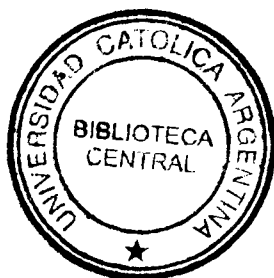


PRUDENTIA IURIS N° 54

*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Pontificia Universidad Católica Argentina
"Santa María de los Buenos Aires"*



Junio 2001

AUTORIDADES DE LA FACULTAD

Decano

Dr. Eduardo P. M. Ventura

Secretario

Dr. Gabriel Limodio

Director de la Carrera de Abogacía

Dr. Manuel H. Castro Hernández

Coordinación de Estudios

Abogacía: Dr. Florencio F. Hubeñak

Ciencias Políticas: Lic. Marcelo P. Camuso

Centro de Investigaciones Jurídicas

Director: Dr. Jorge H. Alterini

Coordinador de Relaciones Institucionales y Públicas

Dr. Néstor A. Raymundo

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica

Director: Dr. Manuel H. Castro Hernández

Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado

Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura

Comisión Asesora: Dr. Jorge H. Alterini,

Dr. Orlando J. Gallo y Dr. Félix A. Lamas

AUTORIDADES DE LA REVISTA

Director

Dr. Roberto Punte

Secretario de Recensiones

Dr. Florencio F. Hubeñak

Prosecretario

Dr. Ezequiel Abásolo

Consejo Asesor

Dres. Juan Rafael Llerena Amadeo, Carlos R. Sanz,
Francisco Alberto Vocos, Orlando Gallo y Alfredo Battaglia

Ediciones de la Universidad Católica Argentina

Universitas S.R.L.

Tucumán 1436 - Buenos Aires

ISSN: 0326-2774

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

JUNIO 2001 - N° 54

Editorial.	7
FILOSOFÍA DEL DERECHO	
Bien Común y Soberanía. Un viaje de ida y vuelta. <i>Miguel Ayuso</i>	11
Legalidad y Bien Común analizados a la luz de un caso emblemático de la experiencia jurídica italiana. Entre geometría legal y dialéctica jurídica. <i>Francesco Gentile</i>	25
Las Ciencias Ético-Sociales. División, objeto y método. <i>Delia María Albisu</i>	41
Retórica y Derecho. <i>Javier Barbieri</i>	71
El concepto de Derecho y las relaciones entre Derecho y Moral en H. L. A. Hart. <i>Lorenzo V. Galíndez</i>	79
Algunas consideraciones sobre el fundamento del Derecho. <i>Daniel Herrera</i>	91
Críticas iuspositivistas a teorías “conceptuales” de los derechos humanos. <i>Eduardo Martín Quintana</i>	137
Bien común y bien particular en el pensamiento de Santo Tomás de Aquino. <i>Hugo Alberto Verdera</i>	167
Reflexiones acerca de la Justicia en Hesíodo. <i>María de la Paz Montejano</i>	181
La Justicia como carácter general o índole formal propia de lo Justo. <i>Julio E. Lalanne</i>	189
La Concordia Política en cuanto causa eficiente del Estado. <i>Félix Adolfo Lamas</i>	217
DERECHO E HISTORIA	
El sufragio obligatorio en el debate de la Ley Saenz Peña. <i>Carlos Guillermo Frontera</i>	239
Algunos antecedentes históricos acerca de la motivación de sentencias. <i>Nora Cristina Gonzalez de Rosello</i>	257
Los juristas argentinos y el debate en torno a la casación (1931-1943). <i>Ezequiel Abásolo</i>	269

La Cuestión Romana de Pío IX. <i>Rodolfo S. Follari</i>	291
IN MEMORIAN	
Néstor Sanz	315
RECENSIONES	
“La Experiencia Jurídica”, <i>por Félix Adolfo Lamas. Comentario de Elvio Ancona (Padua-Italia). Traducción de Raúl A. Montesano</i>	319
“Semblanza de un profesor católico” - Cayetano Licciardo (1923-1999), <i>por Joaquín R. Ledesma, comentario de Alfredo G. Barros</i>	325
“El Desafío del Dos Mil. ¿El hombre puede salvar al mundo de la catástrofe?”, <i>por Pier Luigi Zampeti, comentario Alfredo G. Barros</i>	327
La Noción de Laico desde El Concilio Vaticano II al CIC 83. El Laico “Sacramento de la Iglesia y del mundo”, <i>por Damián Guillermo Astigueta S. J., comentario de María Elisa Petrelli de Aliano</i>	329
El regimen jurídico de los alimentos. Cónyuges, hijos menores y parientes. Aspectos sustanciales y procesales, <i>por Gustavo A. Bossert, comentario de María Elisa Petrelli de Aliano</i>	333
I Grandi Sistemi Giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei, <i>por Mario G. Losano, comentario de E. Abásolo</i>	335
“La retórica como pragmática y hermenéutica” <i>por Mauricio Beuchot, comentario de Javier Barbieri</i>	337
DOCUMENTOS	
Un nuevo Humanismo para la vida de la Universidad. <i>Pedro Morandé Court</i>	341

• Toda la revista puede consultarse en **www.eldial.com** (ver ícono de la Revista en la columna izquierda)

• e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en el texto at/Dr. Roberto Punte o Ezequiel Abásolo)

EDITORIAL

El contenido de este número gira en torno a la facultad humana de reflexión sobre sí y su destino al reunir trabajos de fuente histórica, con otros vinculados a los fundamentos de toda actividad, el conocimiento del destino humano, de los valores que lo orientan. Por un lado los hechos que van conformando la estructura de las sociedades y los caracteres de las personas. Por otro, la visión del sentido de la vida y de los propios hechos.

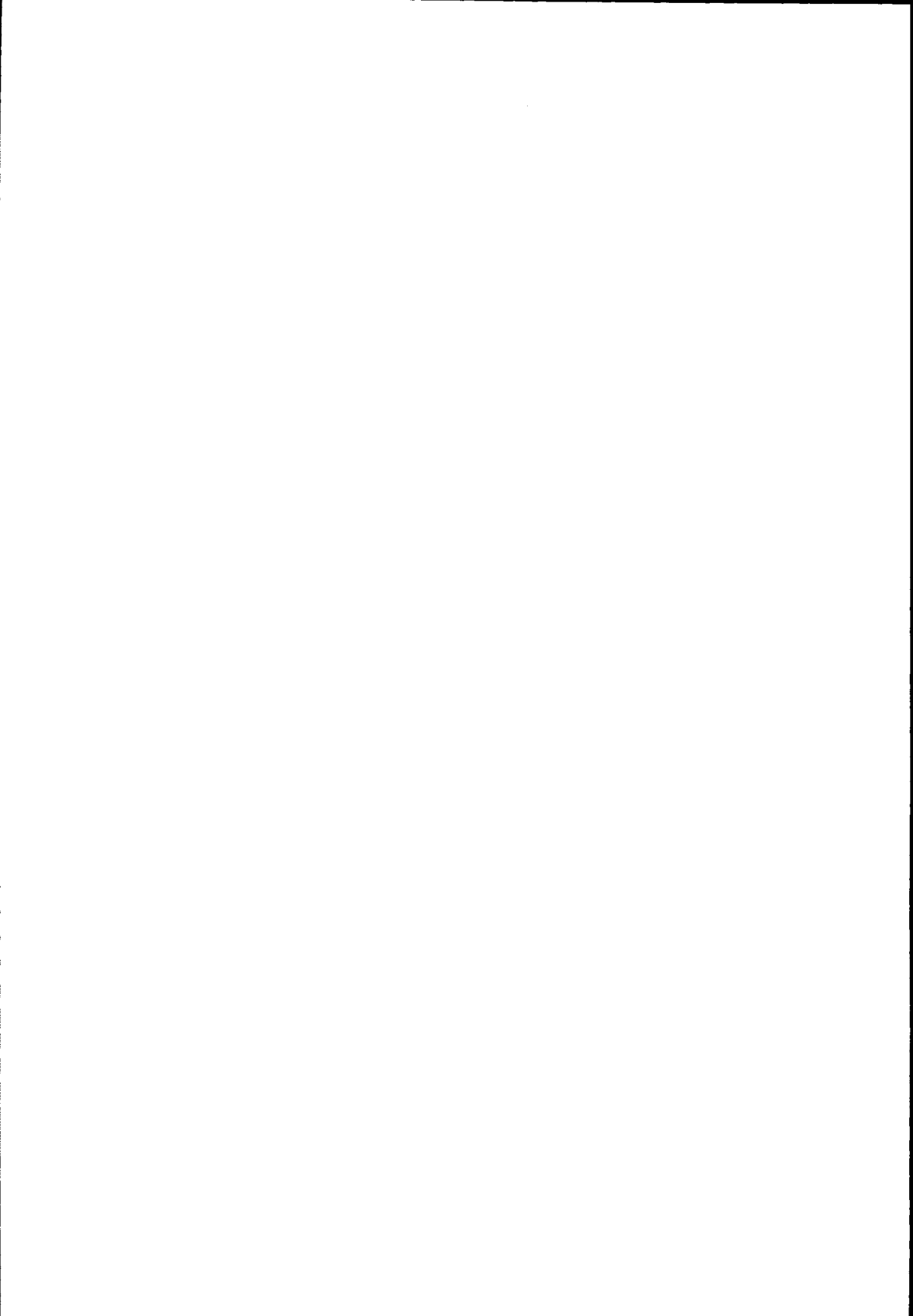
La formación integral de la persona humana que está en la esencia de la idea de la universidad ha de nutrirse de los saberes profundos del hombre para orientar la vida de cada una de las personas que la integran, como docentes, como investigadores o como alumnos. De ahí la necesidad de los primeros principios, de los valores, de la reflexión y el debate sobre el origen y validez de las ideas y concepción del hombre sobre sí mismo y su mundo, y la más definitiva indagación, la que trata de su destino.

CHERTESTON escribió que “el estado de las cosas empeora constantemente, porque todas las instituciones humanas declinan como un deslizamiento de tierra, a menos que se las levante sin cesar por medio de la crítica y la reforma. Si no cambiamos las cosas para mejorarlas ellas cambian por sí mismas y siempre para empeorar”. ELLIOT agregó más tarde que el hacer de la cultura es una lucha permanente contra las fuerzas de la barbarie, y que toda civilización es una ciudad amenazada por la selva y los elementos. Cada vida humana es, en definitiva, una hazaña de la esperanza y el amor sorteando las acechanzas del enemigo.

Son sus mejores armas las virtudes y si la Universidad es casa tanto de la inteligencia como de la recta voluntad, ha de tener, como toda casa distintas moradas. En este número visitaremos la casa de la memoria y la casa donde se trata el sentido y fin de lo creado y lo cultivado, la filosofía, ambas en cuanto aplicadas a nuestra preocupación y oficio, el mundo del derecho y lo justo. Acudimos para ello a trabajos de prestigiosos profesores extranjeros y de nuestra facultad,

de modo tal que, junto a las profundas y experimentadas reflexiones de docentes antiguos, se insertan las investigaciones de los jóvenes que están iniciando sus carreras. Así debe ser, como en el tramado de la vida, cada uno aportando el fruto de su esfuerzo al bien y crecimiento de la obra común.

FILOSOFÍA DEL DERECHO



BIEN COMÚN Y SOBERANÍA UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

MIGUEL AYUSO*

I.

1. Cualquier referencia al “Estado” porta consigo ambigüedades varias que obligan a una primera labor de poda de sus significaciones. Limitándonos a una de las ramas más frondosas, bastará ahora con recordar que, más allá de la intemporal comunidad política, el Estado, como concepto histórico, viene identificado con el “Estado moderno”¹. Así, frente a la confusión instaurada por los grandes iuspublicistas alemanes del siglo XIX², que aplicaron sus propias categorías (separación de poderes, diferencia entre sociedad y Estado, etc.) al mundo griego, romano o medieval, el Estado —sustituyendo las viejas formas de convivencia política— se formó en un momento histórico como una persona distinta de los ciudadanos: entidad artificial fruto del contrato social, producto del ingenio humano, y dotada de soberanía³.

* MIGUEL AYUSO TORRES: catedrático de Filosofía del Derecho, Pontificia Universidad Católica de Comillas. Profesor invitado al Doctorado en Ciencias Jurídicas, UCA.

¹ Cfr. CARL SCHMITT, *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff* (1941), en su volumen *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlín, 1958, págs. 375 y ss.; Id., *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Colonia, 1950. En la doctrina española ha sido Alvaro d'Ors quien más se ha distinguido en el reconocimiento de la historicidad del Estado. Cfr. sus *Papeles del oficio universitario*, Madrid, 1961, y *Ensayos de teoría política*, Pamplona, 1979. También son notables las páginas de DALMACIO NEGRO, *La tradición liberal y el Estado*, Madrid, 1995, no obstante el discutible significado que el autor da al liberalismo.

² Cfr. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, *Die deutsche verfassungsgeschichtliche Forschung im 19 Jahrhundert*, Berlín, 1961.

³ Cfr. BERTRAND DE JOUVENEL, *Du pouvoir. Histoire naturelle de sa croissance*, Ginebra, 1945. Resulta muy agudo el comentario que le dedicó RAFAEL GAMBRA encabezando la versión castellana, Madrid, 1956, y reproducido posteriormente en su

2. La historia del Estado se ha acometido en muchas ocasiones y desde muchos ángulos. Como en tantas otras se ha destacado la naturaleza de la soberanía, tan ligada al anterior⁴. Podemos recordar aquí, simplemente, pues es una de las aportaciones más recientes y valiosas, el libro en que Michel Senellart ha trazado la historia del concepto de gobierno en Occidente, desde sus orígenes patrísticos —el *regimen* como arte de conducir las almas— hasta su fijación por el lenguaje jurídico-administrativo del Estado moderno. Del mismo se desprende cómo, contrariamente a la idea de que el gobierno presupone la existencia del Estado, durante siglos fueron las exigencias del *regimen* las que definieron las condiciones de ejercicio del poder. Habrá que esperar, por lo mismo, hasta el siglo XVI para que el Estado, brotado de una evolución secular, se imponga como fundamento del orden civil y principio de las prácticas gubernamentales, con la correlativa difuminación del *regimen* y, con él, de una cierta figura de príncipe virtuoso, absorbidos en el derecho del soberano⁵.

3. El objeto de estas páginas, en cambio, es cabalmente el contrario: el retorno desde el Estado soberano hasta un régimen fundado en el bien común. Pero, en rigor, no se trata de una retrospectiva, sino, más bien, de una prospectiva basada en una perspectiva de la realidad; no se trata de una “deconstrucción”, sino de una “reconstrucción” a partir de los signos —cierto que contradictorios muchas veces— que muestra la experiencia jurídico-política presente.

II.

4. En obra reciente⁶, encontraba la tan traída y llevada —desde hace decenios— “crisis del Estado” como un telón de fondo que nos permite contemplar, en primer plano, un conjunto de temáticas apa-

volumen *Eso que llaman Estado*, Madrid, 1958. Cfr., igualmente, Francesco Gentile, *Intelligenza politica e ragion di stato*, 2ª ed., Milán, 1984.

⁴ Cfr. MANUEL GARCÍA PELAYO, *Del mito y la razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968; Id., *Idea de la política y otros escritos*, Madrid, 1983; RICHARD H. S. CROSSMAN, *Biografía del Estado moderno*, versión castellana, Méjico, 1941; FRIEDRICH AUGUST VON DER HEYDTE, *Die Geburtsstunde des souveränen Staates*, Ratisbona, 1952; GIOELE SOLARI, *La formazione storica e filosofica dello stato moderno*, Turín, 1962; JOSÉ PEDRO GALVAO DE SOUSA, *O totalitarismo nas origens da moderna teoria do Estado*, San Pablo, 1972; BERTAND DE JOUVENEL, *Les débuts de l'Etat moderne*, París, 1976.

⁵ Cfr. MICHEL SENELLART, *Les arts de gouverner. Du “regimen” médiéval au concept de gouvernement*, París, 1995.

⁶ Cfr. MIGUEL AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996; 2ª ed., Madrid, 1998.

rentemente independientes y que, en última instancia, están férreamente ayuntadas. Así, distinguía cinco niveles de consideración. El primero es el de la quiebra de la nación, entre la integración supranacional y la desintegración infrarregional, con el corolario de la eclosión nacionalista. El pretendido “retorno” de la sociedad civil, ante el retroceso palpable de “lo político”, centra el segundo de los bloques de investigación. A continuación hallamos la reconsideración del papel del Estado en la economía. En cuarto lugar, es el propio descrédito del sistema político dominante —a pesar de que, como en un espejismo, se le viera no hace mucho campante en el esplendor del “fin de la historia”— el que nos introduce de lleno en el desencanto y el agotamiento. Finalmente, la cuestión del pluralismo despunta de nuevo en el paradigma de la “multicultura”. Diríamos, por resumirlo en una palabra, que nos encontramos ante el sello de la postmodernidad, que marca la secularización radical y disolución total de las religiones civiles.

5. Sin embargo, la naturaleza fluida, esto es, en absoluto consolidada, de la situación que trata de comprenderse, así como el carácter crítico de la misma situación, tocada inexorablemente por signos contradictorios, obligaba a modular con gran cuidado los juicios aportados. Así, en primer lugar, muchos Estados nacionales —en especial los más antiguos y consistentes— presentan bases más sólidas que las de las nuevas fórmulas: en España, por ejemplo, parece necesario defender el orden nacional, atrofiado e hipertrofiado al tiempo, frente a los nacionalismos separatistas puramente disolventes o la tendencia al amoralismo de las instituciones tecnocráticas, también criptocráticas, comunitarias; al mismo tiempo, sin embargo, la tendencia claramente perceptible hacia un regionalismo funcional reúne ventajas indubitadas respecto de la rigidez estatal. En segundo término, la sociedad civil puede no ser hoy más que un agregado un tanto informe de *lobbies* y grupos de presión, en lugar de un cuerpo vivo, pero el retorno de una sociedad civil —cualquiera que sea— introduce factores salutíferos de vitalidad e iniciativa para una coyuntura avejentada. A continuación, la crisis del Estado del bienestar, tanto como contribuye a reducir el coloso estatal a límites más razonables —hay quien quiere que incluso al mínimo indispensable—, dejando de paso malherida la insana utopía socialista, consagra el reinado del neoliberalismo que, al malentender el principio de subsidiariedad —que en su acepción recta supone tanto, según los casos, abstención como ayuda—, propicia la injusticia y la insolidaridad. La decadencia de

los mecanismos representativos y aun de toda la maquinaria política moderna augura —y llegamos al cuarto estrato— el final de cierta mitología, pero apenas acierta a maquillar las fauces de los grandes intereses y de las grandes frustraciones y marginaciones. Para terminar, el exacerbado pluralismo político y cultural, permite, por una parte, recuperar sectorialmente el sentido de la comunidad, pero a costa de destruir la convivencia en niveles superiores. *Et sic de caeteris...* Por eso, y es la conclusión que cerraba el cuadro, al derribar el Estado moderno se corre el riesgo de disolver algo más profundo y estable, la propia comunidad política⁷.

III.

6. Si —según la explicación de MARINO GENTILE— aprehendemos la anterior perspectiva desde un palenque propiamente filosófico, esto es, tratando de remover —por medio de la dialéctica— las contradicciones que la experiencia nos pone⁸, desembocamos propiamente en el delinear de esa prospectiva, mejor de un proyecto, ajustado a la politicidad natural del hombre y alejado de las pseudojustificaciones derivadas de la asunción de una ideología. Para ello, y sin variar el foco hasta ahora utilizado, nos limitaremos a destacar en esta sede alguno de los motivos particulares ya tratados, como desembocadura a la crisis de la soberanía y como encaminamiento a un bien común negado por la filosofía política moderna tanto como por la postmoderna y con cuya presentación concluiremos.

7. La primera vía por la que podemos acceder a ese bien común que despunta entre dolores de parto tiene que ver con las actuales tendencias técnicas y geopolíticas, distintas de las que dieron origen al Estado moderno. En efecto, empezando por las segundas, éste vino unido a la aparición de las armas de fuego, con la pólvora, que dio origen a los ejércitos permanentes, perfeccionados más tarde, con la Revolución francesa, a través de la idea de la “nación en armas”. Y en cuanto a las primeras, se asentó sobre la técnica mecánica, que marcó el proceso de la revolución industrial haciendo posible la masificación y la centralización económica y política⁹. Por eso, roto el universo

⁷ Cfr. Id., *op. cit.*, págs. 188-189; 2ª ed., págs. 184-185.

⁸ Cfr. MARINO GENTILE, *Trattato di filosofia*, Padua, 1987. Cfr., también, Etienne Gilson, *The unity of philosophical experience*, Nueva York, 1947, y —en la literatura hispánica— Félix Adolfo Lamas, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, 1991.

⁹ Cfr. ALVARO D'ORS, *Una introducción al estudio del derecho*, 8ª ed., Madrid, 1989, págs. 118-119.

medieval por la Reforma protestante, la vida política se territorializó, dando lugar a la absorción por el artefacto soberano —nacido de un contrato y ajeno en su funcionamiento al orden moral— de todos los poderes y de la autoridad. Hoy, en cambio, el panorama geopolítico milita en contra del Estado, pues las armas nucleares han impuesto un nuevo modo de guerrear y hasta un nuevo ejército, reduciendo por un lado la trascendencia del territorio y su defensa —piénsese en los misiles de largo alcance, que pueden lanzarse también desde submarinos de amplísima autonomía—, y trasladando el poder de decisión bélico a organizaciones militares supraestatales¹⁰. También, la progresiva incorporación de la nueva tecnología electrónica —que, por su propia naturaleza, descentraliza—, hace obsoletas, cuando no inexistentes, las fronteras¹¹.

8. He aquí un primer signo de cambio, no ausente de riesgos. Cuando el magisterio pontificio comenzó a volcarse sobre la temática social con gran vigor a lo largo del siglo XIX, toda la técnica y la política estatal se hallaban fuertemente en contra de su orientación. La masificación producida por la mecanización impersonal tendía a aplastar la pequeña y mediana empresa, a reducir al trabajador a un robot mal pagado y a sustraerle la responsabilidad personal por lo que hace. Hoy por el contrario, y pese a que el mundo occidental está sensiblemente más secularizado —y he aquí la fuente que no deja de manar peligros—, sus estructuras técnicas empiezan a inclinarse en favor del núcleo del pensamiento católico: nos encontramos ante una situación en la que el hombre va a poder reafirmar su dignidad personal a través de una economía en que la eficacia y la praxis exigen de consuno un nuevo florecimiento de la pequeña y mediana industria, en que la participación activa del trabajador se impone por las nuevas condiciones de trabajo, y en que la realización de una labor puramente rutinaria, y aun brutal, comienza a desaparecer.

9. En un ámbito eminentemente jurídico, encontramos el fin de los ordenamientos jurídicos clausurados, al tiempo que se hace patente la interpenetración de una pluralidad de ordenamientos. La doctrina positivista partía de la unidad del ordenamiento jurídico y

¹⁰ Cfr. Id., *La posesión del espacio*, Madrid, 1998, págs. 36 y ss.; MIGUEL AYUSO, “¿No intervención o solidaridad entre las naciones?”, en el volumen colectivo *Guerra, moral y derecho*, Madrid, 1994, págs. 111 y ss.

¹¹ Cfr. FREDERICK D. WILHELMSSEN, *The War in Man: Media and Machines*, Athens, 1970; Id., “Technology and its Consequences”, *The Intercollegiate Review* (Bryn Mawr), vol. 28 (1992), págs. 31 y ss.

su monopolio estatal, quedando definido como un sistema normativo que reúne las propiedades de plenitud, consistencia y economía, esto es, respectivamente, ausencia de lagunas, contradicciones y redundancias¹². Sin embargo, incluso en sus cultores más característicos — sea Kelsen, Hart o Bobbio, por no hablar de la singular posición de Santi Romano —, la propia y creciente complejidad de los procesos jurídicos y políticos ha venido a mitigar el rigor del sistema, al tiempo que a abrir sus “ventanas” a las “ideologías” o los “valores” predominantes en la opinión pública o encarnados en la mayoría. Así, de un lado, junto a la jerarquía normativa, ha irrumpido el principio de competencia o reserva material, ajeno a criterios de subordinación y que articula relaciones de coordinación: así se explican la incidencia de los derechos regionales o del comunitario sobre el ordenamiento estatal¹³. Del otro lado, el control de constitucionalidad de las leyes, confiado a un tribunal constitucional, aunque pronto expandido a través de los mismos tribunales ordinarios, ha producido un inexorable debilitamiento de la ley parlamentaria — *le dépérissement de la loi*, de que habló Burdeau¹⁴ — a la vez que introducido una hermenéutica “principal” de naturaleza estimativa o valorativa¹⁵.

10. No parece, sin embargo, que se pueda ocultar el pasivo que la situación levemente descripta presenta. Pues, sin salir de la cosmovisión racionalista y tecnocrática, a los ordenamientos jurídicos en transformación les falta la mirada hacia arriba, o apertura a la trascendencia, y hacia abajo, o apertura a la captación social. En palabras de Francesco Gentile, no se acierta a saber si se instala en lo real o en lo virtual¹⁶. Desde luego, en el ámbito regional, no ha de olvidarse la advertencia, referida a España, que Vallet de Goytisolet ha formulado respecto de los “derechos forales” — término intraducible, como el

¹² Cfr. Juan Vallet de Goytisolet, *Las expresiones “fuentes del derecho” y “ordenamiento jurídico*, Anuario de Derecho Civil (Madrid), volumen XXXIV-IV (1981), págs. 825 y ss.

¹³ Cfr. Miguel Ayuso, *¿Unidad o pluralidad de ordenamientos jurídicos?*, en el volumen colectivo *Ley y ordenamiento jurídico*, Madrid, 1999.

¹⁴ Cfr. Georges Burdeau, *Essai sur l'évolution de la notion de loi en droit français*, Archives de Philosophie du Droit (Paris), 1939, págs. 7 y ss.

¹⁵ Cfr. Miguel Ayuso, *Principios generales del derecho, derecho natural y Constitución*, en el volumen colectivo *Los principios generales del derecho*, Madrid, 1993, págs. 109 y ss.; Id., *Las leyes humanas y la naturaleza de las cosas, Verbo* (Madrid) n° 349-350 (1996), págs. 1055 y ss.

¹⁶ Cfr. Francesco Gentile, *Ordinamento giuridico. Controllo o/e comunicazione? Tra virtualità e realtà*, apéndice a Ugo Pagallo, *Testi e contesti del ordinamento giuridico*, Padua, 1998, págs. 163 y ss.

de “fuero”, del que procede, o su derivado “foralismo”—, y que paradójicamente encuentra el mayor riesgo para éstos en los nuevos parlamentos regionales. Pues están llevando a su propio terreno la mentalidad jurídica racionalista, operativa y utópica del derecho legislado, esto es, la antítesis del derecho foral: “Si el derecho espontáneo formado por las costumbres, guiadas por los juristas prácticos, adecuadas a las necesidades reales, lo sustituyen esos parlamentos por las ordenanzas que fabriquen, puede ocurrir ya sea que éstas caigan en el vacío, no sin provocar trastornos o inseguridades, o bien que destruyan —ayudados por las nuevas circunstancias sociológicas— un modo de vivir, de pensar e incluso de ser, en el que se basaron esos derechos forales peculiares”¹⁷. Y en lo que toca al ámbito del derecho comunitario europeo, no obstante la operatividad de ciertos mecanismos muchas veces simplistamente considerados como constitutivos de un “déficit democrático”, cuando en puridad más bien son expresión de “buen gobierno”, es de nuevo el principio dirigista y tecnocrático el que tiñe su acción¹⁸. Si el ordenamiento no viene referido al orden, no hemos salido del universo de la razón moderna, sin acceder por lo mismo, a la inteligencia política¹⁹.

11. Pero la pluralidad de ordenamientos jurídicos reclama la pluralidad de ordenamientos políticos. También aquí la experiencia hodierna es rica en matices. Y nos conduce al principio de subsidiariedad, al tiempo que nos descubre las cuestiones comunitaria y nacional, cuestiones estas que aquí no abordaremos específicamente²⁰. Pero para captar aquél en toda su hondura hemos de situarnos cabalmente en

¹⁷ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, pág. 556. En cuanto al foralismo, pueden verse mis libros *La filosofía jurídica y política de Francisco Elías de Tejada*, Madrid, 1994, pág. 288 y ss., y *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, cit., págs. 174 y ss., 2ª ed., pág. 171 y ss., así como mi comunicación al XXXII Convegno Internazionale del Instituto Rosmini, “Las Españas como modelo político: una lección para la “integración” europea desde el respeto a la ‘autonomía’”, en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *L'Europa tra autonomie e integrazione*, Nápoles, 1994, pág. 191 y ss.

¹⁸ Cfr. MIGUEL AYUSO, “Identidad europea institucionalización en la integración europea”, en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *Al di là di Occidente e Oriente: Europa*, Nápoles, 1994, págs. 141 y ss.; Id., *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, cit., pág. 81 y ss., 2ª ed., pág. 83 y ss.

¹⁹ Cfr. DANILO CASTELLANO, *La razionalità della politica*, Nápoles, 1993, pág. 58; FRANCESCO GENTILE, *Intelligenza politica e ragion di Stato*, cit., pág. 38.

²⁰ He de remitirme, nuevamente, a mi libro *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, págs. 74-83, 111-123 y 174-184, 2ª ed., págs. 77-84, 111-122 y 171-180.

los antípodas del principio de soberanía estatal. De hecho, su formulación en la doctrina social católica de este siglo, más allá de su contexto concreto, que lo condiciona en su expresión, arraiga propiamente en la experiencia pre-estatal, esto es, en la formación histórica de las sociedades políticas y el derecho. Porque la sociedad está ligada en tal forma al derecho, y el derecho a la sociedad, que no es posible investigar la génesis de la juridicidad sin al mismo tiempo plantar cara al problema del origen y formación de los agrupamientos humanos; como, *a contrario*, se verifica en las modernas teorías del contrato social, que —negando la formación natural de las sociedades— llevan consecuentemente a la desnaturalización del derecho que es el voluntarismo jurídico: la hipótesis del contrato en el origen de la sociedad lleva a la idea del derecho como simple expresión de esa voluntad. En efecto, si recorremos el camino que de la familia conduce a la sociedad política, vemos que la familia es la primera y más natural de las sociedades, por lo que la ordenación jurídica que la rige procede directamente de la misma naturaleza: así en cuanto a la misión de los cónyuges, señalada por las disposiciones peculiares al sexo respectivo, y en cuanto a la autoridad, correspondiente a quien tales disposiciones indican. Después, un conjunto de familias que viven en el mismo territorio, aumentado por otros grupos que se van constituyendo con el correr del tiempo, forman la sociedad civil o política, que —por lo mismo— no está formada directamente por individuos desvinculados de lazos anteriores, sino que se trata siempre de una reunión de grupos que dan lugar a la sociedad global, una “sociedad de sociedades”, tanto más variadas éstas, cuanto más compleja aquélla. Las sociedades políticas, ya por su formación natural, que es a la vez histórica, ya por su estructura íntima, presentan un carácter comunitario, en el sentido de que la cohesión entre sus miembros se liga a una actividad espontánea y a un género de vida en común, como demuestran que los distintos individuos pertenezcan a un grupo independientemente de su iniciativa o deliberación. Corolario de lo expuesto resulta que el ordenamiento jurídico de la sociedad global supone —como líneas atrás adelantábamos— los ordenamientos existentes en el interior de sus grupos constitutivos²¹.

12. Han aparecido en lo anterior dos “lógicas” de la relación social, que en su comprobación histórica muestran la permanencia del

²¹ Cfr. JOSÉ PEDRO GALVAO DE SOUSA, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, San Pablo, 1970, capítulo II.

problema del sentido de la unidad de lo comunitario frente a la diversidad de lo individual. En primer término encontramos la perspectiva de la metafísica clásica, que es en la que estamos moviéndonos, y para la que totalidad y subsidiariedad como principios normativos aparecen forzosamente implicados, en tanto que el primero remite a la naturaleza de ese todo que es la relación social, mientras que el segundo se refiere a las relaciones dinámicas que median entre el todo y sus partes. El punto de partida es metafísico y no meramente empírico, al existir un orden del ser, en el que se funda todo deber, y en el que yace, concebido como comunicación, el lazo social. La sociedad viene a ser así, consiguientemente, una realidad accidental de naturaleza relacional resultante del proceso de actualización de la persona, excluyente tanto de su consideración como agregado de individuos, cuanto de la contraposición individuo-sociedad²². De ahí que constituya para el hombre un complemento perfectivo y, en este sentido, un medio para su dignificación. De ahí también que se articule como sociedad de sociedades que difieren entre sí según su grado y orden respectivos²³. Es, pues, una lógica de la totalidad como pluralidad, que remite a conceptos fundamentales tales como comunidad, autonomía, descentralización, jerarquía natural, tradición, lealtad, localismo, personalización y, finalmente, subsidiariedad. Frente a la misma aparece la solución moderna, que excluye por principio la consideración de la subsidiariedad, contemplada como un pseudo-problema derivado de incorporar al análisis elementos no verificables científicamente y, en consecuencia, racionalmente impertinentes. Parte entonces de una “deconstrucción” de la realidad, operada por la razón en su búsqueda de elementos simples y evidentes, aptos por tanto para operar como axiomas de base para una recomposición sistemática de la totalidad social²⁴. Agregado mecánico, aunque convencional en el acto que lo origina, posee en cambio la necesidad de una hipótesis lógica, a través de la cual resulta pensable una sociedad despojada de toda sustancia comunitaria. Es, en conclusión, una lógica de la totalidad como unidad, y sus desarrollos giran en torno de ideas tales como asociación, igualdad, individualismo, progreso, cosmopolitismo, etc.

²² Cfr. FREDERICK D. WILHELMSSEN, *Persona y sociedad*, San Luis, 1984, págs. 127 y ss.

²³ Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Tres ensayos: cuerpos intermedios, representación política y principio de subsidiariedad*, Madrid, 1982.

²⁴ Cfr. MICHEL VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit*, París, 1975, págs. 676 y 706.

13. El principio de subsidiariedad, pues, hincó en la naturaleza plural pero una del todo social, y más allá de su explicitación en la doctrina social de la Iglesia —por lo mismo, y con mayor motivo, en el Tratado de Maastricht—, trasciende como principio de organización jurídica, política y social a toda positivación. Así, al operar sobre la base previa del principio de totalidad, propone un principio fijo para soluciones variables y diversas a los problemas que plantea la relación de ese todo con sus partes: “No se trata, por tanto, de una regla técnica o de un principio formal, sino de un criterio concreto, fundado en la justicia y objeto de determinación prudencial en cada caso concreto”²⁵. Las consecuencias que derivan derechamente de lo expuesto apuntan a la debilidad del discurso del derecho europeo, que en buena medida administrativiza el principio de subsidiariedad a través de su reducción a una regla de reparto de competencias; así como a la de ciertas presentaciones de la doctrina social de la Iglesia, que vienen a desnaturalizarlo en un neoliberalismo que comulga con la visión del Estado como instrumento o aparato abstracto suspendido sobre una sociedad civil autorregulada de modo espontáneo por la libre iniciativa individual. Así pues, concluyendo el razonamiento, si de una parte es cierto que —con todas las dificultades que presenta— la cuestión de la subsidiariedad reabre hoy el problema “de la relación entre derecho y naturaleza, constituyendo el nuevo camino de la pedagogía del derecho natural”²⁶; de otra, conviene vigilar hasta qué punto no estamos alimentando un proceso en el que los factores que responden a la falsa idea de totalidad, agotados los supuestos históricos e ideológicos que dieron origen al Estado al alba de la modernidad, se desembarazan de su carga en cuanto ha dejado de resultar útil o ha ofrecido resistencias impensadas al proceso de masificación dirigida y uniformizada de la sociedad.

IV.

14. En este punto, diríase que el Estado soberano, tras sus distintas metamorfosis, está a punto de quedarse en un recodo del camino de nuestros días. La duda es sólo si éste, exasperando la lógica de la totalidad moderna en su disolución postmoderna, no conducirá hacia

²⁵ ENRIQUE ZULETA, “El principio de subsidiariedad en relación con el principio de totalidad: la pauta del bien común”, en el volumen colectivo *El principio de subsidiariedad*, Madrid, 1982, pág. 128.

²⁶ FRANCESCO GENTILE, “La pedagogía del derecho natural”, en el volumen de Miguel Ayuso (ed.), *El derecho natural hispánico, ¿pasado o futuro?*, Córdoba, 1999.

mayores abismos o, por el contrario, desarrollando el hábito de vida que alienta en él, retornará hacia la atmósfera de la lógica clásica. MICHEL VILLEY, muy expresivamente, habló de la necesidad de retornar a una encrucijada de caminos, aquélla en que Tomás de Aquino y Guillermo de Occam cruzaron sus aceros²⁷. Bien entendido que la imagen anterior es figurada. Y no sólo porque el Aquinate y Occam no llegaron a batirse, y ni siquiera con argumentos, sino porque en recta filosofía de la historia —y no hay otra que la teología de la historia— no cabe marcha atrás. Pero hablar de bien común, no es hablar del pasado, es hablar de una necesidad de toda comunidad. Por eso, en el panorama de la “postsoberanía”, vuelve a emerger.

15. Sin embargo, hablar de bien común levanta hoy obstáculos difícilmente superables entre los que no es el menor el esfuerzo por restablecer un conjunto de significaciones comprensibles más allá de las ambigüedades creadas por el lenguaje político de la modernidad. Y es que la problemática del bien común carece de sentido en un contexto ideológico presidido por la idea moderna de totalidad y su concreción en la soberanía, resultando indiferente, a este respecto, si su concreción es “garantista”, “promotora” o propiamente “totalitaria”; al tiempo que sólo puede comprenderse desde una lógica de la pluralidad en la que posee sentido preciso la analogía del todo y las partes y para la que resulta impensable la dicotomía individuo-Estado, mejor aún, individuo-comunidad política²⁸. Esa es la tradición hispánica medieval en virtud de la cual todavía GASPARD DE AÑASTRO E ISUNZA, al verter en castellano *Las Repúblicas* de Bodino, eso sí, “catholicamente enmendadas”, ponía entre sus correcciones que los españoles no pueden aceptar la noción de soberanía, debiendo de sustituirla por la de *suprema auctoritas*: dado que la soberanía es poder ilimitado por encima de los cuerpos sociales, mientras que la potestad suprema implica que cada cuerpo político, incluidas las potestades del monarca, está encerrado dentro de unos límites²⁹. Y la que seguía resonando en las *Repetitiones feudales* de Antonio Lanario, jurista del Nápoles hispánico: “*Potestas absoluta non potest dari in Republica politica*,

²⁷ Cfr. MICHEL VILLEY, *op. cit.*, pág. 268 y ss.

²⁸ Cfr. MIGUEL AYUSO, *Bien privado, bien público y bien común. Una relectura desde el derecho constitucional*, en el volumen de Danilo Castellano (ed.), *Europa e bene comune oltre moderno e postmoderno*, Nápoles, 1997, págs. 137 y ss.

²⁹ Cfr. GASPARD DE AÑASTRO E ISUNZA, *Los Seis Libros de la Republica de Iuan Bodino*, Turín, 1591. Puede verse, al respecto, FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *El Franco-Condado hispánico*, Sevilla, 1975, pág. 228.

et bene ordinata"³⁰. Es, finalmente, la que perdura casi hasta nuestros días con el "foralismo", precoz prematuración del principio de subsidiariedad. Pero, en algún modo, es dado encontrar, aquí y allá, expresiones de una idéntica concepción, ecos diversos del Aquinate. Y en Inglaterra está Sir John Fortescue y su descripción del *dominium politicum et regale*³¹. Y en Francia, la protesta moderna de Charles L'Oyseau a principios del siglo XVII, no puede ahogar la distinción entre *suzenaireté* y *souveraineté*³², por olvidada que estuviera aquella y campante ésta. Y el italiano conserva la distinción entre *regalità* y *souvanità*³³.

16. Pero no se puede decir que en nuestro tiempo no se haya replanteado la cuestión del bien común. En la publicística contemporánea, es posible que fuera el profesor flamenco trasplantado al Canadá francófono CHARLES DE KONINCK quien con más vigor, quizá por las propias exigencias de la polémica, subrayara en los años cuarenta que no es un bien ajeno, erigido como un ser singular que domina a los restantes, sino el mejor bien de las partes que de él participan³⁴. Es lo que el profesor DANILO CASTELLANO viene recordando últimamente en oportunísima crítica del personalismo —y he ahí el lazo que aúna a los dos autores citados en un arco de cincuenta años—, al definir el bien común como el bien de todo hombre en cuanto hombre y, en cuanto bien de todo hombre, común a todos los hombres: el bien que la comunidad política debe, por ello, perseguir³⁵. DE KONINCK ya observó —lo que entonces había de resultar sin el menor género de dudas escan-

³⁰ Cfr. ANTONIO LANARIO, *Repetitiones feudales*, Nápoles, 1630. Cfr. FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Nápoles hispánico*, 5 volúmenes, Madrid y Sevilla, 1958-1964.

³¹ Cfr. SIR JOHN FORTESCUE, *De laudibus legum angliae*, 1470. Hay una reciente edición, junto con otros textos del mismo autor, bajo el título, *On the Laws and Governance of England*, Cambridge, 1997. Cfr. FREDERICK D. WILHELMSSEN, *Christianity and political philosophy*, Athens, 1978; FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Las doctrinas políticas en la Baja Edad Media inglesa*, Madrid, 1946.

³² Cfr. CHARLES L'OYSEAU, *Traité des seigneuries*, París, 1609. Se ha referido críticamente a esta obra Bertrand de Jouvenel, en su *De la souveraineté*, París, 1955, y en cuanto a la distinción puede verse CLAUDE POLIN y CLAUDE ROUSSEAU, *Les illusions républicaines*, París, 1993, págs. 43 y ss.

³³ Cfr. DANILO CASTELLANO, *La política como "regalità"*, *Anales de la Fundación Elías de Tejada* (Madrid), volumen III (1997), págs. 91 y ss.

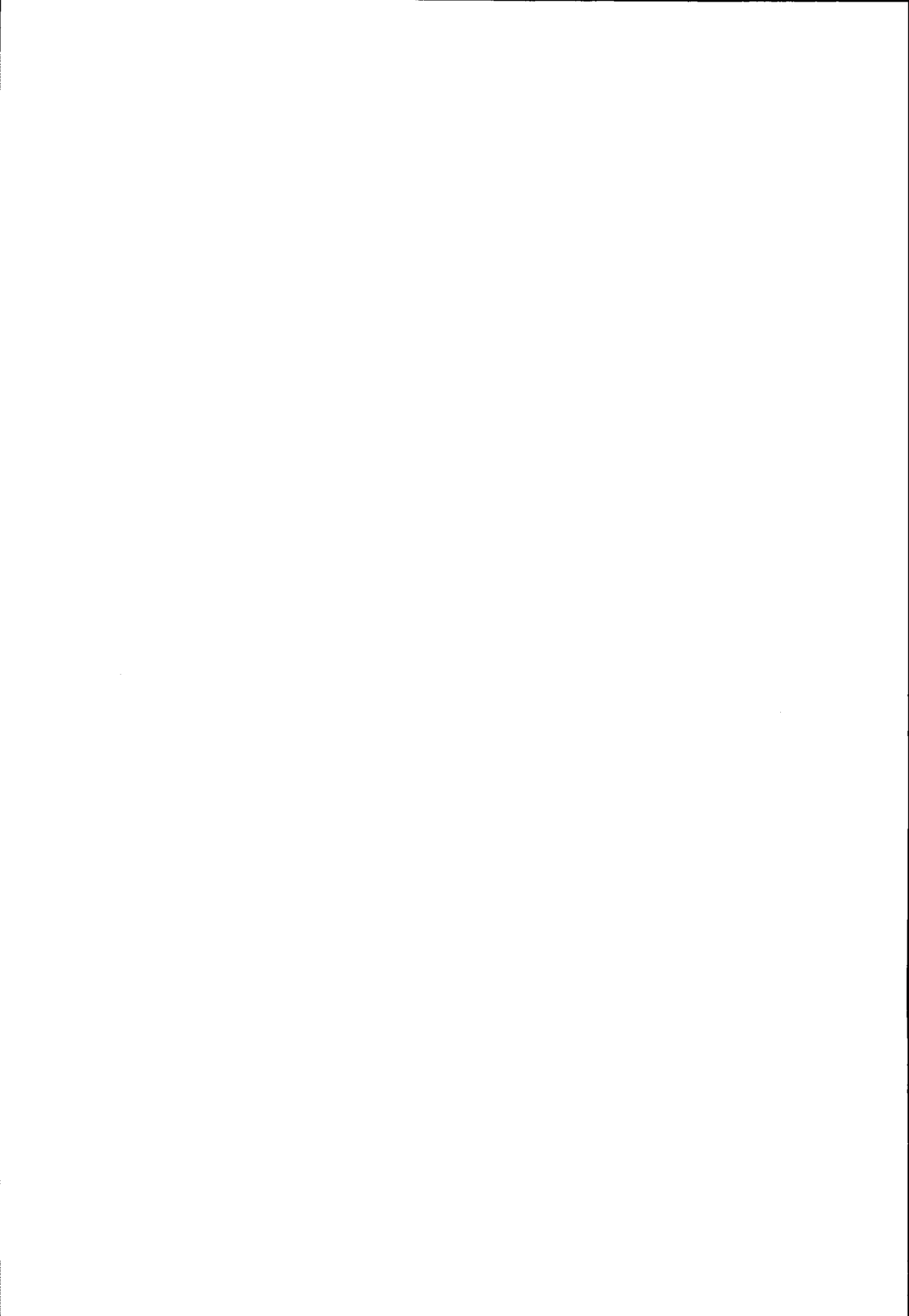
³⁴ Cfr. CHARLES DE KONINCK, *De la primauté du bien commun contre les personalistes*, Montreal 1943. Me he referido a la famosa polémica de De Koninck con Eschmann, con Maritain al fondo, en mi libro *Koinós. El pensamiento político de Rafael Gambra*, Madrid, 1998.

³⁵ Cfr. DANILO CASTELLANO, *L'ordine della politica*, Nápoles, 1997, pág. 34.

daloso— que el personalismo, en su falseamiento de la noción de bien común, concluía por hacer suya la noción totalitaria del Estado: en efecto, bajo los regímenes totalitarios el bien común se había singularizado, oponiéndose como singular más potente a unos singulares pura y simplemente sometidos; perdida su nota distintiva y tornado extraño, se subordinaba a ese monstruo de moderna invención que es el Estado, no —desde luego— entendido como comunidad o ciudad, sino erigido en una suerte de persona física³⁶. En nuestros días —y sin que el anterior análisis haya dejado de mostrarse como correcto—, la dinámica que ha conducido de la sustitución de las ideologías “fuertes” por sus derivados “débiles”, permite precisar mejor las consecuencias implicadas en el personalismo contemporáneo. En este sentido, el profesor CASTELLANO ha podido cerrar el círculo dividido por DE KONINCK, pues, exiliado del horizonte moderno el “bien común”, e instaurada la contraposición entre lo público y lo privado, si en una primera fase se redujo aquél a puro “bien público”, virtualmente totalitario, en otra posterior —la más rabiosamente coetánea— se ha concluido por asignar al “bien privado” un primado sobre éste. Se ha llegado, así, a la afirmación de lo público exclusivamente en función de lo privado y a la reducción del Estado a instrumento para alcanzar cualesquiera instancias individuales. En definitiva, a la decadencia del Estado moderno y a la volatilización de la política³⁷. Cuidadosamente orillado el bien común en todos los tránsitos, se abre —virgen— como salida a todas las encrucijadas de este fin de siglo.

³⁶ Cfr. CHARLES DE KONINCK, *op. cit.*, I.3.

³⁷ Cfr. DANILO CASTELLANO, *op. ult. cit.*, págs. 43 y ss.; Id., *La decadenza della Repubblica e l'assenza del politico*, Bolonia, 1995, introducción. Mi libro, ya citado reiteradamente, por lo que pido excusas, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, es en buena parte una explanación de tal proceso.



**LEGALIDAD Y BIEN COMÚN ANALIZADOS A LA LUZ
DE UN CASO EMBLEMÁTICO
DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA ITALIANA
ENTRE GEOMETRÍA LEGAL Y DIALÉCTICA JURÍDICA**

FRANCESCO GENTILE*

En el lenguaje corriente, empapado del *esprit de géométrie*, la relación unitiva de legalidad y bien común podría sonar anacrónica, casi un oxímoron. Parecería así por la equivalencia meramente formalista que se atribuye a la noción de legalidad, entendida como conformidad formal a la ley, o por usar las fórmulas del más rígido positivismo, legalidad es la conformidad a lo dispuesto por los actos legislativos. También por el giro economicista que asume la noción de bien común, como medida de las relaciones interindividuales y como objetivo de la política social, en la jerga de los que se dedican a la política careciendo de la debida competencia y con el único objeto de satisfacer sus intereses personales. De esta manera, legalidad y bien común parecerían pertenecer a dos universos antitéticos: el primero, al de la obligación y la constrictión, el segundo, al de la libertad y la moderación.

Con la reflexión que me propongo efectuar hoy, para expresar mi gratitud por el honor que se me ha hecho con la invitación a la Universidad Católica Argentina de Buenos Aires, que premia muy liberalmente mis modestos méritos, pretendo poner en evidencia las íntimas conexiones existentes entre la legalidad y el bien común, colocándome así, abiertamente, en polémica con la opinión corriente. O, para ser más preciso y tomando una expresión de origen tomista

*Catedrático de Filosofía del Derecho y director del Departamento de Historia y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de Padua – Académico honorario de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España.

reiterada en la obra del profesor Félix Adolfo Lamas, intento demostrar como “el bien común es la pauta de la legalidad. Para que el derecho natural humano urja al derecho civil, o positivo humano en sentido lato, a fin de que exija o no jurídicamente, conforme este bien común pide, el cumplimiento de lo que moralmente es de justicia”.

Para corresponder al espíritu de este Seminario que pretende abordar las diversas cuestiones no sólo en un aspecto meramente teórico, sino que, sin perjuicio de ello, persigue señalar su incidencia práctica, desarrollaré mi reflexión a partir de dos “casos” de la experiencia jurídica italiana, distantes entre sí en el tiempo y en el modo de manifestarse, pero útilmente relacionables teóricamente, porque en ellos se puede reconocer plenamente operativa, constituyendo una aporía, la misma separación entre legalidad y bien común. Si bien domina, en el primero, el proyecto de perseguir el bien común, o el que se pretende tal, fuera de la legalidad; y en el segundo, promover el restablecimiento de la legalidad sin tener en cuenta el bien común, ni siquiera como aspiración. Me refiero a dos “casos” de justicia politizada, la denominada “alternativa”, del inicio de los años setenta y la llamada “purificadora”, del inicio de los noventa.

La “politización” de la justicia es un aspecto de la “contestación” que en Italia se ha manifestado en el ámbito de la escuela y del trabajo, encabezada por dos organizaciones autónomas pero coordinadas, como son el “Movimiento studentesco” y el “Potere operaio”. De los múltiples indicios que podrían señalarse, una sentencia de la Audiencia de Milán de 1970 –que ofreció a Salvatore Satta ocasión para un comentario bastante duro pero lucidísimo–, es, tal vez, el más significativo, porque indica la conexión operativa existente entre contestación y “politización” de la justicia, ofreciendo, al mismo tiempo, los elementos para una definición teórica del problema.

Con su sentencia, el juez milanés absolvió a algunos estudiantes acusados de las imputaciones de invasión arbitraria de los locales de la Facultad de Lengua y Literatura extranjera de la universidad Bocconi y de haber interrumpido y perturbado la regularidad de las clases y de los exámenes. Absolución basada en “inexistencia fáctica”. ¿Con qué argumentos? A juicio del juez milanés, los estudiantes no podían ser castigados por la norma del artículo 633 del código penal, porque la invasión que prevé esta norma tiene que ser arbitraria. Ahora bien, observa el magistrado, “la ocupación estudiantil de las sedes universitarias no puede ser calificada de arbitraria. Si, de hecho, se aceptase una valoración diferente se ignoraría el hecho de que

las universidades pertenecen a los estudiantes; antes que a nadie y sobre todo, les pertenece a ellos". Además, continúa el magistrado, no se puede imputar a los estudiantes la violación del artículo 340 del código penal (interrupción de un servicio público) porque, si es cierto que la "manifestación provocó un retraso en el comienzo de los exámenes, tal retraso no puede considerarse interrupción de un servicio público, porque la acción estudiantil tenía entre otras, la finalidad de que los exámenes se desarrollasen con tribunales regulares, trastocando la deplorable costumbre vigente conforme a la cual, debido al escaso número de docentes, los tribunales no se completan. Por consiguiente, los estudiantes no actuaron ilícitamente, sino que, al contrario, obraron en favor de una más completa actuación de la ley".

Sin duda, esta sentencia "politizada" no es un modelo jurídico como para ser citada, si no fuese porque presenta abiertamente los motivos teóricos fundamentales en los que se asienta la pretensión de "politización" de la justicia.

El primero de estos motivos se encuentra en la "intención alternativa", en el sentido de revolucionaria, respecto a la organización jurídica vigente, en relación a la legalidad positivista entendida como conformidad a lo dispuesto por los actos legislativos. Para excluir la ilegalidad del comportamiento de los estudiantes, el juez les atribuye un papel que implica la negación del ordenamiento universitario, con toda su organización institucional, en la que cada componente universitario desempeña su propio oficio específico: rector, decano, profesores, estudiantes, etc. Lo que se ha hecho, precisamente, colocando la norma singular, específicamente las relativas a la invasión de local público (art. 633 del código penal) y a la interrupción de servicio público (art. 340 del código penal), fuera del sistema, fuera del conjunto de la organización jurídica vigente, es decir, en sentido lato, al margen de la legalidad. Esta intención revolucionaria no la proclama formalmente el juez milanés, quizás debido a la naturaleza del lugar en que la manifiesta: la sentencia. Serán, sin embargo, otros magistrados los que lo harán, afirmando que "la transformación de la resolución jurídica real puede ser efectuada, no sólo al nivel de la legislación, sino también en el nivel de la actuación de las normas", —elaborando un verdadero programa de "uso alternativo del derecho"—.

La segunda característica de la "justicia politizada" es la de la "suplencia legislativa". Nunca como hoy, se dice por algunos, los jueces han sido conscientes de estar en el centro de un sistema de

relaciones desiguales y antagónicas por su propia naturaleza, que han de tener en cuenta. La sociedad se encuentra lacerada por los conflictos y desequilibrada por las diversas condiciones económicas y el bien común exige al juez restablecer el equilibrio dirimiendo el conflicto. La conclusión de los autores de la politización de la justicia es la siguiente: “la tendencia al equilibrio no puede alimentarse mas que de una constante búsqueda y revalorización de las posiciones subordinadas”. Para no correr el riesgo de la abstracción es oportuno, también en este supuesto, fijarse en una sentencia. Se trata de una sentencia del año 1971 de la Audiencia de Casoria en materia de despido por cese de la actividad empresarial. “El caso –escribe el juez campano– se inserta en el cuadro más complejo de un enfrentamiento que contempla el movimiento sindical empeñado contextualmente en el frente del empleo y en el del relanzamiento del desarrollo productivo. En este contexto, el caso Angus y el de las multinacionales, adquieren particular relieve, en cuanto representan momentos emblemáticos de dudosa elección económica puesto que se ha visto al Estado financiar claramente la instalación de unidades productivas, controladas por capital extranjero, que han procurado la lógica de la maximización del beneficio y ahora, disimulándose detrás de la crisis económica, prefieren el desmantelamiento total. Más específicamente, se observa que el momento más relevante de la acción sindical ha consistido en el empeño de contrarrestar, incluso con medios no previstos por el ordenamiento, ya que son remitidos a la libre decisión de las organizaciones sindicales, un cierto tipo de gestión de la crisis que, en nombre de la salvaguarda de los beneficios, sacrifica de manera directa el puesto de trabajo”. Todo comentario resulta supérfluo. Lo que a nuestros fines hay que destacar es que, un juez que había reconocido como propio el papel del “reequilibrio” de las tensiones sociales no puede, en fin, ejercer su propia función ateniéndose a la legalidad, sino que debe tomar directamente parte en el conflicto, prescindiendo de las disposiciones legales y en contra de lo legislado. En conclusión, se puede decir que la intención alternativa se explica mediante una creación legislativa supletoria, cuya motivación fundamental consiste en lo inadecuado de las normas vigentes para ordenar la tumultuosa y variada realidad social, eso, cuando no se trata de un verdadero apoyo partidista a favor de una clase social contra las otras.

La tercera característica de la “justicia politizada”, tal como se ha manifestado en Italia durante los años de la contestación, podría ser definida metafóricamente como el de la rivalidad política-consti-

tucional. Para comprenderlo es necesario referirse a un momento crucial para la administración de la justicia italiana, aquel en el que se constituye el Tribunal Constitucional, distinto y separado del Tribunal Supremo. Desde aquel momento, el sencillo juez ordinario ha podido suspender la aplicación de las leyes sospechosas de inconstitucionalidad. En consecuencia, el principio de su sujeción a las leyes ordinarias ha ido perdiendo peso, convirtiéndose en relativo en lugar de absoluto. Y en ese contexto, se ha ido afirmando su sujeción directa a la Constitución, de tal manera que el criterio del juez se presentaría siempre como "superior" a las leyes ordinarias. Según los instigadores de la "justicia alternativa", de hecho, la Constitución habría establecido con el primer apartado del artículo 101, que la justicia debe administrarse en nombre del pueblo soberano. Esto significaría que, al estar específicamente previstos en el apartado tercero del artículo 102 los casos y las formas de participación directa del pueblo en la administración de la justicia, en todos los demás casos el juez ordinario ha de ser considerado un verdadero y auténtico gestor de la soberanía popular, por encima de la legalidad ordinaria. Y a quien objete que la Constitución ha atribuido la función jurisdiccional a órganos del aparato burocrático del Estado (artículos 102, 104, 105 y 106 de la Constitución), los promotores de la politización de la justicia, replican que se ha establecido una forma de disociación entre la titularidad de la jurisdicción, atribuida al pueblo, y la concreta organización de su ejercicio, atribuida al aparato burocrático o, como dice alguno, al Estado-sujeto; y es precisamente a superar esta disociación a lo que se dedican los magistrados "politizados". Estos, de hecho, no se considerarían tanto partícipes de la organización del Estado-sujeto y, por ello, defensores de la observancia de las leyes emanadas del Parlamento —su órgano legislativo más eminente—, como investidos de una función que se pretende atribuida formalmente a la soberanía popular, por consiguiente, más allá de lo establecido en las leyes y en contra de ellas, se consideran intérpretes de las exigencias del pueblo soberano. Es decir, intérpretes del bien común al margen de la estricta legalidad.

Contra esta concepción, que ha gozado de buena fortuna tras la ola de la contestación de los años setenta, se han alzado críticas incisivas y demolidoras. Sin embargo, es en otra dirección en la que quiero desarrollar esta reflexión, porque tengo la impresión de que, al poner en evidencia el equívoco subyacente en la "politización" de la justicia, se logra poner en evidencia la exigencia de una "justifica-

ción” de la política que se encuentra implícita en ella, y al mismo tiempo, se podrá demostrar con hechos que aquella resulta enaltecida por la pretensión contradictoria de individualizar y perseguir el bien común al margen de la legalidad.

Los motivos de la contestación jurídica, tal como se han afirmado en el proyecto y en la práctica de la “justicia alternativa”, se caracterizan por una notable impronta antipositivista. De hecho, parecería que la ley positiva tal como ha sido exaltada en la perspectiva formalista del positivismo y del neopositivismo y, en general el principio de legalidad, son el chivo expiatorio. La oleada de la contestación, a primera vista, parece haber sitiado la ciencia pura del derecho, que los positivistas a lo Kelsen habían elaborado con la intención específica de preservar la ciudadela del derecho de la insolencia de los conflictos interindividuales de naturaleza ideológica o económica. Ponen, de esta manera, al desnudo, la reducción del derecho a mero instrumento operativo, “técnica social dirigida a obtener de los hombres la conducta deseada mediante la amenaza de la medida coercitiva”, dejado a la merced de la fuerza política emergente en cada momento.

Contestatarios entre los contestatarios, los jueces politizados han colocado en su punto de mira a Kelsen y a sus intérpretes. Han perseguido encarnizadamente al objetivo ideológico subyacente en el proceso de “tecnificación de la ciencia jurídica” y de “desresponsabilización, en sentido político, del estamento judicial” efectuado por el positivismo imperante. Han desenmascarado la operación histórico-política “de ocultar fracturas y establecer coherencia (unidad del ordenamiento) donde la percepción inmediata presenta contradicciones y conflictos”. El furor iconoclasta de la “justicia alternativa”, desbordando el segundo apartado del artículo 3 de la Constitución (“Es obligación de la República remover los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”), ha alcanzado a todos los institutos, pero no ha alcanzado a la concepción, positivista, de la funcionalidad del derecho respecto al poder. Por el contrario, juristas y jueces politizados, exhibiendo abiertamente su propia unión con “las fuerzas sociales –como ellos mismos dicen– verdaderamente alternativas (...), es decir, aquellas que se encuentran en posición antagónica, y por ello mismo en situación de lucha, respecto a los equilibrios del poder”, se colocan explícitamente a disposición de las clases sometidas emer-

gentes, a fin de favorecer la conquista del poder. Textualmente, las expresiones utilizadas son elitistas. Los jueces, se afirma, deben promover “en el ámbito de la práctica judicial la utilización alternativa del derecho burgués, a fin de preparar instrumentos de defensa de las clases trabajadoras”. Pero como bien se sabe desde los tiempos de Hobbes, en una perspectiva “geométrica”, libertad es sinónimo de poder. Más aún, e incluso, peor: Para competir con el legislador y con sus leyes, los jueces politizados se apoyan en la teoría de la soberanía. Los jueces alternativos, de hecho, mediante su interpretación, fuerzan las leyes positivas a transformarse gradualmente en el sentido de lo que ellos mismos imaginan ser las nuevas exigencias de la colectividad popular, acudiendo a lo que consideran que es el bien común; y lo hacen en virtud del mandato constitucional, según el cual, su jurisdicción sería función directa del pueblo soberano. Dicho de otro modo, con su iniciativa revolucionaria apelan al mismo principio con base en el cual el legislador legisla. Se basan para su actuación “ilegal” en el mismo principio en virtud del cual las normas del ordenamiento son legales y, por ello, válidas, incluida la norma constitucional que atribuye al juez el poder de juzgar en nombre del pueblo.

En la equívoca unión de revolución y burocracia, sutil y refinado absurdo digno del más fantástico Ionescu, se desvanece el proyecto de la “justicia alternativa” que pretendía realizar el bien común al margen de la legalidad. por reducir el bien común a intereses de parte y proponiendo de nuevo y brutalmente, en la práctica, una legalidad meramente formal como puro instrumento del poder. Desaparece por el vicio original de pensar separadamente la legalidad y el bien común.

Más breve será la referencia a fenómenos que se representan bajo la expresión de “justicia purificadora” o “limpia”. Ante todo porque su ciclo aún no se ha concluido y, por tanto, la valoración no puede ser mas que parcial y provisional, aunque en mi opinión, sus rasgos más sobresalientes se encuentran suficientemente delimitados. En segundo lugar, porque representa una metamorfosis de la “justicia alternativa”, a la que ya me he referido, con la que comparte el núcleo teórico central, consistente en la separación de legalidad y bien común. Por este motivo, algunas de las observaciones indicadas respecto a aquélla, valen para ésta.

El acontecimiento de la “justicia purificadora” se inicia el 17 de febrero de 1992 con la detención del doctor Mario Chiesa, presidente del Pio Albergo Trivulzio de Milán, sorprendido in fraganti con un sobre con siete millones, recién entregado por un empresario. Acusación: cohecho.

Dejemos al margen los particulares de la trampa tendida al comis del Partido socialista por el juez Di Pietro, para fijarnos en el centro de la cuestión: la financiación oculta de los partidos. En 1974, de hecho, bajo la presión de una serie de escándalos, por iniciativa de la DC, el PSI, el PSDI y el PRI, el Parlamento italiano había decidido poner la financiación de los partidos políticos a cargo del erario público y, al mismo tiempo, prohibía bajo cualquier forma, directa o indirectamente, las contribuciones por parte de la sociedad, salvo que hubieran sido adjudicadas por el órgano social competente y regularmente inscritas en el balance. Se penaba con reclusión hasta cuatro años y multa hasta el triple de la cantidad recibida. La ley del año 1974 no puso totalmente fin a la financiación oculta de los partidos, que tuvo durante la década de los ochenta un incremento exponencial, para valorar el cual, basta un pasaje del discurso de Bettino Craxi, secretario en aquel entonces del Partido Socialista, pronunciado el 3 de julio de 1992 con ocasión del voto de confianza al Gobierno Amato: "En la vida de los partidos es muy complejo y difícil individualizar, prevenir, cortar zonas infectadas (...) por la existencia y preponderancia de comportamientos perversos. Es así como, a la sombra de un financiamiento irregular de los partidos, en el mejor sistema político, florecen y se entrelazan casos de corrupción y de cohecho, que en cuanto tales, se determinan, se tratan, se prueban y enjuician. Y, en cualquier caso, lo que es necesario decir, lo que todos saben muy bien, es que buena parte de la financiación política es irregular o ilegal. Los partidos, especialmente los que cuentan con aparatos grandes, medianos o pequeños, periódicos, actividades de propaganda, de promoción y asociativas, han recurrido y recurren a la utilización de recursos adicionales adquiridos en forma irregular o ilegal... tantas sorpresas no lo son realmente, aunque aparezcan como si lo fueran. Por ejemplo, en la materia tan escandalosa de la financiación extranjera, bastaría con repetir el archiconocido: -¡todos lo sabían y ninguno hablaba". Es totalmente transparente la referencia al financiamiento de la democracia cristiana y de sus satélites por parte de la Alianza Atlántica, y del Partido comunista italiano y sus satélites por parte de los países del Pacto de Varsovia. Lo que resulta mucho más fácilmente comprensible si se recuerda que en 1989 había caído el muro de Berlín y había terminado la guerra fría. -¡Al menos eso parecía! Pero volvamos a la cuestión que me interesa destacar.

En el discurso de Craxi se pueden distinguir dos asuntos.

El primero es el de la irregularidad, o mejor, el de la ilegalidad en la financiación de los partidos políticos, en la que han incurrido todas las fuerzas políticas. Ilegalidad de algún modo considerada inevita-

ble para el funcionamiento de la maquinaria política, a pesar de los límites de la ley, la presión de las exigencias sociales y la mentalidad de la gente. Para limitarnos a un ejemplo que reúne los tres motivos, basta pensar que la ley, hecha con astucia finísima, en realidad, consentía las contribuciones de las empresas a condición de que fueran hechas en forma de contribución personal y, como tales, inscriptas en el balance de los partidos. Pero partidos y empresarios continuaron teniendo relaciones ocultas, presumiblemente porque los partidos querían ocultar al electorado que eran financiados por el poder económico, y los empresarios porque no querían que se supiese “per tabulas” a qué carro político estaban ligados o a qué carros...

El segundo asunto del discurso de Craxi es el que se refiere a los delitos que florecen y se entrelazan a la sombra del financiamiento oculto de los partidos: el cohecho (art. 317 del código penal) y la corrupción (art.318 y siguientes del código penal). Para estos delitos el político no tiene compasión alguna ya que, de este modo, parece atribuir, y no de forma velada, a la magistratura, la responsabilidad de no haber perseguido con la severidad necesaria los comportamientos delictivos de los particulares que, en cuanto tales, “se determinan, tratan, prueban y enjuician”. —¡el tono creciente es wagneriano!

El primer asunto tiene el tono afligido de una invitación a todas las fuerzas políticas para cambiar la ley; el segundo, suena como un reto a la magistratura para que aplique correctamente la ley. La invitación se lanza por los políticos con desprecio, como una autodefensa tardía en busca de complicidad; el reto se recoge por la magistratura y la “justicia purificadora” se desencadena, comenzando a apuntar a quienes la habían provocado.

Pese a su importancia y significación, no es mi intención referirme a las sucesivas instrumentalizaciones políticas del acontecimiento judicial, primero por la liga contra la Democracia cristiana y el Partido Socialista Italiano y, después, por los partidos ex comunistas contra Berlusconi y Forza Italia. Ni tampoco, pese a su gravedad, a la diversidad de tratamiento reservado por los magistrados a los imputados, de este o de aquel grupo de empresas. Lo que pretendo resaltar es el absoluto formalismo de la “justicia purificadora” puesta en acto por la Fiscalía de Milán, el llamado “pool mani pulite”, casi un ejemplo de legalidad sin la pauta del bien común. Sintetizaré la demostración en dos puntos.

Primer punto: desde distintas direcciones y de diversos modos lo que nos hemos preguntado es quien está detrás del “pool manos lim-

pías". Los viejos partidos, la Democracia cristiana y el Partido Socialista Italiano, han sido descalabrados, así como sus satélites, el PSDI y el PRI, pero no sería exacto decir que las nuevas fuerzas políticas se han aprovechado de ello. Ciertamente se han beneficiado los partidos que se encontraban en la oposición, de la Izquierda como de la Derecha. Se han beneficiado la Liga, y más aun, el FI, el movimiento de Berlusconi, que sin una solicitud emocional de la fuerza registrada bajo la presión de la "justicia purificadora", ni siquiera hubiera podido surgir. Pero no hay duda que el caso se ha vuelto, o se está volviendo, contra aquellos que inicialmente habían obtenido mayor ventaja. La Liga ha visto a su secretario, Bossi, condenado por la financiación ilegal del partido. Forza Italia ve hoy enjuiciado a su fundador por una serie de acusaciones de corrupción. El mismo PDS, cuyos secretarios políticos han acabado investigados por la oscura trama de intereses entre el partido y las cooperativas "rojas", no puede ya considerarse inmune de las manchas de la corrupción burguesa. Fuera no queda más que la Derecha, cuya solitaria inocencia se interpreta como signo de su nulidad política.

En lo que se refiere a las fuerzas sociales, no hay duda que han bajado al campo a apoyar la acción de la judicatura. Es el caso de la pequeña y mediana empresa, que atribuían a la política y a los partidos la causa principal de la ineficacia del Estado que experimentaban cada día. Pero el apoyo tampoco ha faltado ni siquiera de los grandes grupos del poder económico, apoyo que, inmediatamente, ha producido más daño que utilidad. Es sintomática, a este respecto, la posición de Giovanni Agnelli, que declara: "Se abre una nueva etapa, una etapa de reconstrucción material y moral. Ha terminado para siempre, y ello es un bien, un cierto papel invasor de los partidos en el estado y en todo el sistema económico. El sector público está destinado a reducirse drásticamente. Las privatizaciones parecen, por fin, haber desembocado en una vía concreta..." sin embargo, añade amenazador: "Creo que estamos ante un giro bastante demagógico que quisiera instrumentalizar estos casos para proponer un sistema económico más atrasado, populista y sustancialmente iliberal que el que está llegando a su fin". Gatopardesca profesión de fe en el "todo cambia para que nada cambie", bien comprensible en los labios de un gran capitalista cuya fortuna en los últimos tiempos se ha basado en la "cassa integrazione salari".

Se ha querido, en fin, interpretar el hecho como el fruto de un plan de la judicatura como cuerpo separado del Estado, que se habría, así, empeñado en un proyecto de conquista del poder. Incluso,

alguno ha hablado de “golpe de estado”. Es este un argumento que presenta los colores de la verosimilitud, pero que, como los otros, resulta bastante desvalido y no sólo porque es difícil descubrir la línea que habría mezclado los protagonistas en un plan político unitario. El jefe de la fiscalía milanes, Francesco Saviero Borrelli, tiene los rasgos del Obispo de Autun; Gerardo D’Ambrosio es un comunista de la vieja guardia; Gherardo Colombo es un heredero del sesenta y ocho; Piercamillo Davigo, una esfinge; Antonio Di Pietro, un democristiano de centroderecha. Pero, sobre todo, porque por los desarrollos de los que hoy somos testigos, notamos que el proceso de “manos limpias” ha desencadenado en el interior de la misma judicatura una guerra entre jueces y fiscales, entre fiscalía y fiscalía, entre tribunales y ministerio, de efectos devastadores, que ni siquiera la intervención del Jefe del Estado, Oscar Luigi Scalfaro, también ex magistrado, ha logrado moderar. Es ejemplar a este respecto el giro del más popular entre ellos, Di Pietro, que, por razones todavía misteriosas, abandona la toga y resulta acusado, acusación de la que todavía no se ha librado del todo.

Por desconcertante que pueda parecer, tras el “pool manos limpias” no hay más que el vacío político; ausencia de la política entendida como inteligencia del bien común.

Punto segundo: Justamente la diversidad de las orientaciones ideológicas, que impidieron ocultar la imagen en una sola dimensión o hacer sospechar orientaciones políticas prejudiciales, evidencia, por contraste, el factor cohesionante de los protagonistas de la “justicia purificadora”, el que dispone, con el proceso penal, de un instrumento formidable de control social. Replora la intención “alternativa” que habíamos visto caracterizar al primer supuesto de justicia politizada, al que nos hemos referido en primer lugar, con dos variantes significativas y conexas entre sí. Respecto al objetivo, es el sistema de los partidos en sí y en su conjunto al que se apunta encarnizadamente. Respecto al método, se procede según la más estricta y rígida legalidad; formalmente. Se da, así, cuerpo a una orientación que se podría definir fundamentalista, para la que la justicia es una especie de máquina inexorable en cuyo centro se encuentra la obligación de la acción penal, sancionada por la ley. Sin tener en cuenta el otro aspecto fundamental de la Constitución, que establece el artículo 27: “la responsabilidad penal es personal”, colocando en el centro de la experiencia jurídica al hombre, que no es una “mónada aislada”, ni “instante de masa sociológica”, sino “persona comunitaria y social”, de

manera que, como enseñaba mi maestro de derecho penal, Giuseppe Bettiol, en cuanto derecho, también el penal “es instrumento con el que el Estado se sirve para garantizar el equilibrio social, es decir, el bonum commune”.

“La Fiscalía de Milán ha llevado a consecuencias extremas el formalismo de la ley”, escribe Napoleón Colajanni, un comunista de otros tiempos, que abandonó el partido en la víspera del derrumbe del muro de Berlín. Entre las múltiples pruebas que podríamos aducir, basta con aludir a la utilización de la prisión preventiva para los imputados peligrosos de nuestra ley hasta 1995, prevista para tres tipos de peligros. Peligro para la obtención o la autenticidad de las pruebas; peligro de fuga del imputado; peligro de que éste pueda cometer delitos graves y de la misma especie que aquel por el que se está procediendo. Es inevitable la discrecionalidad en tal materia, pero es también inequívoca la interpretación dada por la Fiscalía milanese por medio de su Jefe: “La peligrosidad es menor cuando la persona ha roto los lazos con los ambientes en los que se desenvolvía. La ruptura de estos lazos se demuestra por hechos concurrentes. Por ejemplo, con la colaboración”. Así se demuestra que con el ejercicio de una discrecionalidad formalmente legal, se perseguían dos objetivos totalmente extraños al espíritu de la institución: la creación de pruebas por confesión bajo “tortura” y la transformación del imputado en “colaborador de la justicia”. Un trágico documento de todo esto lo constituye la carta de despedida de Gabriele Cagliari, suicidado en la cárcel el 20 de julio de 1993: “Cada uno de nosotros, ya comprometido en su propia dignidad a los ojos de la opinión pública por el mero hecho de ser imputado o, peor aun, por haber sido detenido, debe adoptar una actitud de colaboración, que consiste en traiciones y delaciones que le vuelven desleal, que hace que no merezca crédito alguno, que no se pueda confiar en él..., es decir, lo que ellos mismos llaman un infame. Según estos magistrados a cada uno de nosotros debe prohibírseles todo futuro, por consiguiente la vida, incluso en lo que ellos llaman nuestro ambiente”.

Trágica bancarrota de una legalidad sin bien común.

Antes de concluir con algunas breves consideraciones de naturaleza puramente teórica, quisiera referirme con brevedad a una pastoral de la Conferencia Episcopal Italiana que, por el objeto tratado y el momento de su publicación, puede contribuir a una comprensión más completa del fenómeno de la “justicia politizada”.

Educación en la legalidad. Tal es el título de la nota de los Obispos italianos publicada el 4 de octubre de 1991, fiesta de San Francisco de

Asís, patrón de Italia. Se trata de un documento elaborado para denunciar “la decadencia del sentido de la moralidad y de la legalidad en la conciencia y en el comportamiento de muchos italianos”.

Fijémonos, ante todo, en la fecha. La incubación del proceso de “manos limpias” está a punto de concluir. La acción judicial se inicia pocos meses después, en febrero de 1992, y los pastores intervienen anticipadamente y reprenden a los católicos dedicados a la política, a fin de que se guarden del egoísmo individual e incluso de las “situaciones económico-sociales en las que se han solidificado injusticias, es decir, las llamadas estructuras de pecado que favorecen tan sólo los intereses de unos pocos con perjuicio para los demás hombres”. Atacan “incluso el gran pluralismo de ideas y de convicciones, que afecta a los mismos valores fundamentales de la vida y que origina una sociedad fragmentada por proyectos sociales y políticos profundamente diversos y fundamentados en concepciones muy diferentes y contrapuestas”. Hay algo de ambigüedad, o mejor dicho, de farisaico en esta denuncia, formalmente indiscutible, si se considera que los católicos dedicados a la política habían sido convocados por la misma jerarquía eclesiástica en un partido que lleva directamente y sin rodeos el nombre de los cristianos en su denominación: Democracia Cristiana. Dicha ambigüedad es que directamente la democracia cristiana se encontraba en el centro de la corrupción pública, con sus hombres más eminentes en vísperas de ser incriminados. La misma condena del “pluralismo de ideas y de convicciones” suena desafinada ante el compromiso ideológico que ellos mismos habían instaurado con el materialismo de la izquierda. Por razones pastorales, se decía, y de solidaridad, pero con grave escándalo de la doctrina y de la fe.

Aproximándose la rendición de cuentas, la predicación es excelente: “Quienes tienen responsabilidad política y administrativa cuiden encarecidamente algunas virtudes, como el desinterés pastoral, la lealtad en las relaciones humanas, el respeto de la dignidad de los demás, el sentido de la justicia, el rechazo de la mentira y de la calumnia como instrumento de lucha contra los adversarios e incluso contra los que impropriamente se definen como amigos, la fortaleza para no ceder a la extorsión del poderoso, la caridad para asumir como propias las necesidades del prójimo, con clara predilección hacia los más débiles”. Además, los Obispos afirman perentoriamente: “No sacrifiquemos más los bienes fundamentales de la persona o de la colectividad para obtener consensos; que la acción política, instrumento para el crecimiento de la colectividad, no se degrade a simple

gestión del poder, ni aun por fines buenos, ni recurra a medios inaceptables. Que la política no permita que se gangrenen situaciones de injusticia por miedo a contradecir las posiciones de los poderosos. Que se corte el inicuo lazo entre política y negocios". El análisis del elenco de virtudes y de deberes, presentado en negativo, por lo que no han sido y por lo que, contrariamente, han hecho los democristianos, parece una postura de distanciamiento del partido que, a poco, sería trastornado por el escándalo.

Para salir del callejón sin salida en el que se habían metido, los pastores, oliéndose lo que traerían los vientos inminentes, se hacen promotores de un restablecimiento de la legalidad, pero, iluminados por la reminiscencia de la tradición del pensamiento cristiano, predicán como necesaria e insustituible "la búsqueda del bien común, como alma y justificación del principio de legalidad".

Esta nota pastoral cayó en la indiferencia y fue archivada en el silencio. Sobre el tema volvió, después, la *Centessimus Annus* y, sobre todo, la *Veritatis Splendor* a propósito de la "veracidad en las relaciones" político-jurídicas. Todo esto permite una rápida conclusión.

La razón profunda de la conexión entre legalidad y bien común, por la cual no se puede perseguir el bien común más que en la legalidad y no se da legalidad auténtica sino en el perseguimiento del bien común, es de naturaleza eminentemente teórica y es reconocible a condición de entender la analogía que ambos términos presentan con el concepto.

En el juicio corriente, el concepto, como acto de la mente de separarse de la inmediatez de las impresiones sensibles y de las representaciones particulares para elevarse a un significado universal, aparece como el resultado de un proceso por el que se despojan las impresiones sensibles y las representaciones particulares de su particularidad e individualidad; en otras palabras, mediante un proceso de empobrecimiento de la experiencia y de la historia. Del mismo modo, la primera e inmediata concepción del bien común, del bien que es propio de la comunidad, se asocia a la idea de renuncia al bien particular de cada uno de sus miembros. No es ésta solamente la impresión del hombre de la calle, si tenemos en cuenta que todas las doctrinas político-jurídicas de impronta "geométrica", consideran como condición preliminar e indefectible de la constitución de un Estado, la renuncia por los particulares a sus derechos individuales.

Pero si esto fuera verdad, resultaría muy difícil entender como el concepto pueda asegurar un conocimiento universal y necesario y cómo el bien común pueda garantizar la cohesión de una comunidad.

En realidad, el concepto del que no es posible dar una representación definitiva y acabada, constituye un principio regulador del conocimiento humano, en el sentido de que el hombre, mediante el concepto, en el que se unifican las experiencias anteriores, permanece abierto a las nuevas experiencias. Del mismo modo, el bien común, que no puede ser entendido como entidad actual y plenamente poseída, ejerce la función de modelo para el gobierno de la comunidad, punto límite de por sí inalcanzable, y sin embargo, orientador de la acción política.

He aquí, por ejemplo, la idea platónica de justicia, entendida como desarrollo equilibrado de las funciones fundamentales del alma: el conocer, el querer y el apetecer, que no se traduce en un tipo determinado de constitución sino que hace la función de punto de referencia con el que la experiencia jurídico política se relaciona de formas distintas y siempre nuevas.

Así, por ejemplo, la definición aristotélica de polis como "comunidad en el vivir bien, cuyo objeto es una existencia plenamente realizada e independiente", que no concluye en una fórmula determinada de gobierno, pero que, sin embargo, indica la estructura "arquitectónica" de cada tipo de gobierno, porque su función es la de orientar al hombre hacia la virtud que es la única que puede garantizarle una vida feliz, es decir, "perfecta y autosuficiente".

Por ello, en definitiva, el reconocimiento del bien común coincide, finalmente, con el reconocimiento en común del Bien.

Y lo mismo se puede decir de la legalidad o del ordenamiento mediante la ley.

Así como con el concepto se representa una cosa fijándose sus rasgos esenciales, con la ley se representa una acción fijándose sus rasgos calificativos y en tal sentido esenciales. Podría parecer un empobrecimiento de la experiencia: tanto la ley como el concepto manifestándose como el resultado del alejamiento de la inmediatez del obrar y del sentir. En la opinión corriente continuamente retorna el lamento por la pobreza de los conceptos y la penuria de las leyes. Pero si todo eso fuera verdad, sería muy difícil entender como el concepto puede asegurar el conocimiento y la ley garantizar la ordenación de las relaciones humanas. En realidad, al igual que el concepto, con su fijeza provisional constituye un principio regulador del conocimiento humano, en el sentido en que el hombre mediante él —en el que se unifican los conocimientos anteriores— se abre a nuevas experiencias, la ley, con su fijeza provisional, ejerce la función de modelo

de la acción humana, en el sentido en que el hombre encuentra en ella —en la que se han recogido los rasgos esenciales de una relación— las indicaciones útiles para relacionarse con los demás.

De este modo, resulta más claro por que, como dice Platón, para todos “el ideal no consiste en que las leyes detenten el poder, sino el gobernante dotado de prudencia (...)” por que la ley “no podría nunca abarcar a un tiempo con exactitud lo ideal y más justo para todos; porque las desemejanzas entre los hombres y entre los actos, y el hecho de que nada goza jamás, por así decirlo, de fijeza entre las cosas humanas, no permiten que un arte, sea el que sea, imponga en cuestión alguna ningún principio absoluto valedero para todos los casos y para todo el tiempo”. Es por esto por lo que, por el hecho de que el hombre puede conseguir la “prudencia regia” —como con cualquier otro arte, sólo mediante intervenciones sucesivas siempre provisionales—, aparece el papel de la ley, la cual, con su fijeza que la hace asemejarse a “un hombre creído de sí mismo e ignorante, que a nadie consiente hacer nada contra su propio dictamen”, permite a los hombre reunidos en comunidad, practicar, de manera siempre precaria y provisional, pero siempre real, “aquella forma suprema de justicia acompañada de la inteligencia y de la razón, que no sólo les protege, sino que, en lo posible, les hace mejor de lo que eran”. Por lo cual debe el hombre buscar el origen en su propia esencia.

Todo esto bien entendido, permite decir que, si se reconoce como propio del jurista “el conocimiento de lo justo en las cosas”, es específicamente al juez al que se pide “definir la justa parte de cada uno en indicativo”, no en imperativo. Expresión cara a Michel Villey, que les era absolutamente desconocida a los jueces politizados de mi Italia.

LAS CIENCIAS ÉTICO-SOCIALES DIVISIÓN, OBJETO Y MÉTODO

DELIA MARÍA ALBISU*

I. Introducción

1. *Vida convivida y norma*

Es un *hecho natural* que la vida convivida sobrevenga en auxilio del mismo hombre llamado a vivir y obrar bien, porque un sujeto como él en cualquier acción que intente puede defecionar. Si no tuviese al mismo tiempo quien lo rectifique, dirija o enseñe, su fin perfectivo sería inalcanzable (y el género humano habría sido un proyecto trunco de la naturaleza). Mas no sólo en cuanto a su acabamiento, sino primero con relación a su propia existencia requiere de los otros. Tanto para nacer cuanto para no morir la convivencia es una condición necesaria para que haya hombres sobre la tierra. A su vez, como todo lo que responde a un orden teleológico, la socialidad de la vida humana crea un ámbito de exigencias con carácter de marco regulativo o normativo de la conducta social, porque en atención a los fines sociales ciertas acciones deben ejecutarse y otras evitarse. Esto es lo que tienen en cuenta las prescripciones de diversa índole. De este modo la vida social se encauza dentro de los límites de lo que es bueno o malo en vistas de la vida mejor, ya que lo mejor es siempre objeto de preferencia y en cuanto fin es lo único capaz de aunar naturalmente las voluntades de los muchos como objetivo común¹. Sobre esta unidad

* Profesora Titular de Metodología de la Investigación Científica, Doctorado en Ciencias Jurídicas, UCA.

¹ ARISTÓTELES, *Política*, VII 14 1333a : "todo el mundo prefiere aquello más alto que se puede alcanzar" (trad. de Carlos García Gual).

dinámica, en cuanto es práctica, se asienta y se desarrolla la vida social en sus diversos órdenes como vida participativa.

Esta participación se debe dar a la manera de disposición, de buena disposición de las conductas de aquellos que están “embarcados en una misma navegación” de tal forma que exista una cierta proporcionalidad entre las conductas singulares y el fin social, es decir la *ordenación* de uno a lo otro. Pero esto, en rigor, es lo que mandan las normas, lo proporcionado con el fin, lo enderezado a su consecución —así como las directivas del capitán de la nave se encaminan a lograr una travesía sin riesgos y la llegada a destino—. La eficacia de las normas consiste, entonces, en la *rectificación* de las conductas de los hombres, en tanto son obligados a obrar como conviene, es debido o correcto, o como cabe prudentemente, y no como le place a cada uno. Tal orden práctico u operativo resulta ser la condición disposicional de toda estructura social para que se alcance cualquier objetivo común, desde el más inmediato hasta el último, en vistas del cual se persiguen los fines intermedios. Luego, fuera del enmarque normativo no puede darse vida social. El hombre sin ley queda reducido a la condición de bestia.

Por otra parte, cuando el contenido normativo no se ha explicitado en fórmulas prescriptivas, el discernimiento entre lo que debe hacerse y lo que debe evitarse se opera en concreto a través de la percepción de lo que goza de aceptación o repudio según un criterio general de rectitud. La vida social es como un espejo que, con mayor o menor nitidez, refleja en las actuaciones de sus llamados protagonistas los principios por los cuales se obra. Son las conductas externas de los hombres las que encarnan lo valioso o disvalioso a la manera de una verdad o falsedad práctica material, y la comprensión de su sentido o inteligibilidad para cualquier observador no puede estar divorciada de la captación de aquel valor o disvalor. Esta percepción —por el dinamismo propio del conocimiento práctico— se traduce en un juicio estimativo sobre la base de una inferencia a partir de lo empíricamente verificable. Luego, en el intercambio humano, la comunicación tematiza muchas veces estas mismas estimaciones morales y otras tantas su sentido se hace traslúcido a partir de ellas. En efecto, las opiniones comunes y los tópicos admitidos presuponen siempre juicios de valor acerca de lo que se acepta regularmente a título de criterio de justificación racional, así como también testimonian la ofuscación del recto juicio en las épocas de decadencia.

2. "La filosofía de las cosas humanas"

Todos estos fenómenos, que proceden del hombre a su imagen y semejanza, fueron materia de reflexión que ARISTÓTELES incluyó en su investigación o *pragmateía* acerca "de las cosas humanas", asentada sobre el dato irrecusable de que la vida social es constitutivamente moral –o no es vida humana–. Este saber o conjunto de saberes se distingue como *filosofía práctica* –y a modo de parte integral– de la filosofía teórica y la filosofía productiva pero, en cuanto su objeto no es lo más excelente que hay en el mundo, se deja regir por la *sabiduría* en cuanto ciencia capital que trata de los "objetos más estimados"². Esta sencilla división, que se funda en relaciones de subordinación entre los saberes filosóficos (tanto ciencias como técnicas) y admitida la supremacía del conocimiento más perfecto, no se compadece con el desconcierto epistemológico y el velado escepticismo que reina hoy en los ambientes filosóficos y académicos.

Nunca como en los tiempos actuales han proliferado tanto las disciplinas pseudocientíficas y las especializaciones técnicas, mientras que de su parte los hombres de ciencia parecen haber perdido la noción de una *unidad de orden* que articule los saberes. En su lugar, se apela a formas de "acercamiento" o colaboración científica como la *integración* de contenidos, la *interdisciplinarietàad*, los *espacios de diálogo*, las *consultas*, sobre la base de un pragmatismo confeso o tácito y como reflejo de la cultura decididamente moderna y pluralista. En cuanto a las *ciencias prácticas*, práctico-normativas y sociales no empíricas, en los últimos decenios se ha operado también una transformación a ritmo creciente, que comenzó con una especie de refundación de la *filosofía práctica* sobre bases discursivas, sea al modo del constructivismo, sea al modo de la teoría crítica y según el método dialéctico. En sus distintas versiones este remozamiento del interés por las cuestiones prácticas ha centrado la atención en la *praxis lingüística* en cuanto condición de posibilidad de toda comprensión intersubjetiva. De allí que los problemas prácticos se han "refundido" en problemas lógico-analíticos, metalógicos, hermeneúticos o pragmático-comunicativos. En efecto, lo que se busca examinar y reglar es el *discurso práctico*, la situación de discurso, las acciones lingüísticas, los criterios de verdad o falsedad de que son susceptibles los enunciados, las estrategias argumentativas, y cosas por el estilo.

² *Etica Nicomachea*, VI 1141 a (trad. de Julián Marías-M. Araujo), IEP, Madrid.

Quizás, en una situación intelectual semejante, convenga volver a replantearse el tema de la división del conocimiento científico en función de sus objetos formales, si se quiere abordar –en alguna medida– la tarea de restaurar el orden en el ámbito de la cultura. En este sentido, el presente artículo lleva a cabo, de una manera sistemática y casi escolar, la *reubicación* de las disciplinas que tematizan la vida social en el cuadro general de los saberes y, en último término, somete a análisis algunas prescripciones de inspiración aristotélica con relación al modo de proceder en las ciencias prácticas.

II. Conocer y Saber

División del conocimiento humano

Como lo pone de manifiesto toda la historia de la cultura, el hombre es capaz, no sólo de conocer, sino también de saber, es decir, de tener un conocimiento verdadero y cierto. En este “estar instalado en la verdad” –como define ARISTÓTELES al conocimiento sapiencial³– consiste la perfección de la facultad intelectual, tanto más alta cuanto mayor sea la certeza, cuya intensidad o grado depende a su vez del grado de inteligibilidad del objeto conocido. Según este criterio resulta la división de los *modos de saber*, que ARISTÓTELES⁴ ordena jerárquicamente así: 1º) sabiduría, 2º) intelección de los principios, 3º) ciencia, 4º) prudencia, 5º) técnica. Los dos últimos se distinguen de los tres restantes porque consisten en perfecciones del intelecto respecto de las operaciones de conocimiento práctico o directivo de la acción, mientras que lo primero y lo mejor, la sabiduría, perfecciona a la facultad sólo en su función especulativa. Luego, no hay una sabiduría práctica en el ápice de la vida intelectual. Esto se explica porque el conocimiento humano es ante todo captación de la realidad conforme al deseo de saber connatural a la razón que se complace con la verdad poseída sin considerar la utilidad que de eso resulte. Mas, la dirección de las acciones que asume la razón –como por *extensión*– no responde a este apetito, sino a la necesidad de obrar racionalmente, i.e. como conviene para la consecución de los fines humanos.

³ ARISTÓTELES, *Ética a Nic.*, VI 2 1139 b: *La operación de las dos partes intelectivas es, por consiguiente, la verdad; por lo tanto, las disposiciones que más favorezcan en una y otra la realización de la verdad, esas serán las virtudes de ambas.* Aludiendo a estas disposiciones habituales ZUBIRI caracteriza al saber –en cualquiera de sus modos– como un *estar en la verdad* (*Cinco lecciones de Filosofía*, p. 18-35).

⁴ Ob. cit., VI, 3, 1139 b: “aquellas (disposiciones) por las cuales el alma realiza la verdad mediante la afirmación o la negación son en número de cinco, a saber: al arte, la ciencia, la prudencia, la sabiduría y el intelecto (*noús*)”.

Pero, de otra parte, también es indudable que el hombre no nace sabiendo (en acto). La primera forma de descubrimiento del mundo que rodea al niño y de sí mismo no tiene las características de un conocimiento cierto en cuanto se funda en principios o los explicita, sino *cierto* en virtud de la presencia inmediata de lo que se conoce; ni de un conocimiento siempre *verdadero*, porque puede ser también falso o hasta dudoso; ni *exacto*, porque muchas veces es falso y hasta dudoso; ni *exacto*, porque muchas veces es vago y hasta impreciso; ni *universal* o específico, porque hace referencia a lo concreto en sus condiciones individuales, lo que precisamente así es percibido, e.d. como una cierta totalidad (sin discernir lo sustancial de lo accidental, lo necesario de lo contingente). Pero con todo en esta dimensión de la vida vivida –común al niño y al adulto– aparece ya en forma incipiente aquella actitud que presupone el saber en cualquiera de sus modos gracias a la capacidad de asombro, que suscita el no-saber, y a la espontaneidad propia de la facultad intelectual que se manifiesta como cierta curiosidad natural, porque todos los hombres desean por naturaleza saber –como decía ARISTÓTELES–. De este modo, frente a aquellas *formas de conocimiento sapienciales* –que el Filósofo llama *virtudes dianoéticas*⁵– debemos oponer otras *formas de conocimiento no sapienciales*, como la experiencia, la opinión y la creencia, que se oponen a aquéllas como lo imperfecto a lo perfecto. Sin embargo, esta oposición no debe entenderse como exclusión –porque la relación no es de contradicción–, sino más bien como vinculación o comunicación (a partes desiguales) de unas y otras en el único todo real: el conocimiento humano. Signo de esta “integración” que permite la *continuidad* entre las formas imperfectas y las formas perfectas de conocimiento es la dependencia que existe entre la *experiencia* y el *saber* respecto de la *constitución* de este último y de la verificación de sus conclusiones. En este sentido se dice que la experiencia es el origen de todo saber y que está ordenada naturalmente a alguna forma de saber, sino a la sabiduría misma, porque como señalaba el mismo Filósofo⁶ lo imperfecto existe en razón de lo perfecto. Pero también ella se encuentra en el punto de llegada de todo conocimiento acaba-

⁵ Ob. cit., II 1103 a: “existen dos clases de virtud, la dianoética y la ética...”. Cfr. también A. GÓMEZ ROBLEDO, *Ensayo sobre las virtudes intelectuales* (FCE, México).

⁶ ARISTÓTELES, *Política*, VII 1333 a: “Lo inferior existe siempre por causa de lo mejor, lo cual es patente así en los productos del arte como en los de la naturaleza...” (trad. A. Gómez Robledo).

do o perfecto porque la inteligencia tiene por fin el conocimiento de lo real tal como es y sólo en la experiencia se manifiesta en toda su complejidad.

En fin, todo esto –recapitulación necesaria de temas fundamentales– se puede aplicar ahora al considerar las formas de conocimiento de lo social. En efecto, acerca de lo social cabe tener proporcionalmente un conocimiento o un saber, mejor dicho, lo social puede ser objeto de un conocimiento no sapiencial –como la experiencia, la opinión y la creencia o fe humana– o de un determinado modo de saber –como la ciencia o la prudencia–. Comenzaremos por las primeras.

III. Formas de conocimiento de lo social no sapienciales

1. La experiencia

Ante todo aclaremos qué entendemos por *experiencia*, para considerar luego el caso de la experiencia social. Por un lado, se puede decir –conforme a su *etimología*– que “experiencia significa una forma de conocimiento, tanto actual como habitual, que se da dentro del encuentro vital del hombre con la realidad, tanto mundanal cuanto de sí mismo. Un conocimiento que se inscribe en dos actitudes posibles: una en cierto sentido pasiva, de ‘padecimiento’ de lo real exterior o interior; otra activa de puro e inmediato desarrollo vital (práctica en sentido estricto) o de instrumentación del mundo (poiética), y ‘tanto natural’, fruto casi del ejercicio espontáneo de las tendencias naturales, cuanto ‘metódica o ‘técnica’, vale decir, experiencia provocada casi artificialmente como consecuencia de alguna reflexión”⁷.

Por otro lado, más allá de su definición nominal se puede intentar explicitar la noción misma de experiencia sistematizando en divisiones propiamente dichas las características ya mencionadas o aludidas por vía de implicancia en aquélla. En primer lugar, la experiencia pertenece al *género* de las formas de conocimiento humano, la que se distingue *específicamente* de otras porque a través de ella el hombre toma contacto inmediato con la realidad, de modo que se opone al conocimiento por inferencia en que consiste el saber en cualquiera de sus formas (con excepción del saber de los primeros principios). Se-

⁷ FELIX A. LAMAS, *La experiencia jurídica*, Bs.As., Instituto de Estudios Filosóficos, 1991, obra a la que remito en especial acerca del tema de la experiencia y, en general, acerca de la noción de saber y sus divisiones.

gundo, se puede agregar —también en la línea de su especificación— que por la experiencia el hombre se abre a la realidad en su concreción fenoménica como “lo que está a mano” o lo que le sale al encuentro; de allí que por su objeto se caracterice como *conocimiento del fenómeno*. Pero, en tanto conocimiento de la realidad hay que advertir que la experiencia no puede ser sin un conocimiento que, *por su sujeto* se atribuye formalmente y en última instancia a la inteligencia en la medida que la captación de lo que es sólo está a la altura de una facultad intelectual. De otra parte, está claro que *por su grado de certeza* la experiencia es un conocimiento máximamente cierto en cuanto está fundado en la evidencia de su objeto causada por la inmediatez de éste. Por esta razón precisamente es el punto de partida necesario de toda inducción y como tal el *origen o fuente* de las formas del saber. En particular, con relación a la abstracción la experiencia funciona como materia dispuesta en tanto esquema elaborado por la cogitativa y la memoria (bajo el imperio de la inteligencia) como *conocimiento habitual* logrado sobre la base de *percepciones puntuales o actuales*; sus dos modos posibles. Ahora bien, esta forma de trascendencia de y hacia lo real *por su finalidad* se ordena tanto al comercio o relación consciente con las cosas tal como aparecen en el ámbito de la vida vivida como a la resolución de los dos problemas prácticos por excelencia: cómo obrar y qué hacer en concreto en este ámbito. En el primer sentido la experiencia es —si se puede decir así— una forma de conocimiento *especulativo*; en el segundo, *práctico*. Pero, además, es obvio que entre las “cosas” que pueden ser objeto de percepción se pueden situar tanto el sujeto mismo, mejor, su actividad, cuanto todo lo que se opone a él conformando un mundo. De ahí que la experiencia admita también desde el punto de vista del objeto una subdivisión ulterior en experiencia *interna y externa*. Incluso con el mismo criterio objetivo se podrían mencionar otras formas de experiencia según se trate de la percepción o relación consciente (cualquiera sea su finalidad y modo) con lo que se da de una manera efectiva con toda su riqueza óptica o con lo que se ve afectado de alguna privación y bajo esta formalidad: a saber, la *experiencia positiva*, en un caso; *negativa*, en otro. Por último, cabría quizás señalar la división que ella admite desde el punto de vista de su sujeto; en efecto, se puede hablar en este sentido de *experiencia personal o impersonal*, es decir más bien *colectiva*. Concretamente esta última bipolaridad se registra en particular en el caso de la experiencia social.

2.- *La experiencia social*

En general el término “social” hace referencia al ámbito de la convivencia humana, de modo que *social* se opone a *individual* cuando se predica de la conducta (acción o actividad del hombre) y de lo que tiene relación con ella como los fines, bienes o valores, normas, etc. Esta distinción –decíamos– se puede aplicar al caso de la experiencia, registrándose, entonces, las siguientes posibilidades:

1º) Se puede hablar de una *experiencia personal* y, por lo tanto, *individual*, que tenga por objeto lo social, como p.ej. el conocimiento de los usos que el niño adquiere progresivamente a partir de la convivencia familiar;

2º) pero se puede dar, a la inversa, una *experiencia impersonal o colectiva*, y en tanto social, que no tenga necesariamente como objeto algo con relevancia social. como p.ej. la experiencia colectiva de un eclipse u otro fenómeno físico-natural que no incida directamente sobre la vida comunitaria de los hombres;

3º) por último cabe citar el caso de una forma de *experiencia doblemente social* –y, en consecuencia, doblemente humana– como la experiencia colectiva, e.d. de un grupo, asociación o comunidad que tenga por objeto algo a su vez social o relativo a la vida en común, como p.ej., el conocimiento de los usos y normas lingüísticos del castellano que los hispanoparlantes poseen y conservan como un haber común que los caracteriza frente a los extranjeros.

De las tres posibilidades, consideraremos la primera y la tercera –las más frecuentes por otra parte– porque sólo estas coinciden en la misma formalidad objetiva con las ciencias que se denominan por esto “sociales”. Sea esta, entonces, una forma de experiencia personal o colectiva, lo cierto es que se trata de la experiencia que tiene el hombre de la vida social, como una forma de vida humana. En este orden, pues, lo que conocemos por experiencias son siempre *conductas*, que constituyen la *quasi* materia de lo social en tanto vida humana. Pero percibimos no sólo las acciones de los hombres en cuanto actos exteriores, sino que en virtud de la participación de la inteligencia en el mismo acto perceptivo captamos en concreto la significación de cada acto o lo que es lo mismo su *intencionalidad* –aquella referencia necesaria del acto al fin respecto del cual se especifica y por relación al que, además se cualifica moralmente hablando–. Se infiere de esto el carácter principalmente *práctico-moral* que tiene la experiencia so-

cial, en la medida que es un conocimiento que tiene inmediata inserción en el plano de la conducta social, puesto que sirve para vivir o para saber vivir (en efecto, semejante dato, acerca de lo que los otros hacen y del para qué lo hacen incide, espontánea o reflexivamente, sobre la conducta individual o con relación con los demás). De lo dicho se advierte también que la experiencia *puntual* de lo social se verifica por lo general en la *comunicación*, porque la palabra es el medio por excelencia por el que se establece la intersubjetividad, así como la experiencia *habitual* de lo social suele decantarse en el *lenguaje*.

En este sentido, la etimología del término *social* sirve al caso para evocar cuál es el campo objetivo al que se refieren las ciencias sociales. Procede en línea directa del adjetivo latino *socialis* (social), y éste a su vez de *socius-a-um* (socio, compañero), que se emparenta con el verbo *sequor* (ir tras de, seguir). Remite, por lo tanto, al hecho de juntarse o trabar relaciones los hombres entre sí para realizar una actividad de modo solidario. “Paulatinamente ese ‘ir’ fue extendiéndose a diversas formas del vivir, o al vivir mismo (en cuyo caso es un convivir); extensión significativa análoga a la que tuvo el término *compañero*. De ahí que la forma más manifiesta de lo social y, por lo tanto, su núcleo significativo consiste en un obrar o hacer juntos de muchos, vale decir, en una praxis común o colectiva; y como toda praxis debe tender a un fin (pues *omne agens agit propter finem*), ese obrar juntos se verifica con relación a un fin; con lo cual se arriba a la noción de *grupo*”⁸. En síntesis, lo que el lenguaje registra sin analizar es que *social* es fundamentalmente la conducta del hombre por la que se relaciona con los demás en vistas de algún fin u objetivo común, de modo que *social* designa en primer término al grupo en cuanto realidad *sui generis* a la que dan lugar aquellas relaciones.

Si esto es así, cabe por lo tanto describir este fenómeno que aparecen como un “*primum datum*” respecto de las consideraciones de la ciencia de la siguiente manera:

1º) Los hombres viven conformando un mundo humano en virtud de las relaciones que establecen entre sí al actuar, por las cuales se estrechan las distancias y se salvan las diferencias individuales porque tales relaciones se explican desde una base común o acuerdo fundamental—expreso o tácito— acerca de lo que se persigue al obrar y, en última instancia al vivir;

⁸ FELIX A. LAMAS, *Ensayo sobre el orden social* (MOENIA, XXII-XXIII), 1985, L. II, CAP 1 (1-5).

2°) este mundo o ámbito donde el hombre se reconoce semejante a los demás reposa en el hecho de la comunicación que posibilita la palabra por la que lo que es propio se hace también algo del otro (dejando de ser ajeno o extraño) de modo que la lengua en cuanto palabra común es el gran medio de socialización (por el que “yo” paso a ser “tú” respecto de “él”) así como en cuanto ha sido hablada es al mismo tiempo el fruto de tales vínculos;

3°) esta cierta forma de vida *tiene una significación propia en cuanto común* y su sentido último responde a las exigencias que el hombre afronta, tanto para subsistir como para vivir plenamente como persona. Es decir, que la vida social se descubre en la experiencia, por un lado, como *remedio* para cierta indigencia o indefensión originaria, de manera que los demás no son tan sólo los otros sino aquellos con los que se puede contar, incluso más, convivir; pero también, por otro, como *fruto* de lo que el hombre, y sólo él, puede dar de sí –trascendiéndose, más allá del orden de la pura necesidad vital– en pos del bien de los otros;

4°) *las relaciones con los demás son diversas*, como son diversas las capacidades y las funciones que los hombres desempeñan asociados para cubrir las necesidades también diversas que impone vivir, sin que se pueda dejar de lado por esto la unidad del fin que explica tal sociedad, de modo que la vida o el hacer común suponen tanto la pluralidad de relaciones diversas como el *orden* entre las mismas;

5°) *estas relaciones* que implica la convivencia o el hacer mancomunado *se pueden regular* de alguna forma para que no se quiebre el orden entre las partes, si en algún caso el hombre se acercara al otro como enemigo y no como amigo, como dueño y no como socio, para matarlo y no para salvarlo.

3.- Otras formas

Dos modos de apertura a la realidad concreta de lo social, distintos de la experiencia, son la *opinión* y la *fe* humana; si bien la opinión se contradistingue a su vez de la experiencia y de la fe porque carece del mismo grado de certeza. En efecto, lo que se afirma al opinar puede ser verdadero o falso, por la contingencia del objeto de que se trata –tanto puede ser como no ser así, de forma tal que el sujeto cuando opina (si bien no duda) permanece abierto a la posibilidad de una opinión contraria. La experiencia, en cambio, es infalible y en cierto sentido *engendra certeza* dada la inmediatez del objeto sobre el que recae. Por otra parte la fe en lo que dice el otro, también implica alguna

certeza, aunque *extrínseca*, en la medida en que no se funda en la evidencia de la verdad de lo que se afirma, sino en la autoridad de que goza o en el crédito que merece el que habla.

Sentada pues esta diferencia general en cuanto a los efectos inmanentes (vertiente subjetiva), señalemos en particular que sea *objeto* de opinión y de fe, supuesto que en los tres casos y quasi genéricamente el objeto pertenece al plano de lo fenoménico. Respecto de la vida social, cabe admitir que es materia de opinión p.ej. la significación última de las conductas de los otros porque la intencionalidad de las acciones humanas muchas veces no es algo traslúcido al observador que en tales casos, presume, vale decir, se inclina a pronunciarse en un sentido más que en otro –pudiendo, también abstenerse de hacerlo–. Lo que se concluye así no se infiere, por lo tanto, como necesariamente verdadero, sino tan sólo como probable. También son objeto de opinión las valoraciones concretas de fenómenos o hechos sociales cuya observación depende “del cristal con que se mire”, por lo que tales valoraciones pueden ser hábilmente inducidas (p.ej. por la propaganda o los medios de información), generando “corrientes de opinión”. En el contexto de una sistematización ulterior esta especie de afirmaciones puede dar lugar a lo que se llama “estereotipo” e incluso a lo que en la lógica aristotélica se entiende por “tópico sofista”. En la mayor parte de los casos se trata de opiniones *prácticas* (porque su objeto es un asunto humano) que incitan a obrar en un sentido u otro.⁹ Curiosamente, más allá de la limitación por razón del sujeto y de la contingencia por razón del objeto que caracteriza a la opinión considerada en sentido estricto¹⁰, un autor tan cauteloso como PLATÓN para trazar un modelo de Estado (*politeia*) aprecia la utilidad práctica de la opinión recta al considerarla el conocimiento adecuado a la función política –así lo dice en *Las Leyes* y *El Político*– y a la función defensiva –en *La República*–¹¹; conocimiento este que consiste en la correcta estimación en concreto acerca del objeto –no necesario– de dichas fun-

⁹ ARISTÓTELES, *Ética Eudemia*, 1226a5: afirma que la opinión sobre cosas prácticas hace que *pensemos* que hemos de llevar o no cabo algo; no es volición ni elección, aunque incide sobre ellas.

¹⁰ En sentido estricto se distingue de cualquier tipo de saber; en sentido amplio, se habla a veces de opinión como sinónimo de conocimiento expresado, formulado o simplemente como noticia sobre algo.

¹¹ PLATÓN, *Leyes*, 63 c; *Política*, 301 b, 309 c; *La República*, 429 b: “La ciudad es valerosa por una parte de sí misma y peor darse en esta parte la virtud de mantener en todo tiempo la opinión relativa a las cosas que se han de temer...”.

ciones. Pero la rectitud de opinión sobre lo que es conveniente legislar y lo que debe resguardarse en la ciudad de que habla PLATÓN sólo se acompaña con la rectitud del apetito del político y del guardián –fruto de la virtud moral– que se inclina necesariamente a lo que se debe, superando así la falibilidad de la opinión por cierto “instinto” respecto del bien conveniente en vistas del fin social. Fuera de estas excepciones, la opinión nos deja en un estado que no es de determinación perfecta frente a la realidad cuando, en el caso de lo social, se presenta afectada de una radical contingencia.

La *fe humana* (dejando a un lado el don sobrenatural de la fe) o *creencia* tiene un objeto más amplio aún que las formas de conocimiento anteriores, en la medida que si bien de lo que se tiene experiencia no cabe la fe así como de suyo no toda opinión merece crédito, la vida cotidiana se desenvuelve de mayor parte en base a la credibilidad natural del hombre cuando no puede conocer ‘por sus propios ojos’ sino por el testimonio de otros. Es además una forma habitual de apertura o toma de contacto con lo social cuando se trata p.ej. de valoraciones contenidas en el patrimonio de la tradición cuyo valor o verdad normativa no se discute, se acepta sin discernimiento. Pero sobre todo la fe –en cuanto asentimiento racional cuyo principio es afectivo– es el modo como abrazamos la verdad en el ámbito de la comunicación humana, esa verdad que es “para dicha comunicación su fin perfectivo, su objeto esperado y la condición misma de su posibilidad”¹², y aunque sea lo menos evidente, por la fe aparece como lo más cierto en tanto no dudamos de la veracidad del que habla. Pues, sin mediar razones explícitas en contra, en principio siempre le creemos al otro sin ser por ello ingenuos.

IV. La Ciencia

1. Definición nominal

Aquello que hoy denominamos *ciencia* los latinos lo llamaron *scientia* y los griegos *epistéme*, aunque desde el punto de vista semántico *scientia* y *epistéme* guardan entre sí una equivalencia o paridad que no se mantiene en estricta medida con nuestro término español. Considerando las expresiones griega y latina, se constata además que ambas poseen dos sentidos, uno amplio y otro restringido. En su acepción genérica, aluden al conocimiento o el saber en toda la extensión

¹² FELIX A. LAMAS, *La verdad en la vida política*, en MOENIA XIII, 1983.

de la palabra, incluido el saber hacer, la habilidad. En su sentido filosófico técnico, en cambio, se refieren a un tipo preciso de conocimiento: el que puede dar razones o que está racionalmente fundado y por ello engendra certeza. Esto es lo que llamamos *ciencia* entendida como un modo específico de saber.

En el lenguaje filosófico es posible encontrar otros derivados del verbo *epístamai* (saber) –al que remite en línea directa *epísteme*, el cual procede a su vez de *hístemi* (establecer, colocar, aplicar, etc.)– como *epísteton* (sabido), *epístémov* (sabio), *epistemónikón* (científico/a) y demás. Pej., se lee en la *Ética Nicomaquea* que la ciencia es propia de la parte racional del alma denominada *científica* (*epistemonikón*), “con la cual contemplamos la clase de entes cuyos principios no pueden ser de otra manera”¹³ o son necesarios. Este tipo de objeto es cognoscible (*episteios*) por esa especie de captación que es la ciencia¹⁴, a la que se llega previa distensión del alma, ya que “la razón conoce y piensa justamente cuando *está en reposo y quietud*”¹⁵. Por eso saber no exige movimiento, sino más bien un estado o disposición: la aplicación del “ojo” del alma sobre el objeto de contemplación que permanece en él como algo poseído. Luego, es evidente que no hay ciencia sin que haya algo sabido (*epísteton*), así como no se da sensación sin que haya algo percibido. Al hablar de ciencia, entonces, se alude tanto a un saber en sentido objetivo (lo conocido o sabido) como subjetivo (aquello por lo que uno es versado o sabio, i.e. *epístémon*).

En segundo lugar, el *uso del término a través de la historia* de la cultura nos muestra que si para ARISTÓTELES la ciencia es un modo de saber, la filosofía segunda por oposición a la filosofía primera o metafísica, para los modernos (Galileo, Newton, Hume, Kant –el gran sistematizador de esta noción–) es, en cambio, un conocimiento metódico con unidad de objeto. En este caso, el objeto (el fenómeno, lo que aparece) es visto, medido, juzgado según un determinado método de observación, de modo que el objeto está construido por el método o, si se quiere, no es primero el objeto sino el método. Como lo describe Sanguineti: “Con Hume y Kant la ciencia pasa al estadio que podríamos llamar crítico, en el que se descubre a sí misma como una no-filosofía, y entonces reflexiona sobre lo que ha de ser en manos del hombre que la ha creado con un inconciente sentimiento dogmático.

¹³ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* VI 1139 a.

¹⁴ *Física*, 227 b 13.

¹⁵ Id., 247 b: *stenai*, aoristo de *hístemi*.

Con la crítica empirista o trascendental-kantiana, la ciencia deja de considerarse como un estudio real de los principios de las cosas mismas, y pasa a ser una elaboración del hombre o un resultado de la praxis humana en su encuentro con la naturaleza¹⁶. Por esto a la noción moderna de ciencia se le puede objetar que a) es inadecuada y b) es fruto de un presupuesto falso, el idealismo, que considera que el pensamiento precede al objeto y lo determina al construirlo, e.d., al conocerlo, tal como reza el aforismo de BERKELEY, *esse percipi* (que significa: ser algo se reduce a ser algo percibido, o también: algo es en la medida que es percibido).

Finalmente, el siglo pasado se despertó de su sueño ilustrado con los clamores de distinta intensidad que filósofos y científicos hacían resonar acerca de *la crisis de las ciencias europeas* (como reza el título del libro de HUSSERL). De semejante situación intelectual somos sus herederos directos y continuadores, porque lo que hoy está en cuestión es la misma *racionalidad epistémica*. Como saldo de crítica y en consonancia con un espíritu carente de todo interés especulativo “la objetividad científica actual es histórica, estadística, pragmática, provisional, y así ha perdido esas notas de la verdad, como la certeza, la necesidad, la universalidad, la inmutabilidad, la exactitud.”¹⁷.

2. Definición real

Según los *Analíticos*¹⁸, el conocimiento de la entidad o de lo *qué es ser* tal cosa se expresa a través de un enunciado (*lógos*) que comprende, en forma ordenada y clara, todos los predicados propios de ella y por ende especificativos en el orden del *qué es*. Este enunciado es *definitorio*, y para su formulación se requiere haber investigado las características comunes y distintivas de esa cosa, para indicar luego a nivel del enunciado tales predicados, ordenados a modo de géneros y diferencias. Proponerse esta tarea respecto de lo que hoy día dice *ser ciencia* sería vano o habría que esbozar una definición negativa, como la ya citada¹⁹. Para el realismo clásico, en cambio, la

¹⁶ J. C. SANGUINETTI, *Ciencia y modernidad*, Bs. As., Carlos Lohlé, 1988, pág. 23.

¹⁷ Id., pág. 24.

¹⁸ ARISTÓTELES, *Analíticos Segundos*, II 90 b ss.

¹⁹ Es casi imposible determinar por medio de predicados universales y necesarios qué tipo de entidad es la mentada hoy con el término *ciencia*, cuando se lo aplica sin que sea pertinente y sin distinción, cuando de la noche a la mañana emergen de la nada complejos de “ciencias”, como si entre el conocimiento sin más y el conocimiento científico no existiera una diferencia esencial. Testimonio de esta situación es lo que decía Hilary Putnam, profesor de filosofía de la ciencia y de filosofía de las matemáticas en la Universidad de Harvard, en diálogo con Bryan Magee:

ciencia es un *saber demostrativo*²⁰. Al igual que todo modo de saber se define, primero, por relación a la verdad. Pues, como disposición racional, tener ciencia habilita para alcanzar la verdad de un modo fundado y, en cuanto bien-fin de la razón, lo sabido científicamente es esa misma verdad poseída como verdad cierta, segura, probada. Este conocimiento riguroso, que tanto dista de la opinión en este aspecto, sólo se alcanza cuando hemos investigado el *porqué* y podemos dar una respuesta única ya que creemos “conocer la causa por la que es la cosa, que es la causa de aquella cosa y que no cabe que sea de otra manera”²¹. De ahí que *ciencia demostrativa* y *saber causal* sean expresiones equivalentes, puesto que a la ciencia le compete explicar con base en razones verdaderas que el objeto que considera tiene (o no) tales y cuales atributos. Toda explicación científica se ordena entonces a *mostrar discursivamente* o explicitar a través de la argumentación la relación universal y necesaria que se da en el objeto mismo entre su modo de ser y los accidentes, entre sus principios operativos y el modo de obrar, entre la actividad y los efectos que resultan de ella...y, en suma, a probar una cosa *por medio de otra* o,

B.M.: “...si esto es así, y estamos abandonando tantas de las precisas distinciones del pasado, ¿qué objeto tiene continuar usando el término ‘ciencia’? ¿Distingue aún algo acerca de que hay razones intelectuales válidas para intentar distinguirlo?”

H.P.: No creo que distinga nada. Distinguir la ciencia de la no-ciencia tenía mucho sentido dada la vieja posición [se refiere a la de los modernos, como Bacon] de que existe algo así como ‘el método científico’, y de que ‘ser ciencia’ es lo que se usa de manera muy conciente y muy deliberada, en tanto una no-ciencia, o bien se usa inconcientemente (como el aprender a cocinar) o no se usa en absoluto. Sin embargo, parece que de hecho no hay algo así como *el* método científico. Claro está que hay máximas generales de investigación empírica.[...] No creo que haya *realmente* un acuerdo en nuestra cultura acerca de lo que es una ‘ciencia’ y de lo que no lo es. Cualquier catálogo universitario sostiene que hay cursos denominados ‘Ciencias sociales’, y que la sociología y la economía son ciencias. Pero yo apostararía que, si le preguntamos a cualquier persona del departamento de física si la sociología es una ciencia, su respuesta sería: ‘No’.[...] Creo que es porque no tienen tanto éxito como los físicos.

B.M.: ¿Así que usted cree que ahora ‘ciencia’ es simplemente un término que se aplica a la búsqueda acertada de conocimiento?

H.P.: Así es.” (*Los hombres detrás de sus ideas* -volumen colectivo-, México, FCE, 1978).

²⁰ ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea* VI 3 1139b 33 (ed. cit.).

²¹ Id., *Analíticos Segundos*, I 2 71b 10ss. Así se distingue la ciencia de la opinión, que versa “sobre lo verdadero o sobre lo falso que es admisible que se comporte también de otra manera, y por ello es *insegura*: ibid. 33 88b 30, 89 a-b. Cfr. también *Metafísica*: “no conocemos lo verdadero sin conocer la causa”; vide J.C. SANGUINETTI, *La filosofía de la ciencia según Sto. Tomás*, Pamplona, pág. 51.

mejor dicho, *a partir de otra* como si ella fuera el principio que –una vez puesto– permite concluir con verdad que *necesariamente es así*. En este sentido, la ciencia es un *saber de las causas y por las causas*, y éstas son de cuatro géneros: material, formal, eficiente y final. Luego, la verdad y certeza de la ciencia depende de sus principios, su rigor y exactitud de la pertinencia de aquello que oficia de medio (o causa) en la demostración. Por todas estas razones, es fácil advertir que el *ser ciencia* no se verifica de un modo idéntico en cada uno de los saberes que ha producido nuestra cultura; antes bien reina la desigualdad –según un más y un menos– en cuanto a su carácter científico, lo que entonces da pie para su división jerárquica.

3. Constitutivos

Toda ciencia se constituye y se diferencia de otras por su objeto. Por lo tanto, el objeto es anterior a la ciencia que lo considera: la determina y la especifica. Pero el objeto, a su vez, puede ser *material* o *formal*. Sintéticamente:

a) Objeto *material* es aquella cosa, parte de la realidad o aspecto real sobre el que recae el conocimiento científico, de lo que se trata. En este sentido, diversas ciencias pueden tener el mismo objeto material (p.ej., el hombre o la vida humana respecto de la psicología o antropología, la ética y la medicina).

b) Objeto *formal* es lo que distingue y especifica los objetos de las diversas ciencias y, por lo tanto, a ellas mismas entre sí. Es la formalidad o aspecto del objeto real en relación con la inteligencia y sus modos de abstracción. Se divide a su vez, en objeto formal “quod” y objeto formal “quod”. El primero es “*qué*” o la formalidad objetiva misma, p.ej. una determinada cualidad u otro género real, un aspecto de sus constitutivos (la forma, el alma, la vida, etc.). Así podemos decir que la ética considera de la vida humana su ordenación al fin (último y fines intermedios presupuestos por éste). El segundo (literalmente “quod” significa “por el que y en el que”) es, más bien, la última formalidad del objeto real que guarda relación con el modo de aprehensión, conceptualización o abstracción (sea total sea formal) de la inteligencia. Junto a sus constitutivos específicos podemos considerar también el *movimiento* ordenado de la razón al discurrir, el ir recto de una cosa a otra, que presupone toda ciencia; a saber,

c) el *método* (etimológicamente, “camino sin obstáculos”), que es precisamente la rectificación (ir derecho o hacer recto) del proceso natural del pensamiento en dirección al objeto. Cada ciencia, tiene su

propio método, que deriva de su doble objeto, pero hay dos grandes métodos lógicos que todas las ciencias usan: la inducción y la deducción o, en palabras de ARISTÓTELES, “de todas las cosas tenemos certeza bien a través del razonamiento (*sylogismós*), bien a partir de la comprobación (*epagogé*)”²². El *método inductivo* es, en líneas generales, el pasaje de la experiencia a una proposición universal, pasaje fundado en la memoria y en la abstracción. El *método deductivo*, en cambio, va de una posición universal a otra menos universal o particular a través de un vínculo llamado *término medio*. Rigurosamente se identifica con el *silogismo apodíctico*, de tal manera que las reglas del método deductivo son las mismas que la construcción de un silogismo apodíctico perfecto (del tipo “Bárbara”). En cada ciencia se aplican ambos métodos, pero según la modalidad del objeto. P.ej., en las ciencias naturales hay predominio de la inducción, aun cuando no falta la deducción; en las matemáticas, por el contrario, hay predominio de la deducción, si bien hacen uso de la inducción. Y, en general, “de aquello de lo que hay medio la prueba es a través del razonamiento, de aquello de lo que no lo hay, es a través de la comprobación”²³.

4. División de la ciencia

Hemos dicho que las ciencias se dividen según el objeto formal, que guarda una relación necesaria con los dos modos de abstracción de la inteligencia. De ahí que, conforme a éstos, haya dos grandes géneros de ciencias, a saber: a la *abstracción total* (abstracción del todo sin las condiciones individuales de existencia) le corresponden las ciencias naturales, a las que se subordinan o, mejor, se subalternan las prácticas; a la *abstracción formal* (separación de una forma, aunque de la materia común; se da sólo con respecto a la cantidad) le corresponden las ciencias matemáticas que tienen por objeto la cantidad continua —en el caso de la Geometría— y discreta —en el de la Aritmética²⁴—.

Tengamos también en cuenta que a) existen las *ciencias medias*, cuyo objeto material es físico y su objeto formal es matemático (p.ej. la fisico-matemática, astronomía, econometría, sociometría, estadística) y que b) las ciencias prácticas se subalternan a la *psicología*

²² ARISTÓTELES, *Analíticos primeros*, 68 b 30, trad. De Candel Sanmartín, Madrid, Gredos.

²³ *Ibid.*, 68 b 13.

²⁴ *Ibid.*, cap III, A, 2, p. 149 ss.

humana o filosofía segunda acerca del hombre (e.d. reciben principios de ella)²⁵.

V. La Filosofía Práctica

Quedó establecido en forma esquemática que la ciencia real se divide en ciencia *especulativa* y ciencia *práctica*. Pero lo que predicamos del *hábito* podemos primero atribuirlo al *acto* y a su *objeto*²⁶. Es así como distinguimos, por un lado, el *conocimiento especulativo* y, por otro, el *conocimiento práctico*²⁷, que se dividen porque en un caso la verdad –o la perfección del acto cognoscitivo–, resulta de la adecuación del intelecto en cuanto que afirma o niega a la realidad sobre la que se pronuncia y en otro resulta de la adecuación de la acción a la norma y al fin –e.d. a la verdad del bien que en concreto es fin o medio respecto de la acción–, ya que en el primer sentido se trata de decir lo que las cosas son, mientras que en el otro, en cambio, de obrar como se debe. De ahí que, si bien materialmente considerado el objeto puede ser el mismo, no lo es formalmente puesto que el conocimiento práctico añade la referencia constitutiva a la acción que debe ser realizada, esto es a lo operable en cuanto operable²⁸. Todo lo dicho se resume en la conocida sentencia tomista: *intellectus speculativus per extensionem fit practicus*, vale decir, el intelecto reviste una función práctica por la flexión del conocimiento –su acto– al plano concreto de

²⁵ No ignoro que el tema de la división de la ciencia es hoy algo tan imbrincado como el de su definición. Si muchos consideran (como creían los modernos) que la ciencia es un conocimiento metódicamente adquirido y sistemáticamente organizado, para éstos el criterio divisor entre las ciencias no puede ser objetivo, ya que el objeto no constituye un elemento esencial (de lo contrario –por mor de coherencia– se lo habría incluido en la definición). Resta entonces que el método de adquisición o la metodología de sistematización sean la piedra de toque para diferenciar ciencias diversas, con toda la imprecisión e incertidumbre científica que ello implica. Se obtienen así algunos consabidos binomios como: ciencias duras / blandas, ciencias exactas / no-exactas, ciencias deductivas / inductivas, ciencias teóricas / experimentales, ciencias del modelo / ciencias de investigación. Pero los polos opuestos son tipos puros, ideales, que no se dan como tales en ningún caso de praxis científica.

²⁶ S. RAMÍREZ, *De hominis beatitudine*, Madrid, CSIC, 1972, T. III, p. 265.

²⁷ Remito en general a mi trabajo “*La verdad práctica*” en MOENIA VI, sobre todo, para la confrontación de los textos de Aristóteles y Santo Tomás allí citados con relación a la división especulativo-práctico.

²⁸ ARISTÓTELES, *Metafísica*, II, 994 b20 (trad. De García Yebra, Madrid, Gredos): “... el fin de la ciencia teológica es la verdad, y el de la ciencia práctica, la obra. En efecto, si los prácticos indagan cómo está dispuesta una cosa, no consideran en ella lo eterno, sino lo que se ordena a algo y al momento presente”.

la acción –su objeto material– para dirigirla –su objeto formal–. Adviértase que se trata sólo de funciones específicamente diversas de nuestra inteligencia racional, que no dan lugar a una división física o material de la facultad cognoscitiva como tal²⁹. Pero, además, es evidente que aquella flexión admite *grados*, de modo que la practicidad de un conocimiento es –si se quiere– un valor relativo. En este sentido las ciencias prácticas son “remotamente” prácticas respecto de la prudencia o de la misma experiencia que, por su vinculación inmediata con la conducta, son por antonomasia prácticas. De otra parte, en cuanto la practicidad de un conocimiento va asociada necesariamente a su carácter *normativo*, puesto que se trata de un conocimiento *regulativo de la acción*, es indudable también que la normatividad presentará grados, de los cuales el más alto le corresponde a la prudencia, cuyo mandato tiene fuerza imperativa.

Ahora bien, en razón de su objeto (lo operable en cuanto operable), SANTO TOMÁS contradistingue las *técnicas o saberes práctico-poéticos* de las *ciencias práctico-morales* dentro del todo cuasi-genérico que constituye la *filosofía práctica*, conforme a la división anterior de lo operable –la acción humana– en acciones transeúntes y acciones inmanentes, según que su término perfectivo sea el mismo sujeto o el producto realizado. De ahí que en el cuadro de la ciencia sólo hayamos registrado las ciencias prácticas sin una ulterior especificación, porque en tanto ciencias sólo cabe hablar de las práctico-morales y, mejor, con una sola denominación, de *Ética* como la ciencia que formalmente considera las acciones humanas a la luz del fin perfectivo del hombre. Su objeto *material*, pues, es la acción humana y sus principios eficientes próximos (apetitos, tendencias, pasiones y hábitos); su objeto *formal “quod”* es la rectitud de dicha acción (apetitos, tendencias, etc.); y su objeto *formal “quo”* no es otro que la ordenación (o adecuación) al fin último y la consiguiente ordenación (o adecuación) a la norma. Pero, como en el orden de la finalidad podemos distinguir dos planos, el del fin general de la vida humana –el bien del hombre en cuanto hombre– y fundado en éste, el del fin general o último de la vida social–, la *Ética* se subdivide a su vez en *Ética Individual* y *Ética Social*. En consecuencia, el objeto material de la *Ética Social* será la *acción humana social*, e.d. la conducta interactiva de los hombres y que de alguna manera se verifica en ámbitos grupales. La rectitud

²⁹ *Política*, VII 14 1333 a: “la razón está dividida en dos partes, según nuestra habitual forma de dividir: práctica y teórica”.

correspondiente será *rectitud social* (valores sociales); su fin será un *bien común* (familiar, suprafamiliar, político e internacional), y su principio normativo una *norma social*. Pero si se tiene en cuenta ahora la jerarquización que existe de los fines sociales en razón de la perfección o bondad que encierran –siendo el más lato el fin de la comunidad política que consiste precisamente en la vida social perfecta– se comprende entonces que –desde la perspectiva de ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS– la *Ética social* abarque como partes potenciales, desiguales entre sí subordinada la primera a la segunda, la *Economía* –ciencia aplicada a la administración de la casa en función del bien común familiar– y la *Política* –ciencia directiva de los asuntos de la ciudad en orden al bien común político–.

VI. La *Ética Social* y las *Disciplinas Sociales*

Sin dudas, considerar la conducta del hombre a la luz de su fin perfectivo –formalidad específicamente ética– implica considerarla desde el punto de vista del orden en la medida que la conformidad o ajuste de las acciones con el fin no es otra cosa que su *ordenación*; y esto es válido tanto para las acciones tomadas en su conjunto –en cuanto vida humana– como para las acciones que se verifican en el ámbito de la convivencia y configuran la vida social. “Parece evidente, por lo tanto, que el encuadre epistemológico de todo estudio sobre el orden social – que es un aspecto del orden total de la vida del hombre– debe ser primaria y formalmente ético-social”³⁰. Repárese bien que esto implica ante todo decir que lo social es *constitutivamente moral*, porque no es la ciencia la que determina el objeto –repetimos– sino al revés; luego, puesto que el objeto en cuestión tiene una esencial relevancia moral la ciencia que lo considera es la *Ética*. En efecto, en cuanto vida humana la vida social es también necesariamente moral; negarlo sería suponer que el hombre deja de ser hombre (y entonces, ¿qué es?) cuando se asocia a otros en una actividad común, de modo que tampoco cabría preguntarse por el sentido de las conductas sociales en términos de racionalidad. Sin embargo la vida social se presenta como un cauce perfectivo para el hombre porque existe en razón de una *vida mejor*³¹, e. d. que “surge no sólo como resultado

³⁰ FELIX A. LAMAS, *Ensayo sobre el orden social*, p. 9.

³¹ ARISTÓTELES, *Política*, III, 9, 1280: “La ciudad existe no sólo por la simple vida, sino sobre todo por la vida mejor”.

de una fuerza natural, sino también como una exigencia ética de la razón práctica en orden a los fines de la voluntad³². Pero, de otra parte, ¿significa esto que lo social admite a nivel científico una única consideración en manos de la Ética? ¿Toda ciencia social es Ética? ¿Ética y ciencia social son términos convertibles? Digamos que sí, pero admitamos también que, además, se ocupan de lo social la Sociología, la Filosofía social, la Sociometría, la Psicología social, la Antropología socio-cultural, el Derecho, la Filosofía del Derecho, la Estadística, la Historia, la Geografía social, política y económica, la Etnología, la Medicina Social, las Ciencias de la Educación, las Ciencias de la Comunicación, etc. La cuestión, entonces, consiste en determinar qué relación guardan con la Ética social, y si acaso globalmente cabe considerarlas unificadas en una misma totalidad científica.

En primer lugar, aclaremos una cuestión terminológica: la ciencia en cuanto forma de conocimiento sapiencial es parte de la Filosofía y a título de parte se la puede denominar —como dijimos— *Filosofía segunda*. De allí que hablar de “ética social” o de “*Filosofía del Derecho*” (con lo cual hemos despejado dos datos del enunciado del problema; examinemos los restantes). Por otro lado, parece evidente que el *Derecho* sea parte de la Ética social dado que “tiene por objeto la conducta libre en cuanto ella es justa o no, o en cuanto regulada por la norma jurídica. Este objeto, a su vez, dice una referencia al bien común político como fin del derecho y de la ley”³³. Por lo tanto, si hay una ciencia jurídica, que se llama *Derecho*, ella se adscribe a la Ética social. También es constitutivamente ético el saber denominado *Ciencias de la Educación*, en la medida que su objeto no es sino el hombre en cuanto por su propia actividad se perfecciona en orden a la consecución de su fin último, a tal punto que la formalidad precisa bajo la cual se ocupa de dicha actividad es la de ser despliegue perfectivo en vistas de lo que el hombre debe ser.

En segundo lugar, hay que reconocer que forman parte de la Ética social como capítulos de la *fenomenología social* (descripción o analítica del fenómeno social), la Sociología, la Antropología socio-cultural, la Geografía social, política y económica, la Historia, las Ciencias de la comunicación. Vale decir, la analítica o descripción del fenómeno social metódicamente realizada requiere de una disciplina científica o, mejor de tantas cuantas facetas o aspectos distintos involucre

³² FÉLIX A. LAMAS, ob. cit., pág. 35.

³³ Id., *La experiencia jurídica*, pág. 499.

el fenómeno sin que por ello se puede hablar de ciencias formalmente diversas de la Ética social. Al contrario, no cabe pensar p.ej., una Medicina social (si bien es una técnica y no una ciencia) que no sea parte de la Política de salud o sanitaria. Del mismo modo la Geografía humana y económica –y vinculada con ella la Antropología socio-cultural y la Etnología–, la Historia general (más allá de las Historias especiales que admite cada ciencia particular como registro dialéctico de las conclusiones científicas), la Sociología (en todas sus variantes: Sociología de la Religión, Sociología del Lenguaje, Sociología de la Cultura, etc.) y las Ciencias de la comunicación (o más bien técnicas) se integran en la Política –cuando no en la Economía– en orden a un enfoque particular o determinado de la experiencia social.

En el caso de la Estadística y la Sociometría, en cambio, estamos en presencia de dos técnicas vinculadas a las Matemáticas que no dejan de ser formalmente matemáticas aun cuando sirvan de relevamiento cuantitativamente de los fenómenos sociales. Por último, la Psicología social misma, como estudio de la conducta social, puede ser parte de la Ética social si se acentúa su dimensión social, aunque como disciplina “fronteriza” pueda integrarse a la Psicología si se hace mayor hincapié en la formalidad psicológica de tales conductas. De este modo hemos aclarado juntas la primera y segunda cuestión porque es obvio que tales disciplinas o saberes científicos merecen el nombre de ciencias sociales en la medida que se incardinan en la Ética social; sea como parte, sea como capítulo de una de sus partes conforman con ella una única totalidad científica. Lo cual significa también que la última formalidad de sus objetos –lo político, lo económico, lo jurídico, lo histórico, lo educativo...– está dada por la relación que guarda la conducta social– en su dimensión política, económica, jurídica, etc.– con el fin humano, en términos de congruencia o no. Es así como también tal conducta (en cualquiera de aquellos órdenes) resulta intrínsecamente regulable por la verdad normativa y, por lo tanto, objeto propio (y no autónomo ni divorciado) de la Ética social.

VII. Algunas Reglas Metodológicas

1.- Observaciones de Aristóteles

A esta altura cabe hacer una recapitulación, antes de intentar “una segunda navegación”, como diría Sócrates. Se ha establecido, en síntesis, que una Filosofía o Ciencia práctica es un saber causal o

conocimiento fundado en principios que, en cuanto práctico, tiene un carácter más o menos normativo respecto de lo que debe hacerse en la consecución de los fines humanos. Así, p.ej., la Filosofía de la Educación considera los fines de la educación como el fundamento último de toda intencionalidad educativa o como *aquello a lo que debe ordenarse* cualquier actividad que pretenda ser formativa. La practicidad y normatividad de este saber, por lo tanto, están implícitas en su perspectiva formal, que es la perspectiva del orden. De ahí que también los principios en que se apoya para argumentar sean principios prácticos, los cuales en línea de universalidad creciente se remontan a los primeros principios práctico-morales en la misma proporción que los diversos fines humanos se subsumen y se justifican a la luz del fin último del hombre. Pues, siendo innegable por ello la moralidad o la eticidad constitutiva de todo tipo de praxis y de la vida humana en general (en cuanto conjunto de actos que proceden de un agente libre), se demostró que cualquier Ciencia práctica (no sólo la Filosofía de la Educación, sino el Derecho, la Política, la Economía, etc.) se incardina en la *Ciencia Moral o Ética* que, en cuanto *Filosofía Práctica* a secas, se ocupa de la acción humana considerada formalmente como congruente, ajustada u ordenada al fin del hombre. Esta concepción jerárquica y articulada de los saberes prácticos fue defendida por ARISTÓTELES, retomada por STO.TOMÁS DE AQUINO y difundida en nuestros días por el P. SANTIAGO RAMÍREZ, y algunos neoaristotélicos. A ellos se debe, no sólo esta división del campo de la Filosofía práctica (dejando de lado las diferencias de matices que los distinguen), sino también un cúmulo de reflexiones y sugerencias acerca del *proceso racional* exigido para alcanzar el saber, i.e., la verdad estable y segura, en materia práctica. Será útil entonces detenerse a examinar ciertas reflexiones –a veces marginales– que sobre el tema hace el Estagirita en sus obras éticas.

Al comenzar, ARISTÓTELES expone cuál es la naturaleza de su investigación y la finalidad que persigue, cómo habrá de proceder desde un punto de vista metodológico, y cuáles son las condiciones exigidas a todo el que quiera incursionar en una disciplina semejante, –a la que denomina *Política* y, luego, *Filosofía de las cosas humanas*–.

Con relación a lo primero, establece progresivamente que la Política es:

1º) la ciencia a la que le corresponde determinar cuál es el fin al que se dirige la vida del individuo y de la ciudad en cuanto es el mejor bien, el más excelente de todos los que pudieran elegirse;

2º) ciencia práctica, ya que ordena y legisla qué se debe hacer en aras de conseguirlo y de qué cosas también hay que apartarse;

3º) y por esto además una ciencia arquitectónica, que subordina así otras ciencias y artes (como la estrategia, la Economía, la retórica), sirviéndose de ellas como ciencia principal y eminentemente directiva. Queda claro que una investigación semejante es de índole *práctica* en sentido estricto, i.e. no tanto por su materia cuanto por su fin. Como lo recalca más de una vez, este criterio resulta decisivo a la hora de hablar de *filosofía práctica*: “Puesto que el presente tratado no es teórico como los otros (pues no investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otro caso sería totalmente inútil) tenemos que considerar lo relativo a las acciones (II 1103 b).

Con relación a lo segundo y de acuerdo con la formalidad de la investigación, el *Filósofo* advierte: “Nos contentaremos con *dilucidar esto* [cuál es el fin y las acciones que conducen a él] *en la medida que lo permita su materia*, porque el rigor (*akríbeia*) no se ha de buscar por igual en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos manuales” (L.I, c.3). Esta observación preliminar se puede desglosar en dos reglas generales que establecen que:

1º) *El método ha de ajustarse al objeto de la investigación, y no a la inversa.*

2º) *El rigor de las argumentaciones científicas depende de la materia de sus premisas.*

Y, aplicadas proporcionalmente al orden de la producción, que:

1º) *El modo de proceder del artífice debe adaptarse a la materia con la que trabaja.*

2º) *La precisión del trabajo manual está condicionada por el material que utiliza.*

Pues, así como la materia exterior que se busca transformar mediante el trabajo impone límites y restricciones a la industria, también de *lo que* trata la investigación, *aquello* con lo que ha de haberse las el que investiga en un área científica, las *cuestiones* que tiene que afrontar, los *problemas* que debe resolver le imponen condiciones a su modo de proceder para alcanzar una verdad segura. Aun esta “seguridad” (*akríbeia*) guarda relación con *aquello* que intenta conocer o des-

cubrir. Conocimiento riguroso, plena certidumbre, máxima precisión confieren al hombre la seguridad de estar en la verdad. Pero, ¿será posible conseguirlos tratándose de objetos en los que prima la mudanza, la ambivalencia, el contraste y hasta la paradoja, como sucede en el plano de los problemas humanos en que se desenvuelve la Filosofía práctica?

ARISTÓTELES lo describe de esta manera: "... la nobleza y la justicia que la Política considera presentan tantas desviaciones que parecen ser sólo por convención y no por naturaleza. Una incertidumbre semejante tienen también los bienes por haber venido males a muchos a consecuencia de ellos; pues algunos han perecido a causa de su riqueza, y otros por su valor" (2 1094 b). La conclusión sensata, entonces, "hablando de cosas de esta índole y con tales puntos de partida", debe ser sin dudas la anunciada:

"hemos de darnos por contentos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo de lo que ocurre por lo general y partiendo de tales datos, basta con llegar a conclusiones semejantes. Del mismo modo se ha de aceptar todo cuanto digamos; porque es propio del hombre instruido buscar la exactitud en cada género de conocimientos en la medida en que lo admite la naturaleza del asunto, tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones a un retórico" (ibid.)³⁴.

Aquí, la conciencia de los límites propios y de los del paso que la ciencia puede dar es tan clara, que pareciera que en el pórtico de una de las obras, que se convirtió en fuente egregia para los siglos venideros, su autor hubiera buscado dejar grabada más bien una advertencia del todo socrática. Pues, "...en lo relativo a las acciones y a la conveniencia *no hay nada establecido*, como tampoco en lo que se refiere a la salud. Y si la exposición general ha de ser de esta naturaleza, con mayor razón carecerá de precisión (*oúk akribós*) la de lo particular, que no cae bajo el dominio de ningún arte ni precepto, sino que *los mismos que actúan tienen que considerar siempre lo que es oportuno*

³⁴ STO. TOMÁS DE AQUINO, *In Ethic.* I XI n.131: explica cómo se debe entender aquí *comúnmente* y *de un modo esquemático* así: "...llama delimitación al conocimiento de una cosa a través de algo común que la circunda, sin embargo, a través de ese algo común no se declara todavía en especial la naturaleza de esa cosa. Porque, como él mismo dice, es preciso primero considerar global o figurativamente una cosa, según cierta figura similar y a modo de una descripción extrínseca. Después, una vez vistas algunas otras cosas, es preciso que se retome lo que fue primero determinado figurativamente, y así esta segunda vez sea descrito más plenamente".

(*tá prós tón kairón skopeín*), como ocurre también en el arte de la medicina y en el del piloto. (II 1104a). Este examen detenido para obrar por justas razones como conviene en cada caso salva razonablemente (o como lo indica la prudencia) la distancia entre la generalidad de los principios o máximas y la singularidad de la hora, en la que tienen aplicación.

El tratamiento de los asuntos humanos no pretende la exactitud rigurosa, ni en la formulación de los mismos ni en la predicción de los resultados, tan enigmático es el hombre para el hombre, tan contingente es lo que depende de la libertad humana para llegar a ser.

O bien: *En materia práctica no cabe partir de teoremas para demostrar propiedades y concluir de modo necesario otros tantos corolarios*. Por esta razón, según el criterio de ARISTÓTELES, una ética “more geometrico” –como la de *Baruch Spinoza* (1633-1677, Amsterdam)–, una ética diseñada al estilo de la Geometría, no sólo sería una contradicción en los términos, sino que desde un punto de vista metodológico sería una insensatez.

Pero, si esto es así, y dado que todo método orienta la investigación en un sentido o en otro, la pregunta acerca de cómo proceder en la Filosofía Práctica (Ética, Política, Economía, Derecho, *et alia*) reviste en el momento liminar de la *Ética Nicomaquea* el carácter de una cuestión primordial “stricto sensu”. Puesto que al mismo tiempo que el *Filósofo* establece –como en su acta de nacimiento– cuál es el estatuto epistemológico de esa “cierta disciplina política”, se hace cargo por primera vez en la Antigüedad clásica de señalar también los requisitos fundamentales de su método de investigación. De ahí que se explaye una y otra vez haciendo consideraciones metodológicas, y hasta llegue a repetir las mismas reflexiones con deliberada insistencia.

Por ej., reitera: “Quede, pues, descripto de esta manera el bien, ya que acaso se debe hacer su bosquejo general antes de describirlo detalladamente. Parece, incluso, que cualquiera podría continuar y articular completamente lo que está bien bosquejado, y que el tiempo es en estas cosas buen inventor o colaborador³⁵. De ahí han surgido

³⁵ STO. TOMÁS DE AQUINO, *In Ethic.* I XI n.133: “Esto no significa que el tiempo por sí mismo haga algo para ello, sino que su colaboración es según las cosas que se van dando en él. Pues si alguien procediendo a través del tiempo investiga la verdad, el tiempo lo ayuda a encontrarla. Y esto no sólo en cuanto a un mismo hombre que después de un tiempo ve lo que no viera al principio, sino también en cuanto a diversos hombres, como cuando uno capta las cosas que descubrieron sus predecesores y

también los progresos de las artes, pues cualquiera puede añadir lo que falta. Pero es menester también recordar lo que llevamos dicho, y *no buscar el rigor del mismo modo en todas las cuestiones, sino en cada una según la materia propuesta y en la medida propia de aquella investigación.* En efecto, el carpintero y el geómetra buscan de distinta manera el ángulo recto: el uno en la medida en que es útil para su obra; el otro busca qué es o qué propiedades tiene, pues es contemplador de la verdad. Lo mismo se ha de hacer en las demás cosas para que lo accesorio no exceda de las obras mismas. *Tampoco se ha de exigir la causa por igual en todas las cuestiones: bastará en algunas mostrar claramente el qué, como cuando se trata de los principios, pues el qué es primero y es principio. Y de los principios, unos se contemplan por inducción, otros por percepción, otros mediante cierto hábito, y otros de diversas maneras. Por tanto, se ha procurar ir a su encuentro según la naturaleza de cada uno, y se ha poner el mayor esmero en definirlos bien, pues tienen gran importancia para lo que sigue. Parece pues que el principio es más de la mitad del todo, y que por él se aclaran muchas de las cosas que se buscan”* (c.7).

El texto es riquísimo en observaciones procedimentales y vale la pena hacer algún comentario. Por lo pronto, revela el aprecio que ARISTÓTELES tenía por la tradición cultural, sin la cual no puede haber progreso en el orden de los saberes (ciencias y técnicas), y esa su profunda humildad para contentarse con tratar como en borrador nada menos que la cuestión acerca del bien (la felicidad), si esas eran sus posibilidades al momento. El esquema sería a su juicio completado por otros con el correr del tiempo, si el bosquejo estaba bien hecho. Dicho sea de paso, una muestra similar de sentido histórico y de gratitud frente al legado cultural del que se siente depositario se encuentra también al comienzo de la *Metafísica*. En efecto, la empresa de determinar el estatuto epistemológico de la *próte philosophía* se inicia a partir del discernimiento de los errores de los que lo precedieron, con estas palabras:

La investigación de la verdad, en parte, es difícil y, en parte, es fácil. Lo demuestra el hecho de que, aunque nadie individualmente ha podido acertarle satisfactoriamente, no podemos trabajando en

añade algo. Procediendo de esta manera se han hecho los adelantos en las artes: en un principio pocas cosas fueron inventadas o descubiertas. Después, poco a poco, a través de diversos hombres se fue ganando una mayor cantidad. Porque a cualquier hombre pertenece agregar lo que falta en lo considerado por sus predecesores”.

conjunto errar completamente el blanco. Cada pensador ha proporcionado algún conocimiento tocante a la esfera de la naturaleza y, si bien ninguno en especial contribuyó gran cosa a su esclarecimiento, de la reunión de todos los conocimientos se ha gestado algo digno de consideración. De manera que parece ocurrir como dice el proverbio: “¿quién no acertará una puerta?” [...] No sólo debemos estar agradecidos a quienes detentaron opiniones que compartimos, sino también a quienes expresaron opiniones más superficiales. Pues también éstos aportaron algo: ejercitaron nuestra disposición de pensar (980 a-b).

En lo tocante a una metodología general, el texto de *EN* deja establecida otra regla fundamental, que también tiene su correlato en *Metafísica III*, 1 995 a-b (*Los que quieren investigar con éxito han de comenzar por plantear bien las dificultades, pues el éxito posterior consiste en la solución de las dudas anteriores, y no es posible soltar, si se desconoce la atadura...*) Aquí, en cambio, lo dice con palabras tomadas de *Hesíodo*: *el principio es más de la mitad del todo*. Dejando de lado la multivocidad del término “principio”, este aserto referido a la tarea intelectual podría traducirse así:

En una investigación científica lo más importante, en su génesis, es el planteo de la dificultad (aporía), que da lugar al enunciado de uno o más problemas y/o cuestiones. Sin formulación del problema no hay investigación posterior, ya que ella nace como búsqueda de la superación efectiva de las dificultades (euporía).

Por lo tanto, si en toda su vida ARISTÓTELES sólo hubiera logrado puntualizar problemas que otros se ocuparon de resolver, en cualquier caso él habría hecho más de la mitad del todo.

A su vez, cabe advertir la distinción que el *Filósofo* traza entre la finalidad teórica –sea la del geómetra– y la finalidad práctica –sea la del carpintero– de los saberes que recaen sobre un mismo objeto³⁶, la que da pie a la consiguiente distinción entre el modo de proceder en uno y otro caso, ya que aquí se busca la utilidad y allá la sola verdad. Desde el punto de vista metodológico, diríase entonces:

La investigación no se efectúa de la misma manera en instancia teórica que en instancia práctica, aunque materialmente se traten las mismas cosas.

³⁶ ARISTÓTELES, *Ética Eudemia* 1216b10-20: “las ciencias teóricas [...] no tienen otro fin que conocer y contemplar la naturaleza de las cosas que constituyen la materia de estas ciencias [...], pero el fin de las ciencias productivas es distinto de la ciencia y del conocimiento, por ejemplo, la salud es diferente de la medicina y la buena legislación u otra cosa similar difieren de la política”.

En cuarto lugar, hay que tener en cuenta que recién en este texto se comienza a hablar de conocimiento por las causas, lo que para la tradición filosófica griega era tarea propia de la ciencia. ARISTÓTELES pone de relieve, sin embargo, la modalidad *sui generis* del conocimiento humano que puede conducir a una regresión al infinito en la investigación de las causas sin explicar nada y que, además, ante lo que se presenta, es o está ahí lo capta o percibe directamente, de modo tal que el conocimiento de las causas por vía de inferencia resulta innecesario en el encuentro vital del hombre con las cosas. Una metodología sensata, por lo tanto, debe advertir que:

No se puede exigir la causa por igual en todas las cuestiones.

Con frecuencia habrá que contentarse con conocer el principio, e.d., el *qué* y no el *porqué*. Y de la sustanciosa distinción entre causa (o lo que explica) y principio (o de lo que se parte) en el orden del conocer, pasa a renglón seguido a discernir cuáles son los modos de acceder a los principios: esto es, por percepción, por inducción, por hábito y por otras maneras que no menciona. Una vez más su inspiración realista es manifiesta:

El tratamiento de los principios debe respetar la índole de cada uno.

Es decir, habrá que ocuparse de ellos “diversi mode” o desigualmente, pero aspirando a dar de todos por igual una buena definición. Acaso pareciera, también, que deja abierta la posibilidad de que la inducción no se aplique en todas las ciencias de la misma forma o que, incluso, el modo de concebir *qué* cosa sea algo se deba ajustar a la naturaleza de ese principio o primero.

Respecto de esto último, agrega a continuación: “*Se ha de considerar, por tanto, el principio no sólo desde nuestra conclusión y nuestras premisas, sino también de lo que se dice sobre él...*” (c.8). La regla metodológica es clara:

Compulsar las opiniones vertidas acerca de lo que se investiga.

Puesto que (como reza el refrán) “dos ojos ven más que uno”, y el que investiga está inmerso en un ambiente cultural en el que se entienden, consideran y se valoran los problemas éticos, políticos, jurídicos, etc. a veces de manera coincidente, otras discordante —como se manifiesta en las épocas de desorganización social o crisis—. Estos diversos puntos de vista se materializan socialmente en decisiones, actitudes, instituciones y otros ingredientes de la vida en común. Son creencias, son juicios de valor, son opiniones que alimentan tópicos, crean un espíritu colectivo y por lo general quedan en la memoria de

los poetas. En cualquier caso, ARISTÓTELES considera fructífero en el plano de la investigación consultar los pareceres de los otros, de los más acreditados, de la mayoría, de los que tienen experiencia, de los que opinan sin ningún interés sobreañadido, de los sabios y prohombres, “porque es inútil exponer en detalle todas las opiniones, y *basta con examinar las predominantes o que parecen tener alguna razón*” (c.4). En efecto, lo razonable es digno de ser tenido en cuenta porque está más próximo a la verdad que lo no razonable, que es del todo inverosímil. Por este motivo el ancho campo del conocimiento opinativo resulta, a su criterio, una vía de acceso a la conquista de la verdad segura, siempre y cuando se esté en condiciones de seleccionar y confrontar metódicamente las opiniones discriminando su grado de razonabilidad, probabilidad, verosimilitud. De este modo, desde las páginas iniciales de su *Ética Nicomaquea*, ARISTÓTELES confirma la utilidad del *conocimiento dialéctico* en el curso de la investigación científica, y en especial en el caso del Derecho y demás ciencias ético-sociales, habida cuenta de la naturaleza dialéctica de su objeto.

RETÓRICA Y DERECHO

Javier Barbieri*

I. ARISTÓTELES define a la Retórica como el arte de considerar en cada caso los medios que son aptos para persuadir (*Ret.*, I, 2, 1355b-25). La persuasión se logra a través del discurso. Mediante la palabra—oral o escrita— el *rhétor* u orador debe provocar la adhesión del auditorio a las tesis que él presenta para su asentimiento. Serán tesis cuya verdad se presenta como discutible; su razonamiento parte de premisas probables y alcanza, en consecuencia, conclusiones probables. Este modo de razonar recibe el nombre de Dialéctica. Un tratado especial le dedica ARISTÓTELES a esta parte de la Lógica en el *Organon*: la *Tópica*. Este nombre está dado por el método que utiliza el *Estagirita* para desarrollar este modo de argumentación. Es el método de los *tópicos* o lugares comunes.

Los *tópicos* son “temas o conjuntos de temas, definiciones, opiniones e incluso esquemas típicos de argumentación de donde se toma un principio para la argumentación dialéctica” (cf. LAMAS, F., “Dialéctica y Derecho”, *Circa humana philosophia* N° III, Centro de Estudios Tomistas, Buenos Aires, 1998, pág. 38). En razón del carácter probable o plausible que alcanzan las tesis surgidas de la discusión dialéctica, el arte de la persuasión juega aquí un papel importante.

Opuesto al modo de razonar tópico o dialéctico es el de la llamada Lógica *demonstrativa* o *apodíctica*, y a la que ARISTÓTELES le dedica dos tratados distintos dentro del *Organon* (*Analíticos primeros* y *Analíticos segundos*). En esta otra parte de la Lógica las tesis que se pre-

* Abogado - UCA. Investigador con dedicación especial y Asistente en Introducción al Derecho.

sentan al razonamiento parten de premisas necesarias, evidentes; sus conclusiones tienen rango de verdades científicas. La persuasión prácticamente no juega aquí ningún papel.

II. Tres especies de discursos menciona ARISTÓTELES en la *Retórica*: deliberativo, laudativo y judicial. El discurso *deliberativo* es el propio de los debates políticos, de las deliberaciones en las asambleas; busca una decisión conveniente o ventajosa. El discurso *laudativo* se utiliza en los certámenes, en las competencias; busca el elogio o la alabanza, o por el contrario el vituperio, de una persona o grupo. El discurso *judicial* es el propio de los tribunales y tiene por finalidad inclinar la voluntad del juez hacia una decisión que se le presenta como justa en una controversia.

El método de selección de enunciados persuasivos que propone ARISTÓTELES en la *Retórica* es –lo dijimos ya– el de los *topoi* (tópicos). Estos pueden ser comunes o específicos de cada género argumentativo. Cada tipo de discurso maneja su propia tópica, y existe una tópica común. El esquema tópico-retórico que presenta el *Estagirita* obedece a un criterio pragmático, orientativo, que atañe a la finalidad de los discursos y a las clases de auditorios más usuales.

III. CH. PERELMAN insiste mucho en que, para persuadir, es necesario conocer ciertas características del auditorio. La edad, el sexo, la posición social, cultural, económica, etc., del destinatario del discurso son factores que, indudablemente, deben tomarse en cuenta para tornar eficaz la exposición (cf. *La Lógica jurídica y la Nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988, p. 141).

No se pudo hablar de un mismo modo sobre un mismo tema “a un viejo, un niño o una mujer”, expresa ARISTÓTELES. Sin embargo, no es el auditorio el único factor importante a tener en cuenta. El *Estagirita* señala que es menester seleccionar los enunciados persuasivos teniendo en cuenta, además del auditorio, otros dos factores, a saber: *quién* discurre y *sobre qué* se discurre. A cada uno de ellos le dedica el *Filósofo* un libro de la *Retórica*. El talante moral, la fama o la autoridad del orador condicionan de antemano la eficacia del mensaje. El asunto a tratar debe ser asimismo adecuado en el modo y en la forma.

IV. Como la conducta humana está vinculada con las partes racional y apetitiva del alma, es preciso asumir que el orador debe balancear en su discurso tanto elementos lógicos –propios del asunto

tratado— como psicológicos afectos y emociones, ajenos en principio al tema particular de la argumentación. El *rhétor* judicial debe tomar en cuenta ambas facetas. PLATÓN decía que “la voluntad de cada uno opera según el estado de su alma” (*Leyes* 904b); y que “puesto que la virtud del discurso es conducir a las almas... quien quiera enseñar seriamente Retórica deberá describir el alma con toda la exactitud posible” (*Fedro* 271a). Indudablemente. Los estados afectivos influyen sobre las decisiones y las conductas. Las que caen en la órbita de lo jurídico no son una excepción a ello. Algunos ejemplos: una emoción más o menos intensa puede condicionar la libertad de elección del sujeto; un sentimiento de cariño puede eliminar el significado afrentoso de un término, y hasta convertirlo en una expresión de afecto, v.gr.: “pícaro”, “sátrapa”, “rufián”, etc.; la ira puede prorrumper en injurias, pero, reprimida, dar lugar a ironías, que a veces ofenden con más fuerza; etc.

V. Los motivos y disposiciones de quienes cometen o padecen injusticia, sus caracteres y pasiones, sus sentimientos en general, y las circunstancias que los rodean son objeto de análisis dentro del género judicial de la *Retórica*. En su programa retórico-forense, ARISTÓTELES se ocupa suficientemente de señalar las causas que afectan el comportamiento, de las externas, como p.ej. la violencia o los accidentes, y de las internas, como los estados emotivos y los movimientos pasionales.

Veamos cuáles son estos tópicos, que el *Filósofo* enumera como *específicos* de este género de argumentación; y que, como bien sabemos, son válidos para todo el campo de la *Ética*:

La intencionalidad (Ret., I, 10, 1368b-1369a)

Cometer injusticia es hacer daño voluntariamente. Se obra voluntariamente cuando se lo hace a sabiendas del acto que se realiza. Los actos voluntarios se hacen con premeditación cuando se conoce el daño que se causa, por lo que, las acciones que se elige realizar de antemano, se hacen siempre con conocimiento, ya que nadie elige lo que ignora.

Las causas (Ret. I, 10, 1369a-1369b)

Las causas por las que se elige realizar el acto injusto son de dos especies: maldad o vicio. El que es vicioso, es injusto respecto del objeto de su vicio; así el avaro, en el dinero; el incontinente, en los place-

res del cuerpo; el blando, en la molicie; el cobarde, en los peligros; el vanidoso, en los honores; el colérico, en la ira; el ambicioso, en la victoria; el rencoroso, en la venganza; el necio, en su inadvertencia de lo justo y lo injusto; y el desvergonzado, en el desprecio de la opinión ajena.

Los pobres desean riquezas al igual que los ricos placeres, por inclinación del apetito. Cuanto menos participa el apetito de la razón mayores desórdenes provoca. La cólera o la incontinencia es tanto mayor cuanto menor es el dominio de la razón sobre los apetitos irascible y concupiscible.

Es importante reparar en las distinciones de los hombres, pero no en cualesquiera. Si uno es blanco o negro, grande o pequeño, no corresponde que ello vaya seguido de tales o cuales consecuencias; pero si es joven o viejo, sí hay diferencia.

Las contingencias hacen variar los caracteres de los hombres. Si uno se considera a sí mismo rico o pobre se diferenciará en algo su comportamiento; lo mismo si se considera feliz o desgraciado.

El placer (Ret., I, 11, 1369b-1372a)

Es el placer un movimiento del alma, una vuelta hacia el estado natural. Son placeres las distracciones, las comodidades, las diversiones, los juegos, el descanso y el sueño.

El deseo no es otra cosa que el apetito de lo placentero. Hay dos tipos de deseos: los racionales y los irracionales. Los irracionales son los que resultan del cuerpo: los del alimento (como la sed y el hambre), los referentes al gusto y a los placeres sexuales, y en general, los deseos del tacto, del olfato, del oído y la vista. Por el contrario, son racionales los deseos que se originan en el pensamiento. Estos son susceptibles de persuasión, porque al estar fuera de nuestra experiencia, se desean poseer o contemplar por haber oído de ellos y encontrarnos persuadidos de su cualidad de placer.

Hay placer en la imaginación y en el recuerdo; éste, cuando viene acompañado de cierta representación imaginativa, logra una sensación placentera no sólo respecto de aquellas cosas que cuando existían lo eran, sino también de algunas no placenteras, si resulta más tarde que ha sido noble y bueno lo que las ha seguido.

Hay placer en el vengarse, para los iracundos, pues ellos sufren insuperablemente cuando no se vengan. Hay placer en el vencer, para los malos perdedores sobre todo, pues es imaginación de superioridad, lo cual todos desean con menor o mayor empeño.

La controversia judicial y la disputa es placentera para los que están acostumbrados y son hábiles en ello.

Hay también placer en el honor y la buena fama. Respecto de esto importa mucho la estimación o juicio de los hombres de honor y reputación; en cambio, de quienes se considera charlatanes o de los niños, poco importan sus opiniones o su juicio.

Hay placer en el amor; los enamorados gozan pensando y hablando del amado, pues en todo esto, acordándose, les parece como que lo sienten presente. Algunos dicen que ese es el comienzo del amor, cuando no sólo gozan con el amado presente, sino que de él se acuerdan cuando está ausente y les nace pena de que no esté presente. El ser correspondido en el amor es doblemente placentero.

Hay placer en el aprender, pues con ello se sigue una disposición natural. Hay placer en el hacer beneficio, y en recibirlo; especialmente corregir al prójimo es agradable a los hombres.

Hay placer en la imitación, aun cuando el objeto imitado no fuese placentero, ya que es el hombre el animal más mimético y aprende, y por ende goza, imitando. Hay placer en lo semejante, pues los que se parecen se agradan; así, se ha dicho: “cada uno disfruta con el de su edad” y “siempre se busca lo semejante” y “el cuervo junto al cuervo”.

Hay placer en la propia estimación, puesto que todos se aman a sí mismos y aman sus propias obras. Es placentero tener un hijo, pues obra propia son los hijos.

Hay placer en el mandar y en el parecer sabio, pues el tener prudencia –o parecer tenerla– es cosa de mando.

Hay placer en la risa, ya sea causada por hombres, discursos u obras.

Las cosas dolorosas son evidentes por sus contrarios.

La predisposición (Ret., I, 12, 1372a-1372b)

Cometen algunos injusticia cuando creen que es posible la acción sin sufrir castigo, pasando desapercibidos; o cuando aún recibiendo castigo la pena es menor que el provecho de ellos mismos. También se creen capaces de cometer injusticia aquellos que saben quedarán impunes, ya sea porque saben actuar, están habituados a los pleitos, tienen muchos amigos o son ricos. También los que creen ser amigos de aquel que recibirá el daño, o de los jueces, porque los amigos no están en guardia contra tal injusticia, y si acaso por excepción lo estuvieran se prestan fácil a una avenencia antes de acudir a los tribunales; los amigos de los jueces porque saben que éstos hacen favor a aquellos a quienes están unidos por amistad, o les imponen un castigo pequeño.

Creen también estar en condiciones de quedar liberados de la culpa de un acto injusto los que son incompatibles con un determinado tipo de acusación. Por ejemplo, los débiles en casos de violencias y el pobre o el desgraciado en caso de adulterio. Los hechos demasiado manifiestos o las faltas tan grandes no encuentran a nadie prevenido y son difíciles de creer para quien no las vio. Lo mismo respecto a los que tienen modos de ocultar su acción por medios o lugares; o los que si son descubiertos pueden esquivar el proceso o dilatarlo largo tiempo y, si son condenados, aplazar el cumplimiento de la pena por mucho tiempo; o el que a causa de su pobreza no tiene nada que perder; y también los que tienen la ganancia segura, grande o próxima y el castigo inseguro, pequeño o lejano. Y los que no tienen castigo proporcionado con la ventaja, como suele ocurrir con la tiranía. También se encuentran en disposición más próxima a cometer injusticia aquellos de mentalidad distorsionada, que tienen el delito por ganancia y el castigo por deshonor; y los que reciben por la injusticia que cometen no otra cosa que alabanzas.

El dejar muchas veces sin castigo un acto injusto, condena a quien lo cometió a seguir transitando la misma senda de la injusticia. Los que pueden disfrazar su delito como un hecho casual o por necesidad o por naturaleza o por costumbre, o por error, también se encuentran más fácilmente dispuestos a cometer injusticia. Y los de muy buena fama y los muy privados de ella, los primeros porque no parecerá que son culpables y los últimos porque ya no pueden deshonrarse más.

Las víctimas (Ret., I, 12, 1372b-1373a)

Es necesario ahora conocer la posición o disposición de quienes son pasibles, por diversas circunstancias, de recibir fácilmente injusticia.

Los que tienen aquello de lo que carecen los que suelen cometer injusticia deben estar alerta, bien sea que les falte algo necesario o algo superfluo. Los primeros en caer víctimas de la injusticia son los confiados y los descuidados; también los tímidos, y los timoratos, que no son muy aficionados a luchar por lo propio. Los que han sido objeto de las injusticias de muchos y no ha salido nadie en su defensa suelen ser atacados constantemente. Los calumniados y caídos en desgracia no se resuelven a acusar, pues temen no poder persuadir y ser juzgados ellos.

Debemos guardarnos contra los que en el pasado nos han hecho injusticia, ellos o sus parientes. "Sólo de un pretexto necesita la maldad".

Son fáciles víctimas de injusticia los que no tienen amigos, y los pacíficos; y aquellos a los que no rinde provecho pasar el tiempo atendiendo a un pleito, pues con poco se avienen a un arreglo y abandonan la acusación fácilmente. También los que han cometido en el pasado muchas acciones del tipo de la que ahora padecen, pues, aunque se hayan regenerado, conservan el estigma. Suelen ser víctimas de un daño aquellos de cuyo sufrimiento se alegrarían las personas a quienes el criminal admira o ama, o sus superiores o, en general, aquéllos mirando a los cuales él vive.

Los indulgentes suelen ser objeto de abuso. Son fáciles de cometer aquellos delitos en los que se alcanza pronto el perdón. Suele quedar impune el robo de aquellas cosas sobre las que tiene vergüenza de hablar quien sufrió la pérdida, y la comisión de delitos contra el honor, como los ultrajes contra las mujeres de su familia, sus hijos o ellos mismos; y aquellas faltas que la mayoría de las veces suelen ser olvidadas o perdonadas o que harían aparecer como un buscapleitos a quien llevase a un tribunal tal denuncia.

La ley (Ret., I, 13, 1373b)

Para poder distinguir la acción justa de la que es injusta es preciso mirar a la ley. Divídese la ley en *particular* y *común* (positiva y natural). Es *particular* la que cada pueblo se ha señalado para sí mismo, y de éstas unas son no escritas y otras escritas. Es *común* aquella conforme a la naturaleza, pues existe algo que todos en cierto modo adivinamos, lo cual por naturaleza es justo o injusto, aunque no haya ninguna mutua comunidad ni acuerdo, tal como aparece diciendo *Antígona* que es justo, aunque esté prohibido, enterrar a *Polinices*.

La imputabilidad (Ret., I, 13, 1374a)

Se puede obrar con ignorancia, sin intención, o al contrario, con voluntad y a sabiendas. En este último caso puede ser por elección racional o por efecto de la pasión. Esta diferenciación resulta necesaria a los fines de la imputación de ciertos delitos. Porque muchas veces el acusado sólo reconoce el hecho pero no el delito; así admite, v.gr., haber tomado algo pero no con intención de robarlo.

La equidad (Ret. I, 13, 1374a-1374b; Ética Nic., V, 10, 1137b-1138a)

Dentro del discurso jurídico resulta muchas veces necesario persuadir al juez de la no aplicación de una ley, pues las circunstancias

particulares del caso exigen un apartamiento de la misma para alcanzar la justicia. La tensión entre el caso normal, previsible por el legislador, y el caso excepcional, imprevisible, demanda un justo "más allá de la ley escrita". Hay condiciones que, al darse, generan situaciones donde lo justo exige no aplicar determinada ley sino un criterio equitativo, que es "un justo superior" al legal. Estos casos de excepción son, en parte, con la voluntad y en parte contra la voluntad del legislador. Con la voluntad, pues, porque deben hablar universalmente a fin de abarcar la mayor parte de los casos, y contra su voluntad porque prevén sólo lo que acontece naturalmente.

Las consecuencias de los errores y de los delitos no han de ser estimadas de la misma manera. Los errores no proceden de maldad y los delitos proceden de maldad y son calculados. Las desgracias también necesitan de un justo equitativo (desgracias son los sucesos no previsibles racionalmente ni tampoco resultantes de negligencia).

Hay que ser indulgente, mirar al acusado no como es en ese momento, sino como era siempre o la mayoría de las veces. Y hay que acordarse más de los bienes que de los males recibidos, y de los favores que nos han hecho antes que de los que hemos hecho. Y aprender a soportar la injusticia, y preferir más la solución por la palabra que por los hechos. Es mejor acudir a un arbitraje que a un juicio, pues el árbitro suele atender más a lo equitativo en tanto que el juez más a la ley.

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LAS RELACIONES ENTRE DERECHO Y MORAL EN H.L.A. HART

LORENZO V. GALINDEZ*

El profesor H.L.A. HART es uno de los filósofos del derecho más influyentes de la segunda mitad del siglo XX y uno de los máximos representantes de la denominada filosofía analítica.

Estas circunstancias hacen importante hacer un breve análisis de su posición acerca de su posición frente a interrogantes tales como ¿qué es el derecho? y ¿cuáles son las relaciones entre derecho y moral? que el autor desarrolla en su obra *El Concepto de Derecho*.

Pero el propósito de este trabajo no es sólo el de exponer abreviadamente la teoría hartriana al respecto, sino también arribar a determinadas conclusiones respecto al positivismo jurídico de HART, positivismo este mucho más matizado que el riguroso de autores como KELSEN y ROSS.

I. Tres Problemas Recurrentes

El punto de partida de HART es la diversidad de respuestas que se dan a la pregunta de ¿qué es derecho?, diversidad que contrasta con la facilidad y confianza con la que los hombres citan ejemplos de derecho.

El autor sostiene que frente a las preguntas ¿qué es el derecho? o ¿cuál es la naturaleza del derecho? surgen tres problemas recurrentes que intentan dar respuesta a esos interrogantes.

1) El primero de estos problemas estaría dado en que la existencia del derecho "...significa que ciertos tipos de conducta humana no

* Abogado. Adjunto de Filosofía del Derecho. UCA.

son ya optativos sino obligatorios ... El sentido primero, y el más simple, en que la conducta no es ya optativa, se presenta cuando un hombre se ve forzado a hacer lo que otro le dice,...porque el otro lo amenaza con consecuencias desagradables si se rehúsa a hacer lo que este quiere. —...A algunos les ha parecido claro que esta situación en que una persona da a otra una orden respaldada por amenazas, y, en este sentido de 'obligar', la obliga a cumplir, muestra la esencia del derecho...—¹.—HART ubica en esta posición a AUSTIN, si bien podría ser incluido en la misma KELSEN—.

2) El segundo de estos problemas sería el que pone en evidencia que el derecho impone conductas obligatorias coincidentes con la moral. "El asesinato y el uso irresponsable de la violencia no son sino los ejemplos más obvios de la coincidencia entre las prohibiciones del derecho y la moral"². Asimismo moral y derecho comparten un vocabulario y la justicia es una virtud moral y es la más jurídica de las virtudes. Para esta posición, el derecho vendría a ser como una rama de la moral o de la justicia, y sería su congruencia con los principios de la moral o de la justicia, lo que hace a la esencia del derecho.

3) El tercer problema que para el autor inglés intenta resolver la cuestión acerca de que es el derecho, es el que responde que el derecho está compuesto de reglas.

HART va a analizar estos tres problemas abordando el primero en primer lugar, luego el tercero y, finalmente, el segundo. Y si bien señala que el propósito del libro no es dar una definición de derecho, tal cual lo señala al terminar el Capítulo I del mismo, lo cierto es que tomará posición dando su concepto de derecho.

II. El conjunto de órdenes respaldadas por amenazas de castigo

En los Capítulos II, III y IV de *El Concepto de Derecho*, HART va a analizar este primer problema, cuya elaboración más completa atribuye a AUSTIN en *The Province of Jurisprudence Determined*. —Va a criticar este grupo de teorías—.

¹ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, ed. Abeledo-Perrot, 1977, págs. 7 y 8

² *Ibidem*, pág. 9.

El principal argumento mediante el cual el profesor inglés las descarta, es que si bien las leyes penales y las que regulan la responsabilidad extracontractual se parecen a las órdenes coercitivas, hay otras normas jurídicas que cumplen una función diferente, tales como las que establecen la forma de realizar los contratos, otorgar los testamentos y celebrar los matrimonios. Éstas dan potestades y en nada se parecen a las órdenes coercitivas. Asimismo señala que hay otras normas que confieren potestades públicas.

Al comenzar el Capítulo V de su obra, el autor llega a la conclusión de que "...el modelo simple del derecho como órdenes coercitivas del soberano no reproduce algunas de las características salientes de un sistema jurídico..."³.

HART va a dejar de lado este grupo de teorías, haciendo un resumen de sus dificultades: "Primero, se hizo claro que aunque entre todas las variedades de derecho son las leyes penales, que prohíben o prescriben ciertas acciones bajo castigo, las que más se parecen a órdenes respaldadas por amenazas dadas por una persona a otras, tales leyes, sin embargo, difieren de dichas órdenes en un aspecto importante, a saber, que por lo común también se aplican a quienes las sancionan, y no simplemente a otros. En segundo lugar, hay otras variedades de normas, principalmente aquellas que confieren potestades jurídicas para decidir litigios o legislar (potestades públicas) o para crear o modificar relaciones jurídicas (potestades privadas), que no pueden, sin caer en el absurdo, ser interpretadas como órdenes respaldadas por amenazas. En tercer lugar, hay reglas jurídicas que difieren de las órdenes en su modo de origen, porque ellas no son creadas por nada análogo a una prescripción explícita. Finalmente, el análisis del derecho en términos del soberano habitualmente obedecido y necesariamente libre de toda limitación jurídica, no da razón de la continuidad de la autoridad legislativa, característica de un moderno sistema jurídico, y la persona o personas soberanas no pueden ser identificadas con el electorado o con la legislatura de un estado moderno⁴.

III. El Derecho como un conjunto o combinación de reglas primarias y secundarias

HART sostiene que es posible imaginar una sociedad sin legislatura, sin tribunales o funcionarios de ninguna clase. Sería un tipo de

³ *Ibidem*, pág. 99.

⁴ *Ibidem*, págs. 99/100.

sociedades regidas únicamente por reglas de obligación, donde el único medio de control social sería la actitud general del grupo hacia sus pautas de comportamiento. Estas reglas de obligación son las que prescriben a los seres humanos que hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no.

Una estructura social semejante de reglas simples de obligación va a presentar para HART tres defectos:

1) En primer lugar, *la falta de certeza*: las reglas del grupo social no van a formar un sistema sino un conjunto de criterios de conducta aislados, sin nada en común que los identifique como formando parte de un todo. Si surgen dudas sobre cuáles son las reglas o acerca de cual es el alcance de una de ellas, no va existir procedimiento alguno que solucione la cuestión.

2) En segundo lugar, *el carácter estático de las reglas*: la única forma de cambio de las normas será la del lento proceso de crecimiento y declinación, por el cual un determinado tipo de conducta se vuelve primero optativo, luego obligatorio —castigándose el incumplimiento con severidad—, para después ser tolerado ese incumplimiento, hasta finalmente pasar a ser inadvertido. No habrá en esa estructura social simple otra forma de cambio de normas.

3) En tercer lugar, *la ineficiencia de la difusa presión social para hacer cumplir las reglas*.

Para superar esos defectos que presenta una estructura social con reglas primarias de obligación habrá que complementar éstas con reglas secundarias, lo que constituiría el paso del mundo prejurídico al mundo jurídico.

Estas reglas secundarias son reglas acerca de las reglas primarias y son de tres clases:

1) Para solucionar la falta de certeza, HART introduce lo que llama la “regla de reconocimiento”, que especifica alguna característica o características que debe tener una regla primaria para poder ser considerada como integrante del sistema. Esta regla de reconocimiento puede asumir formas diversas: puede identificar las reglas integrantes del sistema por referencia al texto de las mismas, o bien a alguna característica como el hecho de haber sido sancionada por un cuerpo específico. Incluso puede estructurar las normas en un sistema jerárquico. Es decir que tendremos en este supuesto un conjunto unificado de normas, en vez de un conjunto de normas inconexas entre sí.

2) Para solucionar el carácter estático de las normas primarias, HART introduce un nuevo tipo de normas secundarias: “las reglas de cambio”. Son reglas secundarias que posibilitan la creación, modificación y derogación de las normas jurídicas, al otorgar potestades por las que determinadas personas o grupos de personas (Legislatura, Presidente, etc.) pueden crear, modificar o dejar sin efecto normas jurídicas.

3) Para solucionar el tercer problema de la estructura social simple de reglas de obligación, esto es, la difusa presión social frente al incumplimiento, HART añade “las reglas de adjudicación”, que son reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, si en una ocasión se ha transgredido una regla primaria. Estas reglas no solo identifican a los individuos que pueden juzgar, sino que también determinan el procedimiento a seguir.

En este estadio, HART llega a la conclusión de que la médula y el centro de un sistema jurídico están dados por la estructura que resulta de la combinación de las reglas primarias de obligación con las reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación.

Cabe destacar que HART considera el problema de la validez jurídica en el Capítulo VI de *El Concepto de Derecho*, en el que asume la posición de que una norma tiene carácter jurídico, no por razones morales, sino porque la regla de reconocimiento le otorga validez jurídica. Esta regla de reconocimiento es la regla última del sistema porque si bien, a semejanza del decreto y ley intermedios proporciona criterios para la determinación de la validez de otras reglas, a diferencia de ellos, no está subordinada a criterios de validez jurídica establecidos por otras reglas⁵.

IV. La conexión “necesaria” entre derecho y moral como componente esencial del concepto de Derecho.

HART va a sostener en *El Concepto de Derecho* que entre Moral y consecuencias de la contradicción entre Derecho hay una conexión necesaria. Pero agrega que hay muchas interpretaciones de los términos claves “moral” y “necesaria”, siendo su forma más extrema la posición tomista que comprende una doble tesis: “...primero, que hay ciertos principios de verdadera moral o justicia, descubribles por la

⁵ *Ibidem*, pág. 133.

razón humana sin la ayuda de la revelación, aun cuando tienen origen divino. En segundo lugar, que las normas o leyes humanas que contradicen esos principios no son derecho válido. "Lex iniusta non est lex ..."⁶.

Pero aparte de esta posición hay otras variantes que "...ven de modo diferente el estatus de los principios de la moral y las del derecho y esta última..."⁷. Estas teorías no conciben a la moral como un conjunto de principios inmutables de conducta que nuestra razón descubre, sino como actitudes frente a conductas que pueden variar de sociedad a sociedad o de individuo a individuo. Asimismo consideran que una norma jurídica, aun cuando afecte un principio moral fundamental, no deja por ello de ser una norma jurídica.

Esta es la posición de HART en *El Concepto de Derecho*, si bien, como lo señala JUAN DE PÁRAMO ARGÜELLES, el autor inglés va a terminar sosteniendo que las conexiones entre Derecho y Moral son contingentes, no necesarias lógicamente ni conceptualmente⁸.

El desarrollo de HART sobre el punto abarca diversos aspectos:

- a) La justicia y el derecho.
- b) La diferencia entre las reglas morales y las jurídicas.
- c) El derecho natural de contenido mínimo.

a. La justicia y el derecho

El iusfilósofo inglés sostiene que dentro de la esfera de la Moral, la idea de justicia es sólo una parte, y que las notas que tiene esa idea dan cuenta de su conexión íntima con el derecho.

HART distingue entre la justicia en la aplicación de las normas (cuando se aplica a todos por igual) y la justicia de las normas. Pero en ambos casos señala que implica que los individuos tienen derecho a una posición relativa de igualdad. Por eso un aspecto central de la justicia será "...tratar los casos semejantes de la misma manera y los diferentes de diferente manera..."⁹. Pero este elemento central "...en sí es incompleto y, mientras no se lo complementa, no puede proporcionar ninguna guía determinada para la conducta. Esto es así por-

⁶ *Ibidem*, pág. 194/195.

⁷ *Ibidem*, pág. 195.

⁸ PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R. DE, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, pág. 339.

⁹ HART. H.L.A., *El Concepto de Derecho*, ed. Abeledo-Perrot, 1977, pág. 198.

que cualquier conjunto de seres humanos se asemejarán entre sí en algunos aspectos y diferirán entre sí en otros y, mientras no se establezca qué semejanzas y qué diferencias son relevantes, 'tratar los casos semejantes de la misma manera' será una forma vacía...¹⁰.

Pero "...el derecho no puede por sí mismo determinar ahora qué semejanzas y diferencias tienen que ser admitidas para que sus reglas traten los casos semejantes de la misma manera, y sean así justas.... Diferencias fundamentales de enfoque general, en el plano moral y en el político, pueden llevar a diferencias y desacuerdos irreconciliables sobre qué características de los seres humanos deben tomarse como relevantes para criticar el derecho como injusto...¹¹.

HART acepta que en el mundo moderno, el hecho de que los hombres puedan pensar, experimentar sentimientos y guiar su conducta, es en general considerado como algo que crea semejanzas entre ellos, que el derecho debe tomar en cuenta, aunque esto no sea universal. Pero puede haber una moral que no coincida con estos argumentos, que justifique las desigualdades y las discriminaciones, que rechace incluso que los hombres deban ser tratados de manera igual. En estos casos los criterios de semejanzas y diferencias van a cambiar con el diferente enfoque moral de cada persona o de cada sociedad.

Entonces esos criterios de semejanzas y diferencias relevantes van a ser proporcionados por la moral, aunque se trate de una moral relativa. Y ellos van a influir en el contenido de las normas jurídicas.

b. La diferencia entre las reglas morales y las jurídicas

El autor británico establece criterios de distinción meramente formales. Y señala que en una sociedad primitiva regida sólo por reglas primarias de obligación, lo que existe son reglas morales. Sólo cuando esa sociedad pasa a ser regida por reglas primarias de obligación y reglas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación, nos encontramos con reglas jurídicas.

HART señala cuatro características que distinguen a las reglas morales de otras reglas, incluso las jurídicas:

1) importancia: el cumplimiento de toda regla moral es considerado muy importante;

¹⁰ *Ibidem*, págs. 198/199.

¹¹ *Ibidem*, págs. 200/201.

2) inmunidad al cambio deliberado: los principios morales no pueden ser creados, modificados o eliminados por la acción humana deliberada, como las jurídicas, cambiando solo con el transcurso del tiempo;

3) carácter voluntario de las transgresiones morales: si una persona actúa sin intención, carece de responsabilidad moral; en los sistemas jurídicos ello resulta igual hasta cierto punto, pero no en otros, como el caso de la responsabilidad objetiva;

4) la forma de presión moral: en el campo de la moral se apela al respeto, al remordimiento; en lo jurídico, se amenaza con castigos físicos o consecuencias desagradables.

Resulta claro que estos criterios formales no hacen referencia a ningún contenido distintivo entre las reglas morales y las jurídicas.

c. El derecho natural de contenido mínimo

HART acepta lo que llama un contenido mínimo de Derecho Natural, pero según afirma, liberándolo de sus adherencias metafísicas. Así, niega el concepto teleológico de naturaleza y se queda con ciertas características empíricas de la naturaleza humana tomadas de HOBES y HUME.

El fundamento de esta versión del derecho natural sería un hecho contingente que consiste en que la mayor parte de los hombres, la mayor parte del tiempo, desea seguir viviendo. Sobre la base de ese deseo de supervivencia HART coloca ciertas verdades obvias que determinan el contenido mínimo del derecho natural. Las mismas son:

1) Vulnerabilidad humana: "...Los seres humanos son vulnerables: por tanto es necesaria la prohibición de la violencia..."¹². HART considera que esta no es una verdad necesaria, porque podría haber sido distinto o serlo algún día; y se plantea la posibilidad de que el precepto "No matarás" carecería de sentido si los hombres fuésemos invulnerables.

2) Igualdad aproximada: si bien los hombres difieren en cuanto ciertas características, hay entre ellos una igualdad aproximada. Ninguno de ellos es tan poderoso que pueda dominar a los demás, salvo durante un corto espacio de tiempo. Esto hace necesario un sistema de abstenciones y concesiones recíprocas.

¹² PÁRAMO ARGUELLES, JUAN R. DE, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, edición Centro de estudios Constitucionales, Madrid 1984, pág. 374.

3) Altruismo limitado: los hombres no son demonios dominados por el deseo de exterminarse entre sí, ni ángeles carentes en absoluto de esa tentación, sino un término medio que hace necesario un sistema de abstenciones mutuas.

4) Recursos limitados: es contingente que los seres humanos necesitan ropa, vivienda y alimentos y que estos recursos son limitados, lo que hace necesaria una forma mínima de propiedad y de reglas que exijan su respeto.

5) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas: "...la sumisión al sistema de limitaciones sería una insensatez si no hubiera una organización para coaccionar a aquellos que tratarían de obtener las ventajas del sistema sin someterse a sus obligaciones. Hacen falta "sanciones", no como el motivo normal para la obediencia, sino como una garantía de que aquellos que obedecen voluntariamente no serán sacrificados a quienes no lo hacen..."¹³.

V. Algunas Conclusiones

Después de exponer brevemente el esquema de HART en cuanto al concepto de derecho y a las relaciones entre la moral y el derecho, puntualizaremos sintéticamente algunas conclusiones al respecto:

1) HART tiene un concepto normativista del Derecho al que identifica como una conjunción de normas primarias de obligación con normas secundarias de reconocimiento, cambio y adjudicación.

2) La posición de HART respecto a la justicia es poco clara y más que una virtud moral se parece a un precepto general que, en definitiva, no nos da pautas para resolver los casos concretos que se presentan en la vida social. Esta justicia poco tiene que ver con la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo, que sí nos orienta en esas situaciones sociales concretas.

3) Los criterios de distinción entre las reglas morales y las jurídicas y otras reglas sociales son meramente formales y no hacen referencia a un contenido de las mismas. Entendemos que esta distinción formal es insuficiente para tipificar unas y otras. Más allá de las coincidencias y relaciones necesarias entre Derecho y Moral, hay obli-

¹³ PÁRAMO ARGÜELLES, JUAN R. DE, *H.L.A. Hart y la Teoría Analítica del Derecho*, edición Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1984, págs. 374/375. Cfr. HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, edición Abeledo-Perrot, 1977, pág. 244.

gaciones morales que no son jurídicas; hay faltas morales que no son faltas jurídicas. Y la distinción entre reglas morales y jurídicas va a ser dada teniendo en cuenta el contenido de esas reglas y según sean las obligaciones y faltas que regulan.

4) HART acepta en *El Concepto de Derecho* que existe una conexión "necesaria" entre Derecho y Moral y una zona de confluencia que será la del contenido mínimo de Derecho Natural.

Pero éste, según el autor inglés, vendría a fundarse en una naturaleza humana considerada contingente y empírica. Así, se señala que la vulnerabilidad del hombre es el fundamento del precepto "No matarás", pero que si perdiésemos esa vulnerabilidad, desaparecería dicho principio. Considero que si no pudiésemos ser heridos o muertos (en esto consiste la invulnerabilidad) estaríamos hablando de otros seres distintos del hombre. Siguiendo a HART, si fuésemos ángeles o demonios, ese precepto carecería de sentido. Pero si estamos tratando de Derecho Natural, nos estamos refiriendo a una realidad humana y debemos ceñirnos a la misma.

En última instancia, vemos que la teoría de HART viene a terminar en que no existe esa conexión "necesaria" entre Derecho y Moral, sino que sus coincidencias son meramente contingentes.

5) El profesor inglés pone como fundamento último de su derecho natural de contenido mínimo el deseo de supervivencia del hombre. Es un fundamento excesivamente simple. Y es una inclinación común a otros seres. Resulta indudable en el hombre esa inclinación a la vida, pero no todo termina en eso. El hombre tiene otros fines y tendencias naturales que lo especifican como la conservación de la especie, la educación de los hijos, el conocimiento de la verdad y la inclinación a vivir en sociedad. Y éstas son inclinaciones esenciales constitutivas de su ser humano.

6) La teoría de HART presenta contradicciones en cuanto a su eventual ubicación dentro del positivismo jurídico o del jusnaturalismo:

a) Por un lado, algunas de sus posiciones parecerían ubicarlo dentro del jusnaturalismo. Así, por ejemplo, exigir que ciertas reglas básicas deben ser incorporadas al Derecho a los efectos de posibilitar su existencia y eficacia, implica poner límites al legislador humano. HART afirma que hay algunos principios de conducta universalmente reconocidos, por lo que rechaza la tesis positivista de que "el derecho pueda tener cualquier contenido"¹⁴.

¹⁴ Cfr. HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, edición Abeledo-Perrot, 1977, pág. 246. Cfr. VIGO, RODOLFO LUIS, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas. Ross-Hart-Bobbio-Dworkin-Villey*, edición Abeledo-Perrot, 1991, pág. 95.

“...Porque es una verdad de alguna importancia que para la descripción adecuada no sólo del derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados (además de las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho): aquellos cuya verdad depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen...”¹⁵.

b) Pero esto se contradice con otras posiciones del autor británico. Así, sostener que la regla de reconocimiento es una regla última que da validez a todas las normas integrantes del sistema, pero que a su vez no depende de otra regla en cuanto a su validez, implica tanto como decir que en un conflicto entre la regla de reconocimiento y un principio moral para determinar la validez de una norma jurídica, será la regla de reconocimiento la que determine la juridicidad y validez de la norma, cualquiera sea su contenido¹⁶. Esto es acorde con las teorías morales relativistas que “...sostienen que el conflicto entre el derecho y las exigencias de la moral, aún las más fundamentales, no es suficiente para privar a una regla de su estatus jurídico;...”¹⁷. Y HART parecería adherir a esta posición.

7) El concepto empírico y contingente de naturaleza humana, el relativismo moral (aún con ciertas pretensiones de objetividad) y la primacía de la regla de reconocimiento sobre los principios morales, posiciones estas sostenidas por HART, dan como resultado:

a) que el contenido mínimo de Derecho Natural sea contingente, al no tener en cuenta que en el hombre hay aspectos mutables e inmutables, y éstos hacen a su esencia;

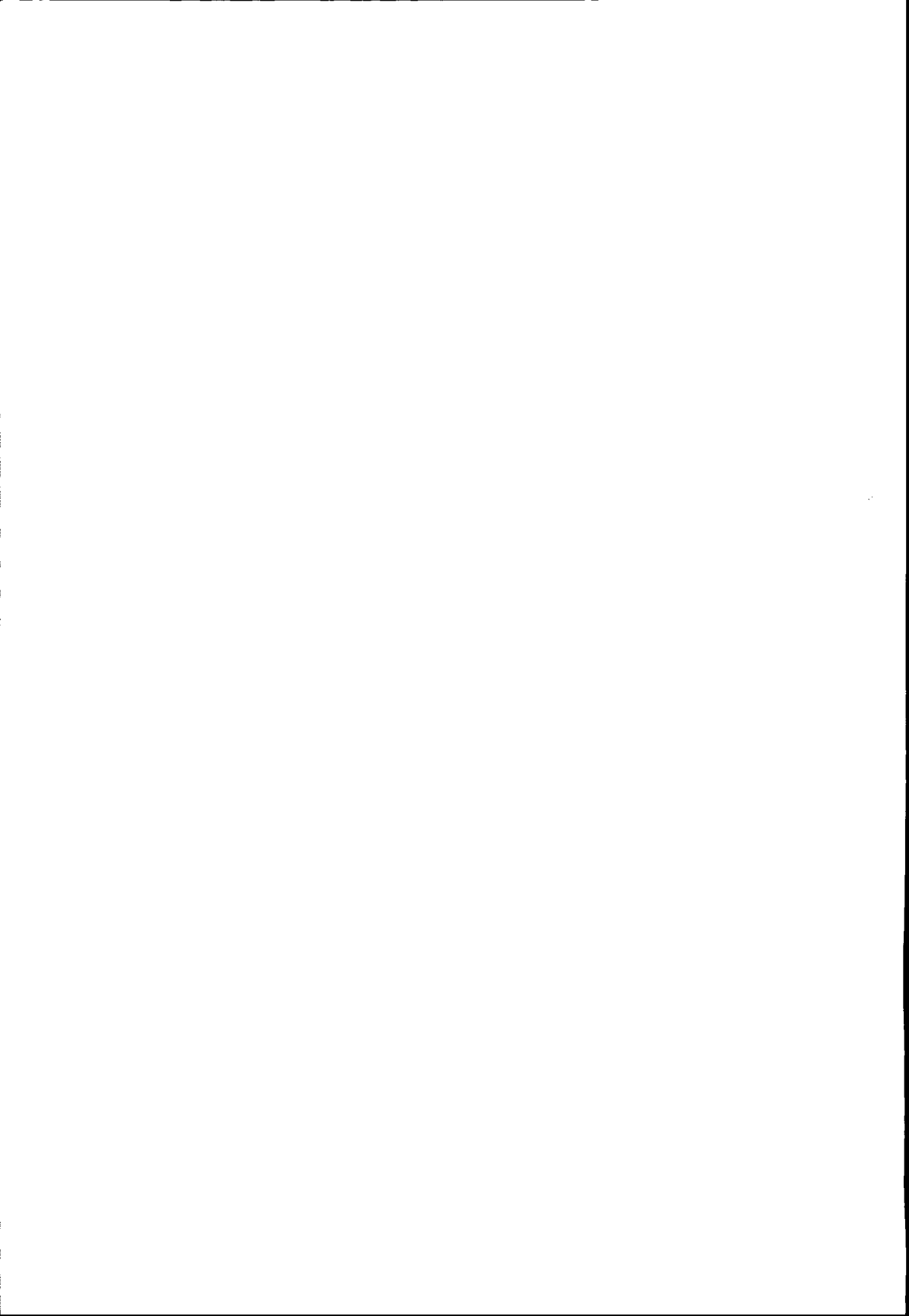
b) que el Derecho, entendido como conjunto de normas primarias y secundarias, pueda en *última instancia* tener cualquier contenido, si es válido según la regla de reconocimiento;

c) HART se queda en un positivismo muy atenuado y distinto de los rigurosos de KELSEN y ROSS, abierto a las realidades del hombre y del mundo, pero que no consigue superar el rígido concepto de la regla de reconocimiento como último principio de validez del sistema jurídico.

¹⁵ HART., H.L.A., *El Concepto de Derecho*, edición Abeledo-Perrot, 1977, págs. 246/247. Cfr. VIGO, RODOLFO LUIS, *Perspectivas iusfilosóficas contemporáneas*. Ross Hart-Bobbio-Dworkin-Villey, edición Abeledo-Perrot, 1991, págs. 95/96.

¹⁶ Cfr. PORTELA, JORGE GUILLERMO, *Los Derechos Humanos en la Escuela Analítica*, en revista “El Derecho” del 30 de octubre de 1989.

¹⁷ HART, H.L.A., *El Concepto de Derecho*, pág. 155, ed. Abeledo-Perrot, 1977



ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL FUNDAMENTO DEL DERECHO

DANIEL ALEJANDRO HERRERA*

1. Planteo de la cuestión

La pregunta por el fundamento es la pregunta filosófica por excelencia. Fundamento se refiere tanto al sostén o soporte óptico de una realidad, como al principio a partir del cual podemos conocerla. Ya los griegos, que algo sabían de cuestiones filosóficas, se interrogaban sobre *el arje* o principio de las cosas. En otras palabras, su preocupación se centraba en encontrar un fundamento último a esa realidad que se le presentaba ante sus ojos como un *cosmos*, como una totalidad ordenada, armónica y bella. Así desde los filósofos presocráticos que buscaban encontrar la respuesta en los elementos básicos de la naturaleza física como el agua, el aire o el fuego, hasta los sistemas filosóficos más elaborados como ser el platónico o el aristotélico, e incluso el mismo estoicismo, el griego nunca dejó de cuestionarse sobre los principios en que se funda la realidad. Por eso como sostiene WERNER HEISENBERG, premio Nobel de física, lo que desde el primer instante distinguió el pensamiento griego de los otros pueblos fue la aptitud para retrotraer todo problema a una cuestión de principios teóricos, lo que les permitió ordenar la variedad de información que obtenían de la experiencia y hacerla inteligible, permitiendo la sistematización de las distintas ciencias, empezando por la filosofía¹. En

* Abogado - UCA. Adjunto de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho UCA.

¹ HEISENBERG WERNER, *La imagen de la naturaleza en la física actual*, Ariel, Barcelona.

el mismo sentido, la escolástica medieval cuando definía las cosas distinguía entre la definición *quia* y *propter quid*. Por la primera, que responde a la pregunta ¿qué es?, llegamos al concepto universal de la cosa, mientras por la segunda se busca una respuesta al interrogante ¿por qué existe?, lo que nos lleva a la cuestión del principio y fundamento de las cosas, o sea de la realidad misma.

También el derecho es algo real. Realidad humana práctica (en el orden del obrar humano) que como tal necesita ser fundada. En consecuencia la cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿existe algún principio, norma o realidad en que se apoya el derecho? Si existe ¿podemos conocerlo? En otras palabras, el problema que nos ocupa nos pone frente a dos cuestiones: a) la existencia en el orden del ser de algo que sea el sostén o soporte óntico del derecho (*fundamento ontológico u óntico*); b) la posibilidad en el orden del conocer de alcanzar una verdad o certeza en el orden de la praxis (*fundamento gnoseológico o noético*)².

2. En la búsqueda de respuestas

2. 1. El Positivismo Jurídico

Justamente la cuestión del principio y fundamento fue siempre el talón de Aquiles del positivismo jurídico, que al identificar al derecho con las normas positivas —concepto moderno de derecho objetivo— y al negar la existencia de algún principio, norma o realidad suprapositiva en las que éstas se apoyan y justifican racionalmente su existencia y obligatoriedad (pues sería admitir un fundamento metafísico de la realidad jurídica, que sería incompatible con el prejuicio reduccionista propio del modo de conocer positivista), necesariamente tendrían que fundarse a sí mismas, coronando un voluntarismo arbitrario del legislador que se impone por la fuerza, no respetando el modo de obligarse y obedecer propio de los hombres que exige una justificación racional. Ni los postulados ideológicos de los primeros positivistas³, ni la norma fundamental supuesta de KELSEN⁴, ni la regla de

² Sobre este punto es ineludible la lectura del trabajo de GEORGES KALINOWSKI: *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, Eudeba, Bs. As. 1979.

³ Conf. La conocida división del positivismo que hace NORBERTO BOBBIO: *ideológico, teórico y como aproximación al estudio del derecho*. En *El problema del positivismo*, Eudeba, Bs. As., 1965.

⁴ KELSEN, HANS, *Teoría Pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 1974, pág. 138 y sigtes.

reconocimiento de hecho o empírica de HART⁵, ni el principio de efectividad que reconoce la mayoría del pensamiento positivista⁶, —por sólo nombrar algunos de los más importantes intentos—, logran superar la dificultad, tornándose en un verdadero “síndrome de petición de principio”, que infructuosamente buscan sin poder alcanzarlo.

Tampoco resuelve la cuestión la adopción de un concepto de derecho meramente descriptivo, que simplemente describa el derecho (las normas positivas) sin emitir un juicio de valor sobre el mismo, como si fuera visto por “un observador externo del sistema que, sin aceptar su regla de reconocimiento, enuncia el hecho de que otros la acep-

⁵ HART, H.L.A., *El Concepto de derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As, 1977, pág. 125 y sigtes.

⁶ Conf. ROSS, ALF. *Sobre el derecho y la Justicia*, Eudeba, Bs. As. 1974. Que señala que el sistema normativo “se funda en el hecho de que las normas son efectivamente obedecidas porque se las vive como socialmente obligatorias” (pág. 29), por lo que se pregunta “Si la validez de un sistema de normas, en sentido amplio, significa que el sistema puede servir, en razón de su efectividad como un esquema de interpretación, ¿de qué modo se aplica este criterio al derecho?” (pág. 29), a lo que responde: “Sólo los fenómenos jurídicos en sentido restringido —la aplicación del derecho por los tribunales— son decisivos para determinar la vigencia de las normas jurídicas. En contra de las ideas generalmente aceptadas es necesario insistir en que el derecho suministra normas para el comportamiento de los tribunales, no de los particulares. Por lo tanto, para hallar los hechos que condicionan la vigencia de las normas debemos atender exclusivamente a la aplicación judicial del derecho, y no al derecho en acción entre individuos particulares. Por ejemplo, si el aborto está prohibido, el verdadero contenido del derecho consiste en una directiva para el juez, en el sentido de que éste debe, en ciertas condiciones, imponer una pena por el aborto. Para determinar si la prohibición es derecho vigente, lo único decisivo es que ella sea efectivamente aplicada por los tribunales en los casos en que las infracciones sean descubiertas y juzgadas. Es indiferente que los súbditos acaten o desoigan con frecuencia la prohibición” (pág. 35). Conf. KELSEN, HANS y COSSIO, CARLOS, *Problemas escogidos de la teoría pura del derecho, teoría egológica y teoría pura*, Kraft, Bs. As. 1952, donde ambos autores realizan un estudio comparativo de sus teorías del cual transcribimos el siguiente diálogo: “El Derecho no excluye absoluta, sino relativamente, la fuerza, porque el entuerto y la sanción son fuerza por igual; pero cuando la fuerza está ejercida por la Comunidad es sanción: la paz jurídica es un estado de un monopolio de la fuerza, un monopolio de la fuerza por la comunidad” (COSSIO) “Pero ustedes, al hablar aquí de Comunidad, quieren fundar la validez del Derecho en su vigencia o eficacia. Esto es inaceptable, porque sería derivar del ser el deber ser. Es una confusión entre hecho y derecho” (KELSEN); “Sólo aceptamos el Principio de Efectividad, cuya importancia usted mismo nos ha enseñado a apreciar” (COSSIO); “El Principio de Efectividad, de acuerdo al cual el jurista no considera válido un sistema de normas si ellas no tienen un mínimo de eficacia, es una condición *sine qua non* del conocimiento jurídico, pero no una condición *per quam*; es una condición necesaria, pero no una condición suficiente. La validez de una norma se funda exclusivamente en que es dictada de acuerdo al procedimiento señalado para dictarla por otra norma más elevada de la pirámide jurídica. Sin esto se destruye la estructura de un deber ser lógico que tiene el ordenamiento como conjunto” (KELSEN).

tan”⁷, en otras palabras describe el derecho *como efectivamente es y no como debe ser*, pues esto último significaría adoptar un concepto de derecho prescriptivo, que necesariamente implica una valoración intrínseca del sistema jurídico, “porque manifiesta el punto de vista interno y es usada con naturalidad por quien, aceptando la regla de reconocimiento y sin enunciar el hecho de que ella es aceptada, la aplica al reconocer como válida alguna regla particular del sistema”⁸. Un concepto descriptivo del derecho sería una noción de raíz sociológica y no estrictamente un modo filosófico de aproximarse al derecho, pues justamente deja sin respuesta la pregunta filosófica por antonomasia: ¿Por qué existe el derecho? ¿Por qué es de cumplimiento obligatorio?, o sea, la cuestión del fundamento.

Esta cuestión llevó al positivismo jurídico a una profunda crisis en la que todavía se encuentra inmerso y que se intensificó especialmente a partir de la posguerra con la “problemática actual de los derechos humanos” (mejor dicho “derechos fundamentales de la persona humana”, dado que todos los derechos son humanos, por tener como sujeto portador al hombre), que exigen una fundamentación que el positivismo no le puede brindar⁹. Aquí la palabra “derechos”, hace referencia a un conjunto de poderes, facultades o prerrogativas que todo hombre posee (concepto moderno de derecho subjetivo) y que no pueden depender exclusivamente de una concesión revocable del ordenamiento jurídico (concepto moderno de derecho objetivo), sino que requieren una justificación racional de su existencia que necesariamente hay que buscarla más allá de los límites del derecho positivo.

Frente a esta situación, algunos positivistas prefieren ser coherentes con sus postulados, aún a costa de no resolver el problema del fundamento del orden jurídico y de los derechos fundamentales, como es el caso de Ross: “Se ha sostenido que el sistema de violencia im-

⁷ HART, H.L.A. *El concepto...*, op. cit., pág. 128.

⁸ HART, H.L.A. *El concepto...*, op. cit., pág. 128.

⁹ Conf. PERELMAN, CH. *La Lógica Jurídica y la nueva retórica*, Eudeba, Bs. As. 1979: “Mientras la práctica jurídica no se ha separado demasiado de los usos, hábitos e instituciones sociales y culturales del medio regido por un sistema dado, la concepción positivista del derecho podía expresar de un modo suficiente la realidad del fenómeno jurídico. Sin embargo, con el advenimiento de un Estado criminal como fue el Estado nacionalsocialista, incluso a positivistas probados como GUSTAVO RADBRUCH les fue imposible seguir defendiendo la tesis de que “la ley es la ley” y que el juez debe ajustarse a ella en todo caso. Una ley injusta, dirá RADBRUCH no pertenece al derecho y esta revuelta antipositivista no ha dejado de tener importancia en la Alemania de la posguerra” (pág. 93).

puesto por Hitler no era un orden jurídico, y el positivismo jurídico ha sido acusado de traición moral por su reconocimiento no crítico de que tal orden era derecho. Pero una terminología descriptiva nada tiene que hacer con la aprobación o reprobación moral. Puedo considerar a cierto orden como un orden jurídico, y al mismo tiempo entender que mi deber moral más alto es derrocarlo¹⁰. Otros como NORBERTO BOBBIO o entre nosotros EDUARDO RABOSI señalan que a esta altura de los acontecimientos no es necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas¹¹.

2.2. *El Constructivismo Ético*

Ante el fracaso del positivismo se han alzado voces que sin caer en una postura técnicamente iusnaturalista, pretenden construir a partir de la razón práctica algunos principios supra iuspositivos a fin de fundamentar objetiva o intersubjetivamente el orden etico-jurídico y que por tanto los podemos englobar bajo el nombre de "constructivistas"¹².

A modo de ejemplo podemos citar a PERELMAN al negar la posibilidad de alcanzar la verdad práctica, como de fundar los derechos en el puro derecho positivo, sostiene que estos solamente pueden ser justificados racionalmente en tanto son el resultado de un razonamiento retórico que persuade al auditorio universal de los hombres competentes para juzgar¹³; HABERMAS señala que los derechos humanos deben ser interpretados de manera funcional conforme a las ciencias sociales positivas a partir del concepto moderno y revolucionario de derecho como derecho subjetivo o derecho de libertad¹⁴; STOLJAR afirma que no debemos probar que los derechos humanos pertenecen al hombre en cuanto hombre sino que el lenguaje de los derechos humanos surge de la organización social que a diferencia de los seres irra-

¹⁰ ROSS, ALF, *Sobre el derecho....*, op. cit., pág. 31.

¹¹ BOBBIO, NORBERTO, "Sui Fondamento dei diritto dell' uomo", *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, abril-junio de 1965. En nuestra doctrina esta fundamentación es sostenida por EDUARDO RABOSI, conf. Lo señala CARRIÓ GENARO R., *Los derechos humanos y su protección*, Abeledo-Perrot, Bs. As. 1990, pág. 21.

¹² Conf. MASSINI CORREAS, CARLOS I. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, Abaco, Bs. As. 1999, pág. 22.

¹³ PERELMAN, CHAIM, *Peut-on fonder les droits de l'homme*, pág. 69 y sigtes.

¹⁴ HABERMAS, JURGEN, *Derecho Natural y Revolución*, Teoría y Praxis, Bs. As., 1966.

cionales se funda en el carácter discursivo de sus argumentaciones mutuas y de la responsabilidad moral¹⁵; RAWLS que parte de un contrato social hipotético entre individuos que pactan originalmente bajo un velo de ignorancia de cómo les va a ir o qué puesto van a ocupar después del pacto y en consecuencia pactarían dos principios: “*Primero*: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. *Segundo*: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser confirmadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosos para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos”¹⁶; DWORKIN que por encima de las normas positivas señala la existencia de principios y directrices que valen por su peso específico o importancia, en otras palabras por su contenido, a diferencia de las normas que tienen validez por su origen en una fuente social u órgano. Es el Juez Filósofo al que DWORKIN llama Hércules (por su condición casi sobrehumana), el que a partir de lo que justamente se denomina Teoría Hercúlea de adjudicación construye un esquema de principios de moralidad positiva que permite obtener la respuesta correcta frente al caso difícil¹⁷. En nuestra doctrina, bajo la influencia de RAWLS y STOLJAR podemos citar a NINO para quien los derechos humanos son derechos morales que funcionan como principios críticos del derecho positivo y que surgen del discurso moral que opera por consenso, siendo de aplicación sucedánea la democracia como sistema de consenso regimentado, pretendiendo compatibilizarlo sin éxito con su positivismo jurídico conceptual basado en un concepto meramente descriptivo del derecho¹⁸.

Tampoco el constructivismo puede dar una respuesta satisfactoria a la cuestión del fundamento del orden ético-jurídico por dos razones que expone claramente MASSINI: a) el consenso es un fundamento débil de carácter relativo y variable que no es apto para fundar una normatividad ético-jurídica fuerte cuya obligatoriedad es necesaria y exige un respeto incondicionado y sin excepción; b) el constructivismo procedimental incurre en lo que se puede llamar “la falacia procedimentalista” al pretender obtener principios ético-jurídicos de contenido a través del establecimiento de reglas del procedimiento argu-

¹⁵ STOLJAR, SAMUEL, *Analysis of Rights*, Chippenham, 1995, pág. 84.

¹⁶ RAWLS, JOHN, *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México 1997, pág. 67.

¹⁷ DWORKIN, RONALD, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.

¹⁸ NINO, CARLOS, *Ética y Derechos Humanos*, Bs. As., 1984, Paidós.

mentativo de la razón constructiva, lo que viola la elemental regla de la lógica que sostiene que no podemos arribar a una conclusión (de contenido) que no se encuentre de algún modo en las premisas de las que parto (puramente formales)¹⁹. En suma, el constructivismo no puede establecer un fundamento objetivo y necesario del obrar humano, sino simplemente un punto de referencia intersubjetivo relativo y variable (consenso) que no reúne las condiciones para ser considerado un fundamento.

2.3. El iusnaturalismo clásico

En contraposición con las posiciones del positivismo y del constructivismo ético encontramos la permanente vigencia de la doctrina iusnaturalista del realismo clásico cuyas fuentes principales son ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS DE AQUINO y que en el siglo XX ha resurgido con renovado vigor, destacándose en el plano filosófico figuras como PIEPER, GILSON, MARITAIN y FABRO entre otros y más específicamente en Filosofía del derecho KALINOWSKI, VILLEY y más recientemente HERVADA y FINNIS entre los más destacados. En síntesis, la razón descubre los principios constitutivos en la propia realidad que se presenta como un orden relacional natural, pudiendo alcanzar la verdad mediante la *adecuatio rei* (adecuación de la inteligencia a lo que las cosas son) hasta llegar en el más alto grado de abstracción al principio y fundamento metafísico de la misma.

2.3.1. Acepciones del término derecho

En lo que respecta al pensamiento iusfilosófico, esta doctrina no identifica el derecho con las leyes positivas, ni con los derechos subjetivos como hace el pensamiento jurídico moderno al distinguir entre el derecho objetivo (las normas) y el derecho subjetivo (los derechos). Para el realismo clásico el derecho es un término análogo que en su acepción principal se refiere a *lo justo*, objeto de la virtud de la justicia, la *ipsa rem iustam*²⁰ para TOMÁS DE AQUINO, o el *to-dikaion*²¹ en el lenguaje de ARISTÓTELES y que podemos describir como *aquello que es debido a otro conforme a algún tipo de igualdad y que por ende constituye su bien, lo suyo*.

¹⁹ Conf. MASSINI CORREAS CARLOS I, *El derecho natural y sus dimensiones actuales*, op.cit. pág. 42.

²⁰ SANTO TOMÁS DE AQUINO, S. Th. 2^a, 2^a, Q. 57 art. 1, sol. 1^a.

²¹ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, libro V, lección 1^a.

Por eso la justicia (y su objeto: el derecho) consiste en el bien del otro. El bien del otro entendido como particular o el bien del otro como común. Aquí se fundamenta la jerarquía de los bienes que constituyen lo justo, pues lo justo particular se funda en lo justo general o legal y el bien particular en el bien común. Por lo tanto, no puede explicarse el derecho o lo justo desde la sola perspectiva de la relación acreedor-deudor como si se tratara de una relación marginal, sino en el marco de una Polis donde el derecho se conforma en un entramado de relaciones calificadas y regidas por la justicia legal dentro de una concepción cósmica donde cada persona y cada cosa ocupa el lugar que le corresponde. Por eso todo título jurídico incluso los que se dan en la justicia conmutativa (relación acreedor-deudor) tienen carácter de tal por su ordenación mediata o inmediata al bien común en tanto que principio fundante del orden jurídico y político (politicidad del derecho).

En otras palabras, el acto de justicia da o respeta el bien (derecho) del otro²². Bien que en algunos casos se materializa en una cosa exterior (corporal o incorporeal) y en otros coincide con el acto exterior (activo o pasivo) que considerado en su exterioridad puede ser asimilado a una cosa, y por lo tanto como sostiene GRANERIS incluido dentro del término genérico latino *res*, que es mucho más amplio que nuestra palabra cosa, dado que abarca también la *actio* y el *opus*²³. El derecho como término objetivo del acto de justicia lo especifica, mientras que éste a su vez especifica a la virtud. En consecuencia, la virtud de la justicia tiene un doble objeto: el derecho (el bien exterior) que como objeto terminativo especifica al acto de justicia y el acto que a su vez especifica a la virtud.

Por eso en el derecho podemos distinguir una doble relación de igualdad: por un lado la relación que existe entre la cosa justa y el título del otro (relación titular o fundante) y por otro la relación entre lo debido y la acción que lo realiza y de la cual es su término u objeto (relación de débito), siendo la primera fundamento de la segunda y por lo tanto es esta igualdad la que en última instancia constituye formalmente el derecho²⁴. En consecuencia, *lo que la acción da debe ser igual a lo que le corresponde al otro en virtud de su título*.

²² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra gentiles*, II, 28 Ed. B.A.C. t 1, pág. 430.

²³ GRANERIS, GIUSSEPPE, *Contribución tomista a la filosofía del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 1977, pág. 22.

²⁴ HERVADA, JAVIER, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Eunsa, Navarra, pág. 222.

En suma, *este bien que es el derecho o lo justo se materializa en cosas y actos exteriores en tanto y en cuanto tengan la debida ordenación (igualdad) al título del otro, fundado en ley y en orden al bien común*. Por lo tanto, los derechos fundamentales de las personas antes que poderes o derechos subjetivos, serían *aquellos bienes que le son debidos al hombre (por alguien en particular o por la comunidad en su conjunto) por su sola condición humana (título) y conforme a una medida de justicia*.

Asimismo, si bien se distingue el derecho en sentido estricto de la ley y del derecho subjetivo, se puede llamar derecho a la ley y a los poderes o facultades jurídicas que constituyen los derechos subjetivos, utilizándose aquí la locución derecho, no en sentido propio, sino impropio o analógico, en virtud de la relación de causalidad que guardan con el analogado principal del derecho: *lo justo*.

En efecto, como dice TOMÁS DE AQUINO, si bien la ley no es el derecho (en sentido estricto) es cierta razón (o causa) del derecho²⁵ en tanto realiza una doble causalidad respecto de lo justo: es causa formal extrínseca o ejemplar en tanto constituye el modelo de lo justo y al mismo tiempo es causa eficiente en cuanto es principio de la obligación o débito que siempre existe en el derecho²⁶. Claro que para entender la vinculación que existe entre derecho y ley no hay que reducir este término solamente a la ley positiva humana, sino que hay que extenderlo analógicamente a todas las leyes, a saber: *la ley eterna, la ley natural y la ley divino-positiva*, en tanto todas estas realidades participan de la noción de ley como *ordenatio rationis* que el aquinate establece en la cuestión 90 de la 1ª 2ª²⁷. "Esto le permite transformar el concepto de ley, que tiene en su origen la ley humana, en un concepto trascendentalmente analógico, es decir, en un concepto que se extiende analógicamente a la ley humana y a Dios"²⁸.

De la misma manera, el poder o facultad jurídica no es el derecho entendido en sentido estricto, sino que puedo llamarlo analógicamente derecho (subjetivo) en virtud que de la existencia del derecho como

²⁵ Conf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 2ª, 2ª, Q. 57 art. 1, sol. 2ª.

²⁶ Conf. LACHANCE, LOUIS, *El Concepto de derecho en Aristóteles y Santo Tomás*, Bs. As. 1953, pág. 171 y sigtes. y 180 y sigtes.; en el mismo sentido VIGO, RODOLFO L. (h), *Las causas del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1983, caps. IV y V.

²⁷ Conf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1ª, 2ª, Q. 90 y sigtes.

²⁸ KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto, Fundamento y concreción del derecho*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1982, pág. 52.

res iusta surgen como una consecuencia necesaria ciertos poderes que se tienen sobre esas cosas que constituyen lo suyo para el sujeto titular, pero *no se confunde el derecho (objetivo) con el poder (subjetivo) que se sigue de él*. Todo derecho subjetivo implica una *relación de pertenencia*²⁹, *habere*³⁰ o *suidad*³¹, entre un sujeto de derecho y un objeto de derecho que sería el bien que constituye el término de la relación respecto del sujeto jurídico. En realidad, técnicamente correspondería hablar mejor de *la situación jurídica de pertenencia, habere o suidad* que vincula este bien u objeto con un sujeto al cual le pertenece, constituyendo lo suyo del sujeto. Esta situación jurídica se da en el marco de una relación jurídica (entre personas), siendo justamente la posición relativa que el sujeto ocupa en la misma (acreedor, deudor, propietario, usufructuario, etc.). Ahora bien, esta situación jurídica se deriva inmediatamente del título que reviste al sujeto, identificándose prácticamente con él. Por lo tanto, si bien en la base de todo derecho subjetivo encontramos esta situación jurídica de pertenencia, *habere* o *suidad*, no podemos confundir ésta con el poder o facultad que se deriva de ella, de la misma manera que no podemos confundir al título con el derecho subjetivo que se deriva de él.

Por otro lado, todo derecho subjetivo entendido como facultad o poder implica necesariamente la posibilidad jurídica de actuar (o no actuar según el caso), o sea, como señala KALINOWSKI, la *relación de permisión* entre un sujeto de acción y una acción (positiva o negativa) por la cual el sujeto ejerce su derecho (así por ejemplo, puedo decir que una persona revestida de la correspondiente aptitud nupcial tiene el derecho entendido como “posibilidad o poder” de casarse, como también de no casarse)³². Ahora bien, esta relación de permisión constituye cierta potencia o facultad en el sujeto siendo ésta una cualidad del mismo como señala Hernández³³. Por otra parte, esta facultad o poder puede consistir en “la facultad de hacer (*facultas agendi*), la facultad de tener (*facultas possidendi*) y la facultad de exigir (*facul-*

²⁹ DABIN, JEAN, “El derecho subjetivo”, trad. de Francisco Javier Osset, Madrid, *Revista de Derecho Privado*, 1955, pág. 100 y sigtes.

³⁰ LACILANCE, LOUIS, *El derecho y los derechos del hombre*, op. cit., pág. 195.

³¹ HERVADA, JAVIER, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, op. cit. págs. 216 y 254/55.

³² MASSINI, CARLOS IGNACIO, “El derecho subjetivo: ¿Realidad universal o histórica? (consideraciones a partir de una tesis de Michel Villey)”, *Prudentia Iuris IX*, abril de 1983, pág. 15 y sigtes. y recopilado en su libro: *El derecho, los derechos humanos y el valor del derecho*, Bs. As. 1987, Abeledo-Perrot, págs. 60 y 61.

³³ HERNÁNDEZ, HÉCTOR H., “Aproximación a la problemática del derecho subjetivo”, *Prudentia Iuris XVI*, agosto de 1985, pág. 17.

tas exigendi). Especialmente la *facultas exigendi* se entiende como facultad inherente a todo derecho, pues como sea que el derecho es algo de obligatorio respeto y supone un deber –debido– su titular tiene la facultad de exigir³⁴. Este poder no puede confundirse con la acción procesal que es el instrumento para reclamar judicialmente.

En consecuencia, *el poder o facultad no es el derecho* (bien debido en justicia) sino que surge necesariamente de él como la posibilidad jurídica que el sujeto beneficiario o titular del mismo tiene de disponer de él o de exigir su respeto o cumplimiento frente al sujeto del débito correlativo. En el caso de los derechos humanos sucede exactamente lo mismo, como ya dijimos *el derecho es el bien básico* debido al sujeto titular por el solo hecho de ser humano (como ser su vida, su integridad física y moral, su honor, su defensa en juicio, etc.) y del cual surge el poder o facultad jurídica que el beneficiario tiene como posibilidad jurídica de disponer de él o de exigir su respeto o cumplimiento frente al sujeto titular del débito que se contrapone, donde en algunos casos puede tratarse de un sujeto genérico (todos y cada uno debe respetar y por tanto no atentar contra la vida ajena), o un sujeto específico, que puede ser otro particular (el padre que debe alimentar a su hijo para que pueda vivir y crecer) o el Estado que por ejemplo debe garantizar la defensa en juicio y la administración de justicia ejercida por un poder del mismo, que sanciona los atentados contra los bienes de las personas (homicidios, robos, etc.) restituyendo los mismos en la medida de las posibilidades o sustituyéndolos por indemnizaciones (responsabilidad civil) o contra los bienes de la comunidad en su conjunto (bienes de incidencia colectiva como integrantes del bien común que el propio Estado debe garantizar). Esta enumeración es enunciativa y no significa la inexistencia de otros bienes.

En suma, el derecho (entendido como la *ipsa res iusta*) es el término u objeto de cosas tan diversas como una acción o conducta, una norma y un poder³⁵, en consecuencia, existe una identidad de objeto respecto a estas tres realidades. Sin embargo, así distinguimos entre el derecho y la acción o acto segundo de justicia señalando que necesariamente el derecho precede a la acción justa³⁶; de la misma manera tenemos que distinguir entre el derecho como término u objeto de

³⁴ HERVADA, JAVIER, op. cit., pág. 250.

³⁵ Conf. LAMAS FÉLIX ADOLFO, "Dialéctica y derecho"; *Rev. Circa Humana Philosophia*, III, Bs. As. 1998, Pág. 57.

³⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles*, 2-28

un poder y el poder mismo, pues como en el caso de la conducta, el derecho como *res iusta* precede al poder que surge como una consecuencia necesaria de la existencia de lo justo objetivo. Lo mismo podemos decir respecto de la norma, pues si bien el derecho es el término u objeto de la ley que es su regla, no quiere decir que el derecho sea un ente de razón (como es la norma) sino que se trata de un ente real que guarda una relación extrínseca con aquella, en este caso, no como consecuencia de lo justo objetivo, sino como causa de éste.

2.3.2. *El fundamento del derecho o lo justo*

Aclarado el sentido del término derecho que en su acepción principal se refiere a *lo justo* (sin perjuicio de otras significaciones derivadas como la ley y el derecho subjetivo) y que por tanto se refiere a un ente real (aunque accidental) y no un ente de razón como en el caso de la ley corresponde ahora abordar el tema de su fundamento visto desde el pensamiento tradicional, lo que nos lleva al problema de las fuentes del derecho. Al respecto podemos distinguir un doble fundamento: a) un fundamento inmediato que sería *la naturaleza misma de las cosas y las normas positivas generales o particulares* y b) un fundamento mediato en *la ley natural* que establece y a través de la cual conocemos los primeros principios evidentes de la razón práctica por medio de la cual se dirige el obrar humano.

a) *El fundamento inmediato del derecho: sería la naturaleza misma de las cosas (ex ipsa natura rei) y las normas positivas generales o particulares*³⁷.

De las cuales surge los títulos (de débito y de derecho) y la medida de *lo justo concreto*. En algunos casos tanto el título como la medida se fundan en la naturaleza de los hechos y las cosas que dan origen al derecho, no se refiere a las cosas físicas, sino humanas sociales. Justamente este es el caso de los derechos fundamentales que constituyen aquellos bienes básicos que le son debidos a las personas por su sola condición humana, siendo por tanto su título la propia naturaleza humana (la hominidad o esencia humana) y la medida es establecida por la naturaleza de las cosas humanas que se siguen y por la que se manifiesta esa naturaleza humana.

Mientras que en otros son las normas positivas (generales y particulares) las que establecen las consecuencias jurídicas que se si-

³⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, S.Th. 2ª 2ª Q.57 art.2.

guen del hecho o acto antecedente determinando su título y su medida. En realidad en la mayoría de los casos se complementan ambas fuentes originando títulos y medidas mixtas³⁸ pues por un lado la positivación mediante la inclusión en una norma positiva de aquellas consecuencias que surgen de la misma naturaleza de las cosas no significa negar su origen natural, pues en ese caso el legislador no hace más que leer en la propia realidad el orden que esta misma impone y en consecuencia lo que establece la norma escrita es justo natural *per se* y positivo *per accidens*. Mientras que por otro lado las normas positivas integran y complementan la fuente natural determinando aquellos aspectos que la naturaleza regula en forma imprecisa delegando justamente en el legislador positivo la determinación precisa de lo justo dentro de ciertos límites negativos de razonabilidad³⁹.

Por una parte la norma jurídica fundándose en la propia realidad o naturaleza de las cosas e integrándola y complementándola en la forma anteriormente señalada indica en forma genérica (a modo de causa formal extrínseca o ejemplar) lo que es justo estableciendo cuáles son las consecuencias jurídicas respecto a los hechos (involuntarios) y actos (voluntarios) jurídicos que constituyen el antecedente o fuente inmediata de lo justo concreto en el marco de una relación jurídica determinada por la cual se relacionan las personas o sujetos de derecho. Así por ejemplo en un accidente de tránsito, la ley establece las consecuencias jurídicas determinando la indemnización por medio de la cual se repara los daños producidos (daño emergente, lucro cesante y daño moral si hubiera) e indicando de esta manera la medida de lo justo concreto. En otras palabras, en este caso la norma jurídica señala las pautas que hay que tener en cuenta para determinar lo que es justo en los distintos casos donde se producen daños como consecuencia de hechos u actos jurídicos.

Hay que distinguir que en el caso de los actos jurídicos, como por ejemplo sucede en los contratos, son las mismas partes las que establecen cuáles son las consecuencias jurídicas de su vinculación contractual estableciendo la medida concreta de igualdad entre las distintas prestaciones, propia de lo justo conmutativo, como así también los efectos jurídicos en caso de incumplimiento de las prestaciones debidas. Esto se produce en virtud a que este tipo de actos jurídicos

³⁸ HERVADA, JAVIER, *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Eunsa, pág. 90.

³⁹ GRANERIS GIUSSEPPE, *Contribución ...*, op. cit., pág. 74

tiene naturaleza normativa, pues dentro del marco de una adecuada delegación normativa reciben su fuerza jurígena de la norma general de la que se derivan a modo de determinación (conforme lo establece nuestro artículo 1197 del Código Civil) por cuanto el legislador deja librado a las partes establecer el contenido de sus respectivas prestaciones dentro de un marco de justicia propio de la relación contractual (esta determinación que realizan las partes puede ser revisada judicialmente en caso de manifiesta desproporción, como sucede en los casos de “abuso del derecho”, “lesión subjetiva” y “teoría de la imprevisión”, establecidos por los artículos 1071, 954 y 1198 del Código Civil respectivamente).

Por otra parte, simultáneamente a la determinación o indicación de lo justo que señalamos precedentemente, la norma jurídica (a modo de causa eficiente) a través de los hechos y actos jurídicos que regula, *impone* por un lado un título de obligación o deuda, en virtud del cual alguien se convierte en titular de una determinada prestación (de dar, hacer o no hacer) que constituye un débito o deber jurídico y por otro lado *atribuye* a la otra parte el correspondiente título de derecho o crédito, por el cual se transforma a otro alguien en titular de un determinado bien que le pertenece o le es debido por la contraparte y del cual surge un poder o facultad jurídica respecto de aquél. Así lo señala por ejemplo otro de los principales referentes de la moderna lógica deóntica, como es GARCÍA MÁYNEZ cuando dice: “La regulación jurídica a diferencia de la creada por normas de otra especie, no es simplemente imperativa, sino *imperativo-atributiva*. Mientras las reglas convencionales y los preceptos de la moral obligan, pero no facultan, aquella regulación faculta y obliga a un tiempo, por lo que certeramente se ha dicho que los deberes que de ella dimanar no sólo son deberes, sino deudas”⁴⁰.

En el mismo ejemplo del accidente de tránsito a que hicimos referencia anteriormente, la norma jurídica además de determinar lo que es justo indicando como vimos la medida de la indemnización, al mismo tiempo impone al generador de accidente (por medio de distintas reglas de imputabilidad o responsabilidad tanto subjetiva –v.gr. 1109 C. Civ. y las normas de la ley de tránsito que regulan las prioridades de paso en la vía pública– u objetiva –v.gr. 1113 C.Civ.–) el deber jurídico de reparar el daño causado (medido conforme a las pau-

⁴⁰ GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO, *Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1977, págs. 245/246.

tas que vimos anteriormente), y atribuye al damnificado la titularidad sobre la indemnización debida otorgándole la correspondiente facultad o poder jurídico respecto de ella. Por otra parte en el caso de los actos jurídicos normativos (v.gr. contratos) son las propias partes las que en el marco de la delegación normativa a que hicimos referencia juntamente con la determinación de lo justo contractual, imponen las obligaciones o deberes y atribuyen las facultades o poderes jurídicos recíprocos, como así también las sanciones o penas en caso de incumplimiento.

b) *El fundamento mediato del derecho: es la ley natural constituida por el primer principio evidente que rige el obrar humano "se debe hacer el bien y evitar el mal" y aquellos otros que se siguen inmediatamente a partir de él y que conocemos a través del hábito intelectual de la sindéresis (hábito de los primeros principios prácticos).*

Al respecto dice el Aquinate en su respuesta a la conocida cuestión 94 art.2:

"No obstante en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres hállase cierto orden. Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente, cuya idea está incluida en todas las demás que cualquiera aprehende. Y por eso el primer principio indemostrable es que no se puede afirmar y negar a la vez, lo cual se funda en la noción de ser y no ser, y sobre este principio se fundan todos los demás, como se dice en Met. (1.4,t.9). Y así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la operación; porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: El bien es lo que todos apetecen. Luego, éste es el primer precepto de la ley: que el bien debe hacerse y procurarse, y evitarse el mal. Y sobre éste se funda todos los demás preceptos de la ley de la naturaleza; para que todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenezcan a los preceptos de la ley. Mas por cuanto el bien tiene razón de fin y el mal razón de contrario, síguese que todo aquello a que tiene el hombre inclinación natural, la razón naturalmente lo aprehende como bueno, y por consiguiente como que debe ejecutarlo, y lo contrario como malo y digno de evitarse. Así pues según el orden de las inclinaciones naturales es el orden de los preceptos de la ley de la naturaleza. Primera, porque es innata en el hombre la inclinación al bien según la naturaleza, en cuanto que toda sustancia desea la conservación de su ser

*según su naturaleza. Y según esta inclinación pertenecen a la ley natural aquellas cosas por las que se conserva la vida del hombre y se impide lo contrario. Segundo, hay en el hombre una inclinación a algunas cosas más especiales, según la naturaleza que le es común con los demás animales. Y conforme a esto se dicen ser de ley natural aquellas cosas que la naturaleza enseñó a todos los animales, como son la unión de ambos sexos, la educación de los hijos y semejantes. De un tercer modo, se halla en el hombre una inclinación al bien según la naturaleza de la razón, que le es propia, como tiene el hombre natural inclinación a conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. Y según esto pertenecen a la ley natural las cosas que atañen a tal inclinación, como son que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y demás que se refieren a esto*⁴¹

*Y en la respuesta particular a las objeciones agrega: "A la objeción 1ª diremos que todos esos preceptos de la ley de la naturaleza, en cuanto que se refieren a un solo primer precepto tienen razón de una sola ley natural: A la 2ª, que tales inclinaciones de las distintas partes de la naturaleza humana, como de la concupiscible e irascible, en cuanto son reguladas por la razón pertenecen a la ley natural y se reducen a un solo primer precepto, como se dijo. Y según esto hay muchos preceptos de la ley de la naturaleza (considerados) en sí mismos, pero procedentes todos de una sola raíz común. A la 3ª, que aunque la razón sea en sí única, es sin embargo ordenativa de todo lo que concierne al hombre. Y según esto, bajo la ley de la razón se contienen todas aquellas cosas que pueden ser reguladas por la razón"*⁴².

De este importante texto se desprende la evidencia del primer principio de la razón práctica "Se debe hacer el bien y evitar el mal" punto de partida de todo el conocimiento práctico a semejanza como el principio de no contradicción lo es del conocimiento especulativo. Así establece el paralelo (y no derivación por inferencia deductiva) entre las inclinaciones naturales que se dan en el orden del ser y los preceptos de la ley natural en el orden del deber ser. Por eso la patencia del bien que no es un conocimiento innato sino inmediatamente evidente a partir de la realidad es el principio de todo conocimiento práctico y por tanto sobre los que se fundan todos los demás principios y conclusiones y/o determinaciones que elabora la razón práctica rectificadas por la prudencia. De esta manera luego va a decir que las

⁴¹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, S.Th. 1ª, 2ª, Q. 94, art. 2.

⁴² SANTO TOMÁS DE AQUINO, S.Th. 1ª, 2ª, Q. 94, art. 2 soluciones.

leyes humanas se derivan de la ley natural por una doble vía: a) por conclusión de los principios de la ley natural; b) por determinación de aquellas cosas que la naturaleza deja parcialmente indeterminada ⁴³.

A partir de este texto podemos plantear dos nuevas cuestiones:

1) *¿Es lo mismo la ley natural que la naturaleza de las cosas a la que se refiere en la cuestión 57?*

Muchos autores prestigiosos entre los que se encuentran URDANOZ y el propio KALINOWSKI lo utilizan como sinónimos⁴⁴, pero si fuera así entonces coincidiría el fundamento inmediato con el mediato. En otra parte hemos dado los argumentos por los cuales entendemos que se trata de una interpretación forzada del texto de la cuestión 57, art. 2 ⁴⁵. Así VILLEY señala con acierto que “el derecho debe ser extraído de la observación de toda la naturaleza y, diría, precisamente de la naturaleza de las cosas...las cosas del universo social, las instituciones sociales, las formas de estados o de ciudades (ARISTÓTELES con su Liceo había estudiado las constituciones comparadas de una centena de ciudades o imperios), los grupos sociales existentes, las relaciones de intereses, sociedades, contratos, acciones. *Las cosas en su diversidad*: ARISTÓTELES sabía perfectamente bien, antes que MONTESQUIEU, que el mismo régimen no convenía a Grecia y a los países orientales. *Las cosas en su movilidad*: ARISTÓTELES sabe que esas realidades sociales son obra humana, histórica y que el hombre, al ser libre, no deja de crear situaciones nuevas”⁴⁶.

Ahora bien, VILLEY niega toda relación entre la naturaleza de las cosas y la ley natural, pues como ésta se trata de una ley moral, no encontramos en ella ninguna solución jurídica. Para el profesor parisiense, el orden relacional del que surge el derecho encuentra su fundamento en la ley eterna, pero como ésta no la podemos conocer, lo único que se puede hacer es observarla en sus efectos en la realidad y tratar de descubrir el orden dispuesto por el Creador. Ninguna fórmula precede al derecho.

⁴³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, 2^a, Q. 95, art. 2 resp.

⁴⁴ Conf. URDANOZ, TEÓFILO O.P. *Introducción a la Cuestión 57*, B.A.C., vol.VIII, pág. 185; KALINOWSKI, GEORGES, *Concepto...*, op. cit.

⁴⁵ Conf. nuestro trabajo, “El derecho natural y la ley natural -Relaciones y diferencias”, *Prudentia Iuris XXI-XXII*, pág. 61.

⁴⁶ VILLEY MICHEL, “La Naturaleza de las cosas”. Comunicación al coloquio de Toulouse, septiembre de 1964 en *Método, Fuentes y lenguaje jurídicos*, Ghersi, Bs. As., 1978, pág. 46.

Nadie puede discutir que el orden natural tenga como fundamento último a la ley eterna, tal como lo afirma SANTO TOMÁS en la cuestión 91 y 93 de la I-IIae; lo que sí es discutible es que no podamos conocer ese orden en lo que hace a sus primeros principios a través de la ley natural, que para VILLEY queda reducida a regular nuestras conductas individuales, sin ninguna connotación social.

Si bien es cierto que las soluciones justas, o sea las medidas concretas de igualdad en cada caso o relación, no las encontramos directamente en la ley natural, ya que ésta nos marca los principios generales que como tales necesitan ser determinados en su máxima concreción, ya sea por la naturaleza de las cosas o el arbitrio humano. Tanto esta naturaleza de las cosas, como las determinaciones positivas convencionales son concreciones o manifestaciones que se derivan de la ley natural, que les sirve de fundamento. "Estas relaciones tienen su base en el principio de causalidad, que como veremos implica simultáneamente la participación de la causa en lo causado. Según VILLEY, la moralidad surge de la ley natural, mientras que el derecho y la juridicidad tiene su fuente en la naturaleza de las cosas entendida como naturaleza de las relaciones sociales. Pero falta dar un paso, que está a la vista: esta segunda fuente no es otra cosa que la misma ley natural en cuanto operativa de las acciones sociales y por tanto la vinculación entre la ley natural y la ley humana como su complemento y determinación implica una relación causal, denominada en la escolástica eficiente (principal para la primera ley e instrumental para la segunda)"⁴⁷. Por eso entre la ley natural y la naturaleza de las cosas encontramos la relación que existe entre la regla y lo reglado a la que puedo llamar ley no en sentido estricto sino por analogía⁴⁸. En este sentido señalaba el texto tomasiano que "tiene el hombre natural inclinación a conocer la verdad sobre Dios y a vivir en sociedad. Y según esto pertenecen a la ley natural *las cosas* que atañen a tal inclinación, como son el que evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y demás que se refieren a esto"⁴⁹. Por tanto, las cosas del universo social son estas cosas a las que se refiere SANTO TOMÁS como pertenecientes a la Ley natural en cuanto concretan y manifiestan el principio general de vivir en sociedad que surge de la naturaleza social del hombre, *zoom politikon* diría ARISTÓTELES.

⁴⁷ QUINTANA, EDUARDO MARTÍN, *Moral y Derecho en Michel Villey*.

⁴⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, 2^a, Q. 91, art. 2 resp.

⁴⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, 2^a, Q. 94, art. 2 resp.

En suma, al tratarse el derecho de una realidad práctica, operable, su fundamento natural, o sea el derecho normativo natural (aquí la palabra derecho no está utilizada en el sentido estricto como lo justo sino en el derivado como norma o ley), no lo constituye un código ya hecho o un castillo de fórmulas sino un núcleo de principios⁵⁰ que el hombre conoce y expresa a través de la ley natural en forma paralela al orden de las inclinaciones naturales y a partir del cual es necesario determinar en cada caso la medida concreta de igualdad (lo justo concreto) que como vimos surge ya sea de la misma naturaleza de las cosas (*ex ipsa natura rei* – lo justo natural) o por voluntad humana (ley positiva – lo justo positivo) que se deriva de la ley natural por vía de conclusión o de determinación, conforme lo señala el Aquinate, en la cuestión 95 de la I-IIae.

2) ¿ *El primer principio evidente de la ley natural es el fundamento último del orden ético-jurídico o es necesario apelar a la naturaleza del hombre como fuente de la misma y a Dios como su creador?*

Esta cuestión nos pone directamente frente al problema del fundamento último de la realidad práctica donde se plantea la cuestión de si la ley natural (como los primeros principios de la razón práctica) es una realidad última o se deriva de la naturaleza humana o de Dios mismo considerado como Ley eterna de la cual la ley natural se participaría según el conocido pasaje de la *Suma Teológica* de SANTO TOMÁS donde la define como *participación de la ley eterna en la criatura racional*. Esta cuestión será objeto de un análisis más minucioso en la segunda parte del presente artículo que comenzaremos a continuación.

3. ¿Es necesario apelar a la naturaleza humana y a Dios para fundar el derecho?

Sobre este punto encontramos algunas distinciones entre los principales autores en el pensamiento neo-tomista. Especialmente podemos apreciarlas entre KALINOWSKI y FINNIS.

3.1. Kalinowski

La ley natural puede ser tratada como el universal que Tomás de Aquino, inspirado en Avicena, consideraba, en primer lugar como

⁵⁰ GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución...*, op. cit., pág. 98.

universale ante rem, es decir como idea creadora que define la naturaleza universal, específica en el sentido etimológico, de cada criatura, idea existente en el "espíritu" de Dios (si podemos emplear esta fórmula algo antropomórfica); luego como universale in re, o sea como esencia universal de todo ser creado y, por último, como universale post rem, es decir como concepto de este ser; concepto que el hombre abstrae y conserva en su intelecto. La misma cosa se puede decir, en efecto, de la ley natural que existe primero ante naturam hominis, en Dios, (o más exactamente que ella es Dios considerado por nosotros como norma suprema de nuestros actos), después in natura hominis, reflejando y significando el "pensamiento divino" que la crea y, finalmente, post naturam hominis, en el espíritu del hombre, bajo la forma de los juicios normativos inducidos de su naturaleza específica.

La ley natural "anterior a la naturaleza humana" era llamada "ley eterna" por San Agustín y sus continuadores medievales. Pues ella es ese "plan divino del gobierno del mundo" del que habla Santo Tomás de Aquino y que no es más que el pensamiento divino o, más exactamente, Dios mismo en cuanto norma de la conducta humana. La denominación de "ley natural en la naturaleza humana" no es más que otro nombre dado a esta misma naturaleza en cuanto manifiesta y significa la ley eterna. En realidad, ella es el signo por medio del cual el Creador comunica a él en cuanto ley. Y la ley natural "posterior a la naturaleza humana" es el conjunto de las normas "leídas" por el hombre en su naturaleza. Por lo tanto, el nombre de "ley natural" conviene a estas normas en primer lugar. Es el nombre propio de esas normas. La naturaleza humana no es llamada "ley natural" (in natura) sino por metonimia porque, signo de la ley eterna, es la causa instrumental de la ley natural en sentido propio (post naturam). Igualmente, la ley eterna no es llamada "ley natural" (ante naturam) sino por analogía de atribución, al no ser conocida por el hombre la ley eterna sino por medio de su naturaleza de la cual es la idea, el "plan", la ratio ordinis según la expresión de Santo Tomás. Dicho en pocas palabras, en cuanto a su contenido no hay más que una ley natural, pero existe de dos maneras diferentes: en Dios (ley eterna) y en nosotros donde registra a su vez una doble existencia: implícita, la del signo por leer (ley natural in natura) y explícita, la de la lectura del signo (ley natural post naturam en sentido propio). (El problema de la verdad en la moral y en el derecho, Bs. As., 1979, Eudeba, Colección Temas, pág. 118).

La respuesta de KALINOWSKI a nuestro interrogante es afirmativa: en última instancia tenemos que apelar a la naturaleza humana y a Dios como creador y Ley universal para fundar toda conducta humana, en otras palabras, el orden ético-jurídico donde encontramos al derecho. Para hacerlo recurre a la teoría de la analogía y señala que así como los universales tienen una triple existencia: *ante rem* (en Dios como idea creadora), *in re* (como esencia universal) y *post rem* (como concepto universal), de la misma manera la ley natural tiene una triple existencia: *ante natura hominis* (en Dios como ley eterna), *in natura hominis* (como naturaleza humana que refleja la ley eterna) y *post natura hominis* (en nuestro intelecto como juicios normativos inducidos de la naturaleza humana).

Sin perjuicio del carácter analógico sostiene que el nombre de ley natural en sentido estricto le corresponde a la *ley natural post natura hominis*, o sea al conocimiento de nuestra naturaleza expresado a través de juicios normativos (en este sentido la ley natural responde a la definición de ley como *ordinatio rationis*, como regla y medida de los actos humanos), mientras que los otros dos modos de existencia serían ley natural por analogía: a) en el caso de la naturaleza humana (*ley natural in natura hominis*) sería una metonimia en tanto que signo de la ley eterna es causa instrumental de la ley natural en sentido propio. La metonimia también puede ser llamada analogía de atribución extrínseca (de nombres) predicamental porque la relación de causalidad en que se funda la analogía remite a una causa segunda. b) En cambio respecto a la ley eterna (*ley natural ante natura hominis*) se daría una analogía de atribución extrínseca trascendental, pues en este caso la relación de causalidad se remite a la causa primera. Según KALINOWSKI la analogía intrínseca (conceptual) solamente puede ser proporcional, "porque si no existiera (cualquier cosa sea lo que haya pensado SANTO TOMÁS DE AQUINO) más que la analogía de atribución con sus dos formas: predicamental y trascendental, tendríamos en filosofía solamente nombres analógicos, pero jamás conceptos analógicos"⁵¹.

Otro aspecto importante del texto es que los juicios normativos que constituyen la ley natural en sentido estricto son *inducidos* (no deducidos) de la naturaleza humana. En otras palabras, "leídos" en forma inmediata de la observación de la realidad del hombre en la que descubrimos (aunque incompleta e imperfectamente) la idea crea-

⁵¹ KALINOWSKI GEORGES, *Concepto ...*, op. cit. Pág. 52.

dora de Dios sobre el hombre. En consecuencia, no se produce un paso indebido del plano del ser (naturaleza humana) al plano del deber ser (ley natural en sentido estricto) como denuncia la conocida "ley de Hume", pues no se deducen los principios normativos a partir de juicios teóricos sobre la naturaleza humana, sino que de la observación de esta por vía inductiva obtengo inmediatamente los primeros principios evidentes de la ley natural que como vimos se corresponden en forma paralela (y no deductiva) a las inclinaciones naturales del hombre a su propio bien que tendría razón de bien.

"La ley natural es promulgada de manera implícita: está inscrita en la naturaleza del hombre; la ley positiva es promulgada de manera explícita (la ley antigua principalmente en el Monte Sinaí y la ley nueva en el Sermón de la Montaña). La ley natural contiene sólo principios de comportamientos, los principios primarios absolutamente inmutables y los principios segundos (conclusiones inmediatas de los principios inmutables en la mayoría de los casos).

Los principios que constituyen la ley natural son juicios normativos por sí evidentes, tales como: "el hombre debe hacer el bien", "el hombre debe vivir según su naturaleza de animal racional, es decir, debe tender a un conocimiento proporcional a sus posibilidades", "el hombre debe vivir conforme a su naturaleza de ser social, esto es, comportarse de manera que contribuya plenamente al desarrollo de la vida social y del bien común de la comunidad de la cual es parte", "el hombre debe respetar la vida y la propiedad del otro", "el hombre debe ser justo", "el hombre debe ser fiel", etc.

Captamos la evidencia gracias a una disposición intelectual especial de la que se tratará más adelante. Estos principios son inevitablemente generales y por ello vagos y necesitan ser concretizados y completados. Su concretización se hace por vía de inferencia, bajo la forma de conclusiones extraídas al confrontar los principios en cuestión con las situaciones en que se encuentra quien debe aplicarlos. Pero estas conclusiones no son suficientes. Por cierto que ya es bastante recordar a los miembros de tal o cual comunidad que la ley natural exige de ellos determinados actos de conducta moral, de solidaridad social, de justicia, de piedad filial, etc. Pero falta especificar el contenido, los límites, las modalidades y las consecuencias de todas esas obligaciones. Para mantener nuestros ejemplos, es necesario determinar el carácter y las modalidades de la represión de los actos antisociales, trazar los límites de la obediencia de los hijos a los padres, fijar

la cantidad de la pensión alimentaria debida, indicar lo que debe ser tenido por justo en aquellos casos donde la naturaleza de las cosas no lo fije, etc., la tarea es inmensa y se agranda sin cesar a medida que se desarrolla y se complica la vida social.

Y es la realización de esta tarea lo que compete a la ley positiva que es, con las excepciones anotadas, la ley humana. La ley positiva contiene, en consecuencia, conclusiones y determinaciones de la ley natural. Las primeras heredan su fuerza obligatoria de los principios naturales de que son extraídas, en tanto las segundas la reciben sólo de su autor, el legislador positivo, que, en el caso del hombre, goza de una delegación y ejerce un poder real aunque limitado. Crea, en el sentido fuerte de la palabra, nuevos preceptos, a condición de permanecer dentro de los límites de la delegación del poder legislativo, esto es, de no estatuir contra las exigencias de la ley natural ... La ley natural tiene carácter moral en cuanto procura la perfección del hombre en tanto hombre. Esto no impide que muchos de sus preceptos sean preceptos de justicia". ("El fundamento objetivo del derecho en la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino", publicado en los Archives de Philosophie du Droit N° XVIII, 1973 y recopilado en el libro Concepto, fundamento y concreción del derecho de G. Kalinowski, Abeledo-Perrot, Bs. As., pág. 69).

En este segundo texto resalta el carácter evidente de los primeros principios de la ley natural y la derivación a partir de ellos de los demás juicios normativos. Al respecto dice que a diferencia de la ley divina positiva que fue promulgada en forma explícita (la antigua en el monte Sinaí y la nueva en el sermón de la montaña) la ley natural es promulgada en forma implícita en la naturaleza humana, donde el hombre "lee" en sus propias inclinaciones a su fin e induce en forma inmediata los principios primeros evidentes de la ley natural como señalamos respecto al texto anterior. Ahora bien, como dice KALINOWSKI "estos principios son inevitablemente generales y por ello vagos y necesitan ser concretizados y completados", derivándose a partir de ellos ya sea por vía de conclusión o de determinación los restantes juicios normativos que concretan y completan a la ley natural y que son obra de la razón práctica rectificadas por la virtud de la prudencia. En el caso de la primera vía obtienen su fuerza de la propia ley natural de donde se sacan las premisas del silogismo normativa cuya conclusión sería la norma positiva. En cambio en el segundo modo de

derivación la fuerza la reciben de su autor (el legislador positivo) en tanto la determinación normativa del mismo se encuentre dentro de los límites (de razonabilidad) de la delegación normativa que surge de la ley natural que deja numerosos aspectos de la realidad sin una determinación precisa delegando en el legislador positivo su regulación.

Los juicios evidentes también son llamados “primeros” porque nunca son conclusiones, dicho en otros términos, no son proposiciones inferidas a partir de otras proposiciones (reconocidas anteriormente como verdaderas) por vía de razonamiento. Pero no todos son juicios absolutamente primeros. Los juicios analíticamente evidentes exigen en forma especial conocimientos previos sobre los seres de los que tratan. Estos conocimientos nos hacen evidentes los juicios en cuestión sin ser premisas de ellos. Tal juicio evidente en sí no lo será efectivamente sino para quien posee los conocimientos indispensables para captar la conformidad del juicio en cuestión.

Ciertas estimaciones morales primeras son juicios analíticamente evidentes. Tomemos a título de ejemplo la estimación moral más fundamental: “Todo hombre es moralmente bueno en la medida en que la humanidad está desarrollada en él”. El acuerdo de este juicio con la realidad es patente y salta en seguida a la vista forzando el asentimiento del intelecto cuando se sabe que la bondad moral se define precisamente como la plenitud del ser humano. Vemos al mismo tiempo todo lo que el reconocimiento de este juicio como evidente exige como conocimiento previo y con su ejemplo, se comprende en qué sentido la filosofía (metafísica) fundamenta la moral. No hay motivo para asombrarse del paso de la comprobación teórica, filosófica, a la estimación moral, práctica (como Hume se asombraba por el abandono del “es” en provecho del “debe”), pues las estimaciones morales primeras no son conclusiones de tesis metafísicas, aunque sea indispensable el conocimiento de estas para que sea efectiva la evidencia de aquéllas. (El problema de la verdad en la moral y en el derecho Bs. As., 1979, Eudeba, Colección Temas, pág. 134.)

KALINOWSKI afirma que las normas naturales que componen la ley natural son normas primeras y por lo tanto analíticamente evidentes, fundadas en estimaciones morales primeras también analíticamente evidentes, que a su vez reconocen como fundamento un conocimiento teórico previo que le permite comprender los términos de

la proposición y por lo tanto captar su evidencia analítica sin que se produzca una indebida inferencia o deducción de proposiciones deónicas a partir de proposiciones teóricas. En esto sigue al Aquinate cuando para establecer el primer principio de la ley natural traza un paralelo (no una deducción) entre el plano del ser y del bien (deber ser) señalando que así como lo primero que cae bajo la inteligencia especulativa es el ser, lo primero que percibimos por el intelecto práctico es el bien y por lo tanto, así como en el conocimiento teórico el principio de “no contradicción” es analíticamente evidente, de la misma manera el primer principio de la ley natural: “Se debe hacer el bien y evitar el mal” es también analíticamente evidente aunque reconozca como fundamento el conocimiento teórico que le permite comprender el sentido de los términos para poder captar su evidencia (el intelecto práctico no es más que la extensión del especulativo en cuanto a su función de dirigir la acción humana). Por eso, continúa con el análisis paralelo (no deductivo) de las inclinaciones naturales y las normas naturales.

“Podemos por ello (e incluso debemos) admitir, si además sólo reconocemos la existencia de Dios, que lo que es incomprendible en razón de su simplicidad divina, es exacto sin embargo en virtud de la perfección de Dios, a saber que Dios es a la vez el Ser y el Deber-Ser. Si esto es así resulta claro que las normas morales naturales son verdaderas y que las proposiciones normativas que las significan caen bajo la definición clásica de la proposición verdadera. Pues en efecto nuestros juicios que las contienen y forman la ley natural post naturam hominis concuerdan con la ley eterna, es decir con la realidad divina óntico-deóntica”. (El problema de la verdad en la moral y en el derecho, Bs. As. 1979, Eudeba, Colección Temas, pág. 151.).

En consecuencia, la verdad de las normas naturales que componen la ley natural surge de su concordancia con la ley eterna que le sirve de fundamento y aunque no podamos conocer directamente la ley eterna, sin embargo podemos tener un conocimiento indirecto de ella al verla reflejada en la naturaleza que participa de la misma, y que nosotros conocemos por la razón práctica a través del hábito de la sindéresis y expresamos en forma de proposiciones normativas, conforme a la celebre definición de ley natural de SANTO TOMÁS como “la participación de la ley eterna en la criatura racional”⁵².

⁵² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, 2^a, °. 91 art. 2, resp.

3.2. *Finnis*

“¿Qué son los principios de la ley natural?... Hay una serie de principios prácticos básicos que muestran las formas básicas de realización humana plena como bienes que se han de perseguir y realizar, y que son usados de una manera u otra por cualquiera que reflexiona acerca de qué hacer, no importa cuán erróneas sean sus conclusiones; una serie de exigencias metodológicas básicas de la razonabilidad práctica (siendo ésta una de las formas básicas de realización humana plena) que distinguen el pensamiento práctico correcto del incorrecto”. (Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág. 57)

FINNIS comienza preguntándose sobre el contenido de la ley natural y al respecto señala que la componen una serie de principios que los podemos dividir en dos: a) los que prescriben las formas básicas del bien humano (la vida, el conocimiento, el juego, la experiencia estética, la sociabilidad o amistad, la razonabilidad práctica y la religión); b) los que establecen una metodología del razonamiento humano (que también sería un bien humano básico). Mientras que los principios del primer tipo son de contenido, los segundos son puramente metodológicos.

“De manera que simplemente no es verdad que ‘cualquier forma de teoría de la ley natural en moral implica la creencia de que las proposiciones sobre los deberes y obligaciones del hombre pueden ser inferidas de proposiciones sobre su naturaleza’. Tampoco es verdad que para Tomás de Aquino ‘bien y mal son conceptos analizados y fijados en metafísica antes de ser aplicados en moral’. Por el contrario, Tomás de Aquino afirma de la manera más clara posible que los primeros principios de la ley natural, que especifican las formas básicas del bien y del mal y que pueden ser captados adecuadamente por cualquiera que tenga uso de razón (y no sólo por metafísicos), son per se nota (evidentes) e indemostrables. No son inferidos de principios especulativos. No son inferidos de hechos. No son inferidos de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana, o sobre la naturaleza del bien y del mal, o sobre ‘la función de un ser humano’, ni son inferidos de una concepción teleológica de la naturaleza, ni de ninguna concepción de la naturaleza. No son inferidos o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos). Los principios sobre lo que es moral-

mente correcto o incorrecto, asimismo, se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica, y no de algunos hechos, sean metafísicos o de otro tipo. Al discernir lo que es bueno, lo que de ha de ser perseguido (prosequendum) la inteligencia opera de una manera diferente, dando lugar a una lógica diferente, de cuando discierne lo que sucede de hecho (histórica, científica o metafísicamente); pero no hay ninguna buena razón para sostener que estas últimas operaciones de la inteligencia son más racionales que las primeras.

Naturalmente, Tomás de Aquino estaría de acuerdo con que 'si la naturaleza del hombre fuese diferente, también lo serían sus deberes'. Las formas básicas del bien captadas por el entendimiento práctico son lo que es bueno para los seres humanos con la naturaleza que tienen. Tomás de Aquino piensa que el razonamiento práctico no comienza comprendiendo esta naturaleza como desde fuera, mediante observaciones y juicios psicológicos, antropológicos o metafísicos, que definen la naturaleza humana, sino experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones. Pero, una vez más, no hay ningún proceso de inferencia. Uno no juzga que 'yo tengo (o todos tienen) una inclinación a aprender las cosas' y entonces infiere que por ende 'el conocimiento es un bien que ha de ser perseguido'. Más bien, por un simple acto de comprensión no inferencial uno capta que el objeto de la inclinación que uno experimenta es un caso de una forma general de bien para uno mismo (y para otros semejantes a uno)". (Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág.67)

Éste quizás es uno de los pasajes más importantes de su obra. En él establece el carácter de *evidencia, indemostrabilidad e inderivación* de otro conocimiento previo, de los primeros principios prácticos que establecen las formas básicas del bien, aunque por otro lado señala que no son innatos. Niega por tanto que los juicios prácticos puedan derivarse de juicios teóricos sobre la naturaleza humana lo que significaría una violación a la ley o principio de HUME. Además señala que para TOMÁS DE AQUINO el bien y el mal no son conceptos conocidos metafísicamente antes de ser utilizados en moral y en consecuencia los primeros principios son evidentes para todos y no sólo para los metafísicos. Por su parte todos los demás principios se derivan de estos (y no de hechos o de juicios sobre la naturaleza humana) que en sí mismos no son morales, sino *pre-morales* en tanto constituye fi-

nes⁵³ y cuya derivación requiere de una lógica distinta a la aplicada en el conocimiento teórico y que por tanto constituye las exigencias metodológicas del razonamiento o razonabilidad práctica (segundo tipo de principios constitutivos de la ley natural). Estas exigencias metodológicas requiere no una observación de la naturaleza desde fuera sino por la experimentación por dentro de las inclinaciones naturales. En suma, el conocimiento del bien se alcanza por una intuición inmediata que consiste en un simple acto de comprensión (no inferencial) del objeto de una inclinación que uno experimenta como bueno.

“En otras palabras, para Tomás de Aquino la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar qué está de acuerdo con la naturaleza humana, sino qué es razonable. Y esta investigación nos conducirá, al final, hasta los primeros principios inderivados de razonabilidad práctica, principios que no hacen ninguna referencia a la naturaleza humana, sino sólo al bien humano. Del principio al fin de sus exposiciones sobre ética, las categorías primarias para Tomás de Aquino son lo “bueno” y lo “razonable”; lo natural es, desde el punto de vista de su ética, un apéndice especulativo añadido a modo de reflexión metafísica, no un instrumento con el cual moverse hacia o desde los prima principia per se nota prácticos”. (Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs. As., 2000, pág. 69.)

Siguiendo el razonamiento expuesto en el texto anterior afirma que para establecer lo que es moralmente correcto no hay que constatar si está de acuerdo con la naturaleza, sino si es razonable, o sea si cumple con las exigencias metodológicas del razonamiento práctico, lo que nos lleva en última instancia a los primeros principios inderivados que no se refieren a la naturaleza humana sino a las formas básicas del bien humano. Y agrega una afirmación original: que para TOMÁS DE AQUINO la referencia a la naturaleza es un añadido especulativo al conocimiento práctico y no una base sobre la que se apoya el razonamiento práctico.

“La ley natural, o la moral, puede ser comprendida, aceptada y aplicada sin conocimientos de metafísica o antropología...Tomás de Aquino, S.T., I-II, q. 58 a. 4c, es muy claro: nadie puede ser moral-

⁵³ FINNIS, JOHN, *Ley Natural ...*, op. cit., pág. 84.53.

mente recto sin (a) una comprensión de los primeros principios del razonamiento práctico y (b) la razonabilidad práctica (prudencia), que aplica esos principios, razonablemente, a los compromisos, proyectos, y acciones particulares; pero uno realmente puede ser moralmente recto sin sabiduría especulativa (teórica, conocimiento del "ser"), sin el conocimiento práctico del artesano (arte) y sin conocimiento especulativo (scientia)... Es verdad que la teoría de la ley natural, de digamos, Aristóteles y Tomás de Aquino, va acompañada de una concepción teleológica de la naturaleza y, en el caso de Tomás de Aquino, de una teoría sobre la divina providencia y la ley eterna. Pero lo que es necesario mostrar es que la concepción del bien humano adoptada por estos teóricos depende de este marco más amplio. Mucho se podría decir a favor de la opinión de que el orden de dependencia era precisamente el opuesto – que la concepción teleológica de la naturaleza se hizo plausible, concebible incluso, por analogía con la estructura introspectivamente luminosa, evidente, del bienestar humano, del razonamiento práctico y de la acción humana intencionada: léase, Aristóteles, Física, II, 8, 199^a 9-19–". (Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2000, pág.85.)

Aquí vuelve a afirmar que la ley natural puede ser conocida sin necesidad de conocimientos teóricos previos ni metafísicos, ni antropológicos sino por una comprensión (intuición) de los principios prácticos del razonamiento práctico y las exigencias metodológicas de la razonabilidad práctica regida por la prudencia. Por último si bien reconoce que la doctrina de ARISTÓTELES va acompañada de una concepción teleológica de la naturaleza y en el caso del Aquinate acompañada por una teoría de la providencia y de la ley eterna, concluye que contrariamente a lo que se afirma respecto a que esta concepción teleológica es previa al conocimiento del bien humano, el orden es justamente el inverso: primero conocemos el bien humano y a partir de este conocimiento podemos llegar a conocer la naturaleza y su orden teleológico.

"El hecho de que la ley natural pueda ser comprendida, aceptada, aplicada, y analizada reflexivamente sin aludir a la cuestión de la existencia de Dios, tampoco implica por sí mismo que no sea necesaria la existencia de Dios, tampoco implica por sí mismo que no sea necesaria una explicación adicional del hecho de que existen pautas objetivas sobre el bien y el mal y principios de razonabilidad (sobre lo mo-

ralmente correcto o incorrecto), o que no está disponible tal explicación adicional o que la existencia y naturaleza de Dios no sea esa explicación” (Ley Natural y Derechos Naturales, Abeledo-Perrot, Bs. As. 2000, pág. 81.)

Por último señala que la ley natural puede ser conocida sin necesidad de referirnos a la cuestión de la existencia de Dios, en virtud que los primeros principios de la ley natural son evidentes, mientras que al conocimiento de Dios sólo se llega posteriormente a través de un razonamiento justificatorio. Ahora bien, es importante señalar que para FINNIS esto no significa que no sea necesaria la existencia de Dios y que la existencia de pautas objetivas del bien y del mal no exija una explicación adicional (que se añade al razonamiento práctico) posterior y que esta explicación adicional sea la existencia y naturaleza de Dios (no lo afirma pero tampoco lo niega).

3.3. Coincidencias y diferencias

3.3.1 Coincidencias

- 1) Ambos admiten que no se pueden derivar juicios prescriptivos de deber ser desde juicios teóricos del ser y no porque lo establezca HUME o POINCARÉ, sino porque es una regla básica de la lógica que señala que no podemos nada en una conclusión que no se encuentre de alguna manera en las premisas desde las que parto. Los dos concuerdan que TOMÁS DE AQUINO no cae en este error lógico.
- 2) También coinciden en afirmar que los primeros principios prácticos que para TOMÁS DE AQUINO se nuclean en torno al primer principio: se debe hacer el bien y evitar el mal, son evidentes, inde demostrables y no derivados de otros principios.
- 3) Por último, los dos afirman que el conocimiento de Dios no es evidente como lo son el conocimiento de los primeros principios, sino que llegamos a él por medio de un razonamiento que para KALINOWSKI es analógico.

3.3.2. Diferencias

- 1) Para KALINOWSKI si bien los primeros principios prácticos son evidentes e inderivados no son absolutamente primeros sino que como son analíticamente primeros se apoyan (aunque no deductivamente) en el conocimiento teórico que nos permite conocer el significado de los términos que componen el juicio (en este caso,

Bien, mal y necesidad). En cambio para FINNIS no se apoyan en ningún conocimiento teórico previo.

- 2) Mientras que para KALINOWSKI los primeros principios prácticos son inducidos a partir de una observación inmediata de la naturaleza humana; para FINNIS los principios no se obtienen de la observación de la naturaleza humana sino por la intuición inmediata de los bienes básicos a través de una experiencia interna de las inclinaciones humanas que surge a modo de una iluminación interior.
- 3) KALINOWSKI afirma que la metafísica funda a la moral, mientras que para FINNIS no hay un conocimiento metafísico del bien previo al conocimiento moral.

4. Algunas consideraciones críticas

Para poder responder a la cuestión planteada tenemos que volver a la distinción que hicimos al comienzo: entre fundamento *gnoseológico o noético* y fundamento *ontológico u óntico*.

4.1. Fundamento gnoseológico o noético

4.1.1.

En este sentido fundamento se refiere *al principio o punto de partida sobre el que se estructura toda una serie de nociones que constituyen una ciencia o conocimiento*.

Antes de ver los principios de las distintas ciencias en particular (donde ubicamos a la ética, la política y el derecho) corresponde considerar la cuestión en el marco de la división del conocimiento en *teórico y práctico* conforme a la previa distinción de la inteligencia o razón en *teórica o especulativa y práctica* y por tanto la consecuente ubicación de las ciencias como *teóricas y prácticas*. Así conforme vimos en el texto de la cuestión 94 que transcribimos *ut supra* tanto el conocimiento teórico como práctico se apoyan en primeros principios *autoevidentes, indemostrables e inderivados* que constituyen su sostén noético:

“No obstante en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres hállase cierto orden. Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente, cuya idea está incluida en todas las demás que cualquiera aprehende. Y por eso el primer principio indemostrable es

que no se puede afirmar y negar a la vez, lo cual se funda en la noción de ser y no ser, y sobre este principio se fundan todos los demás, como se dice en *Met.* (1.4, t. 9). Y así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la operación; porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien. Y por esto el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón del bien, que es: El bien es lo que todos apetecen. Luego, éste es el primer precepto de la ley: que el bien debe hacerse y procurarse, y evitarse el mal. Y sobre éste se funda todos los demás preceptos de la ley de la naturaleza; para que todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenezcan a los preceptos de la ley". (SANTO TOMÁS DE AQUINO, 1ª- 2ª q. 94 art. 2 resp.).

En consecuencia, cada uno de estos principios son captados *intuitivamente* por la inteligencia (ya sea teórica o práctica) a partir de un contacto inmediato con la realidad, sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior. Esto responde a otra tradicional división de la inteligencia entre: *intellectus* (entendimiento o *Nous*) y *Ratio* (razón). Mientras que "La *ratio* es la facultad del pensar discursivo, del buscar e investigar, del abstraer, del precisar y concluir. El *intellectus*, en cambio, es el nombre de la razón en cuanto que es la facultad del *simplex intuitus*, de la "simple visión", a la cual se ofrece lo verdadero como al ojo el paisaje. Ahora bien: la facultad cognoscitiva espiritual del hombre, y así lo entendieron los antiguos, es ambas cosas: *ratio e intellectus*; y el conocer es una actuación conjunta de ambas. El camino del pensar discursivo está acompañado y entretelado por la visión comprobadora y sin esfuerzo del *intellectus*, el cual es una facultad del alma no activa, sino pasiva, o mejor dicho receptiva; una facultad cuya actividad consiste en recibir"⁵⁴. A su vez a cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum* para los principios teóricos o especulativos y la *sindéresis* para los principios prácticos.

4.1.2.

Dice SANTO TOMÁS en la citada cuestión 94: *así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente, así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la opera-*

⁵⁴ PIEPER, JOSEF, *El ocio y la vida intelectual*, Rialp, Madrid, 1979, pág. 21.

*ción; porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien. Sin perjuicio de lo dicho la noción de bien sobre la que se funda todo el conocimiento práctico: "el bien es lo que todos apetecen" es una noción todavía teórica expresada en el modo indicativo y para transformarse en primer principio práctico tiene que incluir el elemento dinámico del movimiento del ser hacia el bien mediante la enunciación imperativa del deber ser: el bien debe hacerse y procurarse, y evitarse el mal*⁵⁵. A su vez señala DOMINGO BASSO que para SANTO TOMÁS la citada definición de bien "aunque correcta, no expresa la naturaleza intrínseca del bien, o sea, no es esencial, pues no se formula por la causa formal, sino por algo extrínseco, un efecto suyo. De hecho, algo es bueno no por ser apetecido, sino que es apetecido porque es bueno"⁵⁶.

En consecuencia, el bien moral, que se refiere a la bondad del acto humano es un medio o fin intermedio que se funda en el bien ontológico del ser (en este caso humano) o fin último del obrar del hombre. En otras palabras, el bien óntico no sería otra cosa que el mismo ser visto bajo la razón de su perfección, o sea, la plenitud del ser. Por tanto la noción de bien en tanto propiedad trascendental del ser es coextensiva con la de ser⁵⁷ y por eso son convertibles: *ens et bonum conventur*. A su vez este bien como plenitud del ser coincide con su fin último, que si bien es lo último que alcanza el hombre en el orden de la ejecución, es lo primero que tiene en cuenta en el orden de la inteligibilidad por la cual dirige (a través del conocimiento práctico) su obrar. En suma, todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de ser *Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente* y así mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ser bajo la razón de *verum* (verdad); el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de *bonum* (verdad práctica que constituye su bien). En este sentido debe entenderse la conocida tesis de Pieper: "Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad"⁵⁸.

⁵⁵ Conf. PIEPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974, pág. 66.

⁵⁶ BASSO DOMINGO M. O. P, *Los fundamentos de la Moral*, Educa, Bs. As. 1997, pág. 163.

⁵⁷ Conf. DERISI, OCTAVIO, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Educa, Bs. As. 1980, pág. 23

⁵⁸ PIEPER, JOSEF, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974, pág. 15.

4.1.3.

A su vez la noción de naturaleza no es previa ni posterior a la noción de bien entendido como fin, sino que como dice DERISI: "*Fin y naturaleza son, por eso, correlativos. A la luz de la finalidad es precisamente como se logra la perfecta comprensión del concepto de naturaleza, del orden natural y de las leyes naturales*"⁵⁹. En el mismo sentido señala GRANERIS: "Al ocuparse de la política, es decir de la vida humana asociada, ARISTÓTELES escribió que *la naturaleza es fin*. No más causalidad eficiente, ciega, necesitante o necesitada, sino causa final. Y como el fin de cada ser, puede genéricamente adscribirse a su perfección, entonces resulta natural a un sujeto lo que sirve a su perfeccionamiento. En la idea de fin se adquiere así un criterio distinto y valorativo, por el cual la naturalidad pierde aquel carácter universal, necesario, uniforme, que tenía en la acepción causal. Dejan de ser naturales y resultan antinaturales las monstruosidades, las enfermedades, los vicios; así en el campo mismo de la naturalidad pueden distinguirse grados y valorarse lo más y lo menos natural; así resulta casi imposible caer en las tenazas del mecanicismo, porque el fin es un constante reclamo a la adaptación libre de quien lo debe alcanzar. En el campo del derecho llamaremos entonces natural ya no más a toda norma de vida, y tanto menos a todo hecho cumplido, sino sólo a aquellas manifestaciones jurídicas en las que divisamos un medio capaz de impulsar al hombre por los caminos de su perfeccionamiento"⁶⁰. En consecuencia señala que lo natural se refiere a aquellas cosas que se ubican en el punto de confluencia entre el origen que encuentra en la tendencia y el fin que constituye el bien al que tienden⁶¹.

Por eso es un error concebir a la naturaleza como un estado inicial (estado de naturaleza) del que salimos voluntariamente mediante un pacto libre constitutivo de la vida social y cultural, pues esta vida es justamente el despliegue de la naturaleza humana racional y política hacia su perfección (fin). De la misma manera es un error cristalizar la naturaleza en una noción abstracta a partir de la cual deducimos las normas de un código natural, al modo como lo hace el iusnaturalismo racionalista, tal como le imputa el mismo HUME a CLAR-

⁵⁹ DERISI, OCTAVIO N., *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, Educa, Bs. As., 1980, pág. 32.

⁶⁰ GRANERIS, GIUSSEPPE, *Contribución ...* op. cit., pág. 86.

⁶¹ GRANERIS, GIUSSEPPE, *Contribución ...* op. cit., pág. 87.

KE, verdadero destinatario de la imputación de inferencia indebida del plano del ser al deber ser, como señala FINNIS⁶².

Al contrario que para estas concepciones la noción de naturaleza implica un movimiento del ser hacia su perfección, por lo cual la naturaleza sería la misma esencia humana en tanto que principio operativo en orden a su fin, por lo cual no podemos conocer aquélla sino es a partir de éste, que lo consideramos bajo la razón de bien y constituye el principio del orden tendencial. "Si el efecto formal primario de la bondad trascendental reside en la perfección intrínseca del ser, íntimamente ligado a él se encuentra, según lo dicho, su efecto formal secundario: su *apetibilidad*, el que sea fin o término de una tendencia o apetito. La noción de bondad nos lleva, pues, de la mano a la de *fin* y a la de *tendencia*. El fin es el bien no cuanto perfección en sí, sino en cuanto capaz de poner en acto una tendencia en su prosecución. El fin, entonces, no es sino un efecto esencial consiguiente a la noción formal de bondad o perfección del ser. *Todo ser es bueno, todo lo bueno es apetecible, todo lo apetecible es fin*"⁶³. A su vez al apetito lo podemos dividir en: *elícito o cognoscitivo y natural o innato*. Mientras que el primero es una tendencia dirigida por un conocimiento sensible o intelectual, el segundo es una tendencia intrínseca e impresa en el mismo ser en orden a su perfección⁶⁴.

En el caso del hombre, éste tiende a su fin o perfección conforme a su modo de ser o naturaleza racional y libre. Sin perjuicio de ello tenemos que distinguir el movimiento del hombre hacia los bienes que constituyen medios en orden a su fin y el movimiento al bien que se identifica con su fin último. Respecto a los primeros el hombre es libre de tomarlos o no, en cambio no puede renunciar al bien de su ser al que tiende necesariamente aunque esto no suprima su libertad. "Así como sabemos, en virtud de incommovible experiencia, que somos capaces de opciones libres (allí donde hay conocimiento espiritual, se da también la libertad de albedrío) así también es un dato de experiencia, igualmente constrictivo, que nuestra última realización propia la 'queremos' con la misma naturalidad con que la piedra que cae tiende a lo profundo, que querer ser feliz no es cosa de libre decisión". Puesto que somos espíritu creatural imposible de saciar por algo que no sea el bien en su totalidad, el *bonum universale*, no esta-

⁶² FINNIS, JOHN, *Ley Natural ...*, op. cit., pág. 70 y sigtes.

⁶³ DERISI, OCTAVIO N., *Los fundamentos ...*, op. cit., pág. 25.

⁶⁴ Conf. DERISI, OCTAVIO N., *Los fundamentos ...*, op. cit., pág. 31.

mos determinados, sino que somos libres en nuestra opción, frente a los bienes particulares, que sólo tienen el carácter de medios, y de ningún modo el de "el" fin. Pero, puesto que también somos espíritu creatural, colocados, sin ser inquiridos, en el acto de la *creatio*, en camino hacia nuestra propia perfección, queremos esta perfección "de por creación", y esto quiere decir, de un modo natural, y no en virtud de una opción propia"⁶⁵. Como dice SANTO TOMÁS: "La voluntad persigue la beatitud con libertad, pero la persigue necesariamente"⁶⁶, pues, "la necesidad natural no quita la libertad de la voluntad"⁶⁷.

Por otra parte, el hombre libremente en sus opciones concretas a los bienes particulares puede apartarse del orden de la razón y dejarse llevar por un apetito desordenado (lo malo no es el apetito o la pasión que en sí mismos son buenos sino el desorden al subvertirse al orden racional al bien). Como dice SANTO TOMÁS: "Así pues la misma inclinación a la sensualidad que se llama *fomes*, ciertamente en los otros animales tiene en absoluto razón de ley, si bien en aquel sentido en que en los tales puede hablarse de ley, según la directa inclinación de la ley. Más en los hombres, no tiene este concepto el carácter de ley, siendo más bien desviación de la ley de la razón. Pero en cuanto por la divina justicia el hombre es destituido de la justicia original y del vigor de la razón, ese ímpetu de la sensualidad que le guía tiene razón de ley, en cuanto penal, y conexas por ley divina al hombre destituido de su propia dignidad"⁶⁸. Por eso el hombre para alcanzar tan alto bien al que se encuentra ordenado necesariamente por creación o naturaleza pero al que accede libremente conforme a su particular modo de ser o naturaleza (racional), necesita el auxilio de las virtudes (en el orden natural) que facilitan el cumplimiento de la ley en cuanto ordenamiento al fin y de la gracia (en el orden sobrenatural) que sana y eleva a la naturaleza caída por el pecado ayudándolo a alcanzar la beatitud. Y así afirma el aquinate: "*el principio exterior que mueve al Bien es Dios, que nos instruye por la ley y nos ayuda por la gracia*"⁶⁹.

En consecuencia, la ética ordena los actos humanos como medios bajo la razón de bien (moral) en orden al fin último del hombre que constituye su perfección o bien (ontológico) y que como tal es conocido

⁶⁵ PIEPER, JOSEF, *Creaturidad y tradición*, Fades, Bs. As., 1983, pág. 23.

⁶⁶ SANTO TOMÁS DE AQUINO, Q. disp. *De potentia Dei*, 10, 2 ad. 5.

⁶⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 82, 1, ad 1 citando a SAN AGUSTÍN en *La Ciudad de Dios* 5,10.

⁶⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 2^a, Q. 91 art. 6.

⁶⁹ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.*, 1^a, 2^a, Q. 90.

por la metafísica y en el caso del fin del hombre por la antropología tanto filosófica como teológica a las que se subalterna⁷⁰. En este sentido, la metafísica funda la moral como dice KALINOWSKI, o el ser al deber ser como señala Pieper, sin que sea necesario ser un metafísico profesional sino simplemente estar abierto y atento a la verdad que se encuentra en la misma realidad y a la que todo hombre tiende naturalmente a conocer, conforme lo remarca la frase inicial de la Metafísica de ARISTÓTELES: “*Todos los hombres tienen naturalmente el deseo de saber*”⁷¹. Esto no significa un paso indebido de proposiciones metafísicas o antropológicas en el plano del ser a proposiciones éticas o normativas en el plano del deber ser, sino que ese conocimiento previo (teórico) permite captar la patencia del bien a través del intellectus o nous y entender el significado de los términos del primer principio práctico: *el bien debe hacerse y el mal evitarse*, sin constituirse en premisas de las cuales deducimos el principio a modo de conclusión.

4.1.4.

También la estimación o juicio de valor de un bien intermedio se encuentra en el límite entre el conocimiento teórico y el práctico, pues si bien es formalmente teórico y se expresa de modo indicativo, materialmente es práctico porque se refiere al campo del obrar humano y como tal dirige en forma lejana a los actos al fundar a las normas y estas a los imperativos por medio del cual se impera la acción a realizar. En este sentido podemos citar a DELIA ALBISU: “Si la verdad práctica es la perfección de un conocimiento directivo u ordenante, parece evidente que la llamada ‘verdad estimativa’ queda fuera del ámbito de lo práctico propiamente dicho. En efecto, verdad estimativa es la verdad del juicio que atribuye bondad o valor a algo; se correlato ontológico es, por lo tanto, la verdad ontológica del bien. Considerada en sí misma es *per se* especulativa: Además, ella es psicológica y noéticamente anterior a la verdad de la sindéresis, en la medida que es anterior al primer movimiento de la voluntad (simple amor o velle) consecutivo a la simple aprehensión de la cosa que es buena. Pero como ella se comporta como *motivo* del primer acto de la voluntad, en tal sentido se la puede considerar práctica, a saber, por su remota refe-

⁷⁰ Conf. BASSO DOMINGO M. *Los fundamentos...* op. cit. pág. 14.

⁷¹ ARISTÓTELES, *Metafísica*, Libro I.

rencia a la operación. Luego, no es *per se* práctica, sino sólo *per accidens*, en cuanto motivo imperfecto del querer de la voluntad⁷².

En suma, la distinción entre conocimiento teórico y práctico no constituye una separación al modo como la concibió KANT y sus continuadores, sino que conforman una unidad, pues es la inteligencia una única facultad que se ordena a conocer la verdad (teórica) y que por extensión se transforma en práctica al dirigir la acción (verdad práctica)⁷³.

4.1.5.

En conclusión, el fundamento gnoseológico o noético del derecho o mejor dicho de la estructura epistemológica del conocimiento jurídico (en sus distintos grados o niveles) lo constituyen los primeros principios prácticos autoevidentes, indemostrables e inderivables, que el intelecto capta intuitivamente de la realidad como una patencia del bien y por tanto no es necesario remontarse a ninguna premisa o principio anterior (de la cual se deriven porque en ese caso no serían primeros) para fundar el razonamiento práctico, sin perjuicio que se apoyen sobre un conocimiento teórico anterior que le permite captar la evidencia analítica del significado de los términos que integran la proposición o principio primero, en este caso la noción misma de bien (verdad estimativa teórico-práctica que se funda en el bien ontológico).

4.2. *El fundamento ontológico u óntico*

4.2.1.

En este sentido fundamento se refiere *al sostén o soporte óntico de la realidad del derecho entendido como lo justo, o sea como aquel bien debido a otro conforme a cierta relación de igualdad.*

Toda realidad requiere un soporte óntico: *existe en sí* (sustancia) o *existe en otro* (accidente) y a su vez: *existe por sí* (el ser o *esse* incausado) o *existe por otro* (el ser o *ens* causado). En el primer caso, el ser accidental para existir como tal requiere del ser sustancial en el que inhiere, pero a su vez en el segundo caso si este ser sustancial no es el Ser (incausado) tiene o participa del ser porque lo recibe de otro (sien-

⁷² ALBISU, DELIA MARÍA *La verdad práctica* (cuarta parte), Moenia VI, pág. 43, Bs. As., junio 1981.

⁷³ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a Q. 79 *sed contra*.

do por tanto un ente causado). En consecuencia, el fundamento último de toda realidad sustancial o accidental es el ser o *esse* incausado que al participar al *ens* sustancial causado funda al mismo tiempo todos los accidentes que anidan en él.

Ahora bien, el derecho es una realidad accidental que constituye un cierto bien que especifica el obrar humano y por lo tanto anida en el hombre como en su sustancia. Como señala FÉLIX LAMAS: "El Derecho es una propiedad humana, es decir, es un accidente que procede o emana de la naturaleza específica del hombre. Sin pretender avanzar ahora en un análisis de su estatuto ontológico, de lo ya dicho surge con claridad que —en cuanto es *lo justo*— es algo formalmente cualitativo. En efecto, decir que un hombre es *justo*, o que una conducta es *justa*, que la realización de un deber es *justo*, que un poder es *justo*, o que una norma es *justa*, es predicar de todas estas cosas la *cualidad* (el valor) de la justicia"⁷⁴, aunque no se predique de todas de la misma manera, en algún caso lo será en sentido estricto y en otros en sentido amplio. Por tanto, si el derecho es un *bien*, o sea una *cualidad* o *valor*, estamos diciendo que existe (como realidad accidental) y que por consiguiente puedo conocerlo intelectualmente, contrariamente a lo que sostenía SCHELER que disociaba al valor del ser, negando que el valor pueda ser conocido por la inteligencia sino que es objeto de la emoción⁷⁵.

Esto quiere decir que en el orden del ser la naturaleza (humana) como esencia o principio operativo de la sustancia hombre es su fundamento ontológico inmediato (que conocemos a través de la naturaleza de las cosas sociales y los principios de la ley natural de los que se derivan las normas positivas por conclusión o determinación), pero al ser el hombre un ser que existe en sí (sustancia) pero no por sí (causado y por tanto contingente) necesariamente el fundamento ontológico último de sus accidentes (entre los que encontramos al derecho) va a coincidir con su propio fundamento.

4.2.2.

Planteada la cuestión en estos términos, para poder dar una respuesta apropiada, tenemos que abordar la cuestión del ser y la participación en el ser. " Los valiosos estudios y serias aportaciones sobre

⁷⁴ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, "Dialéctica y derecho", *Rev. Circa Humana Philosophia*, III, Bs. As., 1998, pág. 61.

⁷⁵ Conf. SCHELER, MAX, "El formalismo en ética y la ética material de los valores", citado por KALINOWSKI en *El problema...*, op. cit., pág. 48 y sigtes.

la participación y la analogía, realizados estos últimos años –principalmente por el P. Cornelio Fabro y por el P. Santiago Ramirez O.P.– han contribuido al esclarecimiento, en amplitud y profundidad, de la concepción tomista del ser y su expresión lógica y a ver mejor la coherencia entre ambos sectores”⁷⁶. El pensamiento de TOMÁS DE AQUINO que distingue en la analogía del Ser, entre el Ser que existe en sí y por sí (Dios, el Ser increado) y los demás seres que existen en sí, pero no por sí (las creaturas), deben su existencia a la relación de dependencia que guardan respecto del Creador, le agrega de esta manera una dimensión nueva que se complementa con la analogía proporcional de origen aristotélico. En consecuencia, la analogía de proporcionalidad del Ser (que se da en el plano del modo de ser o esencia) se complementa con una analogía de atribución intrínseca fundada en la noción de participación causal que le sirve de soporte ontológico (en el plano del *esse* o existencia).

Al respecto, dice Mons. OCTAVIO N. DERISI: “De origen platónico, incorporada a SANTO TOMÁS a través de SAN AGUSTÍN, pero velada durante mucho tiempo tras la conceptualización y terminología aristotélica, recién ahora la participación logra ubicación cabal y en toda su extraordinaria significación dentro de la Metafísica del Angélico Doctor. Pero esta incorporación exige su expresión lógica precisa y adecuada, que no es otra que la de *la analogía de atribución intrínseca*; la cual, por el otro extremo, también estaba en SANTO TOMÁS. De aquí que el re-descubrimiento y re-valorización de la analogía de atribución intrínseca, como expresión del ser en su fieri o dependencia participante o causal del Ser imparticipado, comprendido en esta noción del ser como analogado principal, sin el cual no tienen razón de ser ni de ser comprendidos los seres participados. De aquí que así como en un primer momento, la inteligencia sólo considera a los seres en sí mismos, más o menos perfectos, según la mayor o menor intervención del acto y la potencia que lo constituyen, y únicamente en una segunda instancia, más profunda, penetra en su relación de participación o dependencia del Ser imparticipado; *así también la analogía de proporcionalidad intrínseca*, que en el plano lógico expresa los seres múltiples y diversos tales como inmediatamente le son dados, *ha de ampliarse e integrarse con la analogía de atribución intrínseca*, cuando la mente profundiza y considera los seres participados en cuan-

⁷⁶ DERISI, OCTAVIO N., *Tratado de Teología Natural*, Educa, Bs. As., 1988, pág. 91.

to tales o dependientes de la acción causal del ser imparticipado, sin la cual aquellos no tendrían razón de ser⁷⁷.

En el mismo sentido podemos citar a PAUL B. GRENET: "Ser, que recibe esta denominación partiendo del existir, es afirmado respecto de Dios y de las criaturas según la analogía de referencia. Todo cuanto es dicho 'ser' sin ser Dios, exige referencia (concretamente referencia de dependencia) tocante al Acto Puro de la existencia (Dios). No obstante, esta primera manera de presentar las cosas sería por sí sola insuficiente. Y la analogía de referencia debe complementarse por medio de la analogía de proporción"⁷⁸. Y a GUSTAVO ELOY PONTFERRADA: "De este modo SANTO TOMÁS llega al fundamento de la unidad y diversidad analógica de los seres; la analogía de proporción adquiere una forma nueva, desconocida por el aristotelismo, y la participación, como la concibe el tomismo, no sólo fundamenta la analogía, sino que es la base de toda su concepción metafísica. Gracias a ella se explica la estructura íntima del ser"⁷⁹.

Sin embargo, esto no es aceptado por Cayetano y sus seguidores, conforme la siguiente cita de MARITAIN: "Mas pensamos que M.T.L. Penido no ha utilizado bastante la profunda observación de Juan de Santo Tomás, es a saber, que en los casos mixtos (en donde la analogía de atribución y analogía de proporcionalidad propia van juntas) la analogía de atribución no es sino virtual. Cuando de la existencia del ser creado deducimos la existencia de la Causa increada, de hecho hacemos ya actuar (aun antes de ponernos a pensar en ello) la analogía de proporcionalidad propia; porque este razonamiento implica que la noción de causa es en sí misma análoga con una analogía de proporcionalidad propia, e implica también que el ser increado en el que culmina y el ser creado de donde parte, se designan con el mismo nombre 'ser', no sólo porque el primero es causa del segundo, sino porque el significado del concepto del ser se halla en uno y en otro según una similitud de proporciones. De que la relación de causalidad funde una analogía de atribución entre el efecto y la causa, no se

91.

⁷⁷ DERISI, OCTAVIO N., *Santo Tomás y la Filosofía Actual*, Educa, Bs. As. 1975, Pág. 376 y *Estudios de Metafísica y Gnoseología*, tomo I, *Metafísica*, Educa, Bs. As. 1985, pág. 62.

⁷⁸ GRENET, PAUL B., *De la evolución a la Existencia (24 tesis tomistas)*, Club de Lectores, Bs. As. 1970, pág. 96.

⁷⁹ PONTFERRADA, GUSTAVO ELOY, *Introducción al Tomismo*, Eudeba, Bs. As., 1970, pág. 179.

sigue formalmente se use la analogía de atribución cada vez que se emprende la vía de causalidad para establecer "la existencia de la fuente" de las perfecciones creadas"⁸⁰.

Esta última sin duda sería una explicación de orden esencialista propia de la analogía de proporcionalidad pero que le falta la fundamentación metafísica del *esse* (acto de existir) propia de la participación causal que solamente se explica a través de la analogía de atribución intrínseca.

En suma, sea cual fuere la respuesta que se le dé a la cuestión de la analogía (analogía de atribución intrínseca combinada con la de proporcionalidad) o de proporcionalidad propia trascendental (por referirse a la relación con la causa primera), nuestro conocimiento de Dios no es inmediato y evidente (como lo es nuestro conocimiento de los primeros principios tanto en el plano teórico o práctico) sino que es siempre analógico (va de los efectos a las causas, de las creaturas al creador) y por tanto la prueba de su existencia es indirecta a partir del orden creado conforme lo demuestra las famosas cinco vías de SANTO TOMÁS: 1) desde el cambio al ser inmutable; 2) desde las causas segundas a la causa primera incausada; 3) desde los entes contingentes al Ser necesario; 4) desde las perfecciones limitadas a la Perfección o Ser en sí; 5) desde el orden del universo a la inteligencia ordenadora y fin del mismo⁸¹.

4.2.3.

En el mismo sentido cuando TOMÁS DE AQUINO define a la ley natural como "*la participación de la ley eterna en la creatura racional*"⁸², si bien se refiere a la participación en el conocimiento que el hombre tiene de la ley eterna, esta participación supone y se apoya en la previa participación en el ser a la que nos referimos en el punto anterior. Pero como el hombre participa del ser conforme a su esencia o modo de ser racional, su participación se diferencia de las demás creaturas en tanto que además de la participación en el ser, existe un conocimiento (participado) de esa participación por el cual Dios no solamente es la fuente del ser del hombre sino también la norma suprema (en tanto ley eterna) del obrar humano. *Si no es a partir de este fundamento en el ser y en el deber ser que se identifican en Dios no se puede*

⁸⁰ MARITAIN, JACQUES, *Los grados del Saber*, Club de Lectores, Bs. As., 1978, pág., 657.

⁸¹ Conf. SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, Q. 1 art. 3.

⁸² SANTO TOMÁS DE AQUINO, *S. Th.* 1^a, 2^a Q. 1 art. 2.

fundar ni la naturaleza humana ni ninguna realidad que se apoye en ella como puede ser el derecho o los derechos fundamentales: “Debemos agradecer, por lo demás, a JEAN PAUL SARTRE y a la radical agudeza de su concepción existencialista el haber forzado al pensar tradicional a volver a recordar la vecindad conceptual y cuasi identidad entre “naturaleza humana” y creaturidad humana”. Es cierto que SARTRE lo hace por vía de negación o, más exactamente, por medio de la fundamentación que para ella introduce: la negación –para su autor, el “principio primero del existencialismo”– reza así: “no hay naturaleza humana”; y su fundamentación, añadida de inmediato: “... porque no hay un Dios que la pudiera haber proyectado”. Se podría, claro está, sin violencia, formular este pensamiento en forma positiva, a saber del modo siguiente: sólo es posible hablar de una naturaleza humana cuando se la entiende como algo creativamente proyectado por Dios”⁸³.

4.2.4.

En consecuencia, sobre esta doble participación en el ser y el conocer se funda como dice HERVADA la dignidad humana absoluta que “es una condición propia e inherente del ser humano: la eminencia o excelencia ontológica, que le otorga su dimensión espiritual o racional. Pero absoluto no significa aquí inmanente y desvinculado y, por tanto, ilimitado. El hombre tiene el ser por participación creada del Ser subsistente. Por lo tanto, el hombre es digno absolutamente, pero por participación”⁸⁴. “La dignidad humana, por tanto, no es un accidente, tiene un fundamento ontológico, el mismo ser del hombre que puede manifestarse accidentalmente a través de sus actos. La dignidad no depende únicamente de su obrar, sino que se funda, primordialmente en su ser. Por eso, la dignidad afecta a la persona en su intimidad, en su última radicalidad... Se trata, se advierte fácilmente, de una dignidad trascendente que no se queda en el mundo de lo aparente, que se abre a la realidad a través del conocimiento y del amor. Se retoma así el sentido de lo que también TOMÁS DE AQUINO había advertido, *la dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia* (S. Teol. I, q, 42, art. 4, ad. 2). Así, como el concepto de persona se dice respecto a sí,

⁸³ PIEPER, JOSEF, *Creaturidad y tradición*, Fades, Bs. As., 1983, pág. 16.

⁸⁴ HERVADA, JAVIER, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Eunsa, Pamplona, 1992, pág. 450.

no a otro, así también su dignidad no se dice *ad aliud*, sino *ad se* ... De ahí que pueda decirse que *la dignidad humana es el merecimiento ontológico de respeto que se funda en la bondad superior de ser*⁸⁵.

Y esta dignidad reside en todos y cada uno de los hombres en tanto realizan y manifiestan de manera individual y concreta la relación entre su esencia humana (naturaleza específica) y su acto de ser o existencia sustancial. Relación que lo constituye como persona conforme la tradicional definición de BOECIO: "*Sustancia individual de naturaleza racional*". Sobre este ser personal se apoyan e inhiere no solo los bienes o derechos fundamentales, sino también los deberes básicos para con Dios, con uno mismo y con los demás. En otras palabras, el hombre mismo considerado como *sub-iectum* de bienes (derechos) y deberes (religiosos, morales y jurídicos).

En suma, el hombre no solamente participa en el ser que recibe como un don del amor de Dios a modo de creación (como las demás creaturas), sino que al poder conocer esta participación (en el ser por amor de Dios) puede responder libremente a ese amor, amando a Dios y a los demás por amor a Dios y aquí radica su máxima perfección o dignidad. Dignidad a la que tiende necesariamente por naturaleza pero que como sabemos por fe (que no es contraria a la razón sino que la complementa y perfecciona) no puede alcanzar por su sola fuerza sino que accede por mediación del auxilio de la Gracia (que supone, sana y eleva la naturaleza) que recibe como un don especialísimo del Amor Divino a través del sacrificio redentor de nuestro Señor Jesucristo (verdadero Dios y verdadero hombre) que eleva al hombre a su más alta dignidad, a la que el hombre adhiere libremente uniéndose a Cristo y mediante el amor a Cristo y por Cristo a los demás. Aquí aparece la filosofía subalternada a la Teología, como *ancillae Theologiae* o más bien subordinada a la *Sacra Doctrina* conforme al lenguaje de SANTO TOMÁS DE AQUINO.

4.2.5.

En conclusión, el derecho como realidad accidental al hombre se funda en esta doble participación: *en el ser y en el conocer*, que como ser contingente y causado tiene respecto al ser necesario e incausado,

⁸⁵ HOYOS, CASTAÑEDA ILVA M., "Entre la naturaleza y la dignidad, reflexiones sobre el fundamento de los derechos humanos", publicado en el libro *Las razones del derecho natural* coordinado por el Dr. Renato Rabbi-Baldi Cabanillas, Ábaco, Bs. As., 2000, págs. 194 y 205.

o sea, Dios. Por eso, la vida como existencia humana es el bien básico sobre el que se apoyan todos los demás, "La creación, por la que la Voluntad o Amor divino libremente nos saca de la nada, y nos confiere el *acto de ser o existir*, es el don fundamental y primordial de Dios. Todos los demás dones del Amor de Dios se fundan en este acto inicial de amor de Dios, que confiere y hace partícipe del *acto de ser* a una esencia. El conocimiento, la virtud, la salud, el perfeccionamiento humano y mil otros dones, aun los más admirables y supremos como los de la Redención de Cristo y la Gracia divina que nos hace partícipes de la vida de Dios, se fundan y son posibles por este primer fundamental don: *el acto de ser* inicial y amorosamente conferido por el *Acto creador de Dios*. Si Dios no nos hubiera amado con este primer Acto de Amor creador, que nos confiere el acto de ser o existencia, ningún otro don hubiéramos podido recibir de El"⁸⁶. Por tanto si expresamos esto en clave jurídica podemos decir que la vida humana como bien básico y derecho fundamental de la persona, sobre el que se apoyan todos los otros bienes o derechos, en su origen es un don (de Dios) antes que un derecho y que se convierte en derecho en relación con los demás que deben respetarlo.

5. Conclusión

Si nos referimos al *fundamento gnoseológico o noético* del derecho (o del conocimiento jurídico) lo constituye el primer principio práctico evidente, indemostrable e inderivado: *el bien debe hacerse y el mal debe evitarse*, sobre el que se funda todo el razonamiento práctico (aunque reconozca un conocimiento teórico previo que le permite comprender la evidencia de los términos del juicio o principio sin que se produzca una indebida derivación lógica del plano del ser al deber ser). Por lo tanto para fundar el razonamiento jurídico (una especie dentro del razonamiento práctico) no necesito remontarme más allá del citado principio, siendo por tanto innecesario apelar a la noción teórica de la naturaleza humana o a Dios como su autor o creador.

En cambio si nos referimos al *fundamento ontológico u óntico* la cuestión cambia, pues al ser el derecho una realidad accidental que anida en el hombre como en su sustancia y al ser éste un ser contingente y causado, necesitamos remontarnos a la naturaleza humana primero como fundamento inmediato del derecho y a Dios como su

⁸⁶ DERISI, OCTAVIO N., *Tratado de Teología Natural*, Educa, Bs. As., 1988, pág. 83.

fundamento último en el orden causal. Y como el ser o realidad es el objeto y medida de nuestro conocer, el fundamento ontológico funda a su vez el gnoseológico sirviéndole de soporte metafísico. Por eso como decía ARISTÓTELES nuestro conocimiento va desde lo primero y más conocido para nosotros hasta lo primero y más cognoscible por naturaleza⁸⁷.

⁸⁷ ARISTÓTELES, Segundos Analíticos, L. I, sección 2ª, cap. 2, 11.

CRÍTICAS IUSPOSITIVISTAS A TEORÍAS "CONCEPTUALES" DE LOS DERECHOS HUMANOS

EDUARDO MARTÍN QUINTANA*

1. Algunas cuestiones controvertidas del positivismo jurídico desde perspectivas ajenas al iusnaturalismo

1.1. La denominación "positivismo jurídico" abarca un amplio y variado panorama que comprende a autores y corrientes doctrinarias de dispar significación, resultando así difícil establecer un criterio unitario. Sin embargo hay dos notas que brindan un hilo conductor o "aire de familia" que permiten establecer algunos parámetros identificatorios. En primer lugar su dependencia del positivismo filosófico-científico que ha sido bien descrito por MACH para quien las ciencias sólo pueden proporcionar descripciones de las relaciones que guardan los fenómenos; pueden determinar *cómo* acontecen los fenómenos, no *por qué* acontecen, pues cualquier intento de explicación es metafísico. Este principio general puede describirse mediante las siguientes reglas: 1) sólo hay fenómenos y leyes descriptivas de ellos; por tanto el objeto de las ciencias son experiencias empíricas; 2) las ciencias se distinguen por la manera peculiar de organizar los fenómenos y por los particulares puntos de vista que utilizan para llevar a cabo su tarea descriptiva; 3) debe rechazarse toda explicación metafísica que vaya más allá de los límites estrictos de las ciencias empíricas¹.

* Abogado, UCA. Titular ordinario de introducción al Derecho. UCA.

¹ Cit. ULISES SCHIMMEL, "El positivismo jurídico", en *El derecho y la justicia*, pág. 68 edición a cargo de Ernesto Garzón Valdez y Francisco J. Laporta, Editorial Trotta, S.A., Madrid, 1996.

La segunda nota es específicamente jurídica y se caracteriza por la entronización de la “norma” como el centro de gravitación de toda consideración tanto fáctica como científica. La atención del iuspositivismo se dirige al derecho (norma) como es, al derecho (norma) establecido y por consiguiente positivo; la científicidad del derecho deriva de la consideración del derecho como un “hecho” y no como algún valor a realizar. Se produce una identificación entre derecho y normas entendiendo por éstas un conjunto de proposiciones regulatorias de determinadas conductas sociales, dotadas de coacción, cualquiera fuese su contenido material, y cuya única fuente es el orden público (sea esta fuente, legislativa, jurisprudencial, costumbre, etc.). Una de las consecuencias más importantes de esta concepción jurídica es que no hay “derechos” antes que las normas positivas así lo establezcan. En última instancia, puede decirse también que los “derechos”, entendidos solamente como facultades subjetivas son el correlato del “derecho objetivo” o sea el sistema normativo. Aquí reside también una de las claves principales ya que la coacción estatal con que se encuentra dotada la norma es el elemento especificador de su carácter jurídico.

Si bien el normativismo es una nota que presenta cierta flexibilidad, por ejemplo KELSEN es un ejemplo paradigmático de un normativismo formalista estricto, ya que todas las entidades que integran el derecho son proposiciones jurídicas prescriptivas, también se encuentra como característica definitoria en HART, con su regla de reconocimiento y en el realismo tanto norteamericano como escandinavo. Los autores más significativos del primero entienden a la ciencia jurídica como las previsiones de comportamiento fundadas en las decisiones judiciales; el “derecho no es sino aquello que los jueces harán en cuanto a las controversias” (HOLMES). Por tanto nuevamente el derecho es definido por las normas individuales aplicadas por la administración de justicia. Para el segundo, por ejemplo ALF ROSS, el sistema jurídico está constituido por enunciados normativos cuya función es directiva de los jueces y los ciudadanos, residiendo su especificidad en la eficacia que consiste en su aplicación concreta por parte de los primeros, no su validez formal.

La influencia del positivismo normativista enriquecido a partir de la década del treinta por diversos aportes de la filosofía analítica llegó a constituirse en la “filosofía dominante” —en palabras de RONALD DWORKIN— del universo jurídico. Además de las notas antes reseñadas, otra de singular trascendencia fue la conceptualización de los sistemas normativos formalizados y su análisis lógico y semántico

como único objeto de la ciencia del derecho, el que a su vez constituía una totalidad completa y cerrada respecto a otros ámbitos del saber. El único método "científico" para el análisis normativo era el lógico-deductivo, calificándose de "irracional" cualquier otro tipo de metodología.

1.2. A partir de la década del cuarenta y acentuadamente en los años cincuenta y sesenta, muchos iusfilósofos, entre ellos el citado precedentemente, entendieron que el normativismo implicaba un reduccionismo con resultados insatisfactorios para dar cuenta del fenómeno jurídico y la salvaguarda de los derechos personales. Surgieron entonces diversas propuestas que desde posiciones explícita o implícitamente negadoras de la metafísica y del iusnaturalismo han reintroducido las nociones de "bienes y razones" justificatorias de las normas, "principios y derechos morales", "razón práctica" y "teorías de la justicia". Quizás los tópicos que más cuestionamientos plantean a estos autores son la mentada negación de la existencia de derechos precedentes a las normas, la apriorística exclusión de la moral del ámbito jurídico y la subordinación, al menos implícita y fáctica, del derecho con el poder político. Si bien este cambio de óptica implica una saludable aproximación a la praxis y a la vez un alejamiento de los formalismos abstractos, no significa que las nuevas perspectivas respondan a una "*in-ventio*" o sea descubrimiento o develamiento de entidades jurídicas substantivas o accidentales reales. Más bien, es de usanza la "reconstrucción de los conceptos" por lo general desde una teoría del conocimiento empirista o con resabios del formalismo kantiano o sociologista. De esta manera las relaciones jurídicas, las normas y los derechos en vez de ser objeto del conocimiento intelectual en su función práctica, son materia de una elaboración *poiética* o sea puramente instrumental.

Entre las numerosas propuestas que se han articulado para contrarrestar las limitaciones del normativismo y la justificación de los derechos humanos nos ha parecido oportuno reseñar las teorías "conceptualistas" de CARLOS S. NINO y FRANCISCO LAPORTA pues han sido objeto de agudas críticas por parte de los iusfilósofos positivistas EUGENIO BULYGIN y ROBERTO VERNENGO, quienes han puesto de manifiesto las serias dificultades de plantear una superación del normativismo y la justificación de los derechos fundamentales desde perspectivas que eluden parámetros iusnaturalistas. Analizaremos si las teorías de los primeros logran sortear las objeciones de los segundos.

2. El constructivismo ético-conceptual y los "Derechos humanos"

2.1. CARLOS S. NINO, cuya producción temprana mostraba una impronta kelseniana y analítica, posteriormente en su obra de gran difusión tanto en nuestro país como en el extranjero, "Ética y Derechos humanos"², asume el intento de superar los parámetros clásicos del positivismo normativista, incorporando al sistema lo que enuncia como "principios morales" (según su peculiar concepción) y también exponiendo una redefinición del concepto de "derecho" que de "un sistema de normas" se transforma en un conjunto de "derechos morales" siguiendo en esta denominación a algunos autores y corrientes de la iusfilosofía anglosajona. Como método recurre al "discurso moral" cuyo fin es lograr el consenso o acuerdo sobre ciertas premisas básicas.

Nuestra exégesis de esa obra se limitará a sintetizar los tópicos que se consideran relevantes en el párrafo anterior. Su punto de partida es el análisis del concepto de "derechos humanos" exponiendo que no consiste "en dar cuenta de alguna esencia inobservable, reflejada en ese concepto, que esté de algún modo intercalada en la realidad y que por tanto se hace difícil determinar cuáles son los criterios que deben guiar el análisis". Para dilucidar este primer problema, deja de lado las denominadas investigaciones lexicográficas a la usanza en los diccionarios y también las definiciones que denomina estipulativas, que expresan la decisión de quien habla al usar una palabra.

Descartadas estas posibilidades recurre a lo que denomina "una vía intermedia constituida por la reconstrucción racional de un concepto, que consiste en la transformación de un concepto inexacto y vago empleado en algún ámbito por otro más preciso y exacto que pueda ser usado en la mayoría de las ocasiones en que se usa el concepto anterior."³ Siguiendo este derrotero entiende que la articulación de una teoría hace posible a su vez perfilar mejor el concepto en cuestión, tal vez incluyendo propiedades relevantes que habían pasado desapercibidas al comienzo del proceso o excluyendo rasgos que no son teóricamente significativos.

Estos párrafos son esclarecedores de la postura adoptada *a priori* por NINO: su análisis desecha de plano cualquier tentativa de investigación ontológica en sentido realista-práctico ya que recalca di-

² Paidós, Buenos Aires, 1984.

³ Op. cit., pág. 22.

rectamente en un proceso intersubjetivo de corte lógico-analítico cuyo resultado son “conceptos” reconstruidos por la razón con fines instrumentales.

2.2. *Iusnaturalismo versus positivismo: solamente una cuestión de interpretación semántica*

NINO considera que la milenaria controversia entre iusnaturalistas y positivistas tiene por causa un malentendido, ya que sólo basta con darse cuenta que pueden coexistir varios conceptos del término derecho para que las diferencias substantivas queden diluidas. Desde su perspectiva, el iusnaturalismo puede caracterizarse por la defensa de dos tesis fundamentales:

a) “que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos;

b) que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal, no puede ser calificado como *derecho* si no satisface los principios aludidos en el punto anterior.”⁴

Recurriendo a la conocida distinción entre “positivismo conceptual” o teórico mediante el cual el jurista sólo describe los hechos jurídicos sin pronunciarse sobre su obligatoriedad moral y el “positivismo ideológico” según el cual es obligatorio el cumplimiento de las normas cualquiera sea su contenido, sostiene que los positivistas comprendidos en la primera categoría (conceptual) no se oponen a la tesis a), sin perjuicio de mantener entre ellos posiciones diversas independientemente de su positivismo. Pero en lo que todos coinciden es en el rechazo de la tesis b). Sin embargo, agrega NINO, “esta controversia acerca de la tesis b) es una mera disputa verbal y su significación desaparece ni bien se abandona el prejuicio esencialista de que debe haber un único concepto de derecho. Si se advierte que pueden coexistir para ser empleados en distintos contextos –tal como de hecho son empleados– tanto un concepto normativo de derecho (que alude a las normas que *deben justificadamente* ser reconocidas por los órganos

⁴ Op. cit., pág. 24.

estatales) como un concepto descriptivo de derecho (que alude a las normas *que son de hecho* reconocidas por los órganos estatales) la discusión de fondo se desvanece”.⁵

No obstante, NINO reconoce que algunos positivistas se oponen a la tesis de que los derechos humanos están establecidos por principios del derecho natural no por una cuestión semántica, sino por motivaciones más fuertes pues o niegan que los principios universales de derecho natural existan y/o sean universalmente válidos o bien niegan que puedan ser cognoscibles. A esta actitud la denomina “subjetivismo, relativismo o escepticismo ético” y del contexto de su enfoque pareciera que no la considera como una característica definitoria del positivismo jurídico, sino solamente una propiedad asumida por algunos autores de esa corriente.

Para tranquilizar a los escépticos y alejarse a la vez de toda postura ontológica, propone una solución que no deja de sorprender –por lo que se verá luego no sólo a los iusnaturalistas, sino también a los positivistas–, pues sostiene que en su planteo “cabe eliminar toda exigencia de que los principios aludidos por la expresión “derechos humanos” existan o sean cognoscibles. NINO distingue “una tesis semántica de una tesis ontológica y de una tesis epistemológica: el hecho de sostener que un concepto alude a ciertas entidades o fenómenos no implica sostener que ellos existan o que sean cognoscible, de lo contrario sería imposible interpretar las mitologías como tales. Creo que con esta aclaración fundamental los escépticos en materia ética podrán aceptar la tesis de que los derechos humanos son derechos establecidos por principios morales, por más que agreguen a continuación que tales derechos son, en consecuencia –como los principios de los que derivan–, relativos, subjetivos o inexistentes.”⁶

2.3. Principios morales, discurso moral y los derechos humanos

NINO sostiene que aun desde una perspectiva positivista, o sea puramente descriptiva de las normas (no valorativa) la justificación de las decisiones, especialmente las judiciales⁷ como también la opi-

⁵ Op. cit., pág. 24.

⁶ Op. cit., pág. 26.

⁷ La conclusión de NINO que las decisiones judiciales son de índole moral y no legal-descriptivo es criticada también por GENARO CARRIÓ en *Un intento de superación de la controversia entre positivistas y jusnaturalistas* (réplica a CARLOS S. NINO) pág.46/52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986.

nión de los juristas, es de índole moral ya que consisten en juicios valorativos que se infieren de principios morales. Como consecuencia de ellos los llamados "*derechos humanos*" "*son aquellos derechos morales de que gozan todas las personas morales, es decir todos los seres con capacidad potencial para tener conciencia de su identidad como un titular independiente de intereses y para ajustar su vida a sus propios juicios de valor.*"⁸ Los fundamentales son tres: la inviolabilidad de la persona, el de autonomía de la persona y el de la dignidad de la persona. Estos principios tienen referencia directa a KANT, sobre todo el segundo, pues la autonomía significa que la fuente de las normas morales es la subjetividad y su ejercicio la libertad: en ella se basa la dignidad humana según el pensador de KÖNIGSBERG.

Como se expuso al comienzo, la propuesta de NINO consiste en "reconstruir" o reelaborar un concepto, no a partir de un análisis gnosológico u ontológico real, sino mediante argumentos lógicos pero como su pretensión tiene por meta alcanzar los principios morales de validez universal, utiliza como método lo que denomina discurso moral que "constituye una técnica para convergir en ciertas conductas y en determinadas actitudes frente a conductas sobre la base de la coincidencia de creencia en razones morales; esa convergencia en acciones y actitudes, que se pretende obtener mediante la coincidencia en creencias que la discusión moral tiende a lograr, satisface, evidentemente, las funciones de reducir los conflictos y facilitar la cooperación". Añade que "El discurso moral está dirigido a obtener una convergencia en acciones y actitudes a través de una aceptación libre por parte de los individuos, de principios para guiar sus acciones y sus actitudes frente a acciones de otros"⁹. El objetivo final es lograr "consenso" término no suficientemente explicado, pero que en ocasiones le añade el adjetivo de "unánime". Trasladada esta problemática a la dimensión política, la democracia es el sucedáneo del "discurso moral".

Para que nadie incurra en el equívoco de pensar que se refiere a algún principio moral substantivo inherente a la "humanidad", NINO

⁸ Op. cit., pág. 45. Podemos ya anticipar que según esta definición los seres humanos que han carecido desde el comienzo de su existencia de la mencionada "potencialidad" o que la han perdido no son titulares de derechos humanos, conclusión a la que lamentablemente han arribado numerosas legislaciones alimentadas por teorías éticas cuyo origen entre otros se remontan a LOCKE y son sostenidas entre tantos contemporáneos por ENGELHARDT y NINO.

⁹ Op. cit., págs. 87 y 90

aclara que su concepción metaéica “presenta a la moral como un ‘artefacto humano’, como algo que depende esencialmente de las acciones y actitudes de los hombres” (de cada individuo añadimos nosotros interpretando su lógica) y para diferenciarse de los intuicionistas (que defienden la posibilidad de conocer alguna propiedad real de las cosas, pero implícitamente extendiendo ese concepto a cualquier doctrina intelectualista) cita en su apoyo a RAWLS: “...la idea de una aproximación a la verdad moral no tiene cabida en una doctrina constructivista...Estos principios no están, como en el intuicionismo racional, dados por un orden moral previo e independiente de nuestra concepción de la persona...más bien para el constructivismo no hay tal orden y por lo tanto no hay tales hechos, aparte del procedimiento de construcción.”¹⁰

Como condición para arribar a conclusiones satisfactorias, NINO, siguiendo también a RAWLS y otros “constructivistas”, aclara que el discurso moral debe estar sujeto a ciertas reglas que determinan las condiciones para alegar razones morales, en cierta forma análogas a las de los juegos que establecen cuáles “movidas” pertenecen al juego en cuestión.

La determinación del discurso moral se establece mediante tres notas *procesales*: “convicciones intuitivas particulares, principios substantivos generales que den cuenta de ellas y reglas o aspectos formales del discurso moral que permiten derivar tales principios”. Estos aspectos o principios deben ser “públicos” o sea que todos puedan conocerlos, “generales”, en el sentido que establecen soluciones normativas definidos sobre relaciones genéricas y “universales” en tanto que cualquier partícipe del discurso puede también justificar sus acciones sobre la base del mismo principio.¹¹

Para aventar *a priori* las inevitables disputas que siguen a cualquier consideración de un tema conflictivo, ya que obviamente si hay acuerdo previo no se requiere tan complicado proceso, NINO recuerda que los partidarios de esta metodología (comenzando con HUME con su “observador ideal o espectador imparcial”) han propuesto que el discurso procede mediante la adopción de cierto punto de vista que pueda ser común a todos los participantes. Lo óptimo consistiría en

¹⁰ Op. cit., pág. 95. y RAWLS, JOHN, *Kantian Constructivism in Moral Theory*, págs. 564 y 567. Este ensayo también se encuentra en RAWLS, JOHN *Justicia como equidad*, traducción M. A. RODILLA, Tecnos, Madrid, 1999.

¹¹ Op. cit., págs. 90,91.

que cada uno imaginara "cómo decidiría un árbitro ideal" o sea alguien que asumiera una perspectiva imparcial y desinteresada¹², utilizando así un *estándar* desarrollado también por HABERMAS.

2.4. Principios morales, derechos humanos y orden jurídico

Llegado a este punto, falta establecer la vinculación entre "principios morales-derechos morales/humanos" y juridicidad. Al mejor estilo del positivismo voluntarista, la juridicidad para NINO es lisa y llanamente la fuerza o sea la coacción, sin diferenciarse en esto de ninguno de sus predecesores ilustres desde HOBBS, pasando por AUSTIN y KELSEN. A la vez la coacción legal es pública y por tanto la juridicidad es sólo un instrumento de la política, con lo cual comienza a cerrarse el círculo del cual NINO pretendió salir.

En efecto, la justificación del orden jurídico se sustenta para NINO en la protección de los derechos individuales exponiendo que "el bienestar agregativo de la sociedad no puede menoscabar derechos individuales básicos", por lo tanto "es la función de hacerlos efectivos lo que provee justificación moral primaria de la existencia de un orden jurídico, o sea de un gobierno establecido"¹³. NINO ha ido a parar de los "derechos morales" a la política, cuya función es la protección coactiva de los individuos, supuestamente iguales y no al buen reparto de bienes, servicios, beneficios y cargas, obra de la justicia. Esta tesis la afianzará y desarrollará exhaustivamente en su obra póstuma.¹⁴

Como conclusión queda entonces claro que para NINO la "justicia" es la protección de los individuos (tesis política), que los principios morales no existen "realmente" sino "racionalmente *a priori* de la praxis" (tesis de la razón instrumental no cognoscitiva) que surgen como consecuencia del discurso en base a un procedimiento previo racionalmente elegido, similar a los juegos. Si bien el temario de la obra de NINO excede esta reseña, el propósito de estas líneas se limita a sintetizar los puntos cardinales de su propuesta justificatoria de los derechos humanos, que como se ha visto se funda en la "reconstrucción" de ese concepto a partir de principios morales establecidos por el discurso moral, ya que ellos son el blanco de las críticas positivistas que nos interesa abordar a continuación.

¹² Op. cit., pág. 93.

¹³ Op. cit., 226

¹⁴ NINO, CARLOS S., *Derecho, Moral y Política*, Ariel, Barcelona, 1994.

2.5. La crítica de Eugenio Bulygin

Como se expuso en el punto 2, la disolución de las posiciones contradictorias (iusnaturalismo/positivismo) era la premisa mayor del análisis de NINO, tesis que sirve de andamiaje a su concepción “constructivista-discursiva” ya que todos estamos llamados a argumentar en paridad de condiciones, sin apriorismos ideológicos que dificulten el diálogo, excepto claro está las reglas y procedimientos establecidas en su teoría. Precisamente contra esa premisa se alza la crítica de EUGENIO BULYGIN¹⁵ autor de numerosos estudios de factura positivista y analítica.¹⁶

2.5.1. Para BULYGIN el error de NINO consiste en creer que la negación de la tesis a) del iusnaturalismo (*que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos*) no es una característica definitoria del positivismo jurídico, sino del escepticismo ético, según el cual no hay posibilidad de poder identificar un sistema normativo justo y universalmente válido (llámese éste derecho natural o moral ideal) sea porque tal sistema no existe (escepticismo ontológico) sea porque no es accesible para la razón humana (escepticismo gnoseológico).

Contrariamente a lo que sostiene NINO, para BULYGIN el escepticismo ético es definitorio del positivismo jurídico. Cita en su apoyo a G.H.VON WRIGHT para quien el positivismo se caracteriza por tres tesis: 1) todo derecho es derecho positivo (creado por los hombres); 2) distinción tajante entre proposiciones descriptivas y prescriptivas (ser y deber ser), y 3) la concepción no cognoscitivista de las normas, que no pueden ser verdaderas ni falsas. En base a estas características BULYGIN concluye que no puede haber normas verdaderas (ni jurídicas, ni morales) y por consiguiente no existen derechos humanos como entidades ontológicas.

2.5.2 Sin perjuicio de ello, para BULYGIN nada impide que se “hable” de derechos morales y derechos humanos, pero no puede pretenderse que tengan validez “en sí”, ya que ellos “sólo pueden ser interpretados como exigencias que se formulan al orden jurídico positivo

¹⁵ BULYGIN, EUGENIO, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, págs. 79/84, DOXA n°4, Alicante, 1987.

¹⁶ Entre ellos en coautoría con CARLOS ALCHOURRON, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Astrea, Buenos Aires, 1979.

desde el punto de vista de un determinado sistema moral....*Por lo tanto los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión.* Recién con su “positivización” por la legislación o la constitución los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa “realidad” sea jurídica. Pero cuando un orden jurídico positivo, sea éste nacional o internacional, incorpora los derechos humanos, cabe hablar de derechos humanos jurídicos y no ya meramente morales... Si no existe un derecho natural o una moral absoluta, entonces los derechos humanos son efectivamente muy frágiles, pero la actitud correcta no es crear sustitutos ficticios para tranquilidad de los débiles, sino afrontar la situación con decisión y coraje: si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución.”

2.6. Algunas observaciones sobre la controversia Nino-Bulygin

2.6.1. Como se mencionó al comienzo, el positivismo en su versión normativista conoció un desarrollo ascendente hasta la década del cincuenta, principalmente inspirados por el empirismo, el Círculo de Viena y el positivismo lógico que tuvo gran influencia sobre KELSEN, sin duda el adalid de esta posición. Pero a partir de entonces han sido numerosos los autores no iusnaturalistas que cuestionaron la concepción reduccionista del normativismo jurídico. NINO también advierte la insuficiencia del normativismo como justificación última de los derechos, en especial de los “derechos humanos”, sobre todo teniendo en cuenta que el positivismo históricamente está relacionado con la formación de los modernos estados centralizados capaces de ejercer el monopolio de la coacción y de la normatividad¹⁷. Recorde-

¹⁷ De los tres aspectos con que NORBERTO BOBBIO analiza el positivismo jurídico, en el segundo, caracterizado como “Teoría” describe el nexo histórico entre positivismo y estatalidad. Según el autor son sus propiedades: 1) respecto a la definición del derecho, la teoría de la coactividad entendiéndose por derecho un sistema de normas; 2) con respecto a la definición de norma jurídica, la teoría imperativista según la cual las normas son mandatos; 3) con respecto a las fuentes del derecho, la supremacía de la ley sobre las otras fuentes; 4) con respecto al orden jurídico en su conjunto, la consideración de su carácter de plenitud; 5) con relación al método de la ciencia jurídica y de la interpretación su consideración como mera hermenéutica exegetica o dogmática. *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, S.A., México, 1994.

mos que para Kelsen el derecho es una técnica social que aparece como un método específico para inducir las conductas de una manera determinada y para ello se atribuye el monopolio de la fuerza¹⁸.

Desde una perspectiva políticamente individualista como la de NINO, resulta congruente la tentativa de encontrar otras justificaciones de los derechos que las fuentes estatales y de allí su recurso a los principios morales, que son anteriores a las normas jurídicas como originantes de los derechos que también cataloga de morales.

Analizaremos la tesis de NINO desde la crítica positivista de BULYGIN y desde una perspectiva iusnaturalista.

2.6.2. BULYGIN rechaza la tesis a) de NINO sosteniendo que el escepticismo ético es una característica esencial del positivismo. Al circunscribir la función de la razón a un instrumento de elaboración de conceptos apriorísticos y subjetivos, es el propio NINO quien concede razón a su crítico, ya que si no se acepta la capacidad gnoseológica de conocer la realidad más allá de lo empírico limitándola a la formulación de enunciados lógico-formales, no hay posibilidad de conocer valores objetivos universales, ni existe por tanto ningún parámetro real indicador de los principios morales, entre ellos la justicia.

Por lo tanto, si la función cognoscitiva es sólo constructora de entes de razón e instrumentalizadora de lo empírico, resulta injustificado desde la perspectiva de BULYGIN pretender otorgar alguna prelación cronológica, lógica u ontológica, a los "derechos humanos", o derechos morales, concluyendo sin un dejo de ironía, que nada impide que se "hable" de ellos, pero sin ninguna pretensión de validez jurídica. Serían entonces, meras "exigencias". Pero estas exigencias tampoco provenientes de una realidad subsistente, ni en sí, ni originada en la naturaleza humana ni de unos principios o una ética universal, sino simplemente exigencias de las individualidades subjetivas y por lo tanto mutables en cada tiempo y espacio. En consecuencia, se concluye de las observaciones de BULYGIN que NINO, también es un esceptico moral, ya que los principios morales no tienen sustento objetivo y los así denominados por él sólo responden a la subjetividad.

2.6.3. *Análisis desde el iusnaturalismo.*

Limitaremos nuestra opinión, a las denominadas tesis a)/b) (citas en notas 4 a 6), su conceptualización de los "principios morales"/ "discurso moral" (citas en notas 8 a 14) y su categorización de los "derechos morales" (punto 2.4).

¹⁸ Kelsen, HANS, *Teoría pura del Derecho*, Eudeba, Bs. As., 1960.

2.6.3.1. Si bien la tesis a) de NINO (*que hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales y establecen parámetros de virtud personal que son universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos órganos o individuos*) padece de cierta ambigüedad debiendo efectuarse diversas precisiones y añadidos, fundamentalmente su realidad objetiva, puede en principio aceptarse que para esta iusfilosofía “hay principios que determinan la justicia de las instituciones sociales...universalmente válidos independientemente de su reconocimiento efectivo por ciertos organos o individuos”. Hemos excluido expresamente de este enunciado su referencia a los “parámetros de virtud personal”, pues ellos no son jurídicamente relevantes para determinar el derecho que es estrictamente social e intersubjetivo. En cuanto a la tesis b) debe distinguirse que conceptualmente el derecho no designa en primer lugar a la legislación, sino al objeto debido de las conductas intersubjetivas y/o a las acciones justas y/o situaciones justas. Es claro desde esta perspectiva que una legislación injusta o sea que viole los derechos, no puede denominarse “derecho”.

Sin embargo, las descripciones que NINO efectúa del iusnaturalismo son inconducentes para lograr su objetivo “conciliatorio”, pues la controversia sobre la tesis b) (*que un sistema normativo, aun cuando sea efectivamente reconocido por órganos que tienen acceso al aparato coactivo estatal no puede ser calificado como derecho si no satisface los principios aludidos en el punto a) –transcripto en párrafo anterior–*) no es “una mera *disputa verbal*” ni “desaparece”, ya que para que así suceda, según el autor comentado, debe abandonarse el prejuicio “esencialista” de que hay un *único* concepto de derecho, pues considera que puede existir tanto un concepto *normativo* de derecho cuyas normas deben justificadamente ser reconocidas por el Estado, como un concepto *descriptivo* de derecho que alude a las normas que de hecho son reconocidas por los órganos estatales. Para el iusnaturalismo esta clasificación es equívoca pues confunde el uso semántico de los nombres con el de los conceptos ya que éstos responden a una abstracción intelectual de la misma realidad. Si bien es cierto que en función de que el término derecho tiene distintos significados dado su carácter polisémico, en el lenguaje cotidiano un iusnaturalista pueda utilizarlo para referirse a una legislación injusta, lo hace sólo metafóricamente y en forma impropia, sin darle al mismo una significación real. Sería falsear las reglas de juego de una disputa filosófica, admi-

tir que un iusnaturalista “realmente” designe con el término derecho a lo injusto. Por lo tanto, la tesis b), así formulada, no es aceptable para el iusnaturalismo.

2.6.3.2. Tampoco resulta aceptable la eliminación de la exigencia de que los principios aludidos con la expresión “derechos humanos” (o cualquier otra vinculada con la justicia y su objeto o sea los derechos) existan o sean cognoscibles. Para NINO se trata sólo de una tesis semántica que para él equivale a un axioma vacío de contenido, similar a un ente de razón inexistente (como los términos mitológicos) a partir del cual la razón ejerce una función “instrumental”, puramente lógica, mediante la cual se “construye el concepto”. NINO es consciente de la insuficiencia del positivismo normativista, pero manteniéndose fiel a sus orígenes lógico-empiristas y a un kantismo devaluado (o reconstruido, como está de moda decir), no puede admitir ningún principio realista, ya que estos son primariamente objetivos. Entonces, como tantos otros ha intentado encontrar la “vía media” que conjugue por un lado la comprobación empírica o fáctica de las normas, pero con una justificación que se base en principios de otro orden que denomina “morales”. Claro está que estos principios nada tienen que ver con la naturaleza humana sino que son “construidos” o “creados” a través de distintas reglas, que explícitamente equipara a la de los juegos. Los “derechos humanos” así justificados, son un invento transitorio y mudable de los partícipes “imparciales” en cada uno de los discursos. Es fácil advertir la debilidad de los derechos nacidos del “consenso” ya que su onticidad radica pura y exclusivamente en su acto creador mutable y contingente.

2.6.3.3. Pero además de las críticas estrictamente filosóficas, la propuesta del autor es pasible de observaciones adjetivas por la ambigüedad e inexactitud del procedimiento seguido. En efecto, a primera vista, pareciera que el “discurso” se inicia en un punto cero, contando sólo con la imparcialidad y racionalidad de los participantes. Pero como se ha apuntado en las citas 9, 10 y 11 su puesta en marcha esta predeterminado por “convicciones intuitivas particulares” (?), principios substantivos generales que den cuenta de ellas y reglas o aspectos formales, procediendo el *discurso mediante la adopción de cierto punto de vista* común a todos los participantes. No es difícil imaginar dos aspectos “procedimentales” que no han sido suficientemente explicitados: 1) que alguien convoque, ordene y dirija el debate y establezca las reglas del discurso; 2) que las premisas fijadas *a priori*, mediante la adopción de cierto punto de vista, contienen

al menos parcialmente a las conclusiones o al menos las inducen. Las dos cuestiones, por su circularidad vician la transparencia del resultado.

2.6.3.4. Tampoco NINO logra superar el normativismo mediante el recurso de denominar a los derechos humanos como “derechos morales” ya que para lograr calidad “jurídica” deben pasarse por el tamiz del “discurso moral” que implica una instancia política como hemos expuesto en notas 11/13. Por el contrario, para el iusnaturalismo los derechos naturales (*to dikaiion* aristotélico e *ipsa res iusta* tomista) son morales y también jurídicos, sean o no reconocidos por la legislación positiva¹⁹.

2.6.3.5. En última instancia desde una perspectiva iusnaturalista, ambos autores son escépticos, ya que el conocimiento ético tiene por fundamento la capacidad de la razón para conocer objetivamente y en forma evidente –sin demostración– los primeros principios del obrar, cuya fuente no es la subjetividad individual sino la praxis objetiva. Para NINO los principios morales y los derechos morales son categorías formales, conforme sus citas de RAWLS: “..la idea de una aproximación a la verdad moral no tiene cabida en el constructivismo...”, “los principios de la moral no están dados por un orden moral previo e independiente de nuestra concepción de la persona...no hay tal orden y por lo tanto no hay tales hechos.”

Para BULYGIN, la “ética constructivista” carece de entidad para fundar los derechos humanos, conclusión con la que coincidimos plenamente. La diferencia entre los autores reside en que BULYGIN es más coherente y consecuente con sus postulados y sus ancestros que NINO, sin perjuicio de señalar que éste ha advertido la insuficiencia del positivismo pero sin encontrar la salida –pese a sus esfuerzos– a las dificultades que presenta contemporáneamente la credibilidad de esa iusfilosofía.

3. El “concepto” de los derechos humanos como expresión de bienes y razones relevantes. (Francisco Laporta)²⁰

3.1. Juridicidad y normativismo

Para abordar la problemática de los derechos humanos, el iusfi-

¹⁹ OLGIATI, FRANCESCO, *El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino* (cap. XII punto 6, *Relaciones entre el derecho positivo y el derecho natural*), Eunsa, Pamplona, 1977. GRANERIS GIUSSEPPE, *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*, cap.V (“Juridicidad del Derecho Natural”) Eudeba, Buenos Aires, 1973.

²⁰ FRANCISCO LAPORTA, catedrático de Filosofía del Derecho, Moral y política en

lósofo español FRANCISCO LAPORTA²¹ propone un análisis “conceptual” más que “justificatorio”. Para el autor, es generalmente aceptado que hablar de “derechos” sólo tiene significado comprensible cuando se hace en el marco de lenguajes normativos como un conjunto cuyos elementos son única y exclusivamene enunciados deónticos que contienen siempre algunos de los operadores de esta naturaleza (obligatorio, prohibido, permitido, etc.). Como puede advertirse, la “generalidad” a la que se refiere es al amplio sector positivista de la iusfilosofía.

Aquí se detiene para efectuar su primer análisis y crítica: “En este plano la tesis otorga a los deberes u obligaciones una prioridad impertinente respecto a los derechos. De ella parece deducirse que el fundamento o la génesis de los derechos son las obligaciones que gravitan sobre otro u otros, o lo que es lo mismo, que A tiene un derecho porque B tiene una obligación. Pero la idea usual que tenemos de lo que significa “tener un derecho” es muy distinta. El lenguaje de los derechos parece tener una fuerza explicativa/justificatoria propia que se desarrolla en un sentido radicalmente contrario a esa descripción. Tal lenguaje suele llevar consigo la sugerencia fuerte que el origen o el fundamento de esas obligaciones que se hacen gravitar en los demás es, precisamente, la previa existencia de mi derecho, o, lo que es lo mismo, que los demás tienen algún deber u obligación con respecto a mí porque yo previamente tengo un derecho y no al revés”²².

Pese a que estas observaciones implican ya un alejamiento ostensible del reduccionismo normativista, LAPORTA deja en claro que no es necesario extraer a los derechos del lenguaje normativo por dos motivos: i) la noción de norma no es equivalente a la expresión de un enunciado deóntico arquetípico, como es el enunciado “obligación” y ii) no se requiere para que un sistema tenga naturaleza normativa, que todos sus enunciados tengan esa naturaleza. Por tanto considera que debe afrontarse el análisis desde una perspectiva que va mucho más allá de la suposición tan generalizada de que los derechos son en todo caso tipos muy particulares de normas y por ello “puede abrir a nuestra consideración perspectivas nuevas al situar la noción de derecho incluso más allá de las normas de competencia.”²³

la Universidad Complutense de Madrid. Autor de numerosas investigaciones sobre el tema como “Entre el Derecho y la Moral”, Fontamara, México, 1993.

²¹ LAPORTA FRANCISCO, “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa* n°4 pág. 24, 1987, Alicante.

²² Op.cit., pág. 26.

²³ Op.cit., pág.27. Cita a HOEHFELD quien detalla cuatro significados del término derecho: acción, poder, libertad e inmunidad y también a FEINBERG quien al identificar la noción de derecho con la de pretensión, exigencia y acción, evita que pueda ser definida en terminos deónticos estrictos.

3.2. Un concepto de derechos diferentes a normas. Necesidad del razonamiento práctico

Lo que reviste interés desde una perspectiva realista clásica, es que el autor comienza a diferenciar la noción de “derechos” de las de “normas”, pues también afirma que no hay que confundir “tipos de derechos” con tipos de “protección normativa”. Explicítamente sostiene LAPORTA “que los ‘derechos’ son algo que, por así decirlo, están *antes* que las acciones, pretensiones o exigencias, *antes* que los poderes normativos, *antes* que las libertades normativas y *antes* que las inmunidades de estatus. Se entiende mejor cuando se les concibe como el título que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más, es decir, cuando se les concibe como el justificante de la puesta en marcha de tales técnicas.” Agrega que “cuando usamos la noción de ‘derecho’ no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema normativo, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas.”²⁴

Al apartarse de una de las premisas básicas de las concepciones iusfilosóficas que reducen el objeto del conocimiento racional a la estructura lógica de un ente de razón, LAPORTA admite otro tipo de realidades, pone en tela de juicio “la idea tan acríticamente asumida de que los sistemas normativos son equiparables, o pueden presentarse adecuadamente como sistemas deductivos”. Frente a esta posición sugiere que “entre algunos de los componentes de esos sistemas no sólo pueden darse relaciones lógico-deductivas sino que aparecen también relaciones justificatorias o instrumentales que pertenecen al mundo del razonamiento práctico y son imposibles de aprehender en los lazos formales del razonamiento lógico-deductivo”²⁵. En consecuencia reconoce la existencia de otra entidad en los sistemas normativos: “además de sus prototípicos componentes-normas (normas conducta y normas poder) nos ha salido al paso *algo* que no es una norma ni parece el contenido de una norma, sino que está antes de esas normas, las cuales sólo operarían como vehículos de protección de esa *algo* que está *antes* que ellas”... “en los sistemas normativos complejos existen muchas cosas más que las que da por supuesta la dogmática, tales como descripciones de estados de hecho, con juicios de valor y con otras cosas, entre las que puede estar *eso* que buscamos”²⁶.

²⁴ Op. cit. pág.28.

²⁵ Op. cit., pág.29.

²⁶ Op. cit., pág.29.

3.3. Derechos y bienes relevantes

En apoyo de estas conclusiones afirma que tanto la teoría del interés alemana como la teoría inglesa del beneficiario han puesto de manifiesto la dimensión de “bien”, “satisfacción de interés” o “beneficio” para el titular que parece llevar consigo muy marcadamente la noción de “derecho” y agrega que ese “bien” o “satisfacción” no tiene por qué ser algo *empíricamente* constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos²⁷. Por lo tanto los sistemas normativos ya sean morales, sociales o jurídicos contemplan posiciones, situaciones, estados de cosas o aspectos de ciertos individuos como algo valioso, como bienes que precisamente por su valor a los ojos del sistema normativo constituyen razones y suministran una justificación para articular normativamente una protección específica para ellos²⁸. Reafirmando que el sistema jurídico es más amplio que un sistema meramente normativo-deóntico, añade una consideración que es nuclear a su tesis: “Además de la creación de deberes la protección de los derechos se instrumenta confiriendo poderes al individuo, poniendo a su disposición acciones procesales (en el caso del sistema jurídico), concediendo inmunidades, etc...pudiendo de este modo configurarse un solo “derecho” como la razón justificatoria de un universo muy complejo de enunciados normativos interrelacionados, a los cuales, el “derecho” en cuestión no sólo “presenta” o sintetiza por economía del lenguaje, “*da sentido, justifica*”. Los derechos han de ser razones de un cierto tipo y es plausible concebirlos como “bienes relevantes”, es decir, situaciones o estados de cosas a los que el sistema confiere una cierta importancia, un cierto valor²⁹.

Luego de estas consideraciones que pueden denominarse “marco justificatorio”, LAPORTA aborda el tratamiento particular de los derechos humanos. La primera característica que les atribuye es su universalidad aclarando que “no se trata sólo de un simple predicado lógico-formal ya que éste admite incluir en el enunciado universal cualquier circunstancia del caso que puede entonces excluir a alguno de los seres humanos de ellos predicados.” “Basta al parecer que se cumpla con el requisito mínimo de ‘ser humano’ para que tales derecho le sean adscriptos.” Del rasgo de universalidad concluye que los

²⁷ Op. cit., pág. 29.

²⁸ Op. cit., pág. 30.

²⁹ Op. cit., pág. 30.

derechos humanos se encuentra fuera del ámbito del sistema jurídico positivo: “Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando”³⁰. Por lo tanto, ubica a los derechos humanos en el ámbito de la ética como “derechos morales” y no como “derechos legales”. Pero dado la universalidad antes predicada, estos “derechos morales” no son atribuidos por instituciones ni pautas sociales y por lo tanto postula que hay que desvincularla (“*descontextualizarla*” o sea sacarla de contexto) de las instituciones éticas concretas que funcionan en una moralidad positiva o que son propuestas por una moral crítica.

LAPORTA ensaya una definición de los derechos humanos como una posición, situación, aspecto, estado de cosas que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor, correspondiéndoles a todos y cada uno de los miembros individuales de la clase “ser humano”³¹. Resulta interesante resaltar el concepto de “bien” que ha estado implícita o explícitamente en la base de todas las argumentaciones de LAPORTA y que se refuerza al considerar la segunda de las propiedades que asigna a los derechos humanos (luego de su universalidad) que es su carácter absoluto. Según LAPORTA “lo que late bajo esa condición de “absoluto” o de “importante” de cualquier derecho humano es la idea de “fuerza”, de “exigencia moral fuerte”. Aquí vuelve a aclarar que la fuerza o intransigencia de los derechos humanos consista a la vez en la fuerza que tienen las obligaciones que los protegen ya que aquéllos son el tipo de exigencia fuerte no porque sus obligaciones reflejas lo sean, sino al contrario, las obligaciones son fuertes precisamente porque los derechos humanos llevan en sí esa fuerza. Concluye entonces que “si esa fuerza no deriva del componente obligación ha de derivar necesariamente del otro componente de su argumentación es decir del *bien*, de la valoración cualificada de la situación o estado de cosas que trata de protegerse;...son la expresión de bienes de particular relevancia para los seres humanos”³². No nos detendremos a considerar las restantes características con que los derechos humanos se encuentran revestidos para LAPORTA ya que nuestro propósito es sólo

³⁰ Op. cit., pág. 32.

³¹ Op. cit., pág. 34.

³² Op. cit., pág. 36.

resaltar la tentativa del autor para superar el normativismo tratando de hallar un soporte previo de índole moral o prejurídico que legitime así su valor. No obstante, como consecuencia de la ausencia de un fundamento ontológico, para LAPORTA, no sólo los “derechos” en general, sino aun los derechos humanos son *prima facie* o sea que pueden ser desplazados –por otros derechos humanos– con lo cual se diluye el carácter “absoluto” que les otorga.

Siendo así, con apoyo de la tradición moderna, afirma que estamos en presencia de unos bienes personales tales, que en determinadas condiciones, el uso de la violencia para protegerlos está moralmente justificado. Recuerda que según los autores pactistas de la modernidad, en el estado de naturaleza los individuos podían hacer uso de la violencia privada en defensa de sus derechos, violencia que luego del pacto es transferida al Estado para que ejerza la tutela de los mismos. Como consecuencia de ello, cree entender que “una aceptación acrítica de esta tradición es la que ha originado la idea “legalista” de los derechos humanos o sea que sólo se puede hablar de ellos cuando estamos en presencia de un dispositivo estatal-legal de protección institucionalizada de tales derechos. Lo que han transmitido esos autores es que cuando estamos en presencia de derechos humanos o naturales es cuando el funcionamiento de un aparato institucional de violencia recupera su justificación cabal”³³. Como puede advertirse, los derechos naturales a que se refiere el autor son aquellos mencionados por el contractualismo moderno, haciendo referencia expresa HOBBS, LOCKE, GROCIÓ y KANT.

3.4. Crítica de Roberto Vernengo

La conclusión de LAPORTA es la conceptualización de los derechos humanos *como una posición, situación, aspecto, estado de cosas que se considera moralmente un bien tal que constituya una razón fuerte para articular una protección normativa en su favor, correspondiéndoles a todos y cada uno de los miembros individuales de la clase “ser humano”. Son derechos “morales”, no “legales”.*

Desde su perspectiva positivista y analítica para ROBERTO VERNENGO esa conceptualización de los derechos humanos carece de sustento lógico, tachándola de “metafísica”. Para la generalidad de los

³³ Op. cit., pág. 38.

positivistas lógicos, los “supuestos” conceptos de tal tenor son simplemente “sin sentido”³⁴. Transcribiremos textualmente los párrafos relevantes de su crítica referidos a la propuesta de LAPORTA³⁵.

3.4.1. “En los sistemas jurídicos y también en los morales, existirían, pues, entidades *sui generis* no aprehendibles racionalmente. Es curioso que justamente se las denomine “razones”. Se trata claro está, de esos objetos característicos de toda ideología irracional. O para recurrir a una terminología más tradicional aún, de bienes”³⁶.

“Y porque se trata de aludir a un fundamento metafísico, el derecho-razón no puede reducirse a pura apariencia verbal, como en el nominalismo escandinavo y menos nítidamente en el neo-kantismo kelseniano sino que, a nivel de la realidad tendría también una función explicativa, en cuanto es seguramente causa de la existencia de un derecho humano y de su aparición fenoménica como facultad adscripta a un individuo”³⁷.

3.4.2. “Estas propuestas padecen de la insanable equivocidad de hablar de derechos (subjctivos) en otros terrenos, sea el de la moral o en otros sistemas normativos como el de un supuesto derecho natural no positivo, donde no responde a datos institucionales reales. En derecho positivo hablar de un derecho subjetivo no es hablar de algo previamente existente que luego, el derecho objetivo provee de protección normativa, sino que el derecho subjetivo se constituye como tal al darse esa protección normativa, lo cual no es sino una forma de referirse a la existencia de ciertas normas positivas bien contingentes.”

“La adscripción de un estatus valioso, de una posición social considerada un bien, que el sistema normativo confiere a un individuo cuando se le atribuye un derecho es la típica atribución normativa o

³⁴ Ayer fue uno de los autores que más contribuyó a difundir las ideas del Círculo de Viena y del positivismo lógico, sobre todo a través de su libro *Lenguaje, Verdad y Lógica* cuya primera edición data de 1936. Su punto de partida es el análisis de las proposiciones que debe pasar por el tamiz del principio de verificación empírica para resultar significativa; pese a ello, quizás conciente de las dificultades en la formulación de este principio, no exige que las hipótesis empíricas deban ser verificadas en forma concluyente, sino tan sólo que haya alguna experiencia sensible que sea pertinente para la determinación de la verdad o falsedad. A partir de este principio explica que si una presunta proposición no consigue satisfacerlo y no es tautológica “entonces sostengo que es metafísica y que por ser metafísica no es ni verdadera ni falsa sino literalmente sin sentido”.

³⁵ VERNANGO, ROBERTO, “Los derechos humanos como razones morales justificatorias”, *DOXA* n°7, 1990, Alicante.

³⁶ Op. cit., pág. 283.

³⁷ Op. cit., pág. 285.

Zurechnung que KELSEN destacó múltiples veces. En efecto, que se tenga un derecho (subjetivo) supone ... que el derecho (objetivo) (el sistema normativo) contenga reglas que constituyan para el titular del derecho subjetivo, un *right*, una *freedom*, un *power* o una *immunity*". La noción de derecho subjetivo que LAPORTA propone es por el lado que se la mire una noción puramente normativa que, por cierto, no requiere para nada echar mano de normas diferentes a las "clásicas"³⁸. "Pero la noción de *right* o derecho subjetivo no es una categoría formal, sino es una construcción conceptual, elaborada a partir del supuesto de la existencia de ciertos conjuntos de normas mediante la cual pensamos instituciones contingentes que pueden darse en los derechos positivos... En rigor me parece, el problema latente en este tipo de discusiones es que se supone que cabe una fundamentación "última" de los derechos humanos, al margen de toda teoría cuyos enunciados puedan servir de bases no cuestionadas de la fundamentación... De ahí me parece que quepa comprender como, a la postre en esta utópica búsqueda de un fundamento moral último de los derechos morales, se arrije como siempre a insolubles cuestiones metafísicas"³⁹.

3.5. Algunas consideraciones sobre las justificaciones de Laporta y las opiniones de Vernengo

3.5.1. Desde una perspectiva iusnaturalista, el interés en el trabajo de LAPORTA reside más en su inquisición, búsqueda y parcial aproximación a la realidad de los derechos como "bienes" que a sus razones justificatorias, las que no cumplen su cometido pues se limitan a constataciones empíricas, sin perjuicios que esa aproximación a la realidad, quede diluida ya que retorna a la norma como causa necesariamente justificatoria y a la "concesión" de los derechos por parte del orden público. Pese a las falencias del panorama, resulta rescatable la referencia a bienes, razones y valores y en consecuencia no debe sorprender la acida crítica de VERNENGO.

3.5.2. Es un postulado básico del positivismo normativista la primacía de la norma a la que tanto aisladamente, como formando un conjunto, se la denomina "Derecho" en un sentido "fuerte", sobre cualquier otro elemento del sistema. Siguiendo esta línea de pensamiento, las normas imponen obligaciones y de esta manera los beneficia-

³⁸ Op. cit., pág. 286.

³⁹ Op. cit., págs. 288 y 297.

rios de las obligaciones asumen entonces “derechos” que son las facultades o permisiones frente a los sujetos obligados por el “Derecho”. LAPORTA apelando al sentido común y haciendo referencia a lo que puede entender cualquier persona sin demasiadas explicaciones técnicas, manifiesta que el lenguaje de los derechos tiene una justificación diferente ya que alguien tiene una obligación porque otro previamente tiene un derecho. En consecuencia, otorga a los derechos una prioridad que es negada por el positivismo y en su intento de encontrar su *estátus* los equipara como “el título que subyace a las protecciones normativas”. No es así, ya que el título no es el derecho pero se acerca más a su entidad que la equiparación con la norma que efectúa el positivismo. Corresponde apuntar el énfasis de Laporta respecto a la noción de “bien” que en sus palabras “parece llevar consigo la noción de derecho a lo cual agrega otro concepto inaceptable para el positivismo: “ese bien o satisfacción no tiene porque ser algo empíricamente constatable en todos los casos en que se atribuyen derechos”.

3.5.3. Pese a que LAPORTA continúa inmerso en la consideración del orden jurídico como un esquema normativo, se acerca a una realidad más firme en la que encuentra razonable adscribir el concepto de “derecho” a una posición, situación, aspecto, estado de cosas, etc. que se considere moralmente un “bien” justificatorio de protecciones normativas a su favor. Al intuir que la problemática jurídica se encarna en la conflictividad social advierte la insuficiencia de los razonamientos lógico-deductivos que tienen como premisa mayor a la norma y postula la necesidad del razonamiento práctico, lo cual constituye una herejía para el normativismo analítico. Desde mediados del siglo XX se ha operado un redescubrimiento, de la lógica de operatividad humana asumida en la obra aristotélica, principalmente en la Tópica y la Retórica y retomada luego tanto doctrinaria, como pretorianamente en el derecho romano clásico⁴⁰. Entre otros puntos relevantes, el cambio de perspectiva de la lógica deductiva a la lógica práctica o “de lo razonable”, es consecuencia de la distinta conceptualización del objeto del conocimiento jurídico: para la segunda no son las normas las únicas entidades a conocer sino también las conductas, situaciones y cosas interrelacionadas por los principios de justicia. La meto-

⁴⁰ Cabe referirse a la extensa contribución de MICHEL VILLEY, CHAIM PERELMAN, THEODOR VIEHWEG, LUIS RECASENS SICHES y entre nosotros, entre otros autores, a FÉLIX LAMAS para quienes, pese a diferentes ópticas, la argumentación jurídica tiene carácter dialéctico.

dología jurídica realista clásica asume como características principales la calidad problemática o aporética de su objeto, de allí su instrumentación dialéctica como también sintética, prudencial-deliberativa y valorativa.

3.5.4. Sin embargo al carecer de una fundamentación gnoseológica, los argumentos de LAPORTA muestran una debilidad que es explotada por su crítico ya que no se explicita el porqué de las denominadas “razones” ni los motivos ontológicos que justificarían la existencia de determinados “bienes” objeto de la protección normativa. También la categorización de los derechos como “morales” da amplio cauce a la crítica ya que para transformarse en “derechos subjetivos” (jurídicos) se requiere su normativización y por ende es una inferencia lógicamente correcta que para VERNENGO esta conclusión implique una “noción puramente normativa”. En última instancia LAPORTA no logra evadir el parámetro normativista-positivo, pues sigue siendo el eje del sistema.

3.5.5. Como conclusión al estudio de LAPORTA entendemos que pese a encontrar algunos elementos que lo aproximan a fundar los derechos, no logra salir del sistema que él mismo critica. Sintetizamos sus carencias en los siguientes puntos: a) concepción netamente individualista de la vida jurídica y por ende de la realidad social. Los derechos son concebidos sola y únicamente desde los individuos, no desde las relaciones sociales careciendo de sentido teleológico respecto al orden social y al bien común; b) en consecuencia, ausencia absoluta de la noción de justicia y al carecer de ella, imposibilidad de acceder a su objeto real, el derecho; c) de lo anterior se desprende que al igual que toda la ideología moderno-contemporánea “los derechos” son las facultades subjetivas, no resultando de su análisis cual es su fundamento último; d) tampoco hay una referencia al soporte óptico de los derechos, llámese “naturaleza humana” o simplemente “humanidad”, quizás para que no le sea imputado el calificativo de “metafísico” lo cual a tenor de la crítica de VERNENGO no lo logra; e) cabe también a LAPORTA la crítica efectuada a NINO en el punto 2.6.3.4. ya que limita la categorización de los derechos sólo como “morales”; f) aunque de manera sólo implícita, en su argumentación vuelve a aparecer el poder público como árbitro de discernimiento de los derechos, pues afirma que son los bienes que por su valor “a los ojos del sistema normativo” constituyan razones para protegerlos. Esta conclusión se deduce ya que en ningún momento el Estado “reconoce” derechos, sino que como se transcribió en el punto 3.3. “pone a disposición... confiere... concede” derechos a los individuos.

4. Consideraciones finales

Todos los autores confrontados asumen un distanciamiento o una neta aversión por el iusnaturalismo al que califican de “metafísico” atribuyéndole la pretensión de fundar los juicios éticos y los derechos a partir de análisis antropológicos que no superan la inderivabilidad del deber ser respecto al ser. Pero aquí reside el grueso error de todas las perspectivas reseñadas pues para el iusnaturalismo el primer principio de conocimiento de la praxis no es metafísico ni antropológico sino práctico y su carácter es autoevidente. Contrariamente al subjetivismo, para el realista primero se conoce el objeto, luego el acto, por el acto la potencia y por último el sujeto⁴¹. En consecuencia, el punto de partida del conocimiento práctico no es la naturaleza humana, sino la objetividad de las acciones que siempre se dirigen a algún fin que tiene carácter de bien para el agente. Es natural a la razón efectuar valoraciones, pues la praxis está cargada de sentido y de teleología. Cualquier experiencia empírica confirma la frase con que ARISTÓTELES comienza su *Ética Nicomaquea*: “Todo arte y toda investigación, al igual que toda acción y toda deliberación, tienden al parecer, hacia algún bien: por eso mismo se ha definido con razón el bien: aquello a que tienden todas las cosas”⁴². El escepticismo ético propio del positivismo, ha preterido la función valorativa de la razón a la que atribuyen un carácter emotivo-irracional. Sin embargo, como lo han precisado desde perspectivas diferentes, KALINOWSKI,⁴³ SOAJE RAMOS⁴⁴, y

⁴¹ Conf. “la potencia en cuanto tal se ordena al acto; es necesario que la diversidad de naturaleza de las potencias se establezca en razón de la diversidad de los actos, los que a su vez se establece en razón de la diversidad de los objetos...toda acción o bien lo es de una potencia activa o de una pasiva. El objeto con respecto al acto de la potencia pasiva es como principio y causa motora...y con respecto al acto de la potencia activa el objeto es como su término y fin...La acción, por tanto se especifica por estas dos cosas a saber: por su principio y por su fin o término” SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica* 1, 77 c.

⁴² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco* L.1, 1, 1094.

⁴³ GEORGES KALINOWSKI, *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*, pág.113, Eudeba, Buenos Aires, 1979. “Las proposiciones estimativas, normativas e imperativas parecen formar un grupo que se distingue por el carácter y la importancia del papel desempeñado en la dirección de la acción...Es práctico el conocimiento contenido en los juicios significados por las proposiciones prácticas. Los juicios prácticos son las estimaciones, las normas y los imperativos. Los razonamientos prácticos cuando sus conclusiones –e *ipso facto*– al menos una premisa son juicios prácticos. Entre estos razonamientos podemos distinguir tres especies de silogismos prácticos (el término pertenece también a ARISTÓTELES): silogismos estimativos, silogismos normativos y silogismos imperativos”.

FINNIS,⁴⁵ la razón (no la sensibilidad) efectúa valoraciones y estimaciones. Como afirman los dos primeros, las proposiciones no se dividen sólo en enunciativas y prescriptivas pues respecto al obrar humano tienen especial relevancia las proposiciones estimativas, llamadas también valorativas derivadas de los llamados juicios de valor. Sin perjuicio del vasto y dispar espectro de pensadores que se han ocupado del tema, en especial desde la fenomenología, ambos autores afirman que el juicio estimativo tiene carácter racional y cognitivo, además de potenciales componentes afectivos. SOAJE RAMOS, en el estudio ya citado, incluye en su clasificación de los diversos “valorativismos” al “realismo axiológico moderado” y señala que algunos de los elementos de esta posición se encuentran en ARISTÓTELES quien se refiere al bien y bondad en equivalencia al valor como valiosidad en las diversas categorías e incluso al valor de la existencia de los entes.

La razón práctica conoce el bien y el mal, lo justo y lo injusto sin recurrir a conclusiones de saberes teóricos. Así lo entendieron ARISTÓTELES y SANTO TOMÁS, ya que la ética filosófica en cuanto saber práctico-normativo se expresa principalmente en proposiciones que dependen propiamente de los principios práctico-normativos *per se nota* que son el objeto del intelecto práctico perfeccionado por la sindéresis⁴⁶. Por lo tanto el fundamento de los derechos, comienza por la razón práctica. En efecto, el discurso como razonamiento (*ratio*) necesita siempre de un primer principio que no sea razonamiento (demostración) pues de lo contrario ningún razonamiento sería posible ya que habría que regresar al infinito para empezar a conocer. Esta conclusión es innegable desde cualquier perspectiva científica o filosófica, pero la diferencia del realismo clásico con otras doctrinas, es que estas o bien se limitan a un conocimiento únicamente empírico –al que por lo general contemporáneamente tampoco se otorga certeza ya que el principio de verificación empírica necesita también ser verificado– o bien de una categoría *a priori* de la experiencia o de un axioma o sea un principio puramente formal, sólo “pensado” y por ende vacío de contenido, pero que sirve como premisa inicial del discurso lógico-científico. Contrariamente a las doctrinas axiomáticas, el realismo

⁴⁴ GUIDO SOAJE RAMOS, “Elaboración del problema del valor”, *ETHOS* n°1 año1973 pág.105, Buenos Aires.

⁴⁵ JOHN FINNIS, *Ley natural y derechos naturales*, cap. III y IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2000.

⁴⁶ GUIDO SOAJE RAMOS, “Ética y Antropología Filosófica”, *ETHOS*, n°16/18, Bs.As.1988/1990.

confía en que la razón es capaz de aprehender en forma evidente un primer conocimiento real y no simplemente construido desde la propia inmanencia del pensamiento.

Uno de los ejes de la doctrina tomista sobre el obrar moral se encuentra en el texto ⁴⁷ referido al conocimiento del primer principio de la razón práctica *quod bonum est faciendum et prosequendum et malum vitandum* que es aprehendido *per se nota*. Los autores criticados y sus críticos que hemos reseñado, al tildar al iusnaturalismo de “intuicionismo”, demuestran un desconocimiento de la doctrina realista clásica ya que tanto para ARISTÓTELES como para SANTO TOMÁS: a) todo conocimiento comienza por la experiencia sensible; b) en el conocimiento tanto teórico como práctico, juntamente con la razón intervienen los sentidos externos e internos; c) ni siquiera los primeros principios del conocimiento son innatos⁴⁸.

Contemporáneamente, la prioridad del conocimiento de los bienes humanos respecto al conocimiento de la propia naturaleza, ha

⁴⁷ SANTO TOMÁS DE AQUINO, op. cit. 1,2, 94,2 c., *Los principios de la ley natural son respecto a la razón práctica lo mismo que los primeros principios de la demostración respecto a la razón especulativa: unos y otros son principios evidentes por sí mismos*. Pero explica que “de dos maneras puede ser evidente una cosa, considerada en sí misma y considerada para nosotros. Considerada en sí misma es evidente toda proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto pero puede haber alguno que ignore la definición del sujeto como “el hombre es animal racional”. Por eso hay proposiciones universalmente evidentes en sí mismas para todos, cuyos términos nadie desconoce como el todo es mayor que las partes o dos cosas iguales a una tercera son iguales entre sí.” A partir de esta conclusión advierte que en el proceso del conocimiento se da un cierto orden ya que lo que primeramente se conoce es el ser y por eso el primer principio indemostrable se expresa: “no se puede afirmar y negar a la vez una cosa”. De la misma manera “el bien es lo primero que aprehende la razón práctica ordenada a la operación puesto que todo agente obra por un fin, el cual tiene naturaleza de bien”. Por eso el primer principio de la razón práctica se funda en la naturaleza de bien: “Bien es lo que todos los seres apetecen” y por tanto el primer precepto de la ley es “se debe obrar y proseguir el bien y evitar el mal. Todos los demás preceptos de la ley natural se fundan en éste, de suerte que todas las cosas que deban hacerse o evitarse, en tanto tendrán carácter de preceptos de ley natural en cuanto la razón los juzga naturalmente como bienes humanos”.

⁴⁸ Según L.LACHANCE los que han analizado las disertaciones de SANTO TOMÁS sobre la génesis de las nociones fundamentales –el fin de su comentarios sobre los Posteriores Analíticos y sobre todo el comienzo de las Metafísicas– la afirmación de que nada está en la inteligencia sin haber estado previamente en los sentidos no significa sólo que todo conocimiento intelectual haya de pasar por los sentidos; sino que significa, sobre todo, que los sentidos internos elaboran los materiales inmediatamente necesarios para las primeras percepciones racionales. En SANTO TOMÁS el *experimentum* designa un oscuro y lento trabajo realizado por los sentidos internos que despiertan por cierta inmantación que la razón ejerce sobre ellos. “El derecho y los derechos del hombre”, pág.115, Rialp, Madrid, 1979.

sido extensamente tratada por FINNIS resaltando que las formas básicas del bien humano y las significaciones que utiliza como “bien”, “bien básico”, “valor”, “bienestar”, tienen carácter premoral, sin perjuicio que son el sustrato valorativo de todos los juicios morales: los primeros principios de la ley natural que especifican las formas básicas del bien y del mal son autoevidentes e indemostrables: no son inferidos de principios especulativos ni de hechos, ni de proposiciones metafísicas sobre la naturaleza humana. No son inferidos o derivados de nada. Los principios sobre lo que es moralmente correcto o incorrecto se derivan de los primeros principios pre-morales de razonabilidad práctica⁴⁹. En sentido análogo para MILLÁN PUELLES los bienes humanos naturales a los que se dirigen las tendencias del hombre no entran en la constitución del ser humano y por ello no son innatamente poseídos sino innatamente apetecidos, pero siguen siendo bienes naturales, no morales. Lo calificable de moralmente bueno o de moralmente malo es siempre algo libremente decidido.⁵⁰ Existe entonces un tipo de principios prácticos evidentes por sí mismos para cualquier persona con experiencia e inteligencia suficiente para comprender las palabras con que se formula. Los restantes principios morales (como los contenidos en el decálogo) son conclusiones a partir de aquellos siendo necesario razonar y exige un buen juicio⁵¹.

No obstante, si bien el conocimiento de los primeros principios del obrar moral no requieren una fundamentación antropológica, ya que son autoevidentes, no sucede otro tanto con la explicación de diversas propiedades de las acciones humanas que dependen de principios y conclusiones antropológicas que la ética debe tener en cuenta, ciencia que a su vez es subalternante de la política y del conocimiento del jurista⁵². En efecto, como advierte SOAJE RAMOS –al igual que GRANERIS–, si la ética filosófica es un saber práctico, es principalmente normativa o regulativa y por tanto como afirma Juan de Santo Tomás

⁴⁹ FINNIS J., op. cit., págs. 67 y 91. Sobre el tema ver los exhaustivos análisis de CAMILO TALE, “Los primeros principios del conocimiento práctico según John Finnis” y “La epistemología del derecho natural en John Finnis, especialmente la relación epistémica entre la filosofía práctica y la antropología” en *Persona, Sociedad y Derecho*, Temas actuales de Filosofía Jurídica y Política, Director Camilo Tale, Ediciones del Copista, 1998, Córdoba.

⁵⁰ MILLÁN PUELLES, ANTONIO, *La libre afirmación de nuestro ser*, Rialp, Madrid, 1994, pág. 486.

⁵¹ FINNIS, op. cit., pág. 132.

⁵² Según ARISTÓTELES “es necesario que el hombre político conozca de alguna manera lo que se refiere al alma”, *Ética a Nicómaco*, L.1, 13, 1102 a.

“la regulación de algo no puede hacerse si no es conocida la naturaleza de lo que ha de ser ordenado...y entonces supondrá el conocimiento especulativo de lo que ha de ser ordenado”. A su vez conocer la naturaleza del hombre, requiere el conocimiento de sus causas y de modo principal el de su fin más alto ya que la naturaleza de un ente implica orden a su fin...Por tanto la ética filosófica en su abordaje epistémico de varios de sus problemas depende de principios y conclusiones que pertenecen al campo de la antropología filosófica⁵³. En consecuencia, sin ninguna referencia a éste saber queda parcialmente sin explicación última la misma ética y también la filosofía jurídica, máxime en el tratamiento de los denominados “derechos humanos”⁵⁴ en tanto son los bienes necesarios para su plenificación y que por su naturaleza social le son debidos no sólo como individuo, sino por exigirlo también la existencia armoniosa de la sociedad.

Resulta inconsistente la fundamentación última de los derechos desde análisis lógico-formales, conceptuales o sociológicos como lo han puesto de resalto BULYGIN y VERNENGO. Ni LAPORTA ni NINO se extienden en consideraciones gnoseológicas ni antropológicas para fundar los derechos humanos. El último, sólo se refiere a “seres potencialmente racionales”, concepto que hemos criticado en la nota 8. No es

⁵³ SOAJE RAMOS, GUIDO, cit. anterior Ethos 16/18. Este autor señala la necesidad de ese concurso para el conocimiento de los siguientes asuntos: a) la índole de las potencias humanas; b) de los actos, fenómenos afectivos, hábitos, disposiciones y de un modo muy especial de la libertad humana; c) los bienes humanos y su dimensión finalista en el dinamismo humano; d) la capacidad de la razón de dirigir a la voluntad y a la afectividad. En el mismo sentido GRANERIS, G., op. cit. (cap. IV “Moralidad del derecho”).

⁵⁴ Desde una interpretación actualizada de los clásicos iusnaturalistas (en los que no se halla tal denominación) los derechos humanos, con mayor propiedad los “derechos fundamentales o primarios”, son los bienes objetivos cualificados por *una relación social signada por la justicia*, que tienen su fundamento próximo –vale la tautología– en la naturaleza social del hombre (la *ipsa res iusta* es en estos casos *ex ipsa natura rei*). Al referirnos a “bienes objetivos” deseamos resaltar la inversión que ha producido la modernidad –no superada hasta ahora– del concepto principal de derecho al visualizarlo subjetivamente “desde” el propio yo en vez de “hacia el otro” como se entendió clásicamente: “el derecho es el bien del otro”, pues es de su esencia ser *ad alterum*. Ernesto Pueyrredon, interpretando a SANTO TOMÁS, expresa que para ARISTÓTELES y los jurisconsultos romanos la “cosa” es un bien para el otro: *pròs eterón, ad alterum*. Es necesario tener en cuenta el significado de la preposición griega *pròs* y de su equivalente latina *ad*, que es “en favor de”, para no incurrir en la ligereza de algunos subjetivistas que afirman ser *ad alterum* el derecho subjetivo. “El Derecho (Aproximación a su esencia)” en *Prudentia Iuris* n° II, Buenos Aires, diciembre, 1980.

de extrañar entonces que ante estas carencias las características de “absolutos”, “universales”, “inalienables”, suenen desmesuradas, lo cual ellos mismos se ocupan de paliar al hacerlas depender ya sea del consenso (NINO) o consignándoles una calidad *prima facie* respecto a otros derechos de similar tenor (LAPORTA). La fundamentación de la filosofía práctica y de la ciencia jurídica sólo puede provenir de una concepción ética objetiva y gnoseológicamente optimista que supere el escepticismo de todos los autores analizados. El atributo de universalidad sólo puede predicarse de los individuos y sus derechos en la medida que participen ontológicamente de una realidad universal: la “naturaleza” humana, que a su vez pueda universalmente ser conocida, término que es omitido por los autores conceptualistas y sus críticos ya que para ellos los derechos se elaboran o bien a partir de categorías conceptuales subjetivas o bien del voluntarismo normativista.

Retomando lo expuesto en los puntos 1.1. y 1.2. concluimos que ni NINO ni LAPORTA superan los *standards* positivistas. En efecto, no se trata de reconocer que existen entidades de cualquier naturaleza fuera del orden jurídico y que eventualmente pueden integrarlo, sino que la cuestión reside en si el orden jurídico se limita sólo a los derechos y garantías concedidos por las normas positivas y si es superflua una fundamentación del sistema de carácter gnoseológico intelectualista y ontológico realista. Al dar respuesta afirmativa –implícita o explícitamente– a estas cuestiones los autores analizados dan razón a sus críticos.

BIEN COMÚN Y BIEN PARTICULAR EN EL PENSAMIENTO DE SANTO TOMÁS DE AQUINO

HUGO ALBERTO VERDERA *

“El bien particular se ordena al bien común como a su fin, pues el ser de la parte es para el ser del todo; por eso, el bien de la nación es más divino que el bien de un solo hombre” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma contra Gentiles*, III, 17).

1. Introducción

El tema que nos proponemos analizar, constituye uno de los tópicos más significativos para una real comprensión de la crisis que aqueja tan agudamente a la sociedad occidental. La noción de “bien común” se evidencia, en consecuencia, como una cuestión de actualidad impostergable. Más aún, pensamos que de su adecuada comprensión y, por ende, de su real aplicación, depende la única solución auténticamente humana, en el más pleno sentido del término “humano”, de la precitada crisis. En la presente exposición procuraremos analizar el concepto de bien común y su relación con el bien particular. Pero para ello, nos será indispensable recurrir a un análisis histórico (y no “historicista”), que nos permita diagnosticar lo que tan adecuadamente ha sido denominada la “historia de la eclipse de la noción de bien común” (JORGE MATÍNEZ BARRERA, “El bien común político y la filosofía política actual”, *Sapientia*, Vol. L, Nro. 197-198, 1995, p. 343). Ahora bien, para poder explicar adecuadamente esa “eclipse”, y comprender cual ha sido su real desvirtuación, debemos reali-

* Abogado. Protitular de Filosofía del Derecho y Derecho Natural. UCA.

zar un estudio fundamentalmente metafísico y moral, para advertir que la precitada eclipse es precisamente la lógica consecuencia de una filosofía moderna y contemporánea que, al adscribir al principio de inmanencia, le ha privado a la noción de bien común de su fundamento esencial. En segundo lugar, y a modo de explicación del método de análisis y exposición asumidos, luego de la diagnosis contemporánea, repetimos, de raíz metafísica, deberemos brevemente analizar el bien común en su perspectiva clásica, contemplar *a posteriori* la necesidad de una reafirmación del concepto de bien común político en la filosofía política contemporánea, para llegar a una formulación del contenido de la noción del bien común político adecuada a su esencia y como fin ineludible en la hora presente para las comunidades políticas. Además, resulta necesario resaltar que, en el plano específico de la Filosofía del Derecho, la noción de “bien común” se constituye como uno de los ejes rectores para la propia comprensión de lo jurídico, pues, como agudamente señala MASSINI CORREAS, “lo que transforma en jurídica a una conducta humana y, por sus vinculaciones a ella, al resto de las realidades calificadas como ‘jurídicas’, es una cierta relación de causalidad con el bien común político” (MASSINI CORREAS, CARLOS I., *Filosofía del Derecho, el Derecho y los Derechos Humanos*, Abeledo-Perrot, Bs. As., 1994, p. 33).

2. Concepto General de Bien Común

La noción de bien común fue elaborada primigeniamente por la filosofía política griega y transmitida en herencia al mundo occidental como contenido concreto del saber político. Así lo consideran PLATÓN en su *República* y ARISTÓTELES en su *Política*. Y como el “saber” involucraba la perfección (o estado perfecto del hombre, ser racional), “la especulación griega supone una ‘reflexión’, expresada en el aforismo socrático ‘conócete a tí mismo’”. De este modo, “en PLATÓN y en ARISTÓTELES el camino de la perfección racional remata en lo político”, pues ven en la vida política “el modo de asegurar los bienes o de cumplir los deberes” (JUAN M. BARGALLO CIRIO, “Bien común y perfección personal”, en *Prudentia Iuris* (Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, UCA), Nro. III, abril 1988, pág. 28). Frente a la perspectiva griega, el pensamiento cristiano aportará “elementos esenciales a la ontología de la persona (...) elementos que consisten en la afirmación de una redención personal que nos rescata de la situación de los seres perdidos a un mundo de apariencia volcado a la

nada, a la contradicción, a la destrucción (...) el cristianismo enseña la encarnación de Dios en el hombre, a través de la ascensión de la naturaleza humana por la persona divina de Cristo. El cristianismo proyecta al más alto grado la comunicación personal a través de las personas de la Santísima Trinidad. El cristianismo enseña la solidaridad entre los hombres, apuntalada por su unión con Dios, a través del cuerpo místico" Ib.

La escolástica medieval, fundamentalmente a través de SANTO TOMÁS DE AQUINO, centrará sus esfuerzos especulativos específicamente en la noción de bien y, a *fortiori*, en la de bien común. Claro está que las perspectivas griega y cristiana, en correspondencia con las antropologías subyacentes en cada una de ellas, con sus respectivos órdenes teleológicos (es decir, causales finalísticos) bien diferenciados, van respectivamente a enfocar de manera diferente la problemática de la realidad temporal. Así, como señala SANTO TOMÁS, cuando ARISTÓTELES habla de la felicidad, la reduce a la que se puede tener en esta vida, "pues la felicidad de la otra vida excede toda investigación de la razón" (SANTO TOMÁS, *In I Ethica*, 32, 156-165), ya que el Estagirita "no habla aquí de la felicidad de la vida futura sino de la felicidad de la vida presente..." (Ib.). Y reafirma el Doctor Angélico que los hombres "en esta vida sujeta a los cambios no pueden tener la perfecta felicidad (...) que ... le está reservada al hombre para después de esta vida" (Ib.). Pero esta diferencia de enfoques no deben conducirnos a equívocos, puesto que ambas concepciones son complementarias y no excluyentes. Pero permanece cierto que para el pensamiento de SANTO TOMÁS, el acento primordial está puesto más en las ideas de bien y de bien común, que en la de bien común político (Cfr. JORGE MARTÍNEZ BARRERA, o. c. y l. c.). Pero la noción de "bien común político" tiene su fundamento en la inteligibilidad de la idea de bien, es decir la posibilidad de entender qué es el bien, a tal punto, que si se pierde la misma, no es posible hablar de bien común político, ya que éste es la manifestación del bien en el orden político. Así, pues, dentro de los diversos analogados del bien común, centraremos nuestro análisis en el del "bien común político". Ahora bien, el "bien común político", ante todo, es un "bien", y tiene razón de causa final, que es la causa de las causas. Es, por tanto, un bien humano, social y político, y se constituye como el fin de la sociedad política. Es por ello que el bien común temporal se constituye como fin último y objeto del derecho, y es definible como "el conjunto de presupuestos sociales necesarios para que los individuos y los grupos sociales alcancen sus finalidades existenciales y logren su pleno desarrollo, integrados en la comunidad como

la parte en el todo" (BERNARDINO MONTEJANO, *Los fines del derecho*, Abeledo-Perrot, p. 72.). A su vez, para el pensamiento clásico cristiano, deudor de la tradición aristotélica-tomista, la política se evidencia, en su sentido principal, como "una actividad práctica, regida por la virtud de la prudencia, actividad que utiliza las diversas técnicas y escoge los medios apropiados en orden al fin: el bien común político". Por lo tanto, la actividad política "es considerada como una actividad práctica, ética, teleológica, que nunca puede agotarse en una mera técnica para obtener y conservar el poder" (BERNARDINO MONTEJANO, "Bien común y bien propio", en revista *Prudentia Iuris*, Nro. III, abril 1981, pág. 4.), sin desvirtuarse esencialmente. SANTO TOMÁS elaborará arquitectónicamente el concepto de "bien común", acorde con la reformulación teleológica introducida por la antropología cristiana. Afirma MARTÍNEZ BARRERA que en la elaboración del Aquinate está ausente "una referencia sistemática al bien común político", puesto que la precitada reformulación "implicó una relativización de los asuntos políticos", ya que "...si el fin último del hombre para el cristianismo no es intrahistórico o intramundano", resulta lógico "que todo el esfuerzo intelectual quede concentrado en una meditación acerca de esta nueva orientación finalística de las cosas humanas" (MARTÍNEZ BARRERA, ob. cit., págs. 347-348.). Consideramos que la elaboración de SANTO TOMÁS involucra, como señala el mismo MARTÍNEZ BARRERA, "una muy clara noción acerca del contenido mismo del bien común político" Ib., ya que el Aquinate ubica al "bien común" como eje arquitectónico en su sistema explicativo del hombre. En tal sentido, la elaboración del Aquinate es, esencialmente, "metafísica". Como señala CARDONA (Cfr. C. CARDONA, *La metafísica del bien común*, Rialp, Madrid, 1966, pp. 14 y 15.), SANTO TOMÁS DE AQUINO, siguiendo a ARISTÓTELES, afirma que "el bien es lo que todos apetecen" SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, I q. 5 a. 1c. Pero, ¿qué quiere decir esto? Porque es evidente que algo no es bueno porque todos lo apetecen, sino que, al contrario, lo apetecen todos precisamente porque es bueno. Pero, "cualquier cosa se dice buena en cuanto es perfecta, y así como resulta apetecible" (Ib., o.c., I q. 5 a. 5c.). Pero lo que todavía no es, lo que no está acabado no es perfecto, y por consiguiente, "una cosa es perfecta cuando está en acto" (Ib., o.c., I q. 5 a. 3c.), siendo defectuosa en la medida que esté en potencia, y careciendo de cualquier perfección cuando sencillamente no sea nada. De ahí que "todo ser, en la medida que es, es bueno" (Ib.) y Dios, que es de modo absoluto, será absolutamente bueno. En la criatura, el bien, en sentido

pleno, no viene dado, como última perfección con el ser substancial, sino que es alcanzado mediante la operación por la que pasa de la potencia al acto. Ahora bien, el “bien común”, en su noción general, es el bien de esto o de aquello, en cuanto esto o aquello es parte de un todo. Para Santo Tomás de Aquino, toda vida agrupada está dirigida por la noción del “bien común”, que es el fin de las personas singulares que viven en comunidad: fin distinto específicamente del bien de cada una de ellas, que es en lo que a él se refiere, como una parte con respecto al todo. Pues bien, la diagnosis contemporánea indica que la expresión “bien común político” ha sido casi dejada de lado en el vocabulario propio de la ciencia política. Los hitos más importantes de esta eclipse de la noción de bien común político son: la concepción de la razón práctica como expresiva del “hombre que hace” (*homo faber*), propia del pensamiento marxista, que ignora la diferencia entre hacer y obrar, y desnaturaliza la jerarquía de subordinación entre los dos usos posibles del intelecto; la persistencia de esta concepción en el neoliberalismo y la tecnocracia, evidenciando así que en ambos proyectos, aparentemente antagónicos, gobierna un mismo espíritu inmanentista; la concepción totalitaria del Estado, considerado un todo orgánico, en el cual las personas no tienen más valor que el de ser simples partes; la concepción de los individualismos, para la cual el todo del Estado se diluye en los individuos. Se llega así a una concepción antipolítica del bien común. Así, el pensamiento moderno ha abandonado la perspectiva clásica, que considera al “bien común” como el elemento estructurante de una comunidad política buena y moralmente perfectiva, y como el principio constitutivo de todo modo político de convivencia. Por el contrario, se llega a ver en la concepción clásica, una clara posición “antidemocrática”, circunstancia que, como sabemos, implica una especie de “certificado de defunción” de su carácter científico y, en consecuencia, un modo de pensar propio del “oscurantismo”. Un ejemplo claro de esta “eclipse de la noción de bien común” lo constituye, en nuestro país, el pensamiento de Vernengo que, refiriéndose a la filosofía clásica, la descalifica, sosteniendo que “los recursos de esta filosofía han sido siempre los instrumentos retóricos de actitudes anticientíficas, actitudes que, por lo común, como en el mismo Platón, son también actitudes de tipo políticamente reaccionario y notoriamente antidemocráticas”; y siguiendo a Kelsen afirma que “la facultad que invoca algún magistrado, o un particular, para dirimir un conflicto conforme a normas morales, es una estrategia ideológica destinada a derogar para el caso, las normas generales

democráticamente producidas: a la voluntad general del legislador se sustituye el arbitrio personal del juzgador. Ello es, claro está, una forma disimulada de autocracia, en cuanto las partes en el conflicto se verán sujetas a una norma impuesta heterónomamente. Se trata de una política decisoria no democrática” (VERNENGO, *Dos ensayos sobre el problema de la fundamentación de los Derechos Humanos*, Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UBA, p. 18.). El “bien común” involucra el bien de la totalidad de los integrantes del cuerpo social. El bien ha sido definido como aquello a que todos aspiran, lo que todos apetecen. De este modo, cuando siguiendo sus inclinaciones naturales racionales, los hombres se reúnen en sociedad, persiguen un fin que precisamente denominado “común”. De ahí que todas las sociedades busquen su fin, es decir, su bien común. Será un bien común imperfecto en el caso de las sociedades menores; será bien común temporal, en el caso del Estado; será bien común internacional, en el caso de la sociedad de Estados. El bien común implica, pues “el bien o la perfección de un todo integrado por partes subjetivas y, en tanto tal, participable por éstas” (FÉLIX LAMAS, “Ensayo sobre el orden social”, *Revista Moenia*, Buenos Aires, 1990, p. 240). Y como el bien indica “el ente perfectivo de otro por modo de fin” SANTO TOMÁS, *De VERITATE*, q. 21, a. 1., el bien común posee una real capacidad perfectiva que es extensiva a varios; de ahí que resulte apetecible por ellos. El bien común, por tanto, es el bien común “comunicable” y “participable”. Afirma certeramente al respecto SANTIAGO RAMÍREZ que “el bien común se difunde y comunica a todos y cada uno de los miembros de la sociedad como el ser a sus modos particulares, como la salud y el bienestar del organismo a todos sus miembros, como la virtud vivificante del alma a todas las partes del cuerpo” (SANTIAGO RAMÍREZ, *Doctrina política de Santo Tomás*, págs. 34-35).

3. El Bien Común y el Bien Particular

El “bien común” es, por su misma esencia, un “bien” en el que pueden y deben participar todos los ciudadanos. Así, no se trata de nada que en sí mismo se ordene únicamente al beneficio de una simple parte, por grande que esta sea, de la sociedad. El “bien común” es el “bien” de la sociedad, precisamente porque aprovecha y beneficia a todos y cada uno de los miembros que componen la sociedad. Por el contrario, el “bien particular” es lo que beneficia a un solo hombre o a

un conjunto de hombres que no son todos los que se integran en la sociedad. La diferencia en el “bien común” y el “bien particular” no es, por tanto, la que puede establecerse sobre la base de la distinción entre la “mayoría” y la “minoría” de los ciudadanos, ni tiene nada que ver con el resultado de una consulta al pueblo. Y ello porque el “bien común” es esencialmente diferente de toda clase de “bienes particulares” por ello, el “bien común” no puede reducirse a la simple suma o colección de los “bienes particulares” existentes en el conjunto de la sociedad. Como señala JOHANNES MESSNER, “es contrario a la ley del bien común en cuanto ley de derecho natural el equipararla a la “máxima felicidad del mayor número”, fundada en las escalas de valores de los miembros de la sociedad que deben desvelar la votación y la voluntad del pueblo. Contradice igualmente la ley del bien común en cuanto ley de derecho natural la reducción de la parte de los grupos sociales, partidos o clases, de la sociedad y el bien común a meros instrumentos de organización al servicio de los fines sociales prefigurados ideológicamente, ya aspiren a tales fines en base de una voluntad monopolista, en la “democracia totalitaria”, ya en virtud de la dictadura de la mayoría, en la democracia liberal” (JOHANNES MESSNER, *La Cuestión Social*, p. 359). SANTO TOMÁS afirma que “el bien común civil y el bien particular de una persona no difieren tan sólo según la cantidad, sino según una diferencia formal, porque la índole del ‘bien común’ es diferente de la del ‘bien particular’, de la misma manera que la índole del todo es diferente de la de la parte” (SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58 a 7 ad 2.). Pero el “bien común”, aunque específicamente distinto del “bien particular”, no excluye a éste, de la misma manera que el todo tampoco excluye a la parte. El “bien”, como vimos, tiene carácter de fin. Y como el fin común de los hombres que conviven permite la existencia de los fines particulares de cada uno de ellos, siempre que éstos se adapten y se subordinen a ese fin común, también los “bienes particulares” son armonizables y compatibles con el “bien común”. Más aún, el “bien común” no solamente no excluye el “bien particular”, sino que exige que cada ciudadano tenga el suyo. De este modo, el “bien común” es ordenación de los “bienes particulares”; es “una concatenación de fines. Los que persigue el individuo y lo que busca la sociedad se eslabonan, como en una cadena, y el uno lleva al otro. No hay que sacrificar a ninguno. Basta simplemente colocarlo en su sitio” (JOSÉ M. GASLLEGOS ROCAFULL, *El orden social según la doctrina de Santo Tomás de Aquino*, JUS, México, 1947, p. 128). Ahora bien, como la co-

munidad no es una unidad distinta, sino una reunión de personas que ponen en común sus recursos y sus actividades para realizar la unidad de orden; es ella, la sociedad la que existe para el bien de los individuos, y no a la inversa. Por lo tanto, la sociedad no puede desconocer o delimitar los derechos que el individuo tiene por su naturaleza de ser racional; debe la sociedad asegurarle al individuo la justicia, que consiste objetivamente en la equivalencia entre el beneficio que mi acto causa a otro y la prestación que ese otro me debe recíprocamente. Es por tanto, la justicia, la “perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”. La relación jerárquica entre “bien común” y “bien particular” se delimita en SANTO TOMÁS en una primacía del “bien común” sobre el “bien particular”. Pero esta primacía se da cuando la comparación sea establecida en un mismo plano de “bienes”. Es que, como señala SANTO TOMÁS, “el bien de muchos es mejor que el bien de uno solo, y por consiguiente más representativo de la bondad divina el bien de todo el universo” SANTO TOMÁS DE AQUINO, o.c., l. c). Concepto que asume el Papa LEÓN XIII, cuando escribe que “el bien común es en la sociedad la ley primera y última después de Dios” (Citado por BERNARDINO MONTEJANO, *Los fines del derecho*, o.c., p. 72). Pero para que esta primacía sea válida es necesario entender rectamente el concepto de “bien común”. No basta que el “bien” sea de muchos –y no por simple agregación– para que sea mejor que el de uno o de pocos; es preciso que sea el bien mejor de muchos. Además, el que busca el “bien común” busca, a la vez, su propio “bien”, porque el “bien propio” del individuo no puede existir sin el “bien común” de la familia, de la ciudad, del Estado, que es la condición y el fin de todos los “bienes particulares”. Por eso SANTO TOMÁS afirma que el “bien” de la comunidad es más divino que el de un solo hombre, como antes señalamos, y es “al bien” de la comunidad perfecta (el Estado), la única capaz de bastarse a sí misma, al que debe ser ordenado el “bien”, no solamente de los individuos, sino de la comunidad natural que existe entre el individuo y el Estado, como la familia. En suma, el hombre ama inmediatamente su propio “bien” (“bien particular”), pero ama mediatamente el “bien común”, que es también su “bien”. Y como el “bien común” es esencialmente comunicable y participable por las personas, en estas condiciones se encuentra la superioridad del “bien común” sobre el “bien particular”. Esta primacía esencial del “bien común” sobre el “bien particular” ha sido ideológicamente tergiversada y sumergida en una perniciosa ambigüedad, consistente en afirmar su aparente antagonismo con el principio de la dignidad de la

persona humana. Y en nombre de esta dignidad se relativiza con frecuencia, cuando no se la niega, la regla de la primacía del “bien común”, indispensable para el recto orden de convivencia. El equívoco o, mejor dicho, el elemento ideológico que pretende eliminar esa primacía esencial del “bien común”, estriba en afirmar que sostenerla es afirmar la superioridad del “bien común” sobre la dignidad de la persona humana. Esta posición, típica de la ideología liberal y neoliberal, está también presente en la ideología totalitaria. En este punto, la coincidencia del equívoco sobre la relación entre “bien común” y “dignidad de la persona humana” son mutuamente compatibles, no sólo en virtud de su esencia, sino que además se exigen entre sí, también de una manera esencial. El “bien común” incluye y presupone el debido respeto a la dignidad de la persona humana. Y ello es evidente, puesto que esta dignidad no es en sí misma un “bien particular”, sino precisamente un “bien común”. Es decir, la “dignidad de la persona humana” no es un bien poseído en exclusiva por un hombre determinado o por algún tipo determinado de hombres, sino, por el contrario, un “bien” que todos los hombres tienen, porque son personas. Por consiguiente, el respeto a la “dignidad de la persona humana” es, en sí mismo y sin necesidad de ninguna otra cosa, respeto a un “bien común”, concretamente a un “bien” que de un modo esencial es poseído por todos y cada uno de los miembros de la sociedad civil. Así, la primacía del bien común expresa que, por encima del respeto a la categoría particular de un hombre determinado o de un determinado grupo de hombres, está el respeto a la dignidad común de todos los seres humanos. En otros términos, la subordinación al “bien común” es, ante todo y esencialmente hablando, la única forma de respetar sin excepciones la dignidad de todos y cada uno de los miembros de la sociedad civil. Entonces, el error de las ideologías es desconocer que lo que se subordina al “bien común” no es la dignidad de la persona humana, sino sencillamente los “bienes particulares”, que se opongan a esa dignidad. Es decir, los “bienes particulares” que sean lesivos de la justicia social, a la que todos los hombres tienen igual derecho, porque, al ser todos “personas”, nadie está moralmente facultado para reducir a nadie a la condición de un simple instrumento o medio para su propio “bien particular”. Y la dignidad de la persona humana encuentra su mejor expresión ética en el deber de subordinarse al logro del “bien común”. De este modo el hombre, a diferencia del animal irracional, posee la capacidad de abrirse, cognoscitiva y volitiva-mente a “lo común”, es decir, a lo que trasciende lo concretamente

individual. Es decir, el hombre está facultado a elevarse al “bien común” y cuando se cierra al “bien común” y lo posterga al mero “bien privado”, “se animaliza voluntariamente y hace traición a su índole de persona”. (No puede haber, por tanto, conflictos reales entre el “bien común” y “dignidad de la persona humana”, sólo se dan cuando se trata de un falso “bien común” o de una falsa “dignidad del hombre”). Así lo ha entendido siempre la filosofía realista y el Magisterio de la Iglesia. Un ejemplo: Pío XII, en su Encíclica *Mit brennender Sorge*, expresa que “el verdadero ‘bien común’ se determina y resume (...) por la naturaleza del hombre, con su armónico equilibrio de derechos personales y obligaciones sociales, y en idéntica medida por el fin de la sociedad, determinado también por esa misma naturaleza humana (...). Por lo que toca a los valores más altos, que sólo la colectividad y no el individuo aislado puede realizar, también ellos son en definitiva queridos por el Creador para el hombre, para su pleno desarrollo natural y sobrenatural y para el acabamiento de su perfección”. A modo de recapitulación, podemos señalar que así como la sociedad política no es el mero aglomerado de individuos, el “bien común” no equivale a la suma cuantitativa de los “bienes individuales”. El “bien común” no se opone al “bien individual” en cuanto dicho “bien común” no sea el bien de los individuos, sino que es un bien común a varios individuos que de él participan, y que lo apetecen porque es un bien propiamente para ellos, es decir, no es un bien de otro u otros. Es decir, el “bien común” es el bien de nosotros en tanto que nosotros, no el bien del otro o mi propio bien. Pero el bien común comprende el bien de cada uno, el mío y el de los otros, aunque excediéndolo. Y siendo el fin de la sociedad política el bien común político, como tal es el bien del todo social y no sólo de algunos de sus miembros (Cfr. JORGE MARTÍNEZ BARRERA, ob. cit., pág. 343 y ss.). Como dice J. MESSNER, (*Ética social, política y económica a la luz del derecho natural*, Rialp, Madrid, 1967, pág. 299 y ss.) el bien común es el bienestar integral de la sociedad como un todo, aumentando y diversificando lo que los individuos pueden hacer por su bien particular, completando y coordinando sus fuerzas, pues, como dice SANTO TOMÁS, el hombre es ayudado por la sociedad para que no solamente viva, sino para que viva bien. Es decir, son los mismos miembros de la comunidad, los encargados de construir y usufructuar el bien común, a través de sus talentos y funciones diferenciados, además de procurar sus respectivos bienes individuales. Por ende, entre el bien común y el bien particular no puede haber oposición, y la superioridad del bien común reside en

que es un bien que afecta a un mayor número de personas. Como señala SANTO TOMÁS, “el bien de muchos es mejor que el bien de uno sólo; y, por consiguiente, es más representativo de la bondad divina el bien de todo el universo”, y, por ello, “siempre el bien de muchos ha de preferirse al bien de uno solo” (SANTO TOMÁS, *Compendium Theologiae*, c. 124, n. 244.). Además, el bien individual puede existir sin el bien común, pero sin el bien común no puede el individuo lograr su perfección. Es por eso que el hombre ama inmediatamente su propio bien, pero ama mediatamente el bien común que es también su bien. Y como el bien común es esencialmente comunicable y participable por las personas, en estas condiciones se encuentra la superioridad del bien común sobre el bien individual.

4. Necesidad de una restauración de la noción auténtica de “Bien Común”

Se presenta como tarea urgente la restauración de la noción auténtica de “bien común” y de su aplicación concreta en la política actual. Y ello ha sido una constante instancia del Magisterio de la Iglesia moderna y contemporánea, a punto tal que la doctrina del “bien común” en la filosofía política, ha encontrado en las encíclicas y mensajes pontificios un elemento revitalizador y de puesta en escena fundamental. Para el Magisterio, la concepción que se tenga del “bien común” ilumina la acción social de los ciudadanos y particularmente de la autoridad pública. Y ello porque la misión propia de la autoridad pública es, como expresa el Documento de la Congregación para la Educación Católica, la de “reconocer y promover los derechos humanos y hacer más fácil el cumplimiento de las respectivas obligaciones” (CONGREGACIÓN PARA LA EDUCACIÓN CATÓLICA, *Orientaciones para el estudio y la enseñanza de la doctrina social de la Iglesia en la formación de los sacerdotes*, Nro. 37). Y por eso, como nos dice el mismo Documento, la doctrina social de la Iglesia considera “el ‘bien común’ como un valor de servicio y de organización de la vida social y del nuevo orden de la convivencia humana” Ib.

El desconocimiento o la deformación ideológica del “bien común” en nuestros días, es la resultante de un “estilo de vida individualista”, firmemente afincado en nuestras sociedades occidentales, estilo que encuentra un fundamento teórico en la falsa noción del bien común, al que definen como una sumatoria de bienes individuales, lo que constituye un absurdo. Además, la falacia se conforma con la consideración de los bienes particulares como resultantes de la voluntad

de los sujetos y no determinados por la bondad o justicia, comprensivos esenciales de la noción metafísica del bien común. La resultante de esta deformación es un agnosticismo y un escepticismo relativista, que se muestra como constitutivo esencial de las formas políticas democráticas de raíz liberal (JUAN PABLO II, Encíclica *Centesimus Anno*, Nro. 46). Se da, pues, una falsa perspectiva política, ya que no es posible la instauración duradera de un orden político perfectivo, si la verdad práctica es disuelta en un voluntarismo antimetafísico. A tal punto es realista el análisis de JUAN PABLO II, que los neokantianos han absolutizado este agnosticismo y su consecuente relativismo esceptico, que les otorgan el rol de elemento diferenciador entre "autocracia" y "democracia". Uno de sus principales cultores, HANS KELSEN, en su obra *Esencia y valor de la democracia*, expresa: "A la concepción del mundo metafísica-absolutista se vincula una actitud autocrática, mientras que a la concepción crítico-relativista del mundo se vincula una actitud democrática". "Quien considere inaccesibles para el conocimiento humano las verdades y valores absolutos, no debe considerar como posibles solamente las propias opiniones, sino también las opiniones de los otros". "Por eso el relativismo es aquella concepción del mundo que supone la idea democrática... La relatividad de los valores proclamada por una determinada concepción política y la imposibilidad de reivindicar un valor absoluto para un programa o un ideal político..., llevan imperiosamente a rechazar el absolutismo político" (citado por MARTÍNEZ BARRERA, ob. cit., p. 346, nota 8). Estas afirmaciones son las que conforman la esencia de la forma política demoliberal imperante. Sin embargo, la verdad o las verdades que deben regir la vida política no son inaccesibles para la razón y son perfectamente cognoscibles. Como enfatiza MARTÍNEZ BARRERA, "cada uno de nosotros sabe muy bien, en el interior de nuestra conciencia, qué es bueno y qué es malo. Si fuera cierto el argumento relativista, no habría ninguna posibilidad de imputación moral ni jurídica, puesto que el infractor podría argumentar que 'su' verdad no coincide con la verdad del Código Penal". Al respecto y en íntima conexión con el tema analizado, merecen citarse y meditarse profundamente las palabras con que JUAN PABLO II culmina ese párrafo Nro. 46: "...y que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza no son fiables desde el punto de vista democrático, al no aceptar que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos" (JUAN PABLO II, Encíclica *Centesimus Anno*, Nro. 46). Y esta relación que estable-

ce el Papa JUAN PABLO II con las formas políticas democráticas, nos evidencia la esencial vinculación del “bien común” con el concepto de “verdad”, y su incidencia en la vida de la comunidad política o Estado. Nos evidencia, igualmente, que lo que hemos calificado como “eclipse del concepto de bien común”, expresa en realidad la imposición de una ideología que ha bastardeado o deformado su auténtico concepto. Es que el “relativismo ético” ha sostenido que nadie puede proclamarse dueño de la verdad, lo que cierto, y que, por lo tanto, nadie tiene del derecho de imponer “su” verdad al resto de la comunidad. Pero esta afirmación parte del presupuesto falso, de origen kantiano, de la incognoscibilidad última la verdad (es decir, del agnosticismo) (Cfr. MARTÍNEZ BARRERA, o. c. y l. c). El Papa JUAN XXIII definió al bien común como “el conjunto de las condiciones sociales que permiten y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de su persona” (JUAN XXIII, Encíclica *Mater et Magistra*, AAA 53 [1961], 417. Cfr. Encíclica *Pacem in terris*, Nro. 58; Pío XII, Radiomensaje navideño *Con sempre nuova*, Nro. 13:) “Es que toda la actividad del Estado, política y económicamente, está sometida a la realización permanente del bien común” (Documentos políticos, BAC [13], p. 844). De este modo, el concepto de “bien común”, centrado en la perfección del hombre, pero realizado mediante las condiciones sociales que permiten y favorecen ese “bien común”, aparece netamente fijado en este concepto pontificio, que al mismo tiempo precisa el sentido mediador del “bien común” y el fin a que esos medios se orientan. Y en este sentido, y junto con el más auténtico Magisterio de la Iglesia, consideramos que no solamente es posible reintroducir la auténtica noción de bien común político en las actuales sociedades pluralistas, sino que esa tarea se presenta como una de las más urgentes y necesarias si realmente queremos vivir en una buena sociedad. Y precisamente porque el “bien común” es primero un bien “de orden”, y como el orden sólo es posible si se contempla la diversidad y la diferencia, ese “bien común” exige la acción justa de personas y no de la masa. No vale, por tanto, la objeción del neoliberalismo de que detrás de la noción de “bien común” se oculta un proyecto totalitario. “Una comunidad que verdaderamente aspire a ser llamada ‘política’, debe cuidar que no haya hambre, que haya trabajo, que haya un poder de policía y un ejército, que haya prosperidad general, y luego lo más importante y lo más necesario: que se honre a Dios y que haya suficiente autoridad para juzgar acerca de lo justo y de lo bueno. Si falta alguna de estas condiciones, la realización del bien común político ya no será posible” (MARTÍNEZ

BARRERA, o.c., pp. 356-357). Es por ello que “al hablar de las leyes de los principios que rigen la vida social, es preciso tener presente, en primer lugar, ‘el bien común’”, el cual, “...si bien en sus ‘aspectos esenciales y más profundos no puede ser concebido en términos doctrinales, y menos aún determinado en sus contenidos históricos’ (JUAN XXIII, Enc. *Pacem in Terris*, AAS 55 (1963) 272), sin embargo puede ser definido como ‘el conjunto de condiciones sociales que consienten y favorecen en los seres humanos el desarrollo íntegro de su persona’ (JUAN XXIII, Enc. *Mater et Magistra*, AAS 53 [1961], AAS 53 [1961] 417)” (*Congregación Para la Educación Católica*, o. c., Nro. 37). Concluimos afirmando que la elaboración del Magisterio de la Iglesia, en lo atinente al “bien común”, se constituye en una filosofía de base realista, una metafísica fundamental que asume al hombre en su realidad esencial. Así, el “bien común” se constituye como un “principio ético y de derecho natural”, que establece que todos los derechos y las obligaciones que surgen entre el Estado y los individuos exigen un encuadramiento por el derecho natural, el cual establece el orden exigido por la naturaleza social del hombre (Cfr. JOHANNES MASSNER, *La cuestión social*, pág. 359 y ss.). Este encuadramiento del “bien común” por parte del Magisterio más auténtico de la Iglesia, permite considerarlo en su naturaleza objetiva y sustraerlo de la arbitrariedad subjetiva al que lo someten las ideologías contemporáneas.

REFLEXIONES ACERCA DE LA JUSTICIA EN HESÍODO

MARÍA DE LA PAZ MONTEJANO*

HESÍODO, poeta griego del siglo VIII A.C., es uno de los primeros en abrir una puerta hacia la filosofía del derecho. Nacido en una aldea de Beocia, llamada Ascra, era pastor y cuidaba los rebaños de su padre, con el que vivía, junto con su hermano Perses. Sus obras escritas más importantes son *Teogonía* y *Los trabajos y los días*; en esta última obra se encuentra un importante fragmento en el que HESÍODO exhorta a Perses a abandonar la injusticia y a seguir a la justicia. El mismo poeta había sido víctima de un reparto injusto de la herencia de su padre por causa de su hermano, que sobornó a los jueces consiguiendo adquirir, de esa forma, una parte mayor de la que le correspondía. Tal experiencia personal, hace que el poeta pueda entender y expresar con claridad la misma injusticia y sus malas consecuencias, como así también valorar a la propia justicia exaltándola como el mayor bien.

Podemos notar en toda la obra de HESÍODO un tinte educativo, pues de cierta forma quiere enseñar y mostrar lo bueno de la justicia y lo malo de su contrario, tanto a su hermano como a cualquier persona que lo lea. Es decir que lo que él manifiesta a su hermano Perses es el punto de partida de un consejo válido para todos los hombres. La intención educativa que HESÍODO tiene para con Perses trasciende el caso particular y se proyecta de manera universal. También a lo largo de su obra nos transmite un ideal de vida conforme al trabajo y a la justicia, a la virtud y al bien, considerándolas como las mejores cosas para el hombre.

* Abogada. Ayudante de la Cátedra de Filosofía del Derecho del Dr. Siro De Martini.

Introduciéndonos más en su obra "*Los trabajos y los días*", podemos ver que HESÍODO expresa ideas sobre la justicia y la injusticia, sobre sus consecuencias y sobre la relación de estas con la divinidad. Razona y reflexiona estos temas, y los expresa de una forma poética y clara. Específicamente nos interesa un breve fragmento en donde, en forma de apólogo hacia su hermano Perses, nos habla principalmente sobre la justicia, a raíz de lo cual se tocan temas fundamentales de la filosofía del derecho, que trataremos a continuación y que constituyen el objetivo de este trabajo.

Con una primera lectura de este fragmento, el cual iremos analizando y razonando a lo largo del artículo, parecería que la justicia consiste en la paz del pueblo, en la abundancia de bienes y los alimentos otorgados por la tierra; en pocas palabras que la justicia es un premio que Zeus les da a los hombres, traducido en bienes materiales e inmateriales. Así también, como lo contrario, la injusticia parece ser el castigo de Zeus a los hombres que buscan el mal y se entregan a las malas acciones, a ellos les envía calamidades, hambre y pestes. Esto es lo que podemos observar en los escritos de HESÍODO con una lectura más bien superficial. Pero si tenemos en cuenta otros elementos como que la justicia es la mejor de las cosas o el daño que se hace a sí mismo y a los demás el hombre injusto, nos damos cuenta de que lo anteriormente enunciado no es la justicia, ni la injusticia cada una en sí misma, sino solamente sus consecuencias.

Por eso con una lectura más detallada y profunda del texto podemos decir que la esencia propia de la justicia es que esta es un bien en sí misma; ésta designa otra cosa, más que sus meras consecuencias "físicas" por decirlo de algún modo. Entonces para tratar de dilucidar que es la justicia para HESÍODO, podemos decir para empezar que la justicia consiste en un bien. Esto se ve claramente cuando dice : "*... el Cronida... ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas*"¹. Coloca a la justicia en el lugar más alto, como valor supremo y como el más sublime de todos los bienes. También observamos que la justicia es un bien para los otros y para uno mismo, esto surge de que su opuesto: la injusticia, es un mal para los que la padecen y para aquel que la comete. HESÍODO dice : "*se hace daño a sí propio el hombre que se lo hace a otros*".

¹ *Los trabajos y los días* HESÍODO. Todas las citas son de la Editorial Porrúa, Sexta edición, 1982.

Podemos ver, entonces, en forma manifiesta que la justicia es un bien. Pero nos preguntamos qué tipo de bien es: ¿Social o individual? ¿Pertenece a la sociedad en sí misma o es propio del alma del hombre? Con respecto a la primera cuestión planteada de si la justicia es un bien social, HESÍODO hace una breve referencia a ella cuando dice : *“... los que hacen una justicia recta... y no se salen de lo que es justo, contribuyen a que prosperen las ciudades y los pueblos. La paz está sobre la tierra...Jamás el hambre ni la injuria ponen a prueba a los hombres justos, que gozan de sus riquezas en los festines. La tierra les da alimento abundante...y...abundan perpetuamente en bienes”* y enumera todas las cosas buenas que Zeus les da a las sociedades justas. Para el poeta sólo una sociedad puede ser mejor y prosperar si su base es la justicia, si los hombres viven conforme al derecho y a “Diké”, la diosa de la justicia. El bardo postula como ideal una sociedad en la que los pilares fundamentales sean la justicia y el trabajo; porque no puede progresar un pueblo en donde reine la injusticia, en donde algunos vivan a expensas de otros y en donde el que trabaja honradamente no pueda conservar justamente lo suyo. Entonces decimos que los pueblos en donde reina la justicia prosperan y poseen un buen porvenir, dado esto, podemos afirmar que la justicia es un bien en el aspecto social.

Asimismo, HESÍODO muestra como la injusticia es un mal para la sociedad : *“... a los que se entregan a la injuria, a la busca del mal y a las malas acciones, Zeus... les prepara un castigo... envía una gran calamidad: el hambre y la peste a la vez, y perecen los pueblos”*. Y no sólo se refiere a la injusticia del pueblo, pues en una parte expresa que *“con frecuencia es castigada toda una ciudad a causa del crimen de un sólo hombre que ha meditado la iniquidad y que ha obrado mal”*; y en otra parte dice que un pueblo puede ser castigado por sus reyes que se apartan de la equidad recta y se niegan a pronunciar juicios justos. Según el poeta para que el pueblo sea castigado, no es necesario que todos sean injustos, puede ser tan sólo el rey el que pronuncie juicios inicuos y se aparte de la equidad, y como éste es cabeza que gobierna y dirige a todo el pueblo, le comunica y transmite al mismo los castigos de sus acciones injustas, todos por él son castigados.

Esto que vemos aquí es muy actual, no nos referimos, por supuesto, al hecho de que un pueblo sea castigado por los dioses con pestes y desdichas meteorológicas, sino a que una sociedad o una nación se vea afectada por las injusticias y los malos designios de sus

gobernantes; más que nada se traducen en desgracias sociales que afectan a todos. Por eso si tan sólo el que gobierna es injusto, por su calidad de representante y dirigente, el pueblo sufrirá el peso y las consecuencias de aquella injusticia; nos parece que ésta es la idea que quiso reflejar HESÍODO en aquellas palabras.

Con respecto a la segunda cuestión: si la justicia es un bien para el alma del individuo, ya nos referimos brevemente antes cuando dijimos que el injusto se hace daño a sí mismo, es decir que la injusticia concebida por alguien hace mal a la persona misma que lo concibió. HESÍODO hace alusión a este tema cuando dice *un mal designio es más dañoso para quien lo ha concebido*. Nosotros pensamos que ningún hombre puede ser feliz y vivir en paz cargando con una conciencia injusta e inequitativa; no hay peor mal para él mismo y para su alma que haber hecho daño a otro. Podemos relacionar esto con PLATÓN, que en su libro *La República* hace una referencia al tema y dice que la injusticia es el mayor mal del alma y la justicia su mayor bien. Este filósofo ve a la justicia como una perfección del alma y a la injusticia como todo lo contrario, como el peor de los vicios; observa el filósofo de Egina, que no es propio del hombre justo el hacer daño, ni a su amigo, ni a cualquier otro, sino que es propio de su contrario, del hombre injusto. Y éste haciendo daño a los demás se daña a sí mismo.

Junto con este tema es bueno reflexionar sobre una frase de HESÍODO, en la que parece contradecir de cierta forma, con lo recientemente expuesto pues dice: *"...constituye una desdicha ser justo, y el más inicuo tiene más derechos que el justo"*, en esta frase, creemos que se refiere a que visto externamente, parecería que al injusto le va mejor que al justo, pues el primero generalmente posee más riquezas y siempre saca más provecho que el debido; en cambio el justo es muchas veces la víctima de esas injusticias.

Coincidentemente, este tema también podemos relacionarlo con *La República*, en un diálogo que tiene Sócrates con Trasímaco, en donde este último defendía a la injusticia diciendo que era más provechosa al hombre, porque siempre gana, es más fuerte, más libre y más poderosa que la justicia. Sócrates le refuta todos sus argumentos diciéndole que la injusticia es todo lo contrario y citando la obra de HESÍODO le dice que los padres y los maestros recomiendan la justicia, no por ella en sí misma sino por las ventajas que van unidas a ella: una posteridad que se ilustra en el porvenir, dignidades y favores de los dioses.

En conclusión para nosotros, en *Los trabajos y los días*, el poeta se refiere a un provecho momentáneo de la injusticia, que tarde o temprano va a cesar, pues el injusto será castigado por sus males, porque lo que obtuvo lo adquirió sin derecho, transgrediendo la ley de Diké.

Entonces como la injusticia es lo opuesto a la justicia podemos decir que esta última es un bien para el hombre mismo que concibe y practica acciones justas, es un bien propio del alma humana.

De esta forma, observamos que la justicia para HESÍODO es un bien tanto para la sociedad como para el alma del hombre.

Pero entonces nos preguntamos ¿en qué consiste la justicia? HESÍODO no nos da una definición concreta de la misma, pero podemos extraer de sus escritos algunas de sus características fundamentales.

En primer lugar para HESÍODO la justicia es una diosa, una divinidad, es Diké, la hija de Zeus: “*y la Justicia es una virgen hija de Zeus, ilustre, venerable para los Dioses que habitan el Olimpo*”. Es ella la que manda a los hombres a practicar la justicia y a ser justos, la que los observa en sus acciones, la que se irrita ante la injuria y la que acusa ante su padre a los hombres y pueblos injustos, para que estos reciban su castigo. La fuerza de la justicia procede del poder divino, tiene fuerza religiosa. No es meramente una cosa o una virtud de los hombres, sino que proviene de lo alto, de la divinidad que le da a la justicia vigor y poder.

Pero además de esta justicia como divinidad y don divino, hay otro aspecto de la misma, que si bien HESÍODO no lo dice expresamente, es importante y está implícito en el texto, y es que existe también una justicia que se da entre los hombres y es protegida por Diké. Entonces castigar la injusticia no depende sólo de los dioses, sino también de los mismos hombres, por esta razón existen en la ciudad magistrados que juzgan las acciones humanas, son jueces que aplican la justicia y el derecho.

De esta cuestión se desprenden dos temas importantes. El primero es que estos magistrados no pueden castigar las acciones que no ven ni llegan a su conocimiento, que son aquellas que nunca se descubren o que se realizan en ámbitos privados, en cambio los dioses sí pueden castigar dichas acciones, mezclados entre los hombres ellos ven todo, el poeta dice en uno de los párrafos: “*Los ojos de Zeus lo ven y lo comprenden todo...*”. El otro tema es que muchas veces estos magistrados pronuncian juicios inequitativos que no son conforme a la ley de Diké, pues ellos también, como todos los hombres, pueden ser

injustos para favorecer a unos más que a otros. Por eso decimos que el castigo de los dioses es más perfecto que el de los hombres, porque Diké todo lo ve y todo lo juzga rectamente.

En segundo lugar observamos que la justicia es algo propio del hombre. Es decir que sólo los hombres pueden ajustar su conducta y sus acciones a ella. Sólo el hombre tiene normas de justicia, pues ella es propia de su esencia, por ser racional, porque no necesita de la fuerza para dirimir sus conflictos con los demás. Esta idea clave de la filosofía del derecho, está expresada muy claramente en HESÍODO; en un principio con la fábula del gavilán y el ruiseñor, dos animales irracionales que como tales carecen de justicia y se rigen por la ley de la fuerza. Y luego se vuelve a recalcar el tema: *“El Cronión... ha permitido a los peces, a los animales feroces y a las aves de rapiña devorarse entre sí, porque carecen de justicia; pero ha dado a los hombres la justicia, que es la mejor de las cosas”*. La justicia es entonces, un bien dado por los dioses a los hombres, seres capaces de comprender y diferenciar lo justo de lo injusto. Su poesía está impregnada de una ética: el hombre sabe y conoce lo que es bueno y lo que es malo.

En tercer lugar podemos decir también que la justicia es objetiva, es decir que existe en la realidad fuera del sujeto que la conoce; no depende de cada hombre, sino que responde a un cierto orden existente.

El orden significa la colocación de las cosas en el lugar que les corresponde. Éste a su vez está fuertemente vinculado a la justicia. Y esto podemos afirmarlo desde dos planos distintos. Desde el plano de su origen divino, porque como bien lo describe el mismo HESÍODO en otra obra suya *La Teogonía*, la diosa Eunomía que significa el orden, es hermana de Diké (la justicia) y de Eirene que representa a la paz; todas hijas de Zeus y de Temis. Hijas de los mismos padres, hermanas y creadas las tres juntas, están ligadas entre sí y guardan una íntima relación, siendo imposible que se dé una sin la existencia de la otra. Las tres se reúnen en la ciudad justa de HESÍODO: donde hay justicia, existe orden y hay paz. Desde un segundo plano, que es el humano, podemos afirmar esta vinculación del orden con la justicia; pues ambas cosas rigen a los hombres de cierta forma. Podemos decir que justo es aquel que da a cada cual lo que le corresponde, y que existe orden cuando cada cosa es colocada en su lugar. Entonces si cada uno tiene lo que le corresponde y cada cosa está en su lugar, podemos decir que el orden en sí, es justo. Existe esta fuerte vinculación porque no puede darse una cosa sin la otra; es imposible que en

una sociedad injusta reine el orden o que en una sociedad caótica exista la justicia, pues como cada cosa no está en su lugar no se le da a cada uno lo que le corresponde.

En otra parte de su obra, el poeta hace una breve referencia al orden diciendo: *“El orden es la mejor de las cosas para los mortales, y el desorden la peor”*. Al igual que de la justicia, HESÍODO habla del orden, como un bien supremo de los hombres.

Hay orden porque existe un principio de ordenación según el cual cada cosa está en su lugar. Para el poeta este principio ordenador tiene origen divino y es como antes dijimos Eunomía, la diosa del orden; por eso el orden y la justicia están íntimamente relacionadas con la divinidad. Los dioses son los guardianes del orden cósmico y si éste se rompe serán ellos mismos los que castiguen a los injustos que lo han roto. Aquí tocamos nuevamente el tema de las consecuencias de las acciones de los hombres: al hombre que es justo y que sólo realiza juicios equitativos, los dioses ls premian con abundancia económica, con la paz y la prosperidad de su pueblo. En cambio a los que son injustos, los dioses les envían pestes, hambre y desdicha. Para HESÍODO el premio al justo y el castigo al injusto es un hecho, no puede ser de otra forma, porque así lo manda el padre de los dioses y nadie puede escapar de él, ni de sus designios. El justo es colmado de riquezas y el injusto es castigado irremediabilmente.

Vemos entonces el papel que juega la divinidad en la moral del hombre; los bienes y los males dependían de los dioses. Pero nos preguntamos ¿es justo premiar al hombre justo y castigar al injusto? y a esto contestamos afirmativamente, pues el injusto debe ser castigado para instruirlo, para que aprenda de su error y de su maldad, HESÍODO dice en una parte: *“hay otra vía mejor que lleva a la justicia, y esta se halla siempre por encima de la injuria; pero el insensato no se instruye hasta después de haber sufrido”*; observamos en esto cierta connotación educativa del castigo, en donde se trata de enderezar el alma del hombre injusto. Decimos también que es necesario castigarlo para que el orden antes mencionado se restablezca. Este restablecimiento del orden, que de algún modo significa el castigo, no quiere decir que las cosas vuelvan a su estado anterior, sino que cada cosa esté en su lugar, en el que le corresponde. Cuando se castiga al injusto que produce un desorden, con el mismo castigo se ponen las cosas en su lugar; y además es justo, porque se le da lo que le corresponde, y entonces decimos que el lugar que le corresponde al castigo es el de corregir al injusto. Si el injusto comete una injusticia, y se lo castiga, cada cosa estará en su lugar; y por esta misma razón, del restablecimiento del orden mediante el castigo, podemos decir que éste es justo.

También creemos que es justo premiar al hombre que practica la justicia, para alentarle en la virtud y el bien. Aunque el poeta diga que esto no es fácil al principio: *"...para ejercitar la virtud los mismos dioses han sudado; porque la vía es larga, ardua y al principio está llena de dificultades; pero en cuanto se llega a la cúspide, se hace fácil en adelante, después de haber sido difícil"*.

En cuarto y último lugar decimos que la justicia es universal, pues se extiende a todos los hombres, a todos los pueblos y a todos los tiempos. HESÍODO se da cuenta de que la misma rige para todos los hombres de la tierra, no sólo para los de su ciudad. Él siempre habla de *los hombres*, sin especificar ningún pueblo en particular. Considera a la justicia como propia del hombre mismo, como perteneciente a su misma esencia.

Como conclusión podemos decir que HESÍODO con su poesía, nos conduce hacia principios importantes y fundamentales de la filosofía del derecho: en primer término vemos que la justicia es un bien, para la propia persona y para los demás, y lo es tanto en el aspecto social como en el moral del hombre. Seguidamente observamos que existe una justicia que se da entre los hombres, pero que a su vez está protegida por los dioses. HESÍODO nos muestra a la justicia como algo propio de la esencia humana por ser racional, por eso el ser social conforma su conducta con las normas de la misma, a diferencia de los animales irracionales que se rigen por la ley de la fuerza. En tercer término, podemos ver que aquélla es objetiva y que se encuentra íntimamente vinculada con un orden, custodiado por los dioses, que tiene normas que rigen al hombre y que de cierto modo conforman su ética. Y en último lugar, decimos que la justicia es universal, pues rige a todos los hombres, sin exclusión de ninguno.

LA JUSTICIA COMO CARÁCTER GENERAL O ÍNDOLE FORMAL PROPIA DE LO JUSTO*

JULIO E. LALANNE**

I. Introducción

Todo aquel que se aventura por los vericuetos de la filosofía jurídica se topa antes o después con el tema de la justicia. Parece ser una suerte de aduana ineludible. Pero como consecuencia de ello se ha escrito tanto sobre este tema que uno se siente desalentado de acometer la empresa. Si ya está todo dicho ¿para qué más? Sin embargo, tratándose de una noción tan fundamental dentro del pensamiento jurídico, calificada como “el tema supremo de la Filosofía del Derecho”¹, la “estrella polar en la que debe tener fija la mirada quien quiera orientarse en el mundo del derecho”², “el núcleo de la llamada Filosofía del Derecho, el momento mismo de la formulación de su principio”³, todo esfuerzo en elucidar su esencia no parece vano. Soy consciente de lo difícil que, a estas alturas, resulta ser original al abordar esta cuestión, aunque creo que, en algún punto, estas notas pueden ser útiles.

* El autor desea agradecer a los profesores Dr. Félix A. Lamas y Licenciada Delia María Albisu, quienes leyeron el primer borrador de este artículo y formularon diversas observaciones críticas y recomendaciones que, en la medida de lo posible, fueron incorporadas al texto.

** Abogado. Profesor de la Cátedra de Filosofía del Derecho del Dr. Félix A. Lamas.

¹ DEL VECCHIO, GIORGIO, *La justicia*, Buenos Aires, De Palma, 1952, pág. XX.

² GRANERIS, GIUSEPPE, *Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, pág. 7.

³ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos, 1991, pág. 334.

Uno de los primeros deberes del jurista y científico de nuestro tiempo es delimitar el marco teórico o la vertiente filosófica dentro de los cuales incardina su investigación. En tal sentido, cumpla en señalar que el propósito de este trabajo es formular un concepto de *justicia*, desde la perspectiva del pensamiento jurídico clásico. Entiendo por pensamiento *clásico* el que va desde la filosofía griega hasta la Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes. Este período merece ser llamado *clásico* porque ha habido una extraordinaria continuidad entre las fuentes greco-romanas, las medievales y algunas modernas, y porque en él se acuñaron las principales categorías y nociones jurídicas que constituyen aún hoy el núcleo central de la ciencia del Derecho⁴. Deliberadamente excluyo de estas páginas la discusión con los impugnantes de la noción clásica de justicia⁵. El debate (la mera exposición) de sus críticas rebasaría los límites de este artículo.

Recurriré a un método *inductivo-semántico*. *Inductivo*, porque tomaré como punto de partida la experiencia; más concretamente, partiré de la observación de la experiencia humano-social, que constituye el origen de toda indagación científica en materia jusfilosófica. *Semántico*, porque, dentro del campo de la experiencia humana, tomaré como un dato primordial el lenguaje corriente. El análisis de los usos corrientes del lenguaje, como recurso metodológico, se justifica porque se trata de una forma privilegiada de experiencia social⁶. La observación de lo que el hombre común acostumbra decir de algo y los nombres que elige para denominar a esa cosa, son el vehículo y la corporización⁷ de la experiencia humana acumulada a lo largo del

⁴ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, "Dialéctica y Derecho", artículo publicado en Revista *Circa Humana Philosophia*, Buenos Aires, I.E.F., 1998, N° III, pág. 45.

⁵ Las críticas más conocidas y extendidas son las vertidas por HANS Kelsen en *¿Qué es la justicia?*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1956; y las expuestas por ALF ROSS en su obra *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Eudeba, 5° ed. 1994. La complejidad del análisis y discusión de las tesis de los mencionados autores justifican un trabajo independiente que oportunamente ensayaré.

⁶ Sin perjuicio de su raíz incuestionablemente clásica, este método ha sido utilizado entre nosotros por GUIDO SOAJE RAMOS (véase su trabajo "El concepto de derecho, en Revista *Circa Humana Philosophia*", Buenos Aires, I.E.F., 1998, N° III, pág. 77 y siguientes) y por FÉLIX ADOLFO LAMAS (su libro *La experiencia jurídica*, ya citado, es un monumental estudio del Derecho a partir de la experiencia). Sigo las enseñanzas de este último, de quien soy discípulo.

⁷ Dice FREDERICK COPLESTON que "el acceso a la filosofía a través del lenguaje ordinario no supone ningún otro supuesto, sino sólo comenzar observando lo que la gente acostumbra decir, ya que esto puede ser considerado razonablemente como

tiempo acerca de ese objeto, que tiene un especial valor como fuente de conocimiento empírico. Es que los nombres y las palabras son elementos susceptibles de un conocimiento intersubjetivo cotejable, que, por lo tanto, constituyen un punto de partida adecuado para las ciencias sociales. Ha escrito a este respecto GUIDO SOAJE RAMOS que “los lenguajes que hablamos los hombres son dialógicos, por ellos nos comunicamos en el diálogo. Y las palabras que integran los lenguajes son también dialógicas en cuanto sus sentidos respectivos son entendidos tanto por el que habla como por el que escucha, o bien por el que escribe y por el que lee”⁸. Por su parte, agrega FÉLIX A. LAMAS que el lenguaje “es casi el núcleo mismo de la experiencia colectiva y el vehículo por el cual y en el cual esa experiencia puede ser apropiada”⁹. Es por ello muy útil empezar por considerar los diversos usos que se le da habitualmente al nombre *justicia*.

En esta breve introducción he pretendido anticipar –además del tema en líneas generales– los presupuestos teóricos que subyacen a esta investigación, sus límites y el método elegido para el tratamiento del tema.

II. Presentación del Tema. Diversos usos del nombre “Justicia”

Si hemos de tomar como punto de partida de nuestro estudio la experiencia humano-social condensada en el lenguaje, corresponde comenzar, ante todo, por distinguir las diversas acepciones de las palabras *justo* y *justicia*.

una corporización de la experiencia humana acerca de situaciones objetivas a lo largo de un extenso periodo de tiempo”, “Reflections on Analytic Philosophy”, en *On the History of Philosophy*, Search Press, London 1979, págs. 106-111. El texto lo tomé del trabajo de CARLOS I. MASSINI CORREAS, “La cuestión de la justicia”, publicado en *Revista Sapientia*, Buenos Aires, 1997, Volumen LII, fascículo 202, pág. 348.

⁸ SOAJE RAMOS, GUIDO, “El concepto de derecho– Examen de algunos términos pertinentes”, en *Revista Circa humana philosophia*, artículo citado, pág. 79.

⁹ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, *La experiencia jurídica*, citada, pág. 289. En la misma línea escribe CORNELIO FABRO: “El lenguaje es para el hombre el vehículo de los conceptos y de los problemas que ellos comportan: así el estudio del lenguaje, de sus modos y estructuras, debería estar en la raíz de toda búsqueda de la determinación del contenido de los conceptos y del sentido de los problemas, cuando se admita que la esfera semántica no es otra cosa que la expresión de la esfera lógica y la esfera lógica el reflejo, de alguna manera, al menos, de aquella real” (*Partecipazione e causalità s. Santo Tomas d’Aquino*, Torino, S. Ed. Internazionale, 1961, pág. 151). Véase también el trabajo de MASSINI CORREAS citado en la nota n° 7 anterior.

1) Hay una primera acepción de *justicia* que la identifica con la noción genérica de rectitud moral; hombre justo es el cumplidor cabal de todos sus deberes. Aunque con esta acepción fue ya empleado el término en el mundo pagano (por ejemplo, se hablaba de Arístides “el justo”), el uso generalizado se halla en la *Biblia*, principalmente en el Antiguo Testamento¹⁰. También la literatura patrística empleó frecuentemente el término como equivalente a perfección moral. SAN JUAN CRISÓSTOMO define la justicia como “*mandatorum observatio*”¹¹; para SAN ANSELMO “*iustitia est rectitudo*”¹², y SAN AGUSTÍN afirma que la justicia produce en el hombre un cierto “*justus ordo naturae*”¹³.

2) En segundo lugar, empleamos la palabra *justicia* para nombrar una de las virtudes morales que la tradición denomina “virtudes cardinales”. La justicia, en este sentido, hace referencia a un hábito operativo valioso de las personas, es decir, una disposición arraigada en un sujeto que lo inclina a realizar habitualmente ciertos actos —en este caso, dar lo suyo a cada quien— considerados positivos desde un punto de vista ético.

Si bien a lo largo de la historia se han dado varias definiciones de la justicia en cuanto virtud personal, hay una que a esta altura de los tiempos se ha incorporado a la memoria de la humanidad. Es la que caracteriza a la justicia como la virtud de *dar a cada uno lo suyo*. Esta expresión aparece ya formulada por el poeta griego SIMÓNIDES, según nos lo indica PLATÓN en *La República*¹⁴, luego vuelve a aparecer en fórmulas semejantes en *La Retórica* de ARISTÓTELES¹⁵, también la en-

¹⁰ Entre otros muchos ejemplos, *Job*, Libro I, Capítulo 8, en el que se aplica al patriarca el calificativo de “justo”; y *Salmos*, 57,12: “Hay en verdad un premio para el justo”.

¹¹ SAN JUAN CRISÓSTOMO, *In Matheum Homiliae*, XII, 1.

¹² SAN ANSELMO, *De veritate*, 12.

¹³ AGUSTÍN DE HIPONA, *La Ciudad de Dios*, XIX, 4.

¹⁴ “Explicanos pues, dije, tú el heredero de la discusión, lo que Simónides dice de la justicia y por qué merece tu aprobación. Lo que dice, contestó, es que lo justo consiste en devolver a cada uno lo que se debe, y en esto me parece que tiene razón”, PLATÓN, *La República*, Libro I, 331 b. La versión castellana de la que he tomado la transcripción precedente es la de ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1971, pág. 6). No se han conservado textos de Simónides en donde se encuentre la fórmula de la justicia.

¹⁵ “La justicia es virtud mediante la cual cada uno tiene lo propio, y según la ley; y la injusticia, cuando tiene lo ajeno, no según ley”, ARISTÓTELES, *La Retórica*, I, 9, 1366 b. Versión de ANTONIO TOVAR (Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1971), pág. 46.

contramos en CICERÓN¹⁶, en SAN AMBROSIO¹⁷, en SAN AGUSTÍN¹⁸, en el Derecho Romano, en el Código “Las Siete Partidas” (1263) de Alfonso X¹⁹, en la Escolástica, en la llamada Escuela Española del Derecho Natural y de Gentes²⁰ y perdura hasta nuestros días en el realismo jurídico iusnaturalista y en otras escuelas jurídicas.

En el contexto de esta tradición filosófico-jurídica, es clásica y famosa la definición de justicia del jurisconsulto romano ULPIANO:

“*Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi*”²¹

TOMÁS DE AQUINO la reformula con ligeras modificaciones que la tornan más precisa:

“*Si alguno quisiera reducir la definición de la justicia a su debida forma, podría decir que justicia es el hábito según el cual uno, con constante y perpetua voluntad, da a cada cual su derecho*”²²

3) En tercer término, se utiliza el adjetivo *justo* o *justa* para atribuir una cierta cualidad a diferentes cosas: así, se habla de comportamientos justos, leyes justas, precio justo, guerra justa, intercambios justos, justos títulos, ordenamiento social justo, sentencias justas, etc. Al calificar estas realidades con el adjetivo *justo* o *justa*, que funciona como predicado, les estoy atribuyendo una cualidad que, considerada abstractamente, se llama *justicia*. Así como en su acepción de virtud la justicia es una especial inclinación psicológica del sujeto, una actitud interior que lo predispone a obrar un cierto tipo de conducta, en este otro sentido trátase de una calificación de las cosas (principalmente de las conductas o de cosas vinculadas a conductas) que se

¹⁶ CICERÓN, *De finibus*, 5, 23.

¹⁷ SAN AMBROSIO, *De officiis*, I, 24.

¹⁸ “Hablemos de la justicia. Su objeto es dar a cada uno lo suyo (de aquí que en el mismo hombre haya un orden natural justo: el alma se somete a Dios y la carne al alma. Así, alma y carne están a Dios sometidas)”. AGUSTÍN DE HIPONA, *La Ciudad de Dios*, XIX, 4.

¹⁹ Allí se define la justicia como “raigada virtud que da y comparte a cada uno igualmente su derecho” (III, I, 1), citado por LUIS RECASENS SICHES, en *Filosofía del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 12ª edición, 1997, pág. 484.

²⁰ Véase FRANCISCO DE VITORIA, *De Iustitia*, comentario a la Q. 57, art. 1; DOMINGO DE SOTO, *De Iustitia et Iure*, lib. III, Q. I, art. 1, *ibid.* Q. 2, art. 7; LUIS DE MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tract. I, disp. 13; y FRANCISCO SUAREZ, *De legibus*, I, IX, 2, 8 y 12.

²¹ ULPIANO, *Digesto* Libro I, título 1; ley 106, fórmula que se recoge en las *Institutas* de JUSTINIANO con una insignificante modificación sintáctica: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuens* (I, 1, 1 pr.).

²² TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 1.

formula desde una perspectiva objetiva o transindividual. Esto es, la *justicia* entendida como el carácter general o modo de ser de las cosas (el valor general abstracto dirán los modernos) que las hace merecer el calificativo de justas. Podríamos identificar esta acepción como *justicia en sentido objetivo*, por oposición a la *justicia en sentido subjetivo* o justicia entendida como virtud personal del sujeto²³, que sería lo mentado por la acepción considerada más arriba.

4) En cuarto lugar, se utiliza la palabra *justicia* como equivalente a poder judicial, es decir, la institución –o conjunto de instituciones– del Estado encargadas de la administración de justicia, como cuando se dice “la justicia ordenó la detención de tal persona”. Si bien no he querido dejar de mencionar esta acepción de justicia –que podríamos identificar como justicia en sentido institucional–, puesto que es irrecusable el hecho de su uso frecuente, se echa de ver que no es de interés para nuestro análisis, puesto que su sentido es claramente derivado.

Limitaré esta investigación a la idea de justicia en su vertiente objetiva, es decir, la justicia como índole formal o calidad general de *lo justo objetivo* o *lo objetivamente justo*, por considerarla la más importante desde el punto de vista estrictamente jurídico. La justicia entendida como virtud interesa principalmente a la *Ética*. Al *Derecho* –y también a las restantes ciencias sociales– le interesa fundamentalmente la justicia en sentido objetivo²⁴. Es su objetivación como acto justo o conjunto de actos justos (como orden social justo), lo que importa al pensamiento jurídico, independiente de que tal orden social o tales actos tengan o no su origen en la virtud de la justicia. Lo que preocupa a la Ciencia del Derecho no son las conductas virtuosas de los miembros de la sociedad, sino la justicia de su resultado, es decir, que los actos exteriores en que cristalicen sean justos, aunque

²³ JUAN ALFREDO CASAUBON utiliza esta terminología: “La justicia en sentido subjetivo es la virtud de la justicia, dado que existe en la voluntad como en su sujeto próximo. La justicia en sentido objetivo es la cualidad (o cualidad-relación) por la cual un acto externo del hombre es justo, aun cuando no sea acompañado de ánimo de justicia”; “La justicia en el pensamiento neotomista”, artículo publicado en *Revista Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, N° 3, pág. 109.

²⁴ Dice SOAJE RAMOS que “la filosofía del derecho...debe ocuparse principalmente de lo que llamaremos desde ya lo justo objetivo o lo objetivamente justo. En cambio, lo mentado por justo en su primera acepción [por referencia a la justicia como virtud] interesa principalmente a una consideración ética integral”, “El concepto de derecho – Examen de algunos términos pertinentes”, artículo citado, pág. 103.

no hayan nacido en cada caso concreto de dicha virtud²⁵. Tanto es así que, de hecho, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que esas acciones objetivamente justas puedan ser coercionadas o incluso sustituidas por otro.

III. La idea de Justicia como índole formal de lo Justo.

En el lenguaje común es muy habitual calificar una conducta de justa o injusta. Así, decimos que fue justa o injusta la decisión de un árbitro de fútbol que expulsó a un jugador, la del policía que vigila el tráfico que impuso una multa o la del profesor que aprobó a un alumno. Asimismo, nos parece justo o injusto el premio de un jurado literario, el precio que se paga por un libro o la subida del alquiler de un inmueble.

Cuando calificamos estas cosas como justas les estamos asignando una cualidad: la justicia. La palabra *justicia*, desde este punto de vista, es la expresión de un concepto abstracto que designa una cualidad.

²⁵ Diversos autores han hecho notar lo que WERNER GOLDSCHMIDT califica como un "hecho asombroso", a saber: que los actos pueden ser justos o injustos con absoluta independencia de que procedan o no de dicha virtud (*La ciencia de la justicia [Dikelogia]*, Madrid, Aguilar, 1958, págs. 98-99.). En este sentido sostiene FRANCESCO OLGIATI: "Por otra parte, está también asentado que la justicia, a diferencia de las restantes virtudes, posee como algo especial y característico —y esto es lo que la distingue en los rasgos esenciales de su fisonomía (*hoc specialiter iustitiae praeter aliis virtutibus*)— lo siguiente: que las otras actividades poseen siempre carácter de eticidad en función del sujeto que las realiza, mientras que la justicia prescinde del *animus* con que el sujeto obra [...] de ahí que la valoración de un acto, para ver si es justo o no, no tiene nada que ver con el *animus* del sujeto que lo realiza, sino que debe limitarse al examen de la *actio exterior*" (*El concepto de juridicidad en Santo Tomás de Aquino*, Pamplona, Eunsa, 1977, págs. 159-161.) —. Esto ha llevado a GRANERIS a hablar de una cierta "amoralidad" del derecho, que "nace del contacto de la *res iusta* con el sujeto en el momento de la ejecución. Es el sujeto quien puede acercarse al fuego de la justicia con las manos heladas y no calentarse; puede manejar la cosa justa con ánimo injusto; puede pagar o exigir lo debido con sentido de avaricia, con corazón de ladrón. La cosa permanece justa y la solución del débito es aún un acto de justicia; sólo que el ánimo humano no se adecua a la moralidad objetiva del acto" (*Contribución tomista a la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1977, pág. 45; véase también el origen tomista de esta distinción en la pág. 49). Es evidente que la existencia de la virtud en el individuo será siempre cuestión que importe a su fuero interno, a su conciencia. Pero a la sociedad —al Derecho— lo que le interesa fundamentalmente es lo justo socialmente objetivado, es decir, que el valor justicia informe la vida social y vitalice los vínculos sociales. El presente estudio se ubica en el plano de esta consideración objetiva, para la formulación de un concepto de justicia válido para las ciencias sociales y jurídicas.

La justicia: un concepto y un término abstracto

Una de las divisiones de los conceptos y las palabras (que son signos de los conceptos) que suelen hacer los lógicos, es aquella en virtud de la cual se los clasifica en *concretos* y *abstractos*. Se habla de conceptos y términos *concretos* para aludir a los que designan un sujeto o una forma en tanto que se halla en el sujeto²⁶; mientras que los conceptos y términos *abstractos* son aquellos que nombran un atributo en abstracto, esto es, sin hacer referencia al sujeto²⁷.

Seanos ejemplo evidente de ello el de los conceptos concretos *bella* o *bello* y su correlativo concepto abstracto: *belleza*. Cuando decimos que María es *bella*, estamos considerando a esta persona bajo un cierto aspecto que se realiza en ella, una cierta cualidad que es captada por nuestra inteligencia. Ahora bien, esa misma cualidad, si la consideramos en sí misma y por separado, la llamaremos *belleza*. Ya sea que pensemos en lo *bella* que es María o que pensemos en la *belleza* en general, en los dos casos es una cierta dimensión o aspecto —la *belleza*— la que se nos hace presente. Pero en el primer caso se nos presenta *en el sujeto* que esta afectado por la cualidad (María que es quien tiene el atributo, y a quien implícitamente menciono al decir *bella*), mientras que en el segundo se me presenta *sin ese sujeto* (la *belleza* como cualidad universal y abstracta, es decir, separada de María).

A esta clase de determinaciones que afectan a un sujeto, la filosofía clásica las llama *forma* o *formalidad*. Podemos decir, por lo tanto, que conceptos tales como *bello*, *veloz*, *dulce*, y —lo que aquí nos interesa— *justo*, significan una formalidad *en el sujeto* que es determinado por esa formalidad, y que conceptos tales como *belleza*, *velocidad*, *dulzura* y *justicia*, significan una formalidad *sin el sujeto* que es afectado por esa formalidad o haciendo abstracción de ese sujeto.

Pues bien, estas dos categorías de conceptos y de palabras se llaman, respectivamente, *concretos* y *abstractos*. Esta denominación obedece a que, si bien ambos son abstractos en el sentido de que están sacados de la experiencia sensible por medio de la operación intelec-

²⁶ Aquí utilizo la palabra “sujeto” como sujeto de la predicación, como aquello de lo cual se habla o se dice algo.

²⁷ Dice SANTO TOMÁS DE AQUINO: “En las cosas sensibles usamos nombres abstractos para indicar las formas simples; y usamos nombres concretos para indicar las realidades subsistentes”, *Suma Teológica*, I, q. 32, a. 2. Se cita de la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1994.

tual llamada abstracción²⁸, y en el sentido de que hacen abstracción de las notas individuales presentadas por los sentidos; sin embargo, los segundos son, por así decirlo, *abstractos a la segunda potencia*²⁹, porque desprenden una forma del sujeto que determinan, con el fin de considerarla aparte. Por oposición, los conceptos tales como *bello*, o *justo* se llaman *concretos*.

Con el concepto abstracto, se suele significar la *formalidad* considerada en sí misma y por separado, es decir, *aquello por lo cual una cosa es tal o cual cosa*. Es la condición o carácter general de algo, la esencia universal de algo, la noción universal —la idea diría PLATÓN— que en cuanto tal es susceptible de ser atribuida a muchas cosas o entes. Mientras que con el concepto concreto, se hace referencia a las cosas singulares y concretas —las únicas que existen en la realidad— que están afectadas o determinadas por esa formalidad, porque poseen dicha perfección. Así, una cosa es y se dice justa porque está determinada por una cierta formalidad. Y esa formalidad o determinación positiva por la cual esa cosa es justa y es calificada de justa es, precisamente, la justicia. Es, por así decirlo, la esencia específica de lo justo.

La palabra *justicia*, en este sentido, alude a cierta cualidad —general y abstracta— que —precisamente por su generalidad lógico predicamental— es susceptible de ser predicada respecto de todas las cosas justas concretas: de una persona, de una conducta, de una situación, de una ley, etc; en la medida en que realizan o participan de esa noción universal³⁰.

Luego de esta breve indagación lógico-gramatical y aplicando lo expuesto a nuestro tema, podemos concluir que *la justicia es un sustantivo abstracto que designa la formalidad o índole formal de lo justo*³¹.

²⁸ Denomínase abstracción, en general, a cierta acción psíquica que consiste en conocer una cosa sin conocer otra con que se encuentra unida, o conocer que una cosa no es otra.

²⁹ MARITAIN, JACQUES, *El orden de los conceptos*, Buenos Aires, Club de Lectores, 1984, pág. 59; de esta obra elemental de lógica he extraído la explicación de la división de los conceptos en concretos y abstractos que consta en el texto.

³⁰ Es interesante señalar que a la virtud de la justicia se la denomina con el mismo nombre que a la formalidad abstracta por la cual las cosas se dicen justas, precisamente por tratarse de una disposición general, no tan sólo en sentido lógico predicamental sino también en sentido real causal, ya que la disposición permanente que constituye la virtud de la justicia de algún modo influye sobre una pluralidad indeterminada de actos singulares. Se justifica, así, la utilización del mismo nombre.

³¹ Dice FÉLIX LAMAS que “la justicia, como índole formal de lo justo, alude a la formalidad propia de lo justo, vale decir, a aquello en virtud algo se dice (y es) justo. Es, si cabe, la esencia específica de lo justo”, *La experiencia jurídica*, citada, pág. 333.

La justicia designa una cualidad. Propiedades de la categoría de cualidad

ARISTÓTELES ha escrito que la cualidad es una categoría³² que tiene dos características peculiares: a) implica la posibilidad del contrario³³, y b) admite grados³⁴. Considerémoslas con precisión.

a) En primer lugar, toda cualidad radica en un sujeto, respecto del cual necesariamente hay en potencia otra cualidad contraria por privación, que se le opone. En rigor de verdad, no puede siquiera pensarse en una cualidad sin pensar al mismo tiempo en que pueda darse su contrario, porque de otro modo no tiene sentido la cualidad. Así, lo bueno se opone a lo malo, lo blando a lo duro. Por su parte, la salud presupone como contraria la enfermedad, que está en potencia en el organismo sano; y, aún más, en cierto modo el concepto de salud se explica por referencia a la enfermedad. La belleza implica necesariamente la posibilidad de la fealdad, la rectitud u honestidad se oponen a la mezquindad o deshonestidad, y así podríamos seguir anotando ejemplos. Lo mismo sucede respecto de la *justicia* en cuanto cualidad: admite un contrario que es la injusticia, es decir, la privación de la justicia y todo lo que puede calificarse de justo es, por ello mismo, susceptible de ser calificado de injusto³⁵.

³² ARISTÓTELES pone orden en las ideas o conceptos mediante las categorías, a las que divide en sustancia y accidentes (cantidad, cualidad, acción, pasión, lugar, posición, tiempo, hábito y relación). Dentro de las nueve categorías del accidente, cabe ubicar la justicia dentro de la categoría de cualidad. La cualidad tiene cuatro especies: a) disposición y hábito; b) potencia e impotencia naturales; c) las pasiones y cualidades pasibles; y d) la figura y la forma. Este análisis, propiamente metafísico, excede los límites de este trabajo. Básteme señalar que la justicia, considerada como lo vengo haciendo en el cuerpo del artículo, es decir, como índole general de lo justo, *corresponde ubicarla dentro de la disposición*, que forma parte —como subespecie— de la primera especie de la categoría de cualidad (para la división de la cualidad véase SANTO TOMÁS, *Suma Teológica*, I-II, q. 49, a. 2 y RAMIREZ, SANTIAGO, *De habitibus in communi*, Madrid, C.S.I.C., 1973, tomo I, pág. 32 y ss.).

³³ ARISTÓTELES, *Categorías*, Capítulo 8, 10 b, Madrid, Gredos, 1982, pág. 61; véase también LAMAS, FÉLIX A., *La experiencia jurídica*, ya citada, pág. 293.

³⁴ Dice ARISTÓTELES que “los cuales admiten también el más y el menos: en efecto, una cosa se llama *más* o *menos* blanca que otra; y una *más justa* que otra.”, *Categorías*, Capítulo 8, 10 b, ed. y lugar citados.

³⁵ Éste es el fundamento por el cual, para comprender acabadamente qué sea una cualidad, es imprescindible conocer su contrario. Por tanto, la ciencia o filosofía del derecho no solamente debe considerar el derecho, lo justo y lo jurídico sino también lo que no es derecho, lo injusto y lo antijurídico. Por eso dice ARISTÓTELES que la ciencia, como la facultad, es de los contrarios, a diferencia del hábito que está determinado hacia una sola cosa y no hacia su contrario: cfr. *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo I, 1129 a. Utilizaré a lo largo de todo el trabajo la edición del Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1981, traducida del griego por MARÍA ARAUJO y JULIÁN MARIAS. La cita está en la pág. 70.

b) Pero además, toda cualidad admite grados. No hay cualidad que pueda darse en grado absoluto en un sujeto. Las cualidades admiten más o menos intensidad. Se puede estar más o menos sano, o ser más o menos bello o bueno. Empero, lo bello en sí, lo sano en sí o lo bueno en sí, no existen por sí mismos y en sí mismos, pues de existir ya no serían cualidades sino sustancias³⁶. Esto significa que hay una imposibilidad metafísica de que se dé una cualidad de modo absoluto en un sujeto.

Lo mismo sucede respecto de la *justicia*. Cuando la justicia se predica de una conducta, de una situación, de una institución, de un régimen normativo, nunca puede predicarse de modo absoluto, pues siempre ha de quedar con cierta indeterminación el grado o intensidad de la misma en relación con la naturaleza humana y sus fines específicos, y con las disposiciones materiales y circunstancias que limitan las posibilidades de realización de tal cualidad³⁷. Por el contrario, hay grados de intensidad de lo justo. Busco un ejemplo: el homicidio es, evidentemente, injusto, pero el parricidio es más injusto aún y, probablemente el filicidio es todavía más injusto.

c) Una última observación: si no puede hablarse de una cualidad en grado absoluto, ya que la cualidad por definición es un accidente que, además de admitir contrarios, se da con diversa intensidad, y si la justicia es una cualidad, entonces cada vez que se atribuya la cualidad justicia a una realidad, esta expresión adolecerá de una cierta ambigüedad. Esta ambigüedad estará dada por la imposibilidad de expresar con exactitud el grado preciso en que esa cualidad se verifica en concreto en la cosa cualificada. Por lo tanto, el pensamiento jurídico debe adaptarse a esta realidad: debe modalizar sus afirmaciones y los juristas debemos acostumbrarnos a hablar con un nivel de certeza adecuado a la especial realidad que nos toca manejar³⁸.

De lo dicho en el apartado anterior y lo que va del presente, podemos inferir los siguientes resultados provisionales: la palabra *justicia* es el término abstracto correspondiente al concreto *justo*. Es un sustantivo que designa una cualidad sin incluir explícitamente en su noción al sujeto en el que dicha cualidad inhiere. Hace referencia a

³⁶ En esto consiste el error de PLATÓN.

³⁷ LAMAS, FÉLIX ADOLFO, "Dialéctica y Derecho", artículo citado, Revista *Circa Humana Philosophia*, pág. 62.

³⁸ La índole axiótica del Derecho está en la raíz de la índole dialéctica del Derecho, como acertadamente ha hecho notar FÉLIX LAMAS.

una cualidad, general y abstracta, que usualmente predicamos de ciertas cosas relacionadas con el hombre y por referencia a la cual llamamos a esas cosas *justas*.

La justicia como valor

Desde aproximadamente la segunda mitad del siglo XIX, comenzó a abrirse paso una corriente que se dio en llamar *filosofía de los valores*³⁹. Esta línea de pensamiento, cuyos más destacados autores fueron MAX SCHELER⁴⁰ y NICOLAI HARTMANN, ha tenido una gran influencia sobre el pensamiento jurídico.

Los autores modernos enrolados en esta teoría, aunque parten de presupuestos metafísicos muchas veces diversos, pareciera que llaman *valor* a lo que ARISTÓTELES y la filosofía tradicional denominan *cualidad* considerada abstractamente. Por tanto, dicen que la justicia es un valor.

Así lo pensó, verbigracia, el maestro LEGAZ Y LACAMBRA; aseveró que la justicia es un *valor*, entendiendo por *valor*, según la definición de N. HARTMANN, “*esencias por las cuales todo lo que en ellas participa es como es, a saber, valioso*”⁴¹. Añade el filósofo del derecho español que “*en este sentido, los valores no solo califican a las cosas referidas a ellos, sino que las constituyen en su específica realidad*”⁴². En esta línea de pensamiento, el jurista alemán GUSTAV RADBRUCH observa que “*la idea del derecho no puede ser otra que la justicia. Est autem ius a iustitia, sicut a mater sua, ergo prius fuit iustitia quam ius, dice la glosa al 1.1. pr. D. 1.1.. Está, por tanto, justificado que nos detengamos en la justicia, como en el último punto de partida ya que lo justo—como lo bueno, lo verdadero y lo bello— es un absoluto, es decir, un valor que no puede derivarse de ningún otro*”⁴³.

³⁹ La utilización de la palabra *valor* (*Wert*) aparece ya en KANT, sin embargo lo que se conoce como filosofía de los valores no se solidifica hasta finales del siglo XIX. Sus antecedentes están en LOTZE y tiene inflexiones fundamentales en MEINONG, WINDELBANG y EHRENFELS; y uno de los filósofos que más utilizó la terminología con la que acabarían por instrumentarse las teorías del valor del siglo XX fue NIETZSCHE en la *Genealogía de la moral* (1887).

⁴⁰ En su obra *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*.

⁴¹ *Ethik*, Berlín-Leipzig, 1926, citado por LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1972, pág. 341.

⁴² LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS, *ibidem*.

⁴³ RADBRUCH, GUSTAV, *Filosofía del Derecho*, trad. de Medina Echevarría, Madrid, 1933, pág. 44.

Para la teoría de los valores, estos son entidades abstractas. Del mismo modo que hemos señalado más arriba que la cualidad es un accidente que admite un contrario, los autores modernos enrolados en la filosofía de los valores dicen que una de las principales características de estos es la *bipolaridad*. Los valores se presentan siempre desdoblados en un valor positivo y en un antivalor o disvalor que se le opone. Otra de las propiedades de los valores que los asemejan a la categoría aristotélica de cualidad es la jerarquía que no es otra cosa que los grados de valiosidad. Como puede verse, la moderna teoría de los valores parece haber redescubierto en este siglo algunas cosas que ya había señalado ARISTÓTELES hace más de dos mil años.

No comparto los presupuestos metafísicos de estas concepciones⁴⁴. Sin embargo, me parece adecuado y justificado hablar de la justicia como un *valor*. Este vocablo –ciertamente extraño a la doctrina tradicional– es apropiado para caracterizar a la justicia, puesto que la justicia, incuestionablemente, es una realidad axiológicamente positiva que debe preferirse al disvalor contrario⁴⁵. Por otra parte, esta terminología ha adquirido indudable carta de ciudadanía en el lenguaje jurídico actual, ya que es de evidencia empírica que es muy frecuente hablar del *valor justicia* y que utilizamos a diario la palabra *valor* como

⁴⁴ En particular, nos resulta inconsistente, inexplicable e inadmisibile la famosa afirmación de LOTZE según la cual “los valores valen pero no son”. Es también la postura de MAX SCHELER, quien establece una radical separación entre ser, bien y valor. Refiriéndose a esta “teoría de los valores sin ser” JUAN ALFREDO CASAUBON afirma: “Dudamos que alguien haya entendido *realmente* esto: valer sin ser es correr sin existir, o como la sonrisa de gato sin gato en “Alicia en el país de las maravillas”. [...] ¿Puede *valer* lo que *no es*? ¿Hay algo fuera de los entes y del ser? Por todo ello esta doctrina nos resulta del todo inaceptable” (en su artículo *La justicia en el pensamiento neotomista*, ya citado en nota nº 23, pág. 133). Hay autores que han analizado el tema del valor desde la perspectiva de la metafísica tomista, como GUIDO SOAJE RAMOS (*Elaboración del problema del Valor*, Revista *Ethos*, Instituto de Filosofía Práctica, Nº 1, pág. 142) y HÉCTOR HERNÁNDEZ, quien señala: “Si tenemos en cuenta que al decir ‘valor’ decimos lo mismo que al decir ‘bien’, sólo que reducido a ‘bien para el hombre’ (= “perfección para el hombre”), se verá que transmitimos aquí de alguna manera el camino metafísico de SANTO TOMÁS DE AQUINO: “El bien y el ente son en realidad una misma cosa y difieren sólo nocionalmente”, *La justicia en la teoría egológica del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980, pág. 32.

⁴⁵ “La justicia –dice ANTONIO GOMEZ ROBLEDO– es un valor, incuestionablemente, pues sea cual fuere la noción que pueda tenerse del valor, una de sus notas más ciertas es su preferencia sobre el disvalor; ahora bien, los hombres, para sí, por lo menos cada uno en particular, han preferido siempre la justicia a la injusticia” (*Meditación sobre la justicia*, citada, pág. 152).

una manera de referirnos a la justicia. Incluso autores enrolados en lo que hemos llamado pensamiento clásico utilizan esta expresión⁴⁶.

Es por ello que de aquí en más utilizaré el término *valor* para referirme a la *justicia*, entendida como la formalidad intrínseca de las cosas, que las constituye como justas y por referencia a la cual se dicen y son justas.

La Justicia: notas esenciales

Creo útil dejar de lado lo atañadero a la palabra para pasar a considerar el contenido real de la idea de justicia. La tarea de mi cavilación será esta: ¿En qué consiste la justicia desde esta perspectiva objetiva?

a) Hay una pregunta primaria, condición de las demás: ¿a qué afecta la justicia? Cuando hablamos de ella, ¿a qué nos referimos?; o, dicho de una manera más precisa: ¿qué es lo que puede ser sujeto de atribución lógica de los términos *justo* y *justicia*? Volvamos a los usos del lenguaje. La justicia en cuanto cualidad o valor —o su valor contrario, la injusticia— se predicán, en el habla común, de las siguientes realidades:

1. Conductas o comportamientos del hombre, tanto individuales como colectivos: se dice “pagar las deudas es justo”; bajo determinadas condiciones se habla de “guerra justa”.
2. Estados de cosas o situaciones en las que siempre aparece involucrado el hombre: es corriente referirse al “orden social justo”, a una “distribución justa”.
3. Instituciones sociales: la esclavitud, el homicidio y el robo son considerados injustos.
4. Las normas, tanto generales (la ley) como individuales (la sentencia judicial, incluso los contratos), suelen calificarse con el adjetivo *justa* o *justo*.

Sobresale en forma nítida, a partir de esta reseña, que la justicia es una realidad prototípicamente humana porque las cosas que aparecen haciendo las veces de soporte de esta cualidad o, dicho en senti-

⁴⁶ Así por ejemplo HÉCTOR H. HERNÁNDEZ en la obra ya citada *La justicia en la teoría egológica del derecho*, dice expresamente que “el valor jurídico propiamente hablando es la justicia” (véase el capítulo VIII.B, en pág. 86 y siguientes). El iusfilósofo mexicano ANTONIO GÓMEZ ROBLEDO dedica un capítulo de su libro *Meditación sobre la justicia* a “La justicia como valor” (obra citada, capítulo VII, pág. 152).

do técnico, la materia en la que inhiere la cualidad valorativa de la justicia es siempre algo humano. “*La justicia es una cosa humana*” confirma ARISTÓTELES⁴⁷ puesto que es algo que no cabe predicar ni de las bestias ni de los dioses.

Y más aún: considérense con detenimiento las diversas realidades humanas estimables bajo la idea de justicia y se advertirá que son susceptibles de ser reducidas a una: *la conducta o el comportamiento humano*. Demos un paso más: la justicia aparece calificando cierta clase de actos humanos en la que se advierte la presencia necesaria de otra persona que está siendo afectada o involucrada de algún modo por ese comportamiento. En efecto, la justicia es algo que se da en la esfera de las acciones u omisiones exteriores del hombre referidas a otros. Decían los clásicos que es de la esencia de la justicia la *alteridad*, puesto que no cabe hablar de justicia respecto de uno mismo⁴⁸.

La justicia tiene como nota característica *la alteridad*: es un accidente de la conducta humana referida a otro. Lo propio de la justicia, desde el punto de vista de su materia, es que regula acciones humanas exteriores por las cuales se establecen relaciones con otro u otros –bien sea un individuo, bien sea la comunidad–. Se trata de una acción que presupone una respuesta, un actuar del otro como consecuencia del mío. Nada describe mejor esta clase de conductas que el término *interacción*: aquella conducta que está referida a otro y que presupone, desde el punto de vista de su propia significación, una acción recíproca por parte del otro, una cierta actividad del otro en respuesta a la mía⁴⁹.

La conducta interactiva que es materia de la justicia no es la conducta interactiva meramente bilateral, sino la que se da en el marco de la convivencia: la conducta social, que ARISTÓTELES ubica en dos grandes estratos comunitarios: la familia y la *polis*. La conducta intersubjetiva se da en general en todo grupo social pero sobre todo en el Estado porque sólo en el Estado hay estricta alteridad, esto es, estricta distinción de sujetos. Es que la alteridad, para la mentalidad

⁴⁷ *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 9, 1137 a 25-30., ed. citada, pág. 86.

⁴⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 2; ARISTÓTELES, *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 1, 1129 b.

⁴⁹ Según el *Diccionario de la Lengua Española* de la Real Academia *interacción* significa “acción que se ejerce recíprocamente entre dos o más objetos, agentes, fuerzas, funciones, etc.” (Diccionario de la Real Academia Española, vigésimo primera edición, Madrid, 1998, tomo h/z, pág. 1178)

clásica, es algo más que mera bilateralidad, es *socialidad*, es *politicidad*. La justicia es, pues, un accidente de la vida humana social. Haciendo una paráfrasis de la conocida definición de Derecho de LUIS LEGAZ Y LACAMBRA podríamos decir que la justicia es *una forma de la vida social*⁵⁰, aunque trátase de esa forma considerada en general y en abstracto.

b) Dilucidar ¿qué es el valor justicia? es dilucidar ¿cuál es el principal rasgo definitorio de la justicia? ¿cuáles son las notas esenciales de lo justo? *Lo legal y lo igual*, nos ha contestado ARISTÓTELES⁵¹, y tan satisfactoria es esta fórmula que ha quedado incorporada para siempre a la tradición jurídica occidental. Examinar con precisión estos dos aspectos constitutivos de la justicia será lo inmediato de mi tarea.

c) Propiamente, la justicia comporta *una medida, una cierta proporción, un equilibrio o equivalencia*. La injusticia es lo contrario: la desarmonía, la desproporción, la desmesura o por poco o por demasiado. Esa medida que está implicada en la justicia ha sido llamada tradicionalmente *igualdad*, de modo que –hablando en concreto– *lo justo es lo igual* o, mejor dicho, lo igualado, lo proporcionado, lo que no es más ni menos de la medida que a ese objeto –entendido en sentido amplísimo, como aquello que está siendo considerado– le corresponde.

Es considerable la aportación a la conceptualización de la justicia por parte del pensamiento griego, como era de esperar, dada la asombrosa genialidad helénica de la que somos deudores en una proporción difícil de creer. Ya los pitagóricos sostenían que la justicia

⁵⁰ LEGAZ Y LACAMBRA define el derecho como “una forma de vida social en la cual se realiza un punto de vista sobre la justicia que delimita las respectivas esferas de licitud y deber, mediante un sistema de legalidad, dotado de valor autárquico”. En *Filosofía del Derecho*, ya citada, pág. 295. La justicia, en cuanto cualidad, no es otra cosa que una formalidad accidental de la conducta y en tanto que la vida social es materialmente conducta colectiva, la expresión de LEGAZ es irreprochable. Sin embargo, en aras de ser precisos cabe aclarar que, tal como se indica en el texto, la justicia es una formalidad general y abstracta mientras que el derecho es una *forma* –para utilizar la expresión del ilustre maestro español– realizada en la vida social concreta.

⁵¹ “Parece que es injusto el transgresor de la ley, y el codicioso, y el que no es equitativo; luego es evidente que será justo el que se conforma a la ley y el equitativo. Por consiguiente, lo justo es lo legal y lo equitativo”, *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo I, 1129 b, trad. de MARIAS y ARAUJO, ed. citada, pág. 71. En el texto reemplacé “equitativo” por “igual”, por considerarlo traducción más exacta del término griego *ison*.

estriba en “*lo igual, igual número de veces*”, o sea en el número cuadrado, porque es el producto de dos factores iguales⁵². A su turno, PLATÓN sentenció que la justicia “*no es otra cosa que la igualdad establecida entre las cosas desiguales conforme la naturaleza de las mismas*”⁵³.

Pero fue ARISTÓTELES quien sistematizó y le dio una formulación rigurosa a estos primeros atisbos: el Filósofo llamó a lo igual mediante dos palabras: *ison* y *analogon*, lo igual y lo proporcional; ambos

⁵² WERNER GOLDSCHMIDT señala: “Según los pitagóricos, el símbolo de la justicia es el número 3, por ser éste igual a la suma de los números positivos enteros precedentes (1 + 2), mientras que 2 es mayor que 1, y 4 menor que la suma de 1, 2 y 3. Otros simbolizaban la justicia mediante un cuadrado con el lado 4 por ser su contenido (4 X 4) igual a su extensión (también 4 X 4), mientras que un cuadrado con el lado 3 tiene por contenido 9 y como extensión 12, o un cuadrado de 5 lado 5 tiene por contenido 25 y por extensión 20” *La ciencia de la justicia (Dikelogía)*, Madrid, Aguilar, 1958, pág. 8.

“Dominados por su idea de que las cosas son números, los pitagóricos fueron fértiles en fantasías aritméticas o geométricas sobre la esencia de la justicia, la que asimilaron unas veces al cuadrado —“tetrágono y cuadrado sin reproche” llamaron al varón justo—, otras a diversos números, tal vez de preferencia el cuatro. Todo esto puede hoy hacernos sonreír, pero lo definitivo y lo profundo son las ideas subyacentes en estos símiles y la intención con que fueron configurados. Porque si se elegía el número 4, era por ser producto de dos factores iguales, por ser símbolo, como dirá más tarde ARISTÓTELES, de la reciprocidad perfecta; y por sobre el acierto o desacierto de las comparaciones, está el gran designio que expresa Jámblico al decir lo siguiente: “Quisieron (los pitagóricos) demostrar que en la masa de elementos desiguales, inconmensurables e infinitos, la justicia es definida e igual, para aplicar a todos ellos una medida común”. Es difícil expresar con mayor propiedad y energía el papel y la misión de la justicia, o compendiar más acabadamente sus principales rasgos definitorios: igualdad, proporcionalidad, reciprocidad, reducción de la multiplicidad al orden y la medida.”, ANTONIO GOMEZ ROBLEDO, *Meditación sobre la justicia*, ya citada, págs. 18/19.

⁵³ PLATÓN, *Las Leyes*, Libro VI, Ed. Porrúa, 1985, pág. 111; también en el *Gorgias* pueden leerse alusiones explícitas del ilustre autor a la justicia como igualdad: “Así pues —pregunta Sócrates a Calicles—, ¿no cree la multitud, como tú decías ahora, que lo justo es conservar la igualdad y que es más vergonzoso cometer injusticia que recibirla?...¿Cree o no cree la multitud que lo justo es conservar la igualdad y no poseer uno más que los demás, y que es más vergonzoso cometer injusticia que recibirla” (*Gorgias*, 488 e - 489 a). A la vista de estos textos, resultan inadmisibles frecuentes afirmaciones como la que copio seguidamente: “De otro lado, y contra lo que opinan ciertos autores, no descartamos la posibilidad de que en la doctrina platónica no estén también subyacentes, aunque revestidas de otro vocabulario las categorías aristotélicas de igualdad y desigualdad” (GOMEZ ROBLEDO ANTONIO, *Meditación ...*, ya citada, pág. 200). Conviene aliviarse del error de acentuar la contraposición entre los pensamientos de ARISTÓTELES y PLATÓN se trata de una equivocación que sólo puede ser fruto de un examen incompleto de la obra de este último, en la cual, un lector atento encontrará —bien que dispersas y quizás desarticuladas— la mayoría de las tesis aristotélicas.

términos significan lo mismo, pues el filósofo griego toma la proporción de las matemáticas, para las cuales la proporción es la igualdad de dos razones, y así la igualdad puede ser aritmética o geométrica, dos tipos de igualdad que el Estagirita aplica a lo justo, según se trate de lo justo conmutativo o de lo justo distributivo

ARISTÓTELES explica el modo de entender lo igual con su conocida doctrina del término medio: “en toda acción en la que se da lo más y lo menos se da también lo igual...Y puesto que lo igual es un término medio, lo justo será también un término medio”⁵⁴. Las cosas que calificamos de justas son, materialmente, como se ha dicho, conductas humanas o efectos resultantes (*término ad quem*) de acciones humanas, dirigidas a otro, que son susceptibles de un más y de un menos. Es evidente por lo tanto, que hay un punto intermedio, equidistante entre lo más y lo menos, que podemos caracterizar como lo igual, eso es lo justo.

Después del PERIPATÉTICO, la mayoría de los grandes pensadores que han abordado el problema, han visto en la justicia una cierta igualdad⁵⁵. Entre los juristas romanos, CELSO caracterizó al derecho con una fórmula de incuestionable similitud con aquella de ARISTÓTELES: el Derecho es “lo bueno y lo equitativo”⁵⁶. La palabra equitativo, que deriva de *aequitas*, “tiene una etimología cierta y casi evidente: ella deriva de una raíz que significa unidad, igualdad y representa muy vivamente el principio informador del derecho”⁵⁷. En el siglo

⁵⁴ *Ética Nicomaquea*, Libro V, capítulo 3, 1131 a.

⁵⁵ ANTONIO GÓMEZ ROBLEDÓ dice que los siguientes autores identifican la justicia como una cierta igualdad: CICERÓN, SANTO TOMÁS DE AQUINO, HOBBS, BODINO, LEIBNIZ, SPENCER, LASSON, BERGBOHM, LOTMAR, NATORP, HARVARH, RADBRUCH, TOURTOULON, NAVILLE, BURCKHARDT, DUGUIT, DABIN, BRUNNER Y NEF. Y agrega: “bien que la verdad no sea jamás cuestión de mayorías, no deja de ser impresionante el comprobar cómo la mayoría de los grandes pensadores que han abordado el problema, han visto en la justicia una cierta igualdad” (en *Meditación sobre la justicia*, pág. 200).

JUAN LLAMBIAS DE AZEVEDO afirma que la igualdad es “la noción común de la justicia desde los orígenes de la filosofía occidental hasta nuestros días” y cita al pie de página los siguientes autores y obras en respaldo de dicha afirmación: XENO PHONTE, *Cyropedia*, I, 6, 31-34; DANTE, *De Monarchia*, II, 5; PASCAL, *Pensees*, 238; ROUSSEAU, JEAN JACQUES, *9eme lettre de la Montagne*; PROUDHON, *De la justice*, I, pág. 183; IHERING, *Zweck*, 164; DEL VECCHIO, *La Giustizia*, VIII; HAURIU, *L'ordre social*, RTDC, 1927; p. 800. (en *Eidética y Aporética del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1958, pág. 154).

⁵⁶ *De iustitia et iure*, I, 1.

⁵⁷ BONFANTE, PIETRO, *Istituzioni de Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli Ed., 1946, pág. 7.

XIII TOMÁS DE AQUINO lo dirá con más precisión: “*la forma general de la justicia es la igualdad*”⁵⁸. Para hacer referencia a la igualdad, el ANGÉLICO utiliza los términos latinos *adaequatio* –adecuación– y *commensuratio* –ajustamiento o conmensuración– que son equivalentes.

La idea de que la igualdad es el elemento predominante, característico, especificador de la justicia ha pervivido hasta nuestros días, prueba de lo cual son los numerosos autores modernos, de las más diversas extracciones, que –si bien con ciertas particularidades– coinciden en ello: BERGSON⁵⁹, EMIL BRUNNER⁶⁰, CHAIM PERELMAN⁶¹, KARL ENGISCH, KARL LARENZ⁶², GUSTAV RADBRUCH⁶³, JEAN DAVIN⁶⁴, JOHN FINNIS⁶⁵,

⁵⁸ SANTO TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 61, a. 2; en la edición de la Biblioteca de Autores Cristianos que tengo a la vista (Madrid, 1995) está en el tomo III, pág. 513.

⁵⁹ Señala BERGSON que “la justicia ha evocado siempre las ideas de igualdad, de proporción y de compensación”, *Les deux sources de la morale et la religion*, citado por JOSÉ LUIS ARAGUREN, en *Ética*, Madrid, Biblioteca Nueva, 1997, pág. 313.

⁶⁰ BRUNNER EMIL, *La justicia*, México, Unam, 1961, traducción de Luis Recasens Siches.

⁶¹ PERELMAN, CHAIM, *Justice et raison*, Bruxelles, Université de Bruxelles, 1972.

⁶² Este último autor escribe: “Sobre la justicia entendida en este sentido hay en la literatura moderna, limitándonos a ella, numerosas afirmaciones que divergen en lo particular, pero que muestran muchos rasgos comunes. De ellas no resulta una definición pero puede haber alguna proposición que podamos tomar como punto de partida para nuestras reflexiones. PERELMAN dice que ‘todos están de acuerdo en que lo justo significa un trato igual para todos los seres que son iguales en un aspecto determinado’. HENKEL subraya dos máximas, que ‘desde antiguo’ se engloban en el principio de justicia: ‘dar a cada uno lo suyo’ y ‘tratar en forma igual a lo esencialmente igual y a lo desigual desigualmente en proporción con la desigualdad’. ENGISCH habla de las ‘tradicionales ideas formales de igualdad, proporcionalidad, y equivalencia’, y FIKENSTCHER de justicia igualitaria y justicia material. Según RYFFEL, el significado fundamental de la palabra ‘justicia’ radica en la suposición de un ‘ordenamiento correcto sustraído a la arbitrariedad humana según el cual se ha de regir el comportamiento de los hombres’. En sentido estricto, se entiende por justicia ‘el procedimiento de la igualdad normativizada’ y consiste en que lo igual sea tratado igual y lo desigual desigualmente aunque según el criterio igual. Según TAMELO, la palabra ‘justo’ significa una cualidad valorativa de carácter social, ético y positivo, que refiere a cada uno en relaciones correlativas de derecho y deber y la distribución de lo conveniente”, *Derecho justo, fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas, 1985, pág. 48.

⁶³ “La medida de la justicia es la idea de igualdad” dice RADBRUCH en *Introducción a la filosofía del derecho*, trad. de W. Roces, México, 1955, pág. 31.

⁶⁴ “La virtud que da a cada uno su derecho o su dignidad merece ser definida, en sentido estricto, no simplemente por la idea de equidad (*aequum et bonum*), sino por la idea matemática de igualdad (*aequalitas*)” DABIN, JEAN, *Teoría general del derecho*, Madrid, 1955, pág. 344.

⁶⁵ FINNIS, JOHN, *Natural Law and Natural Right*, Oxford, Clarendon Press, 1984, págs. 162-163.

FLAVIO LÓPEZ DE ONATE⁶⁶ y podríamos seguir con la enumeración⁶⁷. A la luz de esta comprobación, cabe afirmar que la identificación de la justicia con la idea de igualdad es, sin dudas, lo más definitivo y permanente del acervo especulativo acumulado en torno a la noción de justicia en la filosofía occidental.

d) La igualdad es una relación que, en cuanto tal, implica necesariamente dos términos que se comparan, pues cuando decimos que algo es igual siempre tomamos como punto de referencia o pauta de comparación otra cosa respecto de la cual decimos que es igual. Si hemos dicho que la justicia implica una cierta igualdad, es evidente que implica también dos términos que, en última instancia, son dos personas (vuelve así a surgir la alteridad como nota esencial de la justicia). TOMÁS DE AQUINO lo explica muy claramente:

*“Como se dijo anteriormente (q. 57, a. 1.), ya que el nombre de justicia indica una cierta igualdad, por su propia esencia la justicia tiene que referirse a otro, pues nada es igual a sí mismo, sino a otro...Y así la justicia requiere diversidad de personas, y por ello es de un hombre respecto a otro”*⁶⁸.

La igualdad, en cuanto forma o esencia misma de la justicia, es una igualdad de un hombre respecto a otro, dice el Santo Doctor. Sin embargo, si bien es cierto que los hombres son específicamente idénticos (todos, sin excepción, son animales racionales), no lo es menos que individualmente son diversos: difieren en sus capacidades o talentos, en su vigor físico y energía, en sus necesidades, en su situación vital, en sus virtudes. Es un hecho irrecusable que los hombres son individualmente desiguales⁶⁹. La justicia requiere una cierta

⁶⁶ “La exigencia de la justicia tiene como fundamento suyo la igualdad; se ha dicho clarivamente que la igualdad es *el contenido específico* de la idea de justicia”, LÓPEZ DE ONATE, FLAVIO, *La certeza del Derecho*, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953, pág. 177.

⁶⁷ Escribe LUIS RECASENS SICHES: “Es impresionante la coincidencia del pensamiento sobre la idea formal de la justicia a lo largo de veinticinco siglos de la historia de la Filosofía. Claro que cada una de esas definiciones, a pesar de su radical semejanza, tiene en cada uno de los respectivos sistemas un especial alcance y peculiares consecuencias. Pero, a pesar de tales diferencias de matiz, todos esos pensamientos sobre la justicia concuerdan en afirmar que ésta entraña en algún modo una igualdad, una proporcionalidad, una armonía”, *Filosofía del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 12ª edición, 1997, pág. 488.

⁶⁸ TOMÁS DE AQUINO, *Suma Teológica*, II-II, q. 58, .2.; en la edición de la B.A.C., tomo II, pág. 477.

⁶⁹ Dice LEÓN XIII en la encíclica *Rerum Novarum*: “hay por naturaleza entre los hombres muchas y grandes diferencias; no son iguales los talentos de todos, no la habilidad, ni la salud, ni lo son las fuerzas; y de la inevitable diferencia de estas cosas brota espontáneamente la diferencia de fortuna” (punto 13).

homogeneidad que torne posible la comparación, homogeneidad de la que carecen los hombres considerados individualmente. Derivo de lo antedicho esta conclusión: la comparación propia de la justicia no puede establecerse, en rigor de verdad, entre un hombre y otro hombre *simpliciter loquendo*. Brota, entonces, la pregunta: ¿entre qué términos se produce la igualdad propia de la justicia?⁷⁰.

El ajuste, la proporción o igualdad implicadas en la relación de justicia se dan entre el acto de uno de los sujetos y “algo que hay en el otro”. Ese “algo que hay en el otro” es una cierta cualidad de la persona que la hace merecedora (“digna” dirá SANTO TOMÁS) de una cosa, de una prestación, o de determinado trato. Esta cualidad o condición se denomina, conforme un uso milenario, *título*. La igualdad se da entre los *títulos* de las personas involucradas en una relación de justicia⁷¹ o entre la *conducta del agente* y el *título* del otro.

Surge así una noción fundamental para explicar adecuadamente el fenómeno jurídico: la de *título*⁷². Entiendo por *título* una cierta cualidad o investidura⁷³ en virtud de la cual alguien ocupa una posición relativa en una relación de justicia. Dicha investidura puede tener su causa en un hecho natural –por ejemplo, la consanguinidad que genera el título de heredero⁷⁴–, o en un hecho anterior –en virtud de la compra de una cosa, alguien tiene el título de dueño–. A la vez, en todos los casos, el título tiene su fuente en una ley que, al definir las conductas preceptuadas, prohibidas, permitidas, define a la vez los sujetos relativos de las mismas⁷⁵.

⁷⁰ “Habida cuenta de que para que pueda hablarse de igualdad es preciso la existencia al menos de dos términos; ¿entre qué términos se produce la igualdad o igualación propia de la justicia?”, MASSINI CORREAS, CARLOS I., *La cuestión de la justicia*, artículo citado, pág. 361.

⁷¹ LAMAS, FELIX A., *La experiencia jurídica*, pág. 363.

⁷² Dice HÉCTOR HERNÁNDEZ que “se puede advertir un ‘vacío’ respecto del tema del título jurídico en los estudios iusfilosóficos o de ‘teoría general’. Quizás ello se deba al influjo de posiciones un tanto racionalistas o normativistas, que tienden a reducir el derecho a la norma jurídica, incluso a veces entendida como una mera ‘cosa lógica’ o mental, y no como constitutiva, intencional e imperativamente referida a las conductas jurídicas” (en *Derecho subjetivo. Derechos Humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, pág. 93).

⁷³ TEÓFILO URDANOZ habla de *propiedad* (en la edición bilingüe de la *Suma Teológica* de la B.A.C., tomo VIII, Madrid, 1956). Y TOMÁS DE AQUINO, al considerar el tema cuando se ocupa de la acepción de personas, utiliza la palabra *dignidad* (*Suma Teológica*, II-II, q. 63, a. 1).

⁷⁴ SANTO TOMÁS DE AQUINO pone este ejemplo: “una cualidad de la persona hace digna a ésta respecto de una cosa y no respecto de otra, como la consanguinidad hace a uno digno de que se le instituya heredero del patrimonio” (*Suma Teológica*, *ibidem*).

⁷⁵ Reproduzco casi textualmente la caracterización de los títulos que hace LAMAS en *La experiencia jurídica*, págs. 344/345. Hago notar que hay quienes entien-

Las partes de la relación de justicia tienen un título en virtud del cual ocupan su posición en la relación establecida entre ellas; cada título es, necesariamente, *opuesto y correlativo* al del otro. Los títulos son *opuestos* porque uno es de signo positivo –suele llamarse título de mérito– y el otro de signo negativo –título de merecimiento negativo o de demérito–. Los títulos son *correlativos*, porque guardan una relación de necesaria complementación entre sí, de tal suerte que no puede existir uno sin el otro. Un título no es más que el revers del otro y este otro le hace tanta falta para existir, como la luz y el cuerpo a la sombra. A su vez, los títulos son, respectivamente, fundamentos de un *deber* –el título negativo, de demérito o de débito– de un lado y de un *poder de reclamación* –el título de signo positivo, de mérito o de acreencia– del otro. Vayan algunos ejemplos para probarlo: el título de acreedor en virtud del cual alguien puede reclamar el pago de una deuda, se contrapone al título de deudor, según el cual hay otra persona que está obligada a satisfacer el pago; en el extremo opuesto al título de heredero encontramos el de testador; el de padre es correlativamente opuesto al de hijo; el de marido al de esposa; el de juez al del reo; el de patrón al de empleado; y la lista de ejemplos podría continuar.

Pero además de opuestos y correlativos, los títulos son idénticos en su medida, puesto que tienen el mismo objeto. Por eso la justicia consiste en una igualdad, porque lo que uno debe es *lo mismo* que el otro merece. Algo es justo cuando guarda una relación de igualdad –de conmensuración o adecuación dirá TOMÁS DE AQUINO– entre lo que uno debe y lo que el otro merece, o entre lo que uno está obligado a dar y lo que la contraparte en la relación tiene mérito para recibir (o poder de exigir o derecho de reclamar). Cuando se dice que lo justo es

den la noción de *título* en sentido no del todo coincidente. Verbigracia, REGIS JOLIVET lo define como “hecho contingente en virtud del cual tal derecho determinado pertenece a tal persona” (*Diccionario de Filosofía*, Buenos Aires, Club de lectores, 1978, pág. 178). Según JAVIER HERVADA “el título es aquello en lo que tiene su origen el derecho, esto es, lo que origina –la fuente– el dominio del sujeto sobre la cosa” (*Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona Eunsa, 1981, pág. 48). Lo que estos autores consideran que es *título*, a mi modo de ver y siguiendo a LAMAS, es *la causa* del título. Entiendo por *título* a una cierta cualidad, atributo, o investidura que le es otorgada, conferida o atribuida a un sujeto –en última instancia– por la ley y en virtud de la cual algo le es debido. Esta noción de título es compatible o puede considerarse implícita en la doctrina de TOMÁS DE AQUINO de la *Suma Teológica*, II-II, q. 63, a 1, si bien el Santo Doctor, como fuera dicho, utiliza los términos “dignidad”, “propiedad” o “cualidad”.

lo igual, se está diciendo que *lo que se da* debe ser exactamente igual a *lo que se adeuda*, que, a su vez, es la medida del derecho subjetivo del otro. Conducta debida y conducta exigible son las dos caras de una misma cosa, al modo en que lo concavo se corresponde exactamente a lo convexo .

Séanos ilustración de lo antedicho la institución de *la retribución justa*⁷⁶ : hay una relación de empleo; ambas partes tienen un título en virtud del cual ocupan su posición jurídica en la relación: empleador o patrón de un lado y empleado o trabajador del otro. Los títulos respectivos tienen su causa: primero, en la existencia de un contrato de trabajo que vincula a las partes; segundo, en el hecho precedente del trabajo efectivamente prestado por el dependiente a favor de su patrón; y, por último, en la ley que ha creado los títulos. La retribución justa es la que el empleador debe darle al trabajador, que (para ser justa) debe ser exactamente igual a la que le corresponde al trabajador percibir. Hay pues una cierta igualdad, una medida común al deber de uno y al merecer del otro y para que se realice la justicia la retribución debe ser estrictamente lo igual a la medida común de esos dos títulos, ni más ni menos. Si el empleador le da menos de lo que el trabajador merece o se ha ganado con sus servicios, no da al otro lo suyo, lo que le corresponde (esto es injusticia); si el empleador le da más, algo da que no pertenece al trabajador (y esto es liberalidad o generosidad). De ahí que la retribución justa es la que se identifica con *lo igual*.

Empero, el mismo ejemplo elegido pone de manifiesto otro problema: ¿en qué sentido debe entenderse la igualdad propia de la justicia? Pareceme que no en su sentido estricto de unidad en la cantidad. Es que serán muy pocos los casos en los que se verifique una igualdad estricta en la relación de justicia. Efectivamente, son muy escasos los supuestos en los que se da una perfecta unidad o identidad entre la cosa que uno reclama y la que el otro debe darle: la devolución de la cosa prestada en virtud de un contrato de préstamo (mutuo, comodato) o de depósito podría ser uno. Se tratará, en la mayoría de los casos, de una igualdad, aproximada, analógica o de proporción. “*Se dice que es suyo de cada persona -escribe TOMÁS DE AQUINO- lo que se le debe según igualdad de proporción*”⁷⁷ . Aún en la justicia correc-

⁷⁶ Recorro *ex profeso* a un ejemplo que está previsto en nuestro derecho positivo: el art. 14 bis de la Constitución de la Nación Argentina garantiza al trabajador la “retribución justa”.

⁷⁷ *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a. 11.

tiva o conmutativa y en contra lo que entendiera ARISTÓTELES, se da esta proporción⁷⁸ puesto que no es posible establecer una perfecta equivalencia entre dos cosas distintas (precio y servicio, dinero y cosa, etc.)⁷⁹.

La igualdad constitutiva de la justicia debe entenderse como una igualdad en sentido amplio, lato, traslaticio, analógico o metafórico⁸⁰, y la razón última de esto es de índole metafísica, a saber: la igualdad en sentido estricto alude a una relación cuantitativa, es decir, a una comparación de cantidades dimensionales, mientras que la justicia, según hemos explicado, implica una relación entre formalidades cualitativas (la adecuación entre dos títulos contrapuestos, que categorialmente son dos cualidades). La cualidad es una categoría diversa de la cantidad. Y la diferencia que aquí cuenta es que no es posible establecer una medida exacta respecto de una realidad cualitativa, mientras que sí lo es tratándose de una cantidad dimensional⁸¹. Volvamos al ejem-

⁷⁸ Tomo esta aclaración de LAMAS (con quien es tan vasta mi deuda que especificar una parte parece repudiar o callar las otras): "Esta proporción no es exclusiva de la justicia distributiva, tal como la entendiera ARISTÓTELES, sino que —si bien en modos diversos— es propia de toda la justicia particular y, más aún, de la justicia general", *La experiencia jurídica*, citado, pág. 395.

⁷⁹ Piénsese en el caso típico de una compraventa. Según el principio de la justicia conmutativa lo que se intercambia debe ser igual en valor, ya que por definición es distinto en identidad: lo vendido es un objeto, lo pagado es un precio (dinero). ¿Cómo establecer el punto exacto de equivalencia entre la cosa y su precio?

⁸⁰ LOUIS LACHANCE entiende que la palabra *igualdad* referida a la justicia se utiliza en sentido analógico: "¿Debemos entender estas expresiones como suenan materialmente? ¿Es menester interpretar los vocablos cantidad e igualdad según su sentido natural y obvio? Es superfluo decir que no. Es demasiado evidente que no podría tratarse, en el orden jurídico, de la cantidad estrictamente matemática. ¿Estaríamos, entonces, obligados a considerar esto como simple metáfora o como símbolo? Tampoco. Entre estos dos extremos, hay amplio campo para muchos *sentidos analógicos*" (en *El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás*, Buenos Aires, 1953, pág. 222). Se trata de una de las principales dificultades que suscita el análisis de la concepción de la justicia como igualdad: ¿en que sentido debe entenderse esta igualdad? En el texto arriesgo una hipótesis, sin perjuicio de estimar que es un tema no suficientemente explorado y que merece un examen más profundo que el que permite la economía de este trabajo.

⁸¹ Dice CAYETANO "La igualdad puede tomarse de dos maneras. Primero, propiamente, en cuanto se distingue de la semejanza, y así no es otra cosa sino la relación de una cantidad a otra cantidad con negación de cualquier exceso entre ellas [...]. En segundo lugar, se toma la igualdad traslaticamente o metafóricamente, en cuanto es lo mismo que la semejanza perfecta, y así no es otra cosa que la relación de una cosa que se comporta a modo de cantidad con otra que se comporta asimismo a modo de cantidad con negación de cualquier exceso entre ellas. Así la igualdad sigue a la cantidad entendida traslaticamente, que se llama cantidad virtual" (CAYETANO, *In Praedicamenta Aristotelis*, Capítulo 4, Ed. Laurent, pág. 109, citado por JESÚS GARCÍA LÓPEZ en *Estudios de Metafísica Tomista*, Pamplona, Eunsa, pág. 35).

plo de la retribución justa que hemos dado más arriba: ¿cómo medir en forma exacta y precisa el valor del trabajo del empleado? Resulta imposible. Lo que sí es posible es establecer una medida aproximada, proporcional –una cantidad virtual–, quedando siempre cierto margen de imprecisión.

Hay también otra igualdad que se vincula con la justicia que es la igualdad entendida como el efecto resultante de la realización de la justicia: al darse al acreedor lo suyo, se restablece la situación de igualdad que había sido rota por la posesión por parte del deudor, de lo ajeno, antes de entregárselo. De modo que ambas partes tengan lo mismo antes y después⁸². Sin embargo, la igualdad como nota esencial de la justicia es la primera.

e) Para ARISTÓTELES, como ha podido verse, lo justo no es tan sólo lo igual (*to ison*) sino también *lo legal*⁸³ (*to nominon*). En la *Retórica* el Estagirita formula una definición de justicia que incluye expresamente el elemento normativo:

“...virtud por la cual cada uno recibe lo suyo y según lo indica la ley”⁸⁴

La estructura formal de la justicia como cualidad objetiva⁸⁵ de la conducta, incluye dos notas o elementos constitutivos: la igualdad como principio formal intrínseco o inmanente⁸⁶ de la acción justa y la *legalidad* como principio ejemplar o exterior de esa misma conducta. La palabra *legalidad* –como elemento constitutivo de la justicia– entonces, está indicando una cierta relación de conformidad o ajuste de esa conducta con la ley.

Uno de los elementos esenciales de la justicia es, pues, la concordancia con la norma, entendiendo por *norma* lo que el Peripatético entendía por *nomos*, es decir, una regla y medida de los actos humanos que predetermina o fija de antemano, en forma imperativa u obligatoria, lo que es justo, según las necesidades del bien común. Pero

⁸² *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 4, 1132 a - b.

⁸³ *Ética Nicomaquea*, Libro V, Capítulo 1, 1129 b.

⁸⁴ *La Retórica*, Libro I, Capítulo 9, 1366 b. El destacado que aparece en el texto es agregado por mí.

⁸⁵ Como a lo largo de todo el trabajo, la expresión *objetiva* se contrapone con la justicia entendida como virtud, es decir, como disposición del sujeto, que cabe llamar justicia en sentido subjetivo. Véase la nota n° 23.

⁸⁶ El término *inmanente* quiere decir *quedarse dentro*. Alude al elemento que constituye a la cosa desde dentro de ella misma. Inversamente, lo extrínseco es lo que da forma a la cosa pero desde fuera.

con una significación amplia, omnicomprendiva de los siguientes fenómenos normativos: a) la ley natural; b) la costumbre —que no está escrita—; c) la ley positiva establecida por la autoridad (asamblea legislativa, parlamento o congreso); d) las disposiciones normativas establecidas por una autoridad gubernativa unipersonal: monarca, presidente, jefe de gobierno, etc. (por ejemplo, lo que hoy denominamos decretos del Poder Ejecutivo); e) los convenios acordados entre particulares (que hoy llamamos contratos); f) la sentencia judicial. No obstante el sentido lato de *nomos* preferimos traducirlo por ley y hablar de *legalidad*, porque la ley es la norma jurídica por excelencia.

Se me replicará que las leyes, para poder constituirse en principio de conducta justa deben ser, a su vez, ellas mismas justas. El problema ya fue resuelto por el pensamiento clásico: sólo son leyes justas las dictadas en consonancia con el bien común⁸⁷. Por otra parte, siempre la ley humana positiva es susceptible de ser juzgada, en cuanto a su validez, por su concordancia con una ley de superior jerarquía y, en última instancia, con la ley natural. Por lo tanto: la ley si es verdadera ley, será siempre regla de lo justo; de lo contrario será una pseudo-ley.

La norma jurídica, para la filosofía tradicional, es el principio o *la causa formal extrínseca y ejemplar de la conducta justa* o, lo que es lo mismo, su modelo: la pauta o ejemplo de la actividad que las partes de la relación de justicia deben obrar en la realidad⁸⁸. La norma establece y regula cual es la conducta debida por uno y, correlativamente, lo que puede exigir el otro. La medida del debito de uno y del correlativo merecimiento del otro está predeterminada, es decir, fijada de antemano, por la ley. El contenido de esta regla del obrar es formalmente idéntico a lo que los hombres deben hacer en la realidad —para obrar con justicia—. Lo que en la norma es orden racional, modélico, ejemplar, paradigmático, en la realidad es orden de las conductas, de

⁸⁷ Básteme recordar dos citas de ARISTÓTELES: “las leyes deben establecerse en armonía con el régimen. Y si esto es así, es claro que las que concuerdan con lo regímenes rectos son justas, y las que concuerdan con sus desviaciones no son justas” (*Política*, III, 11, 1282 b 6-13). Los regímenes rectos son aquellos que persiguen el bien común: “es evidente, pues, que todos los regímenes que se proponen el bien común son rectos desde el punto de vista de la justicia absoluta; y lo que sólo tienen en cuenta el de los gobernantes son defectuosos y todos ellos desviaciones de los regímenes rectos” (*Política*, III, 6, 1279 a 17-21).

⁸⁸ Dice SANTO TOMÁS: “El artista hace un buen trabajo cuando es fiel a los principios del arte. Pues bien, la relación entre obra artística y arte es idéntica a la existente entre obra justa y ley” (*Suma Teológica*, I, q. 21, a. 2).

la relación, de los deberes y derechos concretos⁸⁹, es decir, orden vivido. Es por eso que en las normas se encuentran los criterios idóneos para conocer cuáles son los deberes y los derechos de cada uno o, lo que es lo mismo, los comportamientos justos.

Es claro, entonces, que la justicia como cualidad de la conducta se predica de ésta cuando la actividad de los hombres viene a reproducir en el plano real lo que la ley establece en el plano ideal, modélico o intencional. De tal manera que la igualdad que debe realizar el acto justo está regulada –y causada– por la ley. Así, pues, la justicia no implica solamente *igualdad* –adecuación al título del otro–, sino también *legalidad* –adecuación a la ley–.

f) Al lado de la legalidad y de la igualdad, debemos agregar una última nota constitutiva del valor justicia, que en rigor de verdad está implícita en las anteriores: la *objetividad*⁹⁰. En la conducta justa lo debido es objetivo, en el sentido de que tiene por medida la de dos títulos correlativos: el título de *el que debe* y el título contrapuesto de *aquel a quien se le debe* y en el sentido de que debe ajustarse estrictamente a la norma jurídica. Esto quiere decir que la conducta justa y el comportamiento debido no se determinan en función de los sujetos involucrados en la relación de justicia; aquí no cuentan los estados de animos subjetivos de las personas (no importa si les gusta o si no les gusta; si tienen verdadera intención de satisfacer lo debido o no la tienen; si íntimamente desean dar menos u obtener más de lo estrictamente igual; sus intereses o preferencias, etc.), ni tampoco los móviles que en definitiva puedan guiar su conducta (egoísmo, venganza, amor propio, honor, despecho, altruismo, resentimiento, odio, etc.). Por el contrario, la conducta justa es objetiva ya que se ajusta a dos pautas o parametros objetivos, a saber: 1º) la medida estricta –que es común a ambos– de los títulos del obligado y del facultado a reclamar; y 2º) la medida ejemplar establecida por la norma intersubjetiva. La justicia supone el sacrificio de las pasiones, los prejuicios, los intereses y los deseos en aras de la más pura objetividad. Inversamente, la injusticia se suele identificar con parcialidad, arbitrariedad, capricho, imposición del sujeto más fuerte, etc.

⁸⁹ Véase la precisa descripción de la norma jurídica que hace LAMAS en *La experiencia jurídica*, págs. 316/17 y 341/43.

⁹⁰ Recuérdese que estamos haciendo el análisis de la noción de justicia en sentido objetivo. Distinto será el caso de la justicia considerada como virtud moral: allí sí importará la disposición subjetiva de quienes actúan.

IV. Conclusión

Si ahora quisiéramos resumir el resultado de esta indagación en una sólo fórmula, podríamos definir la justicia —considerada desde un punto de vista objetivo como la índole formal o el carácter general de lo justo—, como una cualidad o valor que cualifica objetivamente la conducta humana social, y que consiste en una cierta *legalidad* y una cierta *igualdad*. La justicia implica *legalidad*, entendiendo por tal la adecuación de esa conducta a la norma jurídica. E importa al mismo tiempo una cierta *igualdad*, en cuanto esa conducta debe realizar una neta adecuación (u ordenación o ajuste, o coordinación, o conmensuración o igualación o proporción, si se prefiere utilizar estos otros verbos) al merecimiento del otro (título), merecimiento que a su vez puede ser objeto de un poder de reclamación o derecho subjetivo. *La conducta social interactiva justa es la que realiza la adecuación a dos patrones objetivos: el título del otro y la ley*. O, dicho en otros términos: podemos definir a la justicia, en cuanto cualificación objetiva de la conducta, como la ordenación o relación trascendental de esa conducta: a) con la norma, a la que obedece e imita; y b) con la contraparte en la relación jurídica, a cuyo título se ajusta⁹¹. En la medida en que la conducta dirigida hacia otra persona sea estrictamente proporcionada al merecimiento objetivo que esa persona tiene, al mismo tiempo, estará reproduciendo el modelo racional imperativo predefinido por la norma; en ese caso, diremos que ese comportamiento está cualificado por un especialísimo modo de ser que, en abstracto, llamamos *justicia*.

⁹¹ Dice CASAUBON: "En cuanto a la justicia objetiva, es también real, pues se realiza en algo real, la conducta humana, cualificándola objetivamente; y es por ende una cualidad de dicha conducta, o más exactamente, es a la vez una cualidad y una relación (*relatio transcendentalis*), o, si se quiere, una cualidad (por lo que de intrínseco al acto tiene) y dos relaciones: una, a la norma, a la que que obedece e imita; otra, al prójimo, ya que la justicia y el derecho son *ad alterum*. Cuando este ajuste al tercero es real, ello se debe a que se ha realizado lo regulado por la norma; y entonces, simultáneamente, el acto nace cualificado intrínsecamente como justo" (en *La justicia en el pensamiento neotomista*, ya citado, pág. 135).

LA CONCORDIA POLÍTICA¹ EN CUANTO CAUSA EFICIENTE DEL ESTADO

FÉLIX ADOLFO LAMAS*

I. Introducción

1. Problema y Objeto

El tema de esta conferencia es la concordia política considerada en cuanto causa eficiente del Estado; tema que responde a un problema por demás complejo. A veces sucede que los problemas se van agrandando en la medida en que el planteamiento original es incorrecto, o cuando no ha habido suficiente precisión para plantear los términos de la duda.

En alguna literatura de orientación católica, por no decir también tomista, uno de los temas más controvertidos, y que han dado lugar a más discusiones, ha sido el del origen del Estado y el del poder de éste. Ahora bien, tal cuestión exigiría preguntarse en primer lugar qué se entiende por Estado. La pregunta no es banal, porque hay sectores importantes del pensamiento, sobre todo de origen francés —y que pretenden integrarse en la tradición clásica—, que entienden por Estado sobre todo la estructura del poder o de la autoridad. En cambio, para quienes siguen el pensamiento de ARISTÓTELES, el Estado es una comunidad, una *koinonía*, un grupo en cierto modo totalizante.

* Doctor en Derecho. Titular Ordinario de Filosofía del Derecho. UCA.

¹ Versión grabada y corregida de la conferencia dictada en el Instituto de Filosofía Práctica de Buenos Aires el 20 de noviembre de 1996.

Adelantemos, pues, una definición, que ha de operar como principio de esta indagación: *El Estado es la comunidad perfecta o autárquica, constituido (materialmente) por municipios y familias y cuyo fin es el bien común temporal, entendido como la perfección de la vida social.*

Todavía es más ambiguo el planteo del *origen*, cuando no se precisa el orden de causalidad al que se alude con esta palabra. En efecto, cuando se habla de *origen*, y siempre que se lo haga con un mínimo de rigor científico, se hace referencia a causas. Ahora bien, plantear el problema del origen del poder, aisladamente del concepto de Estado, parece implicar ya una confusión, porque si el poder es un elemento que integra el Estado, si la autoridad —el régimen al cual se le atribuye el poder— es un elemento del Estado, es evidente que lo que hay que plantear primero es el origen del Estado. Pero, además, cuando se dice *origen*, debe precisarse a qué causa se hace referencia; pues puede pensarse en el fundamento de legitimidad del Estado y de su autoridad, en cuyo caso habría que referirse, quizás, a la causa final, o a alguna causa ejemplar. En cambio, si se piensa en el origen efectivo, se alude al orden de la causa eficiente, es decir al origen en el orden a la existencia, en cuyo caso, evidentemente, no se hace referencia directa e inmediata al bien común ni a un orden ejemplar.

Dado que suele existir esta ambigüedad, me ha parecido que conviene volver sobre un tema muy viejo y una doctrina muy antigua, que es la de la concordia política. La cuestión, pues, es tratar de entender esta idea de ARISTÓTELES en el contexto de esta pregunta: ¿cuál es el origen del Estado en el sentido preciso de la causa eficiente próxima?

2. Método

El objeto que tenemos delante, y esto es una advertencia que me parece importante, no es tanto el pensamiento mismo de ARISTÓTELES. Es decir, no es mi pretensión explicar ARISTÓTELES como objeto primo intencional. Lo que me interesa es saber respecto de esta cosa que llamamos Estado, cuál es el principio eficaz inmediato del que procede en su existencia.

La referencia a ARISTÓTELES es necesaria, primero, porque ha sido el que abrió en la investigación el camino para una categorización precisa de las causas del Estado; y, segundo, porque se trata sin dudas de una de esas luminarias de la ciencia y de la Filosofía que siempre nos pueden conducir, siempre pueden ser muletas, pedagogos, o conductores hacia la verdad.

En primer lugar, han de recordarse algunas ideas fundamentales de ARISTÓTELES que —en cuanto marco general— han de servir de guía. Luego ha de repararse más en particular en la causa eficiente, para recién después afrontar el tratamiento de la concordia y averiguar en qué relación causal se encuentra con el Estado.

II. Reflexiones sobre algunas ideas aristotélicas

1. Breve repaso y algunas aclaraciones sobre las causas

La causa, dice ARISTÓTELES, es un principio real, es decir, un principio de la realidad o de la existencia de algo. Y un principio es aquello de lo cual algo procede, ya sea en el orden del ser, del obrar o del conocer. Acá entonces la causa está entendida como un principio real, un principio del que procede el Estado en el orden del ser o de la existencia.

ARISTÓTELES distinguía cuatro principios que no eran por supuesto autónomos, las famosas cuatro causas. No son propiamente cuatro especies, sino cuatro principios, cuatro modos en todo caso de influir en la realidad de algo. La causa material, la causa formal, la causa eficiente y la causa final. Se suele decir que ARISTÓTELES no contempló lo que se llama, dentro del tomismo, la causa formal extrínseca o ejemplar. Por ejemplo la ley es causa formal extrínseca y ejemplar. Efectivamente no parece nombrarla, habla sí de la ejemplaridad por cierto, refiriéndose a PLATÓN, pero aunque no nombra la causa, nombra la cosa. Y la nombra cuando examina el fenómeno del imperio; cuando examina la relación mando-obediencia habla expresamente de participación. No ya participación en el orden lógico, sino participación en sentido real, la participación de una idea, de una razón, de un logos del que manda en el que obedece. El logos en el participado en el que obedece será principio de acción. De tal manera, el logos del que manda es medida y regla del logos del que obedece. Hay también una mención importante en ARISTÓTELES al concepto de verdad práctica, del que no voy a hablar ahora. Lo cierto es que estas cuatro causas resultan ser más bien cinco.

La causa material es aquello de lo cual algo está hecho, que es lo que llamaríamos causa material *ex qua* dentro de la jerga de la Escuela. También es causa material en otro sentido distinto aquello en lo que algo es o se hace, el sujeto por ejemplo de los accidentes. Y eso en el lenguaje escolástico lo llamaríamos causa material *in qua*. También integra la causa material aquello sobre lo que algo se hace, res-

pecto de lo cual algo se hace, y el objeto terminativo de la acción, que podríamos llamar en esa jerga causa material *circa quid*. Tres aspectos de la causa material.

La causa formal es aquello por lo que algo es tal cosa y no tal otra. Es el principio intrínseco y actual de la esencia de algo. Y para ARISTÓTELES, lo que *simpliciter loquendo* hace que sea. Para SANTO TOMÁS no es tan así, pero sí para el filósofo.

La causa eficiente es la causa productora, es la causa que aduce la forma de la materia.

Y *la causa final* es aquello para lo cual algo es o se hace.

Éste es el esquema de las cuatro causas, al que habría que añadir *la causa formal extrínseca o ejemplar*, que es el modo conforme al cual algo es o se hace (la idea platónica, por ejemplo, la ley en el caso del Derecho y de la vida moral; y las ideas ejemplares divinas, respecto de toda la creación).

Hecho este repaso de cosas ya sabidas, conviene hacer ahora algunas observaciones:

a) La primera aclaración que debe hacerse es que, en relación a una realidad accidental como la del Estado, se habla de causa analógicamente. En efecto, *causa*, propiamente, se dice de un principio real de la sustancia. ¿Por qué? Porque hablando *proprie et per se primo* sólo la sustancia existe. La sustancia es lo que tiene realidad *per se y per prius*; todo lo demás tiene realidad secundariamente, en y por la sustancia. De tal manera, un análisis causal que no se refiera a una cosa que es una sustancia —un hombre, un caballo, un árbol—, siempre tendrá que hacerse con la salvedad de que se habla analógicamente.

b) La segunda observación es que estas causas forman naturalmente un todo. Constituyen un orden dinámico. Sobre todo interesa destacar que la causa final no puede ser entendida adecuadamente sin la causa eficiente, ni ésta sin aquélla. La causa final, dice SANTO TOMÁS —y en esto sigue a ARISTÓTELES—, es la razón de la causalidad de la causa eficiente. *Onne agens agit propter finem*, repite muchas veces el Aquinate. Si algo (agente) hace algo (objeto terminativo), por ejemplo si un hombre hace algo (en el orden de las conductas) es *para algo*. Si no hubiese una finalidad no habría causalidad eficiente. Es la razón de la causalidad. Por esa razón la causa final se integra con la causa eficiente como principio formal de ella. Y dice SANTO TOMÁS —y es un texto que repite a menudo el padre SANTIAGO RAMÍREZ—, haciendo una muy clara analogía: la causa final es a la causa eficiente como

la causa formal es a la causa material. Así como la causa formal es lo que determina la materia, lo que actualiza aquello que es principio potencial, de la misma manera la causa final es el principio determinante de la causa eficiente. Quede, pues, establecido que no es posible entender ni la causa eficiente sin la causa final ni la causa final sin la causa eficiente.

c) Una tercera aclaración: además de que el Estado no es una sustancia sino algo accidental –más específicamente: un todo accidental de orden– debe tenerse en cuenta el hecho de que es algo dinámico, es algo que no está definitivamente hecho o acabado. Una cosa es algo *in facto esse* (v.gr. una sustancia) y otra algo *in fieri* (v.gr. una conducta). El Estado es una realidad práctica, es una realidad de conductas, es una realidad del obrar. Por lo tanto el esquema causal también tiene que admitir esta flexión, tiene que adaptarse a esta circunstancia; hay aquí, como se ve, una segunda razón de la analogía necesaria para entender las causas en esta materia.

Las aclaraciones anteriores son de la mayor importancia. Suele decirse que la causa material y la causa formal son intrínsecas, mientras que la eficiente y la final son extrínsecas; lo cual está muy bien en general, y en especial si se habla de los principios reales de la sustancia. Pero cuando se está frente a una realidad dinámica como la del Estado, o la conducta del hombre, o el Derecho –en definitiva, toda vez que se examina la realidad de un orden práctico– lo que opera como elemento formal, en definitiva, es una disposición, un orden de la conducta. ¿Y un orden a qué? Un orden al fin. De manera que aún lo que nosotros aquí entendemos como causa formal, es decir la estructura, el principio que hace que la conducta jurídica sea jurídica, que el Estado sea Estado, que el Derecho sea Derecho, es un orden al fin. Es decir, cuando se trata no ya de la causa del ser de un ente *in facto esse* sino del *fieri* –sobre todo cuando ese algo *in fieri* es una praxis o conducta, que se hace y se continúa haciendo– debe tenerse en cuenta que la forma de la que se habla si bien es un principio intrínseco, implica una relación constitutiva o trascendental con el fin. O, dicho de otra manera, a partir del fin se explica la formalidad de una realidad práctica.

Hechas todas estas advertencias, cabe dar un paso más.

2. Los fenómenos sociales más generales: el intercambio, el lenguaje, la amistad

Al menos a partir de DURKHEIM, SOROKIN y PARSONS, el pensamiento sociológico contemporáneo ha reconocido como las características más

generales de los fenómenos sociales la interacción y la comunidad. Pero, como se verá, nada de esto es nuevo; más aún, es de antigua prosapia aristotélica.

ARISTÓTELES trata los fenómenos sociales en distintos pasajes de sus obras. Los más generales parecen ser el intercambio, el lenguaje, la amistad y la comunidad (*koinonía*).

Trata el intercambio en el Libro V de la "*Ética Nicomaquea*", y enuncia el principio de reciprocidad en los cambios; en la misma obra, vuelve a hablar del intercambio al comienzo del libro IX, que es el segundo libro sobre la amistad. En estos lugares, el *Estagirita* parece haber descubierto —por cierto antes que SOROKIN, PARSONS y otros— el fenómeno de interacción. Es decir, cuando ARISTÓTELES habla de la alteridad en general en el libro V, no sólo hace referencia a una alteridad en la que el otro es el objeto intencional, sino que habla propiamente de interacción. En pocas palabras, se trata de una actividad, de una praxis, de una acción, que se hace en función de otra acción y que es la respuesta esperada; de tal manera que sin la esperanza en dicha respuesta no habría esa praxis. Se trata de una trabazón de la praxis de uno con relación a la praxis, real o esperada, del otro.

Este fenómeno del intercambio, a su vez, tiene como razón o justificación la existencia de las necesidades. Necesidades en el sentido más elemental del término: aquéllo sin lo cual no resulta posible la vida humana en cuanto tal. Si no hubiese necesidades no habría intercambio.

Cuando analiza el intercambio, ARISTÓTELES dice que hay un elemento de unión y común a todos los hombres, que es la necesidad. En buena dialéctica platónica habría que decir que es algo común y algo diferente. Es diferente, relativamente opuesta incluso, porque si no no habría intercambio. Por ejemplo, si uno y otro tienen necesidad de comer manzanas, y ambos tienen manzanas, no parece probable que se verifique el intercambio. En cambio, si el uno tiene manzanas y tiene además necesidad de zapatos, y el otro tiene zapatos y tiene además necesidad de manzanas, sí puede haber intercambio. Hay en ese caso necesidades relativamente opuestas, no necesariamente contrarias, conflictivas o controversiales; y en tanto opuestas en una relación recíproca, son diferentes. Pero más allá de esa diferencia, el hecho es que hay algo común: hay una naturaleza humana que hace que podamos pensar en una necesidad común, aquello que es en general necesario para la naturaleza humana. Eso es precisamente lo que sirve de base para la institución de la moneda. Porque la moneda, dice ARISTÓTELES, no es otra cosa que la conmensuración, la expresión en términos cuantitativos de esta necesidad común.

No me voy a detener en la explicación del principio de reciprocidad en los cambios; pero incidentalmente es interesante notar algo que dice ARISTÓTELES y es que sin un mínimo de justicia, es decir sin un mínimo de equilibrio en la relación recíproca, no habría intercambio, se desalentaría el intercambio. Y si, entonces, sin ese mínimo de justicia no hay intercambio, resulta que también la justicia pareciera integrar una de las condiciones de existencia del intercambio, y por lo tanto de la vida social. Porque, dice el filósofo, lo que mantiene unidos –en *koinonía*, en comunidad– a los hombres es precisamente el intercambio.

Conviene retener entonces una primera idea que aparece en orden a la existencia –es decir, en relación con la causa eficiente– de vínculos sociales: la necesidad y el intercambio. Aparece mencionada también la justicia, que sería un elemento formal, como una condición. Lo que no es de extrañar teniendo en cuenta que ARISTÓTELES era platónico, y esta idea de la justicia como principio formal y además condición de existencia del Estado, está expresado netamente en la República –y no sólo en la República, por cierto–.

En segundo lugar, está el lenguaje, otro fenómeno que cabe adscribir a las raíces de lo social. El lenguaje tiene muchas funciones; al menos dos: una función eidética –soporte y expresión de conceptos y juicios– y una función comunicativa entre los hombres. Es evidente que la segunda depende de la primera. Pero, acaso, ¿podría darse la primera sin la segunda? Es obvio, asimismo, que el lenguaje, al tener una función comunicativa, hace posible la comunicación social; pero, a la inversa, el lenguaje mismo es un fenómeno social, cada palabra es experiencia social sedimentada. Y ya en relación con la reciprocidad en los cambios, además, debe advertirse que sin lenguaje no habría moneda ni homogeneización social de necesidades. En efecto, la moneda en sí es un sistema de signos, quizás más sofisticado que el lenguaje común; pero, en el fondo, es un lenguaje especializado.

Otro fenómeno que ARISTÓTELES analiza, y que está en la raíz de la vida social, es la amistad. Este es el tema que más largamente examina en la *Ética Nicomaquea*, al que le dedica dos libros que, en cierto sentido, guardan un paralelismo con la justicia. La amistad, no tenemos que olvidarnos, no es lo mismo que el amor. La amistad es de alguna manera la relación interpersonal consiguiente al amor. La amistad, decía uno de mis queridos maestros, don LUIS LEGAZ y LACAMBRA, es la institucionalización del amor. En otras palabras, la amistad –dice SANTO TOMÁS– tiene razón de hábito, de hábito en relación a

otro y con la respuesta esperada del otro; el amor, en cambio, tiene razón de acto o de pasión. Pues bien, esta amistad, ya sea que se origine en cualquiera de las tres clases de amores que discierne ARISTÓTELES –amor de benevolencia, de concupiscencia o de utilidad– evidentemente constituye un vínculo. Un vínculo entre personas que, en la medida en que conviven, ya está dando lugar a una comunidad, a una *koinonía*.

3. La *koinonía*: familia, municipio, Estado

Se suele decir que ARISTÓTELES no ha tratado en general los grupos sociales. No creo que esto sea cierto. Si bien no trató en especial los grupos artificiales, hay en sus obras indicaciones suficientes –en especial lo que se ha dicho arriba sobre el intercambio y, en vinculación con esto, toda la esfera de los contratos– como para encontrar los elementos de una doctrina. Pero, sea lo que fuere en ese tema, lo que parece indiscutible es que hay una doctrina de la comunidad, la *koinonía*, que es un concepto principal de su Filosofía práctica. Se ha dicho y se ha escrito mucho sobre esto. No hemos de detenernos aquí. Consideremos tan sólo la palabra y la idea aneja.

Lo común es traducir *koinonía* como *comunidad*. Y parece correcto, pues es un modo lingüístico abstracto de *koinos*, que quiere decir “común”. Ahora bien, ¿comunidad de qué? En el contexto en que la usa el filósofo en la Ética y la Política, se refiere a comunidad de vida, comunidad de intereses, de lenguaje. En definitiva, una *koinonía* práctica es –como decía SANTO TOMÁS de la *societas*– un hacer algo en común, en el sentido fuerte del vivir en común.

El vivir en común, la comunidad de vida, es en concreto lo que define la vida social. Las formas asociativas de origen contractual o artificial no son propiamente comunidades, porque si bien en ellas hay también vida social, ésta se verifica en un sentido más débil. Por ejemplo, en una sociedad anónima de nuestros días se hace algo en común –se realiza el objeto social mediante alguna actividad especializada–, pero no puede decirse que *se viva* en común. Una asociación contractual o artificial no es una comunidad de vida a secas (*simpliciter loquendo*) sino desde un cierto y especial punto de vista (*secundum quid*).

La *koinonía* tiene este sentido fuerte de comunidad, que después parece que va a redescubrir *Toennies* cuando distingue entre comunidad y asociación. Y hay tres clases principales de comunidad para ARISTÓTELES, que son: 1º) la familia, en la cual se atiende una forma

muy elemental de necesidad: la vida bio-psíquica del hombre; 2º) el municipio, que es genéticamente un agregado de familias que atienden a la vida cotidiana común; y 3º) la *pólis* –lo que nosotros llamamos hoy Estado–, cuyo fin no es tanto la vida a secas sino la vida humana perfecta, “la buena vida”, dice ARISTÓTELES.

La familia y el municipio no sólo constituyen la causa material del Estado, sino que lo preceden genéticamente, es decir, en el orden de la causa eficiente.

III. Aproximación a la causa eficiente

1. La naturalidad del Estado

Ha quedado planteado –en trazos harto gruesos– lo esencial de lo que he denominado el marco teórico. Corresponde ahora una aproximación al tema de la causa eficiente propiamente dicha. Y lo hemos de hacer, claro está, también de la mano de ARISTÓTELES, tomando como punto de partida la idea expresada en la famosa definición del hombre como *animal político* (SANTO TOMÁS, en su comentario, dice: *animal político y social*); definición a partir de una propiedad que pone de manifiesto que los conceptos de humanidad y politicidad (y socialidad) no son dissociables. Y esto es a lo que alude lo que aquí llamamos “naturalidad” del Estado.

Ahora bien, la propiedad puede ser entendida, en sentido estricto, como uno de los *modi dicendi per se*, es decir, en el caso, como un accidente que emana necesariamente de la naturaleza específica (naturaleza que la tradición aristotélica expresó en la definición: *animal racional*); y esto supone ya una concepción científica. Pero también puede ser entendida –en un sentido más lato– como una nota general previa a una conceptualización científica, como una convicción empírica que opera como un *lugar* (tópico) dialéctico en la línea de la investigación (*via inventionis, venatio definitionis*) del concepto y de las propiedades en sentido estricto.

Consideremos en primer lugar esa naturalidad de lo social y de lo político como convicción empírica –y, agreguemos, tradicional– del hombre antiguo, al menos del antiguo hombre griego. Es una convicción que arraiga en la tradición y la experiencia, que pone de manifiesto que desde que hay memoria histórica los hombres viven en comunidad. Esta convicción empírica se refuerza tradicionalmente con los mitos, que agregan un sentido sagrado del Estado, en una relación originaria con los dioses. Se trata de una convicción fáctica que

se tradujo en una actitud cognoscitiva desde la cual el hombre antiguo miraba la vida humana. A dicha convicción fáctica, empírica y tradicional, le siguió la necesidad de justificar racionalmente –y míticamente– la relación hombre-comunidad.

Esta convicción que hubo ciertamente en el pensamiento griego originario, fue puesta en cuestión, desde el punto de vista de la justificación racional del Estado y de las relaciones de mando-obediencia, cuando comenzó la crisis de la *polis* en el siglo V a.C. En esta crisis los sofistas tuvieron una función importante pues aunque no la causaron son los que la manifestaron explícitamente en el orden del pensamiento. ¿Por qué el cuestionamiento? Porque se advirtió la temporalidad, la fragilidad, la finitud del Estado, aun como forma natural de vida humana. Se hizo visible la posibilidad de quiebra de un régimen, la posibilidad de extinción de un Estado y de su fusión en otro; y así, quizás, haya desaparecido en el orden de la racionalidad justificativa esa convicción que probablemente se juzgue como ingenua. Incluso se puso en duda el origen divino del Estado.

A partir de la transposición al orden humano del atomismo físico de *Demócrito* los sofistas plantearon por primera vez hipótesis pactistas y sugirieron criterios hedonistas y utilitaristas acerca de la justicia, siempre en el orden racional de justificación.

Cuando ARISTÓTELES dice que el Estado es algo natural, no sólo tiene en cuenta el hecho obvio de experiencia de que todos hemos nacido en una comunidad política, de que al menos desde que hay historia, es decir desde que hay escritura y conocemos los tiempos anteriores, siempre el hombre ha vivido en formaciones políticas. La afirmación de la naturalidad del Estado no es, pues, la mera generalización teórica de un hecho obvio de experiencia, porque ese hecho obvio todavía no tiene en sí una justificación. La afirmación de la naturalidad del Estado en ARISTÓTELES tiene el sentido preciso de que el Estado es algo necesario para el hombre en función de su entelequia. Necesario desde el punto de vista de su naturaleza, no en el mismo sentido que es necesario que una piedra caiga. Tampoco necesario en el sentido de una fatalidad o de una decisión arbitraria de los dioses. Necesario en el sentido de que sin el Estado y la justicia que se verifica en su seno no es posible la perfección del hombre; y a veces ni siquiera la vida biológica. Es decir, si pensamos que necesario es aquello que promueve la vida, el Estado en cierto modo también es necesario en este sentido.

Desde ese último punto de vista, más necesaria parece la familia. Pero desde el punto de vista de la vida perfecta del hombre, en-

tendiendo como tal la vida que es realización y actualización de sus posibilidades, sus potencias y facultades más excelentes, en definitiva de la vida del espíritu, el Estado es más necesario, pues es la única comunidad humana que puede alcanzar esos fines; es la comunidad autárquica, entendiendo por este último calificativo la autosuficiencia del espíritu que alcanza su entelequia.

Tiene razón SANTO TOMÁS cuando dice que el hombre es un animal social y político. Porque no sólo es un animal político, es un animal social porque también lo social en general —no ya sólo lo político, es necesario. Es necesaria la vida familiar, es necesaria la vida de vecindad, municipal, es necesaria la vida política. Y es necesaria en orden a la perfección que está precontenida en la naturaleza; perfección que en definitiva no es otra cosa que la entelequia de la naturaleza, la realización total, plena de la forma natural específica.

Esta naturalidad del Estado que afirma ARISTÓTELES es un hecho que conviene remarcar en una época en la que se vuelven a plantear críticas respecto de la necesidad del Estado. Se habla incluso de la posibilidad de un orden mundial que sustituya a los Estados; se piensa —en el caso del marxismo— en la utopía de la sociedad sin clases, sin Estado. Frente a esto la posición de ARISTÓTELES es: el Estado es necesario y es natural. Pero, además, no cualquier cosa vale como Estado. No cualquier cosa vale como comunidad política, sino que tiene que haber una proporción entre la comunidad que llamamos Estado y la naturaleza del hombre.

2. Los fines de la vida humana y del Estado

Otro tema que, de acuerdo con la aclaración hecha respecto del orden de las causas, también significa un acercamiento a la causalidad eficiente, es el tema de los fines del Estado y de la vida humana. En el Libro II de la "*Ética Nicomaquea*" ARISTÓTELES habla de tres formas de vida. 1º) Una forma de vida cuyo fin es la perfección del sujeto biopsíquico. 2º) La vida práctica, que es la que corresponde al hombre en su función de agente moral, político y profesional. Y 3º) la vida teórica, de contemplación de la verdad, que es la vida sapiencial. Estas son tres dimensiones de la vida humana, que guardan entre sí un orden inverso según que se mire la urgencia o la perfección. Desde el punto de vista de la perfección, naturalmente primera es la teórica o sapiencial. Desde el punto de vista, en cambio, de la urgencia, de la necesidad urgente de la existencia de la vida, primero es la vida bio-psíquica.

Tres niveles perfectivos de la vida que guardan una correspondencia con la división que el filósofo hace al final del Libro I en tres partes del alma (se trata de una división en partes potenciales, ya que lo que se divide son las potencias o facultades del alma): 1º) una parte que es racional en sí, que es el espíritu; 2º) una parte que en sí misma es irracional, pero racional por participación, que es la esfera de los apetitos sensibles, las pasiones, que pueden y deben ser rectificadas por las virtudes, que es el gran tema –materia propiamente hablando– de la Ética (participación que, digámoslo de pasada, se realiza mediante el imperio); y 3º) una parte que es irracional, y que no sólo es irracional sino que la razón no puede participar directamente en ella sino sólo indirectamente, relativa a las funciones biológicas del hombre.

Tres formas de vida y tres partes (potenciales) del alma humana: esta idea sirve para advertir que hay un orden de mayor necesidad a menor urgencia y de menor perfección a mayor perfección. Aquello que está ubicado en el primer lugar en el orden de la más urgente necesidad biológica tiene, con relación al orden que le sigue, una cierta naturaleza eficaz o eficiente. Es decir, no sólo está en orden de causa material –recuérdese que estamos considerando un orden dinámico–, sino también tiene cierta razón de causa eficiente, tiene cierta razón genética. Es decir, aquéllo se sigue como actualización y perfeccionamiento de esto. Sin esto no hay aquéllo, sin vida biológica no hay vida del espíritu en esta tierra. Esta idea es importante para entender el dinamismo de la conducta, es decir los principios operativos.

3. El dinamismo social y su estructura

La acción humana es voluntaria; tiene su principio en el querer del hombre, pero no sólo en el querer sino también en algo que opera como forma. Así como la naturaleza opera por su forma sustancial, el hombre opera voluntariamente mediante una forma secundaria: una idea, un hábito o lo que fuese, que interviene como principio objetivo especificante del principio eficaz que es la voluntad, el apetito o el querer. Este mismo querer no se entiende sin el objeto y fin respectivo. Uno y otros se implican recíprocamente. Por supuesto, algo puede ser en sí mismo un fin o, mejor, un bien, aun cuando no sea querido por mí; pero si yo no quiero algo, eso no querido podrá ser un bien objetivo, podrá ser un fin –objetivamente– en relación con mi naturaleza, pero no será un objeto o fin en acto de mi voluntad.

Por otra parte, el fin suele obtenerse a través de distintos pasos, mediante medios. Todas las cosas que están ordenadas al fin y cuyo valor o interés reside precisamente en poder permitir el acceso al fin, se llaman *medios*. De lo cual resulta –como dice SANTO TOMÁS en el tratado sobre los actos humanos²–, que el concepto de fin es correlativo del concepto de medio. La relación estructural, recíprocamente constitutiva, entre el fin y el medio puede expresarse con dos analogías: 1º) el fin es al medio como el todo a la parte; 2º) el fin es al medio como la forma a la materia. Detengámonos en la segunda.

El fin es principio formal del medio en cuanto medio, pues es aquello por lo cual se quiere el medio. Por su parte, el medio es aquello que permite determinar y concretar el fin. El medio es al fin como la causa material signada por la cantidad es respecto de la individuación del ente. Pero además el medio en cuanto medio –enseña el *Aquinas*– tiene eficacia, es decir, está en la línea de la causa eficiente del fin. Así, supuesto que haya una serie ordenada de fines, algunos, aunque valgan en sí mismos como fines, con relación a un fin superior podrán valer también como medios, y en esta medida tendrán razón de causa eficiente. Ésta es otra aproximación importante al tema en cuestión.

Si se tiene en cuenta la observación anterior, pueden comprenderse mejor las relaciones ya mencionadas entre los diversos estratos comunitarios, v.gr. entre la familia y el Estado. En tanto la familia tiene como finalidad principal la propagación y conservación de la vida bio-psíquica humana, en cierto sentido integra la materia del Estado y en cierto sentido se ubica en el orden de la causa eficiente. Esto supone, claro está, un adecuado concepto de la familia –como comunidad doméstica permanente, fundada en el matrimonio monogámico e indisoluble–, y un adecuado concepto del Estado, como comunidad autárquica (en cuanto autárquica puede ser llamada “perfecta”) de comunidades –familias y municipios– que, en tanto no son autárquicas, pueden ser llamadas “imperfectas”.

Examinemos esta noción de comunidad. Ni las familias, ni los municipios ni el Estado son nada, si no hay una multitud de hombres que actúan –o, en sentido fuerte: que *viven*– en común. Cuando se afirma, pues, que familias y municipios integran, como causa material –y de algún modo, como causa eficiente– al Estado, se entiende que se trata de una multiplicidad de conductas que los hombres rea-

² *Suma Teológica* I-II, qq. 6-21.

lizan en la familia y en el municipio. Así como es absurdo reducir la causa material del Estado a una mera multitud de individuos, también lo es creer que familias y municipios tienen realidad fuera de las conductas de sus miembros. Por otra parte, las cosas que usan los hombres en la vida social, incluso el territorio en el que viven, no son la materia de la que está hecha (*materia ex qua*) el Estado, sino materia sobre la que recae la vida social (*materia circa quid*). La causa material inmediata del Estado de la que está hecho el Estado (*materia ex qua*) son las conductas comunitarias de los hombres que conforman familias y municipios³. Una pluralidad de hombres que no hace nada sería una hipótesis absurda; y si pudiera verificarse, no constituiría una comunidad.

Ahora bien, estas causas o elementos materiales, a saber: 1º las conductas, integradas en la vida familiar y municipal (*materia ex qua*), 2º los hombres o *materia in qua* y 3º el espacio y las cosas, o *materia circa quid*, se convierten en Estado gracias a un orden específico; por un orden en las acciones y en los poderes recíprocos (orden jerárquico constitutivo de la autoridad o del *régimen*), que tiene como principio de ordenación el fin que es el *bien común político* (que el pensamiento cristiano va a precisar como *bien común temporal*, para distinguirlo del *bien común supratemporal y trascendente*, que es Dios y la beatitud). Como en un círculo, volvamos a algo ya dicho: en razón del fin —que es el bien común— se dice que el Estado es *la comunidad autárquica* (en otro orden, también la Iglesia —realidad desconocida por ARISTÓTELES— es comunidad autárquica). La autarquía es una propiedad que sirve para definir al Estado en la medida en que el bien común es autárquico; y éste lo es, porque el fin último del hombre es autárquico.

Cuando en la Edad Media se identifica esta idea de *autarquía* con la de *perfección* (y se dice que el Estado y la Iglesia son comunidades perfectas), quiere aludirse al mayor grado de perfección posible de la naturaleza social del hombre en un orden determinado, al despliegue perfectivo del hombre en la vida social.

Se comprende, entonces, que si el Estado es comunidad perfecta, las otras comunidades —familia y municipio— que lo integran no son perfectas, porque carecen de autarquía, porque su fin no es la realización plena de la naturaleza humana. El fin de la familia es *vivir*, el fin

³ Acerca de las causas del grupo social, cfr. la obra de GUIDO SOAJE RAMOS, *El grupo social*, editada mimeográficamente por el INFIP.

del Estado es *vivir bien*. Hay una relación –una tensión dialéctica– de medio-fin y, de alguna manera, relación de causa eficiente-causa final; relación de menos perfecto-más perfecto, relación de lo que está en potencia con lo que está en acto. Como se advierte, esta relación se puede visualizar desde muchos puntos de vista.

IV. La Doctrina de la Concordia Política

1. La homónoia: la palabra y la idea

Ha llegado el momento de abordar la *doctrina de la concordia política*. Dice ARISTÓTELES que lo que produce la unión entre los hombres, por la que se genera el Estado, es en definitiva la *homónoia*. Esta palabra suele ser traducida con el término *concordia*. En cierto sentido está bien traducida, en cierto sentido no. La palabra *homónoia*, como su etimología indica, alude a una cierta comunidad en el orden del pensamiento, sea especulativo o práctico. Por eso algunas versiones de la “*Ética*” la traducen “unanimidad”. SANTO TOMÁS usa la palabra *concordia* de acuerdo con la versión literal de GUILLERMO DE MOERBECKE.

Más allá del término castellano que se elija, hay que notar que la palabra griega encierra la idea, no sólo de comunidad de pensamiento, sino también de comunidad afectiva; si bien *nóia* hace referencia naturalmente al conocimiento, en este caso no alude a algo exclusivamente cognoscitivo, aunque lo incluya. La palabra *homónoia* indica, en el sentido en que la usa ARISTÓTELES, un querer común. Lo mismo que el término latino *concordia* que la traduce. En efecto, *concordia* significa un querer objetivo en común, un estar de acuerdo en el querer algo. ¿Cómo se origina esta comunidad afectiva? La identidad de objeto no basta para suponer un querer común; por el contrario, dicho objeto puede convertirse en la “manzana de la discordia”. Dos o más sujetos pueden querer, entonces, la misma cosa pero no en común, por lo que en tal caso no puede hablarse de concordia. La palabra latina *concordia* tiene como raíz *cor-cordis* (“corazón”), a la que se le agrega como prefijo la preposición *con*. La alusión al corazón no sólo significa el querer, sino una actitud interior que incluye por cierto conceptos, palabras y juicios; se dice, por ejemplo, que alguien “juzgó en su corazón ...” La preposición *con* indica acompañamiento, comunidad. La palabra *concordia*, pues, da a entender un querer algo en común, lo cual implica también un estar objetivamente de acuerdo con una idea o en un juicio, es decir, un estar *concordes* en una opinión (principalmente, aunque no exclusivamente, en una opinión práctica).

Desde el punto de vista semántico, pues, parecería que la expresión latina y castellana traduce adecuadamente el término griego. Pero hay que apuntar una diferencia: para ARISTÓTELES la *homónoia* no es cualquier concordia. El filósofo prefiere reservar la palabra *homónoia* para cierta amistad política; de allí que convenga hablar más bien de “concordia política”, si se quiere traducir fielmente la expresión griega tal como la usa ARISTÓTELES. De otro modo se puede generar una cierta confusión, incluso una cierta ambigüedad, como se observa en SANTO TOMÁS que en la *Suma Teológica* define la concordia de una manera y en el comentario de la *Ética Nicomaquea* —siguiendo a ARISTÓTELES— de otra. Esto es lo que había que decir en cuanto a la palabra.

En cuanto a la idea que subyace, cabe advertir que en el fondo es una idea antigua, que se vincula hasta con la idea de amistad como principio unitivo o fuerza de atracción de la que hablaba *Empédocles*. La idea y la palabra *homónoia* aparece muchas veces en la obra de PLATÓN, sobre todo en la *República* y en *El banquete*; y en *El político*, cuando habla del tejedor y su obra —el Estado—, se vale de la palabra *homónoia* o de un verbo que significa “homogeneizar, concordar, acordar”. Pero si bien PLATÓN asume esta idea tradicional de la amistad como vínculo unitivo, no hace un desarrollo del concepto de la causa eficiente; hace alusiones a la eficiencia pero no llega a una categorización de la causa eficiente, como se encuentran definidas por ARISTÓTELES las categorías de acción y pasión. El mismo principio finalista se ve desdibujado en PLATÓN, como se señala en el Libro I de la *Ética*, donde ARISTÓTELES se pregunta para qué sirve la idea de Bien en la moral, porque parece que esta idea —central en la *República*— no tiene ninguna eficacia en la realidad de las cosas humanas. ¿Por qué una afirmación tan severa? El filósofo señala con esto que para que un fin tenga función de fin tiene que ser correlativo de una causa eficiente. De nada vale que se hable de un fin si no se ha precisado cuál sea la causa eficiente correspondiente. De ahí que PLATÓN mismo llegue a concluir que no es la *homonónia* lo que produce la realidad del Estado —cuando antes había dicho lo contrario—, porque pueden haber malas concordias que no cumplan la función unitiva. En su lugar coloca a la justicia, que aparece así actuando como un elemento no sólo formal sino eficaz y unitivo, es decir, en el orden de la causalidad eficiente⁴.

⁴ En esta ambigüedad PLATÓN va a ser seguido por CICERÓN.

2. La homónoia en el marco de la doctrina de la amistad

Sin dejar de tener en cuenta la necesidad de la justicia para que exista vida social, ARISTÓTELES dice que lo que une a los hombres y genera o produce la *koinonía* –comunidad– es un cierto género de amistad. Distingue, como ya se adelantó, tres clases de amistad, correlativas de tres clases de amor: amistad de benevolencia, amistad de concupiscencia y amistad por interés. En el primer caso, se trata de un amor de la perfección misma del bien y, en la amistad, en la perfección o bien en sí del amigo; en el segundo, de un amor dirigido a la capacidad de producir placer del amigo; en el tercero, de un amor que tiene por objeto algo útil (lo que sólo se quiere como medio por su aptitud para obtener otro bien –el bien en sí o el bien placentero, en cuanto fines) del amigo.

Pues bien, la amistad –cualquiera que sea– es factor unitivo y sin amistad no hay *koinonía*. Por eso, dice ARISTÓTELES en el comienzo del Libro VIII de la *Ética Nicomaquea*, que los legisladores parecen ocuparse más de esto que de la justicia, porque es lo que asegura la unión de la *pólis*.

Establecido que los hombres se unen por una cierta relación social de amistad, resta examinar si cualquier clase de amistad es la que se encuentra en el origen del Estado. Ante todo, parece evidente que si se habla del bien común, rectamente entendido como la perfección última del Estado, y del buen ciudadano –que a la vez debe ser un buen hombre–, éste debe tener un amor de benevolencia para con toda la comunidad política. En otros términos, en el orden de la realización perfecta del Estado y del bien común propiamente dicho, la amistad ciudadana no puede ser otra que una amistad de benevolencia, aun cuando pueda –y razonablemente deba– darse conjuntamente la amistad placentera (v.gr. el placer que para mí significa ser argentino) y sin negar, claro está, la inmensa utilidad de la convivencia.

Pero la amistad perfecta, que va incluso más allá de la justicia –pero que la supone cumplida– y que realiza la paz social, que es el aseguramiento del bien común, implica no sólo al Estado ya constituido, sino al Estado que ha alcanzado su máxima perfección. Ella, por lo tanto, no es la respuesta a la pregunta que está en el origen de la presente indagación: ¿cuál es el principio real –causa eficiente– del Estado?, sino más bien a esta otra: ¿En qué consiste el fin del Estado? No puede negarse que sendas preguntas y respuestas están correlacionadas; sobre esto ya se ha insistido bastante. Pero deben ser distinguidas, incluso como una condición de la correlación misma.

Ha de volverse, pues, a la cuestión originaria, y a la respuesta que a ella da ARISTÓTELES. Hay una forma más elemental de unión amistosa, que hace posible la existencia –o, mejor dicho, de la que resulta la unión que se identifica con la existencia– del Estado. Ella consiste en un amor de utilidad centrado en aquellas cosas pertinentes para la vida, no ya de la vida meramente biológica, sino la vida entendida como cierta perfección. Estas cosas pertinentes o necesarias para la vida guardan entre sí un orden de menor a mayor en el orden de la perfección, o de más urgente a menos urgente desde el punto de vista de la necesidad. Esta amistad utilitaria, que tiene por objeto aquellas cosas que permiten la vida, que permiten el desarrollo y la posibilidad de la “buena vida”, es lo que él llama propiamente *homónoia* o concordia política. Amistad utilitaria que es fruto de un amor en común, de un acuerdo objetivo en torno de un interés común y *en común* que también llamado *homónoia*.

Con la palabra *homónoia*, pues, no se indica sólo la relación de amistad utilitaria, sino también y preferentemente el acto o movimiento de las voluntades de muchos que tienen un objeto –útil– en común.

3. El contenido objetivo de la concordia política

Del pensamiento de ARISTÓTELES se sigue que el contenido objetivo de la *homónoia* incluye al menos tres órdenes de cosas: 1º un ámbito cultural; 2º el aseguramiento de la vida familiar (un mínimo de economía, un mínimo de seguridad); 3º un mínimo de justicia.

- 1º) En primer lugar, repito, un ámbito cultural. Es decir, *un mínimo cultural común*. Se trata de un mínimo que permita entenderse y comunicarse, por ejemplo: una lengua común. Pero no sólo esto, sino también *un mínimo de estimaciones y juicios de preferencia* en común, sin los cuales sería imposible lo ulterior: el intercambio, la moneda, la seguridad, etc.
- 2º) *El aseguramiento de la vida biológica de los individuos y de las familias*. Esto requiere un mínimo de economía, es decir un mínimo sistema de distribución de recursos y de aprovechamiento de bienes escasos, y también una cierta seguridad que haga posible no sólo que los hombres no se maten, sino que exista un mínimo de asistencia recíproca.
- 3º) En tercer lugar, la concordia política o *homónoia* supone –como decía PLATÓN y vuelve a enseñar ARISTÓTELES cuando se refiere a

la reciprocidad en los cambios— un mínimo de justicia. Sin el cual mínimo de justicia desaparece el interés común. En efecto, no existe el interés en hacer algo en común con el otro o intercambiar algo con él si no hay un mínimo de reciprocidad en la relación de ambos entre sí.

V. Conclusión

1. La concordia política es causa eficiente próxima del Estado

La *homónoia*, que traducimos como *concordia política*, pues, puede ser entendida adecuadamente como causa eficiente próxima del Estado.

En efecto, suele afirmarse que la naturaleza humana es causa eficiente del Estado porque ella inclina a la vida social; es cierto, pero debemos precisar: causa remota, porque la naturaleza no opera directamente.

Puede decirse, también, y con más propiedad, que la causa eficiente del Estado es la voluntad, en tanto es la causa de las acciones humanas y el Estado está hecho de acciones humanas, lo cual es, asimismo, cierto. Pero también es cierto: 1º) que no se trata de la voluntad como potencia o facultad, sino de la voluntad en acto; 2º) que no cualquier voluntad es la que genera el Estado, sino una voluntad común de varios, concorde en torno de ciertos intereses necesarios para la vida. La voluntad actual que se identifica con la *concordia política*, tiene un cierto sentido de prioridad genética respecto de otros actos y otros acuerdos que ya no serán *homónoia* —serán, quizás, amistad, paz (que, como decía *San Agustín*, es la concordia ordenada)—; serán otra cosa más, probablemente más perfecta, pero que resultará de esta concordia elemental que pone en existencia a la comunidad política.

2. La concordia política es incoación del bien común

Desde este punto de vista, la *homónoia* es incoación del bien común. No es todavía el bien común en sentido estricto —vale decir, la vida social perfecta— pero es el interés común que permite empezar a vivir y, por lo tanto, dirigir la conducta interactiva y la vida comunitaria hacia ese bien común en sentido perfecto. El bien común, recuérdese, es algo dinámico, que se realiza en la conducta y en el curso

de la vida de una manera más o menos perfecta, a partir de un mínimo. Con relación a este mínimo se dice que hay *homónoia* o *concordia política*.

3. La concordia política es condición de toda justicia y objeto de la justicia legal

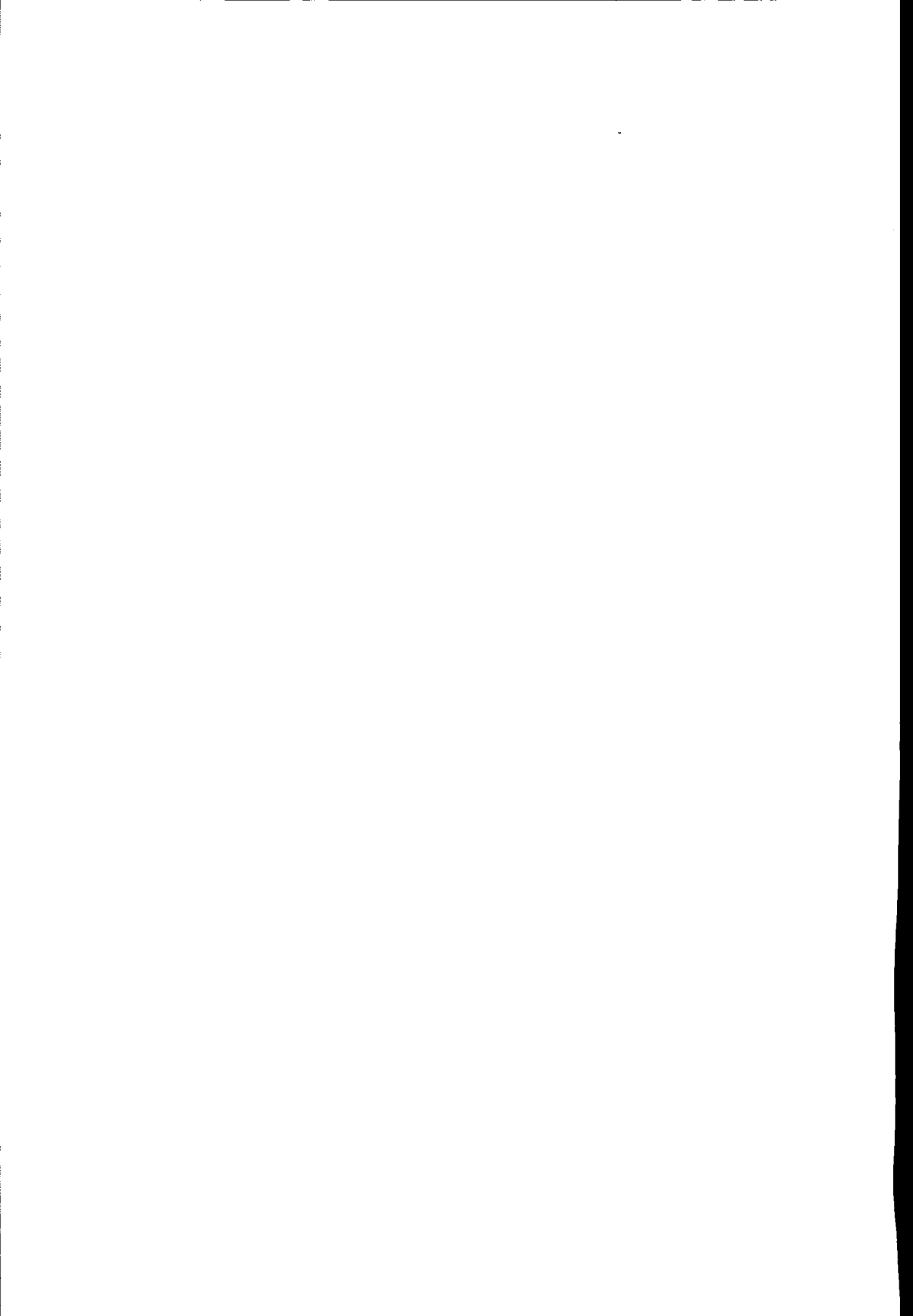
Por último, es evidente que la concordia política es condición de la justicia, porque si no hay relación social –en el caso, *materia ex qua*– no hay justicia –en el caso, forma–, pues ésta presupone no sólo una mera alteridad, sino una alteridad que constituya un vínculo común, vínculo o relación que llamamos *social*. Y esta relación es, precisamente, el resultado de la *homónoia*.

Por otra parte, la *homónoia*, al integrar el bien común, al ser un elemento de éste, también es parte del objeto de la justicia legal en cuanto, como se sabe, la justicia legal –según ARISTÓTELES– es la virtud general que tiene por objeto inmediato el bien común: “llamamos justo lo que produce y conserva la felicidad [*eudaimonía* –es decir, el bien común] y sus elementos en la comunidad política”⁵.

Muchas veces se ha oído decir en esta disertación: “la concordia política –la *homónoia* aristotélica– es un mínimo”. Pero *gracias a este mínimo existe el Estado, la justicia y el Derecho*.

⁵ *Et.Nic.*, V, 1 1129 b17-19.

DERECHO E HISTORIA



EL SUFRAGIO OBLIGATORIO EN EL DEBATE DE LA LEY SAENZ PEÑA

CARLOS G. FRONTERA*

I. Introducción

Las leyes electorales que precedieron a la ley 8171, llamada Ley Sáenz Peña, tanto las sancionadas durante el período de la Confederación como las dictadas después de 1860, no dieron al sufragio el carácter de obligatorio.

La referida ley consagró como sabemos el voto universal, secreto y obligatorio y en su texto introdujo el sistema electoral de lista incompleta con el fin de asegurar la representación de las minorías en la Cámara de Diputados.

El inspirador de ese cuerpo legal fue el Presidente Roque Sáenz Peña que contó con el decidido apoyo de su Ministro del Interior, el Dr. Indalecio Gómez, que fue el autor material del proyecto.

En oportunidad de inaugurar las sesiones ordinarias del Congreso en el año 1911, al referirse al tema del sufragio, el Presidente Sáenz Peña, entre otros conceptos expresó:

“El sufragio es un compuesto de garantías que deben acordar los gobiernos y de derechos que deben ejercer los electores, y no es posible desdoblarse sus términos sin que el acto legal desaparezca para dar nacimiento a la ficción. No basta, pues, que los ciudadanos voten si los poderes no amparan su voluntad... Comprendiendo en esta forma

* Abogado, UBA. Profesor Titular ordinario de Historia del Derecho Argentino, UCA.

*mi gestión de mandatario, he afrontado el problema de la inscripción tal como lo he sometido a vuestro estudio. Son sus complementos necesarios la representación de las minorías y el voto obligatorio...*¹

El Dr. Carlos Ibarguren, en una de sus obras, al destacar la inquietud que dominaba al Dr. Sáenz Peña por concretar una auténtica reforma electoral que constituyese un auténtico cambio en nuestras prácticas electorales, reprodujo algunos párrafos de la carta que el Presidente envió a su amigo José Miguel Olmedo, a los pocos días de haber asumido la primera Magistratura .

En relación con el tema del sufragio le expresaba:

*“...Se ha dicho por muchos años que los gobiernos elegían porque los ciudadanos no votaban; pero habría sido más exacto decir que los ciudadanos no votaban porque los gobiernos elegían. Yo creo que si queremos vida cívica, que todos anhelamos, necesitamos dar plena libertad y severas garantías a todos los partidos y a todos los derechos sin embanderamientos ni posiciones activas y militantes...”*²

En cumplimiento de lo expresado en el Mensaje que hemos citado, con fecha 11 de agosto de 1911, remitió al Congreso el proyecto de ley electoral que tuvo entrada por la Cámara de Diputados. En el mensaje y exposición de motivos que acompañaba al mismo, refrendado por el Ministro del Interior, el Dr. Sáenz Peña recordaba que: “Garantizar el sufragio y crear al sufragante fue uno de los enunciados de mi programa presidencial” , luego poniendo particular énfasis en la persona del ciudadano dijo:

*“La colectividad que en sus instituciones arma al ciudadano con el derecho del voto, tiene a su vez el derecho de exigirle que no deje inactiva la facultad de votar; pues de su buen o mal ejercicio depende el bien inapreciable de la administración del estado...”*³

Concordando con tan definidos propósitos, el artículo 6° del proyecto disponía: “Todo elector tiene el deber de votar en cuantas elecciones nacionales fueren convocados en su distrito”.

El proyecto que como hemos dicho tuvo entrada en el Congreso el 11 de agosto de 1911, fue girado de inmediato a la Comisión de Negocios Constitucionales de la Cámara de Diputados integrada por José Fonrouge, Marco A. Avellaneda, Nicolás Calvo, Carlos Conforti y Horacio Varela.

¹ *La Nación*, del 13/5/1911, pág. 1.

² *La Historia que he vivido*, Ed. Dictio, Buenos Aires, 1977, pág. 319

³ D.S.C.D, 11/8/1911, pág. 807.

Dos aspectos del cuerpo legal propuesto habrían de suscitar la mayor controversia y el más amplio debate en ambas ramas del Congreso. Uno de ellos fue la aplicación del sistema de lista incompleta que he tenido oportunidad de considerar en un trabajo anterior⁴, el otro la instauración del voto obligatorio que será el motivo del presente trabajo.

II. El debate en el Congreso

El tema en examen, si bien tuvo en ambas cámaras particular y extensa consideración, fue resuelto en primera instancia de distinta manera en las dos ramas del Congreso, razón por la cual resulta menester, para un mejor orden en la exposición, examinar los debates suscitados por separado.

El tratamiento del proyecto y el despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales comenzó a tratarse sobre tablas en la sesión del 6 de noviembre de 1911, con la presencia y activa intervención del Ministro del Interior, Dr. Indalecio Gómez.

La discusión en general ocupó gran parte de las sesiones de los días 6,8,10,15,17,20,22 y 24 del referido mes. Durante el transcurso de las mismas el tema del voto obligatorio tuvo por parte de los oradores solo referencias incidentales, excepción hecha del diputado Gastón Ferrer, quien, como luego veremos, se extendió en consideraciones adversas a la adopción del sufragio obligatorio.

La Comisión de Asuntos Constitucionales solo había introducido una modificación meramente terminológica al texto del artículo 6° del proyecto del Poder Ejecutivo.

En efecto, la nueva redacción decía: "Todo elector tiene la 'obligación' de votar en cuantas elecciones nacionales fueran convocadas en su distrito".

La consideración en particular del aludido precepto demandó la atención de la Cámara durante las sesiones de los días 29 de noviembre y 1° de diciembre de 1911.

Usaron de la palabra y se extendieron en prolongadas exposiciones en favor de la sanción de la norma, los diputados: José M. Penna; José Fonrouge y Julio López Mañan, posición que también adoptó, respondiendo al proyecto propuesto, el Ministro del Interior, que participó activamente en el debate.

⁴ *La representación de las minorías en el debate de la Ley Sáenz Peña...* en Revista de Historia del Derecho n° 18, 1990

El primero de los legisladores mencionados se preocupó en destacar la vinculación que a su entender existía entre la normativa en debate y la contenida en las leyes de enrolamiento y organización del padrón electoral de modo de conformar con ellas un todo orgánico y armónico y en tal sentido dijo:

*“...y es que el ciudadano obligado a enrolarse, lo está también para inscribirse y lo está, por último para votar...para votar, señor presidente, porque es el sufragio la base y la esencia del gobierno republicano representativo”*⁵

En ese orden de ideas admitió que el voto obligatorio no significaba de suyo un progreso sino que su instauración se efectuaba a título de “supremo remedio” que la situación de anomalía política reinante en el país así lo imponía.

En análogo sentido se manifestó el diputado Fonrouge para quien el voto obligatorio fluía de su propia condición, dado que en nuestro sistema democrático surge como establecido que el voto es una función pública. En última instancia, afirmó, que la disposición legal que lo establecía, le daba carácter obligatorio a una función del ciudadano.

Resultó particularmente importante para quienes apoyaban la consagración legal del voto obligatorio, la intervención en el debate del Ministro del Interior. El Dr. Gómez, para justificar su inclusión en la ley comenzó por destacar la íntima relación existente entre el individuo y el estado, señalando en tal sentido que la naturaleza jurídica de la misma radica en un conjunto de obligaciones por parte del ciudadano entre las que se destacaban: Defender al Estado contra los enemigos exteriores; subvenir a los gastos necesarios para su mantenimiento y constituir el gobierno designando, mediante el sufragio, a las personas que habrán de ejercerlo.

Reafirmó este último concepto expresando:

“Esta es para mí la noción exacta del voto como hecho político, emergente de la relación entre el estado y el ciudadano. Se le ha considerado un derecho, y realmente bajo ciertos aspectos lo es. Lo que mas ha contribuído a imprimir al sufragio el caracter de derecho, es mas bien su evolución histórica. Hubo un momento, – no tengo para que hacer la reseña histórica– en que fue necesario destruir por la propaganda primero y por la revolución después, los privilegios y de-

⁵ D.S.C.D., 29/11/1911, pag.493

volver al pueblo la legítima participación que le cabe en la formación del gobierno. En ese momento histórico, pues que se trataba de una reivindicación, tanto en la doctrina como en los hechos, se dio a la prestación electoral el carácter de un derecho, porque para reivindicar enérgicamente es necesario que se tenga la idea de reivindicar un derecho. De manera que el sello de derecho es un sello histórico, circunstancial y transitorio. En el fondo el voto es una prestación que debe el ciudadano al Estado para los fines de constituir el gobierno”.⁶

Por último y desde el punto de vista estrictamente político, juzgó al voto obligatorio como el mayor y mejor remedio contra la abstención.

Entre los diputados que sostuvieron la aplicación del voto obligatorio, Julio López Mañan fue quien más extensamente argumentó a su favor. Comenzó afirmando que si estaba en manos del legislador atacar la abstención, la despreocupación y el abandono de los derechos por parte del elector, era legítimo e indispensable consagrar el voto obligatorio.

Durante su discurso, examinó la realidad política del país y concluyó que esa realidad lo decidía a pronunciarse por el voto obligatorio y al respecto dijo:

“Y desde este punto de vista, me parece que la transformación de la acción de votar en una obligación mediante el aparejamiento de la pena o de la sanción es una necesidad en este momento de la evolución social argentina, o en otros términos, que el voto obligatorio responde a una exigencia social presente, tal vez transitoria”.⁷

También avaló esos argumentos sosteniendo, desde una postura manifiestamente pragmática, que el pueblo argentino ha sido educado en el deber y no en el derecho.

Frente a los argumentos de algunos diputados, cuyos conceptos luego destacaremos, sostuvo la constitucionalidad del voto obligatorio y afirmó:

“Creo, señor presidente, que al sancionar nosotros el voto obligatorio procedemos como todas las sociedades cuando un interés fundamental viene a despertar, a provocar, a irritar sus órganos de reacción, formando la conciencia de la necesidad que ha de ser asegurada por ley. Y yo creo, que ante este sentimiento, no cabría, no cabe tal vez,

⁶ D.S.C.D., citado, págs. 501/502

⁷ D.S.C.D., 1/12/1911, pág. 526.

detenerse en los argumentos de carácter constitucional. ¿Por qué?, porque en nuestra propia peculiaridad psicológica formada sobre el modelo de la Constitución Nacional, desde la escuela hasta la universidad, nos crea una antepueba intuitiva, dejándonos al primer choque de una idea nueva, si ella repugna o no a nuestras ideas políticas; hecho por lo demás, nada extraño, desde que la mentalidad política de un argentino no es, no puede ser, la de un chino teocrático, ni la de un ruso educado en el despotismo”⁸

Asimismo, destacó que sobraban argumentos técnicos que justificaban la procedencia del voto obligatorio y refutando a quien pretendía asimilar el sufragio a la figura del mandato de derecho privado, con el fin de restar todo sustento a la obligatoriedad del voto, sostuvo en cambio:

“Antes, pues, de seguirse que el voto obligatorio sea repugnante a la Constitución, los términos de ésta autorizan más bien a considerarlo como la emanación espontánea de nuestra forma de gobierno representativo; y quien se sienta aludido por ella, como depositario de alguna parte de la soberanía y voto, se alza, en cierto modo, contra la Constitución; defrauda una expectativa que ella funda con cláusulas imperativas que llevan sanción. Puede, pues, concluirse que el voto obligatorio surge de nuestra forma representativa de gobierno y de la prescripción constitucional sobre la forma como el pueblo no puede gobernarse”⁹

Frente al proyectado artículo que establecía al voto obligatorio y a los argumentos precedentemente citados por sus sostenedores, numerosos fueron los legisladores que hicieron escuchar su voz en el recinto para oponerse a ello. En esa actitud se ubicaron: Gaspar Ferrer; Nicolás Calvo; Julio Costa; Pastor Lacasa; Julio A. Roca (h); Luis Agote y Benigno Rodríguez Jurado.

Al tratarse el proyecto en general, el diputado Ferrer había adelantado su posición en contra del sufragio obligatorio, por lo que se limitó a reproducirlo en el debate en particular.

En aquella ocasión había señalado en primer lugar, que constituía un error craso considerar que el deber moral de concurrir a una elección por parte del ciudadano, pueda convertirse, mediante una ley, en un deber positivo.

⁸ Ídem, pág. 528.

⁹ Ídem, págs. 528/529.

Destacó asimismo, que en la Constitución no existía una sola disposición que pudiese interpretarse como la aspiración al sufragio obligatorio y para reafirmar tales conceptos dijo:

“Hasta ahora, señor presidente, hemos oído el clamor de un extremo a otro de la República, de los que piden garantías de la libertad del sufragio. La promesa hecha por nuestro actual presidente y confirmada por mi distinguido amigo el señor ministro del interior, ha sido de asegurar y garantizar la libertad del sufragio, pero no la efectividad del cumplimiento de un deber. Eso es otra cosa, y muy distinta. De un extremo a otro de la República, le dirán: Sí, señor, queremos garantía de un derecho, pero no me dé como garantía, la imposición de un deber. Es cosa muy distinta ejercer un derecho propio a tener que venir con la frente baja a cumplir un deber que se me impone: Iré porque quiero, pero no obligado”¹⁰

El diputado Calvo consideró el voto obligatorio como inútil en nuestro país, fundándose para ello en razones materiales tales como el difícil y complejo traslado de los electores de la campaña al lugar del comicio y paradójicamente las ventajas que por la ley se otorgarían a los ciudadanos pudientes que no quisieran votar mediante el rápido expediente de alejarse del lugar de su domicilio.

Julio Costa, por su parte, se manifestó en contra por considerarlo una incongruencia frente al sistema de lista incompleta que se pretendía adoptar y que tenía como objeto la representación de las minorías, lo que de suyo, alentaría el voto sin necesidad de tornarlo compulsivo.

Una posterior intervención, que tuvo por objeto refutar conceptos vertidos por el ministro del interior, consideró inconstitucional el voto obligatorio y para fundarlo expresó:

“Lo único que se deriva del texto y del sistema de la Constitución, es que en ese único momento – se refería al instante de emitir el voto– el pueblo es soberano, es decir, que lo son todos y cada uno de los ciudadanos; en ese momento lo único que se debe hacer es no imponerle ninguna restricción al ejercicio de ese derecho, de esa libertad, de esa soberanía. En todos los demás momentos el pueblo no gobierna porque delega; y cuando viene a ejercer el gobierno, por disposición constitucional de uno u otro orden, se ha de encontrar que es conveniente que los hombres se agrupen, que se propenda a la formación de parti-

¹⁰ D.S.C.D., 10/11/1911, pag.166

dos, que se vote en tales o cuales condiciones, y que puede ser obligatorio el pronunciamiento de una opinión; que, por otra parte, es un objetivo que no se consigue, puesto que si el que va a votar no quiere hacer aquel pronunciamiento de su opinión, puede depositar su boleta en blanco; y esta prescripción no tiene sanción, y es lo que se llama en materia de ley, ideología, ilusión; una cosa que se prescribe en la forma, pero que no tiene cumplimiento; una obligación legal sin sanción. Tiene esta circunstancia, y tiene ante todo una compulsión en el momento en que el soberano actúa; hacer obedecer al soberano, subordinar la soberanía, es algo más que aquella a que pueda alcanzar el razonamiento, cualquiera que sea la disquisición que se quiera establecer sobre la interpretación constitucional. O es soberano el individuo, y en ese momento puede usar su voto o no, puede hacer lo que él crea conveniente hacer; o no lo es, y entonces se le puede hacer esta compulsión y todas".¹¹

El diputado Lacasa partió de la base de reconocer que el voto constituía un derecho y en razón de ello el ciudadano poseía la facultad de ejercerlo o no, dado que ese derecho se posee en virtud del principio inalienable de ser libre.

Reafirmando tal concepto agregó:

"...No es posible concebir que el ejercicio del sufragio sea obligatorio, que el ciudadano sea compelido a ejercer ese derecho. No; éste no es ni puede ser la esencia del sistema democrático. Para que una democracia pueda desenvolverse, donde el derecho del sufragio universal existe, no es preciso que el voto sea obligatorio, sino que se realice el ideal de que se formen grandes partidos, que tengan razón de existencia, que tengan sus motivos de atracción popular por los principios que sustentan o cuando los encabecen hombres dirigentes, capaces, que se impongan por su valimiento y por su integridad, porque así es como se atraen las simpatías del pueblo para que los acompañen. Pero no se pueden establecer penas para hacer efectivo el ejercicio de un derecho político, que nace de la Constitución. Eso está en contra de lo que se anhela y preconiza con tanta insistencia."¹²

Luego, reiterando el concepto de que la libertad era la mejor condición para ejercer o no el derecho de sufragio concluyó:

¹¹ D.S.C.D., 29/11/1911, pág. 506.

¹² D.S.C.D., ídem, págs. 498/499.

*“Es condición de la libertad el poder ejercer o no el derecho acordado por la ley en el momento oportuno, tanto en este caso como tratándose de los demás derechos inherentes a la personalidad humana, cual sucede por ejemplo con los del orden civil.”*¹³

La intervención del diputado Roca (h) aportó nuevos argumentos a la tesis opuesta al voto obligatorio.

Sostuvo que en ninguna instancia del debate se había acreditado las ventajas del voto obligatorio, y en cambio, podía decirse de él que no era espontáneo, ni ilustrado y que tampoco estaba inspirado en el interés del país, por cuanto a la Nación no puede interesarle el voto de los indiferentes y de los ajenos a las cuestiones públicas.

En la parte final de su exposición expresó:

*“El voto obligatorio es el salto en las tinieblas. Ni el Congreso ni el Poder Ejecutivo, ni nadie puede afirmar cual sería en definitiva el resultado que él nos diera en la práctica; y ante esta duda, ante este interrogante que se plantea y la falta de experiencia ajena que lo abone y de toda consideración fundamental que lo imponga, mi conciencia me obliga a negarle el voto”*¹⁴

Luis Agote, enrolado en la misma posición, sostuvo que el derecho a sufragar no importaba necesariamente el deber de hacerlo y a tal fin ejemplificó con otros derechos reconocidos, como el caso del matrimonio que no obliga al individuo a celebrarlo.

Propugnó en cambio profundizar la educación cívica del pueblo con el propósito de lograr, por esa vía, el ejercicio espontáneo del derecho de sufragar.

Por último, Rodríguez Jurado señaló, que si bien había acompañado con su voto el proyecto en general no podía hacer lo propio con la instauración del voto obligatorio.

Destacó su convicción de que la abstención electoral existente en el país no pasaba por el desinterés por la cosa pública, sino por la impotencia que el ciudadano sentía al no poder desarticular la máquina electoral montada por los sectores oficiales para mantenerse en el gobierno.

Sostuvo, asimismo, que para saber si un pueblo no vota porque no quiere, resulta preciso previamente otorgarle las garantías indispensables para ejercer el derecho de votar y cuando a pesar de ello el pueblo no concurre al comicio, recién entonces puede llegar a afirmarse que el pueblo es indiferente.

¹³ Idem, pag.499

¹⁴ Ibidem, pag.501

Arribó por fin a la conclusión de que el voto obligatorio podía resultar agravante para el país y su pueblo, expresando al respecto:

*“Creo que como argentino, por honor de esta Nación tan próspera, tan rica, y cuyo progreso material e intelectual está causando asombro, no podemos sancionar el voto obligatorio, porque importaría reconocer que no tenemos espíritu cívico, que no tenemos patriotismo, y que, por consiguiente, se ha visto en la necesidad el Congreso de infligirle este agravio, de compelerlo, lo mismo que si se le obligara a matar la langosta...”*¹⁵.

Luego de la exposición citada y de breves intervenciones de otros diputados y del Ministro del Interior, el Presidente de la Cámara puso a votación el artículo en debate el que resultó negativo por 34 votos contra 32, lo que implicó la supresión del voto obligatorio propiciado por el proyecto del Poder Ejecutivo.

Con las modificaciones y supresiones que habían sido dispuestas por la Cámara de Diputados, el proyecto pasó en revisión a la Cámara de Senadores.

En la sesión del 30 de enero de 1912, se dio a conocer el despacho de la Comisión de Asuntos Constitucionales que entre otras modificaciones incluyó nuevamente el texto del art. 6º, conforme la redacción dada en el proyecto del Poder Ejecutivo.

Para referirse al artículo en cuestión usaron de la palabra varios senadores pronunciándose en favor del voto obligatorio: Pedro Olaechea y Alcorta y Joaquín V. González y en contra del mismo: Ignacio Irigoyen, Pedro Echagüe y Benito Villanueva.

Respecto de los sostenedores del voto obligatorio resulta propio señalar que sus discursos fueron los de mayor contenido argumental de todos los pronunciados en ambas ramas del Congreso.

El primero en manifestar su posición sobre el tema fue el senador por San Luis, Pedro Olaechea y Alcorta, quien al comenzar su exposición dijo:

“No es necesario recurrir a los largos debates habidos en nuestro país sobre la legitimidad, oportunidad y conveniencia del voto obligatorio. Desde luego esta cuestión se puede encarar desde una doble faz; jurídica y política, y se llega hasta afirmar, bajo el primer punto de vista, que hace desaparecer la libertad de sufragio y a citar en favor de esta tesis la opinión de un autor que, hablando de la limi-

¹⁵ D.S.C.D., 1/12/1911, pág. 533.

tación que la ley ponía al derecho de propiedad, decía que, si la autoridad por erigirse en juez del abuso, se erigía en juez del uso, desaparecía la libertad individual. Esto, para demostrar las objeciones de que es susceptible en el terreno del derecho; pero, no así cuando se mira la cuestión bajo la faz política.”¹⁶

A juicio de este legislador resultaba de singular importancia en pueblos regidos por instituciones libres, el acierto en la elección de sus representantes y por ello, era menester la concurrencia de todos los electores a ejercer el derecho del voto, dado que está en la conveniencia del ciudadano y de la nación el hacerlo así y de manera textual expresó:

*“...Es evidente que la ley aquí no tiene una inspiración de patente y verdadero interés público, de interés nacional al mencionar esta condición, y no es un propósito mezquino ni calculado de bandería política el que inspira semejante disposición.”*¹⁷

Destacó asimismo, las malas prácticas políticas dominantes en nuestro país, por lo que el voto obligatorio constituiría un remedio eficaz para esos males, y al respecto dijo:

*“Es plausible iniciar esas reformas en nuestros hábitos, haciendo compulsivo el voto. De esa manera viene a ser esta reforma algo como un acto de higiene política. El comicio, lo decimos todos, está viciado, necesitamos higienizarlo y ¿cuál es esa higiene política que podemos aplicarle? Aquella que sugiera los medios de combatir esos vicios y esos fraudes. La autorización del voto obligatorio, significa, pues, crear un estímulo para el comicio, como se ha establecido por la ley de educación gratuita y obligatoria. Repitiendo lo que antes decía sobre la solución a darse fundamentalmente, creo que de todos modos el pueblo de la Nación responderá a una iniciativa reformadora, destinada a mejorar nuestros comicios y a sacarnos de la anormalidad, a habituar a nuestro pueblo a que se de cuenta cabal de hacer pesar su voto en la designación de los funcionarios encargados de la dirección de los destinos públicos.”*¹⁸

Por último, en una nueva intervención al culminar el debate, sostuvo, ante una objeción fundada en la posibilidad de abuso, la ignorancia o el error de los electores menos capacitados dijo:

¹⁶ D.S.C.S., 30/1/1912, pág. 268.

¹⁷ Ídem.

¹⁸ Ídem, págs. 269/270.

*“...y la mera posibilidad de un abuso no puede detenernos ante un ensayo que puede dar tan grandes resultados. Es por otra parte, un resorte de índole higiénica, y como lo dije ya antes, que tenía la misma fuerza que tiene la instrucción gratuita y obligatoria; así como la vacunación obligatoria y toda disposición tendiente a evitar mayores males, con previsión. Es bien sabido, señor presidente, que esta gran ciencia moderna, la Higiene propone preservar al organismo de la influencia delectera de los gérmenes morbosos y patógenos. Así el voto obligatorio, preservaría a la República Argentina, de las calamidades que pueden producirse, ocasionadas por la falta de libertad en el ejercicio del sufragio”*¹⁹

Análogo pronunciamiento efectuó Joaquín V. González quien para sostenerlo partió de la idea de que el voto obligatorio era la forma como la legislación y la ciencia política poseían para combatir el ausentismo y la indiferencia electoral.

Destacó al respecto que esos males habían llegado a ser motivo de seria preocupación en ámbitos científicos y doctrinarios europeos y en lo que a nuestro país importaba expresó:

“Para mí el voto obligatorio es una fórmula necesaria en una reforma electoral en la época presente, y tratándose de un país como el nuestro, no se me ocultan todos sus peligros, no se me ocultan todas las dificultades para realizarlo entre nosotros; pero, teniendo en cuenta todos sus defectos y poniendo en el otro platillo de la balanza sus ventajas, no he vacilado en optar por su aceptación, en la esperanza de que, por lo menos, la simple declaración sirva de incentivo o estímulo, por la moral de la ley, para que los ciudadanos crean un poco más en el deber de concurrir a los comicios”.²⁰

Concluyendo su tesis sostuvo que si se reconoce que el ciudadano puede o no ejercer este deber, reconociéndole con ello solo un derecho voluntario, estaríamos admitiendo que el gobierno tiene existencia necesaria y por ende el sistema republicano es cuestión de hecho y no una cuestión orgánica.

Recordó también que el fraude y la mentira eran realidades en la política argentina, todo lo cual concurría a provocar el desengaño y la desconfianza.

Por último y culminando su discurso dijo:

¹⁹ D.S.C.S., 3/2/1912, págs. 346/347.

²⁰ D.S.C.S., 1/2/1912, pág. 288.

*“Por mi parte, al aceptar el voto obligatorio, proyectado por la Comisión de la Cámara de Diputados y en substancia por el Poder Ejecutivo, no me he guiado por una creencia en su eficacia, lo he hecho, porque creía de buena doctrina consignar en una ley un principio que es esencial a la existencia del gobierno y, lo confieso, es por espíritu de consecuencia teórica y de consecuencia principista que no he tenido inconveniente en aceptarlo, sin que desconozca sus enormes peligros en una sociedad como la nuestra. Yo me traslado al interior de nuestras provincias. A esas campañas lejanas donde el comisario, el juez de paz u otros pequeños agentes de la administración llegan a apoderarse de toda la masa ciudadana y hacer sentir sobre ella real y efectivamente la presión que se produce desde las altas esferas. Generalmente, las poblaciones de esas vastas campañas alejadas de los centros urbanos de nuestras provincias, son víctimas, con motivo o sin él, de estos agentes oficiales. La lista, de sus padecimientos es muy larga; necesitaría una palabra descriptiva mucho mas animada que la mia; quizá la del señor Ministro del Interior le diera un relieve de que la mia es incapaz; pero baste decir a los que conocemos el interior de nuestro país que el comisario de policía o el agente de gobierno, bajo cualquier nombre que sea, se va a encargar de hacer efectivo en todos nuestros paisanos y modestos conciudadanos la obligación de votar, y va a tener en sus manos guardado este instrumento de amenaza o de coacción en todos los actos; esto es para mostrar el gran peligro y, por lo tanto, la grave obligación que contraería el Poder Ejecutivo, los gobiernos de provincia y toda autoridad en el país; de poner en la ejecución de esta ley la más grande sinceridad y la más alta virtud republicana y cívica”*²¹

El senador Irigoyen, si bien se manifestó en favor del proyecto en general se opuso tanto al sistema de lista incompleta como a la prescripción del voto obligatorio. Respecto de éste, no creía ni en su eficacia ni en su eficiencia para extirpar las causas que impedían la normalidad en las luchas comiciales y, en cambio, pensaba que el voto obligatorio obtendría resultados totalmente opuestos a los pretendidos por el Poder Ejecutivo al incluirlo en el proyecto.

En el sentido expresado destacó que para violar esa obligatoriedad habrían de estar en mejores condiciones aquellos que pertenecían a las clases más acomodadas dado que se les facilitaba la forma de evadir tal obligación en tanto los ciudadanos más humildes se hallaban más compelidos ante las sanciones que la ley establecería.

²¹ Ídem, pág. 293.

Expresión coincidente contra el voto obligatorio fue la del senador Pedro Echagüe que sintetizó su oposición diciendo:

“...Por otra parte, la coacción en materia política, no se armoniza con nuestro régimen de libertad; sobre todo cuando la obligación de votar no está categóricamente establecida en nuestra Constitución. Para resolver este problema y acercar el comicio en algo a la altura de nuestros anhelos, debería empezarse por establecer una presunción de capacidad, calificando el voto y poniendo en juego, después, todos los resortes que tiendan a mover espontáneamente al ciudadano, que levanten su moral, que aseguren su autonomía y determinen su preparación. Tomando como base el principio de sufragio universal indudablemente que en él se consagra el derecho de todos a votar, pero este principio del sufragio universal no se opone a que el derecho de votar sea reglamentado dentro del principio constitucional que supone la idoneidad, la capacidad. Todas las determinaciones que se refieran pues, a la edad, saber leer y escribir, son calificaciones que proceden, sin menoscabar absolutamente en nada el principio constitucional, el cual únicamente se limita a rechazar o desconocer prerrogativas de sangre, de fortuna, privilegios o fueros personales que no arguyen incapacidad personal, como la menor edad, y no saber leer y escribir. En mi concepto, el voto obligatorio no nos traerá ningún resultado práctico, y aun me atrevo a pronosticar que, o quedará en desuso, o no pasará mucho tiempo sin que se presente algún proyecto prestigiando una ley de amnistía para los infractores”²²

La última exposición en contra del sufragio obligatorio estuvo a cargo del senador Benito Villanueva. Consideró que el voto obligatorio era otra novedad que se introducía en nuestra legislación y que no existía en ninguna de las naciones más adelantadas de la tierra.

Manifestó que tenía la convicción que el voto obligatorio constituiría un peligro para la libertad del sufragio por cuanto los gobiernos acostumbrados al abuso tendrían así un medio eficaz para obligar, por los resortes a su alcance, a los habitantes más pobres y necesitados a marchar al comicio para votar a sus candidatos.

Por otra parte destacó que según lo afirmado por el ministro Dr. Gómez, el sistema de lista incompleta que propiciaba, tendría la virtud de llevar mucha concurrencia cívica a los comicios. En consecuen-

²² D.S.C.S., 3/2/1912, págs. 345/346.

cia, si de resultas de aplicar el sistema de lista incompleta se produciría una mayor concurrencia no había necesidad de establecer el voto obligatorio.

Terminado los discursos y por moción del senador Villanueva se dispuso efectuar una votación nominal respecto del debatido artículo 6°.

Por la inclusión del referido artículo al texto de la ley se pronunciaron: Luis Güemes; Brígido Terán; Pedro Olaechea y Alcorta; Enrique Carbó; Joaquín V. González; Heriberto Mandía; Manuel Lainez; Juan Luis Resdagli; Víctor Guiñazú; Valentín Virasoro; Emilio Civil; Justiniano Posse y Salvador Macía, es decir trece senadores.

En oposición a la referida norma votaron: Pedro Echagüe; Ignacio Irigoyen; Luis Pinto; Manuel Padilla; Benito Villanueva y Moisés Garramuño, un total de seis senadores.²³

Como surge de la referida votación, ésta significó la inclusión del voto obligatorio en el proyecto de ley, decisión que resultó conforme con el proyecto remitido por el Poder Ejecutivo y con la redacción dada por la Comisión de Asuntos Constitucionales de la Cámara de Diputados.

La referida inclusión, junto con otras modificaciones introducidas por el Senado fueron remitidas a la Cámara de Diputados para que, en su carácter de Cámara iniciadora, procediese a su revisión.

La Cámara de Diputados trató el proyecto en la sesión extraordinaria del 8 de febrero del referido año 1912. En lo que respecta al debatido artículo 6°, luego de un breve cambio de opiniones resultó aprobado por cuarenta votos.²⁴

En la misma fecha el proyecto de ley fue sancionado para luego el Poder Ejecutivo promulgar la ley bajo el n° 8171.

III. Conclusión

Si nos detenemos a analizar los argumentos utilizados durante el debate en favor y en contra del voto obligatorio pueden estos sintetizarse diciendo que respecto de su inclusión se afirmó: 1) Que el sufragio era por naturaleza una función pública que debía cumplir el ciudadano, razón por la cual revestía el carácter de un deber; 2) Que implicaba una expresión espontánea de nuestro régimen representa-

²³ D.S.C.S., 3/2/1912, págs. 350/351.

²⁴ D.S.C.D., 8/2/1912, pág. 547.

tivo; 3) Que dada su naturaleza podía ser exigido coactivamente y 4) Que la obligatoriedad del voto resultaba un estímulo para el buen resultado del comicio.

Por el contrario, los que lo rechazaron sostuvieron: 1) Que la obligación de votar suprimía de hecho la libertad de su ejercicio; 2) Que el voto era un derecho y como tal su poseedor tenía la facultad de ejercerlo o no; 3) Que si al voto se le otorgaba rango universal no era preciso hacerlo obligatorio; 4) Que en la práctica no constituye una ventaja que el voto deje de ser espontáneo; 5) Que el ejercicio del voto debía imponerse como un deber de conciencia y no por el artificio de un precepto legal que establezca su obligatoriedad y 6) Que el voto es un derecho inherente e inalienable del ciudadano, por lo que su ejercicio no puede imponerse.

La síntesis precedente permite advertir que en el referido debate se utilizaron los argumentos de contenido científico esgrimidos en el campo doctrinario por los sostenedores y detractores del voto obligatorio. No obstante, durante el transcurso de los debates, ya sea en forma incidental, ya constituyendo el eje de algunos discursos, todos los legisladores intervinientes, sea cual fuere su posición al respecto, apelaron a la situación política del país como el más eficaz de los argumentos.

El voto obligatorio resultó entonces, para quienes le dieron jerarquía de precepto legal, el medio más idóneo para superar, el desinterés; la indiferencia y descreimiento del elector que se mostraba inclinado a la abstención.

Por su parte, quienes se oponían a él afirmaron que la obligatoriedad del voto no superaría las causas de la abstención.

Todas las leyes electorales dictadas en nuestro país a partir de la ley Sáenz Peña, mantuvieron en su articulado la obligatoriedad del sufragio. Sin embargo, debe admitirse, conforme lo sostuvieron quienes se opusieron a él, que el voto obligatorio no contribuyó a superar las causas políticas invocadas para su inclusión. En efecto, ni los partidos políticos, ni las leyes electorales han contribuido a generar la confianza del electorado que, sin perjuicio del obligado cumplimiento del voto, se muestra escéptico tanto respecto de los dirigentes políticos, como de la forma o sistema adoptado para designar a quienes deben representarlo.

En síntesis y a manera de epílogo digamos que la imposición o no del voto obligatorio se mantiene en el campo doctrinario con idénticos

fundamentos a los utilizados en el debate de la ley Sáenz Peña. No obstante corresponde señalar que en la actualidad, en lo que a la praxis política se refiere, los países con mayor desarrollo y permanente estabilidad institucional, no tienen incorporado a su legislación en materia electoral el voto obligatorio.



ALGUNOS ANTECEDENTES HISTÓRICOS ACERCA DE LA MOTIVACIÓN DE SENTENCIAS

NORA CRISTINA GONZALEZ DE ROSSELLO*

“A medida que los años han pasado y que he reflexionado más y más sobre la naturaleza de la función judicial, me he reconciliado con la incertidumbre porque he aprendido a verla como inevitable. He aprendido a ver que esa función en su más alta expresión no es descubrimiento sino creación; y que las dudas y desconfianzas, las esperanzas y temores son partes del dificultoso trabajo de la mente, los sufrimientos de la muerte y los dolores del alumbramiento con que los principios que en su época han servido, expiran y otros nuevos nacen.

“He hablado de las fuerzas de que se valen abiertamente los jueces para dar forma y contenido a sus sentencias. Aun esas fuerzas se hallan raras veces totalmente en la conciencia. Sin embargo ellas ya- cen tan cerca de la superficie que no es posible ignorar su existencia e influjo. Pero la cuestión no se agota con el reconocimiento de su poder. Muy por debajo de la conciencia hay otras fuerzas, las apetencias y desdenes, las predilecciones y los prejuicios, el complejo de instintos, emociones, hábitos y convicciones que configuran al hombre, sea litigante o juez. Quisiera haber encontrado el tiempo y la oportunidad para investigar esta materia más ampliamente. Solo puedo, como están las cosas, hacer poco más que recordarles su existencia. Ha habido una cierta falta de sinceridad en mucho de la discusión sobre este tema, o más bien, quizás, en el hecho de que se ha rehuído discutirlo, como si los jueces fueran a perder respeto y confianza por la idea de que están sujetos a las limitaciones humanas. Yo no dudo de la grandeza de la concepción que los eleva al reino de la pura razón, por arri-

* Secretaria del Juz. Nacional en lo Civil N° 99.

ba y más allá del movimiento de fuerzas perturbadoras y antagónicas. No obstante ello si hay algo de realidad en mis análisis de la función judicial los jueces no quedan aislados en estas alturas heladas y distantes. No vamos a ayudar a la causa de la verdad si actuamos y hablamos como si lo estuvieran. Las grandes mareas y corrientes que engolfan al resto de los hombres no varían su curso para dejar a los jueces de lado. Nos gusta figurarnos a los procesos judiciales como fríamente objetivos e impersonales. El derecho concebido como un objeto de existencia real, viviendo apartado y solo, habla, a través de las voces de predicadores y sacerdotes, la palabra que ellos no tienen más remedio que pronunciar.

*Ese es un ideal de verdad objetiva hacia el que tiende todo el sistema de Ciencia Jurídica. Es un ideal del que grandes publicistas y jueces han hablado como de algo posible de lograr". (CARDOZO, BENJAMÍN N., *La Naturaleza de la Función Judicial*, Edición Arayú, págs. 136/138, Buenos Aires, 1955).*

Retrospectiva

En materia de estudio de la motivación de sentencias y su cumplimiento, resulta singularmente interesante tener en cuenta, aunque de manera somera, el concepto romano, que este principio tuvo para aquel derecho.

En el "procedimiento formulario", que sucedió al de las "acciones de la ley", el actor sólo podía seguir el proceso antes el *iudex*, si previamente lograba la concesión de la fórmula por parte del pretor, y sin fórmula, no existía proceso posible.

La actividad de aquel juez debía ajustarse estrictamente a los términos de la fórmula, vale decir al esquema abstracto propuesto por el pretor, de modo que, concluida la producción de las pruebas y su examen, el *iudex* podía adoptar una de las dos alternativas que siguen: prestar el juramento de que no ha podido formarse una clara convicción sobre la cuestión debatida, en cuyo caso no pronunciaba la sentencia, y era sustituido por otro —pues a diferencia de lo que ocurre en nuestro derecho, donde el Juez es un funcionario especializado del Estado, que se presume que conoce el derecho, por lo que debe siempre juzgar, el *iudex* romano, era un simple particular que podía descargarse de la función que se le encomendaba mediante el aludido juramento—; o en su caso, dictar sentencia, condenando y absolviendo al demandado, según el resultado que arrojará la prueba, para cuya apreciación gozaba de la más completa libertad.

Se seguía entonces, el hoy llamado sistema de las libres convicciones, a través del cual el juez no debía indicar los motivos de su pronunciamiento. El *iudex* no estaba obligado a motivar su fallo. Así, ese silencio le confería mayor autoridad, porque convertía al Juez en una especie de misterioso e indiscutible "*Oráculo de la Justicia*"¹.

El "proceso formulario" concluye pues, con la sentencia, esto es, la decisión del *iudex* que oralmente, y sin indicar los motivos de su dictamen, condena o absuelve al demandado, según que la libre apreciación de la prueba producida en su presencia, le hubiere llevado a la convicción del fundamento de la pretensión del actor o de su contraria².

Con posterioridad al "procedimiento formulario", se sigue la *cognitio extra ordinem*. Aquí todo cambió, bastando que a un particular le estuviese reconocido por el ordenamiento jurídico un derecho subjetivo, para que pudiese demandar su reconocimiento y efectividad en justicia; se identifican, los conceptos de *actio* y "derecho subjetivo"³.

Tanto en uno como en otro procedimiento las decisiones de los jueces continúan sin indicar los motivos de su decreto. No obstante, existía la obligación legal de motivar las sentencias penales, y la costumbre determinó que aquella también se cumpliera en materia civil.

El papel del Juez en la motivación de la sentencia en la Edad Media

Después de la convulsión provocada por la invasión y caída del imperio Romano de occidente, la costumbre prevalece como fuente fundamental del derecho, sobre todo en las regiones en las que el elemento germánico influye en una población más o menos romanizada. La costumbre es concebida como un conjunto de reglas tradicionales. Todo litigio, todo problema debe poder ser resuelto recurriendo a ese don jurídico venerable.

¹ DE VICENTE y CARAVANTES, JOSÉ, *Tratado Histórico Crítico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil, según la Ley de Enjuiciamiento*, Tomo II, pág. 291. Edit. Gaspar y Roig, Madrid 1856. Cita de SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, parafraseando a SÉNECA, en *El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional*. El Derecho, Tomo 97-943, 1982.

² CARAMÉS FERRO, JOSÉ M., *Instituciones de Derecho Privado*, Tomo I, pág. 385. Editorial Perrot, Buenos Aires, 1976.

³ CARAMÉS FERRO, JOSÉ M., op. cit., pág. 429.

Respecto de la costumbre, o sea el conjunto de cualidades e inclinaciones y usos, que forman el carácter distintivo de una nación o personas, puede afirmarse que la sociedad medieval desconocía, casi por completo, otras reglas que las que de ella derivaban⁴.

Adviértase que el trabajo del juez, es encontrar el derecho dentro de un procedimiento que dirige, por una sentencia sometida a la aprobación de la asamblea.

La justicia se ejerce en el seno de la asamblea de los hombres libres de la región, por un colegio de asesores, que, a partir de Carlo Magno devienen permanentes. Este colegio, debe bajo la presidencia de un conde, o de su adjunto, y bajo el control de la asamblea descubrir la regla aplicable, definir la costumbre.

Quienes juzgaban no tenían que informar sobre el fondo del litigio, ni investigar, ni restablecer los hechos. Sólo resolvían acerca de lo que sometían las partes a su decisión. No juzgaban con arreglo a la equidad o a la razón, sino a las formas impuestas por las costumbres.

Resulta interesante considerar que la sociedad feudal, desconoce la justicia igual para todos; no era un derecho común, constituía un privilegio. Para cada clase había una justicia distinta, con sus tribunales especiales.

El clero sólo podía ser enjuiciado por los tribunales eclesiásticos, y la burguesía por los de la ciudad. En tanto los hombres libres, debían acudir al tribunal del país, presidido por el Conde. Quienes juzgaban, se limitaban a mantener la fórmula, calificaban los litigios e incidentes, y proclamaban la sentencia, sin motivar.

Es especialmente en ocasión de los litigios a los que da lugar el contrato feudovasálico, que los jueces definen estas reglas consuetudinarias⁵.

Este tipo de tribunales sobrevive a la época feudal. Las circunstancias eran poco propicias para un acrecentamiento del papel de los jueces en la formulación del derecho.

Cuando a esos jueces empiezan a imponer la solución dada al caso, como una regla aplicable en el futuro: se prefiguran de las "*Sentencias de reglamento*". Pero los jueces permanecen obligados, en principio, a descubrir en la costumbre la regla aplicable.

⁴ GENY, FRANCISCO, *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, pág. 287. Hijos de Reus, Editores, Madrid, España, 1902.

⁵ PERELMAN, CH., et FORIERS, P., *Travaux du Centre Nationale de Recherches de Logique, La Motivation des Décisions de Justice*. Bruxelles, Établissements Émile Bruylant S.A.E.J.S., 1978. Traducción.

En los últimos siglos de la Edad Media, en especial, en los reinos y principados de Europa occidental, el soberano comienza a hacer respetar sus prerrogativas. El mantenimiento del orden y la paz, esencial para la supremacía del poder central, hace que el acento sea puesto sobre los poderes de justicia del Rey, fuente de toda justicia, guardián por excelencia del derecho, es decir de la costumbre.

Concomitantemente en Francia, el Parlamento se impondrá sobre todo por la introducción de la noción de apelación y devendrá así, una jurisdicción de último recurso. En Inglaterra, las Cortes Reales suplantarán progresivamente las jurisdicciones consuetudinarias, para todo proceso de alguna importancia. Así, vemos que los grandes principados, cuentan con un concejo que suministra justicia en nombre del príncipe, especialmente en grado de apelación.

Un fenómeno análogo responde a la afirmación del poder central de la Iglesia. A partir el siglo XIV la Rota Romana, dicta justicia en nombre del Papa.

Es necesario subrayar, la aparición de estas cortes superiores, pues el papel de los jueces en la formación del derecho, será mucho más importante que en las jurisdicciones consuetudinarias inferiores⁶.

Sin embargo, estos jueces no pueden actuar de manera arbitraria, están obligados por tradición a respetar las costumbres y los privilegios. La sentencia debía estar rigurosamente prescripta por la costumbre, aunque sin justificar el fallo. Es el Derecho Sabio, el que explicita la limitación de los poderes de los jueces, restricción que fluye de la ley divina, la ley natural.

No obstante, debe destacarse que estas jurisdicciones reales gozan de gran autonomía en la formulación de las reglas jurídicas.

Los textos del Corpus Iuris Civilis de Justiniano, exigían al juez, fundar sus sentencias sobre las leyes, a las que se asimilan las decisiones del Emperador en persona, que se asignan en todos los casos similares⁷.

Un juez, no puede crear, él mismo, una regla de derecho; no puede fundarse, en principio, sólo sobre un precedente. Sin embargo, en

⁶ PERELMAN, CH., et FORIERS, P., op. cit., pág. 43.

⁷ ORTOLÁN, M., *Instituciones de Justiniano*, Edit. Bibliográfica Omeba, pág. 358/359, Buenos Aires, 1964.

caso de una laguna de derecho, el Digesto permitía al juez fundarse en la costumbre, así como sobre la autoridad de una solución consagrada en todo tiempo, por la jurisprudencia constante⁸.

Teniendo en cuenta la importancia de la costumbre como fuente del derecho en la Edad Media, romanistas y canonistas se inclinan particularmente a las relaciones entre precedente judicial y costumbre.

Los poderes del juez en la determinación de la regla aplicable, siendo así circunscriptos, lo obligan a indicar en su sentencia el motivo jurídico de ella.

En el sistema clásico del procedimiento formulario, el problema no se presentaba debido al hecho de la doble instancia. Si el litigio a resolver no podía ser ligado a un derecho previsto por una ley, el pretor —como ya lo viéramos—, elaboraba una fórmula exponiendo los hechos, enunciando las demandas respectivas de las partes, y determinando las dos soluciones posibles. Habiendo sido aceptada esta fórmula por las partes, correspondía al juez optar por una o por otra solución, según las pruebas administradas o no por las partes. Aquí, el razonamiento judicial es la obra del “*pretor*” al principio del proceso, no después.

En el procedimiento extraordinario del Bajo Imperio, que sustituye al formulario, y que será el origen del procedimiento romano-canónico, el juez ha devenido un funcionario que recibe sus poderes del Emperador. Si las reglas se le imponen en cuanto a las fuentes del derecho positivo, sobre las cuales debe fundar su sentencia, él no está obligado a motivarla, ni en derecho, ni en los hechos. Sólo raramente se puede deducir de los textos del Corpus Iuris, la utilidad de una motivación, a propósito de casos particulares.

Distinta es la situación de los canonistas. Desde el siglo XII, numerosos son quienes tratan del procedimiento, del juzgamiento, y de su forma. Los problemas relativos a la sentencia, particularmente el de su motivación, serán abordados por los tratados de procedimiento, pero sobre todo, por “*los decretalistas en su comentario*” *De sententia et re iudicata*⁹.

A partir del siglo XIII y hasta el XV, no obstante los cambios que en la materia se vislumbran, el juez que motivaba su sentencia corría el riesgo de un juicio crítico. Aparece, sin embargo en esta época, un

⁸ PERELMAN, CH., et FORIERS, P., op. cit., pág. 44.

⁹ PERELMAN, CH., et FORIERS, P., op. cit., pág. 47.

nuevo caso de necesidad de motivación, “la apelación”. Se trata de motivar, no el juzgamiento dado en primera instancia, sino la decisión en grado de apelación.

Pese a toda esta corriente, no motivacionista, corresponde remitirnos a Las Partidas, obra maestra del Sabio Rey Alfonso X, las que sin duda desde el punto de vista cultural y jurídico, constituyen la expresión cumbre del pensamiento español. Es su mayor gloria en el derecho, y en cuanto aquí nos interesa consagraron expresamente el advenimiento de la motivación.

Dos leyes, de la Tercera Partida, “*Que fabla de la Justicia, e como se ha de fazer ordenadamante en cada Logar, por palabra de Juyzio, e por obra de fecho, para desembargar a los Pleytos*”, llevaron a una decidida finalidad de definición, y educación en esta materia. Nos referimos a la Ley III y XI del Título IV.

La primera de ellas, al tratar “*Quales deuen ser los Juezes, e que bondades han de auer en si*”, enuncia: “... *E que ay an sabiduria para judgar los pleytos derechamente por su saber, o por uso de luengo tiempo. E que sean mansos, e de buena palabra, a los que vinieren ante ellos a juyzio ...*”.

La siguiente, “*Como los Juzgadores deuen escodiñar por quantas razones puedan, de saber la verdad de los pleytos que fueren comencados antellos*”, establece: “... *E quando supieren la verdad, deuen dar su juyzio, en la manera que entendieren que lo han de fazer segund derecho*”¹⁰.

Jurisprudencia y Motivación desde el siglo XVI al siglo XVIII

En lo que atañe a Europa occidental, gran número de países persisten en la época moderna, en no motivar sus sentencias.

Así, la sentencia se resume en el dispositivo (“*el dictum*”). Aún en las llamadas sentencias extendidas, no se puede mas que adivinar los motivos de los jueces.

El deber de motivación sólo regía respecto de las sentencias penales, pronunciadas en el fuero eclesiástico, y particularmente en las

¹⁰ LÓPEZ, GREGORIO, glosador de *Las Siete partidas del Muy Noble Rey Don Alfonso El Sabio*, Tomo II. Compañía General de Impresiones y Libreros del Reino, Madrid, 1844.

causas por herejía, que tramitaban ante los Tribunales de la Santa Inquisición.

En España, por el contrario, la autoridad real la suprime donde ella existía, en Aragón y en Cataluña.

Para ser del todo exactos más adelante se llegó a proscribir la motivación de las sentencias (*Real Cédula de Carlos III del 13 de junio de 1778, que reiterara la Ley 8, Título XVI, Libro II de la Novísima Recopilación*), para evitar cavilaciones a los litigantes y por el mucho tiempo que se consume en la extensión de las sentencias, que viene a ser un resumen del proceso y las costas que a las partes se siguen¹⁰.

Al contrario, la Ordenanza Napolitana del mismo año, dispuso expresamente el deber de motivar las sentencias¹².

Posteriormente esta regla cobra impulso a partir de la Revolución Francesa, esencialmente, a través del art. 94 de la Constitución de 1793, "*Los jueces ... motivarán sus decisiones*". La Constitución de 1795 agregó: "*que las sentencias deben enunciar los términos de la ley que aplicaren: (Art. 208)*". Con esto se afianzó la tesis de la obligatoriedad, bajo el resguardo de la constitución vigente¹³.

Vemos así que los juzgamientos son motivados y enuncian la ley aplicada, se consolida la necesidad de justificar la razonabilidad de la manda judicial.

Resulta pues un verdadero desafío, enfrentar la motivación en un ciclo de la historia esencialmente dinámico, con ordenes superados por la realidad socioeconómica, y con causas de aguda crisis. No obstante la mutación que se concreta, no se suprime definitivamente todo trazo de las tradiciones anteriores, pero el principio no fue más cuestionado.

Cabe traer a colación la obra del Juez M. Magnaud, Presidente del modesto Tribunal Francés de Chateau-Thierry, por los años 1889; cuyas sentencias, reproducidas en la prensa extranjera, coleccionadas después, y vertidas a todos los idiomas del mundo civilizado, fue-

¹¹ V. ALSINA, HUGO, *Derecho Procesal*, Segunda Edición, Tomo II, págs. 256/7. Edición Ediar, Buenos Aires, 1957. SAGÜES, NÉSTOR PEDRO, *El recaudo de la fundamentación como condición de la sentencia constitucional*, op. cit., PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Sujetos del Proceso, pág. 212, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979. Morello, Augusto Mario, y otros, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación, Comentados y Anotados*, Tomo I, Segunda Edición, pág. 113. Editorial Platense S.R.L., Abeledo-Perrot, 1982.

¹² V. ALSINA, HUGO, op. cit., págs. 256/257.

¹³ PALACIO, LINO ENRIQUE, *Derecho Procesal Civil*, op. cit., pág. 212.

ron calificadas por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, como de indiscutible utilidad social y extraordinario mérito.

Dionisio Diez Enríquez, en el prólogo de la obra "Las Sentencias del Magistrado Magnaud"¹⁴, habrá de expresarse elogiosamente en torno a la figura del Presidente de aquel Tribunal. "... *La sentencia para Magnaud, no es, pues, una fórmula escueta, uniforme, deficiente, en la que únicamente se reflejan los caracteres de la ley aplicada, abstraídos del hecho con deliberado propósito por un procedimiento de disecación que, dejándole su forma externa, le despoja de la sustancia de su originalidad; sino que es la expresión condensada de una realidad viva, palpitante, que emociona, que indigna, que convence, que identifica al lector con el Juez, porque contiene la armonía del sentimiento y la razón, suprema síntesis de la justicia ...*".

La motivación de las sentencias, en nuestro país. Reflexiones Finales

El rápido panorama del aspecto obligatorio de la motivación de las sentencias, en nuestro país, esbozado en este título, no pretende ser exhaustivo; empero, la relevancia del principio es de tal trascendencia, que cabe extraer algunos testimonios históricos.

TAU ANZOÁTEGUI, en su obra *Los Comienzos de la Fundamentación de la Sentencia en la Argentina*¹⁵, trata los antecedentes de la motivación en dos grandes períodos; el primero, desde 1811 a 1852; el segundo, a partir de 1852 hasta 1880, época en que se consolida el instituto.

Que la decisión judicial deba contener obligatoriamente las razones y normas que la motiva, expresadas de acuerdo a una determinada técnica impuesta por los usos o por la propia ley, constituyó una exigencia nacida en la segunda mitad del siglo XVIII, como consecuencia de un movimiento ideológico que en nuestro país aparece a partir de 1810. La motivación no fue atendida en el derecho anterior, por conceptuarla innecesaria, cuando no perjudicial.

¹⁴ LEYRET, HENRY, *Las Sentencias del Magistrado Magnaud*, Versión castellana, prólogo y notas de Dionisio Diez Enríquez. Hijos de Reus, Editores, Madrid, España, 1904.

¹⁵ *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina*, pág. 313. Revista de Historia del Derecho N° 10 del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires, 1982.

En el sentido antedicho, la corriente cada vez más palpable hacia la uniformidad de los procedimientos, y hacia el carácter letrado de la justicia, auspiciaron, la implantación del instituto.

De los estudios doctrinarios efectuados, quien primero aborda la materia, es Valentín Alsina. En 1829, redactó el opúsculo "*Reflexiones breves sobre la conveniencia que los jueces funden sus sentencias y la de que examinen y voten separadamente las diversas cuestiones que hallan en una causa*", trabajo publicado en 1832¹⁶.

También la práctica judicial fue ilustrando lenta pero firmemente la absorción de la figura, ello a través de la inteligente adaptación, de un sabio modelo, enriquecido por abundante jurisprudencia, legado por las obras del español FRANCISCO ANTONIO DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense* y de nuestro MANUEL ANTONIO CASTRO, *Prontuario de Práctica Forense* (1834), que se inspiró en la obra anterior¹⁷.

La etapa de fortalecimiento comienza a partir de 1853. La Constitución Nacional de ese año, estableció el recaudo en determinados casos. El Art. 17, dispuso que ningún habitante podía ser privado de la propiedad "*sino en virtud de sentencia fundada en ley*", y que ningún servicio personal era exigible "*sino en virtud de ley o de sentencia fundada en ley*". Al Art. 18, añadió que ninguno podía ser penado, "*sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso*". Como se aprecia la existencia no se extendía a todos los fallos judiciales, definía su obligatoriedad en los supuestos en que se encontraba involucrado el derecho patrimonial y el penal.

La motivación de las decisiones judiciales —como hemos visto—, fue encontrando su espacio a través de los tiempos, para mostrarse hoy, como una garantía esencial; conforma "un axioma de las legislaciones", un principio general del derecho, y un signo de la "racionalización" de la función jurisdiccional¹⁸. Creemos que la razón de su desconocimiento, durante tanto tiempo, se debió al reconocimiento de los poderes del juez en la formación del derecho, como así también, a la relación con la historia externa de la motivación.

¹⁶ ANZOATEGUI, VÍCTOR T., *La Codificación en la Argentina 1810-1870. Mentalidad social e ideas jurídicas*, pág. 80 y sgtes. Buenos Aires, Imprenta de la Universidad, 1971.

¹⁷ *Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina*, op. cit., pág. 313.

¹⁸ CALAMANDREI, PIERO, *Proceso y Democracia*, traducción de Héctor Fix Zamudio, Edición Ejea, pág. 114, Buenos Aires, 1960.

Pareciera que no es necesario insistir sobre la significación de este recaudo, cuyo imperioso menester está ampliamente admitido. Los grandes textos y juristas así nos lo enseñan¹⁹.

“No me parece justo ni suplicar al juez ni por haber suplicado ser absuelto, sino informar al Juez y convencerle, pues el Juez no ocupa su sitial para hacer de la justicia un favor, sino para discernir lo justo y ha prestado juramento de no hacer favor a quien le parezca, sino de administrar justicia de acuerdo con las leyes”. (PLATÓN, *Apología de Sócrates*, 35C, segunda edición, Eudeba, pág. 61).

¹⁹ *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 30, La Jurisprudence. Publié avec le Concours du C.N.R.S., Sirey, París, Francia, 1985. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO, *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Gráficas Uguina, Melendez Valdes, Madrid, España, 1971. BIELSA, RAFAEL, *Metodología jurídica*, pág. 481, Castellví, Santa Fe, 1961. GOLDSCHMIDT, WERNER, *Justicia y democracia*, La Ley 87-384. OSORIO y GALLARDO, ÁNGEL, *EL ALMA DE LA TOGA*, Valetta Ediciones SRL, 1997, pág. 7.



LOS JURISTAS ARGENTINOS Y EL DEBATE EN TORNO A LA CASACIÓN (1931-1943)¹

EZEQUIEL ABÁSULO*

Introducción

1. Señalada como expresión del agotamiento del proyecto político institucional de 1853/60, ya es suficientemente conocido que la revolución de septiembre de 1930 fue impulsada por un conjunto de hombres a quienes dominaba la idea de dotar al país de una nueva organización constitucional². Pese a que, en lo inmediato, el intento no derivó en la transformación esperada por sus autores, el hecho marcó —como lo hemos señalado con Alberto David Leiva, en otro lugar³— el inicio, en la Argentina, de una nueva experiencia republicana. Asimismo, el referido episodio de nuestra vida institucional también ejerció una notable impronta sobre múltiples aspectos y agentes ligados al ámbito del quehacer político, entendiendo a éste en la más extensa expre-

* Profesor Asistente con dedicación especial en investigación. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Pontificia Universidad Católica Argentina “Santa María de los Buenos Aires”.

¹ Este artículo constituye una versión ligeramente corregida del trabajo que el autor expusiera, en representación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina, en el curso del *Décimo Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina* (Santa Rosa, mayo de 1999) que organizó la Academia Nacional de la Historia.

² Respecto de este tema, puede verse CARLOS GUILLERMO FRONTERA, *La reforma constitucional como objetivo de la revolución de 1930*; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 23 (1995).

³ Véase ALBERTO DAVID LEIVA y EZEQUIEL ABÁSULO, *El constitucionalismo argentino en el siglo XX*, Dunken, Buenos Aires, 1997.

sión de su significado. Por cierto, los juristas no resultaron exentos a su influencia, tal como surge de observar algunos cambios en su concepción del mundo circundante y en la forma de relacionarse con él.

En este orden de cosas, lo que pretendemos analizar aquí es un aspecto de la vida jurídica argentina que, contando con un interesante historial previo de ricos debates científicos, resultó decididamente estimulado por las propuestas reformistas enunciadas por José Félix Uriburu en julio de 1931. En definitiva, nos referiremos al debate suscitado en torno a la posibilidad de instalar, en el ámbito de la administración de justicia argentina, un sistema nacional de casación. Así, pues, en 1931 se inició un ciclo histórico de doce años, a partir del cual la idea de la casación —que hasta su irrupción en la vida política argentina casi no había traspasado el plano de las discusiones entre expertos—, refluó, con renovado vigor, sobre el mundo de los juristas. De este modo, podemos decir que a mediados de la década del 30 el tema de la casación se convirtió en creencia poco menos que indiscutida⁴; y que, ya casi al término del período, motivó —si se nos permite emplear con cierta libertad el instrumental histórico jurídico diseñado por Alejandro Guzmán Brito— la aparición de una verdadera obra epigonal sobre la materia⁵.

2. Como es bien sabido, la casación conforma un mecanismo judicial de revisión, en virtud del cual las partes afectadas por una determinada sentencia cuentan con la posibilidad de acudir a un tribunal superior, para que éste analice si la sentencia del inferior ha sido dictada, o no, de acuerdo con el texto de la ley y con los términos de la jurisprudencia precedente. De este modo, en el caso de entender que la ley o la doctrina legal ha sido violada o mal aplicada, y de acuerdo con el sistema de casación vigente —en principio, el francés o el alemán—, el superior bien puede reenviar los autos a un subalterno (a

⁴ Empleamos el concepto orteguiano de creencia, siguiendo, en parte, las propuestas de VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, en *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, pág. 40.

⁵ Según GUZMÁN BRITO —*La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1977, págs. 33 y 34—, pueden considerarse “epigonales” aquellas obras que, constituyendo la culminación de una actividad intelectual desarrollada en el campo de la ciencia jurídica, cuentan con entidad suficiente como para “fijar” y consolidar los resultados parciales obtenidos anteriormente.

veces el mismo que dictó la sentencia “casada”, o a veces a otro), para que éste emita una nueva sentencia, o bien resolver el caso por sí mismo.

En cuanto a los orígenes de este instituto, cabe señalar que, nacido durante la revolución francesa, como un instrumento destinado a reforzar el valor de las leyes dictadas por las asambleas revolucionarias, en sus orígenes el tribunal de casación francés tuvo por objeto principalísimo oponerse a una forma de jurisprudencia propia del antiguo régimen: la de los “arrets” emanados de los viejos y tradicionales parlamentos galos. Sin embargo, y aún a pesar de que hombres como Le Chapelier fulminaron a toda jurisprudencia que pretendiese independizarse de los textos legales como “la más detestable de las instituciones”, el tribunal de casación instalado en Francia a partir de 1791 no tardó en apartarse de su objetivo original. De este modo, lejos de limitarse a “servir” a los dictados del poder legislativo, el tribunal produjo, paulatinamente, una serie cada vez mayor de interpretaciones jurídicas novedosas y originales, llegando finalmente, en 1837, a consagrarse legalmente su potestad para unificar creativamente la jurisprudencia de los tribunales inferiores⁶. Digamos, además, que el modelo francés se extendió por toda Europa, derivando en nuevas expresiones jurídicas, como el sistema de casación alemán.

La ponderación de la jurisprudencia

3. Desde luego, el debate acerca de la casación en la Argentina de los años 1931 a 1943 se relaciona, íntimamente, con la renovada ponderación de los contemporáneos hacia la jurisprudencia. Cabe señalar, así, que, desde comienzos del siglo XX, originales concepciones en el campo de las fuentes del derecho⁷ —en torno de las cuales se advierte tanto el influjo de autores como François Geny, como el prestigio alcanzado mundialmente por las disposiciones pertinentes del código civil suizo⁸ — se orientaban en el sentido de adjudicarle una mayor

⁶ Respecto de todo esto, véase JEAN-LOUIS HALPERN, “Orígenes de la noción moderna de jurisprudencia. Una obra jurídica del Tribunal de Casación bajo la Revolución Francesa”; en Carlos Petit [coord.], *Derecho privado y revolución burguesa*, Marcial Pons, Madrid, 1990, *passim*.

⁷ MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE, “La ‘idea de jurisprudencia’ a través de los primeros años de la Revista de Jurisprudencia Argentina”, en *Revista de Historia del Derecho*, n° 22 (1994), págs. 241 a 243.

⁸ VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI, “Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales en la Argentina”; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 6 (1978), pág. 344.

relevancia a los pronunciamientos de los magistrados. Dicho de otro modo, desde los inicios de la vigésima centuria se revalorizó enormemente la tarea judicial, abandonándose el criterio de que el juez debía limitarse a ser un frío aplicador de la ley general codificada al caso concreto, y superándose también los enfoques jurídicos rígidamente legicéntricos⁹. Sobre el particular, recordemos, además, en cuanto a expresas manifestaciones de la citada tendencia, que Héctor Lafaille sostuvo, v.gr., que “la ley abandonada a sí misma, reducida a su texto, de poco vale, y son raras las situaciones que resuelve”, en tanto que “la gran mayoría de los casos exige la interpretación [judicial] de sus reglas, que es complemento necesario de las mismas e inseparable de aquéllas”¹⁰. Asimismo, resulta indudable que la renovada visión plural de las fuentes jurídicas se apoyaba en una concepción filosófica según la cual el derecho se encontraba en permanente cambio y mutación¹¹, creencia que —oportuno es señalarlo— también dirigía algunas incipientes críticas contra el estático modelo jurídico —hasta entonces poco menos que indiscutido— ofrecido por la codificación. En efecto, se afirmaba, así, que por más acertado que un código pudiese ser, periódicamente se tornaba necesario revisarlo, para ponerlo “en armonía con las modalidades siempre cambiantes del medio”¹².

4. Como correlato de las afirmaciones anteriores, los expertos consideraban que la censurada “inmovilidad” del orden jurídico de raigambre legal podía ser hábilmente superada gracias a la labor de los jueces, quienes, viviendo a diario “la realidad del derecho”¹³, se encontraban en condiciones de remozarlo constantemente. Así las

⁹ MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE, ob. cit., págs. 247 y 268

¹⁰ Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, Cuarta Conferencia Nacional de Abogados. Tucumán, julio 13-18 de 1936. *Programa, antecedentes, versión taquigráfica y anexos*, Buenos Aires, 1937 (en adelante, *Cuarta Conferencia* ...), pág. 56. Asimismo, podemos recordar que, un cuarto de siglo antes, Manuel Gonet se había expresado de un modo análogo, durante el curso de un debate parlamentario; cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1910, t. I, pág. 620.

¹¹ V.gr., CARLOS J. COLOMBO, *La Corte Nacional de Casación*, t. I, Buenos Aires, Valerio Abeledo editor, 1943, pág. 8.

¹² Editorial de *La Nación*, 15 de julio de 1931. Respecto de la preocupación de los juristas por adecuar el derecho argentino a las nuevas realidades económicas y sociales, véase EZEQUIEL ABASOLO, *Revistas universitarias y mentalidad jurídica. Los Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (1902-1919)*; en Víctor Tau Anzoátegui [ed.], *La revista jurídica en la cultura contemporánea*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, págs. 137 y 138.

¹³ LEÓN REBOLLO PAZ, *Alcances de la jurisprudencia en acuerdo plenario*; en *Gaceta del Foro*, t. 167, n° 9.499, 23 de noviembre de 1943, pág. 227.

cosas, podemos recordar que, ya en 1905, Joaquín V. González había tenido oportunidad de sostener que una de las funciones fundamentales de los jueces consistía en “encauzar las leyes en el sentido de la necesidad de la vida moderna”¹⁴. Años después, agudizada esta postura, algunos juristas llegaron a decir que en tanto la legislación positiva debía ser tomada como una simple “cristalización del pasado”¹⁵, la jurisprudencia —que llevaba “en sí el germen del nuevo derecho”, y cuya función pasaba por adaptar “la ley a la vida”¹⁶, marchando “al compás de los hechos sociales”¹⁷ — representaba al mismo orden jurídico dinámicamente considerado, o más exageradamente aún, que sólo los pronunciamientos judiciales constituían el verdadero derecho¹⁸.

Como derivación de todo este orden de ideas, no pocos juristas afirmaban que la jurisprudencia, a la cual se conceptuaba como el medio práctico en virtud del cual se precisaba y se perfeccionaba el derecho positivo¹⁹, constituía el instrumento adecuado para suplir los retardos del legislador y para marcarle su futuro derrotero²⁰. Así las cosas, durante la década del '30 no pocas propuestas señaladas por la jurisprudencia para adecuar el texto del viejo código civil “a las circunstancias de la hora actual y al espíritu de la época, que nos reclama menos individualismo y más preocupación por el derecho de los terceros”, resultaron finalmente incorporadas al proyecto de reformas de 1936²¹.

¹⁴ Citado por MANUEL B. GONNET, “El valor de la jurisprudencia”; en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año IV, n° 5 (julio de 1925), nota 1, pág. 23. Cabe señalar que este trabajo también fue editado en *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, sección doctrina (1924), y en *Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, Conferencia Nacional de Abogados. Noviembre 17-22 de 1924. Programa, antecedentes y versión taquigráfica*, Buenos Aires, 1925 (en adelante, *Primera conferencia...*).

¹⁵ GASTÓN FEDERICO TOBAL, “La misión y el aporte de nuestra jurisprudencia”; en *Jurisprudencia Argentina*, t. 76 (1941), pág. 6.

¹⁶ ÁNGEL OSSORIO, “El recurso de casación en la legislación española”; en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año XVII, t. XVI, n° 5 (septiembre-octubre de 1938), pág. 385. En el mismo sentido, véase el voto pronunciado el 30 de abril de 1941 por Argentino G. Barraquero, en autos “Alexander Allen Mc. Clelland y otro contra Consejo Nacional de Educación”; en *Jurisprudencia Argentina*, t. 74 (1941), págs. 604 y 605.

¹⁷ GASTÓN FEDERICO TOBAL, ob. cit., págs. 6 y 7. ÁNGEL OSSORIO, ob. cit., pág. 385.

¹⁸ CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 8.

¹⁹ Ídem ant., t. I, pág. 68.

²⁰ Véanse GASTÓN FEDERICO TOBAL, ob. cit., pág. 7, y el editorial de *La Nación*, de 15 de julio de 1931, ya citado. Asimismo, ténganse en cuenta las luminosas palabras de MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE, en ob. cit., pág. 244.

²¹ GASTÓN FEDERICO TOBAL, ob. cit., págs. 9 a 11.

En definitiva, al tiempo que los juristas contemporáneos consideraban que el derecho público argentino se encontraba todavía en plena formación²², el debate respecto de la casación se produjo en el marco de un sostenido reconocimiento de las facultades interpretativas de los magistrados²³ –las mismas que no se recomendaba sino ampliar²⁴– y de un reiterado elogio de los operadores jurídicos argentinos frente a las posibilidades creativas de la jurisprudencia nacional²⁵.

Argumentos de un debate

5. Una vez conocida la situación de la jurisprudencia en la Argentina de la época, es tiempo que indagemos en los argumentos invocados por los juristas para impulsar el perfeccionamiento del “mecanismo judicial” del país mediante la puesta en marcha de una jurisdicción de casación²⁶. Empero, desde ya aclaramos que, en el curso de nuestra explicación, se relativizará el peso de la doctrina y de los precedentes extranjeros, pues si bien ni uno ni otros permanecieron ajenos al debate nacional de los expertos²⁷ de acuerdo con lo que señalaron lúcidamente algunos de sus protagonistas, es indudable que las polémicas en torno al tema de la casación respondieron, fundamentalmente, a exigencias propias y peculiares de la vida forense de nuestra república. Así las cosas, la gravitación de éstas –difícilmente comprensibles para los autores foráneos²⁸–, dio lugar a que expresamente se buscasen soluciones que resultasen “eminentemente argentina[s] y adaptada[s] a nuestro clima constitucional”²⁹. De este modo, resulta evidente que la explicación causal de la formación de los criterios en la materia se encuentra, en buena medida, en la experiencia forense de los abogados argentinos, quienes, teniendo en vista los resultados generados por la jurisprudencia plenaria de los tribunales de la Capital Federal³⁰, así como por los pronunciamientos

²² EDUARDO GARCÍA, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 73.

²³ EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 101.

²⁴ HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 56.

²⁵ Cfr. MARÍA ROSA PUGLIESE, ob. cit., pág. 246.

²⁶ ÁNGEL OSSORIO, ob. cit., págs. 385 y 396.

²⁷ Sobre el particular, señalemos que, además de algunas invocaciones genéricas a la doctrina alemana y española, con cierta frecuencia los polemistas argentinos se remitían a la autoridad de juristas italianos –como Carnelutti, Chiovenda, Mortara, Gargiulo y Benevolo–, y franceses –como Garsonnet y Glasson–.

²⁸ *Primera conferencia...*, cit., pág. 160.

²⁹ CARLOS J. COLOMBO, cit., t. I, pág. 15.

³⁰ MARÍA ROSA PUGLIESE LA VALLE, ob. cit., pág. 265.

bonaerenses dictados por la Suprema Corte provincial en virtud de la interposición de recursos de inaplicabilidad de la ley³¹, y atendiendo a los nuevos desafíos jurídicos impuestos por una incipiente descodificación³² –surgida de “la sanción de multitud de leyes ampliatorias o modificatorias de los códigos de fondo”³³ –, no se cansaron de reclamar la implementación de un sistema de casación que pusiese término a lo que denunciaban como nefastas contradicciones de la jurisprudencia³⁴. Al respecto, siguiendo lo dicho por EMILIO REVIRIEGO a mediados de los años 30, no está de más recordar en qué podían consistir dichas contradicciones. Sobre el particular, señalemos que mientras algunos tribunales consideraban que los hermanos naturales se heredaban entre sí, otros opinaban lo opuesto; que en tanto que en ciertas jurisdicciones los magistrados sostenían que el ejercicio de la acción penal interrumpía la prescripción, en otras se defendía la postura contraria; que mientras para algunos tribunales el empresario constructor contaba con el carácter de comerciante, para otros su condición resultaba del todo diferente...³⁵.

6. Concretamente, en cuanto a las argumentaciones explicitadas por los protagonistas del debate técnico que comentamos a lo largo de este trabajo, puede decirse que, si bien hubo cierta diversidad de fundamentaciones –como que, incluso, llegó a sostenerse que con la puesta en práctica de la casación se afianzaría la igualdad ante la ley en la república³⁶ –, en rigor de verdad, el discurso de los defensores de este instituto giró, sobre todo, en torno a dos cuestiones: proveer a la unidad del derecho argentino y ajustar mejor el orden jurídico a los reclamos sociales.

³¹ JUAN HELLER, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 54. CÉSAR DÍAZ CISNEROS, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 58.

³² Respecto del concepto “descodificación”, pueden verse: NATALINO IRTI, *La edad de la descodificación*, Barcelona, José M. Bosch editor, 1992. LUIS DIEZ-PICAZO, “Codificación, descodificación y recodificación”; en *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), t. LXV (abril-junio de 1992).

³³ EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 50.

³⁴ MIGUEL DÍAZ DE VIVAR, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 68. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1938, t. II, sesión de 7 de julio, pág. 656. GASTÓN FEDERICO TOBAL, ob. cit., pág. 12. CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, págs. 7 y 8.

³⁵ EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, cit., págs. 48 y 49.

³⁶ Véase lo sostenido por RAÚL ARISTEGUI, en Provincia de Buenos Aires, Convención Constituyente año 1934, *Debates de la Honorable Convención Constituyente. Actas y despachos de la Comisión y subcomisiones* (en adelante, *Debates de la Honorable Convención Constituyente*), t. II, sesión de 17 de octubre de 1934, pág. 163.

En cuanto al tópico de la unidad del derecho, resulta esencial recordar aquí que, para muchos juristas contemporáneos, la uniformidad jurídica era “tan necesaria para el país como la unidad política”³⁷. Así las cosas, atendiendo al referido fundamento, la imposición de un sistema de casación –aunque más no fuese a nivel local– se consideraba poco menos que imprescindible, ya que así como se argumentaba que sin la unidad de interpretación la homogeneidad legislativa del país resultaba “lírica”³⁸, también se concebía la esperanza de que, mediante la ansiada uniformidad de su jurisprudencia en materia de derecho de fondo³⁹, la casación fuera la herramienta idónea para superar el “casuismo” y la “anarquía” jurídicos argentinos –provocados por una multitud de pronunciamientos contradictorios⁴⁰. En otras palabras, era generalizada la creencia de que la casación era el remedio “más directo y eficaz para asegurar la unidad de legislación”⁴¹, para proveer a la seguridad jurídica⁴², y para vigorizar la organización nacional⁴³.

Como dijimos arriba, el otro tópico invocado para motivar adhesión en favor de la casación pasaba por demostrar que dicho instituto resultaba adecuado para ajustar el derecho nacional a las renovadas exigencias sociales. Dicho asunto no era de menor importancia, sobre todo si tenemos en cuenta que, en la Argentina, la opinión mayoritaria entendía prioritario revisar constantemente el derecho vigente, al menos en países que, como el nuestro, “prograsa[ba]n y se transforma[ba]n velozmente”⁴⁴. Así las cosas, en tanto que se creía que la jurisprudencia moderaba paulatinamente la ley, “con razonamientos adecuados a la situación y [al] estado social”⁴⁵, se enaltecía la

³⁷ HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 56.

³⁸ *Idem* ant., pág. 57.

³⁹ JULIO OSCAR OJEA, *Debates de la Honorable Convención Constituyente*, cit., t. II, sesión de 17 de octubre de 1934, pág. 130.

⁴⁰ Véanse las palabras de A. CASTIGLIONE en *Primera Conferencia...*, pág. 176. HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 56. CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 8.

⁴¹ EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 48. CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 13.

⁴² Cfr. Las palabras pronunciadas por TOMÁS JOFRÉ, en Federación de Colegios de Abogados de la República Argentina, *Segunda Conferencia Nacional de Abogados. Córdoba, octubre 26-29 de 1926. Programa, antecedentes, versión taquigráfica y anexos* (en adelante, *Segunda Conferencia...*), Buenos Aires, 1927, pág. 138. ÁNGEL OSSORIO, ob. cit., pág. 386. CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 81.

⁴³ EMILIO L. GONZÁLEZ, ob. cit.

⁴⁴ HÉCTOR LAFAILLE, *Segunda Conferencia...*, cit., pág. 143.

⁴⁵ MANUEL B. GONNET, *El valor de la jurisprudencia*, cit., pág. 11.

casación como un auténtico progreso jurídico⁴⁶, dotado de aptitud como para estabilizar la legislación “mediante una firme y acertada interpretación” y, por ende, para evitar la constante necesidad de reformar el derecho codificado⁴⁷.

La casación como una de las alternativas frente al agotamiento del proyecto político de 1853/60

7. Tras largos años de maduración en el campo de las discusiones académicas⁴⁸, ya nos hemos anticipado a decir que, como consecuencia de la revolución de septiembre de 1930, la casación irrumpió, con cierto vigor, en el ámbito del debate político argentino. Respecto del particular señalado, cabe recordar aquí que, en el marco del proyecto de reformas constitucionales presentado el 18 de junio de 1931 por el teniente general JOSÉ FÉLIX URIBURU⁴⁹ —en cuyo diseño intervino activamente CARLOS IBARGUREN⁵⁰—, se instó a encarar una reforma del artículo 100 de la constitución nacional entonces vigente, con el objeto de adjudicar a la Corte Suprema de Justicia la función, entre otras, de actuar “como Corte de Casación, de los recursos por violación o inaplicabilidad de la ley común que se interponga contra sentencia definitiva de los tribunales del fuero común en todo el territorio de la Nación”.

Lejos de merecer reparos, esta iniciativa *septembrina* fue bastante bien recibida por los expertos. En efecto, gracias a una encuesta relativa a la reforma constitucional, publicada por el diario *La Nación* a partir del día 20 de junio de 1931, sabemos que si bien la propuesta uriburiana mereció el rechazo del constitucionalista cordobés CARLOS TAGLE —quien sostenía que las atribuciones que se pensaba otorgar a la Corte atentaban contra la estructura federal—, y del polí-

⁴⁶ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1938, t. II, sesión de 7 de julio, pág. 656.

⁴⁷ HÉCTOR LAFAILLE, *Segunda Conferencia...*, cit., pág. 143.

⁴⁸ Cabe aclarar aquí que si bien hemos abordado lo acontecido con el instituto de la casación en la Argentina anterior a 1931, el apartado dedicado a ese asunto debió ser eliminado de nuestro trabajo, con el objeto de que éste no superase la extensión máxima exigida por los organizadores del X Congreso Nacional y Regional de Historia Argentina.

⁴⁹ Cfr. JOSÉ FÉLIX URIBURU, *La palabra del general Uriburu*, 2ª ed., Buenos Aires, Roldán editor, 1933, pág. 100 y sigs.

⁵⁰ Cfr. JOSÉ NICOLÁS MATIENZO, *Las enmiendas constitucionales proyectadas no satisfacen el fin que se ha tenido en vista*; en *La Nación*, 30 de julio de 1931.

tico demócrata progresista santafesino FRANCISCO E. CORREA⁵¹, muchos otros hombres públicos manifestaron sus plácemes ante la posibilidad de establecer un sistema nacional de casación. De este modo, podemos señalar el caso del cordobés Arturo M. Bas, quien si bien se declaró contrario a modificar el carácter y la organización del máximo tribunal argentino, confesó su simpatía frente a la idea de que la casación lograse la unidad de “la jurisprudencia en cuanto a la legislación de fondo”⁵². Por su parte, el constitucionalista JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN también apoyó la idea de la casación —tal como días después haría el profesor santafesino SALVADOR DANA MONTAÑO—, dominado por el principio de que no resultaba aceptable que el código civil fuese “interpretado y aplicado con quince criterios distintos por los tribunales locales”, y que no se contase con medio alguno para uniformar “la jurisprudencia en materias de derecho común”⁵³. También manifestaron su agrado hacia el proyecto MARIANO DE VEDIA y MITRE —quien consideró la propuesta como una “contribución al mejoramiento de la justicia”⁵⁴; el ex senador y ex juez federal santiagueño, PEDRO OLAECHEA y ALCORTA⁵⁵; el profesor universitario SILVERIO J. PROTTA —quien al expresar su apoyo reiteró conceptos vertidos en su juvenil tesis doctoral, respecto de la necesidad de apoyar la formación de una jurisprudencia de carácter “progresivo”, que actualizase permanentemente la ley y la convirtiese en “derecho vivo”⁵⁶—; y el distinguido jurista RODOLFO RIVAROLA, quien ya desde mediados de la década iniciada en 1910 venía insistiendo con la idea de establecer un sistema nacional de casación, destinado a lograr que la unidad de la legislación fuese complementada con “la unidad de la jurisprudencia”⁵⁷.

⁵¹ CARLOS A. TAGLE, “Es inconveniente dar a la Corte función política”; en *La Nación*, 25 de junio de 1931. FRANCISCO E. CORREA, “Bien está la Corte, y le basta, con sus funciones judiciales”; en *La Nación*, 28 de junio de 1931.

⁵² ARTURO M. BAS, “Debe quitarse al congreso el juicio de las elecciones”; en *La Nación*, 20 de junio de 1931.

⁵³ JUAN ANTONIO GONZÁLEZ CALDERÓN, “Es la solución de la crisis política que hemos sufrido”; en *La Nación*, 21 de junio de 1931. SALVADOR M. DANA MONTAÑO, El retorno a la normalidad no es condición ineludible para que se haga la reforma constitucional; en *La Nación*, 27 de junio de 1931.

⁵⁴ MARIANO DE VEDIA y MITRE, “No sólo es necesario sino también oportuno reformar la constitución”; en *La Nación*, 24 de junio de 1931.

⁵⁵ *La Nación*, 18 de julio de 1931.

⁵⁶ SILVERIO J. PROTTA, “Hace falta un tribunal de casación que unifique la jurisprudencia”; en *La Nación*, 1° de julio de 1931. Respecto de su tesis doctoral, titulada “Autoridad e influencia de la jurisprudencia en la República”, presentada en la Universidad de Buenos Aires durante 1910, aporta noticias VÍCTOR TAU ANZOÁTEGUI en *Los orígenes de la jurisprudencia de los tribunales...*, cit., págs. 346 y 347.

⁵⁷ RODOLFO RIVAROLA, “Como descontento de la realidad, nos dice el Dr. Rodolfo Rivarola”, optó por la reforma; en *La Nación*, 1° de julio de 1931, *Primera Conferencia...*, cit., págs. 172 y 176. *Cuarta Conferencia...*, pág. 44.

8. Fracasado en lo inmediato el intento reformista septembrino, no fue mejor la suerte deparada a los denodados esfuerzos por revitalizarlo que llevó a cabo el diputado demócrata nacional bonaerense y futuro presidente del Colegio de Abogados de Buenos Aires, Adrián C. Escobar. Recordemos, sobre este particular, que en 1932 Escobar presentó, ante sus pares en el Congreso, un proyecto de reforma constitucional en el que, receptando las propuestas de Uriburu, instaba al establecimiento de un sistema nacional de casación dirigido por la Corte Suprema de Justicia⁵⁸. Empero, este fracaso no significó que la cuestión perdiese actualidad. Así las cosas, durante el primer lustro de la década del "30 pueden recordarse dos importantes experiencias provinciales vinculadas con esta materia.

De este modo, digamos que, en Santa Fe, una vez que la legislatura y el poder ejecutivo locales declararon válido lo actuado por la convención provincial en 1921, el 3 de enero de 1933 se dictó la ley n° 2297, modificatoria del código de procedimientos provincial en materia civil y mercantil, con el objeto de adaptarlo a un nuevo recurso de casación e inaplicabilidad de la ley, previsto, precisamente, en la carta de 1921⁵⁹. Así definido, el modelo de casación santafesino estuvo en vigencia hasta octubre de 1935, cuando una intervención federal puso término a esta experiencia constitucional⁶⁰.

Por otro lado, en la provincia de Buenos Aires también se abordaron cuestiones vinculadas con la casación. En efecto, continuando con los lineamientos institucionales establecidos en las cartas de 1873 y de 1889, y en la legislación local, en virtud de los cuales se habían dictado sentencias en las que se sostenía que los fallos de la Suprema Corte de la provincia formaban una doctrina legal, cuyo principal objeto consistía en "fijar y uniformar la [jurisprudencia] de los tribunales"⁶¹, el tópico de la casación resultó abordado en el seno de la convención constituyente bonaerense, reunida durante el transcurso de 1934. De este modo, en dicha asamblea se presentaron varios proyectos recomendando la expresa incorporación de una casación bonaerense.

⁵⁸ *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1932, t. V, pág. 460.

⁵⁹ JOSE PÉREZ MARTÍN, *Evolución del Poder Judicial en Santa Fe*; en Comisión Redactora de la Historia de las Instituciones de la Provincia de Santa Fe, *Poderes del Estado* (en adelante, *Poderes del Estado*), t. I, Santa Fe, 1967, pág. 239.

⁶⁰ JULIO A. CAMINOS, *El poder constituyente en la provincia de Santa Fe*, *Poderes del Estado*, cit., pág. 41.

⁶¹ CARLOS DE LA VEGA, *Método de la constitución*; en *Jurisprudencia Argentina*, t. III (1919), pág. 489.

rense, decidiéndose, finalmente, la adjudicación a la Suprema Corte provincial de competencia suficiente como para resolver en materia de recursos de inaplicabilidad de la ley –remedio procesal muy cercano, sino análogo, al de la casación–. En cuanto a proyectos relativos a este tópico, puede recordarse el que subscribieron Edgardo J. Míguez, Manuel M. Eliçabe e Ismael Erriest, cuyo artículo 78 atribuyó al máximo tribunal de la provincia el conocimiento y la resolución de los “recursos de inaplicabilidad de ley o doctrina jurídica en que los tribunales de justicia en última instancia, fundan su sentencia, con las restricciones que las leyes de procedimientos establezcan”, así como la misión de unificar la jurisprudencia contradictoria emanada de las cámaras de apelación provinciales⁶². Asimismo, propuestas análogas fueron presentadas, en sendos proyectos, por Julio Oscar Ojea y Raúl Aristegui⁶³.

Arraigo de la idea de casación y discusiones en torno a su implementación práctica

9. Pese a que, una vez superada la *experiencia septembrina*, las grandes corrientes de opinión política no se manifestaron preocupadas por el tema de la casación, para mediados de la década del “30 eran cada vez más los operadores jurídicos que, como Enrique Díaz de Guijarro, consideraban “indispensable” instituir un organismo jurisdiccional de alcance nacional, que fijase “la interpretación de los códigos de derecho privado”, e hiciese realidad, “en todo el territorio, la comunidad de la ley”⁶⁴. De este modo, una visión retrospectiva del asunto nos hace pensar que el debate constitucional público, suscitado a comienzos de la década citada en torno a la imposición de la unidad de la jurisprudencia en todo el país, contribuyó a fortalecer, entre la mayoría de los juristas, su convicción acerca de la necesidad de instalar en la Argentina un sistema de casación. Así las cosas, en el mes de julio de 1936, mientras que la opinión pública demostraba su interés en el tema⁶⁵, y, al parecer, desde el gobierno mismo se barajaba seriamente la posibilidad de instalar un tribunal de casación⁶⁶,

⁶² *Debates de la Honorable Convención Constituyente...*, cit., t. II, págs. 75 y 91.

⁶³ *Idem ant.*, t. II, págs. 122 y 162.

⁶⁴ *Jurisprudencia Argentina*, t. 55, sección bibliografía, pág. 14. En el mismo sentido, HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 55; ALBERTO DAY, *Cuarta Conferencia...*, cit., págs. 59 y 60; CLDOMIRO ZAVALÍA, *Corte Nacional de Casación*, en *La Nación*, 6 de agosto de 1936; Carlos J. Colombo, *ob. cit.*, t. I, pág. 81.

⁶⁵ *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 89.

⁶⁶ *Cfr.* EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 88.

los letrados del país, nucleados en la Federación Argentina de Colegios de Abogados, se dispusieron a debatir la cuestión en el curso de su IV Conferencia Nacional, reunida en la ciudad de Tucumán⁶⁷. Señalemos, además, que en el ambiente reinaba tal convencimiento respecto del favor con el que la mayoría de los abogados argentinos considerarían el asunto de la casación en la citada conferencia, que un importante periódico capitalino llegó a sostener que en la misma no se discutiría tanto sobre la posibilidad de apoyar o no una iniciativa en la materia, sino respecto de los medios necesarios para implantarla en la práctica⁶⁸.

Recordemos, asimismo, que, como un importante aporte previo a la celebración de la IV Conferencia Nacional de Abogados, Emilio Reviriego –a quien preocupaba el asunto desde hacía tres lustros– publicó un folleto titulado “Jurisdicción Nacional de Casación”. En dicho opúsculo –cuyos argumentos señalaron, en buena medida, el curso de los principales debates suscitados durante la reunión celebrada en Tucumán –, nuestro jurista estudió los caminos potencialmente aptos para acceder al establecimiento de la anhelada instancia nacional de casación. En cuanto a las posibilidades presentadas, la tesis sostenida por Reviriego en 1936 –sensiblemente distinta a la que había defendido diez años antes, durante el curso de la II Conferencia Nacional de Abogados, oportunidad en la que había manifestado que la casación sólo podía establecerse por vía de reforma constitucional⁶⁹ –, era que, junto con la modificación del texto de la constitución, la instalación de un tribunal nacional de casación podía ponerse en práctica tanto por vía de acuerdos interprovinciales, como –luego de llegar a la conclusión de que el espíritu de los constituyentes de 1853/60 había sido el de propiciar la unidad de la legislación argentina– mediante el dictado de una ley del congreso que adecuase la situación de la jurisprudencia nacional a dicho presunto espíritu⁷⁰.

⁶⁷ Al parecer, la propuesta de discutir el asunto partió de HÉCTOR LAFAILLE. Cfr. *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 55.

⁶⁸ “El tribunal de casación”, editorial del diario *La Nación*, 15 de julio de 1936. Un ejemplo de esta postura se observa en las palabras de JUAN HELLER, *Cuarta Conferencia...*, cit., págs. 50 y 51.

⁶⁹ *Segunda Conferencia...*, cit., pág. 142.

⁷⁰ Para todo esto, véase el comentario de ENRIQUE DÍAZ DE GUIJARRO al trabajo de EMILIO REVIRIEGO, publicado en *Jurisprudencia Argentina*, t. 55, sección bibliografía, págs. 14 y 15. En el mismo sentido, “El tribunal de casación”, editorial ya citado del diario *La Nación*.

10. Reunida finalmente la IV Conferencia Nacional de Abogados en Tucumán, el 14 de julio de 1936 la comisión de estudio del tema “Corte Nacional de Casación” –integrada por César Díaz Cisneros, Héctor Lafaille, Emilio Reviriego, Rodolfo Rivarola, David Saravia Castro, J. Honorio Silgueira, Juan Heller y Joaquín de Zavalía– propuso al plenario, por unanimidad, considerar “necesaria y oportuna la creación de una jurisdicción nacional de casación, para fijar la interpretación de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería”. Además, con las únicas disidencias de los doctores Heller y Zavalía, la comisión recomendó que dicha jurisdicción fuese ejercida por la Corte Suprema de Justicia, “ampliándose a tal efecto el número de sus ministros y estableciéndose la división en salas que se crea conveniente”. Asimismo, “para mayor eficacia”, se propuso reorganizar la justicia de todo el país, “sobre la base de tribunales colegiados de única instancia”⁷¹.

Así las cosas, cabe señalar que, con escasa oposición de los presentes, la generalidad del despacho resultó aprobado por el plenario de la conferencia⁷², y que, incluyendo un agregado propuesto por el delegado García, se declaró “necesaria y oportuna la creación de una jurisdicción nacional de casación, para fijar la interpretación de los códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería y demás leyes del derecho privado dictadas por el Congreso de la Nación, con carácter general para toda la República”⁷³. Asimismo, el plenario rechazó una propuesta de Jorge Maurice Echagüe, dirigida a instituir una pequeña comisión encargada de formular, en el curso de la siguiente conferencia, “un proyecto sobre el camino legal a seguir para crear la jurisdicción nacional de casación ... a fin de hacer viable, legal y práctica la reforma enunciada”⁷⁴. Sobre este punto, precisamente, giraría el principal punto debatido en Tucumán, vale decir, ¿cómo llevar a la práctica la aceptada idea de la casación?, o, expresado de otro modo, ¿mediante qué procedimiento se podría establecer un tribunal nacional de esta índole? ¿Por medio de una reforma constitucional, de un tratado interprovincial o de una ley del congreso?

Aunque el camino más claro era, lógicamente, el de la reforma constitucional, éste terminó siendo desechado por dificultades de na-

⁷¹ *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 43.

⁷² *Idem ant.*, pág. 61.

⁷³ *Idem ant.*, pág. 71.

⁷⁴ *Idem ant.*, págs. 86 y 93.

turalidad política⁷⁵. En cuanto a la factibilidad de un tratado entre provincias, el tema –también rechazado– fue introducido por los delegados tucumanos Heller y Zavalía, quienes reflataron un proyecto anterior, presentado en la conferencia de 1926 por otros juristas oriundos de la provincia de Tucumán⁷⁶. En cuanto a la posibilidad de llegar a la casación nacional mediante una ley del congreso, la autoría de un proyecto de esta naturaleza correspondió a Héctor Lafaille, quien la expuso luego de proponer que se agregase, como un artículo incluido en la resolución de la Conferencia, el siguiente: “que el establecimiento de tal jurisdicción [de casación] puede y debe hacerse mediante ley del Congreso Nacional, con tal que se reserve a las provincias el derecho de aplicar los códigos, pero no el de interpretarlos”⁷⁷.

A partir de esta teoría de Lafaille, que posiblemente se basaba en un argumento enunciado por Rodolfo Rivarola durante 1924⁷⁸, apoyándose sobre la idea de que la unidad legislativa pretendida por los constituyentes del siglo XIX implicaba y admitía, necesariamente, la unidad de la jurisprudencia⁷⁹, se argumentaba, con estudiada sutileza curialesca, que la *aplicación* de los códigos –centrada en el análisis de los hechos–, constituía una operación diferenciada de la *interpretación* –centrada en el estudio del derecho–, y que, en virtud de ello y de lo dispuesto por el artículo 67, inciso 28, de la constitución –que hablaba de los poderes implícitos con los que contaba el congreso para hacer realidad los fines establecidos en la carta magna–, resultaba más que admisible reservar a los tribunales nacionales la facultad de interpretar los códigos de fondo y establecer un tribunal nacional de casación⁸⁰.

En cuanto a la estrella de este intrincado y sutil razonamiento, recordemos que el mismo resultó aprobado por la conferencia, aunque sólo gracias al apoyo de una mayoría exigua.

⁷⁵ Idem ant., pág. 107. Entre quienes, en principio, se defendía la primacía de la reforma constitucional por sobre otros procedimientos, se pueden mencionar: CÉSAR DIAZ CISNEROS, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 57, y RAFAEL BIELSA, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 98. Esto también está implícito en CLDOMIRO ZAVALÍA, *Corte Nacional de Casación*; en La Nación, 6 de agosto de 1936. Véase, además, Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1938, t. II, sesión de 7 de julio, cit., pág. 656.

⁷⁶ *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 53.

⁷⁷ Idem ant., pág. 98.

⁷⁸ *Primera Conferencia...*, cit., pág. 172.

⁷⁹ HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 56.

⁸⁰ EMILIO L. GONZÁLEZ, ob. cit. Respecto del empleo del término “sutileza”, véase *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 91.

11. Si bien, en general, lo decidido en el seno de la IV Conferencia Nacional de Abogados fue favorablemente recibido por la doctrina⁸¹, ello no empece a que posteriormente se hayan suscitado arduas polémicas, pues si la idea de la casación era pacíficamente aceptada, los medios de llevarla a la práctica suscitaban agrias disputas⁸². De este modo, mientras algunos juristas, como Emilio L. González o Carlos Colombo, apoyaron casi sin reservas las recomendaciones de la conferencia⁸³, otros, como Manuel Pinto⁸⁴, no dejaron de señalar sus reparos.

En cuanto a las opiniones favorables a la “vía legislativa”, podemos recordar un trabajo de Alberto G. Spota, en el cual —atendiéndose a la distinción sentada por Lafaille en el seno de la conferencia, respecto de la “interpretación” y de la “aplicación” del derecho— se afirmaba que, dado que el objetivo de los constituyentes de 1853 había sido establecer la unidad de la legislación argentina de fondo, y que el congreso podía ejercer todos los poderes implícitos considerados suficientes como para llevar a cabo dicho objetivo, se consideraba legítima la creación de un tribunal nacional de casación, en tanto que el procedimiento aplicable fuese análogo al imperante en Francia o en Italia, países donde los tribunales de casación se limitaban a proclamar cuál era la regla de derecho aplicable, y cuyo modelo, por ende, resultaba compatible con el sistema federal argentino⁸⁵.

Por otra parte, en lo atinente a opiniones contrapuestas a las resoluciones de la IV Conferencia, podemos recordar aquí que el 11 de diciembre de 1936 la Academia Nacional de Derecho resolvió, por doce votos contra dos, que el congreso argentino carecía de atribuciones para establecer una corte nacional de casación, y declaró, además, que un organismo de esta índole sólo podría establecerse a partir de una reforma constitucional⁸⁶. En este mismo sentido, Clodomiro Za-

⁸¹ Una notable excepción fue la de RAFAEL BIELSA. Al respecto véase, del autor citado, “Recurso de casación y recurso extraordinario. Sus caracteres generales, sus diferencias y sus funciones en el orden jurídico”; en *Estudios de Derecho Público III. Derecho constitucional*, Buenos Aires, Arayú, 1952, passim.

⁸² CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 127.

⁸³ EMILIO L. GONZÁLEZ, ob. cit. Carlos J. Colombo, ob. cit., t. I, pág. 130 y sigs.

⁸⁴ Cfr. MANUEL PINTO, *La corte de casación en la IV Conferencia Nacional de Abogados*; en *La Ley*, t. 3 (julio-septiembre de 1936), págs. 127 a 134.

⁸⁵ ALBERTO G. SPOTA, *La jurisdicción de casación para toda la república y las atribuciones constitucionales del congreso nacional*; en *La Ley*, t. 8 (octubre-diciembre de 1937), passim.

⁸⁶ *Idem ant.*, nota 51, pág. 106. Carlos J. Colombo, ob. cit., t. I, nota 5, pág. 131. RAFAEL BIELSA, ob. cit., pág. 690.

valía, quien no ocultaba sus simpatías por la casación, consideró, empero, que el único procedimiento institucional y políticamente correcto para establecerla pasaba por modificar el texto de la Carta Magna. Asimismo, cabe señalar que dicho jurista —en el curso de un artículo publicado en *La Nación*, que más tarde fuera reproducido en las páginas de su *Derecho Federal*— se pronunció por la inconveniencia de los pactos interprovinciales, pues aunque consideraba dicho procedimiento aceptable “desde el punto de vista institucional”, creía que una solución de esta naturaleza se exponía a contingencias de mucha gravedad, como que la delegación de facultades podía ser revocada por las mismas provincias otorgantes. En cuanto a la recomendación relativa a la creación de una instancia de casación por vía legislativa, Zavalía no dudó en rechazarla, por considerarla lesiva de la integridad de las jurisdicciones locales⁸⁷.

Digamos, además, que en la doctrina no faltaban las opiniones que discordaban respecto del tribunal que debía considerarse competente en materia de casación, apoyando algunos autores la atribución de funciones casatorias a la Corte Suprema, y rechazándola quienes sostenían que la “tendencia moderna [era la] de separar las atribuciones políticas de las Cortes, de las puramente jurídicas que se debaten en casación”⁸⁸. Por otra parte, recordemos que en el caso de atribuirle al máximo tribunal competencia en la materia, hubo quienes plantearon la necesidad de aumentar el número de sus ministros⁸⁹. Asimismo, también se suscitaron discrepancias en cuanto al modelo técnico a elegir: mientras algunos se manifestaron favorables a sistemas como el italiano o el francés, de reenvío de la sentencia casada, otros propiciaron el modelo alemán, en virtud del cual la corte de casación actuante también decidía sobre el fondo de la cuestión⁹⁰.

12. Acallados los ecos de la IV Conferencia, el tema de la casación —ya consagrado, para entonces, como una profunda creencia de los

⁸⁷ CLODOMIRO ZAVALÍA, *Corte Nacional de Casación*, cit. Del mismo autor, *Derecho federal*, 3ª ed., t. I, Buenos Aires, Compañía Argentina de Editores, 1941.

⁸⁸ JUAN HELLER, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 51. EDUARDO GARCÍA, *Cuarta Conferencia...*, cit., págs. 68 y 86. VIRGILIO REFFINO PEREYRA, “Corte de casación”, en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año XVI, n° 4 (julio-agosto de 1938), pág. 318.

⁸⁹ *Primera Conferencia...*, cit., pág. 176.

⁹⁰ Se manifestaron a favor del sistema francés: los delegados tucumanos a la *Segunda Conferencia...*, cit., pág. 141; HÉCTOR LAFAILLE, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 57. En contra del sistema francés, CÉSAR DÍAZ CISNEROS, *Cuarta Conferencia...*, cit., pág. 58. A favor del sistema alemán, VIRGILIO REFFINO PEREYRA, ob. cit., pág. 319.

juristas argentinos— continuó suscitando discusiones en lo referido a la forma de su instrumentación. Así las cosas, a mediados de 1938, y a partir de un caso judicial, Virgilio Reffino Pereyra insistió en la necesidad de crear “una Corte de Casación que asegure en todo el país la exacta y estricta observancia de la ley y la uniformidad de la jurisprudencia”⁹¹. Por otra parte, el sistema casatorio también movilizó a los poderes públicos, y en julio de 1938, dominado por la idea de que “nada produce ante el concepto público un desprestigio mayor de la justicia que las sentencias contradictorias”, el entonces titular del Poder Ejecutivo Nacional, Roberto M. Ortiz, elevó a la consideración de la Cámara de Diputados dos proyectos de ley. En éstos —que fueron redactados por el Ministro de Justicia, Jorge E. Coll— se propuso que, en el ámbito de la Capital Federal, se instalase una Cámara de Casación, tribunal al que se preveía dotar con competencia suficiente como para resolver en dos nuevos recursos: el de inaplicabilidad de la ley y el de revisión⁹². En cuanto a la ponderación de este intento —finalmente fallido— cabe señalar que el mismo mereció elogiosos conceptos de la doctrina especializada, sobre todo porque en ellos se proponía la interposición conjunta del recurso de infracción a la ley y del de quebrantamiento de forma, y porque, a diferencia del sistema español, el definitivo dictado de la sentencia casada no se adjudicaba a la sala que había fallado primero, violando la ley o la doctrina legal, o aplicándola erróneamente, sino que se le daba intervención a la sala que le seguía en orden de turno⁹³.

Más allá de estos esfuerzos, la doctrina nacional también seguía motivada por la casación. De este modo, para la celebración del Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales, reunido en la ciudad de Córdoba en octubre de 1939, se fijó, como punto VIII del programa definitivo, un tópico sobre la posibilidad y conveniencia de instalar en el país una corte nacional de casación⁹⁴. Meses después, en enero de 1940, Artemio Moreno publicó, en la *Revista Penal y Penitenciaria*,

⁹¹ VIRGILIO REFFINO PEREYRA, ob. cit., pág. 317.

⁹² *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1938, t. II, sesión de 7 de julio, págs. 655 a 660.

⁹³ ANGEL OSSORIO, ob. cit., págs. 385, 394 y 395. *Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1938, t. II, sesión de 7 de julio, pág. 659.

⁹⁴ Aunque el punto no llegó a tratarse en el seno del encuentro científico de marras —posiblemente, porque el tema ya era suficientemente conocido y compartido—, su inclusión en el temario nos remite a la vigencia de la casación. Cfr. *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales. Antecedentes y actas*, Córdoba, Imprenta de la Universidad, 1942, pág. 11.

un artículo titulado “La Casación en la República Argentina”⁹⁵. Un año más tarde, a fines de abril de 1941, la Cámara Civil 1ª de la Capital Federal se pronunció a favor de las “ventajas propias” de la casación⁹⁶, idea retomada por la totalidad de las cámaras civiles de Buenos Aires al redactar las memorias correspondientes a los años 1940 y 1941. En efecto, en dicha oportunidad los miembros del tribunal sostuvieron la necesidad “ineludible y urgente” de crear una corte o cámara de casación capitalina, “a los efectos de propender al mejoramiento de nuestro sistema judicial”⁹⁷. Por otra parte, en agosto de 1941 el distinguido jurista y magistrado Gastón Federico Tobal reclamó, en el curso de una conferencia pública, el establecimiento de una corte de casación, al menos de carácter local⁹⁸. Transcurridos casi dos años más, en abril de 1943, una obra en dos tomos de Carlos Colombo, que incluía un proyecto de ley de su autoría y se titulaba *La Corte Nacional de Casación*, representó el punto culminante de los esfuerzos intelectuales argentinos referidos a la unidad de la jurisprudencia⁹⁹. Finalmente, podemos recordar que, un mes después, en mayo del año “43, durante el curso de la Primera Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires los asistentes aprobaron, con ligeras variantes, y casi sin debate alguno, el punto siete del despacho de la comisión encargada de estudiar el tema “Organización judicial de la Capital Federal”¹⁰⁰, mediante el cual se proponía establecer, en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, un tribunal con competencia para la casación local, integrado por varias salas, y dotado con la “función de fijar la interpretación de la ley; organizar periódicamente la distribución de materias en los tribunales inferiores y ejercer la superintendencia de los órganos jurisdiccionales”¹⁰¹.

⁹⁵Mencionado por CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 20.

⁹⁶Sentencia transcrita en *Jurisprudencia Argentina*, t. 74, pág. 604.

⁹⁷CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 11.

⁹⁸GASTÓN FEDERICO TOBAL, ob. cit., pág. 12.

⁹⁹CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. II, pág. 377.

¹⁰⁰Dicha comisión estaba integrada por los doctores WALTER VILLEGAS, MIGUEL BERCAITZ, CARLOS ADROGUÉ, HUGO ALSINA, EDUARDO AUGUSTO GARCÍA, DAVID LASCANO, ROBERTO LOBOS, AGUSTÍN NICOLÁS MATIENZO, JOSÉ C. MIGUENS, MAURICIO OTTOLENGHI, ALBERTO PADILLA, JOSÉ M. SÁENZ VALIENTE, JOSÉ SARTORIO y J. HONORIO SILGUEIRA. Cfr. *Primera Conferencia de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*; en *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, año XXII, t. XXI (1943), pág. 268.

¹⁰¹Idem ant., págs. 479 y 525.

Consideraciones finales

13. Reconstruída la crónica de los doce años de proyectos argentinos en torno a la casación, consideramos que este es el lugar oportuno para reflexionar sobre algunos aspectos de la cuestión. Sobre el particular, digamos, pues, que si bien no sería justo desconocer el valor de los argumentos explicitados por los juristas en el curso de sus confrontaciones intelectuales, también es fuerza señalar que, además de ellos, gravitaron otras importantes y poderosas motivaciones.

Así las cosas, de lo examinado surge claramente que más que una cuestión técnica, el de la casación fue un debate mantenido entre especialistas que, dotados de una excesiva confianza en su propio valer¹⁰², no ocultaban el deseo de que sus ideas y que sus opiniones traspasasen los estrechos límites de la actuación profesional. En efecto, a poco que se analice el asunto, se verá que durante el transcurso de la mayor parte de las discusiones mantenidas por los juristas, éstos, lejos de constreñirse a tratar cuestiones de naturaleza técnica, lo que hicieron fue debatir —con innegable proyección política— en torno a la adecuación de la casación a las necesidades de la Argentina y, una vez resuelto esto, sobre la forma de ponerla en práctica en el país. Indudablemente, esta postura se hallaba ligada a sendas concepciones acerca del estado, del derecho y del papel del poder legislativo respecto del orden jurídico vigente. En cuanto al estado, resulta evidente que, durante la década del 30, la mayoría de los juristas apoyaba, sin mayores reservas, su actuación creciente y sus tendencias centralizadoras. En lo que se refiere al derecho, lo concebían como un instrumento que debía ser más activo y atento frente a los reclamos sociales, tendencia que pensaban consolidar merced a la puesta en marcha de un sistema casatorio en virtud del cual cobrase vida una jurisprudencia que, además de preocupada por el imperio del valor justicia, se erigiese como auténtica expresión de la nueva “voluntad del Estado”¹⁰³. Finalmente, a estas dos concepciones se le sumaba un innegable desdén de los juristas hacia las tareas realizadas por el Legislador, a quien se criticaba por su incapacidad y por su ineficacia. En síntesis, la impresión que tenemos hoy es que hacia la década del “30, los técnicos argentinos aguardaban el

¹⁰²EMILIO REVIRIEGO, *Cuarta Conferencia...*, ob. cit., pág. 88. DELEGADO ÁLVAREZ HAYES, ídem ant., pág. 95.

¹⁰³CARLOS J. COLOMBO, ob. cit., t. I, pág. 74.

inicio de un mundo jurídico nuevo, respecto del cual esperaban ocupar un lugar descollante, como intérpretes del derecho y como esenciales factores de “consolidación del orden jurídico”¹⁰⁴. Con el correr de los años, empero, la realidad de los hechos resultaría bastante alejada de estas ambiciones....

¹⁰⁴Idem ant., t. I, pág. 13.



LA CUESTIÓN ROMANA Y PÍO IX

RODOLFO S. FOLLARI*

Desde el comienzo del siglo XIX los italianos estuvieron unidos en el empuje hacia la libertad y la unidad. Italia se constituyó en Estado soberano recién a partir de la unidad política alcanzada en 1861.

Las ideologías surgidas de la revolución francesa, el liberalismo y el radicalismo de inspiración anticatólica tuvieron parte importante en el esfuerzo hacia la unidad de los reinos, ducados y principados en los cuales la península se encontraba dividida.

El socialismo había empezado su predicación a las masas de los pueblos y en medio del pueblo, por el alma como por las justas reivindicaciones sociales, los católicos se pusieron a luchar. Entre la vieja clase dirigente y el socialismo mesiánico de Marx, los católicos buscaron su justa posición de centro.

Algunos antecedentes

La política de los Estados vencedores de Napoléon Bonaparte concretada en el Tratado celebrado en París el 26 de setiembre de 1815, entre los emperadores de Austria, Prusia y Rusia, llamado de la Santa Alianza, extendió su gran influencia durante el Siglo XIX. Austria mantuvo sus posesiones en el territorio italiano, hasta que las insurgencias revolucionarias en diversas regiones y provincias de la península fueron conquistando la libertad, para consagrar finalmente, bajo la gestión victoriosa de la monarquía del Piamonte el frente de Víctor Manuel II, el triunfo final y la consiguiente unificación del reino de Italia.

* Abogado, UBA. Profesor Adjunto de Historia del Derecho. UCA.

La influencia ideológica y política del Romanticismo y del Liberalismo francés, plasmadas durante la Restauración y los cambios institucionales que se experimentaron en la Europa de entonces, incidieron en los diversos estados italianos, que gestaron innumerables insurgencias revolucionarias y levantamientos para concretar la libertad política y la consiguiente unidad del Estado.

Alejandro Manzoni lideró en Lombardía un movimiento católico para educar a los individuos dentro de la comunidad, logrando concretar un Partido Nacional Católico, que nucleará buena parte de los moderados de los diversos estados italianos, pero no logró plasmar finalmente la opinión general. La influencia de las ideas libertarias empujadas por el liberalismo, presionaba el espíritu mayoritario y abría canales en la política para la liberación del dominio austríaco, en búsqueda de la independencia y unidad.

En un intenso clima revolucionario, las fibras patrióticas y políticas, aparece en la década del veinte la Sociedad de los Carbonarios, masónica y secreta, que nucleaba a revolucionarios, conspiradores, patriotas y escritores. José Mazzini, uno de sus primeros integrantes colaboraba en el INDICARE GENOVESE, nucleando a descontentos de variado linaje, agrupados en las luchas contra gobiernos, tiranías y despotismos.

“La elevación de los principios, los llamados a la religión y a la moralidad, el esotérico simbolismo de los ritos y el vago sentimiento democrático que, frecuentemente, no iba más allá de la superficie, los había convertido en una vasta organización liberal. Después de las fracasadas revoluciones de Nápoles y del Piamonte, habían mantenido incólume durante aquellos siete años, con una habilidad y una constancia considerable, la organización de su partido”, señala Bolton King¹.

En los estados italianos, el sentimiento liberal había hecho perder el contacto de la Santa Alianza con el pueblo y los jefes políticos eran ya profesionales fogueados que no buscaban nuevos reclutamientos, pero que tampoco aspiraban alejarse del formalismo y de las vanas consideraciones sobre la libertad y las instituciones del Estado.

Mientras los carbonarios de Toscana estrechaban filas con los de Génova y Torino, otros dirigentes exaltaban el espíritu de patria como elemento esencial del acontecer político.

¹ BOLTON KING, *José Mazzini*, Buenos Aires, 1945, p. 19.

Los carbonarios hicieron algunas tentativas de revolución.² En febrero de 1831 se produjeron alzamientos y motines en Bologna, Módena y en todo el litoral del Adriático hasta Ancona y también en la Umbria. Pocos meses después, la revolución del 27 de julio de 1831 de París, hace caer al Rey Carlos X. La Asamblea francesa elige nuevo rey de los franceses a Luis Felipe, Duque de Orleans, llamado el “rey burgués”.

Existía ya en París un Comité Revolucionario para la formación de una *Liga Latina* para enfrentar a las Potencias Centrales (Austria, Prusia y Rusia), para la defensa de los principios de libertad y unidad de los países. En Italia se pensó en Francisco IV Duque de Módena (que incluida en la jurisdicción la Lombardía, Piacenza, Parma y Ferrara), pero finalmente dicho rey declinó.

La “no intervención”, el equivalente europeo de la doctrina de Monroe, era una de las formas de la monarquía de julio, y debido a ella, Austria no tenía ningún derecho a inmiscuirse en los asuntos internos de ningún estado italiano. El gobierno francés dio a entender al Canciller austríaco Metternich que la no intervención era sólo un principio respetable. En marzo, si bien los revolucionarios habían logrado algunos éxitos, los austríacos bien organizados y armados dominaron las revueltas e insurgencias.³

Mazzini, motor ideológico del republicanismo, advertido de la poca efectividad de los carbonarios, piensa en los méritos y el empuje de los jóvenes italianos de los diversos estados, para organizar el cambio político que vislumbra y que aspiraba, ofreciendo a sus compatriotas dispersos una misión de proyección nacional. Forja en tal sentido la “*joven Italia*” que no era un partido político en el sentido que hoy tiene, sino un aliento nacional, “un credo y un apostolado que enseñaba que la victoria se conquista en política mediante el culto de los principios de lo justo y verdadero, con el sacrificio y la constancia en ese sacrificio”⁴

Los hechos del año 1831 en realidad cerraron la fase del despertar nacional, que los ejércitos franceses comandados por Napoleón habían iniciado. Se abre entonces una nueva y decidida etapa con la

² LLORCA, GARCÍA VILLOSLADA, MONTALBÁN, *Historia de la Iglesia Católica, Edad Moderna*, Madrid, 1963, p. 422. Recuerdan estos autores que en el tercer decenio del siglo XIX las sectas comenzaron a retoñar; los carbonarios bullían. Pío VII, en la Bula del 21 de setiembre de 1821, los condenaba.

³ ANTONIO DALL'OGGIO, *Storia Contemporanea d'Italia (1815-1870)*, Firenze, 1914, cap. IV.

⁴ JOSÉ MAZZINI, *Scritti editi e inediti*, I- 84.

insurgencia del movimiento de la *joven Italia*, que constituye la trama ideal del llamado Resurgimiento en su período decisivo; el liberalismo moderado, el unitarismo mazzoniano y la corriente federalista de Ferrari y Cattaneo, llamado del liberalismo radical.⁵

La situación general advertía que no podía haber unidad, ni república, ni progreso político de ninguna especie hasta que no fuese llevada a cabo una guerra victoriosa contra Austria. Austria no entregaría las provincias italianas si no era obligada por la fuerza de las armas, ni toleraría instituciones libres cerca de los confines de su despótico gobierno. Había reprimido las sublevaciones de los napolitanos y de los piamonteses diez años antes, y lo mismo había hecho en Módena y en la Romagna. Austria nos roba, decía Mazzini, “la vida, el nombre, la gloria, la inteligencia, la esencia”⁶

La *Joven Italia* era organizativa y educativa, aunque la única organización posible era la sociedad secreta. Con fe los italianos de los diversos estados, creían cercana la hora de la insurrección. La revolución europea esperaba amenazadoramente e Italia no debía permanecer atrás, alejada de las naciones hermanas.

El Pontificado de la época

El Papa Pío VII que asistiera al derrumbe de Napoleón Bonaparte murió el 20 de agosto de 1823. Le había tocado el gobierno de la Iglesia en uno de los momentos más difíciles de Europa, siendo por algún tiempo prisionero de Napoleón. A su caída, emprendió la restauración del orden temporal como del espiritual. Restableció la Compañía de Jesús en la Iglesia, que se concretó solemnemente el 7 de agosto de 1814, por la Bula *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*.⁷

Las relaciones con el gobierno austríaco se encresparon como consecuencia de la situación creada. El 28 de setiembre de ese año el cardenal Aníbal Della Genga fue elegido Papa y tomó el nombre de León XII. Fue separado el Secretario de Estado cardenal Consalvi, de muy destacada actuación diplomática. Se lo nombró para reemplazarlo al cardenal Della Somaglia, que restituyó a los jesuitas al Cole-

⁵ LUIGI SALVATORELLI, *Unidad d'Italia*, Roma, 1961, p.71.

⁶ JOSÉ MAZZINI, ob. cit., I-205.

⁷ LLORCA, GARCÍA VILLOSLADA, MONTALBÁN, ob. cit., p. 421, destacan que “éste fue uno de los primeros actos de Pío VII vuelto a Roma. Lo realizó a petición de muchos arzobispos y obispos de todo el orbe y con el consentimiento de la mayor parte de los cardenales. Fue una medida fecunda para el bien de la Iglesia”.

gio Romano. Obligado por Austria a liquidar el llamado bandidaje y la secta de los carbonarios de Italia, encargó para ello a los cardenales Pallota y Rivarola. Este último, desde Ravena alineó a los llamados *sanfedisti* o defensores de la fe. Firmó varios concordatos para bien de los católicos de Alemania, Países Bajos y Suiza y se puso en contacto con los nuevos Estados independientes que iban surgiendo en la América Española. Erigió en estas regiones varios obispados nuevos.⁸ El Papa León XII murió el 10 de febrero de 1829.

Le sucede en la silla de San Pedro el cardenal Castiglione di Cingoli, con el nombre de Pío VIII, cuyo reinado fue muy breve pues fallece el 30 de noviembre de 1830. El 2 de febrero de 1831 fue elegido el cardenal Capellari della Colomba, que tomó el nombre de Gregorio XVI. Entre los conspiradores de Roma contra los austríacos se encontraban los hermanos Bonaparte, *Napoleone* y *Luigi*, hijos de Luis Bonaparte. Luis Napoléon resultó más tarde presidente de la República Francesa, en 1849, proclamándose luego Emperador. Ya era entonces pretendiente de Holanda y se había ofrecido a servir en el ejército italiano de la Romagna, contra Austria.

Durante el pontificado de Gregorio XVI, sobre todo en los últimos años, la agitación revolucionaria en los Estados italianos se incrementa, como así también en los Estados Pontificios. El 6 de junio de 1846 moría en Roma el Papa Gregorio XVI. Italia como el resto de Europa vivía un momento crítico, amenazaba por la revolución y la insurgencia, igualmente que Francia, los Países Bajos y Hungría.

En Italia la anarquía política se había agravado por el despotismo que extremó Austria en los gobiernos de Lombardía y el Véneto, originando un odio feroz contra los austríacos y en la población de los Estados italianos una gran aspiración para constituir la nacionalidad. Se van conformando levantamientos y grupos revolucionarios en todas las ciudades importantes de la península, reprimidos con dureza por los gobiernos, pero que iban conformando una semilla llamada a fermentar en los próximos años. Los levantamientos italianos de 1845 y 1846, en el Norte, Centro y Sur fueron reprimidos con saña, pero indicaban un estado de ánimo general en todas las capas sociales conjugado con la revolución para la independencia.

Otro tanto pasaba en los Estados Pontificios, donde el Papa ejercía en plenitud el poder temporal. Gregorio XVI tuvo que fortificar las defensas, lo que concretó con los guardias suizos. La política de este

⁸ LLORCA, GARCÍA VILLOSLADA, MONTALBÁN, ob. cit., p. 424.

Papa, opuesta a toda innovación y a reformas exigidas por los tiempos, comenzaba a ser resistida por la población de los estados integrantes. Comenzaba a hacerse sentir la labor del Partido Reformista y de los insurgentes revolucionarios, que pedían y auspiciaban cambios más liberales y modificaciones en la vida política y social.

En medio de estos cambios y sacudones políticos, el 16 de junio de 1846, fue elevado a la Silla de San Pedro, el ilustre cardenal Arzobispo de Imola Juan María Mastei Ferretti, que tomó el nombre de Pío IX.^{8 bis}

^{8bis}El Pontífice de 1846 había tenido antes de que fuera designado obispo, una singular trayectoria como sacerdote en el Río de la Plata. El 28 de junio de 1823, el Papa Pío VII designó al arzobispo Juan Muzi al frente de una misión en Buenos Aires y Santiago de Chile. Integraban la ilustre comitiva el obispo Giuseppe Sallustri y monseñor Juan María Mastei Ferretti, más tarde elegido como Papa Pío IX. La misión apostólica partió de Roma el 3 de julio de 1823. El Papa siguiente León XII, por un Breve del 6 de octubre confirmó la misión Monseñor Muzi tenía el rango de Vicario Apostólico de Chile. El Padre CAYETANO BRUNO, en su *Historia de la Iglesia en la Argentina* (Buenos Aires, 1966/1981, 12 volúmenes), en el tomo IX, cap. II, págs. 39 y siguientes, titulado "La misión pontificia del Arzobispo Juan Muzi", ha estudiado y analizado la misión, sus integrantes, sus resultados, las vicisitudes habidas y demás aspectos relacionados con la misma. Excelente estudio al que nos remitimos.

La misión Muzi permaneció en Buenos Aires cumpliendo su cometido, afrontando dificultades y la descortesía oficial durante el gobierno de Rivadavia y su entorno (que el P. BRUNO analiza con detenimiento y rigor histórico). Cumplida la primera etapa, inician la segunda, muy seguramente en carreta especial vía Luján hasta San Luis y Mendoza y, desde allí, a caballo hasta Santiago de Chile, donde llegaron en marzo de 1824.

Luego de una alterada permanencia, abandonaron Santiago el 19 de octubre embarcándose en Valparaíso para retornar por el Cabo de Hornos a Montevideo, donde arribaron el 4 de diciembre de 1824. Finalmente la misión Muzi zarpó de Montevideo rumbo a Roma (vía Génova), el 18 de febrero de 1825.

El gran Papa Pío IX, durante su pontificado tuvo actuaciones relevantes con personalidades y autoridades de nuestro país.

Intercambió cartas con el obispo Medrano (BRUNO, ob. cit., tomo X, p. 187); intervino en las gestiones de Alberdi en Roma, en 1856 y en la designación del agente confidencial Benito Filippini para nuestro país. Por el Breve "Apóstolici Ministeri" del 14 de agosto de 1857 se designó a monseñor Marini en Buenos Aires. Así también cuando se nombró al Dr. Juan del Campillo como enviado extraordinario y ministro plenipotenciario ante la Santa Sede, desde Paraná el 30 de setiembre de 1858.

Para una mayor ilustración destacamos otras fuentes: la correspondencia de Mastei Ferretti y Sallustri, en el Archivo Secreto Vaticano - Sección Sacra Congregazione degli Affari Ecclesiastici Straordinari y en el Archivo de la Sagrada Congregación de Propaganda Fide. También la documentación transcrita en la obra de Serafini, Pío Nono, t.I., Miguel Batllori, La primera misión pontificia a Hispanoamérica (1823/25). Vaticano, 1963. Diario de Viaje el canónigo Mastei Ferretti publicado en versión castellana por el P. AVELINO GÓMEZ FERREYRA S. J. en su libro *Viajeros pontificios al Río de la Plata y Chile*; y la *Memoria* de GIUSEPPE SALLUSTRI "alla Santità de Nostro Signore León XII, Miscelánea, traducida por el P. Gómez Ferreyra S.J.

⁹ LUIGGI SALVATORELLI, ob. cit., p. 88.

Pío IX había registrado en los años precedentes el difícil tránsito de la vida europea, la evolución de las ideas, las luchas por el poder, los conflictos en las naciones de Europa occidental y el sentido de la revolución exigida por la independencia de varias naciones. Prontamente encuadró el proceso revolucionario y la posición de la Iglesia en el concierto de la vida de su tiempo. Adoptó de inmediato frente al momento crítico que se vivía, con la asistencia de su Consejo de Gobierno de los Estados Pontificios, algunas disposiciones para la transformación política y social. Una amnistía política considerada fundamental, bien recibida y aclamada por los romanos y los italianos de los estados bajo su gobierno. Pío IX aparece —destaca Salvatorelli—, durante un bienio, como el protagonista de la historia italiana para el progreso del país. Y ante los grandes estados europeos⁹.

Seguidamente se concretó un *Estatuto para el Gobierno temporal de la Santa Iglesia*. Fue una verdadera constitución política, que previó dos cuerpos de gobierno: un Alto Consejo (órgano ejecutivo) y el Consejo de los Diputados (órgano legislativo), sometidos ambos a la decisión real del Papa.

Los cambios que se experimentaban en la sociedad europea y las transformaciones políticas e institucionales obligaron al Pontífice a actualizar la legislación en las jurisdicciones bajo su dependencia, agitadas por otra parte por las convulsiones y reacciones a lo largo de la península, en busca de la independencia y la unidad territorial. Los sectores laicos, influenciados por las nuevas ideas en boga, discrepaban con la administración eclesiástica y los órganos de gobierno resistían los cambios bruscos y la secularización generalizada ambicionada por los sectores liberales prevaletientes.

Se lograría, exigida por las circunstancias, la transformación del estado clerical absoluto en órganos constitucionales parlamentarios, como ambicionaban los reformistas liberales. La designación de monseñor Corbali Bussi para tratar con otros estados italianos aspectos de las reformas, no mejoraron los planes recíprocos esperados.

La lucha contra Austria era entonces el gran objetivo buscado por la sociedad italiana. Se pretendió incluir al Papa en una empresa que era la causa italiana. Una declaración pontifical del 10 de febrero de 1848 clasificó los objetivos trazados y rechazó toda tentativa belicista por parte del Pontífice. Rechazada toda eventual acción gubernamental, los grupos revolucionarios quedaban en libertad de acción.

⁹ LUIGGI SALVATORELLI, ob. cit., p. 88.

Italia hervía ya en inquietud desde Milán hasta Nápoles cuando, en marzo de 1848, llegaron las noticias de que Metternich había huido de Viena y Austria se hallaba en trance de disolución. Levantamientos espontáneos en Venecia y Milán, arrojaron del territorio a las casacas blancas y en Turín, Carlos Alberto, con celo tardío, ordenó al Ejército de Cerdeña que apoyara la cruzada nacional¹⁰.

Acontecimiento de 1848

El año 1848, de gran crisis política y de convulsiones —revolucionarias en diversos países de Europa, precipitó y produjo la caída de la monarquía francesa restaurada, a cargo del rey Luis Felipe y,— poco más tarde la ascensión de Luis Napoleón Bonaparte, coronado más adelante como Napoleón III.

En marzo de ese año se produjeron en Viena graves desórdenes y atentados, que no pudieron ser sofocados. El Emperador, sensibilizado con los hechos, expulsó al canciller Metternich y dispuso libertades y el llamado a una Asamblea Constituyente.

Al llegar estas noticias a Italia, el Véneto y la Lombardía (dominadas por Austria) se sublevaron. Toda Italia que sentía el duro peso de los austríacos, empezó a rebelarse y enfurecerse.

La discordia en los diversos estados italianos, las vicisitudes de la guerra piemontesa contra Austria, la caída de Milán, imposibilitaron el mantenimiento del orden político en la península. En Roma, la antigua ciudad imperial, en un comienzo la multitud se manifestó dando vivas al Papa Pío IX, a Italia, a los lombardos y muertas al emperador austríaco. Pronto los grupos más radicalizados comenzaron el ataque a los carabineros, a las Iglesias, a la Policía y a los emblemas papales de la ciudad y estados vecinos.

La rebelión lombarda contra Austria atrapó y movió muchos pueblos y regiones italianos. El Papa como soberano temporal de los Estados Pontificios, no quiso comprometer sus tropas en una lucha general contra Austria, ni por cierto declarar la guerra contra aquél imperio.

La influencia de la insurrección popular fue enfriando la adhesión al pontífice como autoridad temporal y en los clubes y grupos fue cundiendo y extendiéndose un espíritu contra el Papa. Así exigieron una definición contra Austria, reñida contra la diplomacia pontificia;

¹⁰ GEOFFREY BRUNN, *La Europa del Siglo XIX*, Buenos Aires, 1964, p. 90.

la expulsión del embajador y que se le declarase la guerra. Exigieron también cambios administrativos y reformas legales drásticas en el gobierno de los Estados. El pontífice sólo accedió a cambios ministeriales, lo que aparejó una actitud popular belicosa contra los religiosos, cardenales y dignatarios eclesiásticos.

Ante los estallidos revolucionarios de París de 1848, el 23 de febrero Luis Felipe abdicó y la Cámara de Diputados proclamó la Segunda República, designando un gobierno provisorio. Un sector del gobierno provisorio (A. de Lamartine) buscaba una república moderada. El ala radicalizada al frente de Louis Blanc, ambicionaba reformas sociales inmediatas y cambios políticos de fondo. Ambos enfrentaban al ministro Guizot.

El 14 de noviembre de 1848, en plena efervescencia romana por la intervención activa de los movimientos populares y las turbas allegadas, caía asesinado en las escaleras del Quirinale —el Palacio de Gobierno del Estado Romano— el Jefe del Gobierno del Estado Pontificio Pellegrino Rossi. Ese hecho marcó la línea convulsiva y el grado de descomposición de la política estadual.

Como consecuencia de los reiterados y graves desórdenes en plazas y calles, de las agresiones y tumultos que llegaron incluso hasta las inmediaciones del Palacio Papal, de los ataques a los edificios públicos y privados y de las reacciones violentísimas de los exaltados, el 24 de noviembre de 1848 —diez días después de los primeros desórdenes—, Pío IX se vió obligado a alejarse de la sede papal y abandonar la ciudad de Roma, en resguardo de su vida y de los cardenales, preladados y sacerdotes que habitualmente lo asistían y lo acompañaban.

Se dirigió con un breve séquito hacia la localidad de Albano, para seguir hacia Gaeta en la zona de Nápoles, donde llegó la mañana del 25, recibéndolo el Cardenal Antonelli, su secretario de Estado, que había llegado antes, por otra vía.

El entonces rey de Nápoles, Fernando II, lo recibió también y le ofreció las seguridades de su residencia en Gaeta. En esa ciudad en jurisdicción del Rey de Nápoles, en un palacio ducal convenientemente asegurado, Pío IX permaneció alrededor de un año y medio, acompañado por un pequeño séquito y recibiendo a consejeros ocasionales. El Pontífice seguía de cerca todo lo que ocurría a su alrededor y era visitado solamente por los embajadores de España y de Francia. El embajador galo, insistió y presionó para llevarlo a Francia, sin éxito. Estuvo a punto de refugiarse en la Isla de Mallorca. Era visitado asimismo por el filósofo italiano Antonio Rosmini, que quería que se instalase en la ciudad de Benevento.

Desde que el Pontífice dejara la ciudad del Vaticano, como consecuencia de los desmanes revolucionarios y los desórdenes de toda índole de los insurrectos, que ocuparon luego el Palacio de Gobierno, ministerios y edificios públicos y lugares estratégicos de la vieja ciudad de los césares, los grupos dirigentes revolucionarios arbitraron instalar un gobierno provisorio en los Estados Pontificios, que tardó en consolidarse, dadas las pujas y fuerzas que intentaban reforzar la situación revolucionaria, frente también a las luchas internas por el poder de los diversos sectores de combate.

Una primera asamblea asumió días después el carácter de Asamblea Constituyente integrada por revolucionarios libertarios e insurrectos. Se pronunciaron por el gobierno republicano, típicamente jacobino por sus formas y sus modalidades, que aunque invocando las ideas liberales sustentadoras del republicanismo, la llegada al poder como se había realizado, conformaba una verdadera acción radicalizada, sin escrúpulos.

El 9 de febrero de 1849, mediante *un bando* público, dispusieron:

- 1) El Papado ha caído y ha concluido de hecho y de derecho el gobierno temporal del Estado Romano.
- 2) El Pontífice Romano tendrá todas las garantías necesarias para la independencia y ejercicio de su potestad espiritual
- 3) La forma de gobierno del Estado Romano será la democracia pura y tomará el nombre de República Romana.
- 4) La República Romana tendrá con el resto de Italia las relaciones que exige la nacionalidad.

Hacia la República Romana

Esta República Romana fue gobernada primero –luego de los disturbios revolucionarios y el asalto popular– por un Comité Ejecutivo que integraron Armellini, del Saliceti y del Montecchi; y desde el 9 de marzo de 1849 por un Triunvirato que integraron José Mazzini, del Saffi y Armellini.

La ayuda y la presencia internacional a favor del Papado, –a raíz de estos hechos–, comenzó a desplegarse prontamente; sobre todo la francesa y la española, por una parte para garantizar el orden y la seguridad política y, en segundo lugar para restaurar el poder temporal del Pontífice. El enfrentamiento de las grandes naciones imposibilitó la efectividad de los objetivos que se pretendían conquistar.

Francia estuvo más activa y decidida, aunque imprudente, como aconteció. España se desenvolvió con lentitud, pero con mayor prudencia y sentido político. París envió de inmediato al embajador general Oudinot, y tropas y soldados para el ataque y la defensa de los perturbadores e insurrectos.

En un primer momento las legiones revolucionarias y Garibaldi que los secundaba con alguna fuerza, obtuvieron algunas victorias aisladas contra los primeros contingentes franceses que defendían los Estados Pontificios. El Encargado de Negocios de España González Arnao, pidió instrucciones al Duque de Sotomayor, ministro de Isabel II, quien ofreció en nombre de la reina hispana y de su gobierno un asilo seguro para el Papa, si las circunstancias lo obligaran a alejarse de Roma. En tal sentido se le ofreció una residencia en la Isla de Mallorca, según despacho oficial del 3 de junio de 1848. El nuevo embajador español ante la Santa Sede Francisco Martínez de la Rosa, continuó la misma política.

La diplomacia de las principales naciones proseguía los trabajos para arreglar la cuestión romana y encontrar una solución a la situación creada. Austria, pese a su particular situación, aceptó la mediación de Inglaterra y Francia, pero en forma condicional. Francia enviaría una división hacia Civitavecchia, para afirmar posiciones defensivas. Inglaterra declaró que no intervendría en los hechos y sólo emplearía los buenos oficios. Austria seguía una situación especial, tratando de ganar tiempo para apoderarse del Véneto y mejorar su situación política.

Los diplomáticos extranjeros se solidarizaron con el Pontífice y la actitud asumida y expresaron que prestarían toda la ayuda necesaria para liberar a Roma y restaurar al Papa en su sede pontificia.

Desde Gaeta, donde se instalara Pío IX con sus secretarios, el 27 de noviembre de 1848 dirigió a todos los súbditos católicos una *Proclama*, difundida por la Diplomacia y la prensa continental.

La Proclama expresa:

“Las violaciones usadas contra Nos en los últimos días, y la voluntad manifiesta de cometer otras (lo que Dios no permita, inspirando sentimientos de humanidad y moderación en los ánimos), Nos han obligado a separarnos temporalmente de nuestros súbditos e hijos, que siempre hemos amado y amamos.

Entre las causas que Nos han movido a dar ese paso, que Dios sabe cuán doloroso ha sido a nuestro corazón, es de grandísima importancia la de conservar la plena libertad en el ejercicio de la potes-

tad suprema de la Santa Sede, que podría fundadamente dudar el orbe católico Nos estuviese impedido en las circunstancias actuales. Y si semejante violencia nos causa grande amargura, crece ésta sobremanera contemplando la mancha de ingratitud que ha caído sobre una clase de hombres perversos a la vista de Europa y del mundo, y mucho más la que en sus almas ha impreso la ira de Dios, que tarde o temprano hace eficaces las penas establecidas por su Iglesia.

En la ingratitud de los hijos reconocemos la mano del Señor que Nos hiciere, y que quiere una satisfacción de nuestros pecados y de lo de los pueblos; pero no podíamos, sin faltar a nuestros deberes, dejar de protestar solemnemente a la vista de todos, como en la misma tarde funesta del 16 de noviembre y en la mañana del 17 protestamos verbalmente ante el cuerpo diplomático que Nos honraba con su compañía, y que tanto ayudó a consolar nuestro corazón, que se Nos había hecho una violencia inaudita y sacrílega. En esta ocasión queremos repetir solemnemente la misma protesta de haber sido subyugados por la violencia y declaramos, por tanto, que todos los actos nacidos de aquélla no tienen fuerza ni legalidad alguna.

Las dudas verdaderas y las protestas que ahora exponemos Nos han sido arrancadas por la malicia de los hombres y por nuestra conciencia, la cual en las circunstancias presentes Nos ha estimulado vivamente al cumplimiento de nuestros deberes. Confiamos sin embargo, que en presencia de Dios Nos será permitido, al mismo tiempo que le suplicamos aplaque su enojo, comenzar nuestra oración con las palabras de un Santo Rey y Profeta: Memento Dómine David et omnis mansuetudinis ejus.

Entre tanto, deseamos no dejar huérfano en Roma el Gobierno de nuestros Estados, nombramos una Comisión gubernativa compuesta de los siguientes señores:

*Cardenal Castracane
Monseñor Roberto Roberti
Príncipe de Roviano
Príncipe Barberini
Marqués Bevilaqua de Bolagne
Marqués Ricci di Macerata
Teniente General Zucchi*

Al confiar a la referida comisión gubernativa la dirección temporal de los negocios públicos, recomendamos a todos nuestros súbditos e hijos la tranquilidad y la conservación del orden.

*Finalmente, queremos y mandamos que todos los días se eleven a Dios ardientes plegarias por nuestra humilde persona, y a fin de que devuelva la paz al mundo, y especialmente a nuestros Estados y a Roma, donde estará siempre nuestro corazón, cualquiera sea el punto del redil de Cristo, donde Nos hallemos. Y Nos, precediendo a todos como corresponde al supremo sacerdocio, invocamos devotísimamente a la gran Madre de misericordia y Virgen inmaculada, y a los apóstoles Pedro y Pablo para que, como ardientemente lo deseamos, se aparte de la ciudad de Roma y de todo el Estado la indignación de Dios omnipotente*¹¹

Al conocerse la Proclama en Roma, la Comisión Gubernativa que secundaba al gobierno de los Estados Pontificios presentó su renuncia sin que le fuera aceptada, ya que el gobierno se había constituido contra la expresa voluntad del Sumo Pontífice. La Junta que se constituyó después – sin la presencia de la autoridad real– fue considerada como una usurpación de su poder soberano y le negaba toda autoridad.

El Ministerio de Estado español Marqués de Pidal, dirigió, entre tanto, una Circular a los representantes de España en París, Viena, Lisboa, Turín, Florencia, Nápoles y Munich, con fecha 21 de diciembre, para asegurar, de acuerdo con las potencias católicas, la libertad del Jefe de la Iglesia. El documento, entre otras cosas decía:

“El gobierno de S.M. que había previsto con mucha anticipación la posibilidad de tales conflictos, ha podido, al realizarse éstos, ofrecer al Padre Santo por medio de su embajador, el más cordial apoyo de España, y está dispuesto a presentar al Papa todo aquel que se estime necesario para que la cabeza visible de la Iglesia sea restituida al estado de libertad e independencia, de dignidad y de decoro que reclama imperiosamente el ejercicio de sus sagradas funciones...

No se trata de salvar la libertad del Papa, amenazada por los extravíos de sus propios súbditos; ésta, que podía considerarse como la cuestión del momento, está en cierta manera terminada por la salida de Su Santidad de Roma; pero, tras esta cuestión se presenta otra de no menor importancia y en la que están igualmente interesados todos los gobiernos católicos, la de asegurar de una manera estable y permanente la suprema autoridad del Pontífice, poniéndola a cubierto, no sólo de toda violencia real y efectiva, sino hasta de las apariencias de coacción que tan funestas pueden ser para la causa de la Iglesia como para la paz de los pueblos....

¹¹ LUIS GARCÍA RIVES, *La República Romana de 1849*, Madrid, 1922, p. 70.

España no pretende mezclarse en la política interior de aquellos Estados, pero juzga que ni ellas ni los demás pueblos católicos deben consentir que la libertad del Jefe de la Iglesia universal y el decoro debido a su sagrada persona, queden a discreción de la ciudad de Roma, y que mientras todas las naciones católicas se apresuren a ofrecer al Papa el homenaje de su profunda veneración y respeto, una sola ciudad de Italia se atreva a ultrajar su dignidad, reduciendo al Pontífice a un estado tal de dependencia que pudiera un día terminar por el abuso de su misma autoridad religiosa...

Por tanto... que el pensamiento puramente religioso que ha impulsado a España a dar este paso, no sólo no envuelve ninguna idea de intervención en la política interior de los Estados Pontificios, sino que la conferencia diplomática que se desea celebrar deberá ocuparse única y exclusivamente de asegurar la libertad e independencia del Papa, sin involucrar esta cuestión tan grave y trascendental con otras de orden muy diferente ni hacerla depender de las que actualmente se agitan, lo mismo en la Italia meridional que en la septentrional".¹²

El proyecto español encontró rápida adhesión de los gobiernos de Portugal y Nápoles, no así de las Cortes de Turín y Florencia. En Turín el ministro Gioberti afirmó que el Papa salió de Roma "por motivos políticos", por lo que sería preciso allanar las dificultades políticas que se oponían al regreso del Pontífice a la capital de sus Estados. El indicado Ministro de Relaciones Exteriores de Cerdeña y Piamonte finalizaba su oposición proponiendo que se influyese en el ánimo del Papa para persuadirle a regresar a Roma y hacer observar con su ejemplo las leyes constitucionales que había concedido a sus súbditos, y que los gobiernos católicos enviaran a Roma personas prudentes que inspirasen fuerza al partido moderado, para impedir un rompimiento definitivo con el Pontífice.

A los pocos días Gioberti en nota a Beltrán de Lis, Ministro de España en Turín, sostenía que el Papa como cabeza de la Iglesia debía ser protegido por todas las naciones católicas, pero que a causa de la nacionalidad italiana del Pontífice parecía natural que aquel derecho sólo pudieran ejercitarlo los Gobiernos de Italia.

El Marqués de Pidal en posterior circular a las Potencias europeas replicó al Ministro Gioberti que España no había pensado intervenir sola, sino esperar el acuerdo de las demás potencias católicas. Por lo que el Piamonte, a pesar de ser potencia italiana, no tenía

¹² LUIS GARCÍA RIVES, ob. cit., p. 86.

derecho a protestar contra la actitud de España, pues por una parte la cuestión no interesaba sólo a Italia, sino a toda la Cristiandad; por otra parte había algunas potencias italianas que en esta cuestión se separaban del Piamonte y, por último, parecía extraño que en esta ocasión protestase aquel reino y no lo hubiese hecho cuando por intereses políticos enviaron otras naciones sus escuadras a los mares de Italia¹³.

Mientras los problemas internacionales se entrecruzan, en Roma José Mazzini es elegido como jefe para integrar la Asamblea Constituyente y marchó hacia la ciudad para integrarse y tomar parte activa en la política ejecutada por los republicanos. Los revolucionarios se exaltaban ante la noticia de aprestos bélicos que hicieron desde París el gobierno del general Cavignac para invadir y defender el territorio romano.

La Comisión Suprema del Estado, que estaba al frente del gobierno romano, reiteró que la constituyente programada debía comenzar para formar un nuevo gobierno y para despojar al Papa del poder temporal.

La Corte Pontificia afrontó entonces uno de los momentos más difíciles. Pío IX, ante tal hecho, desde Gaeta protestó con un importante documento expedido el 1º de enero de 1849.

“En esta pacífica morada, a donde plugo a la divina Providencia conducirnos, para poder manifestar libremente nuestros sentimientos y voluntad, esperábamos ver manifestarse el remordimiento de nuestros súbditos por los sacrilegios y crímenes cometidos contra personas de nuestro servicio, de las cuales unas fueron muertas y ultrajadas otras.

También esperábamos muestras de arrepentimiento por los desmanes cometidos en nuestro palacio y contra nuestra misma persona; sin embargo, no hemos visto llegar sino una estéril invitación para que volviésemos a nuestra capital, sin una palabra de reparación por aquellos atentados, sin la menor garantía capaz de asegurarnos contra los fraudes y violencias de ese tropel de furiosos, cuyo bárbaro despotismo está tiranizando a la ciudad de Roma y a los Estados de la

¹³ La crítica del ministro español efectuada al ministro Gioberti de la Corte de Turín fue una estocada profunda contra el doble juego del talentoso sacerdote político, ideólogo del Resurgimiento y de la unidad italiana. En su obra “Del Rinnovamento civile d'Italia”, preveía el triunfo final del sistema democrático en Europa y en Italia. Ver el amplio análisis del pensamiento de Gioberti en Salvatorelli, ob. cit., capítulo “Quarantotto moderato e democrático”.

Iglesia. Esperábamos, en fin, que las protestas y las órdenes emanadas de Nos llamarían a sus deberes de fidelidad y sumisión a los que desprecian y conculcan una y otra en la capital de nuestros Estados.

En vez de esto, un nuevo acto, más monstruoso aún, de abierta felonía y de verdadera rebelión, audazmente cometido por esos hombres, ha colmado la medida de nuestros dolores, y excitado al mismo tiempo nuestra indignación, así como debería contristar a la Iglesia universal. Hablamos de ese acto detestable bajo todos conceptos con el que se ha pretendido disponer la convocación de una llamada Asamblea Nacional de los Estados romanos en virtud de un Decreto del 29 de diciembre último, para establecer las nuevas formas políticas que ha de darse a aquéllos. De ese modo, juntando iniquidad a iniquidad, los autores y cómplices de una anarquía demagógica tratan de suprimir la autoridad temporal del Pontífice romano sobre los dominios de la Santa Iglesia, no contando con que esa autoridad se halla establecida de un modo irrefragable sobre los más antiguos y sólidos derechos y como tal venerada, reconocida y protegida por todas las naciones. Hasta suponen o quieren hacer se crea que este poder soberano está sujeto a controversias y depende del capricho de los facciosos.

Estamos persuadidos de que, al recibir tan imprudente invitación, os habréis sentido santamente irritados y habréis lanzado lejos de vosotros una provocación tan culpable y vergonzosa; más a pesar de esta persuasión, y para que ninguno pueda decirse engañado por seducciones falaces y predicadores de doctrinas subversivas, y para que nadie pretenda ignorar lo que traman los enemigos de todo orden, de toda ley, de todo derecho, de toda verdadera libertad, y de vuestra fidelidad personal, hemos resuelto levantar nuestra voz y difundirla por todas partes, de tal modo que os dé más y más certeza de la absoluta prohibición, por la cual os impedimos a vosotros, nuestros súbditos, de cualquier clase o condición a que pertenezcáis, tomar parte alguna en las reuniones que osan tener para la elección de individuos que hubiesen de ir a la Asamblea que condenamos.

Os recordamos al mismo tiempo, que esta nuestra absoluta prohibición está, además, sancionada por los decretos de nuestros predecesores y los Concilios, especialmente el general de Trento (sesión XXII, Cap. II de Reforma), Decretos por los cuales ha fulminado la Iglesia, en muchas ocasiones, sus censuras, y principalmente la excomunión mayor, en que incurren, sin necesidad de nueva monición, cualesquiera que osaren hacerse culpables de atentar contra la soberanía temporal de los Pontífices romanos. Os declaramos, igualmente, que han

incurrido ya en estas penas espirituales cuantos han tenido parte en el acto que hemos prohibido y en todos los que anteriormente se han dirigido contra nuestra soberanía y asimismo, todos aquellos que de cualquier otra manera y bajo mendaces protestas han turbado, violado o usurpado nuestro poder.

No amanecerá, ciertamente, día alguno más dulce y alegre para Nos, que aquel en que nos sea dado ver volver al redil del Señor a aquellos hijos de quienes hoy nos vienen tantas tribulaciones y amarguras. La esperanza de gozar pronto de un día tan feliz se fortifica en Nos, por la consideración de las oraciones universales que, uniéndose a las nuestras, salen de los labios y del corazón de los fieles de todo el universo católico hacia el Trono de la Misericordia divina, rogándole, instándole, y estrechándole sin descanso a que cambie el alma de los pecadores y los traiga al camino de la verdad y de la justicia”¹⁴.

La República Romana

El 28 de enero se efectuaron las elecciones populares de constituyentes y el 5 de febrero se inauguró la Asamblea Nacional. En el discurso de apertura, Galletti combatió la soberanía temporal del Pontificado, expresando que se hallaba en pugna el principio nacional y el teocrático. El 9 de febrero la Asamblea proclamó la República Romana. Ese hecho produjo honda sensación en la Corte Pontificia.

El nuevo gobierno presentó varios decretos a la Asamblea, estableciendo la bandera republicana, la moneda y la fórmula que debían encabezar todos los decretos republicanos.

Francia y España reaccionaron prontamente en defensa de la soberanía papal y del Pontífice, llevado a esa situación. La diplomacia de ambos países adoptó diversas medidas para salvaguardar el decoro y el honor del Vicario de Cristo. Incluso Austria ordenó defender la autoridad espiritual y temporal del Papa, movilizando tropas en el centro de la península.

El piamonte reanudó entonces una nueva campaña contra Austria, luego de fracasar una mediación franco-inglesa en Viena. El Rey De Cerdeña y Piamonte Carlos Alberto es derrotado por los austríacos.

¹⁴ LUIS GARCÍA RIVES, ob. cit., 101. La protesta de Pío IX expresa la invariable potestad del Pontífice en la circunstancia, cuando los usurpadores del gobierno romano carecían de todo derecho para cualquier iniciativa sustentable. Los propios términos de la protesta son suficientemente explícitos y conminatorios.

cos en la batalla de Novara el 23 de marzo, hecho que produce la abdicación del Rey a favor de su hijo Vittorio Emmanuele II. Como consecuencia de ello el Véneto queda en poder de Austria y también Florencia.

El auxilio requerido por el Papa a las potencias católicas fue rápidamente recogido por España, quien logró que las demás naciones enviasen sus representantes a la Conferencia de Gaeta, para arbitrar los medios para restablecer la autoridad temporal del Pontífice en los Estados de la Iglesia y garantizar el libre ejercicio de su poder espiritual. En Gaeta se reunieron el 30 de marzo de 1849 los siguientes diplomáticos: el Cardenal Antonelli, por la Santa Sede; el Conde de Esterhazy por Austria; Martínez de la Rosa por España; el Duque de Harcourt y M. De Reyneval por Francia y el Conde de Ludolf por Nápoles. Todos estuvieron de acuerdo en la necesidad de establecer una acción común, pero no se suscribió acuerdo alguno.

La restauración del Papa por sus súbditos fue por cierto rechazada. Quedaba la intervención armada de las Potencias extranjeras para reducir a los rebeldes revolucionarios. En razón de los elementos y de las fuerzas que habían acumulado los revolucionarios en Roma, resultaban necesarias las fuerzas combinadas para superar aquéllas y ocupar los Estados Pontificios. Martínez de la Rosa en nombre de España fue el primero en ofrecer al Cardenal Antonelli el contingente de una expedición de 7 a 8000 hombres. Antonelli propuso que las fuerzas de cada Estado ocupasen ciertas provincias y tratarasen de conservar el orden público para restaurar la autoridad del Pontífice. La división española dominaría la parte central de los Estados Pontificios, incluso la capital. La delegación francesa pretendió que el Pontífice ofreciese a sus pueblos reformas políticas en armonía con los deseos de Francia. El plenipontecionario francés pretendía imponer a la Santa Sede procedimientos liberales ajenos a los principios del Papa, tratando de ejercer una influencia exclusiva. Por otro lado, la restauración del poder temporal del Pontificado quería ser patrimonio exclusivo de Francia. En tal reunión de Gaeta del 14 de junio, Francia insistió en actuar sola para las operaciones militares.

El gobierno francés con el apoyo de la Asamblea Nacional logró aprobar las acciones en el territorio italiano para asegurar la libertad y la independencia de los Estados Pontificios. A tal fin formó un ejército a la orden del General Oudinot y del Almirante Trehouart. El 24 de abril anclaban en el puerto italiano de Civita-Vecchia la escuadra con las tropas francesas, dispuestas a actuar antes que se adoptaran las decisiones sobre la intervención.

Los franceses aseguraron a los Estados Pontificios la conservación de las instituciones concedidas por Pío IX los años últimos, como forma de hacer estable y duradera la restauración del Pontífice.

Austria, por su parte, sostuvo que su intervención era para el restablecimiento de los gobiernos legítimos y del orden legal alterado por los hechos de Roma.

España expresó al gobierno francés, por intermedio de su embajador, que lamentaba que no se hubiese informado a su gobierno —que participara en los acuerdos y negociaciones—, de la empresa programada, pues esperaba colaborar íntegramente, como efectivamente lo hizo.

Luego de algunas reiteraciones y especificaciones, Francia dio a entender, que su deseo era lograr, como objetivo mayor, la “secularización del gobierno pontificio en lo temporal”¹⁵.

El Brigadier Bustillos, con orden del gobierno español, el 29 de abril ocupó Terracina, en la costa mediterránea, con soldados bien pertrechados y la escuadra quedó fondeada a la espera de instrucciones concretas para actuar.

En cambio la labor de las tropas francesas fue más rápida y eficaz y pronto se consolidaron y avanzaron hacia Roma, con buenos refuerzos en soldados y armamento.¹⁶ A fines de abril las unidades francesas de infantería y artillería rodearon Roma e ingresaron por Castel Gandolfo y Castel Guido, en los primeros días de mayo.

Entretanto en Roma, el Triunvirato revolucionario, dispuesto a enfrentar a los franceses, dictó un decreto movilizando a toda la población en edad de combatir, al frente del general Avezzana. Se sumaron a la defensa del gobierno revolucionario republicano, varios contingentes alemanes y húngaros, que luchaban también por la independencia de sus países.

Las tropas francesas fueron quebrando la anarquizada y desorganizada defensa de los revolucionarios de la flamante República, y de las luchas intestinas entre los sectores que buscaban liberarse de los grupos radicalizados. El ataque y la consiguiente defensa, dejó muchos muertos y heridos en los barrios y en las calles romanas.

¹⁵ Las ideas subyacentes de la política francesa en el caso, se compadecían con la ideología expuesta por el ministro de la Corte francesa y las ideas de la Revolución en boga.

¹⁶ Las previsiones adoptadas por la diplomacia gala y los objetivos trazados, a que hemos hecho referencia, dieron su resultado, en los momentos más difíciles de la crisis desatada en 1848.

El cuartel general francés, a mediados de mayo de 1849, recibió instrucciones de su gobierno, que decidió enviar a Roma al diplomático M. De Lesseps, para que, de acuerdo con el general Oudinot, entablase negociaciones con las autoridades y poblaciones romanas, procurando “sustraer los Estados de la Iglesia de la anarquía que los aflige e impedir que el establecimiento de un poder regular vaya acompañado de una ciega reacción, que quizá podría comprometerle en el porvenir”.

A mediados de mayo, el ejército reforzado con las frecuentes expediciones que se enviaban desde Marsella y Tolón, iba a concretar un último ataque, cuando se recibió en el cuartel general el informe de que M. De Lesseps había pactado en Roma una suspensión de hostilidades. El proyecto de armisticio establecía —afirma García Rives— “que Roma acogería al ejército francés como un ejército de hermanos y que el Poder ejecutivo cesaría en sus funciones, siendo reemplazado por un gobierno provisional compuesto de ciudadanos romanos y designado por la Asamblea Constituyente, hasta tanto que los pueblos se hubiesen pronunciado sobre la forma de gobierno que quisieran establecer y sobre las garantías que se concedieron al catolicismo y al pontificado”¹⁷.

Sin duda que el llamamiento del Papa a las Potencias católicas fue la base de la intervención de éstas en la cuestión romana. Por ello no se justificó que el diplomático galo pactase con la revolución y dejase en libertad a los pueblos para imponer condiciones a la autoridad del Pío IX. La Asamblea romana, que rechazaba toda intervención extranjera, no aceptó las proposiciones de M. De Lesseps, el cual, complaciente con los triunviros, “les ofreció condiciones más favorables todavía, porque reconocía plenamente la autoridad del Gobierno romano y convertía a Francia en nación protectora”. Ante la resistencia e intransigencia de los triunviros, el general en Jefe francés, se decidió a presentar una nota en forma de ultimátum, suscripta también por Oudinot, en la cual se sometía a la resolución de la Asamblea Constituyente, los artículos siguientes: 1. los romanos reclaman la protección de la República Francesa. 2. Francia reconoce a las autoridades romanas el derecho de pronunciarse libremente sobre la forma de su gobierno. 3. El ejército francés será acogido por los romanos como un ejército amigo; se acantonará del modo que lo juzgue más conveniente, tanto para la defensa del país como para la salubridad

¹⁷ LUIS GARCÍA RIVES, ob. cit., p. 152

de las tropas, permaneciendo extraño a la administración de los Estados romanos. 4. La República francesa garantiza contra toda invasión el territorio ocupado por sus tropas. Cuartel General del ejército francés, establecido en Villa Santucci, 29 de mayo de 1849¹⁸.

Fracasada la gestión de M. De Lesseps, fue invitado a regresar a Francia, porque el Consejo de Ministros había resuelto dar por terminada su misión. El general Oudinot, debidamente autorizado, podía emprender el ataque cuando las circunstancias se lo aconsejasen¹⁹.

Las tropas napolitanas, acantonadas en Velletri, atacarían Roma en combinación con el ejército francés. Sin respuesta afirmativa, se retiraron después. España fue el último país en hacer efectivo el socorro solicitado por el Papa. En cuanto a las operaciones militares, el Ministro de la Guerra general Figueras revistió al Teniente General Fernando Fernández de Córdoba de todas las facultades que la Ordenanza confería al General en Jefe. Era deseo del gobierno español, que “acompañasen al Papa a Roma y diesen allí guarnición el tiempo necesario hasta que Su Santidad hubiese organizado su Gobierno y los medios convenientes de resistencia”. España —se recalcó— “al enviar sus soldados a los Estados de la Iglesia, no hace más que responder como nación católica al llamamiento y solicitud del Pontífice para reponerle, de acuerdo con las demás potencias en el dominio temporal, necesario para el ejercicio independiente de su poder espiritual, pero sin pretender mezclarse en ninguna otra cuestión de política interior de los Estados Pontificios”²⁰.

El 27 de mayo la escuadra española que conducía la expedición llegó a Gaeta y desembarcaron las fuerzas. Seguidamente, Martínez de la Rosa y el general Fernández de Córdoba ofrecieron los servicios de la división al Papa. Al día siguiente, el Santo Padre, a la caída de la tarde recorrió el frente de todos los batallones, se acercó y los bendijo.

¹⁸ El gobierno revolucionario romano desconfió —señalan los historiadores—, de la resolución francesa pues para definirse esperaban la colaboración y ayuda de las restantes provincias del interior de la península. Finalmente rechazaron la decisión del ejército francés.

¹⁹ El rechazo del gobierno romano coincidió con cambios en la dirección política del gobierno francés y, por consiguiente, en la reanudación del avance de las tropas para tomar Roma.

²⁰ Las instrucciones de la diplomacia española fueron concretas y terminantes, y ello fue advertido desde un comienzo por el Pontífice en su exilio de Gaeta y por el Secretario de Estado Cardenal Antonelli.

En los primeros días de junio las tropas francesas combinadas con las españolas emprenden los últimos ataques contra los revolucionarios romanos. "El Triunvirato no hizo caso de la intimación de Oudinot, y el pueblo, enardecido por demagogos que exaltaban sus instintos bélicos, contestó con tiros a la proclama del general francés. No le quedaba pues, más recurso a Oudinot que estrechar el cerco y abrir la brecha contra la muralla".

El sitio de Roma fue lento y duro. Las tropas francesas fueron agotando los medios de defensa de los romanos. La resistencia fue empeñada y sostenida. Muchas veces se luchó cuerpo a cuerpo, y los romanos sólo emprendieron la retirada cuando la muerte de 400 combatientes y la prisión de 125 hicieron inútiles todos los esfuerzos²¹.

Mazzini, árbitro y jerarca supremo de aquella turba de revolucionarios, consideró más prudente emprender la huida que exponerse a las represalias de los franceses, y el mismo Garibaldi, propulsor de la resistencia a todo evento, abandonó la capital a la cabeza de un grupo de voluntarios, para luchar en el campo contra las fuerzas austríacas y españolas, y agotar sus recursos, según afirmaba aquel caudillo en enfática proclama²².

Las fuerzas romanas hicieron entrega el 2 de julio de las Puertas de San Pancraccio, Portese y San Pablo. Las fuerzas españolas aseguraron las poblaciones que habían ocupado, siguiendo el deseo del Soberano Pontífice para el orden y la paz en aquellos territorios.

Reconquistada la ciudad de Roma, las tropas francesas continuaron las medidas de saneamiento y seguridad, hasta el regreso del Pontífice. El Santo Padre permaneció por unos meses más en Gaeta, visitando algunas ciudades vecinas, particularmente Nápoles. Elaboraba proyectos y reformas administrativas y políticas, para ejecutar en su retorno. Cumpliendo su voluntad, el Santo Padre ordenó a la Comisión gubernativa que publicase un Decreto de amnistía, lo que así hicieron los Cardenales con fecha 18 de setiembre, con la mayor amplitud posible, excluidos por cierto los individuos del gobierno provisional, de la Asamblea Constituyente y del Triunvirato romano.

²¹ LUIS GARCÍA RIVES, ob. cit., 176; véase también Dall'Oglio, ob. cit.

²² Un Despacho del Cónsul al Marqués de Pidal en Madrid, fechado el 7 de julio de 1849, transcripto por García Rives, expresa que "El ejército francés fue recibido con efusión por los ciudadanos pacíficos, hartos de las operaciones de que fueron víctimas en aquél régimen benéfico, que castigaba con mano dura cualquier oposición que pretendiese socavar su omnívodo poderío. Solamente en el Corso, punto principal de reunión de los agitadores, algunos pocos profirieron gritos insultantes, pero las tropas dieron una carga y dispersaron fácilmente a los alborotadores".

Por otra parte, el Marqués de Pidal, desde Madrid creyó innecesaria la presencia en Italia de las tropas españolas, una vez vencida la rebelión, y de acuerdo con su Gobierno ordenó a Martínez de la Rosa la repatriación de los soldados, lo que se concretó en el mes de diciembre de 1849.

Decidido el regreso del Papa a Roma, sede pontificia y Capital de los Estados, no quiso Pío IX demorar más su retorno. El 4 de abril de 1850, por la mañana, salió de su residencia de Portici, haciendo el siguiente recorrido: Palacio Real de Caserta, donde se unió con el Rey de Nápoles y el Duque de Calabria, heredero de ese trono; prosiguió a Terracina, Frosionone, Alatri y Velletri. El 12 de abril llegó a Roma. Visitó primero San Juan de Letrán y por la tarde a su residencia del Palacio Pontificio.

Con la llegada del Papa Pío IX a Roma en 1850 finalizó aquel espacio de desórdenes, atentados y revoluciones. Un lapso de calma y serenidad dio paso a cambios políticos e institucionales en casi toda Italia. La década siguiente germinará el proceso de transformación en cabeza del Estado de Cerdeña y Piamonte. Los acuerdos franco-sardos de 1858 y los nuevos ejércitos hicieron posible la victoria sobre los austríacos para la unidad del Estado Italiano, que concretará Víctor Manuel II.

Pío IX con el nuevo Consejo de Gobierno sancionó una serie de leyes y disposiciones para los Estados Pontificios, que redactara el cardenal Antonelli. Las reformas tendían a organizar los Ministerios, ampliar el Consejo de Estado y una Consulta del Estado para la Hacienda y la organización del gobierno de las Provincias y la administración respectiva. Se estableció también un Banco de los Estados Pontificios.

Si bien el orden público en los diversos Estados peninsulares quedó alterado por los desórdenes y convulsiones anárquicas del período precedente, comenzó una nueva etapa de concordia, que fue consolidándose con el tiempo.

Luego de su retorno a Roma en 1850 y durante la década que se iniciara, Pío IX concreta una serie de actividades transcendentales en su gran pontificado. Señalamos dos entre otras, para situar y valorar su obra extraordinaria. En 1854, el 8 de diciembre, proclama la definición dogmática de la Inmaculada Concepción de la Virgen María. En 1864, también el 8 de diciembre, da a luz de encíclica *Quanta Cura* y la publicación del *Syllabus*, por el cual se condenan una serie

de falsas doctrinas sobre la fe y la razón, la Iglesia y el Estado, el derecho y la sociedad. Contiene ochenta proposiciones sobre panteísmo, naturalismo, racionalismo, indiferentismo, socialismo, masonería y liberalismo.

Pío IX murió el 7 de febrero de 1878, a los 86 años de edad, después de ejercer el más largo pontificado de la historia (31 años).

IN MEMORIAM*

NÉSTOR SANZ

La Pontificia Universidad Católica Argentina ha querido hacerse presente en estas dolorosas circunstancias para despedir los restos mortales de quien, durante treintaiún años profesó en su Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Los primeros pasos de Néstor Sanz en la docencia universitaria se remontan al año 1962, cuando concursó para acceder a Jefe de Trabajos Prácticos en la cátedra de Derecho Penal cuyo titular era el prestigioso maestro Sebastián Soler. A su lado fue consolidando su formación científica, a la vez que, por méritos propios, escaló los sucesivos peldaños que jalonaban la carrera docente en la misma Casa donde, una década atrás, se había graduado de abogado. Coronó su fecunda actividad académica en los claustros de la Universidad Católica, primero acompañando a otro insigne profesor, el Dr. Luis Carlos Cabral, y después, asumiendo la titularidad de una cátedra de Derecho Penal. Mientras la desempeñaba con la solvencia que sus pares y discípulos reconocían a coro, lo sorprendió la muerte. Vamos a extrañar la presencia de Néstor Sanz en nuestra Facultad; lo van a extrañar sus alumnos, no sólo por la jerarquía de sus clases sino también por su trato señorial, sencillo y bondadoso; lo vamos a extrañar sus pares, porque Néstor, sin proponérselo y por su sola presencia, nos enseñaba todos los días y a cada momento, cuál es y cómo se asume la dignidad propia de un profesor universitario.

El otro campo en el que descolló el doctor Sanz fue en la Justicia. Fue Defensor de Pobres y Ausentes y Juez en lo Penal en jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires, y después Fiscal y Juez de Instruc-

* Palabras de despedida en nombre de los profesores pronunciadas en el Cementerio de la Recoleta por el Dr. Lucas J. Lennon.

ción en el Poder Judicial de la Nación. Se retiró en el año 1973. Néstor honró a la Justicia. Su nombre estuvo siempre asociado con la decencia, la rectitud, la ponderación, la idoneidad, el decoro, la sobriedad, la probidad. En los cenáculos forenses el apellido Sanz era sinónimo de juez con mayúscula.

A poco que se hurgue en la vida privada de Néstor Sanz se comprenderá el prestigio sin mácula que logró en su actuación pública. Hombre de sólidos principios cristianos, vivió en armonía con sus convicciones. Edificó su vida no sobre arenas movedizas, sino enraizada en una fe pétrea que guió sus pasos durante su peregrinaje en esta tierra. En ese contexto se perfilaban sus costumbres austeras, su serenidad de espíritu, sus maneras suaves, su proverbial tolerancia, su paz interior. Con Laura, su mujer, y sus dos hijos formó un dignísimo hogar, ornado con las virtudes que el Evangelio propone como modelo.

Mientras nosotros lloramos la ausencia de Néstor, él, que amó la justicia y fue manso y humilde de corazón, ya habrá ingresado a ese sitio tan bello ante el cual "las bellezas palidecen" (San Agustín). Que esta realidad nos sirva de consuelo.

RECENSIONES



“LA EXPERIENCIA JURÍDICA”, FÉLIX ADOLFO LAMAS.

(Instituto de Estudios Filosóficos
Santo Tomás de Aquino, 1991, 583 págs.)

La noción de experiencia jurídica ocupa un lugar central en las vicisitudes novecentescas de la ciencia y de la filosofía del derecho. Ella cumplió, en efecto, la capital función de llamar a filósofos y juristas a una más inmediata conciencia de la importancia de las dimensiones subjetivas, tanto individuales como sociales, en el manifestarse histórico del fenómeno jurídico. Así ha podido representar las instancias anti-intelectualísticas y anti-formalísticas que con mayor solicitud, sobre todo en el período comprendido entre las dos guerras mundiales, empujaban a la radicación de tal fenómeno en los hechos de la vida real, más allá de la álgida y estéril contraposición en la cual se había cristalizado hasta entonces el debate entre jus-positivismo e jus-naturalismo. Así, a través de diversos recorridos, el neoidealismo italiano, la filosofía francesa de la acción, el pragmatismo anglosajón, la fenomenología alemana, el institucionalismo en sus múltiples formulaciones, han contribuido de diversa manera a su definición, sin poder evitar, por otra parte, el riesgo de que en tal *embarras de richesses*, quedase el significado sin precisar. Como observa Opocher en la voz de la *Enciclopedia del Diritto* dedicada a ella, “la noción de experiencia jurídica aparece, entonces, desde el punto de vista de su génesis, como una noción puramente problemática hacia la cual convergen, tanto en el plano especulativo como en el plano jurídico, una serie de perspectivas ligadas entre sí sólo por la exigencia común de captar el fenómeno jurídico en su concreto movimiento” (*Esperienza giuridica*, en *Enciclopedia del Diritto*, Milán, 1966, p.744).

También en sus formulaciones más cuidadas, aquellas de Gurvitch y Capograssi, resulta en conjunto una noción imprecisa y ambigua, revelándose demasiado genérica para responder adecuadamen-

te a las cuestiones que más urgentemente plantea la vida del derecho y suscitando por lo tanto desde su aparición incomodidad y perplejidad acerca de su empleo como solución "mágica" en la repuesta a tales cuestiones. Las palabras con las que Francesco Carnelutti se refería al tema en un conocido artículo sobre la certeza del derecho constituyen sintomática documentación: "Se celebra ciertamente en la experiencia jurídica la imposible síntesis del abstracto y el concreto, de la ley y el derecho, de la letra y el espíritu, o bien, finalmente, de la certeza y de la justicia. ¿Pero dónde? ¿Pero cuándo? ¿Pero cómo?" (*Lezioni di diritto processuale*, vol I).

Justamente a partir de estas preguntas inicia la investigación de Félix Adolfo Lamas sobre "La experiencia jurídica", presentada en 1983 como tesis doctoral ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina y luego publicada por primera vez en Buenos Aires en 1991 (p.45). Lamas se pone como objetivo repensar radicalmente esta noción para liberarla de la niebla en la que quedó confundida por la reflexión jurídica del siglo veinte y reencontrar en ella la base segura para la elaboración filosófica de "un saber científico acerca del Derecho" (p.4). Para este fin, y puesto que imprecisiones y ambigüedades han hecho nido ya originariamente en el mismo concepto de "experiencia humana" en cuanto tal, entiende que antes que nada debe tomar en examen tal experiencia, considerando sucesivamente, de acuerdo a la enseñanza aristotélica, el significado y los usos (Libro I cap.I), la modalidad actual y habitual (Libro I cap.II) el objeto fenoménico y el real (Libro I cap.III), la relación con la inteligencia y con las otras facultades cognoscitivas (Libro I cap.IV), las divisiones *per se* y *per accidens* (Libro I cap.V), la ordenación a las varias formas de saber (Libro I cap.VI).

El principal resultado alcanzado al término de esta investigación consiste en la demostración de que la experiencia es un conocimiento de la realidad limitado a su manifestación sensible y fenoménica, un conocimiento cuya verdad es por consecuencia sólo imperfecto y potencial y que espera ser perfeccionado y actualizado por el saber en la plenitud intelectual y quidditativa. Surgió por otro lado la existencia de una particular especie de experiencia, de una experiencia práctica, como conciencia del significado más inmediato de la conducta humana, propia y ajena, y por lo tanto de los valores, fines, normas, relaciones concretas que en ella se verifican. Es justamente en este ámbito que se precisa y se desarrolla la especificidad de la experiencia jurídica.

Al respecto debe señalarse el método utilizado por Lamas para identificar el objeto, "el método de segregación del objeto" (p.285 y ss.). Respondiendo a la objeción racionalista acerca de la imposibilidad de interesarse en alguna cosa sin tener un conocimiento previo de la misma, el filósofo argentino admite que "cuando nos dirigimos a la búsqueda del objeto de la experiencia jurídica, tenemos ya una noción acerca de lo que es "derecho" y "jurídico". Pero eso, de suyo, no niega el origen empírico de esa noticia. Lo que ocurre es que, en nuestro mundo cultural, esa experiencia se ha realizado guiada por el lenguaje" (ibid.). La determinación inicial del objeto de la experiencia jurídica se debe por lo tanto al lenguaje que, como forma de la experiencia social, nos guía mediante la imposición colectiva de sustantivos y adjetivos al descubrimiento de aquello que en la historia de la cultura ha sido originariamente considerado "derecho" o "jurídico". Y por eso, de la etimología de las palabras a través de las cuales el derecho encontró expresión, comienza la segunda parte de la obra de Lamas, a través de un recorrido que trata, en secuencia, la importancia de la aproximación lingüística a los fines de la individualización del objeto de la experiencia jurídica (Libro II cap.I), el análisis semántico de los vocablos "derecho", "jurídico", "justo" y "justicia" que tal objeto denotan (Libro II cap.II y III), su especificación bajo el aspecto material de la conducta y el aspecto formal de "debido" (Libro II cap.IV), las antinomias y las tensiones que atraviesan el derecho en su devenir experiencia, (Libro II cap.V), las características de la experiencia jurídica misma en cuanto experiencia práctica y social (Libro II cap.VI) para terminar con la relación que liga la experiencia jurídica a las formas del saber jurídico, es decir, a la prudencia, a la técnica, a la ciencia, y a la filosofía del derecho. (Libro II cap.VII).

Así, habiendo llevado a las extremas consecuencias las exigencias de la experiencia y del saber en torno al derecho, se arriba en sede de conclusión a definir a este último como "lo justo", más exactamente "lo *justo objetivo estricto*, es decir, aquello que realiza o implica una *ratio debiti* rigurosa, con una medida objetiva, en la vida social". De modo que, prosigue nuestro autor, "todo aquello que siendo vida social o un elemento constitutivo de ésta realice o implique una razón de obligación o deber objetiva, estricta y limitada, y de lo cual, consiguientemente, tenga sentido decir que "es justo", es Derecho" (p.513-514). En cuanto a la relación entre experiencia y saberes jurídicos, se reafirma en la misma sede antes que nada su interdependencia, por lo que "la experiencia jurídica es un momento y una actitud metodo-

lógica que forma parte de todos los saberes jurídicos, alimentándolos con el contenido mismo de la vida del Derecho” (p.534). Y se establece finalmente que, además de la experiencia, “para la comprensión concreta del Derecho se requiere del concurso de la ciencia y la prudencia” (ibid.), para dar cuenta tanto de su verdad esencial cuanto de su efectiva capacidad de dirigir la acción humana. En este sentido, la experiencia jurídica representa, sin duda, un conocimiento incoactivo del fenómeno jurídico, que se abre a los saberes y, en la medida en que participa de ellos, da vida a la prudencia y a la ciencia jurídica.

Se cierra así la obra de Lamas y podemos ahora tentar de medir el recorrido hecho, trayendo un balance provisorio. Para esto es necesario constatar que, desarrollada a través de una original reelaboración del pensamiento de Aristóteles y Santo Tomás, la investigación del filósofo argentino nos ha llevado a medirnos con uno de los más delicados temas del debate contemporáneo, proponiendo una solución que hasta ahora había sido descuidada porque se consideraba superada, y que en cambio aparece ahora nueva justamente porque clásica, es decir, basada sobre principios y argumentos que se demuestran perennemente verdaderos y por eso mismo actuales. El camino que nos llevó a ella se reveló rico y sugestivo, a tal punto que resulta muy difícil mostrar todos los méritos, la amplitud de la materia considerada, la riqueza de las citas, la sutileza de las distinciones, la fuerza de los razonamientos.

Entre las tesis de Lamas hay una que necesita absolutamente ser profundizada y es precisamente la que corresponde a la relación entre experiencia y saber, puesto que es sobre este punto que resalta mayormente la peculiaridad y la importancia de su aporte a la discusión acerca de la experiencia jurídica. Tuvo el mérito de probar que si la experiencia es indispensable al derecho, el derecho no puede reducirse a mera experiencia. Al derecho pertencen, en efecto, aspectos de abstracción y universalidad que solamente el saber en sus varias formas puede legitimar y fundar.

A dicha tesis se conecta también una problemática vasta y compleja sobre la que es oportuno llamar la atención. ¿Cómo ocurre el paso de la experiencia al saber, del concreto al abstracto, del particular al universal? La respuesta de Lamas no deja dudas. Es la inducción que cumple ese paso y por inducción entiende Lamas, al modo aristotélico, “la inferencia –noéticamente inmediata- de una proposición universal a partir de una o varias proposiciones particulares” (p.236). Evidentemente, esta concepción de la inducción, como aque-

lla de la abstracción que es conexa, implica que el saber esté ya virtualmente contenido en la experiencia, en la experiencia común y, a mayor razón, en la experiencia jurídica. “Debemos entender —escribe nuestro autor— que la experiencia jurídica que se halla en el proceso de conceptualización e inducción de los saberes acerca del Derecho, sin dejar de ser “natural”, en el sentido de que no admite “experimentos” artificiales, debe ser ella misma científica”. Y concluye: “¿Qué significa esto? Es el problema de lo que podríamos llamar una *Fenomenología Jurídica*” (p. 50). Así, para liberar al saber aprisionado en la experiencia, Lamas recurre a la fenomenología y en particular a aquella especie de fenomenología que con autoridad ha sido llamada “fenomenología analítico-funcional general” (C. Fabro, *Fenomenologia della percezione*, Brescia, 1961, p. 59 y ss.). La función del filósofo del derecho será aquella de “desarrollar una fenomenología particular cuyo objeto coincide con el de la experiencia jurídica, dependiente epistemológicamente de la ciencia moral y jurídica, y que constituya el paso intermedio entre la experiencia jurídica vulgar y la ciencia o saber acerca del Derecho ya desarrollados” (p. 50).

Esta referencia a la fenomenología es sin dudas sugestiva aun cuando, por el carácter esencialmente descriptivo de tal método, no parece suficiente para satisfacer la exigencia de una justificación filosófica de la necesidad de la inducción. Para eso, en efecto, más allá de la naturaleza originariamente cognoscitiva de la experiencia, es necesario probar todavía la insuficiencia de la experiencia y su incoercible tendencia a transformarse en saber.

¿No se debería entonces hablar más bien de dialéctica, en el sentido clásico del término? ¿No sería mejor valerse de su acción problematizante? ¿De su obra de clarificación y purificación de la experiencia? ¿De su capacidad de conferir “orden” a la experiencia misma, tomando en el concepto aquello que hace entender y “estar” las singulares representaciones sensibles a las que se refiere? Con la no pequeña ventaja, además, de que el recurso a una dialéctica del tipo permitiría entender el mismo problema jurídico como aquel de la “ordenación” de las relaciones intersubjetivas, consistente en reconocer y fijar lo “suyo” de cada uno, lo que haría todavía más convincente la definición del derecho como “lo justo”.

En realidad, también Lamas habla de “dialecticidad” como propiedad fundamental del Derecho y la presenta “como consecuencia de la índole cualitativa de éste, de su método argumental, de las tensiones o conflictos potenciales que dimanen de la oposición relativa de

títulos y pretensiones y del carácter problemático del ajuste de las situaciones fácticas concretas con las normas jurídicas generales o de la realización del valor del Derecho en los hechos" (p.525). Pero tal dialecticidad, por cuanto sea relevante en la consideración de las "aporías empíricas del Derecho" (p.381 y ss), ¿puede decirse que desarrolle una función igualmente importante como método completo de investigación acerca de la experiencia jurídica?

Mas probablemente, deberá sostenerse que estamos en presencia de una pluralidad de métodos y que la cuestión de su coordinación e integración queda abierta. Pero ésta, para quien entiende que la intensidad del saber se mide también por la capacidad de plantear problemas, más que una falta, es una riqueza.

ELVIO ANCONA

“SEMBLANZA DE UN PROFESOR CATÓLICO, CAYETANO LICCIARDO (1923-1999)”, LEDESMA, JOAQUÍN R.

(Educa, Buenos Aires, 2000, 55 páginas)

Este trabajo del Profesor Joaquín Ledesma, referido al Dr. Cayetano Licciardo, Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina, puede dividirse en dos grandes partes: la primera, que incluye las divisiones referidas a los aspectos públicos y privados de la vida de Licciardo y la segunda, que involucra los capítulos acerca de las ideas centrales de su docencia.

Los de su propia vida son el Prólogo; Infancia y Juventud; El esposo, padre y abuelo; Últimas enseñanzas del profesor católico y el Epílogo. La parte de su núcleo docente, los titulados Sus ideas sobre Economía y Sus ideas sobre Educación.

Los más numerosos, están redactados en torno a “lo existencial”, idea esta que en el lenguaje cotidiano nos revelan la peculiar combinación de valores realizados por el existente Licciardo: afabilidad, humildad, servicio a personas y comunidades (familiar, educativa, política y eclesial), todo presentado de manera íntima y afectiva por el autor, con lo cual manifiesta su admiración y gratitud al Profesor Licciardo.

En la parte de sus ideas, referidas a la Economía, los párrafos seleccionados muestran dos características de la Economía como ciencia práctica: su inscripción en el marco más amplio de la Antropología, la Ética y la Política, entendidas en su concepción realista, y la segunda la Economía como actividad práctica encaminada a la solución de problemas concretos, característica interesante, como criterio para el juicio crítico de las Teorías Económicas basadas en modelos, en particular, los de raíz mecanicista y concepción antropológica racionalista.

Sus ideas sobre Educación se sintetizan en mostrar la finalidad del educador: enseñar al discípulo, no muchas cosas, sino a pensar bien, y de allí al descubrimiento de lo real.

Este pequeño libro nos manifiesta, a los profesores que no hemos conocido directamente a Cayetano Licciardo, en dos vetas, la del pensamiento y la de la acción humana, y esta publicidad, creemos, contribuye a fijar una tradición universitaria por el conocimiento de sus miembros relevantes.

ALFREDO G. BARROS

**“EL DESAFÍO DEL DOS MIL.
¿EL HOMBRE PUEDE SALVAR AL MUNDO DE LA
CATÁSTROFE?”. ZAMPETTI, PIER LUIGI. (Traducción de Rosa
Giráldez Marchetti, Educa, Buenos Aires, 200, 158 páginas)**

Pier Luigi Zampetti es profesor ordinario de Doctrina del Estado en la Universidad de Génova y ha ocupado la misma cátedra en la Universidad estatal de Milán y en la Universidad de Trieste, donde fue Decano de la Facultad de Ciencias Políticas fundada por él. Es académico de la Pontificia Academia de Ciencias Sociales.

Con Prólogo del Dr. Gustavo Costa Aguilar, quien sintetiza la obra del Zampetti, “El desafío del dos mil”, es un título que el autor quiere convertir en lema de una acción humana que apelando a los bienes creados e increados, le permitan derrotar al pesimismo, el cual amenaza al hombre en el desarrollo pleno de sus potencialidades.

El hombre moderno, con un poder tecnológico que no tiene parangón en el resto de las edades históricas, ha logrado un progreso, en esta dimensión, que amenaza con destruirlo. ¿Cómo puede esto ser posible? Por la filosofía de raíz cartesiana. En efecto, fruto de la divulgada división antropológica, *res cogitans-res extensa*, ha logrado segmentar la visión integral de la persona humana y su inscripción en el Cosmos, alcanzando, una formulación del mundo pragmática y utilitarista, en detrimento de una visión armónica, que surge de la primacía de la contemplación sobre la praxis, y claro está, sobre la técnica. Esta falla es también agravada, (y nosotros creemos que de alguna manera, consecuencia de lo anterior) por graves desórdenes espirituales y morales, de orden individual y social. Luego de este punto de inicio, convertir a la Economía de instrumento en principal hay un paso. Paso éste, que históricamente reconoce el auge de las llamadas “Ciencias Experimentales”, y en donde la Física como es estudiada a partir de la Edad Moderna, se convierte en paradigma de las restantes. El desarrollo de la Economía en vez de insertarse en el

servicio del desarrollo humano, produce el efecto de condicionar negativamente al hombre. El proceso continúa, simplificando la totalidad del ámbito económico a una parte, al consumo, poniendo inclusive en orden a esta finalidad, la institución de la propiedad privada, y modelando la sociedad política sobre la base del modelo económico, ya a esta altura esquematizado. La participación política, por su parte, queda reducida a dos grupos: uno mayoritario, el de los electores "pasivos" que no pueden decidir, al no contar con un sustrato económico relevante, el que viene definido, por una gran capacidad de ahorro e inversión. Vale decir, que este grupo de los pasivos, numéricamente mayoritario, centra su beneficio en contar con propiedad privada para el sólo consumo, y en consecuencia su capacidad para la participación política en niveles decisorios es irrelevante. El segundo grupo, el minoritario, conforman el grupo de electores "activos", y estos sí participan al nivel de toma de decisiones. Ahora bien, como este "modelo económico-social", conduce a una desintegración social, que surge del no-acceso al ahorro, al capital, y a ciertas formas de trabajo, hizo surgir al Estado Benefactor o Asistencial, que termina en la quiebra económica, al no poder mantener el nivel de erogaciones necesario para paliar el conflicto social, el cual, continuamente se alimenta de la práctica económica de corte ideológico.

Ante esta situación final, el autor advierte sobre algunos posibles caminos de solución. Uno de ellos es el que llama capitalismo popular, que básicamente se logra por la participación en el capital accionario de las empresas. Si gran parte de las comunidades e individuos participan del mismo, será posible la jerarquización de la participación política, ya que para Zampetti, la participación política tiene un presupuesto económico. Un instrumento que ayudará a alcanzar esta meta, es el desarrollo en información, fruto del avance telemático, si bien está presente el riesgo, que sea dominado por una oligarquía de la información.

Finalmente, su concepción filosófica, llamada "Espiritualismo Histórico", se presenta como contraria a la filosofía materialista de nuestra época, en donde algunos aspectos claves serán contar con el "valor hombre" en contraposición al "objeto hombre", la apertura a lo Trascendente, en contraposición a una visión inmanentista, y la asunción de valores religiosos y naturales frente a una sociedad permisiva.

ALFREDO G. BARROS

**LA NOCIÓN DE LAICO DESDE EL CONCILIO VATICANO II
AL CIC 83. EL LAICO "SACRAMENTO DE LA IGLESIA Y
DEL MUNDO". DAMIÁN GUILLERMO ASTIGUETA S. J.**

(Tesi Gregoriana, Serie Diritto Canónico 38, Roma 1999, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 277 páginas)

El Pbro. Damián Guillermo Astigueta S. J. nació en Buenos Aires, tras ingresar en la Compañía de Jesús y ordenarse sacerdote culmina la carrera de abogacía. Tras una fecunda labor pastoral en nuestro país se traslada a Roma e inicia los estudios de Derecho Canónico en la Pontificia Universidad Gregoriana. Fruto de su graduación de doctor es la tesis que recibió la máxima calificación, y dirigió el eminente profesor Gianfranco Ghiralda S.J.; hoy llega a nosotros a través de esta obra que enaltece el concepto de laico y plantea la existencia de una tensión en su misma vocación: "estar en el mundo sin ser del mundo", donde propone que esta paradoja no puede ser resuelta desde una postura intelectual sino que debe ser vivida, porque se trata de la vida misma. "Tiene que ser vivida con una profunda 'conversión' de corazón hacia Dios y hacia el mundo, con un profundo y formado discernimiento para ver la voluntad de Dios y las necesidades del mundo" (pág 97).

Lograr ese formado discernimiento requiere conocer cuál es la esencia y la función propia del laico, y ese es el objetivo de la obra. Para ello el autor se introduce en la temática desde el punto de vista histórico y actual y expone el camino recorrido por la reflexión teológica y canónica sobre la noción de laico desde sus orígenes en la comunidad de los Apóstoles, en la Iglesia primitiva, en la sociedad medieval, en la influencia de la Reforma y en el período preconiliar.

La obra está dividida en dos grandes partes: el análisis del Concilio Vaticano II y el análisis teológico-canónico del camino que con aquél se inicia. La primera parte analiza *Lumen Gentium* y muestra cómo se enfrentan dos tipos de eclesiologías que leen la realidad del

laico de diversa manera, a tal fin analiza los esquemas de trabajo conciliar, las Actas conciliares, el Decreto *Apostolicam Actuositatem* y la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*.

En la segunda parte de la obra ahonda la reflexión post-conciliar y la influencia de Yves Congar, Forte y Colombo quienes completaron los hallazgos del Concilio en cuanto a considerar al laico como inmerso en la eclesiología de Iglesia como Pueblo de Dios y signo de unidad. Concluye su tesis con un análisis del laicado en el proceso de codificación, desde la elaboración de la Ley Fundamental de la Iglesia, introduce el rico debate entre los codificadores, los distintos proyectos y el mismo Código de Derecho Canónico de 1983.

La obra establece una premisa de trabajo: la noción de laico depende directamente de la noción de Iglesia. Y del análisis histórico advierte que siempre la noción de laico parecía necesitar oponerse a la noción de clérigo, produciéndose un movimiento histórico pendular donde se privilegiaba una u otra, hasta llegar a la actualidad donde el Magisterio profundiza el concepto de laico como una vocación propia, con una misión propia, desde su aspecto positivo y no por comparación.

Analiza la eclesiología que primó en las discusiones y proyectos presentados del Concilio Vaticano II y encuentra dos tipos diversos: una que llama "tradicional", jerarcológica, vertical, y otra que intenta realzar la comunión poniendo de manifiesto más la pertenencia común a la Iglesia que las diferencias. El análisis deja otro elemento inesperado: "no sólo la noción de laico dependía de la noción de Iglesia, sino que el haber intentado entender a los laicos como miembros de pleno derecho de la Iglesia, permitió una eclesiología verdaderamente de comunión. La irrupción de los laicos en la eclesiología llevaba en sí la fuerza de la vida de la Iglesia. Esta fuerza encontró su expresión en la teología del Pueblo de Dios, imponiéndose finalmente a la 'vieja' eclesiología" (pág. 254).

Indica que en la eclesiología de Iglesia jerarcológica se definía al laico, desde un aspecto negativo, como aquel fiel que no recibió el Orden Sagrado ni efectuó votos y como consecuencia de este concepto se produjo una desvalorización de tales fieles. Surge luego la Teología del Laicado como reacción a esa visión "negativa y pasiva" que dignifica el valor del Bautismo y su apostolado e impulsó un diálogo entre fieles y pastores; pero el Dr. Astigueta opina que esta teología terminó por polarizar y simplificar la reflexión, oponiendo al binomio "laico-clérigo" el binomio "Iglesia institución" o "Iglesia comunidad". Y

fruto de estas posturas diversas, es la ambigüedad que el autor encuentra en el Documento *Apostolicam Actuositatem* pues, describe a los laicos como “el puente” entre la Iglesia y el mundo, pero al aparecer la Iglesia como enfrentada con el mundo, queda desvirtuado el carácter que se deseaba otorgar al laico, porque aparece como un miembro de la Iglesia que se desenvuelve en un ámbito externo a sus fronteras. No así la Constitución Dogmática *Lumen Gentium* que resaltó la unidad de signo que fundamenta la igualdad de todos los fieles entre sí, mantiene las diversidades y desarrolla la participación del laico en el triple MUNUS de Jesús (sacerdotal, profético y real). Considera el autor, que la Constitución *Gaudium et Spes* avanza aún más al presentar a la Iglesia no “frente” sino “en medio” del mundo y cada uno de los fieles “a su manera” debe insertarse en el mundo para vivir su vocación.

Con relación al período postconciliar el autor, en una difícil labor, sintetiza con claridad las posturas de los teólogos que influyeron en el Magisterio sobre la concepción laicado, como ser Congar, Forte y Colombo. Para ello, utiliza sus fuentes bibliográficas y documentos papales y los examina de forma crítica y objetiva. Concluye que el camino teológico del concepto e implicancia del laicado desde el Concilio Vaticano II hasta el CDC se identifica en tres períodos. El primero, postconciliar, intenta explicar la figura del laico desde lo propio de su función, estudia para ello la obra de E. Schillebeeckx “Definizione del laico”, que valoriza la secularidad como su realidad cotidiana que determina su manera de pensar, obrar, rezar, es decir, el modo de ser cristiano. El segundo período lo determina la “Teología de los Ministerios”, que se desarrolla en textos como “Ministeres et comunión eclesialé” de Y. Congar, la Encíclica *Evangelii Nuntiandi* y *Ministerio Quaedam* de S.S. Pablo VI ; y concluye que si a la teología del laicado se le criticaba el haber tomado como paradigma al clérigo para definir al laico, se podría decir— de este período— que se toma la secularidad propia de los laicos y se la aplica a toda la Iglesia, a todos los fieles produciéndose una laicidad del clérigo.

El tercer período, llamado “Teología del Cristiano o del seguimiento”, desarrolla el tema basado en la obra de Colombo “I Laici Nella Chiesa”, el Catecismo de la Iglesia Católica (1990) y la Exhortación Apostólica *Vita Consagrada*. La primera constante que verifica el autor, es la intención fundamental de unir dos polos: la unidad de la Iglesia y la distinción entre los fieles. La segunda constante es la centralidad de la secularidad para definir al laico y la tercer constan-

te es el Magisterio de la Iglesia, que mantuvo firme el camino trazado por el Concilio Vaticano II, con avances, éstos son: la clarificación de la pertenencia de lo laicos al núcleo de la Iglesia, la revalorización del laicado como vocación y no por descarte al no tener el orden sagrado, por importar una riqueza propia del laico, que se hace gracia para toda la Iglesia.

El Código de Derecho Canónico es rico en la temática, pero estima el autor que dicha riqueza dependerá de la perspectiva que se tenga al leerlo, marca así una diferencia con el Código de la Iglesia Oriental, que sí define al laico no por oposición al clérigo, sino desde su actividad peculiar fundada en la secularidad.

Finalmente avanza en una idea principal, describir al laico bajo una luz nueva: aquel que es "signo". El fiel-cristiano que se presenta al mundo como signifiante del misterio de la fe. Aquel que se presenta a los otros fieles- cristianos como signifiante del mundo, del Dios que habla en la historia a través de los signos de los tiempos (pág. 266), y propone que la cuestión no está concluida porque la Iglesia es un organismo vivo, si camina en la historia, si está sujeta al tiempo y a las variaciones, entonces cambiará su relación con el mundo y en el mundo, transformará la manera en que los fieles deberán ir al mundo para el diálogo existencial, cambiará la manera del diálogo en el interior de la Iglesia (pag. 267).

Resta sólo mencionar que el planteo de los temas es objetivo, resaltando un gran respeto hacia todos los miembros de la Iglesia, pero con críticas serias mantiene la línea de alentar la igualdad del laico como fiel y el reconocimiento claro de sus derechos y deberes.

Deja pendiente la investigación de los diversos apostolados y la secularidad de los laicos que se consagran para los consejos evangélicos en los Institutos Seculares, pero ello excedería los límites de una obra que por lo demás es completa.

La facilidad que brinda efectuar un trabajo de investigación permaneciendo en Roma es obtener una vasta bibliografía y fuentes documentales primarias, que el autor cita correctamente al pie de página con índice de autores. Ello convierte a esta obra en un texto útil para todo estudio serio que se desee encaminar sobre el tema.

MARIA ELISA PETRELLI DE ALIANO

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ALIMENTOS.
CÓNYUGES, HIJOS MENORES Y PARIENTES. ASPECTOS
SUSTANCIALES Y PROCESALES, BOSSERT, GUSTAVO A.**

(Buenos Aires, Astrea, 3ra reimpresión, 1999, 582 págs.)

Si bien el título especifica la temática, no alcanza a describir que esta obra trata la vasta problemática del derecho alimentario en su totalidad. En el primer capítulo determina su carácter asistencial e inherente a las personas y esta premisa, sirve de marco para adentrarse en el estudio de cada uno de los sujetos pasivos, ya sean los cónyuges convivientes, separados, divorciados, enfermos mentales, el hijo menor, los parientes. A partir del capítulo sexto se produce un corte en la obra, ya que pasa del derecho sustancial a tratar los aspectos procesales del juicio de alimentos, la determinación de la cuota alimentaria, las cuotas atrasadas, su exigibilidad, caducidad y prescripción, los alimentos extraordinarios, las medidas para asegurar el cumplimiento y no podían faltar las circunstancias invocables para la modificación de la cuota.

La realidad de las situaciones familiares ha abierto un camino a partir de un derecho que podríamos llamar pretoriano, por eso, este texto puede definírsele como una obra completa porque trata la totalidad de los temas relacionados, no sólo los casos frecuentes sino aquellos que en rara ocasión se presentarán en el ejercicio profesional. El autor analiza la normativa vigente, la legislación comparada, la doctrina nacional y en valiosas notas al pie las citas jurisprudenciales, además al concluir cada capítulo incluye una vasta síntesis de fallos inéditos a 1992, elementos muy útiles para el ejercicio profesional. Con posterioridad, en el año 2000, la Dra. María Josefa Méndez Costa publicó el texto "Visión jurisprudencial de los alimentos" (Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000) que aporta mayor cantidad de fallos publicados, pero un estudio completo sobre la materia alimentaria requiere la utilización de ambos textos, ante el profundo análisis de los aspectos sustanciales en la obra del Dr. Bossert.

Además, analiza temas que no es frecuente encontrar en una obra sobre alimentos, como ser: la vía procesal para exigir la contribución del progenitor que tiene la guarda, o la responsabilidad alimentaria cuando hay hijos que no conviven con el mismo progenitor; o el supuesto de alimentos cuando el hijo se halla en el extranjero.

Es novedoso el tratamiento de los alimentos entre cónyuges durante la convivencia y su planteo de determinar la obligación alimentaria en función de los roles que cada uno desempeña, para adecuar el principio de igualdad al funcionamiento de cada grupo familiar y a los roles que efectivamente pueden ser cumplidos, porque el derecho alimentario no debe convertirse en una incitación al ocio, ni en un elemento de injusticia o abuso de derecho. También desde esta perspectiva y basado en legislación comparada y fallos, trata las consecuencias del trabajo de la mujer y de la renuncia del hombre al empleo o su despido laboral.

Como muestra de la amplitud del estudio efectuado por el Dr. Bossert, se puede mencionar la propuesta de incorporar otros elementos que integren la cuota alimentaria, como ser: cursos de idioma, actividades deportivas, gastos de veraneo, viaje de egresados.

La obra brilla por su claridad en la redacción y metodología pues, en cada tema brinda los aspectos sustanciales, con opiniones objetivas y fundadas, y los aspectos procesales, que tornan fácil y placentera su lectura.

El autor explica que la solución a la problemática de los alimentos por la naturaleza de los vínculos conflictivos que trata, requiere un particular análisis que se adecue a las circunstancias personales y económicas de las partes. Esta obra logra ese análisis y contribuye, desde su perspectiva de mantener los roles familiares y evitar conductas abusivas, a evitar el incumplimiento de la obligación alimentaria.

MARÍA ELISA PETRELLI DE ALIANO

I GRANDI SISTEMI GIURIDICI. INTRODUZIONE AI DIRITTI EUROPEI ED EXTRAEUROPEI,

MARIO G. LOSANO.

(Roma-Bari, Editori Laterza, 2000, 550 págs.)

Mario G. Losano, autor de varios trabajos de relevancia, entre los que merecen mencionarse *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla Scuola storica* (1968), los tres volúmenes que integran el *Corso di Informatica Giuridica* (1985-1986), y un reciente artículo sobre *Los grandes sistemas jurídicos* (1997), ofrece en esta oportunidad, ampliamente corregida y enriquecida, la tercera edición de una obra que, dedicada a la enseñanza universitaria italiana de teoría general del derecho, y destinada por primera vez a las prensas en 1978, fue traducida en 1979 al portugués y en 1981 al castellano.

Catedrático de la *Università degli Studi di Milano* y maestro de toda una joven generación de investigadores preocupados por indagar en la evolución de las distintas culturas jurídicas, en el curso de este libro Losano dedica un esfuerzo monumental tendiente a presentar sintéticamente la génesis y evolución de lo que, para él, constituyen los grandes sistemas jurídicos actuales, vale decir el continental europeo, el anglosajón, el ruso-soviético, el iberoamericano, el islámico, el indio, el asiático oriental y el africano.

En este orden de cosas, corresponde indicar aquí que, partiendo expresamente de la pretensión de superar el tradicional etnocentrismo de los juristas europeos, y fundada en el prolijo examen de las experiencias jurídicas concretas, esta investigación sobre las raíces de los distintos derechos positivos ofrece un apasionante cuadro de la evolución jurídica mundial, panorama que al decir de su autor bien puede considerarse como una historia de la globalización del derecho.

En cuanto al interés que suscita *I grandi sistemi...*, y al margen del inmenso valor que se le adjudica en la obra a la tradición jurídica iberoamericana —como que se dedica a su análisis alrededor de ochenta

páginas—, es probable que el lector argentino considere particularmente valiosos los capítulos dedicados a estudiar aquellas experiencias jurídicas que le resultan prácticamente desconocidas, como la rusa, la china o la india. Asimismo, dicho lector también encontrará útiles sus completas referencias bibliográficas y su nutrido índice analítico.

EZEQUIEL ABÁSULO

**“LA RETÓRICA COMO PRAGMÁTICA
Y HERMÉNEUTICA”. BEUCHOT, MAURICIO.**
(Barcelona, Anthropos, 1998, 159 págs.)

Como hace notar PERELMAN, para el honesto intelectual contemporáneo, la palabra “retórica” evoca locuciones floridas, galantes, pero vacías. Ciertamente o no, podría uno preguntarse por qué esta disciplina o *arte* ya no figura en los programas de Derecho en las Universidades, cuando fue otrora, en la Antigüedad y en la Edad Media hasta el Renacimiento, un saber de considerable importancia.

Bastaría recordar que fue en Roma, hacia el año 100, la asignatura central de la formación cultural de aquellos estratos sociales de los que procedían los juristas. Si bien es cierto que en Grecia PLATÓN atacaba a los sofistas y maestros de retórica porque estaban más preocupados de adular a sus auditores que de enseñarles la verdad, no es menos cierto que es obra de su discípulo, ARISTÓTELES, el mejor tratado sobre retórica que se ha escrito. La Edad Media y el Renacimiento entendieron y cultivaron la retórica que, junto con la Gramática y la Lógica integraba el *trivium*, *corpus* de doctrina que resumía la enseñanza sermocinal. La Edad Moderna, con su racionalismo hegemónico, marginó el arte de la retórica.

Casi ignorada desde entonces, la retórica comienza a recibir nuevo impulso a partir de estudios iniciados en la segunda mitad del S. XX. Obras clásicas de retórica, como la *Institutio oratoria* de QUINTILIANO; el *De oratore* y *De inventione*, de CICERÓN; y la misma *Retórica*, de ARISTÓTELES vuelven a editarse con nuevas traducciones y comentarios. También comienzan a aparecer estudios históricos de esta disciplina. El de MAURICIO BEUCHOT es uno de ellos.

Esta obra de BEUCHOT recorre, a través de algunos de sus cultivadores y escritores más importantes, la evolución de la retórica como arte destinado a la persuasión. El libro es útil a este efecto. Ilustra con brevedad y economía los distintos aportes de cada autor abordado, detallando sus obras más importantes. En la bibliografía citada al final se añaden las traducciones y comentarios que están hoy a nuestro alcance.

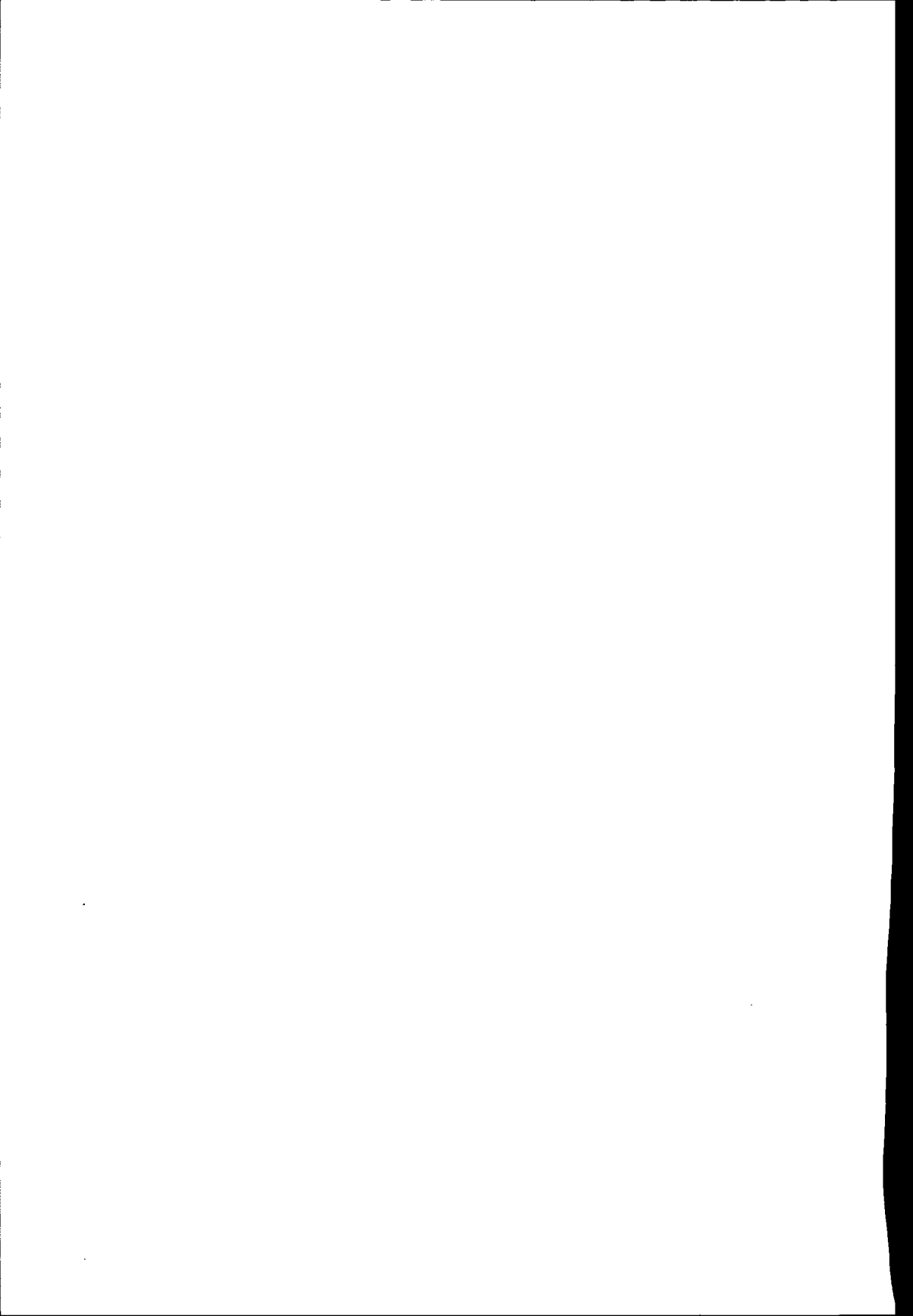
Comienza el estudio por ARISTÓTELES (S IV a.C.) y su *Retórica* del bien común. Continúa con CICERÓN (S I a.C.), preocupado en su *De oratore* por la formación integral del orador. Luego, BOECIO (S VI) quien en el libro cuarto de su *De topicis differentiis* se ocupa de señalar las vinculaciones entre la Tópica y la Retórica. ROBERTO KILWARDBY (s XIII), en su *De ortu scientiarum* trata de establecer el lugar de la Retórica entre los saberes. SAN VICENTE FERRER (S XIV), quien movía multitudes a través de su prédica, en su *Tratado de la vida espiritual* demuestra un excelente dominio del arte. REMIGIO RUFO (S XVI), de la escuela de RAIMUNDO LULIO (S XIII), rescata obras e ideas de su predecesor en orden a una retórica al servicio del conocimiento. FRAY LUIS DE GRANADA (S XVI), quien escribió numerosas obras sobre retórica, entre ellas *Seis libros sobre retórica eclesiástica*, busca el modo de penetrar la afectividad del oyente. PASCAL (S XVII), en su *De l'esprit géométrique et de l'art de persuader*, intenta conciliar razón y afectos. Ya en el S XX, en lo que puede llamarse el rescate de la retórica, CHAIM PERELMAN desarrolla el concepto de auditorio y la importancia de su conocimiento en la persuasión; su obra más importante es el *Tratado de la argumentación*, en colaboración con la profesora *Olbrechts-Tyteca*. GADAMER (S XX) aborda la retórica desde una perspectiva lingüística, cf. *Rhétorique, herméneutique et critique de l'idéologie*. Y finalmente, PAUL RICOEUR (S XX) vincula retórica y hermenéutica, cf. *Rhétorique-Poétique-Herméneutique* y *La métaphore viva*.

Dos palabras sobre el título de la obra. El autor coloca la retórica entre la *hermenéutica*, disciplina que trata de interpretar el significado de un texto a sabiendas que la subjetividad del hermeneuta se deslizará indefectiblemente en tal interpretación, y la *pragmática*, disciplina que busca el auténtico significado de un texto, es decir, la sola intencionalidad del autor, prescindiendo de la del intérprete. La *retórica* aunaría estas dos disciplinas en miras a la persuasión. Pero la idea sólo se esboza, más que nada en el título, y algo en el capítulo previo a las conclusiones titulado *Retórica y Filosofía*.

MAURICIO BEUCHOT es profesor de la Facultad de Filosofía de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y ha publicado *Ensayos magistrales sobre Aristóteles* (1985); *Hermenéutica, lenguaje e inconsciente* (1989); *Hermenéutica, psicoanálisis y literatura* (1991), entre otras obras.

JAVIER BARBIERI

DOCUMENTOS



UN NUEVO HUMANISMO PARA LA VIDA DE LA UNIVERSIDAD

PEDRO MORANDÉ COURT*

El lema con que hemos venido desde nuestros claustros universitarios a celebrar con gozo esta jornada jubilar, "La Universidad para un nuevo humanismo", nos hace renovar el sentido de nuestra vocación y misión de "diaconía de la verdad" en el corazón de cada una de las culturas que aquí representamos. Pero no podríamos ser portadores de esperanza para la vida de la sociedad si no encarnamos con sabiduría que anunciamos en nuestras propias comunidades universitarias. Por ello, quisiera referirme a la importancia de un nuevo humanismo para renovar la vida de la Universidad.

La aparición de orientaciones "humanistas" a lo largo de la historia ha tenido siempre un rasgo paradójico: nacen de la conciencia de que existe en ese momento histórico-cultural una profunda deformación de la vida humana en medio de las costumbres e instituciones sociales, un abandono o descrédito de aquello que, aún confusa y oscuramente, se tiene todavía por lo más natural y propio de la vida humana. Hay así en todo humanismo una denuncia de inhumanidad y un genuino y a veces angustioso deseo de devolver al ser humano sobre su centro, sobre la fuente de su dignidad.

Nuestra época no es, a este respecto, una excepción. La conciencia humana quedó estremecida después de las dos guerras mundiales, después de Auschwitz y de los Gulags, ante la comprobación de que los actos más irracionales y destructivos de la dignidad humana se realizan ahora con los medios más racionales que el ser humano ha podido crear en virtud de su ciencia. La conmoción producida por estos hechos

* Pontificia Universidad Católica de Chile

creó el ambiente propicio para proclamar solemnemente la Declaración Universal sobre los Derechos Humanos en 1948 a la que han adherido la mayoría de los Estados del mundo. Pero sabemos que no ha sido suficiente. Los profundos cambios sociales introducidos desde entonces por la innovación tecnológica en la biología, la informática y las comunicaciones sociales no han sido acompañados por un fortalecimiento congruente de la conciencia moral, perdiendo ésta incluso su capacidad de estremecerse ante los actos de inhumanidad. La legalización del aborto ha tenido, en este contexto, un significado emblemático, puesto que es un signo de la amenaza más general de consagrar la "tiranía de los fuertes sobre los débiles" como principio rector de la convivencia humana, con su secuela de discriminación e inequidad tanto a nivel de las relaciones interpersonales, como en el nivel más "globalizado" del intercambio económico y de las relaciones internacionales.

La denuncia de inhumanidad implicada en toda proposición humanista, sin embargo, no ha logrado superar siempre sus propias contradicciones, especialmente, al pasar del momento de la crítica al reconocimiento de la positividad de lo humano. La pretensión de Protágoras según la cual, "el hombre es la medida de todas las cosas", ha simbolizado, en cierto sentido, la paradoja de todo humanismo. Por una parte, quiere valorar la condición racional humana como aquello que distingue cualitativamente al hombre de todos los demás entes que existen. Por otra, esta misma diferenciación lleva aparejada la tendencia a la idolatría de la razón, a su entronización como principio y fundamento de toda verdad. Por ello, la historia del humanismo ha sido también la historia de la corrupción del humanismo. Por él atraviesa esa profunda, pero a veces irreconocible diferencia a los ojos del mundo, entre quien ama de verdad la sabiduría (el filósofo) y el sofista, entre quien experimenta la inteligencia como una apertura radical frente a la realidad y su significado, para comprenderla en la unidad de todos sus factores, y quien clausura la razón sobre sí misma, valorando la inteligencia por su capacidad de manipular la realidad sin otro límite que los medios técnicos disponibles.

Fides et Ratio nos ha proporcionado una mirada profunda sobre la situación del pensamiento moderno en relación a este dilema y sobre el divorcio consiguiente entre la razón y la sabiduría. Eclecticismo, científicismo, historicismo, pragmatismo y nihilismo,¹ son las variantes que menciona la Encíclica del itinerario del así llamado "pensamiento débil", el cual, despreciando los datos de la Revelación, ha terminado por minar la confianza misma en la capacidad de la razón para buscar la unidad y el fundamento de lo real. Cuando se desconfía de la capacidad racional y sapiencial que es fruto de la unidad de la razón y de la fe en la contemplación de la verdad, nos advierte, el hombre pierde toda dimensión objetiva para mirar los sucesos de la historia, pudiendo llegar a las arbitrariedades más extremas y a las peores denigraciones de su dignidad.

Como universitarios, sabemos que este dilema no sólo afecta hoy el ambiente cultural de esta época, que valoriza la dimensión instrumental de la ciencia y de la técnica por encima de cualquier consideración relativa a la moralidad de los actos

¹ Cfr. *Fides et Ratio*, 85-91.

humanos, sino que afecta también a la propia Universidad, al sentido de nuestro trabajo cotidiano y, consiguientemente, a la actitud con que miramos nuestra vocación de servicio a las personas y a las culturas en las que vivimos inmersos. Como dijo una vez Chesterton, "el sabio es quien quiere asomar su cabeza al cielo", al infinito, en tanto que el loco es "quien quiere meter el cielo en su cabeza", creyéndose, precisamente, la medida de todo. Este es también el dilema del humanismo actual al que nos vemos enfrentados cotidianamente en la docencia e investigación.

La Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae*, nuestra *Carta Magna*, resumió lo esencial de la tradición universitaria afirmando que ella "es un conjunto de personas reunidas por el gozo de buscar la verdad, de descubrirla y de comunicarla en todos los campos del conocimiento".² Puso con ello la persona humana en el centro. Dotada de capacidad racional y de voluntad libre, es la persona quien experimenta en sí misma y en la comunión con otros maestros y discípulos el gozo por la verdad, manifestando el inagotable deseo humano de encontrar el esplendor de la belleza, la perfección y gloria de la obra y de su artífice. Una tal visión sería, sin embargo, unilateral e ingenuamente positiva, si no considerara simultáneamente su contracara. El gozo por la verdad tiene como contraparte el horror a la mentira y a la impostura, el vivo deseo de evitar todo sofisma y de aprisionar la verdad en la injusticia, como previene San Pablo. Preferir la verdad a la mentira no es solamente un acto propio de la capacidad cognoscitiva del intelecto humano, sino también un acto propio de la libertad que busca el bien, y con ello, la realización plena del sentido de la existencia.

Si la Constitución ha puesto de relieve precisamente en este tiempo la dimensión contemplativa del intelecto humano, es porque reconoce que ha sido duramente cuestionada por la cultura moderna y, como consecuencia, la misma Universidad ha sido hondamente transformada. Primero, la ciencia positiva desplazó a la teología y la filosofía de su rol integrador de los distintos saberes, perdiéndose una visión unitaria de la realidad. La búsqueda de la unidad fue sustituida por la aceptación de la fragmentación y la sobrevaloración de la especialización. Más recientemente, las propias ciencias positivas han sido desplazadas en su peso relativo por las disciplinas técnicas de alta demanda social. Las universidades han devenido, en gran medida, institutos politécnicos de capacitación para el trabajo con espacios cada vez más reducidos para el desarrollo de la visión contemplativa de la inteligencia.

Si en el pasado el dilema del humanismo podía comprenderse a partir de la opción entre antropocentrismo y teocentrismo, hay que reconocer, sin embargo, que la racionalidad cultural actualmente emergente ni siquiera es antropocentrista, sino más bien antropofóbica. El centro de gravedad lo ha ocupado la tecnología misma, con la consecuente homologación de lo "natural" y de lo "artificial". La tendencia dominante parece ser la de poner la vida, la técnica y la sociedad bajo el paradigma común de lo que podría llamarse, la pretensión de una "evolución autocontrolada". Lo que está en discusión actualmente no es sólo la verdad del hombre, sino de la

² *Ex Corde Ecclesiae*, 1.

cración entera, o incluso si se quiere, la verdad misma. Diferenciación, variedad y autoselección aparecen como los conceptos claves de un pensamiento constructivista y autorreferencial que no busca otro fundamento que el replicarse a sí mismo en todos los planos que logra distinguir.

Surge entonces la pregunta: ¿Es la pérdida del sentido metafísico de la unidad de lo real verdaderamente el problema de complejidad evolutiva que ha vuelto imposible la existencia de un punto de observación para el conjunto de las conductas humanas o se trata más bien de una renuncia deliberada a la inteligencia contemplativa, a su contenido propio, que es la verdad, y a la justificación que de ella nace para la libertad? Este mismo interrogante puede formularse también, dramáticamente, en el plano antropológico: ¿Es la persona humana, *única completa e indivisible, el único sujeto óntico de la cultura, su objeto y su término, como afirmó solemnemente el Santo Padre ante la UNESCO*³, o la organización funcional de la sociedad ya no reconoce ninguna realidad finita como indisponible y todo lo que tiene existencia social está sometido a criterios de eficiencia que suponen la comparabilidad y la sustituibilidad?

Nietzsche describió agudamente el nihilismo como aquella situación en que *"falta la finalidad, falta la pregunta por el por qué"*.⁴ Si la razón no puede descubrir la finalidad de los actos humanos, entonces tampoco puede reconocer una norma objetiva y absoluta, inconmensurable para el hombre, desde la cual orientar la acción humana en la sociedad hacia su fin natural. Por ello, *Fides et ratio* nos invita a recuperar la memoria de las grandes figuras filosóficas y teológicas cristianas, para afirmar, una vez más, que la razón no tiene su fundamento en la necesidad de autorregulación de los procesos naturales, sociales o políticos en busca de equilibrios sustentables, sino en las exigencias del corazón humano que busca un significado para su presencia en el mundo. Como de modo admirable ha sido expuesto en la tradición metafísica de la Iglesia, el deseo de verdad pertenece a la naturaleza misma del hombre⁵. Sin embargo, la misma tradición enseña que este deseo humano de infinito descubre pronto su propia finitud y la búsqueda de una verdad universal y absoluta debe aceptar la precariedad e incompletitud de lo conocido. La razón humana alcanza, de este modo, el umbral del Misterio, el cual puede presentir y desear ardientemente conocer, mas no puede por sí sola penetrar. Sólo la fe es capaz de cruzar este umbral, puesto que ella es una luz que no proviene del ser humano sino de Dios mismo.

Tanto la Constitución *Ex Corde Ecclesiae* como la Encíclica *Fides et ratio* constituyen dos documentos proféticos para la Evangelización de la Cultura de cara a los desafíos de este comienzo de milenio. La primera de ellas señala que *"nuestra época tiene la necesidad urgente de esta forma de servicio desinteresado que es el de proclamar el sentido de la verdad, valor fundamental sin el cual desaparecen la libertad, la justicia y la dignidad del hombre... Por lo cual, (la universidad) sin temor alguno,*

³ Discurso de S.S. JUAN PABLO II ante la UNESCO, 2 de junio de 1980, §§ 7 y 8.

⁴ NIETZSCHE, FEDERICO, *La voluntad de poderío*, Edaf, Madrid 1981, Pág. 33.

⁵ Cfr. *Fides et ratio*, 3.

antes bien con entusiasmo trabaja en todos los campos del saber, conscientes de ser precedida por Aquel que es... el Logos, cuyo Espíritu de inteligencia y de amor da a la persona humana la capacidad de encontrar con su inteligencia la realidad última que es su principio y su fin⁶.

Por su parte, *Fides et ratio* nos exhorta a la renovación de la mirada contemplativa sobre el mundo en el doble sentido de *transformar el saber en sabiduría* y de *pasar del fenómeno al fundamento*. Ambos aspectos son esenciales a la vocación universitaria. En la Universidad no sólo se elabora un pensamiento que refleja la síntesis del saber, sino que ese saber se hace persuasivo para quien lo conoce sólo cuando se encarna en personas, es decir, cuando encierra una verdad sobre la que se puede tener experiencia y dar testimonio. Se hace entonces sabiduría. Buscar el *fundamento* es la necesaria consecuencia de esta actitud. Para quien busca tener experiencia de la verdad y de su significado, no puede ser satisfactoria la mera descripción de los fenómenos que estudia. La cuestión del fundamento aparece en el horizonte de la razón precisamente cuando ella se atreve a formular la *pregunta por la finalidad, por el por qué*. En ella se expresa la tensión entre lo finito y lo infinito, entre lo condicionado y lo incondicionado, conquistando para la razón la libertad necesaria para superar su ensimismamiento y abrirse al significado objetivo de todo lo que existe.

La *communio* universitaria da testimonio de que es posible realizar humanamente en la propia vida lo que el pensamiento formula como integración entre razón y fe. Ambas confluyen a la realización de la humanidad misma de quienes persiguen, con humildad, comprender la verdad de todo lo que existe como verificación y cumplimiento de su propia vocación. La *communio* universitaria sólo se puede construir desde la convergencia de la libertad de cada uno con la participación en el *bien común* que representa la verdad compartida, custodiada y fielmente transmitida.

Tratándose de una "*diaconía de la verdad*" esta actitud de servicio no puede dejar de tener una dimensión crítica. El amor al destino de cada ser humano obliga a descubrir y denunciar el error, la mentira, el sin sentido, el sofisma. La gran tentación de la Universidad en esta época es orientar la búsqueda de su saber por el prestigio, la utilidad, y la recompensa social, sacrificando a ellas la verdad. ¿Puede haber una corrupción mayor que la intelectual, que llama *bien* al *mal* y que aprisiona la verdad en la injusticia? Es preciso reconocer que vivimos hoy un ambiente intelectual enrarecido y que el nihilismo ha penetrado en la propia universidad. La consideración instrumental, pragmática o escéptica de la verdad sólo puede florecer allí donde se ha perdido el gusto por la vida, por el gozo de la verdad.

La posibilidad de un nuevo humanismo pasa por la santidad de la vida intelectual y universitaria. Debemos preguntarnos si ella ha logrado penetrar en las universidades a partir del oficio mismo del profesor y del estudiante, si la santificación como finalidad de la vida ha logrado entrar a las aulas, a los laboratorios, a las bibliotecas y a los curricula o ha permanecido más bien en los patios, en las actividades

⁶ *Ex Corde Ecclesiae*, 4.

extraprogramáticas. Pareciera que se ha encontrado en los claustros un sustituto funcional para la santidad en el concepto de "excelencia académica", que suele definirse operacionalmente por la aceptación social, por el prestigio, por la acreditación de terceros o por la propia autoevaluación. No deja lugar para la acción de la gracia, sino sólo para el autoesfuerzo.

La comunidad univesitaria, como los profesores, requerimos una profunda conversión para llegar a ser hijos en el Hijo. Decía Santo Tomás que "*todo conocedor conoce a Dios implícitamente en todo lo que conoce*". Por ello se puede hablar propiamente de dimensión contemplativa del conocimiento y no de un mero constructivismo intelectual. La verdad se nos da al conocimiento en el carácter creatural de todo lo que existe y exige, de nuestra parte, la actitud receptiva, de apertura a Dios que habla por medio de su obra. Y aunque el Logos de Dios se manifiesta en toda su plenitud con la encarnación del Verbo, esta plenitud no contradice el conocimiento natural de la obra divina, sino que lo lleva al esplendor de su verdad. Como dice el himno de Colosenses, "*todo fue creado en El y para El. El es ante que todo y todo subsiste en El*".⁷ Así, la implicación de Dios en el acto del conocimiento y en el objeto conocido, adquiere el rostro de Cristo, en quien todo subsiste. La finalidad de la vida intelectual, el gozo de buscar, descubrir y comunicar la verdad, es el gozo de buscar, descubrir y comunicar la presencia de Cristo en todo.

Desde el horizonte nihilista, la búsqueda de la consistencia de todo lo real se pretendió encontrar en la voluntad de poder, primero, y en la autorreferencia y autosustentación tecnológica, en nuestros días. En esta perspectiva se hace incomprendible la gratitud del don de sí mismo y la experiencia de la comunión entre las personas. Pero tal experiencia efectivamente existe. Ella se oculta a los ojos de la violencia y de la manipulación instrumental, pero se revela a la mirada contemplativa que descubre el Misterio presente en el mundo como misericordia y sabiduría de Dios. De ella los cristianos damos testimonio.

De la conversión de la Universidad a su misión original dependerá, en gran medida, la capacidad que tenga la cultura de los próximos siglos de superar la tragedia del nihilismo, su arbitraria y autodestructiva separación entre razón y voluntad su proclamación de la neutralidad de la razón y de la técnica frente a Dios y al destino del hombre, su imposición de una lógica neo-malthusiana de la sobrevivencia del más fuerte. El camino trazado por *Fides et ratio* es el de la racionalidad sapiencial que busca el sentido último de todo. Para que ese camino pueda ser recorrido, es indispensable que la *communio* universitaria renueve su deseo de conversión a Cristo, desde la nobleza de su propio oficio universitario. Ese es para nosotros el umbral de la esperanza que el Santo Padre nos invita a cruzar.

⁷ Col. 1, 16-17.

Este libro se termino de imprimir
en el mes de Octubre de 2001.
IMPRESIONES SUD AMERICA
Andres Ferreyra 3769 Capital Federal.