república es el de “patria” y el de su correlativo “patriotismo”. En este punto, el autor estudia los conceptos opuestos de “particularismo” y “universalismo”, dejando en claro que en toda comunidad política debe existir cierto particularismo que haga posible la identidad de la *polis*; este particularismo se manifiesta en la república a

través del patriotismo, que no debe ser confundido con el chauvinismo, para el cual el particularismo no es principalmente político sino eminentemente cultural (racial, lingüístico, histórico o espacial). Y con este concepto de patriotismo se vincula el problema de la guerra en clave republicana, ya que, escribe el autor, “el autogobierno constitutivo de la libertad republicana no solo consistía en el imperio de la ley en términos de la inexistencia de dominación interna, sino que además incluía el rechazo de toda interferencia extranjera, esto es, el derecho a la autodeterminación” (pp. 231-232). Y para la defensa de este derecho la guerra aparece como legítima en clave republicana, ya que no sólo es virtuoso morir por la patria, sino que a veces aparece como necesario matar por ella.

Para Rosler, existen dos grandes concepciones de la guerra: (i) la doctrina de la guerra justa, según la cual la guerra es entendida en algunos casos como legítima y legal; y (ii) la doctrina del enemigo justo, conforme a la cual la guerra aparece como un mecanismo habitual de resolución de conflictos o una política pública más. Pero lo importante es que no se trata aquí de guerras solo defensivas, sino que las repúblicas más relevantes que registra la historia, Roma y los Estados Unidos de Norteamérica, han sido innegablemente repúblicas imperiales. Ahora bien, en este caso es claro que la defensa de guerras de conquista en nombre de la defensa de la libertad puede ser objeto fácilmente de la imputación de hipocresía, impostura o insinceridad. Esto aparece claro en la obra de Cicerón, para quien “no es lícito que el pueblo romano sirva, cuando los dioses inmortales quisieron que imperara sobre todos los pueblos [...]. Las otras naciones pueden soportar la esclavitud, al pueblo romano le es propia la libertad” (p. 242). Es indudable que hoy en día resultaría dificultoso que alguien aceptara un argumento de ese tipo y que es especialmente complejo para las repúblicas imperiales argumentar consistentemente en favor de un imperialismo de la libertad.

El último capítulo del libro se refiere al principal enemigo de la república: el populismo autoritario. “En este último capítulo –afirma Rosler– vamos a discutir a César –o su equivalente moderno, el cesarismo–, el enemigo natural e interno del republicanismo, ya que se trata de un verdadero epítome negativo en donde convergen todos los rasgos antirrepublicanos: la dominación, la corrupción, la unanimidad, el gobierno arbitrario y la sinécdoque de confundir a un partido con la totalidad de la comunidad política” (p. 257). En este punto, Rosler se circunscribe casi exclusivamente a la historia de Roma y en ella al intento de Julio César de instaurar en su cabeza una dictadura perpetua. Y esta larga exposición y argumentación termina con el debate acerca de la legitimidad del asesinato de César en el Senado, acción para la cual existieron numerosos argumentos tanto en su favor como en su contra. El autor los expone con acribia, para concluir con la exposición de los requisitos de lo que sería una doctrina republicana de

la violencia política; estos requisitos de la legitimidad de la violencia serían cuatro: (i) que ella se ejercite en respuesta a una violencia anterior, es decir, en legítima defensa; (ii) que esta reacción sea razonable, en el sentido de que el éxito de la acción violenta resulte probable, de modo de no incurrir en represalias contraproducentes; (iii) la violencia empleada debe ser además proporcionada a la ejercida previamente por el tirano; y (iv) finalmente, el ejercicio de la violencia debe ser un último recurso, es decir, debe haberse intentado antes una solución no violenta de la controversia.

En la “Conclusión”, el autor realiza una breve recapitulación de los aspectos desarrollados en el libro, de la que conviene transcribir un párrafo de especial interés: “En realidad, el republicanismo podría contraatacar [frente a sus críticos] pensándose a sí mismo como una filosofía política bien hecha y desafiando a quienes lo cuestionan a que superaran su receta de libertad como no dominación, lucha contra la corrupción, debate democrático, gobierno de las leyes y particularismo político institucional antes que cultural [...]; a pesar de que las acciones republicanas en el mercado de la teoría política han experimentado un alza significativa [...], es un hecho que los dos grandes discursos políticos imperantes en nuestra época son el liberalismo y el populismo, dos tradiciones que, irónicamente, giran alrededor de dos conceptos republicanos: la libertad y el pueblo” (p. 308).

## **Balance**

Luego de la síntesis necesariamente incompleta de las principales ideas desarrolladas en el libro que comentamos, corresponde hacer una breve presentación de los aspectos más destacados de la obra y abrir un juicio acerca de su interés y sus valores. La primera consideración se refiere a la actualidad del libro y a su interés en las presentes circunstancias políticas y de pensamiento; y aquí aparece claramente que las ideas debatidas en la obra revisten una oportunidad notable, en especial en razón de que –corrigiendo aquí parcialmente a Rosler los dos modelos vigentes de pensamiento y praxis política son el republicanismo y el populismo. Tanto los méritos del primero como las debilidades –para llamarlas apaciblemente– del segundo son explicitadas en este libro de modo claro, sólido y convincente, y apoyando las argumentaciones con una erudición especialmente destacable, tanto en lo que se refiere al pensamiento político clásico como al contemporáneo. Tito Livio, Cicerón, Tácito, Julio César, Salustio, Dante, Maquiavelo, los teólogos medievales, los filósofos y juristas modernos como Gentili, Grocio, Hobbes, Rousseau, Kant, Hegel, Tocqueville, literatos como Shakespeare y muchos otros, así como una pléyade de contemporáneos: Arendt, Schmitt, Finnis, Quentin Skinner, Philip Pettit, Hart, Raz, son tratados con una habilidad

y acribia poco habitual en nuestras latitudes. Se trata, por lo tanto, de un libro sólido, científicamente riguroso y argumentativamente convincente, que significa una contribución relevante a la Filosofía y la teoría política contemporánea.

En cuanto al estilo literario del libro, corresponde destacar ante todo que se trata de un modo de expresión que deja traslucir inequívocamente la amplitud de la cultura de su autor; en efecto, todo el texto se encuentra transido de referencias al tango, al cine (en especial a las películas de gánsteres), a la literatura, a los dichos corrientes de Buenos Aires, etc. De este modo, el autor logra un estilo amigable para el lector, lo que se agradece sobre todo cuando se abordan temas de especial complejidad y profundidad. Pero además, todo el estilo del autor es fluido y elegante, de modo que la lectura de este libro resulta un verdadero deleite, que se incrementa cuando los lectores tienen un gusto especial por las letras clásicas, como es el caso de quien esto escribe.

Por otra parte, y si nos circunscribimos a algunos de los puntos desarrollados, la descripción y crítica del cesarismo populista está realizada con agudeza y exhaustividad, poniendo en evidencia tanto su carácter de contracara del republicanismo, cuanto sus necesarias consecuencias negativas para la vida de las comunidades que resultan ser sus víctimas. También efectúa Rosler un estudio perspicaz del concepto de “pueblo” y de sus desviaciones por el relato populista, realizado fundamentalmente con finalidades de manipulación y de usufructo ilimitado del poder, cuando no de saqueo liso y llano de los fondos públicos y privados.

Asimismo, resultan especialmente atractivas las distinciones que realiza el autor respecto a una serie de temas fundamentales del pensamiento político, como la ya citada de la noción y acepciones de “pueblo”, de las distintas modalidades del debate político, de las diferentes acepciones de la palabra “libertad”, la distinción entre las concepciones “minimalistas” y “maximalistas” de la autoridad y varias más. Estas distinciones agregan precisión al debate de las cuestiones, evitando las ambigüedades frecuentes en las argumentaciones políticas, en especial el denominado “sofisma de equívocidad”, en el que se utiliza una misma palabra en varios sentidos diferentes sin tomar conciencia de esa diversidad semántica, lo que conduce a claros errores de argumentación y a consecuencias lamentables en el debate político.

Finalmente, cabe efectuar una precisión que puede contribuir a esclarecer el sentido en que se habla de “república” en el lenguaje de la teoría política. Esta es la que distingue entre las “ideologías”: construcciones ideales, simplistas y maniqueas, con pretensiones salvíficas de carácter puramente inmanente, de las simples “ideas” políticas, que son, como decía Julio Irazusta, “esquemas intelectuales inferidos de experiencias históricas

afortunadas”. Y es en este último sentido que la república aparece como una idea política, es decir, inferida a partir de experiencias históricas exitosas, la primera de ellas la romana clásica, racionalizada como un arquetipo político, que se encarna con mayor o menor éxito en las cambiantes y complejas circunstancias de cada una de las experiencias políticas históricas. Dicho de otro modo: no se trata, en el caso de la república, de la elucubración abstracta de un paradigma político-escatológico, destinado a liberar o emancipar al hombre de las cadenas de la realidad humano-social, sino de proponer un paradigma de organización y solución de los asuntos público-temporales conforme a un esquema probado por la historia y esquematizado para servir de modelo para experiencias futuras. En este sentido, resulta especialmente relevante que Rosler, en un libro extenso y rico, no haya hecho *ninguna* referencia a las ideologías: es que se trata allí efectivamente de buscar una forma política que proporcione una libertad realista y operable, y no la utopía de una liberación desmesurada, quimérica e ilusoria.

CARLOS I. MASSINI CORREAS

**Chávez-Fernández Postigo, José, *Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns*, 1ª ed., Lima, Palestra, 2016, 138 páginas.**

José Carlos Chávez-Fernández Postigo es máster en Derecho por la Universidad de Zaragoza. Cursó estudios de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú y se licenció como abogado en la Universidad Católica de Santa María, Arequipa. Es profesor asociado y titular de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho; investigador; coordinador de la Líneas de Fundamentos del Derecho y de investigación, y iirector del Círculo de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo, Arequipa. Ha dictado clases y conferencias en eventos académicos sobre Derecho Natural, Derechos Humanos y Filosofía del Derecho en Perú, Argentina, Chile, Brasil, Colombia y México.

*Interpretación, prudencia y equidad en Luis Recaséns* es un libro que corresponde al primer capítulo de la tesis doctoral en la que Chávez-Fernández Postigo trabaja desde el año 2011 en la Universidad de Zaragoza, bajo la dirección de la Dra. María Elósegui Itxaso, sobre el tema “la dimensión axiológica de la filosofía de la interpretación del derecho de Luis Recaséns Siches. Una revalorización a la luz de la teoría estándar de la argumentación jurídica”.

Dicha obra comienza con una introducción, se divide en dos capítulos: el primero de ellos, a su vez, presenta tres subtítulos y el segundo dos subtítulos, y culmina con un balance. De lo que se trata aquí es de la descripción y sistematización de la filosofía de la interpretación del Derecho de Luis Recaséns Siches, con la intención de fomentar la discusión en la comunidad académica jurídica de lo que Chávez-Fernández Postigo considera un tema de la mayor relevancia para el debate iusfilosófico contemporáneo.

Resulta destacable que además de la cuantiosa bibliografía ofrecida al lector al final de la obra, el libro presenta en su desarrollo una vasta cantidad de citas, la cual enriquece la lectura y hace de él una expresión de erudición. En este sentido, cabe mencionar también, que el autor ha tenido la posibilidad de acceder al “acervo Luis Recaséns Siches” que se encuentra conservado en la biblioteca Jorge Carpizo de la UNAM, experiencia que le permitió contactarse directamente con una valiosa parte de la biblioteca personal de Recaséns y con numerosa bibliografía consultada por este último para la elaboración de su trabajo científico.

En el primer capítulo el autor realiza un recorrido cronológico abarcativo del camino que transitó Recaséns para plantear su filosofía de la interpretación del Derecho. ¿En qué se caracterizó la Ciencia Jurídica según Recaséns? ¿Cuál fue la elaboración de los primeros temas de la filosofía del Derecho? ¿Cómo se consolidó la Filosofía de la interpretación del Derecho como tema? Las respuestas a estos interrogantes pueden encontrarse

en dicho capítulo al igual que, entre otros valiosos aportes, la iluminadora mención que realiza Chávez-Fernández Postigo, en consonancia con otros autores, acerca de que, si bien Recaséns llamó con disparidad de nombres a la ciencia jurídica, se refirió siempre a un único saber científico empírico sobre el Derecho Positivo.

En el segundo capítulo, se expone el contenido de la Filosofía de la interpretación del Derecho de Recaséns. Allí se explica lo que Recaséns entiende por la tesis ontológica-gnoseológica: el logos de lo razonable, aquel que, tal como menciona Chávez-Fernández Postigo, “está condicionado y limitado por la realidad social e histórica en la que opera y en la que se elaboran las normas jurídicas tanto las generales como las individuales”. Asimismo, aborda el tema que consiste en la interpretación del Derecho, que según Recaséns se han escrito muchos trabajos al respecto pero que en lugar de esclarecer, han abrumado.

La propuesta que Recaséns ha efectuado con respecto al método de interpretación es abordado en esta obra haciendo alusión a que Aristóteles, Tomás de Aquino y Ortega y Gasset fueron las principales fuentes para su elaboración.

A lo largo del libro, Chávez-Fernández Postigo presenta distintas consideraciones sobre algunos temas que estudia acerca de la filosofía jurídica de Recaséns, quien tuvo una importancia categórica durante gran parte del siglo XX, en los que en algunas oportunidades coincide o disiente con otros autores, sin perjuicio de que el autor considera que el enfoque de Luis Recaséns Siches “es original e integral”, “que merece ser revalorado” y que “es susceptible de ser considerado precursor de las contemporáneas teorías de la argumentación jurídica”.

CAMILA BRUGNONI



# 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 IV.
  - 1.4. Los trabajos de investigación propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la revista *Prudentia Iuris*. Los autores deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista.
  - 1.5. El trabajo deberá enviarse con el título en idioma original y además en inglés; 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. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.
- 2. Notas y Comentarios:** trabajos breves sobre tópicos jurídicos, jurisprudencia o legislación. Extensión menor a 4.000 palabras. Los trabajos propuestos para esta sección deberán ser originales, comprometiéndose los autores a no presentarlos simultáneamente a otra publicación, ni a publicarlos sin autorización de la Revista *Prudentia Iuris*. Los autores deberán enviar por vía digital a la Revista una carta firmada que atestigüe la originalidad del texto tomando como guía el formulario disponible en el sitio web de la Revista. Deberá enviarse el título en idioma original y en inglés; 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. Al final del trabajo se debe incluir la lista de la bibliografía utilizada.
- 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, traducción o 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. Evaluación inicial y arbitraje

1. Los documentos recibidos pasarán por una evaluación inicial realizada por los editores u otros especialistas a pedido de la Dirección Editorial para discernir la originalidad, relevancia e interés científico y decidir su aceptación o no para la publicación. En el caso de los artículos de investigación, tal evaluación inicial se orienta a decidir el pase del trabajo a arbitraje. La Revista se reserva la posibilidad de rechazar trabajos en forma anticipada, brindando los motivos del caso. En caso de desacuerdo con la decisión, el eventual pedido de reconsideración será sometido al Comité Editorial de la Revista.
2. Además, la Secretaría de Redacción hace una corrección preliminar de estilos. Por ese motivo, los autores pueden recibir sugerencias o una versión revisada del texto o ser consultados para solucionar dudas,

- antes de iniciar el proceso de arbitraje en el caso de los artículos de investigación o bien de su publicación en el resto de las contribuciones.
3. *Prudentia Iuris* sólo iniciará el proceso de arbitraje de trabajos que se ajusten a las presentes “Normas de publicación”. La adaptación de los originales a las normas de la Revista es responsabilidad de los autores. La Revista no cobra aranceles por el proceso de evaluación de trabajos para publicación.
  4. Los textos enviados a *Prudentia Iuris* para la sección de “Trabajos de Investigación” serán evaluados por uno o dos especialistas externos a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina, 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.
  5. 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.
  6. 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.
  7. 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.
  8. En caso de controversia en el proceso de arbitraje, la cuestión será resuelta por el Comité Editorial de la Revista.
  9. En todos los casos, se publicará la fecha de recepción del trabajo y la fecha de su aceptación, sea por el árbitro académico, o bien por la Dirección Editorial, según corresponda.

## **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.***

### **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. Al final del trabajo se debe incluir la lista de bibliografía utilizada.

**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.wwwww>.

Ej. Carpintero Benítez, F. (1999). *La ley natural. Historia de un concepto controvertido*. Recuperado de .

**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 crioconservado 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.