

PRUDENTIA IURIS

NÚMERO ANIVERSARIO

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



Octubre 2020
Buenos Aires, Argentina.

ISSN: 0326-2774 (impresa)
ISSN: 2524-9525 (en línea)

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

Rector

Dr. Miguel Ángel Schiavone

Vicerrector de Integración

Pbro. Gustavo Boquín

Vicerrectora de Investigación e Innovación Académica

María Clara Zamora de Najún

Secretario Académico

Gabriel Limodio

Administrador General

Horacio Rodríguez Penelas

FACULTAD DE DERECHO

Dr. Pablo Garat

Decano

Dr. Daniel Herrera

Director de Carrera

Dr. Carlos Muñiz

Secretario Académico

Dr. Fernando Ubiría

Director del Doctorado en Ciencias Jurídicas

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere

Director de Investigación Jurídica Aplicada

Dr. Gustavo Costa Aguilar

Director de Posgrado

Dra. Cristina Marín Henriquez

Directora de la carrera de Martillero/Gestión y Dirección de Bienes

Dr. Néstor Raymundo

Director de Relaciones Institucionales

Director de la Revista

Dr. Jorge Nicolás Lafferriere
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Secretaria de Redacción

Dra. Débora Ranieri de Cechini
(Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina,
Buenos Aires, Argentina)

Asistente Editorial

Estefanía Rogora

Comité Editorial

Gabriel Limodio

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Daniel Herrera

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Francesco D'Agostino

(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Carlos I. Massini Correas

(Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina)

Raúl Madrid

(Pontificia Universidad Católica de Chile,
Santiago de Chile, Chile)

Joaquín García Huidobro

(Universidad de Los Andes, Santiago, Chile)

Rafael Santa María D'Angelo

(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Andrés Ollero

(Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, España)

Consejo Académico

Eduardo Quintana

(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Rodolfo Vigo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eduardo Ventura
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Félix Adolfo Lamas
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Florencio Hubeñak
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Jorge Guillermo Portela
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Pedro Coviello
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Eugenio Palazzo
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Laura Corso de Estrada
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Fernando Ubiría
(Pontificia Universidad Católica Argentina,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Marcelo U. Salerno
(Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Luis Fernando Barzotto
(Universidad Federal de Porto Alegre,
Porto Alegre, Brasil)

Wambert Gomes Di Lorenzo
(Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul,
Porto Alegre, Brasil)

Claudio Sarteà
(Libera Università Maria SS. Assunta, Roma, Italia)

José Chávez Fernández Postigo
(Universidad Católica San Pablo, Arequipa, Perú)

Gabriella Gambino
(Universidad de Roma Tor Vergata, Roma, Italia)

Fernando Toller
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Alfonso Santiago
(Universidad Austral, Pilar, Argentina)

Renato Rabbi Baldi Cabanillas
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Héctor Iribarne
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Juan Cianciardo
(Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires)

Ligia de Jesús
(Ave María Law School, Florida, Estados Unidos)

Iván Garzón Vallejo
(Universidad de La Sabana, Chía, Colombia)

Ángela Vivanco
(Universidad de Santo Tomás de Aquino, Santiago de Chile, Chile)

Francesco Viola
(Universidad de Palermo, Palermo, Italia)

Mauro Ronco
(Universidad de Padova, Padua, Italia)

José Tobías
(Universidad de Buenos Aires,
Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina)

Hernán Mathieu
(Universidad Católica de La Plata, La Plata, Buenos Aires)

Ilva Myriam Hoyos
(Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colombia)

Carlos Barbé Delacroix
(Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay)

Carlos Martínez de Aguirre
(Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España)

PRUDENTIA IURIS

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

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

Entre nuestros destinatarios se encuentran profesores, investigadores, legisladores, jueces, abogados y estudiantes de las Ciencias Jurídicas, como así también bibliotecas de Universidades, Centros de Investigación y otros organismos. La publicación mantiene intercambio con aproximadamente 350 publicaciones, tanto nacionales como extranjeras.

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

Prudentia Iuris se encuentra incluida en la base de datos ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Académico y REBIUN. Los contenidos también pueden ser encontrados en Open Journal System (OJS) en el portal de la Pontificia Universidad Católica Argentina (<http://erevistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>) y en la Biblioteca Digital de la Universidad.

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

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar; <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>.

Prudentia Iuris is a biannual Journal of the School of Law of the Pontifical Catholic University of Argentina “Santa María de los Buenos Aires”, which is aimed at developing a framework of legal thinking consistent with the basic principles of justice and natural order, illuminated by faith (*Prudentia Iuris*, no. 1, August 1980, p. 3).

The Journal covers the following fields: Philosophy of Law (Natural Law, Legal Theory, Legal Principles and Concepts); Public Law (Constitutional, Administrative, Labor and Employment, Social Security), Private Law (Civil and Business Law); History of Law; Canon Law; Comparative Law.

Its subscribers include professors, researchers, legislators, judges, lawyers and students of legal science as well as university libraries, research centers and other public agencies. The journal maintains exchanges with approximately 350 national and foreign publications.

In the last pages we include the Publication Standards for authors with the evaluation system used for the selection of the articles that are included for publishing (peer-review system). The authors of published articles also transfer their rights to the publisher, in a non-exclusive basis, to incorporate its digital version to the institutional repository of the Pontifical Catholic University of Argentina as well as other relevant databases.

Prudentia Iuris is included in the database ERIH Plus, Fuente Académica Premier (EBSCO), Catálogo Latindex, Dialnet, CLASE, Google Scholar, and REBIUN. All content can also be found in the Digital Library of the University and in the Open Journal System (OJS) of the University (<http://revistas.uca.edu.ar/index.php/PRUDENTIA>).

For subscriptions, swaps, paper submissions and correspondence:

Revista *Prudentia Iuris*, Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina, Avda. Alicia Moreau de Justo 1400, CP 1107, Buenos Aires, Argentina, prudentia_iuris@uca.edu.ar, <http://www.uca.edu.ar/index.php/site/index/es/uca/facultad-derecho/publicaciones/prudentia-iuris/>

ISSN: 0326-2774 (versión impresa)

ISSN: 2524-9525 (versión en línea)

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Buenos Aires, Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO

OCTUBRE 2020 – NÚMERO ANIVERSARIO

SUMARIO

Presentación	15
SANZ, Carlos R. La respuesta del Derecho Natural clásico a los desafíos del siglo XXI. <i>(The classic Natural Law response to the challenges of the XXI century)</i>	19
LAMAS, Félix Adolfo Gnosticismo, Derecho y ley natural. <i>(Gnosticism, Law and Natural Law)</i>	31
HERRERA, Daniel Alejandro En defensa de los principios de Derecho Natural. <i>(In defense of the principles of Natural Law)</i>	47
MASSINI-CORREAS, Carlos Tomás de Aquino y la ley natural. Interpretaciones cruzadas de <i>Summa Theologiae I-II, 94, 2. (Tomas de Aquino and the Natural Law Summa Theologiae cross interpretations I-II, 94, 2)</i>	63
VIGO, Rodolfo Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho. <i>(From legal voluntarism to practical reason in Law)</i>	79
VIOLA, Francesco Natural Law Theory in Italy. <i>(Teoría del Derecho Natural en Italia)</i>	97
RONCO, Mauro Giambattista Vico e la verità del diritto. <i>(Giambattista Vico y la verdad de la ley)</i>	117
MAINO, Carlos Alberto Gabriel El bien común político. <i>(The political common good)</i>	133

SUMARIO

CASTAÑO, Sergio Raúl Apostilla sobre el término “Estado” y sobre el binomio “Estado y sociedad civil”. (<i>Marginal note on the term “State” and on the binomial “State and civil society”</i>)	149
PORTELA, Jorge Naturaleza y teoría política en John Locke y Jean Bodin. (<i>Nature and political theory in John Locke and Jean Bodin</i>)	157
SANTIAGO, Alfonso Algunos desafíos del Derecho Constitucional del siglo XXI. (<i>Some challenges of the Constitutional Law of the XXI century</i>).	175
D’AGOSTINO, Francesco Il multiculturalismo e il suo destino. (<i>El multiculturalismo y su destino</i>).....	189
GARAT, Pablo María El federalismo como expresión del principio de subsidiariedad. (<i>Federalism as an expression of subsidiarity principle</i>)	199
BARZOTTO, Luis Fernando El Estado de Derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (<i>The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights</i>)	213
RANIERI DE CECHINI, Débora La paradoja de la neutralidad estatal contra la libertad religiosa: una interpretación desde sus presupuestos. (<i>The paradox of state neutrality against religious freedom: an interpretation from their budgets</i>).....	223
DE LA RIVA, Ignacio M. Las transformaciones del Derecho Administrativo. ¿Ante un cambio de época? (<i>The transformations of Administrative Law. In the face of a change of time?</i>).....	235
DE LEZICA, Miguel Aportes tomistas para una noción de delito. (<i>Tomist contributions for a notion of crime</i>).....	251

SUMARIO

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del Derecho Penal. (<i>The administrative sanction and the guarantees of Criminal Right</i>)	263
LIMODIO, Gabriel De la dogmática al realismo jurídico en la teoría de los hechos y actos jurídicos. (<i>From dogmatic to legal realism in the theory of facts and legal acts</i>)	281
SALERNO, Marcelo Urbano Hacia una renovación de la doctrina en el Derecho Civil: estilo y contenidos. (<i>Towards a renewal of doctrine in Civil Law: style and contents</i>)	299
MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos Con la naturaleza hemos topado. Reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo Derecho de Familia. (<i>With nature we have come across. Reflections on strategies for presenting Natural Law in line with the new Family Law</i>)	309
DE MARTINI, Siro M. A. Ni varón ni mujer. Reflexiones en torno a la ley de identidad de género. (<i>Neither male nor female. Reflections on the gender identity law</i>).	323
LAFFERRIERE, Jorge Nicolás ¿Hacia dónde va el bioderecho? (<i>Where is bio-law going?</i>)	337
SARTEA, Claudio Exigencias de la vulnerabilidad al bioderecho. (<i>Demands of vulnerability to Bio-law</i>)	351
RABBI-BALDI CABANILLAS, Renato La filosofía jurídica “prosopológica” de Jean-Marc Trigeaud ante las interpelaciones contemporáneas de la bioética. (<i>Jean-Marc Trigeaud’s “prosopological” legal philosophy in the face of contemporary bioethical questions</i>)	365
OLLERO, Andrés Genética, individuo y familia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. (<i>Genetics, individual and family in the jurisprudence of the Spanish Constitutional Court</i>)	377

SUMARIO

MADRID RAMÍREZ, Raúl
Discurso académico y libertad de cátedra. (*Academic discourse and
academic freedom*) 391

PRESENTACIÓN

En agosto de 1980 nacía la revista *Prudentia Iuris* “para dar testimonio de lo que la Escuela [de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina] tiene de más esencial y profundo, de lo que constituye su razón de ser como instituto de investigación y docencia: la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural, iluminados por la Fe” (*Prudentia Iuris*, nro. 1, 1980, p. 3). El Decano de la Facultad, Dr. Santiago de Estrada, asumía la Dirección y el Consejo de Dirección estaba compuesto por Carlos M. Bidegain, Luis C. Cabral, Alfredo Di Pietro, Liniers de Estrada y Bernardino Montejano. La Junta Asesora la conformaban R. P. Domingo Basso, Jaime Luis Anaya, Juan Bargalló Cirio, Juan Alfredo Casaubón, Werner Goldschmidt, Justo López, Jorge Joaquín Llambías y Luis M. de Pablo Pardo.

Cuarenta años después nos enorgullecemos de poder celebrar una trayectoria coherente con sus objetivos iniciales, de grandes contribuciones a la reflexión intelectual sobre el Derecho y la Justicia, sostenida en el tiempo merced al notable esfuerzo de una comunidad académica vital y prestigiosa. *Prudentia Iuris* ha procurado ser fiel a su mandato original, perseverando en el propósito de ser “reflejo de la tarea ardua y cotidiana que, dentro de la concepción genérica y del ámbito de nuestra Universidad, especifica a su Escuela de Derecho” (ídem.).

El primer número se iniciaba con un extracto del libro *La Justicia y el Derecho* (2ª ed., Ed. CCC, 1945, pp. 235/242), de Tomás D. Casares, que tenía por finalidad rendir homenaje al distinguido jurista y ahondar en el significado del título elegido para la nueva revista: “[...] la función legislativa y la judicial están colocadas en un punto intermedio que debe comunicar a un mismo tiempo con la eminencia de los principios y con todas las sinuosidades de lo concreto. La consideración de algunos aspectos de ellas puede concluir de mostrar el modo de inherencia de los principios en lo concreto, la relación vital de lo absoluto con lo contingente en la realidad jurídica que es el Derecho Positivo. El análisis de la virtud de prudencia que debe regir

la tarea legislativa y la judicial conduce a la intimidad de esta cuestión [...]” (*Prudentia Iuris*, nro. 1, 1980, p. 5).

La Revista ha sido testigo de profundas transformaciones en el orden social, cultural, político, económico e internacional operadas en el cambio de siglo, asumiendo su tarea en el marco de una Universidad “cuya función primordial es precisamente promover la integración del saber dentro de una cosmovisión cristiana total y coherente” (í.d.). “Sin bajar al terreno de la política contingente, manteniéndonos en el plano superior de los principios, esclareciéndolos, contribuiremos a la superación de los errores doctrinarios acumulados y de sus malas consecuencias que se hacen sentir en la vida social argentina” (í.d.).

Destacados profesores han sido Directores de la Revista: Santiago de Estrada, Alfredo Di Pietro, Horacio Granero, Roberto Punte, Gabriel Limodio y Carlos Sanz. El repaso por los 89 números de la revista permite ver la riqueza del pensamiento de la Facultad de Derecho y de la comunidad ius-naturalista de nuestro país y del mundo. Temas perennes, como el del bien común, la prudencia, la noción de Derecho y Justicia, son abordados en distintas etapas de esta significativa historia con nuevas y apropiadas actualizaciones que tomaban en consideración las “sinuosidades de lo concreto”. Ya desde el primer número las ramas del Derecho también están presentes en la Revista. Se puede ver en los trabajos la rica tradición del realismo jurídico, que se funda sobre todo en las enseñanzas de Santo Tomás de Aquino, como se proponía ya en el primer número.

Para este número aniversario, hemos querido convocar a los miembros del Comité Editorial y del Consejo Académico, junto con profesores especialmente invitados por sugerencia del Sr. Decano de la Facultad, Dr. Pablo M. Garat, para que puedan brindar sus reflexiones con trabajos breves sobre los desafíos que se presentan en las ramas del Derecho en la perspectiva que surge de la misión de la UCA y del ideario de nuestra revista. El propósito, consistente con los objetivos propuestos para este período de la Facultad por el Sr. Decano, era contar con trabajos que aborasen temáticas vinculadas con la consolidación y profundización de la identidad de la Facultad y la Revista, teniendo en cuenta los desafíos que hoy se presentan y la proyección al futuro.

Con mucha alegría podemos decir que ese propósito se ha cumplido, gracias a la generosa y valiosa contribución de los notables juristas convocados.

En igual sentido, como homenaje a uno de los directores de la Revista, Dr. Carlos R. Sanz, incluimos su texto, “La respuesta del Derecho Natural clásico a los desafíos del siglo XXI. Sólo se construye del otro lado de la decepción”, que fue publicado en el libro *La codificación: raíces y prospectiva*.

¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?, T. III, Buenos Aires, Ed. El Derecho (colección *Prudentia Iuris*), 2005, ISBN 950-523-346-9, pp. 21/33. Agradecemos especialmente al Dr. Alberto S. Pestalardo por facilitar el texto.

Los siguientes trabajos han sido ordenados en función de los temas tratados. Comenzando por las cuestiones de Filosofía del Derecho, pasando por las temáticas de Derecho Constitucional, presentamos luego los trabajos de Derecho Público y finalmente, los de Derecho Privado. Agradecemos a los profesores Félix Adolfo Lamas, Daniel A. Herrera, Carlos I. Massini Correas, Rodolfo Vigo, Francesco Viola, Mauro Ronco, Gabriel Maino, Sergio Castaño, Jorge Guillermo Portela, Alfonso Santiago, Francesco D'Agostino, Pablo M. Garat, Luis Fernando Barzotto, Ignacio de la Riva, Miguel de Lezica, Fernando García Pullés, Gabriel Limodio, Marcelo U. Salerno, Carlos Martínez de Aguirre, Siro de Martini, Claudio Sarthea, Renato Rabbi Baldi Cabanillas, Andrés Ollero y Raúl Madrid, por haber aceptado la invitación y haber enviado estos trabajos que, junto con los propios de quienes formamos la dirección editorial de la Revista, conforman este número especial.

Al constatar esta trayectoria de fidelidad y testimonio público que ha tenido la revista, es deber de justicia dar gracias a las autoridades que han guiado a la Universidad y la Facultad en estos años y han generado las condiciones institucionales para que *Prudentia Iuris* pueda cumplir su tarea con libertad, brindando todo el apoyo requerido tanto en los grandes ejes de la misión doctrinaria que le cabe, como en los aspectos más concretos de la administración y el financiamiento para poder concretar este proyecto. El agradecimiento se dirige también a los ya mencionados directores, y a los distintos secretarios de redacción, quienes han hecho posible que se mantuviera en el tiempo la revista con indudable calidad académica. Igualmente corresponde agradecer a todos los profesores que han contribuido con sus trabajos escritos a formar este verdadero patrimonio de reflexión sobre el Derecho en el actual contexto nacional e internacional.

Gracias a la tecnología, en los últimos años, por el decisivo impulso de la Biblioteca Central de la Universidad, se ha podido digitalizar todo el contenido de la Revista y poner a disposición de miles de usuarios en todo el mundo a través del Repositorio Institucional de la Universidad. Ello ha dado una nueva visibilidad a este tesoro intelectual que ha cultivado la Facultad en los últimos cuarenta años y ha permitido cumplir, en formas nuevas y cada vez más eficaces, los propósitos trazados en su fundación. La presencia de *Prudentia Iuris* en prestigiosas bases de datos también ha contribuido a ampliar los horizontes y los destinatarios de este trabajo. Un agradecimiento especial a Estefanía Rogora, quien, con incansable esfuerzo, se ocupa de esta tarea en la actualidad, con espíritu de servicio a la misión profunda de la Revista.

PRESENTACIÓN

Para concluir es justo dar gracias a Dios, por su amor y fidelidad, por el don de su gracia y sabiduría, que han acompañado esta iniciativa. A Él nos encomendamos para que *Prudentia Iuris* siga siendo fiel a su misión y contribuya a la acuciante tarea de iluminar las realidades del Derecho según el plan de Dios, Padre, Hijo y Espíritu Santo. Lo pedimos por intercesión de Nuestra Señora de Luján, Patrona de la Argentina.

Dr. JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE
Director

Dra. DÉBORA RANIERI DE CECHINI
Secretaria de Redacción

LA RESPUESTA DEL DERECHO NATURAL CLÁSICO A LOS DESAFÍOS DEL SIGLO XXI

The classic Natural Law response to the challenges of the XXI century
La classica risposta del Diritto Naturale alle sfide del 21° secolo

Carlos R. Sanz¹

Para citar este artículo:

Sanz, C.R. (2020). “La respuesta del Derecho Natural clásico a los desafíos del siglo XXI”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 19-29.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.19-29>

Resumen: El presente texto aborda los efectos producidos en la cultura y la tradición de occidente y en la Argentina por la “de-construcción” de la posmodernidad. Se advierte no sólo el desvío del fin de los dirigentes y su apetito de poder, sino que también se contempla a las nuevas generaciones que renegando de la tradición terminarán en la anarquía o sujetos al aparato de poder. De allí, nace la necesidad de relanzar el legado de la tradición, lo que ha sido llamado el “Derecho Natural clásico”. Siendo la educación, la entrega de las herramientas para hacer la valoración del pasado y del presente y de organizar el futuro, se busca responder ¿qué derecho, qué códigos y qué enseñanza sobre lo justo y lo injusto puede aportar nuestra facultad?

Palabras clave: Derecho Natural; Posmodernidad; Siglo XXI; Justo natural; Justo positivo; Educación.

1 Reproducimos, por su importancia, el texto publicado por el Dr. Carlos Raúl Sanz: “La respuesta del Derecho Natural clásico a los desafíos del siglo XXI. Sólo se construye del otro lado de la decepción”, en *La codificación: raíces y prospectiva. ¿Qué derecho, qué códigos, qué enseñanza?*, T. III, Buenos Aires, Ed. El Derecho (colección *Prudentia Iuris*), 2005, ISBN 950-523-346-9, pp. 21/33.

Abstract: This text addresses the effects produced in the culture and tradition of the West and in Argentina by the “de-construction” of postmodernity. Not only the deviation of the end of the leaders and their appetite for power is noticed, but also the new generations that denying the tradition will end up in anarchy or subject to the power apparatus. Hence, the need arises to relaunch the legacy of tradition, what has been called “classical Natural Law”. Being education, the delivery of the tools to make the assessment of the past and the present and to organize the future, it seeks to answer what right, what codes and what teaching about what is fair and unfair can our faculty provide?

Keywords: Natural Law; Postmodernity; XXI century; Just natural; Fair positive; Education.

Sommario: Questo testo affronta gli effetti prodotti nella cultura e nella tradizione dell’Occidente e in Argentina dalla “decostruzione” della postmodernità. Non solo si nota la deviazione della fine dei leader e la loro fame di potere, ma anche le nuove generazioni che negando la tradizione finiranno nell’anarchia o sottoposte all’apparato del potere. Da qui la necessità di rilanciare l’eredità della tradizione, quella che è stata chiamata “Legge Naturale classica”. Essendo educazione, la consegna degli strumenti per fare la valutazione del passato e del presente e per organizzare il futuro, cerca di rispondere quale diritto, quali codici e quale insegnamento su ciò che è giusto e ingiusto può fornire la nostra facoltà?

Parole chiave: Diritto Naturale; Postmodernità; XXI secolo; Fiera naturale; Fiera positiva; Educazione.

1) Introducción

Difícil cuestión es la que propongo abordar. Se trata nada menos que de aportar un intento de respuesta a los interrogantes básicos del mundo jurídico, luego del desastre producido, en la cultura y tradición de Occidente, por la “de-construcción” de la posmodernidad, por la violencia, por la existencia de nuevos fenómenos jurídicos a consecuencia de la globalización –o mundialización, o americanización– y –en la Argentina– por la implosión económica generada por la usura, el desgobierno y la rapiña.

Frente al siglo XXI, ¿qué derecho, qué códigos y qué enseñanza sobre lo justo y lo injusto puede aportar nuestra facultad? ¿La simple vuelta al esquema del racionalismo de los siglos XVIII y XIX? ¿La soberbia crítica de los intelectuales ante las iniquidades del *statu quo*, para demostrar que se

ha equivocado el rumbo –en algún punto de la carretera– y que ahora no sabemos cómo recomponer la situación fuera del nihilismo y el esoterismo individual, la violencia en el manipuleo de las relaciones humanas o los largos enunciados de las sentencias que sirven para un fregado o para un cocido? O –en el mejor de los casos– ¿la huida al yermo como deserción de la polis; convertida ésta en escuela de torpezas e iniquidades y no ya en andarivel de las virtudes?

El apetito de poder de los dirigentes –de todos los niveles– y la perpetuación en los cargos han ido generando una oligarquía política y gremial que, a los desatinos comerciales, les ha agregado un matiz de poder feudal, donde el voto democrático termina siendo una presa en manos de los “aparatos” territoriales de los dueños del poder. Pero –y he allí el absurdo– las nuevas generaciones de jóvenes, al abominar de la tradición, terminan siendo oleadas de nuevos bárbaros que –a la larga– terminarían o en la anarquía o en la sujeción a los mismos aparatos de poder, si no es que, desde el vamos, aspiran a ser miembros de las mismas oligarquías de las que son prebendarios.

2) Hacia una caracterización de nuestro tiempo

Como punto de partida, con la provisoriedad que un diagnóstico de la situación puede tener, dos ideas capitales rondan ante nosotros como ejes de la convivencia: la mentira –doble discurso se suele decir– y la desmesura –en cada uno de los ámbitos de la acción.

Esas falacias engendran cadenas de sofismas como caricatura de los saberes prácticos y atomización micrónica en los saberes especulativos. Lo cual ya no es querrela de intelectuales, sino que se fija en formas concretas del despotismo, discriminación y violencia en las diversas formas que puede asumir la “convivencia” social e institucional. Brutalidad en el trato, hegemonía en las relaciones interpersonales, utilización de la técnica para las autocracias, que el igualitarismo de la revolución hace materia disponible para los más ignorantes y osados; puro voluntarismo en el gobierno de los cuerpos intermedios y en el “activismo” de los jueces.

Cualquiera sea la valoración que se haga, lo cierto es que han cambiado –en el mundo y en el país– las reglas de juego de la *pax burguesa*.

Nuevos fenómenos abarcan la escena: un regreso del Derecho judicial en el contexto del mercado, pero con un matiz agnóstico, que significa consagrar el comportamiento que se juzga correcto a la luz de la práctica ordinaria de los miembros del grupo dominante. La sociología –como descripción de lo que sucede– ha sustituido a la ética. Conforme a un parámetro puesto por el poder supranacional que, en el caso de Europa, fija la Corte de Estras-

burgo de acuerdo al interés económico de la Comunidad y en los países como el nuestro la cultura de la imagen, el poder de los medios de comunicación y los intereses que lo manejan y lucran con ellos.

La sociología –juridizando lo que sucede– ha preterido al Derecho –que trata de ordenar a las personas, cosas y grupos sociales intermedios–; ese esfuerzo secular por instaurar lo justo lo ha revestido de la calificación indecorosa y despreciable de *fundamentalismo*. Lo que “sucede” según la voluntad del poderoso ha derribado a la juridicidad, lo debido, la cadena de equilibrios de lo suyo de cada quien, cuyo resultado es la paz.

Se da cita un Derecho de fondo mínimo, con un aumento frondoso de regulaciones administrativas que se tornan un eco de los poderes económicos (así se habla del derecho de *textura abierta*), como sucede con las exigencias del Banco Mundial, del FMI y de otras instituciones. Estos órganos del poder económico mundial se sirven de los Estados y de las categorías jurídicas nacionales para llevar a la práctica sus decisiones globales.

Todo ello lleva a un auge del contrato predispuesto y del Derecho de Daños, en la esfera interna de los Estados remanentes, sin dejar de advertir la injerencia de las grandes potencias en materia de incumbencia humanitaria, poblacional, moral y de seguridad global. El peso de los mercados financieros, el intento de control de la criminalidad global y las formas alternativas de resolución de conflictos van generando normas e instituciones al margen del Derecho Privado y del Estado nacional; como la difusión en internet y de la televisión hace cada vez mayor su injerencia en la tarea educativa.

La espontaneidad inorgánica de la sociedad civil presiona contra el orden de la legalidad, en medio del desprestigio bien ganado de los Parlamentos y Tribunales, lo cual tiene como resultado un divorcio entre la ley y lo justo y entre la sentencia y la ley.

Entre nosotros, la reforma constitucional de 1994 –sin por ello negar algunos aciertos– surgió de un pacto que todos conocemos, y sirvió –al margen del objetivo primario– para que tanto el oficialismo como la oposición – en una rotación bipartidista que parece agonizar, pero que no muere– vivan del presupuesto.

Las instituciones creadas con la reforma han manifestado, a su tiempo, la nota prebendaria y disolvente.

¿Qué ha producido la autonomía de la Capital? Obstáculos para el mantenimiento del orden y la limpieza de la ciudad –en lo externo– e irrescatables instituciones políticas al servicio de la contracepción, de la liquidación de la familia única, indisoluble, monogámica y heterosexual y se avecina una embestida a favor del aborto. Política de “género”, se dice con eufemismo, como si el género humano pudiera ser otra cosa que la sumatoria de hombres y mujeres.

¿Qué cambio ha producido en la Justicia el Consejo de la Magistratura, salvo alguna buena designación de excepción que no era extraña con anterioridad? Lo que sí ha generado es una nueva y frondosa burocracia –solventada con nuestros impuestos– que hasta hace añorar las formas igualmente torpes, pero más baratas del pasado. A ella se han unido otras más a nivel de la Administración y del Parlamento. Enfrentado con la Corte Suprema de Justicia, con los Tribunales ordinarios y cómplice del silencio, es un claro ejemplo de la lucha de todos contra todos en la que se ha canalizado el furor y la frustración argentina.

El Poder Ejecutivo bate todos los récords en materia de legislación de urgencia, mientras que un Poder Judicial adormecido deja pasar, o incluso incentiva, la acción de los grupos de opinión en beneficio de un *statu quo*. El esquema cívico-cultural general lleva a la vía muerta en la que estamos... De allí que estas Terceras Jornadas nos encuentran del otro lado de las ilusiones que –muchos de los que están aquí– hemos tenido. Enteros y dedicados a construir, a fundar, a mantener las murallas morales de la ciudad; esa es la coyuntura en la cual colocamos el Derecho Natural clásico en una posición inexcusable que, sin duda, podrá intentar descalificarse como “ingenua”. Pero ¿no ha llegado el momento de recordar lo elemental? Que dos más dos es cuatro y que no se puede construir un país sin dirigentes preocupados por el bien común y con ciudadanos con vocación de rapiña, como el arquetipo del “viejo Vizcacha”.

3) ¿Qué es el Derecho en el pensamiento clásico?

Cuando hablamos del Derecho Natural clásico no hablamos de la “ley natural” sino que el oficio de descubrir el Derecho –en los mundos agonales del “poder” de la política y del “haber” de los mercados– es una tarea propia de laicos. Subalternada si se quiere a muchos otros saberes, incluso a la teología por sus fines y principios, pero fundamentalmente obra de jurisperitos.

Cuando hablamos del Derecho Natural clásico tampoco hablamos de ese derecho racional y matemáticamente deductivo del que se hablaba en los círculos intelectuales europeos al tiempo de la codificación decimonónica, que no resulta más que el devengamiento de los intereses del cartesianismo católico y del gran capital supérstite de la cristiandad medieval europea.

Cuando hablamos del Derecho Natural clásico tampoco estamos hablando de los “derechos naturales” que pueblan nuestras modernísimas constituciones. Las libertades de la Declaración de 1789 suponían un Estado existente al que se exige el respeto de algunas regiones interiores supuestamente excluidas del pacto social, o “libertades”, si se quiere llamar

así. El problema con este mito estoico que reflotan los filósofos modernos como Hobbes, Rousseau, Locke, etcétera, ¿dónde queda si el contrato social no ha existido? Es una teoría indemostrable. Una teoría que nada tiene que ver con la realidad es una mala teoría y debe abandonarse. Pero el asunto es peor si estos Derechos Naturales aparecen como expresiones del individuo aislado, como sucede con la visión contemporánea, en la ordenación del hombre a su fin, con-fundiéndose el orden ético y antropológico con una cadena de llamados “derechos” o, peor aún, llevados a la noción de “garantías”, como en el Estatuto orgánico de esta Ciudad de Buenos Aires.

Cuando hablamos de “pensamiento clásico” estamos apuntando al modo de entender lo justo y lo injusto a partir de lo que son las propias cosas sociales. Es esta línea de interpretación la que encontramos en la noción de *to dikaion* que vemos en el Libro V de la *Ética Nicomáquea*, de Aristóteles, la forma de comprender esos temas en el Derecho pretoriano romano, la idea del *jus sive justum* que Santo Tomás expone en la q. 57 de la II-IIae de la *Summa Theologiae*, en el Derecho culto del medioevo y en los más notables juristas del antiguo régimen, renacido hoy como exigencia de una realidad que amenaza con aplastarnos.

Este “pensamiento clásico” se contrapone, ante todo, al llamado “pensamiento moderno” que, pese a sus raíces medievales, aflora con la constelación de filósofos racionalistas a partir de los siglos XVI, XVII y XVIII, puestos a proponer estructuras políticas y sociales, y tiene su expresión jurídica más notable en las declaraciones de derechos que se elaboran desde la Revolución de 1789.

Mientras que el pensamiento clásico considera la realidad como una urdimbre de relaciones armoniosas –que en cristiano nos lleva a hablar del orden de la creación y que los griegos llamaban simplemente “cosmos”–, los modernos han ido atomizando el conocimiento de las cosas.

Así, en el caso de las cosas políticas, la ciudad, la república, el orden político ya no serán vistos y explicados como un “microcosmos” en el cual habitan las familias y donde ha de crecer la virtud, en consonancia con el orden del todo (visión que intentaba plasmarse desde el ritual de fundación de ciudades y no un conglomerado de átomos). Individuos convivientes en estado de guerra, que huyen de ese mítico estado basal, que es el “estado de naturaleza”, mediante el artificio de un supuesto contrato social que origina el poder ilimitado de Leviatán y cuyo dominio absoluto (independiente del pacto) impone una ley –acto de puro poder– que al generar “potestades subjetivas individuales” ordena la convivencia de manera tal que se salve un mínimo de libertad (a lo que se llamará “derechos naturales”) para obtener un máximo de seguridad.

Mientras que para los clásicos, el Derecho es la parte que corresponde a cada quien en el marco social (parte que incluye cargas y beneficios), para

los modernos, el Derecho es sólo prerrogativa subjetiva, individual. *Facultas moralis agendi*, potestad para exigir –a la comunidad, al poder político– que se le otorgue un *sumun* que ya no es parte de un todo, sino consagración de anhelos, aspiraciones, ilusiones e intereses individuales. Su derecho son *sus* derechos y sus derechos se van elaborando y superponiendo a medida que crecen los aspectos hedonistas y desjerarquizados de la cultura.

Si la declaración de 1789 implica un catálogo acotado de aspiraciones y garantías, ya las constituciones del siglo XIX amplían su marco –como nuestro art. 14 de la Constitución– para convertirse –poco a poco– en cataratas de ilusiones en las llamadas constituciones sociales posteriores a la Segunda Guerra Mundial –derechos del trabajador, de la ancianidad, etc.–, y llegar con sus torrentes normativos a esos llamados derechos de tercera generación, en boga a partir de los años noventa. Esas normas de las que es un arquetipo el Estatuto Orgánico de la Ciudad de Buenos Aires, o de los grupos de presión política escudados en los *human rights*, casi hegemónicos en esta etapa política de la patria.

Es aquí donde la recordación de Napoleón coincide con nuestros males. Pues ha sido Napoleón Bonaparte y su ciclo cultural quienes hicieron de una Francia desbocada, sangrienta, expropiada y martirizada por la Revolución de los derechos y las guillotinas, y de una Francia al borde de la disolución nacional, la Francia moderna señora de sus destinos. Y fue su Código Civil la herramienta adecuada para poner paz en las familias y en las instituciones.

4) En síntesis

Si el Derecho es la parte, la cosa que es propia como conjunto de cargas y beneficios de quienes conviven en la sociedad, hablando propiamente, no es ni la ley, ni la potestad subjetiva como resulta del uso común.

Es el descubrimiento de lo justo y lo injusto (*ius* es opuesto a *iniuria*) por la inteligencia, la prudencia permite justicia –como voluntad constante y perpetua de reconocer a cada uno su *ius*, su parte, su derecho. De allí que pueda decirse con propiedad que el Derecho es objeto de la justicia; el Derecho especifica –hace propia de una especie– a la justicia. Esto es lo que Santo Tomás muestra en la q. 57 de la II IIae. de la *Suma Teológica*. El Derecho es aquello a lo que apunta la justicia y por ello hace a ésta una virtud específica, distinta a las demás. Porque el Derecho –hablando con propiedad– es *ipsa res iusta*: es la propia cosa justa. Aquello que se ajusta a otro (por eso se debe) según algún modo de igualdad –directa o proporcional. De allí que sea necesario, primero, determinar intelectualmente qué es el

Derecho para, luego, advertir la edificación y existencia de la virtud. Todo ello planteando el tema en términos de razón natural.

¿Puede llamarse Derecho a las “potestades”? ¿Puede llamarse Derecho a las normas? Simplemente, no. Pues el Derecho es la proporción justa en función de la cual existe la *regula iuris* y en función de la cual quien reclama tiene una facultad a que se reconozca y consagre judicialmente lo que es suyo propio (*actio*). También ha de ser primero el *ius* para edificar la ley, para dar lugar a la *actio* judicial y para configurar –junto con otros casos– un orden social justo, como enseñaba Llambías memorando a Renard.

Así considerado el Derecho, “esto justo” existe en diversos niveles. Existe un *iustum* que se da en los cambios y otro *iustum* que se da en las distribuciones políticas. Existe un *iustum* que surge *ex ipsa natura rei* y otro *iustum* que es puesto –positivo. Así, cabe hablar de un *iustum conmutativo* y de otro *distributivo*; hay un Derecho Natural que es la relación social justa –como sucede con el equilibrio en los cambios– y otro Derecho Positivo –que es la norma.

Es menester insistir entre el *ius* nacido *ex ipsa natura rei* –de la naturaleza de las cosas– y el *ius* puesto, el *ius* positivo. Puesto, por el contrario, por la ley y por los convenios sociales (aspecto hoy no tan desconocido si vemos los forcejeos que se hacen frente a la ley de presupuesto y al reparto de la coparticipación federal) y habitual en tiempos medievales, en las relaciones entre estamentos y de estos con los señores.

Si bien existió un abuso, tanto en el Iluminismo como en la Escolástica, sobre el tema del Derecho Natural, resulta clara su relación. En el Iluminismo se llamó “Derecho Natural” a una serie de principios racionales prácticos –en el sentido de que impulsan a la acción– que se pensaron como punto de partida para que luego, mediante el uso racional de la deducción, se fueran sacando conclusiones cada vez más cercanas a la realidad. Así, de los tres principios clásicos de Grocio –cumplir con la palabra empeñada, abstenerse de la propiedad de otro y reparar los daños producidos por culpa– se pretendió sacar, por vía de conclusión, verdaderos códigos de “Derecho Natural”. También la Escolástica –y la escolástica hispano-americana– pretendió un Derecho Natural que fuera conclusión de principios conocidos por los teólogos a partir de ciertos principios de la ley eterna.

Así, el “Derecho Natural” terminó convertido en ley natural, ley racional o norma moral revestida de coacción pública por el poder temporal.

Es en ese contexto y a través de esas claves que aparece el fenómeno de la codificación, presentado no ya como una consolidación o sistematización de normas positivas, sino como una construcción autónoma, autosuficiente, con absoluta coherencia. Expresión del legislador, como vocero de una supuesta “voluntad general”, surgida de la concurrencia cívica y organizada “more geométrico”.

Hoy, todo ese andamiaje de mitos y creencias es insostenible. No existe el hipotético “estado de naturaleza” –mito estoico, renovado en la modernidad–, ni las relaciones sociales son fruto de un contrato social. Ni la ley concreta es expresión de una razón universal –que suponía conocer el filósofo o el teólogo–, ni una voluntad cívica expresada por los Parlamentos y aplicada por los jueces.

La crítica de la posmodernidad, en este sentido, ha sido sanamente iconoclasta en su fase destructiva; el problema es que, al derribar los mitos del Estado iluminista, no ha ofrecido, en cambio, un sistema de vigencias sociales realistas y veraces que sirviera de sostén a la convivencia, que termina siendo para estas corrientes rupturistas un “hecho” o una “construcción” racional sin que medien “criterios objetivos” de bien y de mal, de verdad y falsedad, de justo o de injusto. Así, esta cultura posiluminista termina dejando a las comunidades sin conciencia histórica de pertenencia cultural, y sometidas a fuerzas económicas poderosísimas: el mercado, la opinión de los medios, el interés corporativo de los políticos y la mera voluntad de los jueces y mandatarios sociales. Esto es, retomando el tema sofisticado de que la justicia es la voluntad del más fuerte.

De allí, en medio del yermo en que nos ha dejado la “de-construcción” de la posmodernidad, nace la necesidad de relanzar el legado de la tradición, el legado de lo que hemos llamado el “Derecho Natural clásico”.

La educación es, precisamente, la entrega de las herramientas para hacer la valoración del pasado y del presente y de organizar el futuro. Entonces, no cabe pensarse en una educación a-valorativa; puramente técnica, aséptica axiológicamente.

La sociedad en la que nacemos tiene una determinada estructura política. Cada nación tiene una historia y una trayectoria, en la cual el pasado determina el presente y la lanza hacia el futuro.

La revolución, como ruptura con el pasado, no existe. Los hombres que hacen las llamadas revoluciones son hombres con la cultura del pasado y, superado el estado de inestabilidad, las sociedades siguen su curso sin grandes variaciones. Si el principio aristotélico nos dice *natura non facit saltus*, esto también se da en la naturaleza de las cosas sociales. La Revolución Francesa terminó en Napoleón, luego de un lapso de desconcierto. La Revolución Rusa contra los zares terminó en Stalin y luego en la disgregación del imperio a la espera de una nueva forma de grandeza.

No es muy difícil suponer en qué terminará el Imperio americano, con miras de orden universal. Siempre habrá multiplicidad de pobres y marginados que no encontrarán lugar en el mundo de los preferidos y –a la larga– producirán la ruptura de las estructuras que les impiden el acceso. De allí, la importancia de ver con claridad la peculiaridad cultural de las naciones, de organizar redes de integración social, la explotación racional y susten-

table de los recursos naturales y sistemas educativos que incorporen a las nuevas generaciones al contexto de la cultura. Nuevas generaciones que, de no proceder con prudencia, pagarán muy caro su soberbia, pues la madurez no es una mera acumulación cronológica de años, sino la suma de sapiencias que forman la conciencia de una cultura.

La nación soberana, integrada en el mundo –nación más o menos ampliada en función de los derroteros históricos–, pareciera hoy el entorno más amable en el cual puede desarrollarse una familia y educar a los hijos. La ruptura del tejido social ha llevado a las anarquías, que vemos no sólo aquí sino en todo el mundo. La nación soberana de la modernidad, integrada al universo mundo, parece también el entorno adecuado donde fructifique la maduración y referencia religiosa que –como un hecho, y hecho de gran trascendencia– consiste en la vocación humana radical de buscar a Dios. Aquí juega un importante papel la educación, que puede favorecer esta búsqueda, bloquearla o desviarla hacia otros absolutos, como son hoy los integristos religiosos o el consumismo desenfrenado.

Esa nación, así configurada, tendrá o bien estructuras que favorezcan la solidez de las familias y el crecimiento armónico de sus ciudadanos, o bien formas de perdición de las generaciones. Es aquí donde aparece el fenómeno de las leyes y de los códigos.

Con ello retomamos una idea que dejamos en suspenso: la ley no crea la sociedad –aunque la robustece–, la ley no crea la virtud –pero puede favorecerla o perjudicarla–, pero la ley no puede decir que es bueno lo malo para el destino del hombre, que algo injusto no lo es.

Por cierto que lo “justo natural” no puede agotar las posibilidades históricas y culturales de una sociedad, pero también es cierto que lo justo puesto, lo justo “positivo”, no se puede edificar sobre la arbitrariedad, la violencia, la iniquidad y la exclusión.

Es aquí donde el Derecho Natural clásico, la prudencia de la tradición occidental, puede decir una palabra a nuestra cultura y a nuestro destino.

El Derecho Natural clásico del que hablamos es el que busca reflejar en los asuntos humanos el orden del “cosmos” (la creación en cristiano) y hacer de la Ciudad una entidad ordenada que ayude e impulse a los hombres a vivir en la virtud, en la amistad cívica (como lo entendían los antiguos) y les posibilite buscar a Dios, el sentido de su vida y de su muerte.

El Derecho Natural clásico entiende el Derecho como la mejor disposición posible, en un tiempo y en un espacio determinados, de los grupos sociales y de los hombres que los conforman y que tiene como resultado la paz social.

El Derecho Natural clásico ve el Derecho como *proportio*, como *analogon*, como la mejor forma de comprender los elementos reales que conforman el mundo social. No es una ideología, no es una utopía, ni es una

quimera. Enseña que quienes gobiernan y legislan tienen la obligación de ordenar su gestión hacia el bien común y que quienes administran justicia deben mantener las “partes” fijadas en el reparto de cargas y beneficios que da una república, perfeccionando y singularizando, mediante la prudencia y la equidad, aquello que es propio de cada quien.

Estas nociones básicas exigen la precisión del Derecho puesto —o positivo— que debe afinar *hic et nunc* aquellas pautas mediante normas justas y contratos equitativos para cuya vigilancia y reencauzamientos están los jueces que cuentan con el consejo de la doctrina de los justos y con el ejemplo de los que los han precedido.

El Derecho Natural clásico no ha tenido la petulancia de pretender que las leyes agoten la expresión de lo justo. Allí están en conjunción con ellas las tradiciones, los convenios, la cultura, la moral y la consideración del fin último del hombre.

Esto es lo que buscamos enseñar en nuestra facultad y un reflejo de ello intentamos transmitir a las jóvenes generaciones, pues entendemos que, sin perjuicio de estar abiertos a las nuevas ideas y a las nuevas realidades, existe un núcleo de doctrina innegociable: la vida, el matrimonio, el ámbito familiar, el ámbito de la fe y la esperanza de la patria venidera. Esta es la tradición que hemos recibido, esta es la tradición a la que hemos tratado de ser fieles y esta es la tradición que aspiramos transmitir a nuestros alumnos mediante los mejores medios humanos y técnicos disponibles, que funden la mayor profundidad intelectual y la más consecuente vida vivida en justicia que —como lo dice Pieper— es la forma de vivir en verdad con el prójimo.

GNOSTICISMO, DERECHO Y LEY NATURAL

Gnosticism, Law and Natural Law

Gnosticismo, Legge e legge naturale

Félix Adolfo Lamas¹

Para citar este artículo:

Lamas, F.A. (2020). "Gnosticismo, Derecho y ley natural".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 31-46.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.31-46>

Resumen: El gnosticismo afecta al pensamiento jurídico mediante tópicos que tienen en común negar la realidad concreta de las cosas del Derecho. En este trabajo, el autor caracteriza en general las corrientes gnósticas y atiende en especial a tres tópicos que tendrían como función teórica sustituir la doctrina clásica y realista de la ley natural: el consenso, los llamados "Derechos Humanos" y la apelación ambigua a la "dignidad de la persona humana".

Palabras clave: Gnosticismo; Ley natural; Consenso; "Derechos Humanos"; "Analogía y dignidad de la persona".

Abstract: Gnosticism affects legal thought through topics that have in common denying the concrete reality of things in Law. In this work, the author generally characterizes the Gnostic currents and attends especially to three topics that would have as a theoretical function to replace the classic and realistic doctrine of natural law: consensus, the so-called "Human Rights" and the ambiguous appeal to the "Dignity of the human person".

1 Profesor Emérito de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica Argentina. Director del Seminario de Filosofía y Teología orientadas al Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Correo electrónico: felixlamas@uca.edu.ar.

Keywords: Gnosticism; Natural Law; Consensus; “Human Rights”; “Analogy and dignity of the person”.

Sommario: Lo gnosticismo influye el pensamiento jurídico attraverso argomenti che hanno in comune la negazione della realtà concreta delle cose del diritto. In questo testo, l'autore caratterizza in generale le correnti gnostiche e si occupa in particolare di tre temi che avrebbero come funzione teorica di sostituire la dottrina classica e realistica del diritto naturale: il consenso, i cosiddetti “Diritti Umani” e l'ambiguo appello al “Dignità della persona umana”.

Parole chiave: Gnosticismo; Legge naturale; Consenso; “Diritti Umani”; “Analogia e dignità della persona”.

I. Introducción

1. *¿Qué es el gnosticismo?*

El gnosticismo es, desde hace varios siglos, la ideología dominante de la política, el Derecho y la Filosofía de la historia². Se trata de un multiforme movimiento religioso, filosófico o simplemente cultural con una concepción global del mundo, del hombre, de la vida y de Dios que, como es lógico, tiene importantes proyecciones y consecuencias en el campo de la política y del Derecho.

Suelen agruparse con el nombre de *gnosticismo*³ diversas sectas y escuelas de pensamiento religioso herético de los primeros siglos de la era cristiana (entre el siglo II y el V), de origen cristiano o judío, que pretendían penetrar los misterios de Dios, del mundo, del demonio y del alma mediante la razón, asistida por una supuesta iluminación divina o demoníaca⁴. Más allá de sus fantasías míticas, pueden sintetizarse sus ideas principales, de interés filosófico, de la siguiente manera:

2 Eric Voegelin ha llamado la atención sobre el hecho de que el Gnosticismo es la ideología y el problema dominante de la política a partir de la Edad Moderna, pero que se gestó en la Edad Media [cfr. (2006). *La nueva ciencia de la política. Una introducción*. Buenos Aires. Katz, caps. IV y V].

3 El término proviene de la palabra griega *gnosis* (conocimiento).

4 Cfr. (1990). *Los gnósticos* (compilación). Intr., trad. y notas de José Montserrat Torrents. 2 tomos. Madrid. Gredos.

- a) Eran inmanentistas, es decir, no reconocían un principio trascendente del mundo, sino que la realidad mundanal tiene en ella misma su fundamento.
- b) Eran también emanatistas, en la medida en que las supuestas divinidades y las cosas en general procedían de un principio (inmanente) por emanación, con fuertes influencias órfico-pitagóricas y neo-platónicas.
- c) Negaban la realidad de esencias específicas, como la naturaleza humana y, por lo tanto, eran nominalistas, con todas sus consecuencias lógicas y metafísicas.
- d) Profesaban un cierto evolucionismo redentor –selectivo– a través del conocimiento (gnosis), reservado a unos poco iniciados.

A estas características cabe agregar que el gnosticismo antiguo y medieval, y parte del moderno, se organizaba en sectas iniciáticas, con prácticas mágicas y teúrgicas. Para ellos, ciertas almas eran de origen divino y debían reintegrarse en esa fuente originaria. Todo el universo material era instrumento u obstáculo para esa reintegración en la divinidad.

Las fuentes del gnosticismo son muy antiguas y oscuras. Una de ellas es la tradición órfico-pitagórica. Son evidentes también algunos contactos teóricos con el heraclitismo, el estoicismo antiguo y el neoplatonismo⁵.

2. Diversas corrientes gnósticas antiguas

La familia gnóstica antigua es numerosa. Citemos, por ejemplo, el *hermetismo*⁶, los “Oráculos Caldeos”⁷, el maniqueísmo⁸ y la Kábala.

La Kábala merece una consideración especial⁹. Me he de circunscribir aquí a la Kábala judía, herética respecto a la tradición abrahámico-mosaica.

5 Aunque *Plotino* polemizó duramente contra ellos (cfr. *Enéade* II, 9), de la descripción anterior se infieren semejanzas profundas, que se acentuaron en el caso de *Porfirio* y, sobre todo, de *Jámblico* y *Proclo*.

6 Hay muchas versiones del *Corpus hermeticum*, cuya autenticidad es dudosa y no me atrevo a avalar.

7 Tengo a la vista la edición italiana bilingüe editado por Angelo Tonelli, Milano, BUR, 2008.

8 Entiendo que la mejor fuente para conocer el pensamiento maniqueo son los *Escritos antimaniqueos*, de San Agustín de Hipona [(1993), *Obras completas*. Tomos XXX y XXXI. Madrid. BAC, en especial el “Contra Faustum”].

9 Merece citarse la obra de Meinvielle, J. (1994). *De la cábala al progresismo*. Buenos Aires. Epheta.

Tiene en común con el gnosticismo el inmanentismo, el emanatismo de divinidades, las fuentes órfico-pitagóricas, el carácter iniciático y la apelación a una presunta tradición de una revelación primordial. Vinculadas con ella, en la Edad Media se verificaron prácticas ocultistas, teúrgicas y mágicas, la numerología, la alquimia y otras sectas iniciáticas. Para poner un ejemplo de la importancia cultural de este movimiento, conviene recordar que están de un modo u otro conectados con la Kábala, la alquimia y la magia los padres de la física matemática, como *Grosseteste* (1175-1253), *Roger Bacon* y *Francis Bacon*.

Para la Kábala, la realidad se reduce al pensamiento y éste a palabras y números. Se trata, por lo tanto, de un idealismo nominalista y matematicista. Pero el pensamiento de que se habla, sea el de la divinidad (o divinidades) o el humano, no es principalmente teórico (de puro conocimiento), sino más bien práctico. La palabra o el número se identifican con la realidad o esencia de las cosas, y su posesión asegura el dominio sobre ellas. Aquí tiene origen no sólo la magia sino también el ideal moderno y contemporáneo de dominio técnico-matemático del mundo, progresivamente extendido a la propia vida humana, la cultura y la política. Al hacerse dueño de las palabras y números secretos de las cosas, el hombre, de alguna manera, se adueña también de la divinidad y de su omnipotencia.

Se advierte, a partir de lo dicho, la radical sustitución de la tradición clásica de la ley natural. Lo que para la tradición clásica es el orden de la naturaleza, constituido por esencias sustanciales dotadas de una finalidad intrínseca y de una vocación trascendente, para el gnosticismo kabalístico es un sistema de fenómenos numéricos y de relaciones cuantitativas detrás de los cuales están el número y la palabra divinas, inmanentes al universo.

3. El gnosticismo moderno y contemporáneo

El gnosticismo moderno, que se extiende hasta hoy, tiene, como se ha visto, sus raíces en la Edad Media. Y, claro está, tiene las mismas características esenciales del antiguo y del medieval. Pero se distingue de aquéllos porque no pretende justificarse en la fe o la revelación divina, sino sólo en la razón humana.

En particular, el gnosticismo moderno y contemporáneo niega explícitamente todo orden natural, y sus grandes instrumentos noéticos son el nominalismo, el empirismo, el matematicismo, el positivismo y –hoy– la inteligencia artificial¹⁰.

¹⁰ Son gnósticos, o afines al gnosticismo, entre otros muchos, Hobbes, Hume, Francis Bacon, Leibniz, Hegel, Comte, etc.

En materia religiosa, el gnosticismo está en el corazón de la teosofía, la llamada *New Age*, el modernismo y el progresismo que se autodenominan *católicos*¹¹, y la variadísima gama de relativismos culturales. Incluso el ecologismo ha devenido una forma de sustitución de lo religioso.

4. El gnosticismo jurídico-político y sus tópicos

Tanto el concepto del Estado cuanto la ley natural, que es el fundamento racional de la legitimidad del régimen y de las relaciones mando-obediencia, guardan, según la tradición clásica, una relación esencial con Dios. Por esta razón, es acertada la perspectiva que adopta *Eric Voegelin* al centrar la atención en la relación entre el pensamiento del Estado y la política con el gnosticismo, más allá de las reservas que puedan suscitar su marco teórico y su metodología.

Para el pensamiento clásico, Dios es un absoluto trascendente, autor del orden cósmico y humano, al que gobierna mediante su sabiduría eterna. La ley natural no se identifica con Dios, sino que es participación de esa sabiduría eterna en la naturaleza de las cosas y en la razón humana. Hay, pues, fines naturales, que gobiernan el devenir temporal, y un fin trascendente supratemporal, que no se confunden. El Estado tiene un fin temporal, que le es rigurosamente connatural, y a su vez tiene una ordenación supratemporal que está más allá de su existencia. Y si bien –en palabras de *Platón y Aristóteles*– el fin último del hombre es participar en la medida que es posible a su naturaleza de la vida divina (en el caso del cristianismo, mediante la elevación de aquélla al orden sobrenatural por la gracia), dicho fin trascendente no se alcanza en el tiempo ni es cometido directo de la comunidad política.

De ahí que una concepción inmanentista del Absoluto implique la confusión del orden de la política con el orden divino y la desnaturalización del Estado. Si el Absoluto es inmanente al mundo y a la comunidad política, el resultado es el totalitarismo que, según las diversas corrientes de pensamiento, será un absolutismo político, social, cultural, científico, económico o materialista.

Los tópicos gnósticos contemporáneos son numerosos. En esta ocasión voy a considerar sólo tres, que tienen una inmediata atingencia con la doctrina de la ley natural y el Derecho.

¹¹ El papa S. Pío X caracterizó magistralmente (y magisterialmente) el modernismo en la Encíclica *Pascendi*.

II. Ley natural y consenso

1. *El problema del consenso y la ley natural*

El tema del consenso es antiguo. En cambio, el tema del consenso y la ley natural no lo es. Mirado en perspectiva histórica, es reciente y, como problema, se justifica para aquellas corrientes gnósticas que, pese a ser nominalistas y por lo tanto relativistas, con una fuerte dosis de escepticismo, pretenden de alguna manera recoger la idea de ley natural para usufructuar algo de su prestigio. Si en cambio se preguntara a la tradición clásica, desde Platón a la Escuela Española, y los que la continuamos, en qué relación está el consenso con la ley natural, la respuesta es muy clara y breve: desde el punto de vista esencial no hay relación; puede haber alguna relación accidental, por ejemplo, en cuanto a la formulación de la ley natural, pero en sí la validez de la ley natural y su conocimiento no depende del consenso. Esta sería la respuesta breve.

Pero hay un problema. Cicerón, que es una de las principales fuentes acerca del tema, usa la expresión *consensus iuris* en vinculación inmediata con el concepto de *concordia*. Él define al pueblo como una multitud unida por el consenso de Derecho (*consensus iuris*) y por intereses comunes. Esa idea de un querer intereses comunes es la idea clásica de concordia (*homónoia*) para Aristóteles. En otro fragmento, que san Agustín cita en la Carta 38, Cicerón expresamente habla de *concordia*. Esta aproximación conceptual y semántica de *consenso* y *concordia* no se limita a Cicerón, sino que se mantiene hasta bien entrada la Edad Moderna.

La complicación consiste en que aparentemente *concordia* y *consenso* están ligadas; en cuyo caso habría que preguntarse también en qué relación está la concordia política con la ley natural, problema teóricamente más interesante.

2. *El concepto de consenso*

Santo Tomás de Aquino se ubica en el centro de la tradición clásica. Sus análisis precisos sirven para disipar las confusiones y ambigüedades gnósticas. Él analiza este concepto en la *Suma Teológica* I-II, q.15¹². Para

12 Santiago Ramírez hace un análisis preciso y exhaustivo de la *quaestio* en (1972). *De actibus humanis – In I. II Summae Theologiae Divi Thomae Expositio* (QQ. VI-XXI). Madrid. CSIC, 365-381.

abreviar, digamos que el consenso se puede entender en un sentido general, en un sentido estricto y en un sentido lato.

En un sentido general, es el asentimiento voluntario a un enunciado práctico de la razón.

En un sentido estricto, es un acto de la voluntad vinculado con la deliberación y la elección; en tanto tal, es acto de voluntad sobre los medios. En la estructura del acto humano, para Santo Tomás, está en primer lugar el apetito del bien y la intención del fin, después viene la elección, y finalmente el imperio y la ejecución. El consenso presupone la intención del fin y tiene como objeto los medios para alcanzarlo. Así entendido, aparece claramente vinculado con la libertad. Así como la libertad tiene una cierta ambivalencia, porque es razón y voluntad a la vez, de la misma manera el consenso no puede ser desvinculado de la deliberación, porque presupone esta deliberación y es un asentimiento al resultado de ella; es una aceptación de los bienes que se presentan como medios para la elección.

En sentido lato, el consenso puede ser entendido como asentimiento compartido con otros; en este caso presupone necesariamente la comunicación y la deliberación intersubjetiva.

En todos los casos resulta claro que el consenso no es nunca un acto inmediato. Carece de la inmediatez que puede tener el simple querer del bien y los principios. Es siempre un acto mediado por otras operaciones; es un acto que racionalmente, ya sea como acto de conocimiento, ya sea como acto de voluntad fundada en el conocimiento, presupone un discurso, el movimiento discursivo de la razón. Es propio del querer y el conocimiento de los medios.

3. Consenso y concordia

Si comparamos lo dicho con la concordia, la primera dificultad es idiomática. No discuto si ha sido buena o no la traducción que hizo Cicerón de la palabra griega *homónoia* que usa Aristóteles. Pero el hecho es que la palabra latina *concordia* implica cierta ambigüedad, como se verifica incluso en Santo Tomás de Aquino. El Aquinate trata la *concordia* principalmente en dos partes: en el *Comentario a la Ética Nicomáquea*, en el cual se aproxima notablemente al sentido aristotélico de la noción; y en la *Suma Teológica*, en el tratado de la caridad, donde la concordia aparece como algo más general, como una unión de voluntades en torno de bienes en general. En la *Ética* la concordia es tratada en el Libro IX. Allí Aristóteles usa una palabra, *homónoia*, que podría entenderse o traducirse como sentimiento común o espíritu en común. Aristóteles cuida mucho de aclarar que este sentido de acuerdo no es propio de esta palabra, porque para hablar de un acuerdo de opiniones

o de un acuerdo de sentimientos se podría hablar de *homódoxia*. *Homónoia* es para Aristóteles una convergencia objetiva de voluntades en torno de cosas –*jrémata*– que podemos traducir por intereses o cosas necesarias para la vida. ¿Qué son estas cosas que son queridas como necesarias para la vida? Son aquellas cosas importantes que el hombre quiere naturalmente, que corresponden a un apetito humano natural. Son las cosas que Santo Tomás enumera, por ejemplo, en la q. 94, cuando habla de la ley natural; cosas que operan como fines naturales.

Aquí comparece todo el universo riquísimo doctrinal de Aristóteles en torno de los fines de la vida humana, tanto de la vida humana individual como social. Estos *jrémata* que son necesarios para la vida fundan la convivencia, de tal manera que la vida social y política es efecto de esta voluntad humana en torno de esas cosas comunes. Por esto, la palabra *homónoia* más que como *concordia* habría que traducirla como *concordia política*, porque no se trata de una convergencia objetiva de dos o más voluntades privadas, sino de una convergencia objetiva, sin contratos ni acuerdos recíprocos, en la línea de los fines naturales del hombre que se realizan socialmente.

Si comparamos la concordia con el consenso, las diferencias son evidentes. Mientras el consenso tiene por objeto medios, la *homónoia* es en torno de fines naturales; mientras el consenso supone reflexión racionante, es decir, deliberación, la *homónoia* tiene la inmediatez propia de los principios, del primer querer, de la *sindéresis*. Es inmediata y por lo tanto espontánea, no es intersubjetiva, la convergencia es objetiva, es natural como es natural la vida política, como es natural el Estado, como es natural en general la vida social, ya sea en el intercambio, en el matrimonio, etc. De modo que salta a la vista la diferencia conceptual entre la *homónoia* o concordia política y el consenso.

4. Concordia, consenso y ley natural

Volvamos a la pregunta: ¿en qué relación están el consenso y la concordia, con la ley natural? De acuerdo con lo dicho, las cosas resultan relativamente claras. La concordia y la ley natural están en una misma esfera, propia de los fines. Todos los enunciados de la ley natural son finalistas; en otras palabras, la ley natural es un orden racional a fines naturales, y eso es lo que dice Santo Tomás. Las tendencias naturales de las que habla en la q. 94 (2.2, resp., segunda parte) son, precisamente, expresiones de las tendencias a fines; la ley natural expresa un orden natural de fines, ya sea en abstracto, como cuando dice “debe hacerse el bien y evitarse el mal”, o cuando dice “debe obrarse de acuerdo con la razón”, o ya cuando está dirigido a proteger la vida, la propiedad, el uso de los bienes materiales, etc. Y

la concordia política es, a su vez, la convergencia objetiva de las voluntades en torno de intereses comunes inmediatamente necesarios para todos. De tal manera, lo que la ley natural ordena es, básicamente, lo que la concordia apetece. El objeto de la concordia política aparece constitutivamente vinculado con la ley natural; no podría haber ley natural si no hubiera esta *homónoia* política, que aparece expresada racionalmente por la ley natural. De modo que queda clara la relación de la concordia política con la ley natural, no sólo por su objeto sino también por la necesaria compenetración de voluntad e inteligencia.

¿Y en qué relación está el consenso con la ley natural? El consenso versa sobre los medios y la ley natural sobre los fines, por lo tanto, no puede pensarse nunca que el consenso sea fundamento de validez o de verdad de la ley natural, como no puede pensarse que el consenso sea, en principio, fuente de validez de un conocimiento o de la verdad. Pero sí encontramos, a la inversa, que la ley natural es medida de la validez del consenso, es decir, es regla de la rectitud de éste. No todo consenso es recto. La ley natural es regla remota de la rectitud del consenso, porque el consenso está, en relación con la ley natural, en una proporción semejante a como el medio está en relación con el fin, y así como el medio es valioso o bueno en tanto guarda una aptitud con relación al fin, de la misma manera el consenso será valioso y será recto en tanto esté ordenado al fin natural, lo cual significa que esté ajustado a la ley natural.

III. El Derecho y los “Derechos Humanos”

1. *Un concepto ambiguo y sospechoso*

Las expresiones “derechos del hombre”, “Derechos Humanos”, “derechos de la persona”, “derechos fundamentales”, y otras semejantes, están firmemente instaladas en las instituciones occidentales y tienen, en nuestros días, al menos para anchos sectores del pensamiento jurídico y político, un prestigio innegable. Para algunos, incluso, constituyen una expresión válida del Derecho Natural.

Sin embargo, cuando se intenta una conceptualización rigurosa y la precisa enumeración de sus propiedades, se advierten ambigüedades y, lo que es más preocupante, connotaciones políticas, antropológicas y, en definitiva, ideológicas, que convierten a todo el argumento en una tesis dialéctica cuya validez lógica y jurídica debe examinarse.

La primera razón que justifica una cierta desconfianza intelectual es el pleonasma semántico: “derecho humano”. Pues todo derecho es humano. Hablar de “derecho humano” significa una reduplicación. Entonces, la pre-

gunta es: ¿qué se quiere decir con la reduplicación? Porque la reduplicación en sí misma no es suficientemente denotativa de nada.

Otra razón que justifica la desconfianza son sus orígenes iluministas, con una connotación histórica contraria a la tradición cristiana.

En tercer lugar, debe señalarse el abstractismo de sus formulaciones. En general, el abstractismo es siempre peligroso si no hay un control riguroso del proceso lógico de concreción de un enunciado. En este caso hay un abstractismo originario. Las expresiones que consideramos nacen como formulaciones abstractas, más propias de una ley (que es un enunciado general) que del Derecho, que no es un enunciado sino una cosa concreta. La ley misma requiere de un proceso de concreción para que sea regla eficaz de la conducta.

En cuarto lugar, hay que apuntar la utilización política selectiva de la invocación de estos *Derechos Humanos*. Últimamente, por ejemplo, se los ha usado para intentar legitimar el rechazo al orden natural familiar, fundado en la diversidad de sexos y en las propiedades del matrimonio.

Por último, y no es la objeción menor, hay algunos contrastes trágicos en nuestra experiencia jurídica contemporánea. Nunca se ha hablado tanto de los Derechos Humanos y de la defensa de la dignidad humana, y nunca se ha visto, como en estas últimas décadas, planes de exterminio de vida humana, como el que estamos viendo a escala mundial. Por ejemplo, hoy, millones de hombres son asesinados mediante el aborto y la eutanasia sin ningún clamor universal unánime por los Derechos Humanos. Por el contrario, muchos defensores de esta idea aceptan y justifican tales prácticas homicidas.

Cabe preguntarse: ¿cómo es posible que un teórico de los Derechos Humanos admita la violación flagrante de la vida humana? La respuesta es interesante. Se dice, “en el caso del aborto, lo que está en discusión es que haya vida humana”, porque la palabra “humana” tiene sólo significación en el discurso convencional. Si, por ejemplo, se restringe la significación convencional de “humano” a algo que tiene conciencia, un feto, e incluso un recién nacido, no es un hombre; esto vale también para el enfermo que ha perdido el uso de la conciencia.

Hay, pues, una ambigüedad semántica en la palabra “humano” que sólo podría superarse por el consenso. Lo cual de suyo es absurdo, porque las cosas son lo que son, independientemente de ningún consenso. Por otra parte, el aludido consenso no es sociológicamente real, sino sólo una opinión dominante impuesta por medios diversos. Y de este modo, puede haber “consenso” para matar hombres.

Esta ambigüedad no es una cuestión secundaria ni accidental. Se trata de una cuestión que está en la base misma de todo discurso y de toda argumentación sobre el asunto. Su alcance es inmenso. Afecta a la concepción

acerca del hombre, al concepto mismo de *Derecho*, al ámbito de validez y vigencia de la ley y al valor de todo el orden jurídico.

La raíz de esta ambigüedad es el nominalismo, el voluntarismo –que deviene en convencionalismo autoritario en las fuentes de significación de términos, enunciados y normas–, y su consecuencia necesaria es el positivismo. Se trata de una cuestión metafísica que compromete a todo el pensamiento. Si no cabe hablar de una naturaleza específica real, todo discurso jurídico acerca del hombre y de lo humano carece de fundamento. El Derecho, entonces, deja de ser una cosa real. Y, como es obvio, también carece de sentido hablar de Derecho natural y de ley natural.

2. Ambigüedad del concepto de “Derecho”

Pero hay también una ambigüedad semántica y conceptual respecto del Derecho, que exige una especial precisión y discernimiento de las diversas acepciones de la palabra *Derecho* y de sus conceptos y definiciones respectivas. La palabra y el concepto de *Derecho* son signos lógicamente análogos ya en sus remotos orígenes clásicos. Y esa analogía debe ser tenida en cuenta cuando se pretende descifrar la significación de la expresión *Derechos del hombre*.

Se advierte, además, una oscilación conceptual entre “principios” y “Derecho Positivo”; una oscilación entre principios y positivización de los principios, a partir de la distinción que comienza con Esser y sigue con Dworkin, Henke, Larenz, entre otros, entre la palabra *principios* y normas o principios y reglas. Los Derechos Humanos a veces aparecen como derechos, pero otras veces aparecen como principios, de hecho, como principios fundamentales, pero dentro de esa laxitud que tiene el principio –para estos autores– en comparación con la regla o norma jurídica. Con lo cual los Derechos Humanos, en esta concepción, oscilan permanentemente entre cierto carácter de principios generales a partir de los cuales incluso aparece la posibilidad de conflicto de principios, y después la positivización de esos Derechos Humanos, por lo general, a través de las cortes de Derechos Humanos, cortes constitucionales, etc.

3. “Derechos Humanos”, bien común y aspiraciones difusas

Desde una perspectiva gnóstica, en la que las palabras y los conceptos no tienen correlato ni fundamento en la naturaleza del hombre y de las cosas, la apelación a los “Derechos Humanos” suele confundirse con las

aspiraciones difusas impuestas por la ideología dominante, asimiladas al contenido del bien común.

Pero el verdadero bien común político es el objeto inmediato de la justicia legal. Su ámbito excede lo jurídico porque abarca todo el campo moral, político y económico. Aristóteles lo define como la perfección de la vida social. Es el fin del Derecho y de la ley, pero no es lo suyo de cada uno, sino el fin a alcanzar en común y del que cada uno participa en una medida determinada.

El bien común no es otra cosa que un aspecto de la *entelequia* humana, que es el bien inmanente del hombre. El bien del hombre no es un derecho humano sino su fin. Si se confunde el bien común y la entelequia humana con los Derechos Humanos se comete un error muy grande, que tiende a confundir la política con el Derecho y a desdibujar la objetividad y la estricta medida que caracterizan a éste. La del bien común es una esfera mucho más amplia que la del Derecho. Los Derechos Humanos, en un sentido objetivo y realista, son un aspecto particular de ese bien incluido dentro de la perfección total de la entelequia humana. Pero en la perspectiva gnóstica, dado que no se admite ninguna naturaleza específica, las aspiraciones que pretenden que valgan como bien común son meramente ideológicas.

4. Una breve conclusión

Tres ideas expresan las condiciones en las que se podría aceptar hablar de “Derechos Humanos”. Ellas son:

- a) La realidad de la naturaleza específica humana, como fuente de la ley natural.
- b) La objetividad estricta propia del Derecho.
- c) Dios, como fundamento absoluto y trascendente del Derecho.

La realidad de la naturaleza específica del hombre, contra lo que afirma el gnosticismo y el nominalismo, es condición necesaria para el reconocimiento de Derechos Humanos que tengan un fundamento real. Es decir, un fundamento de verdad práctica.

La objetividad estricta es requisito para que hablemos propiamente de Derecho y no de un ámbito difuso en el que pueda confundirse la moral, la política y los intereses ideológicos.

Dios, fuente trascendente de toda razón y justicia, es la clave de bóveda de toda validez y vigencia jurídica y política. O, dicho con palabras de Pla-

tón: “No es el hombre sino Dios la medida de todas las cosas”¹³. Esta es la respuesta definitiva a todo gnosticismo.

IV. La “dignidad humana” como tópico gnóstico

1. *Ambigüedad tónica*

Típicamente gnóstica es la amplificación retórica de este tópico, vinculada con las concepciones liberales, humanistas y las llamadas corrientes personalistas. Como figuras paradigmáticas cabe citar a Kant y, dentro del campo católico, a Rosmini. La idea es que el hombre, la persona humana, es un fin para sí mismo¹⁴.

Hay aquí un equívoco posible que resulta de la falta de distinción entre el orden ontológico y el orden axionormativo. Supuesto que el concepto de *dignidad* significa un cierto rango de bondad, dos enunciados verdaderos pueden parecer contrarios:

- a) “La persona es lo más perfecto en la naturaleza”¹⁵. Esto vale también para el Demonio. Dignidad (ontológica) de la que no puede decaer.
- b) El Demonio tiene máxima indignidad (moral).

Ahora bien, si el concepto de dignidad no fuera análogo, no se sería posible evitar la contradicción entre esos dos enunciados.

2. *Orden del bien*

Algo es digno porque es bueno. La dignidad es un orden de la bondad. El trascendental *bonum* es una propiedad del ente en cuanto éste tiene perfección. Bueno es lo perfecto y en razón de esa perfección es amable. La perfección es el fundamento objetivo de la amabilidad de algo. A su vez, *perfecto*, según Aristóteles, es lo que es íntegro, lo que no defecciona en ninguna de sus partes. En segundo lugar, “perfecto” es lo acabado o totalmente actualizado según su propia forma o esencia, es decir, lo máximamente excelente en su género. En tercer lugar, “perfecto” se dice de lo que ha alcanzado su fin.

13 Platón. *Las Leyes*, IV, 716 c4-6.

14 Cfr. Mi ponencia (2014). “¿Es la persona un fin para sí mismo?”. Actas del Primer Congreso de Filosofía Tomista. Santiago. CET, 81-95.

15 Cfr. S. Tomás. *Suma Teológica*, I q.29, a.3, resp.

El esfuerzo analítico aristotélico parte de la identidad o proximidad semántica entre perfección y totalidad como un momento de la experiencia del ente finito y se resuelve en la noción de acto, entelequia.

Santo Tomás de Aquino alcanza, por su parte, una formulación más límpida y de mayor generalidad: *perfectum autem dicitur, cui nihil deest secundum modum suae perfectionis*¹⁶ (perfecto es aquello que no le falta nada, que no decae en nada de lo que le corresponde según su modo de perfección). El Aquinate, comentando a Aristóteles, formula una distinción de lo perfecto que será de la máxima importancia respecto del concepto de bien. Distingue lo perfecto en sí mismo, *secundum se*, de lo perfecto con relación a otro, *respectum ad aliud*. Lo perfecto *secundum se* se divide en:

- 1º) lo que es universalmente perfecto, es decir, aquello máximamente perfecto sin que nada, absolutamente hablando, pueda superarlo en excelencia. Esto solo le corresponde a Dios;
- 2º) lo que es perfecto respecto a un género de cosas determinado, es decir, aquello que no admite en su género u orden nada más excelente, aunque sí lo pueda haber en otro género u orden. Por ejemplo, en el orden de las sustancias materiales nada hay más excelente que el hombre.

Se tienen así delineados, en forma esquemática, los principales elementos nocionales del bien. Algo es bueno en tanto es perfecto, es decir, en cuanto está en acto, y la plenitud del estar en acto consiste, en definitiva, en la realización perfecta o acabada de la forma. En esto consiste la bondad a secas (*bonum simpliciter loquendo*). Pero también es en cierto modo bueno (*secundum quid*) por el hecho de existir.

Se acaban de señalar dos grupos nocionales, una bondad que no es completa, *secundum quid*, la bondad entitativa de la sustancia, que es real por su acto de ser, pero que todavía no alcanzó su última perfección; a esto lo vamos a denominar bondad ontológica radical. En segundo lugar, la bondad propiamente dicha, *simpliciter loquendo*, aquello que ha alcanzado su fin, su perfección última, y a esto corresponde, en el caso del hombre, la perfección moral.

3. La dignidad como orden del bien

Lo que es bueno en sí mismo, *bonum, perfectum secundum se*, lo es por orden al fin, pues lo bueno en sí mismo es fin. Lo bueno en relación a otro es

16 Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I q. 5 a. 5, resp.

medio en tanto toda su bondad derive de su ordenación a lo bueno en sí. Lo dicho debe aplicarse al tema de la dignidad.

“Dignidad” significa la bondad de algo en razón de sí mismo, es decir, *secundum se*, o *propter se ipsum*. La dignidad es el máximo valor relativo de algo que es bueno *secundum se*, es decir, estamos hablando de algo que es fin. Es claro entonces que el orden de la dignidad sigue al orden del bien. Y, así como el bien y el ente se dicen de muchas maneras (se predicán con analogía de cosas esencialmente distintas), así también el concepto de dignidad. El concepto de dignidad solo agrega al concepto de bueno una referencia a un orden, jerarquía o grado. Por lo tanto, la radical analogía del concepto trascendental de *bonum* vale también para el concepto de *dignidad*. Habrá, pues, dignidades ontológicas, epistemológicas, morales, etc., y conviene no confundirlas.

Pongamos un ejemplo. La dignidad ontológica de un santo y la de un rufián es la misma; y la de un demonio es superior a la de todo hombre. Y merece un respeto especial pese a la indignidad moral en la que haya incurrido. Tómese por ejemplo el siguiente pasaje de la Epístola de San Judas, versículo 9: “El Arcángel Miguel, cuando altercaba con el Diablo contendiendo sobre el cuerpo de Moisés, no se atrevió a proferir un juicio injurioso, sino que dijo: ‘que el Señor te reprenda’”. Es de notar que, por una parte, le reconocía la dignidad ontológica, en razón del grado de perfección que tenía por su naturaleza. Pero por otro lado, prevaleció sobre él para que no se hiciera su voluntad emponzoñada. En el ejemplo, como parece claro, el respeto a la dignidad ontológica que conserva el Demonio no impide a Dios encerrarlo en el Infierno.

4. Conclusión

La dignidad ontológica de la persona humana merece un reconocimiento congruo en el orden social, jurídico y político. En ningún caso se puede tratar a una persona humana como a una cosa o un animal. Pero a la vez, la dignidad moral –y su contrario, la indignidad– merece el propio reconocimiento que puede ser hartamente diferente, y puede ocurrir que un ente con máxima dignidad ontológica incurra en máxima indignidad moral.

La estrategia de la ideología gnóstica consiste en la confusión semántica y axiológica. En el orden moral, social, jurídico y político, la dignidad humana que debe ser tenida en cuenta, principalmente, es la que se funda en el bien específicamente personal, que siempre es de naturaleza moral y que está ordenado al bien común. Y la indignidad moral no puede ser perdonada o ignorada en razón de la dignidad ontológica.

V. Colofón

La verdad es una sola. El error es potencialmente infinito. La ley natural es la verdad de la naturaleza de las cosas y del hombre hecha regla universal de conducta. Es la verdad de la Sabiduría Ordenadora Divina en la medida asequible a la razón humana. El gnosticismo es la antigua negación de un único Dios trascendente y creador, para cuyo conocimiento, amor y servicio fue creado el hombre. Es la negación de un fin suprahistórico de la historia, y del Reino de Dios, distinto, infinitamente superior y trascendente al reino del hombre o de cualquier otra creatura.

Las estrategias gnósticas y los instrumentos filosóficos para negar o desfigurar la ley natural son múltiples: nominalismo, empirismo, idealismo, positivismo, modernismo, progresismo, iluminismo, relativismo cultural, matematicismo, pactismo, economicismo, etc. Elegí tres instrumentos gnósticos en particular; lo hice porque ellos cumplen con eficacia la misión de enmascarar o sustituir la verdadera doctrina acerca de los principios legitimantes de los actos humanos y de sus instituciones sociales y jurídicas. Ellos, incluso, han conseguido instalarse en los círculos que pretenden el reconocimiento como iusnaturalistas. Tres tópicos que, apoyados en una parte de verdad, se alejan de ella e intentan desnaturalizarla.

Pero la verdad de la ley natural es la garantía del triunfo de la razón y la justicia.

Bibliografía

- Lamas, F. A. (2014). “¿Es la persona un fin para sí mismo?”. *Actas del Primer Congreso de Filosofía Tomista*. Santiago. CET, 81-95.
- , *Las Leyes*, IV, 716 c4-6.
- , (1990). *Los gnósticos* (compilación). Intr., trad. y notas de José Montserrat Torrents. 2 tomos. Madrid. Gredos.
- Meinvielle, J. (1994). *De la cábala al progresismo*. Buenos Aires. Epheta.
- Ramírez, S. (1972). “De actibus humanis”. In I.II *Summae Theologiae Divi Thomae Expositio* (QQ. VI-XXI), Madrid. CSIC, 365-381.
- San Agustín de Hipona (1993). *Obras completas*. Tomos XXX y XXXI. Madrid. BAC, en especial el “Contra Faustum”.
- Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I q. 29, a. 3 resp.
- Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I q. 5 a. 5 resp.
- Voegelin, E. (2006). *La nueva ciencia de la política. Una introducción*. Buenos Aires. Katz, caps. IV y V.

EN DEFENSA DE LOS PRINCIPIOS DE DERECHO NATURAL

In defense of the principles of Natural Law

A difesa dei principi del Diritto Naturale

Daniel Alejandro Herrera¹

Para citar este artículo:

Herrera, D.A. (2020). "En defensa de los principios de Derecho Natural". *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 47-61.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.47-61>

Resumen: En el presente artículo se pretende hacer una defensa de los principios de Derecho Natural (connotaciones jurídicas de la ley natural) usando la dialéctica (y la retórica). Primero, se abordan distintas corrientes contemporáneas (constructivistas y neoconstitucionalistas) que, desde otra matriz, distinguen entre principios y reglas o normas. En cuanto a estos "principios", hay distintos problemas para justificarlos racionalmente, siendo en muchos casos meros postulados que se proclaman para justificar toda la estructura del obrar posterior. Finalmente, se trata de los principios de Derecho Natural captados en forma inmediata (por inducción abstractiva) de la realidad, en razón de su evidencia (el predicado se encuentra contenido en el sujeto), por la *razón práctica moral (primera ratio)*, fundados en la naturaleza humana, en la propia esencia humana como principio de sus operaciones, conocidos por la *razón especulativa metafísica (última ratio)*.

Palabras clave: Ley natural; Constructivismo; Neoconstitucionalismo; Primera ratio; Última ratio.

1 Profesor Titular Ordinario de Filosofía del Derecho y Director de la Carrera de Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: daniel_herrera@uca.edu.ar

Abstract: This article aims to defend the principles of Natural Law (legal connotations of natural law) using dialectics (and rhetoric). First, different contemporary currents (constructivist and neo-constitutionalist) are approached distinguishing between principles and rules or norms. As for these “principles”, there are different problems to justify them rationally, being in many cases mere postulates that are proclaimed to justify the entire structure of later action. Finally, we deal with the principles of Natural Law immediately grasped (by abstractive induction) of reality, by reason of their evidence (the predicate is contained in the subject) by *practical moral reason (first ratio)*, founded on human nature, in the very human essence as the principle of its operations, known by the *metaphysical speculative reason (last ratio)*.

Keywords: Natural law; Constructivism; Neoconstitutionalism; First ratio; Last ratio.

Sommario: Questo articolo cerca difendere i principi del diritto naturale (connotazioni legali del diritto naturale) usando la dialettica (e la retorica). In primo luogo, si avvicinano diverse correnti contemporanee (costruttiviste e neocostituzionaliste) che da un'altra matrice distinguono tra principi e regole o norme. Quanto a questi “principi”, ci sono diversi problemi per giustificarli razionalmente, essendo in molti casi meri postulati che vengono proclamati per giustificare l'intera struttura dell'azione successiva. Infine, sono i principi della legge naturale catturati immediatamente (per induzione astrattiva) della realtà, in ragione della sua evidenza (il predicato è contenuto nel soggetto) dalla *ragione morale pratica (primo rapporto)*, fondata su la natura umana, nella stessa essenza umana come principio delle sue operazioni, conosciuta dalla *ragione speculativa metafisica (ultimo rapporto)*.

Parole chiave: Legge naturale; Costruttivismo; Neocostituzionalismo; Primo rapporto; Ultimo rapporto.

1. Justificación del título

Según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, en el orden del ser (*entitativos*), del conocer (*noéticos*) y del hacer o el obrar (*operativos*)². En sí mismo, son indemostrables en tanto que evidentes, conocidos inmediatamente por la inteligencia (*nous o intelectus*) sin mediación

2 Cfr. Aristóteles. *Metafisica*, LV, Cap. I.

de ningún razonamiento. Sin perjuicio de ello, se puede usar la dialéctica (y también la retórica, según el caso) para defender los principios contra sus impugnantes³, y en ese sentido lo vamos a hacer en este trabajo.

Además, el presente artículo se inscribe en una serie publicada anteriormente en *Prudentia Iuris*, en la que se reflejan las lecciones inaugurales de los años académicos en la Facultad de Derecho de la UCA: “En defensa de la racionalidad del Derecho” (2013), “En defensa de la moralidad del Derecho” (2014) y “En defensa de la politicidad del Derecho” (2015).

2. La distinción actual entre principios y normas o reglas

Producto de la crisis del *positivismo jurídico* (dominante en fines del siglo XIX y principios del XX), por la falta de valoración de las normas positivas y la justificación de regímenes totalitarios se han violado sistemáticamente derechos fundamentales, usando para eso el Derecho Positivo (jurídicamente válido y vigente conforme a los cánones de esa corriente de pensamiento). Derecho Positivo que tiene como única y última fundamentación la fuerza (*auctoritas non veritas facit legem*).

Frente a ello, después de la Segunda Guerra Mundial (1945) y de la caída de los regímenes comunistas (1989), han surgido corrientes iusfilosóficas *no positivistas* que buscan superar la mencionada crisis a partir de la inclusión de principios como integrantes del orden jurídico, junto a las normas positivas. De esta manera, pretenden responder al reduccionismo positivista que acota el Derecho a un sistema de normas positivas puestas e impuestas por el Estado a través de la fuerza. En cambio, según estas corrientes no positivistas, los principios no son puestos ni impuestos por la fuerza, sino que valen por su contenido (supuestamente justificado racionalmente) y, como tales, integran el orden jurídico.

Actualmente, la mayoría de estas posturas no positivistas coinciden en que los Derechos Humanos (poco hablan de sus correlativos deberes) serían el contenido de estos principios u operarían a modo de principios fundamentales del sistema. En esta línea de pensamiento podemos ubicar autores de lo más variados y de matrices diferentes. Así, podemos señalar como principales referentes:

3 Cfr. Lamas, F. (1998). *Dialéctica y Derecho*. Buenos Aires. Rev. Circa Humana Philosophia, III, 74.

- i) *Ronald Dworkin*: desde una teoría de la interpretación (especialmente judicial) de matriz empirista distingue los principios (que tienen que ver con “los derechos en serio”, conforme al título de su primera gran obra) que valen por su peso e importancia (morales o socioeconómicos), de las normas que, a su vez, valen por su *pedigree*, en tanto fueron sancionadas por la autoridad competente (test de origen)⁴.
- ii) *Robert Alexy*: desde un principialismo kantiano, distingue entre reglas o normas como mandatos definitivos (que valen a todo o nada, se aplican o no se aplican *in totum*) y principios como mandatos de optimización (que valen conforme a sus posibilidades, tanto fácticas como jurídicas), que deben ser objeto de ponderación y sopesados junto con los otros principios y reglas. Sin perjuicio de ello, los Derechos Humanos, en tanto contenido sustancial de los principios, son fundados en una metafísica, pero no realista, sino de matriz kantiana⁵.
- iii) *Gustavo Zagrebelsky*: desde un neoconstitucionalismo principialista también distingue entre las reglas o normas legales que constituían el centro del Estado Legal de Derecho y los principios (de justicia y Derechos Humanos) contenidos en las constituciones como máxima expresión del Derecho Positivo. Sin perjuicio, que en su formulación universal y abstracta se asemejan a los principios de Derecho Natural, son positivizados en las constituciones y constituyen el centro del Estado Constitucional de Derecho⁶.
- iv) *John Rawls*: desde un constructivismo contractualista justifica los principios de justicia como resultado de un consenso entrecruzado de posturas razonables en un contrato social hipotético, celebrado por las partes en una posición original de igualdad también hipotética. Por este contrato hipotético, las partes acuerdan dos principios de justicia: el primer principio de igualdad de libertades y derechos, posteriormente garantizado por la constitución, y el segundo principio (de diferencia), que justifica las desigualdades justas y se

4 Cfr. Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel; (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona. Gedisa.

5 Cfr. Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales; (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid. Barcelona - Buenos Aires. Marcial Pons; (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Gedisa; (2010). *La institucionalización de la justicia*, Granada Comares.

6 Cfr. Zagrebelski, G. (1995). *El Derecho Dúctil*. Madrid. Trotta, 109 y sigs.; (2014). *La ley y su justicia*. Madrid. Trotta.

- garantiza en la legislación sancionada conforme a la constitución⁷.
- v) *Jürgen Habermas*: desde un constructivismo posmetafísico neokantiano, justifica los principios (los Derechos Humanos y la democracia) como resultado de un consenso reconstruido a través de las reglas formales del discurso propuestas en su teoría de la acción comunicativa⁸.

Frente a estas posturas no positivistas, podemos ver algunos intentos neopositivistas de justificar un determinado contenido sustancial del Derecho (especialmente los Derechos Humanos y el principio democrático) que supere la pura formalidad (Kelsen) propia del positivismo clásico basado fundamentalmente en la validez formal y la eficacia:

- i) *El positivismo incluyente*: desde un positivismo de matriz hartiana (Soper y Lyons) pretenden refutar las críticas de Dworkin al positivismo de Hart (en cuanto a que el Derecho no estaba compuesto solo por reglas, sino también por principios), sosteniendo que los principios morales que señala Dworkin pueden ser reconocidos aplicando la regla empírica de reconocimiento de Hart⁹.
- ii) *Luigi Ferrajoli*: desde un neoconstitucionalismo garantista de matriz neopositivista, reivindica los Derechos Humanos y sus garantías como contenido de la democracia y del Derecho Positivo en su dimensión sustancial; que se complementa con su dimensión formal (leyes positivas y procedimientos democráticos), siendo creados (los principios, derechos y garantías) por el Derecho Positivo como su máxima expresión (al igual que para Zagrebelsky) pero “justificados” en clave positivista¹⁰.

7 Cfr. Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México DF. Fondo de Cultura Económica; (1993). “Political Liberalism”. En Columbia University Press, New York, traducido al castellano por Madero Báez, S. R. con el título: *Liberalismo Político*. México DF. Facultad de Derecho Unam y Fondo de Cultura Económica; (2002) *Justice as Fairness*. Edición a cargo de Erin Kelly. *The Belknap Press* o Harvard University Press. Cambridge (Mass. EE. UU.) y Londreus, R.U. 2001. Traducido al castellano por Andrés de Francisco, con el título: *Justicia como equidad. Una reformulación*. Barcelona. Paidós.

8 Cfr. Habermas, J. (2012). *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires. Madrid. Katz; (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid. Trotta.

9 Cfr. Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. Con prólogo de Pedro Serna. México. UNAM.

10 Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris. Teoría del Derecho y de la democracia*. Madrid. Trotta; (2010). *Garantismo*. Madrid, Trotta; (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta.

Ahora bien, hay un problema común a varios de estos intentos de justificación de los principios (básicamente de los Derechos Humanos y la democracia) y es que pretenden justificar el contenido sustancial de los mismos a través de procedimientos formales, como es el caso del contrato hipotético de Rawls y el consenso reconstruido de Habermas, lo que constituye lógicamente una falacia, como señalan, entre otros, Kaufmann y Massini¹¹.

Otros pretenden justificar los principios morales a través de una regla empírica de reconocimiento que constata el principio de eficacia, como es el caso del positivismo incluyente poshartiano. Lo que tampoco es posible, pues solo se acredita el acatamiento social y no la justificación racional del contenido sustancial de los principios.

Tampoco alcanzan este objetivo autores neoconstitucionalistas, tanto positivistas (Ferrajoli), como no positivistas (Zagrebelsky), al elevar a la instancia constitucional la creación de los principios como expresión suprema del Derecho Positivo (pero dependiente de este) que se imponen al resto del Derecho Positivo (especialmente mediante la inclusión de principios o derechos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos). No supera los problemas de fundamentación o justificación propios del positivismo, ya sea, al apoyarlos en la fuerza de la imposición de lo no decidible porque ya está decidido (Ferrajoli), o mediante una formulación universal y abstracta semejante a los principios de Derecho Natural pero creada en la instancia superior del Derecho Positivo (Zagrebelsky).

De la misma manera, ni Dworkin, ni Alexy logran (a mi juicio) justificar los principios. En el caso del iusfilósofo americano, ni siquiera se lo plantea. Para él, los principios existen, están ahí, en las prácticas sociales, y son identificados por la interpretación hermenéutica de los jueces que los aplican, sin que eso justifique el contenido sustancial de los mismos y su preexistencia a la norma judicial. Por su parte, en cuanto a Alexy, podemos decir que los mandatos de optimización (fáctica y jurídica) no son auténticos principios, pues no son criterios directrices evidentes del obrar humano (que requieren una referencia a la realidad o naturaleza humana, lo que nos lleva a una fundamentación iusnaturalista y realista de los mismos, como veremos en el punto siguiente). En realidad, el verdadero “mandato de optimización” no se da en el plano del juicio sobre los principios (*fines*), sino más bien en el plano del juicio prudencial circunstanciado (*medios*), que no invalida el principio, como se ve en el conocido ejemplo de Santo Tomás

11 Kaufmann, A. (1998). *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá, 46; Massini, C. I. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México. UNAM, 39; Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, 76, 15.

sobre el depósito del arma¹². Lo mismo puede decirse respecto a la fundamentación en una metafísica formalista al modo de Kant y no realista como la metafísica clásica.

La falta de fundamentación adecuada de los principios hace que se produzca cierta incertidumbre sobre el contenido de los mismos, facilitada por la textura abierta de los textos que receptan los Derechos Humanos (que operarían como principios) y que da pie a una interpretación, especialmente judicial, muy amplia y ambigua, sujeta a prejuicios ideológicos, políticos, o a intereses sectoriales.

A modo de ejemplo, podemos citar algunos fallos, como el caso “F.A.L.”, donde la Corte Suprema argentina, a través de una interpretación amplia y extensiva (lo que no es admisible respecto a los tipos penales), transforma la figura del *aborto eugenésico* no punible (violación de una mujer idiota o demente), por cierto inconstitucional (tanto por el aborto como por la eugenesia), en un *aborto no punible extensible a toda violación*. Declarando no solo su no punibilidad, sino ordenando que el Estado prevea y provea los protocolos médicos a fin de facilitar el acceso público a este tipo de abortos, excediéndose en su jurisdicción respecto del caso concreto y “legislando” en forma general hacia el futuro¹³. Otro caso es el de “Artavia Murillo c/ Costa Rica”, donde la Corte Interamericana de Derechos humanos, luego de señalar las dudas y diferentes posturas en la ciencia respecto al concepto de concepción como momento del comienzo de la existencia del ser humano (fecundación o implantación), decide establecerlo en el momento de la implantación, siendo el criterio más restrictivo, pues excluye a los embriones fecundados y no implantados. Esto constituye una violación del principio *pro homine*, que la Corte tiene que resguardar y que señala que en caso de duda se debe estar por la interpretación que favorezca o incluya más derechos a más seres humanos¹⁴. El problema se agrava cuando es el propio poder jurisdiccional (que tiene que decir lo justo o el derecho), y sobre todo en sus instancias últimas, el que llega a sentencias arbitrarias e injustas, además de inconstitucionales e inconvencionales, según el caso.

Por último, cabe reiterar que los Derechos Humanos entendidos como el contenido sustancial de los principios (en estas concepciones), en sí mismos, no son una realidad fundante del obrar humano consecuente, sino más bien una realidad fundada (que hay que reconocer y garantizar) en la condición o naturaleza humana y su intrínseca dignidad. Pero en ese caso

12 Cfr. Tomás de Aquino. *S. Th.* I-II, 94, 4.

13 “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva” (CSJN, 2012).

14 “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. CIDH (CIDH 28-11-2012).

estaríamos en una justificación iusnaturalista como la propia del realismo clásico, que veremos a continuación.

3. Los principios de Derecho Natural en el realismo clásico

Como señalamos al comienzo, según Aristóteles, *principio* es aquello de lo cual algo procede, tanto en el orden del ser, del conocer y del hacer o el obrar¹⁵. A su vez, estos pueden ser *comunes* a distintas ciencias (los primeros principios de la razón especulativa o de la razón práctica) o *propios* de alguna (p. ej., del Derecho).

Así como los primeros principios de la razón especulativa (principio de no contradicción, etc.) serían *comunes* y constituyen la base de todo el conocimiento posterior, los primeros principios de la razón práctica (ley natural) serían también *comunes* y son la base de todo el conocimiento práctico.

A estos primeros principios prácticos comunes nos referimos cuando hablamos de los *principios de Derecho Natural* en el título del presente artículo. Al respecto dice Santo Tomás, en la I-II, 94,2: “[...] los principios de la ley natural son en el orden práctico lo que los primeros principios de la demostración en el orden especulativo, pues unos y otros son evidentes por sí mismos. Ahora bien, esta evidencia puede entenderse en dos sentidos: en absoluto y en relación a nosotros. De manera absoluta es evidente por sí misma cualquier proposición cuyo predicado pertenece a la esencia del sujeto; pero tal proposición puede no ser evidente para alguno, porque ignora la definición de su sujeto [...] Ahora bien, entre las cosas que son conocidas de todos hay un cierto orden. Porque lo primero que alcanza nuestra aprehensión es el ente, cuya noción va incluida en todo lo que el hombre aprehende. Por eso, el primer principio indemostrable es que ‘no se puede afirmar y negar a la vez una misma cosa’, principio que se funda en las nociones de ente y no ente y sobre el cual se asientan todos los demás principios, según se dice en IV *Metaphys.* Mas así como el ente es la noción absolutamente primera del conocimiento, así el bien es lo primero que se alcanza por la aprehensión de la razón práctica, ordenada a la operación; porque todo agente obra por un fin, y el fin tiene razón de bien. De ahí que el primer principio de la razón práctica es el que se funda sobre la noción de bien, y se formula así: ‘el bien es lo que todos apetecen’. En consecuencia, el primer precepto de la ley es éste: ‘El bien ha de hacerse y buscarse; el mal ha de evitarse’. Y sobre éste se fundan todos los demás preceptos de la ley natural, de suerte que cuanto se ha de hacer o

15 Cfr. Aristóteles. *Metafísica*, LV, Cap. I.

evitar caerá bajo los preceptos de esta ley en la medida en que la razón práctica lo capte naturalmente como bien humano. Por otra parte, como el bien tiene razón de fin, y el mal, de lo contrario, síguese que todo aquello a lo que el hombre tiene natural inclinación, la razón naturalmente lo aprehende como bueno y, por ende, como algo que debe ser procurado, mientras que su contrario lo aprehende como mal y como que debe evitarlo. De aquí que el orden de los preceptos de la ley natural sea correlativo al orden de las inclinaciones naturales¹⁶; tanto de las inclinaciones comunes que los hombres tienen con todos los seres, con todos los animales y las específicamente humanas¹⁷. Sin perjuicio de que en el hombre incluso las inclinaciones comunes (con todos los seres y con los animales) son ordenadas de un modo racional¹⁸.

Los primeros principios comunes de la razón son evidentes por sí mismos (autoevidentes) o *per se notae*, porque el predicado está contenido en la esencia del sujeto, conocidos por todos, y llamados, por el aquinate, *communissima*. El primer principio de la razón práctica (el bien debe hacerse y el mal evitarse) que opera como un principio de no contradicción práctico equivalente al de no contradicción (no se puede afirmar y negar una cosa al mismo tiempo y sobre el mismo aspecto) sería un *principia communissima* de todo el conocimiento práctico posterior.

Ahora bien, la pregunta es: ¿cómo conoce la inteligencia estos primeros principios evidentes, tanto especulativos como prácticos? Al respecto sostiene Aristóteles, en los *Segundos Analíticos*: “Cuando alguna de las cosas específicamente indiferenciadas [*toôn adiaphóroon*] se establece en el alma se da una primera noción universal [*kathólou*] pues aunque el acto de percepción sensible [*aístheesis*] tiene por objeto lo individual, la percepción sensible incluye también lo universal, es decir, no ‘el hombre Calias’ sino el hombre. Es pues evidente que *es la inducción [epagoogée] la que nos hace conocer los principios*, pues es de esta manera que la percepción sensible produce en nosotros el universal ‘La inteligencia inmediata [*noûs*] es principio [*arjée*] de la ciencia. Y es principio del principio mismo”¹⁹.

En el mismo sentido, se manifiesta el aquinate en su comentario a este pasaje de Aristóteles: “*Concludit manifestum esse quod necesse est prima universalia principia cognoscere per inductionem. Sic enim, scilicet per viam inductionis, sensus facit universale intus in anima, in quantum considerantur omnia singularia*” (“Concluye que *es necesario conocer los principios generales por inducción*. De esta manera, es decir, a modo de inducción,

16 Santo Tomás de Aquino. *S.Th.* I-II, 94,2.

17 Cfr. Santo Tomás de Aquino. *S.Th.* I-II, 94,2.

18 Cfr. García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México. UNAM, 73.

19 Aristóteles. *Segundos Analíticos*, L II, cap. 19.

el sentido de la causa de lo universal dentro, en el alma, en la medida en que se consideran todas las cosas específicas”²⁰.

Tanto para Aristóteles como para Santo Tomás, los principios se conocen por *inducción* (*epagoge*) a partir de los singulares. De esta manera, *se nos presenta el universal en el particular*, mediante la iluminación del intelecto agente sobre la especie impresa (fantasma) y el juicio particular de la cogitativa, que permite inferir inmediatamente (sin razonamiento) el universal a partir del particular (o los particulares) por medio de la abstracción que termina en el concepto y la inducción que culmina en el juicio (evidente).

Sobre este punto dice Félix Lamas: “La experiencia supone una discriminación de muchas percepciones, discriminación o *collatio* que realiza la cogitativa. De ahí que en la experiencia tienen origen los dos grandes momentos del tránsito de lo particular a lo universal: la abstracción, cuyo término es el concepto y la definición, y la inducción, cuyo término es una proposición universal. Otro error –en el que incurre Juan de Santo Tomás y todos los tomistas que siguen con poco sentido crítico su *Lógica*, entre ellos Maritain– consiste en confundir la inducción con un razonamiento en sentido estricto. Pero la inducción no es propiamente hablando una forma de mediación lógica, por una razón obvia: carece de término medio. Ella es, pues, una inferencia inmediata [...] En consecuencia, los primeros principios en cuanto se expresan en proposiciones *per se notae*, resultan de la abstracción de las nociones comunísimas de ente, uno, verdad, bondad, etc., a partir de la experiencia, y de la inducción consiguiente, la cual, por tener una materia necesaria y evidente, conduce a proposiciones de verdad infalible. El Doctor Angélico extiende en forma explícita, al ámbito del conocimiento práctico, la doctrina aristotélica del *nous*, extensión que está insinuada –aunque con trazos fuertes– en Aristóteles, según ha de verse en el texto que se analizará en el siguiente apartado –entendido como hábito de los primeros principios. Santo Tomás ha de designar con el nombre de *sindéresis* el *nous* en el orden práctico, identificando los primeros principios en materia moral con las normas más universales de la ley natural. Ahora bien, en materia práctica el fin es el primer principio, pero a su vez está determinado por la propia naturaleza humana, en tanto esta incluye una constitutiva tendencia al fin [...] Consiguientemente, se tiene esta secuencia: la naturaleza humana determina el fin y éste, a su vez, es el criterio supremo del que surge la ley natural”²¹.

20 Santo Tomás de Aquino. *Comentario a los Segundos Analíticos de Aristóteles*, L II, cap. 19.

21 Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas, los principios y los límites de la Dialéctica”. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Edición a cargo de Félix Adolfo Lamas. Buenos Aires. Educa, 43.

En consecuencia, en el ámbito del conocimiento práctico tenemos que distinguir: i) un acceso práctico a la ley natural, mediante la captación evidente (el predicado está contenido en la esencia del sujeto) e inmediata (por inducción abstractiva), en las inclinaciones naturales en orden al fin (que naturalmente aprehende como buenas), de los primeros principios de la razón práctica; ii) su fundamentación teórica y metafísica (constituye el soporte del contenido de la ley natural), en la naturaleza humana como principio de operaciones en orden al fin (*telos*), realizado por la razón especulativa. En otras palabras, la distinción entre la patencia de los primeros principios como punto de partida del proceso que realiza la razón práctica (*primera ratio*) y su justificación racional en el plano metafísico que realiza la razón teórica o especulativa (última ratio).

Así, podemos *distinguir* (no separar) *la razón práctica de la razón metafísica*, pues los principios de la primera no son conclusiones de un razonamiento (silogismo) a partir de la segunda (de serlo, no serían principios primeros inmediatamente captados), sin perjuicio de reconocer que en última instancia la razón práctica como todo conocimiento humano se funda en la razón metafísica que considera al ser en cuanto ser. En suma, no hay separación y mucho menos oposición, sino más bien continuidad, entre la razón especulativa y práctica, por la cual la razón práctica es una extensión de la misma razón especulativa, en cuanto se ordena a dirigir la acción humana.

Tanto en el orden especulativo como en el práctico, los principios comunes (*communíssima*) son evidentes y conocidos por todos, pero en cuanto a las conclusiones, en la razón especulativa la verdad es la misma aunque no es por todos conocida; en cambio, en la razón práctica, las conclusiones ni son las mismas para todos, ni todos las conocen igualmente²². “Así, pues, se debe concluir (dice Santo Tomás) que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos faltan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conocimiento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural. Y así cuenta Julio César, en VI *De bello gallico*, que entre los

²² Cfr. Santo Tomás. *S. Th.* I-II, 94,4.

germanos no se consideraba ilícito el robo a pesar de que es expresamente contrario a la ley natural”²³.

Ahora bien, esta ley natural es fundamentalmente moral. Sin perjuicio de ello tiene connotaciones jurídicas²⁴, en cuanto ordena al hombre a vivir en sociedad y en última instancia al bien común político, que es el fin último del Derecho y por eso, en tanto fin, constituye su principio fundamental. Pues en el orden práctico (donde se da el Derecho), el fin es principio. Estos principios son *comunes* a la moral y al Derecho, aunque vistos desde la perspectiva propia de cada disciplina. Sin embargo, no es óbice para la existencia de principios *proprios* del Derecho, como la reciprocidad en los cambios en el Derecho Privado y la proporcionalidad en el Derecho Público, o los principios *proprios* de las distintas ramas del Derecho, o de los distintos ordenamientos, tanto nacionales como internacionales²⁵.

En virtud de los principios *comunes*, tanto en la moral como en el Derecho hay actos que son siempre ilícitos en razón de su objeto (*absolutos morales*), como todo lo que se opone a la vida humana inocente (los homicidios, el aborto, la eutanasia, etc.); lo que viola la integridad de la persona humana (las mutilaciones, torturas físicas y psíquicas, etc.); lo que ofende a la dignidad humana (la trata de personas, etc.)²⁶. En consecuencia, ninguna ley positiva puede legitimar lo que es intrínsecamente ilícito por su objeto, por ejemplo, las “leyes” que legalicen el aborto o la eutanasia son siempre contrarias al verdadero orden moral y jurídico y deben ser resistidas tanto en su sanción (como sucedió con el aborto en Argentina en 2018), como en su aplicación (a través de la objeción de conciencia individual e institucional, desobediencia civil, etc.), porque contradicen el bien del hombre, tanto en razón del fin, como de la forma o del exceso del legislador²⁷.

La pregunta que sigue es: ¿son suficientes estos principios máximamente universales para dirigir el obrar humano? La respuesta es negativa. A medida que nos alejamos de los principios y nos acercamos al obrar circunstancial y concreto, es necesario complementar el juicio evidente de los principios universales que en el orden práctico operan como *fines*, con el juicio prudencial que, además de estos, debe tener en cuenta las circunstancias particulares, a fin de poder elegir los *medios* adecuados en orden al obrar concreto.

23 Santo Tomás. *S. Th.* I-II, 94,4.

24 Cfr. Herrera, D. A. (diciembre 1989). *Prudentia Iuris*, XXI-XXII, 67.

25 Cfr. Lamas, F. A. (1991), *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IESTA, 503 y 504; y Vigo, R. L. (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires. Depalma, 39 y 73.

26 Cfr. Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, 80; Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Barcelona. Eunsa, 15.

27 Cfr. Santo Tomás, *S. Th.* I-II, 96,4.

Por eso en el *orden ético* los principios de la ley natural moral deben completarse y complementarse con las virtudes por medio de las cuales se rectifica y perfecciona el obrar humano; mientras que en el *orden jurídico*, los principios del Derecho Natural (connotaciones jurídicas de la ley natural moral) que descubrimos en la propia naturaleza racional y política del hombre, deben ser completados y complementados, con conclusiones (Derecho de Gentes) y determinaciones (Derecho Positivo), a través de las distintas fuentes (tradiciones, costumbres, convenciones), en todas sus instancias (tanto nacionales como internacionales, tanto constitucionales como constituidas), hasta llegar a lo justo, máximamente concreto y circunstanciado²⁸.

4. A modo de reflexión final

No está mal distinguir entre principios y normas, estableciendo una primacía de aquellos sobre estas (no está allí la dificultad). El problema en muchas corrientes actuales, en general, y en el neoconstitucionalismo, en particular, está en que los principios que invocan *no son verdaderos principios ni principios verdaderos* (y no es un juego de palabras).

No son verdaderos principios, por no ser punto de partida evidente de un conocimiento, ni sostén último de una realidad, dado que los Derechos Humanos que operarían como principios no son una realidad fundante, sino fundada (en la naturaleza humana). Se trataría más bien de *postulados* que, a diferencia de los principios, no se justifican ni se fundamentan, sino que justamente se postulan o proclaman y a partir de ellos se pretende fundar toda la estructura posterior del obrar. Todo esto tiene una consecuencia sumamente grave, pues al no tener que justificarse pueden postularse nuevos sin límite, como sucede con algunos “Derechos Humanos” creados o inventados a partir del dogma de la autonomía de la voluntad sin que respondan a la intrínseca estructura y dinámica del ser humano.

Tampoco son principios verdaderos por no estar anclados en el ser del hombre, en su naturaleza, al negar su dimensión metafísica, ya sea en su versión racionalista procedimentalista (Habermas, Rawls, Alexy, etc.), interpretativa empirista (Dworkin) o neoconstitucionalista, tanto positivista (Ferrajoli), como principialista (Zagrebelsky)²⁹.

Los *verdaderos principios*, por ser el punto de partida de todo el conocimiento práctico, son los principios evidentes de Derecho Natural (conno-

28 Cfr. Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El Derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, 76, 15.

29 Cfr. Herrera, D. A. (junio 2015). “En defensa de la moralidad del Derecho”. *Prudentia Iuris*, 79, 17.

tación jurídica de la ley natural moral), inducidos inmediatamente de la realidad (*razón práctica o primera ratio*), que al mismo tiempo son *principios verdaderos* por estar fundados en la naturaleza humana, en la propia esencia humana como principio de sus operaciones (*razón metafísica o última ratio*).

Bibliografía

- Alexy, R. (2012). *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid. Centro de Estudios políticos y constitucionales.
- Alexy, R. (2008). *El concepto y la naturaleza del Derecho*. Madrid. Barcelona. Buenos Aires. Marcial Pons.
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Gedisa.
- Alexy, R. (2010). *La institucionalización de la justicia*. Granada. Comares.
- Aristóteles. *Segundos Analíticos*, L II, cap. 19.
- Aristóteles. *Metafísica*, LV, Cap. I
- “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica”. CIDH 28-11-2012.
- Dworkin, R. (1999). *Los derechos en serio*. Barcelona. Ariel.
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Barcelona. Gedisa.
- Etcheverry, J. B. (2006). *El debate sobre el positivismo jurídico incluyente*. Con prólogo de Pedro Serna. México. UNAM.
- “F.A.L. s/ medida autosatisfactiva”. CSJN, 2012.
- Ferrajoli, L. (2011). *Principia iuris, Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Garantismo*. Madrid. Trotta.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid. Trotta.
- Finnis, J. (1992). *Absolutos morales*. Barcelona. Eunsa, 15.
- García Huidobro, J. (2002). *Filosofía y retórica del iusnaturalismo*. México. UNAM, 73.
- Habermas, J. (2012). *El discurso filosófico de la modernidad*. Buenos Aires. Madrid. Katz.
- Habermas, J. (2008). *Conciencia moral y acción comunicativa*. Madrid. Trotta.
- Herrera, D. A. (diciembre 1989). *Prudentia Iuris*, XXI-XXII, 67.
- Herrera, D. A. (diciembre 2013). “El Derecho en la tradición central de occidente y su proceso de desnaturalización”. *Prudentia Iuris*, n° 76, 15.
- Herrera, D. A. (junio 2015). “En defensa de la moralidad del Derecho”. *Prudentia Iuris*, n° 79, 17.
- Juan Pablo II. *Veritatis Splendor*, 80.
- Kaufmann, A. (1998). *La Filosofía del Derecho en la posmodernidad*. Bogotá, 46.
- Lamas, F. (1998). “Dialéctica y Derecho”. *Rev. Circa Humana Philosophia*, III. Buenos Aires, 74.
- Lamas, F. (2002). “Percepción e inteligencia jurídicas, los principios y los límites de la dialéctica”. En *Los principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas*. Edición a cargo de Félix Adolfo Lamas. Buenos Aires. Educa, 43.

- Lamas, F. (1991). *La experiencia jurídica*. Buenos Aires. IESTA, 503 y 504.
- Massini, C. I. (2004). *Constructivismo ético y justicia procedimental en John Rawls*. México. UNAM, 39.
- Rawls, J. (1997). *Teoría de la Justicia*. México DF. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. New York. Columbia University Press, traducido al castellano por Sergio René Madero Báez, Liberalismo Político. México DF. Facultad de Derecho UNAM y Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2002). *Justice as Fairness*. Edición a cargo de Erin Kelly. The Belknap Press o Harvard University Press. Cambridge (Mass. EEUU) y Londreus, R.U. 2001. Traducido al castellano por Andrés de Francisco, *Justicia como equidad, una reformulación*. Barcelona. Paidós.
- Santo Tomás de Aquino. *Comentario a los Segundos Analíticos de Aristóteles*. L II, cap. 19.
- Santo Tomás de Aquino, *S. Th.* I-II, 94, 4.
- Vigo, R. L. (2000). *Los principios jurídicos*. Buenos Aires. Depalma, 39 y 73.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El Derecho dúctil*. Madrid. Trotta, 109 y sigs.
- Zagrebelsky, G. (2014). *La ley y su justicia*. Madrid. Trotta.

**TOMÁS DE AQUINO Y LA LEY NATURAL
INTERPRETACIONES CRUZADAS DE
SUMMA THEOLOGIAE I-II, 94, 2**

Tomas de Aquino and the Natural Law

Summa Theologiae cross interpretations I-II, 94, 2

Thomas Aquino e la legge naturale

Interpretazioni incrociate di Summa Theologiae I-II, 94, 2

Carlos Massini-Correas¹

Para citar este artículo:

Massini-Correas, C. (2020). "Tomás de Aquino y la ley natural. Interpretaciones cruzadas de *Summa Theologiae* I-II, 94, 2".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 63-77.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.63-77>

Resumen: El texto central del iusnaturalismo occidental es el de la *Summa Theologiae*, de Tomás de Aquino I-II, q. 94. a.2, en el que el Aquinate hace referencia a tres tipos de realidades: la naturaleza humana, las inclinaciones naturales y los bienes humanos. En general, se ha priorizado uno de estos tipos al momento de estudiar las vías de conocimiento de la ley natural, arrojando a los demás autores al rincón de los errores, imprecisiones y hasta maldades. Este trabajo sostiene la hipótesis de que el estudio de la naturaleza, las inclinaciones y los bienes como fuentes de la normatividad natural no es necesariamente excluyente, y que un análisis atento y desapasionado conduce a la conclusión de que se trata de vías diversas pero complemen-

1 Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales y en Filosofía. Catedrático de Filosofía Jurídica en la Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Profesor en la Maestría de Filosofía del Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Y en el Doctorado en Ciencias Jurídicas en la Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Investigador Superior en Dirección de Investigaciones de la Universidad de Mendoza, Mendoza, Argentina. Correo electrónico: carlos.massini@um.edu.ar

tarias, y que un estudio desde la sinergia de estas fuentes de conocimiento conduce a soluciones más ricas y explicativas que las que alcanzan quienes las ven como alternativas excluyentes.

Palabras clave: Tomás de Aquino; *Summa Theologiae*; Ley natural; Vías de conocimiento; Naturaleza humana.

Abstract: The central text of western natural law is that of the *Summa Theologiae*, of Thomas Aquinas I-II, q. 94. a.2, in which the Aquinate refers to three types of realities: human nature, natural inclinations and human goods. In general, one of these types has been prioritized when studying the ways of knowing Natural Law, throwing other authors into the corner of errors, inaccuracies and even evil. This work supports the hypothesis that the study of nature, inclinations and goods as sources of natural regulations is not necessarily exclusive, and that a careful and dispassionate analysis leads to the conclusion that these are diverse but complementary ways, and that a study from the synergy of these sources of knowledge leads to richer and more explanatory solutions than those achieved by those who see them as exclusive alternatives.

Keywords: Thomas Aquinas; *Summa Theologiae*; Natural Law; Ways of knowing; Human nature.

Sommario: Il testo centrale della legge naturale occidentale è quello della *Summa Theologiae* di Tomasso di Aquino I-II, q. 94. a.2, in cui l'Aquinate si riferisce a tre tipi di realtà: natura umana, inclinazioni naturali e beni umani. In generale, a uno di questi tipi è stata data la priorità quando si studia il modo di intendere la legge naturale, gettando gli altri autori nell'angolo di errori, imprecisioni e persino mali. Questo testo supporta l'ipotesi che lo studio della natura, delle inclinazioni e dei beni come fonti di normatività naturale non sia necessariamente esclusivo, e che un'analisi attenta e spassionata porti alla conclusione che si tratta di percorsi diversi ma complementari e che uno studio dalla sinergia di queste fonti di conoscenza porta a soluzioni più ricche ed esplicative di quelle raggiunte da chi le vede come alternative esclusive.

Parole chiave: Tomasso d'Aquino; *Summa Theologiae*; Legge naturale; Modi di conoscere; Natura umana.

1. El realismo ético y la tradición clásica

Si bien el realismo ético-jurídico tiene varias concreciones y modalidades, algunas de ellas de factura típicamente contemporánea, resulta indudable que la versión paradigmática de esa orientación es la que se gestó en el ámbito del pensamiento clásico, en especial de lo que Isaiah Berlin denominó la “tradición central de occidente”². Con esa expresión, el pensador liberal designó la línea de pensamiento ético (moral personal, política, derecho, economía), que tiene su origen en el pensamiento ateniense de los siglos V y IV a.C., principalmente en las ideas de Sócrates, Platón y Aristóteles; tuvo sus representantes en el pensamiento romano, en especial en el de Cicerón; alcanzó un hito fundamental en el sistema de Tomás de Aquino; tuvo algunos desacuerdos con los nominalistas del siglo XIV³ y continuó su andadura con los escolásticos españoles del Siglo de Oro, así como con los sucesivos neo-escolasticismos y conservatismos, v. gr. el de Edmund Burke, que ha conocido el pensamiento occidental⁴.

Pero también en el marco de las ideas contemporáneas han surgido propuestas de revalorización de la ética clásica, sobre todo por parte de quienes siguen las ideas de Tomás de Aquino. Entre los autores que han encarado estas propuestas en los últimos años, tanto en el ámbito de la ética general, como de la filosofía jurídica, económica y política, cabe destacar a Antonio Millán-Puelles y Javier Hervada, en España; Heinrich Rommen, Josef Pieper y Robert Spaemann, en Alemania; Jacques Leclerc, Michel Villey y Georges Kalinowski, en Francia; Ralph McInerny, Vernon Bourke, Germain Grisez, Alasdair MacIntyre, Henry Veatch y Jean Porter, en los Estados Unidos; Giuseppe Graneris, Francesco Olgiati, Francesco D’Agostino y Francesco Viola, en Italia; Martin Rhonheimer, en Suiza; y John Finnis y John Haldane en Gran Bretaña, así como varios más en otros países.

Todos estos autores y varios otros se consideran a sí mismos, piensan y escriben como participando de una tradición común de pensamiento e investigación. En realidad, las cosas no pueden ser de otra manera, ya que cualquier empresa intelectual exitosa ha de realizarse inexorablemente en el marco de alguna tradición. Escribe en este punto Giuseppe Abbà que “ningún filósofo comienza a pesar desde cero; antes bien, se encuentra en-

2 Berlin, I. (1995). “The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas”. Cit. por George, R. P. *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford. Clarendon Press, 19.

3 Véase: Villey, M. (1962). *Leçons d’histoire de la philosophie du droit*. Paris. Dalloz, 221-250.

4 Véase: Hervada, J. (1987). *Historia de la ciencia del Derecho Natural*. Pamplona. EUNSA, *passim*.

frentado a los problemas filosóficos que resultan planteados por la lectura que él ha hecho de las obras de otros filósofos [...]. Esto, que vale para un filósofo individual, vale también para un conjunto de filósofos que adoptan, en tiempos diversos, la misma figura de filosofía moral elaborada por el fundador de una stirpe o escuela filosófica. Continuando su desarrollo, defendiéndola, corrigiéndola, modificándola bajo la presión de nuevos problemas, de nuevas objeciones, de nuevas críticas, de nuevas figuras, ellos dan vida a lo que se llama una *tradicón de investigación*⁵.

Ahora bien, la tradición de investigación que corresponde al pensamiento clásico tiene una serie de notas que la destacan en el contexto de las diferentes tradiciones de especulación: ante todo, se trata de una tradición enormemente *extensa*, que abarca desde las enseñanzas orales de Sócrates hasta las ideas difundidas por autores estrictamente contemporáneos, es decir, más de veinticinco siglos ininterrumpidos de pensamiento; en segundo lugar, es una tradición ética que se encuentra enmarcada en un contexto filosófico *completo*, es decir, que comprende una metafísica, una teología (la cristiana y, en especial, la católica), una antropología filosófica, una epistemología, una lógica, una filosofía de la historia y así sucesivamente; en tercer lugar, se está frente a una empresa intelectual-moral especialmente *intensa*, en el sentido de que no sólo tiene una extensión temporal destacada, sino también que ha abordado y discutido en su seno prácticamente todos los problemas que se plantean al pensamiento ético y lo ha hecho con una intensidad y una acribia especialmente destacables; y finalmente, en cuarto lugar, se trata de un proyecto explicativo y propositivo que ha sido *contrastado* una enorme cantidad de veces con la experiencia concreta de las cosas humanas y en especial humano-sociales, y que ha debatido acerca de los problemas éticos que se han planteado en las diferentes etapas de la historia y con las diversas doctrinas competitivas que han aparecido a lo largo del tiempo.

En esta tradición, la principal línea de explicitación y defensa del realismo ético se denomina *teoría de la ley natural*, y ha sido objeto de diferentes desarrollos y modalizaciones a lo largo de los más de veinticinco siglos que ha durado su andadura en la cultura de occidente. En un relevante artículo publicado en la *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, el profesor

5 Abbà, G. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma. LAS, 27. Acerca de la noción de "tradición" en la ética, véase: Boyle, J. (1994). "Natural Law and the Ethics of Tradition". En AA. VV., *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Ed. R.P. George. Oxford. Clarendon Press, 3-30 y MacIntyre, A. (1988). *Whose Justice? Which Rationality?* London. Duckworth, 12; sobre las ideas de MacIntyre en este punto, véase: Mauri, M. (1997). "Autoridad y tradición". En AA. VV., *Modernidad y tradición. Una reflexión ética sobre la sociedad contemporánea*. Barcelona. EDIT-EURO, 7-21.

de Georgetown, Mark Murphy, escribe, respecto de esta teoría, que “algunos escritores usan este término [*natural law theory*] en un sentido tan amplio que cualquier teoría moral que sea una versión del realismo moral –es decir, cualquier teoría moral que sostenga que algunas afirmaciones morales positivas son literalmente verdaderas– [...] cuenta como un punto de vista de ley natural”⁶.

Pero más adelante reconoce que es posible usar la locución en un sentido más estricto, de modo que no toda forma de realismo ético pueda reducirse a una teoría de la ley natural, con lo que se plantea la cuestión de cuándo precisamente se está frente a una teoría de la ley natural y no frente a otras formas de realismo práctico-moral. Y sobre esto sostiene que existe una forma ideal de proceder en este punto, “una que tome como su punto de partida el papel central que juega la teoría moral de Tomás de Aquino en la tradición de la ley natural. Si alguna teoría –concluye– es una teoría de la ley natural, esa es la de Tomás de Aquino”⁷; ella conformaría de este modo el significado focal de “teoría de la ley natural” y a ella misma habría que referirse especialmente para desarrollarla.

En adelante se seguirá la sugerencia del profesor norteamericano y se adoptará la versión aquiniana de la teoría de la ley natural como caso central y paradigmático de esa teoría, de modo tal que las doctrinas en análisis se considerarán de ley natural en la medida en que se asemejen o asimilen a la desarrollada por Tomás de Aquino. Es más, el estudio se centrará aquí principalmente en un texto clave del *corpus* tomista: el que corresponde a la *Summa Theologiae* I-II, q. 94, a. 2, que es el que sintetiza de mejor manera la problemática y el que ha sido objeto de más debates y mayores análisis. Una vez adoptada esta perspectiva de estudio, conviene esclarecer especialmente el sentido en que se usará la locución “ley natural” en lo sucesivo. En este punto, John Finnis precisa que “el término ‘ley’ en la frase ‘ley natural’ se refiere a ciertos estándares de elección correcta, estándares que son normativos (esto es, racionalmente directivos y ‘obligatorios’) porque son verdaderos y porque elegir de otro modo que de acuerdo con ellos resulta irrazonable”⁸.

Y respecto al término “natural” y sus relacionados “por naturaleza”, “de acuerdo con la naturaleza” y “de naturaleza”, este mismo autor sostiene que ese término “significa alguna, o algunas de las siguientes afirmaciones:

6 Murphy, M. “The Natural Law Tradition in Ethics”. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Winter 2011 Edition). Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/natural-law-ethics/>.

7 *Ibidem*.

8 Finnis, J. “Natural Law”. En *Collected Essays-Volume I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 200.

(a) que los estándares relevantes (principios y normas) no son ‘positivos’, es decir, que son directivos y previos a cualquier posición a través de una decisión individual, o elección de un grupo, o convención; (b) que los estándares relevantes son ‘superiores’ a las leyes positivas, convenciones y prácticas, es decir, proveen las premisas para la evaluación crítica y aprobación o repulsa justificada o desobediencia a esas leyes, convenciones o prácticas; (c) que los estándares relevantes conforman los requerimientos más demandantes de la razón crítica y que son objetivos, en el sentido de que una persona que deje de aceptarlos como estándares de juicio estará en el error; y (d) que la adhesión a esos estándares relevantes tiende sistemáticamente a promover el florecimiento humano, la realización de las comunidades y los individuos humanos”⁹.

2. La ley natural en la tradición tomista

Una vez precisado el sentido de la locución “ley natural”, corresponde sintetizar en algunos puntos específicos el núcleo de la doctrina de Tomás de Aquino acerca de esta problemática¹⁰, limitándonos, en principio, al texto mencionado de la *Summa Theologiae*. En primer lugar, conviene decir que “ley natural”, en clave tomista, es un conjunto de principios normativos o proposiciones práctico-normativas primeras que dirigen la conducta humana hacia su bien-perfección integral, y, en cuanto tal, ese conjunto debe ser distinguido de los estudios filosóficos o científicos que tienen como objeto a esos principios. Estos últimos estudios se denominan “teoría (o filosofía) de la ley natural” y, en su conjunto, forman una amplia orientación que se denomina genéricamente “iusnaturalismo”, pero no son propiamente la “ley natural”, sino su estudio sistemático a nivel filosófico¹¹.

Ahora bien, en estos principios es posible distinguir uno absolutamente primero, que puede denominarse “primer principio práctico” y cuya expresión tomista es “el bien ha de hacerse y el mal evitarse”¹². Este principio,

9 Ídem, 200-201.

10 En este punto véase: Budziszewski, J. (2014). *Commentary on Thomas Aquinas’s Treatise on Law*. New York. Cambridge University Press, 228 y sigs.; asimismo, véase: AA. VV. (2002). *The Ethics of Aquinas*. Ed. S. J. Pope. Washington DC. Georgetown University Press, *passim*.

11 Véase: Finnis, J. (2008). “La tradición de la ley natural”. En *Ideas y Derecho*, N° 6. Buenos Aires, 223.

12 Tomás de Aquino. *Summa Theologiae* (en adelante, *ST*), I-II, q. 94, a. 2. Sobre los debates existentes acerca del sentido de este principio, véase: May, W. E. (2004). “Contemporary Perspectives on Thomistic Natural Law” y Long, S. A. “Natural Law or Autonomous Practical Reason”. En AA. VV. *Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition. Contemporary Perspec-*

siempre según Tomás de Aquino, cumple en el orden práctico la misma función que el principio de no-contradicción cumple en el orden especulativo, es decir, sirve de estructura fundamental de todo pensamiento práctico-normativo. En este punto, Ross Armstrong ha escrito que “el bien ha de hacerse y el mal evitarse’ tiene el estatus de un principio directivo y es de acuerdo con este principio que todos los preceptos de la ley natural deben ser formulados [...]; este principio tiene un rol en la ley natural que lo hace distinto de todos los restantes preceptos: es un principio en el cual están fundadas todas las otras prescripciones de la ley natural”¹³. Puede decirse, entonces, que ese primer principio práctico es como la contextura básica de las normas más determinadas, que prescriben la realización de bienes humanos más específicos en contextos más delimitados.

Y estas normas más determinadas resultan necesarias toda vez que el hombre no actúa en principio por el bien en general, considerado en abstracto, sino por bienes determinados y concretos, que son los que resultan proporcionados a la voluntad humana, que no está ordenada –al menos en el aquende la muerte– al bien absoluto, sino a bienes de algún modo limitados y específicos. Escriben en este punto Grisez, Finnis y Boyle que “la diversidad de los bienes básicos no es ni un hecho contingente de la psicología humana ni un accidente de la historia [...]. Más bien, al ser aspectos de la realización de las personas, esos bienes se corresponden con las complejidades inherentes a la naturaleza humana”¹⁴. Y por ello, la vida, la procreación, la salud y la integridad física son bienes humanos básicos en razón de que el hombre es un ser animado; el conocimiento y la apreciación de la belleza son bienes humanos porque el hombre es cognoscente y racional; la amistad, la vida política y las demás formas de vida social son bienes humanos porque el hombre es un ser naturalmente social, y así sucesivamente¹⁵.

Pero además, el Aquinate hace referencia en este punto no sólo a la naturaleza humana en sí misma (“La ley natural es consecuencia de la naturaleza humana”¹⁶) y a los bienes humanos (“Todos los demás preceptos [...] tendrán carácter de preceptos de ley natural en cuanto la razón prácti-

tives. Ed. J. Goyette *et alii*. Washington DC. The Catholic University of America Press, 113-156 y 165-193.

13 Armstrong, R. (1966). *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*. The Hague. Martinus Nijhoff, 40. En este texto, la expresión “fundadas” debería entenderse en el sentido de que los restantes principios práctico-normativos participan de su estructura formal.

14 Grisez, G.; Boyle, J. y Finnis, J. (1987). “Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends”. En *The American Journal of Jurisprudence*, N° 32. Notre Dame, 107.

15 *Ibidem*, 107-108.

16 *ST*, I-II, q. 94, a. 2, 2ª objeción.

ca los aprehenda como [ordenados a los] bienes humanos”¹⁷), sino también a las inclinaciones que tienden a esos bienes (“todas las cosas hacia las que el hombre siente inclinación natural, son aprehendidas naturalmente como buenas y consecuentemente como que han de realizarse”¹⁸). Ahora bien, paralelamente a estas tres referencias, diferentes grupos de autores que se asumen como tomistas han defendido diversas doctrinas acerca de la prioridad o posterioridad de cada una de esas realidades al momento de la determinación epistémica de los contenidos de la ley natural. Y, además, en varios casos, se han considerado esas distintas referencias de modo excluyente, es decir, estudiándolas como si fuera necesario escoger entre una u otra de ellas de modo absoluto, descartando o relegando tajantemente a las restantes.

3. Las interpretaciones principales

El primero de estos grupos es el que puede llamarse “derivacionista”, ya que los autores que lo integran sostienen que la materia o el contenido de las normas de la ley natural se conoce solo por derivación a partir de las dimensiones constitutivas de la naturaleza humana. “El bien concreto para el hombre –afirma Frederick Copleston– solo puede ser conocido por una reflexión sobre la naturaleza humana, tal como se la conoce por la experiencia”¹⁹. Y por su parte, Anthony Lisska sostiene que “la concepción del bien, [...] tal como es discutida por Aristóteles y Tomás de Aquino, está derivada de la esencia o naturaleza humana. El concepto aristotélico de esencia humana [...] resulta mejor dilucidado en términos de un conjunto de propiedades disposicionales. En Aristóteles y el Aquinate los bienes humanos, en cuanto fines, están conectados con la estructura de la persona humana”²⁰. Por lo tanto, según estos autores y los que piensan como ellos, el modo adecuado de conocer el contenido de las normas de la ley natural es el de aprehender previamente las dimensiones centrales del modo de ser del hombre y luego inferir de allí cuáles son los bienes humanos y las normas y principios que a ellos se ordenan.

Por otra parte, un segundo grupo de autores, que puede llamarse “inclinacionista”, sostiene que esos contenidos se conocen a partir de las inclinaciones naturales del hombre, que Tomás de Aquino reduce a tres: (i) inclinación a la conservación de la vida e integridad física, (ii) a la procreación y

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

19 Copleston, F.C. (1991). *Aquinas*. London. Penguin, 232.

20 Lisska, A. (1995). *Aquinas's Theory of Natural Law*. Oxford. Clarendon Press, 143.

educación de la prole y (iii) a la vida social y el conocimiento de la verdad²¹. Cada una de estas inclinaciones se corresponde con una de las dimensiones de la naturaleza humana: la vegetativa, la animada y la racional y, según estos intérpretes del Aquinate, estas inclinaciones resultarían la fuente privilegiada para el conocimiento de las normas de la ley natural. En ese sentido, Reginaldo Pizzorni afirma que “Santo Tomás determina el contenido del Derecho Natural en base a las tres inclinaciones esenciales del hombre”²².

Finalmente, otro conjunto de autores –el tercero, que puede denominarse “intuicionista”– coloca el punto de partida del conocimiento de los contenidos de las normas éticas naturales en la captación inmediata o intuitiva de las determinaciones centrales del bien humano o “bienes humanos básicos”²³. Para estos pensadores, el orden del conocimiento de la ley natural no es idéntico al orden de la dependencia ontológica de sus contenidos normativos, ya que según un principio defendido por Tomás de Aquino –llamado por Finnis “principio epistemológico”–, el conocimiento de la naturaleza humana depende epistémicamente del de sus facultades o inclinaciones, facultades que, a su vez, se conocen por sus actividades, las que por su parte se especifican por sus objetos.

De este modo, v. gr., la naturaleza libre del hombre se conoce a través del ejercicio libre de la voluntad electiva, cuyo carácter se aprehende por medio del conocimiento de sus actividades autónomas, que solo pueden ejercerse en el ámbito de las realidades contingentes. En el caso del conocimiento de los contenidos de la ley natural, Finnis afirma que este se inicia por la aprehensión por auto-evidencia de los bienes humanos básicos, los que a su vez hacen posible aprehender las praxis humanas que los tienen por objeto, praxis que son el medio de conocer las potencias o facultades del hombre, facultades que indican las dimensiones de la naturaleza en las que arraigan y hacen posible percibir y discernir el concepto y los contenidos de la naturaleza humana²⁴.

Finnis precisa, además, en este punto que “si cambiamos del modo *epistemológico* al *ontológico*, el mismo principio metodológico, en su aplicación a los seres humanos, presupone y por lo tanto implica que la bondad de todos

21 *ST*, I-II, q. 94, a. 2.

22 Pizzorni, R. (1974). “Il contenuto del diritto naturale secondo Tommaso d’Aquino”. En AA. VV. *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi*. Roma. Studi Tomistici, 210. Véase también: Composta, D. (1971). *Natura e ragione. Studio sulle inclinazione naturali in rapporto all diritto naturale*. Zürich. PAS-Verlag, 70-106.

23 En especial, véase: Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Oxford University Press, 59-99.

24 Finnis, J. (2011). “Is and Ought in Aquinas”. En *Collected Essays-I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 147.

los bienes humanos [...] está derivada de (*i.e.* depende de) la naturaleza, a la que, en razón de su bondad, esos bienes perfeccionan. Porque esos bienes –que en cuanto fines son las *rationes* de las normas o ‘deberes’ prácticos– no perfeccionarían esa naturaleza si ella fuera distinta de lo que es. Por lo tanto, el *debe* depende ontológicamente –y en este sentido seguramente puede decirse que está derivado– del *es*²⁵. Por lo tanto, queda en claro que este autor reconoce expresa, explícita e inequívocamente la dependencia, en el orden ontológico o metafísico, de los bienes humanos y de las normas que dirigen hacia ellos, respecto a los rasgos esenciales de la naturaleza humana²⁶.

Ahora bien, como se expuso más arriba, gran parte de los pensadores mencionados precedentemente consideran que la vía cognitiva desarrollada por ellos resulta excluyente de las restantes, al menos para todos los efectos prácticos. Como se ha visto, no es el caso precisamente de John Finnis, pero esta exclusividad le ha sido reprochada, sin verdadero fundamento en los textos, por varios autores²⁷. Pero si se realiza un análisis riguroso de los textos del Aquinate, queda en claro que las tres orientaciones mencionadas acerca de la fuente de los contenidos –o fundamento material– de la ley natural no deberían plantear de modo necesario alternativas excluyentes sino que, por el contrario, es posible que esas alternativas resulten complementarias y mutuamente enriquecedoras. Se trata, en realidad, de distintos puntos de vista o dimensiones, que priorizan diferentes aspectos de una realidad compleja y que pueden ser estructurados armónicamente y sin exclusiones tajantes. De hecho, en el texto del Aquinate al que remite Finnis (“[...] por los objetos conocemos los actos, por los actos las potencias y por las potencias la esencia [o naturaleza] del alma”²⁸), queda en claro que entre los *objetos* de los actos humanos (es decir, los bienes humanos), los actos y las *potencias* que los realizan y la *naturaleza* en la que se fundamentan existe una sinergia que puede ser estudiada desde cada uno de sus elementos con un resultado enriquecedor y no excluyente²⁹.

25 *Ibidem*.

26 Véase: Massini-Correas, C. I. (2014). “Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis”. En *Persona & Derecho*, Nº 70-71. Pamplona, 229-256.

27 Véase, entre varios otros: Hittinger, R. (1987). *A Critique of the New Natural Law Theory*. Notre Dame-Indiana. University of Notre Dame Press. Para una precisa refutación de estas críticas, véase: George, R. P. (2001). *In Defense of Natural Law*. Oxford. Oxford University Press, 15-91.

28 Tomás de Aquino (1979). *Comentario al libro Del Alma de Aristóteles*, Lec. VI, n. 308. Se cita conforme a la traducción de M. C. Donadío de Gandolfi. Buenos Aires. Fundación Arché.

29 Véase, en este punto: Crowe, J. (2017). “Metaphysical Foundations of Natural Law Theories”. En AA. VV. *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Eds. G. Duke & R.P. George. Cambridge-New York. Cambridge University Press, 103-129.

Y esto es así toda vez que la perspectiva metafísica –llamada por Finnis “ontológica”, aunque esta última terminología resulta discutible³⁰– se refiere a las estructuras de la realidad, fundamentalmente la humana, en cuanto su realización completa, perfección o excelencia dependen constitutivamente de la índole de esa realidad, ya que no es posible hablar de la perfección de alguna cosa sin conocer las estructuras fundamentales de esa cosa. Pero es también un dato de la realidad el que exista una inclinación o tendencia propia y congénita de toda realidad hacia su perfección propia, de modo tal que, para usar las palabras del Estagirita, “el bien es aquello a lo que todas las cosas tienden”³¹; en este caso, se está frente a una dimensión apetitiva o de aspiración, que se expresa en tendencias que se ordenan y procuran la realización plena de alguna de las dimensiones que son objeto de estudio del conocimiento metafísico. Esta dimensión tendencial es por su parte objeto de estudio principalmente de la antropología filosófica. Y finalmente, está la realización misma de esa tendencia, fundada en la estructura metafísica de su sujeto, que es el objeto de las inclinaciones naturales, y que radica en las diferentes dimensiones del bien del ente de que se trate; en el caso del ser humano y su actividad electiva, se trata del bien moral³², y su consideración, explicitación y prescripción es tarea propia de la ética.

Y esto es así, toda vez que en el modo propio del pensamiento clásico, el dinamismo moral del ser humano no tiene la estructura excluyente y univocista propia del pensamiento moderno, en el cual, tomando prestado para la ética el método de conocimiento propio de las ciencias exactas y naturales, las alternativas de verdadero-falso se dan de un modo categórico y absoluto, a la vez que simplista, con evidente contraste con el modo analógico de conocimiento que es el propio de la especulación clásica. Esto es así, toda vez que en el caso del pensamiento práctico, también se da la posibilidad de un abordaje múltiple, gradual o matizado propio del abordaje analógico³³, y por lo tanto, resulta oportuna la exclusión de toda perspectiva univocista o absolutista de las realidades práctico-morales.

30 Acerca de la aparición y uso del término “ontológico”, véase: Ferrater Mora, J. (1979). *Diccionario de Filosofía*. T. 3. Madrid. Alianza, 2421 y sigs. Allí el autor español atribuye la primacía en el uso de esa locución al filósofo alemán Rudolf Goclenius, en la página 16 de su libro *Lexicon Philosophicum quo tanquam clave philosophiae fores aperiuntur*, de 1613, aunque su uso fue establecido y difundido unos años después por Leibniz y Christian Wolff.

31 Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, I, 1, 1094 a 2-3. En este punto, véase: AA. VV. (2006). *The Blackwell Guide to Aristotle's Nicomachean Ethics*. Malden-Oxford-Carlton. Ed. R. Kraut, Blackwell Publishing, 37-95.

32 Véase: González, A. M. (2009). *La ética explorada*. Pamplona. EUNSA, 13-34.

33 Véase: Massini-Correas, C. (2012). “Entre reductivismo y analogía. Sobre el punto de partida de la Filosofía del Derecho”. En *Persona & Derecho*, N° 67. Pamplona, 353-385.

Por ello, un abordaje integral y diversificado del fenómeno ético-jurídico, que además se armonice con las explicaciones de Tomás de Aquino en el lugar estudiado, debería analizar tanto los aspectos teórico-estructurales, cuanto los apetitivo-tendenciales y los práctico-télicos, en la búsqueda de una explicación completa y matizada de la praxis humana. Porque esa praxis es la actividad de un sujeto dotado de una naturaleza, orientado tendencialmente a buscar y realizar su plenitud, la que se alcanza por medio de ciertas perfecciones que se denominan bienes. Pero a su vez, estos bienes son tales por naturaleza, se alcanzan por inclinación natural y adquirida (virtudes) y la naturaleza adquiere dimensión práctica cuando especifica los bienes que la hacen florecer y culminar. Se trata, por lo tanto, en el caso de la actividad humana, de una sinergia en la que cada uno de sus elementos contribuye a hacer posible la realización completa de la plenitud personal.

En resumen, es posible afirmar que, conforme al pensamiento de Tomás de Aquino, la doctrina del realismo ético que corresponde a la Tradición Central de Occidente se estructura en torno a las siguientes afirmaciones: (i) en el orden práctico-moral, la dirección de la conducta humana hacia el bien o perfección del hombre, hacia su acabamiento o realización, se realiza principalmente a través de leyes-normas, es decir, de proposiciones prácticas que ordenan la conducta humana hacia el bien humano común y personal; (ii) estas proposiciones tienen carácter racional no sólo porque son producto de la facultad racional, sino porque su contenido es una medida u orientación razonable del obrar humano hacia el bien³⁴; en otros términos, el referente de estas proposiciones es una relación de adecuación entre una conducta y una concreción objetiva del bien humano, aunque en cada norma concreta existe cierta medida de elaboración humana (podría decirse de “construcción”) que determina la vía precisa de la ordenación de la conducta hacia alguna dimensión del bien humano; (iii) el descubrimiento de esos bienes se realiza, en primer lugar, a partir de la aprehensión por evidencia del primer principio práctico (conocido con ayuda de la *sindéresis*) y de los preceptos normativos universales y generales que se siguen estructuralmente de él, pero también por referencia al fundamento ontológico de los bienes, radicado en las dimensiones centrales de la naturaleza humana y expresado en las inclinaciones naturales hacia los bienes humanos; (iv) la ley natural funciona como elemento preceptivo y crítico respecto de las leyes humanas positivas, jurídicas o no, que resultan correctas en la medida en que se adecuan a las exigencias de la ley natural; y, finalmente, (v) los bienes humanos y los preceptos de la ley natural que a ellos se ordenan proporcionan razones

³⁴ Véase, acerca de la función de la noción de “bien” en la ética: Clavier, P. (2010). *Qu'est-ce que le bien?* Paris. Vrin, *passim*.

para la acción humana correcta, es decir, fundamentan y justifican objetivamente el sentido ético de la acción humana³⁵.

4. Conclusión sumaria

Luego de los desarrollos realizados, corresponde arribar a ciertas conclusiones precisivas, que es posible sintetizar en las siguientes: (i) el iusnaturalismo o teoría de la ley natural es una tradición de pensamiento que integra la filosofía práctico-moral de matriz clásica, que se ha desarrollado desde su nacimiento en la Grecia del siglo V a.C., y que aun en nuestros días participa activamente en los debates filosófico-jurídicos contemporáneos; (ii) uno de los núcleos principales, en rigor el principal, de esa tradición iusnaturalista está constituido por los textos de Tomás de Aquino referidos a la ley natural; por ello, para conocer la significación focal del concepto de ley natural, resulta conveniente remitirse a esos textos, y en especial al contenido en la I-II, q. 94, a. 2 de la *Summa Theologiae*, en el que se efectúa un sumario sintético de la doctrina aquinatense; (iii) en el *locus* mencionado, el Aquinate hace referencia a tres elementos integrantes del fenómeno de la ley natural: la naturaleza humana, las inclinaciones naturales y los bienes humanos; algunos intérpretes de ese texto han manifestado, a veces, una inclinación a comprender esos tres elementos de modo parcialista y excluyente, es decir, priorizando alguno de ellos con descarte y preterición de los demás; (iv) en el presente escrito se ha sostenido tentativamente la tesis contraria, es decir, la que sostiene la posibilidad de una explicación de la ley natural a través de una justificación conjunta y armónica que tenga en cuenta los tres elementos enunciados de un modo complementario; (v) en definitiva, lo que se procura en el presente estudio es una superación de cualquier visión parcialista de la ley natural y la propuesta de una explicación armónica, integral y plural, que pareciera ser la que mejor se armoniza con el espíritu y la sistemática de la exposición efectuada por el Aquinate en su *Summa Theologiae*.

Bibliografía

- AA. VV. (2002). *The Ethics of Aquinas*. Ed. S. J. Pope. Washington DC. Georgetown University Press, passim.
 Abbà, G. (1996). *Quale impostazione per la filosofia morale?* Roma. LAS, 27.

³⁵ Véase, en este punto: Daguét, F. (2015). *Du politique chez Thomas d'Aquin*. Paris. Librairie Philosophique J. Vrin, 209-266.

- Aristóteles. *Ética Nicomáquea*, I, 1, 1094 a 2-3. En este punto, véase: AA.VV. (2006). *The Blackwell Guide to Aristotle's Nicomachean Ethics*. Malden-Oxford-Carlton. Ed. R. Kraut. Blackwell Publishing, 37-95.
- Armstrong, R. (1966). *Primary and Secondary Precepts in Thomistic Natural Law Teaching*. The Hague. Martinus Nijhoff, p. 40.
- Berlin, I. "The Crooked Timber of Humanity: Chapters in the History of Ideas". Cit. por George, R. P. (1995). *Making Men Moral. Civil Liberties and Public Morality*. Oxford. Clarendon Press, 19.
- Boyle, J. "Natural Law and the Ethics of Tradition". En AA. VV. (1994). *Natural Law Theory: Contemporary Essays*. Ed. R. P. George. Oxford. Clarendon Press, 3-30.
- Budziszewski, J. (2014). *Commentary on Thomas Aquinas's Treatise on Law*. New York. Cambridge University Press, 228 y sigs.
- Clavier, P. (2010). *Qu'est-ce que le bien?* Paris. Vrin, passim.
- Composta, D. (1971). *Natura e ragione. Studio sulle inclinazione naturali in rapporto all diritto naturale*. Zürich. PAS-Verlag, 70-106.
- Copleston, F. C. (1991). *Aquinas*. London. Penguin, 232.
- Crowe, J. "Metaphysical Foundations of Natural Law Theories". En AA. VV. (2017). *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*. Eds. G. Duke & R.P. George. Cambridge-New York. Cambridge University Press, 103-129.
- Daguet, F. (2015). *Du politique chez Thomas d'Aquin*. Paris. Librairie Philosophique J. Vrin, 209-266.
- Ferrater Mora, J. (1979). *Diccionario de Filosofía*. T. 3. Madrid. Alianza, 2421 y sigs.
- Finnis, J. (2011). "Is and Ought in Aquinas". En *Collected Essays-I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 147.
- Finnis, J. (2008). "La tradición de la ley natural". En *Ideas y Derecho*, N° 6. Buenos Aires, 223.
- Finnis, J. "Natural Law". En *Collected Essays-Volume I-Reason in Action*. Oxford. Oxford University Press, 200.
- Finnis, J. (2011). *Natural Law and Natural Rights*. 2ª ed. Oxford. Oxford University Press, 59-99.
- George, R. P. (2001). *In Defense of Natural Law*. Oxford. Oxford. University Press, 15-91.
- González, A. M. (2009). *La ética explorada*. Pamplona. EUNSA, 13-34.
- Grisez, G.; Boyle, J. y Finnis, J. (1987). "Practical Principles, Moral Truth and Ultimate Ends". En *The American Journal of Jurisprudence*, N° 32. Notre Dame, 107.
- Hervada, J. (1987). *Historia de la ciencia del Derecho Natural*. Pamplona. EUNSA, passim.
- Hittinger, R. (1987). *A Critique of the New Natural Law Theory*. Notre Dame-Indiana. University of Notre Dame Press.
- Lisska, A. (1995). *Aquinas's Theory of Natural Law*. Oxford. Clarendon Press, 143.
- MacIntyre, A. (1988). *Whose Justice? Which Rationality?* London. Duckworth, 12.
- Massini-Correas, C. I. (2012). "Entre reduccionismo y analogía. Sobre el punto de partida de la Filosofía del Derecho". En *Persona & Derecho*, N° 67. Pamplona, 353-385.

- Massini-Correas, C. I. (2014). "Sobre bienes humanos, naturaleza humana y ley natural. Reflexiones a partir de las ideas de Javier Hervada y John Finnis". En *Persona & Derecho*, Nº 70-71. Pamplona, 229-256.
- Mauri, M. (1997). "Autoridad y tradición". En AA.VV. *Modernidad y tradición. Una reflexión ética sobre la sociedad contemporánea*. Barcelona. EDIT-EURO, 7-21.
- May, W. E. "Contemporary Perspectives on Thomistic Natural Law" y Long, S. A. "Natural Law or Autonomous Practical Reason". Ambos en AA. VV. (2004). *Thomas Aquinas and the Natural Law Tradition. Contemporary Perspectives*. Ed. J. Goyette et alii. Washington DC. The Catholic University of America Press, 113-156 y 165-193.
- Murphy, M. (winter 2011 edition). "The Natural Law Tradition in Ethics". The Stanford Encyclopedia of Philosophy. Edward N. Zalta (ed.), <https://plato.stanford.edu/archives/win2011/entries/natural-law-ethics/>.
- Pizzorni, R. (1974). "Il contenuto del diritto naturale secondo Tommaso d'Aquino". En AA. VV. *San Tommaso e la filosofia del diritto oggi*. Roma. Studi Tomistici, 210.
- Tomás de Aquino. *Comentario al libro Del Alma de Aristóteles*, Lec. VI, n. 308. Conforme a la traducción de M. C. Donadío de Gandolfi (1979). Buenos Aires. Fundación Arché.
- Tomás de Aquino. *Summa Theologiae*, I-II, q. 94, a. 2.
- Villey, M. (1962). *Lecons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris. Dalloz, 221-250.

DEL VOLUNTARISMO JURÍDICO A LA RAZÓN PRÁCTICA EN EL DERECHO

From legal voluntarism to practical reason in Law
Dal volontariato legale alla ragione pratica nella Legge

Rodolfo Vigo¹

Para citar este artículo:
Vigo, R. (2020). “Del voluntarismo jurídico a la razón práctica en el Derecho”.
Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 79-95.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.79-95>

Resumen: Durante la vigencia plena del Estado de Derecho Legal (desde la Revolución Francesa hasta después de la Segunda Guerra) predominó, entre los juristas, primero, la teoría iuspositivista legalista y, luego, la teoría pura kelseniana. En ese marco la creación del Derecho era fruto de la voluntad del legislador o del particular por medio del contrato, no requería ninguna justificación racional para sostener la validez de la norma jurídica. En tiempos del Estado de Derecho Constitucional (EDC) se confirma la tesis de la necesaria reconciliación del Derecho con la razón práctica valorativa o moral, apelando a la filosofía aristotélico-tomista o a la kantiana. La validez de toda norma jurídica exige el control de justificación racional, de modo que el control de constitucionalidad se asimila al control de racionalidad. La doctrina de la sentencia arbitraria confirma esa teoría de la validez, y ella está respaldada no solo por la Constitución argentina sino también por razones intrínsecas u ontológicas del Derecho. Es posible identificar hasta once exigencias de esa racionalidad que determina la existencia o validez de una norma jurídica.

1 Profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Argentina, Buenos Aires, Argentina. Miembro de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Correo electrónico: rodolfovigo@uca.edu.ar.

Palabras clave: Validez jurídica; Justificación racional; Voluntarismo; Control de constitucionalidad.

Abstract: During the plenary validity of the State of Legal Law (from the French Revolution until after the Second War), jurists predominated, first the legalistic iuspositivist theory and then the pure Kelsenian theory. In this framework, the creation of the law was the result of the will of the legislator or the individual through the contract, it did not require any rational justification to maintain the validity of the legal norm. In times of the State of Constitutional Law (EDC), the thesis of the necessary reconciliation of law with practical evaluative or moral reason is confirmed, appealing to Aristotelian-Thomist or Kantian philosophy. The validity of any legal norm requires the control of rational justification, so that control of constitutionality is assimilated to control of rationality. The doctrine of arbitrary sentence confirms this theory of validity, and it is supported not only by the Argentine Constitution but also for intrinsic or ontological reasons of law. It is possible to identify up to eleven requirements of that rationality that determines the existence or validity of a legal norm.

Keywords: Legal validity; Rational justification; Voluntarism; Control of constitutionality.

Sommario: Durante la piena validità dello Stato di Diritto (dalla Rivoluzione Francese fino al dopoguerra) predominarono i giuristi, prima la teoria iuspositiva legalistica e poi la pura teoria kelseniana. In questo quadro, la creazione del diritto era il risultato della volontà del legislatore o dell'individuo mediante contratto, non richiedeva alcuna giustificazione razionale per sostenere la validità della norma giuridica. In tempi di Stato di Diritto Costituzionale (CED) si conferma la tesi della necessaria riconciliazione del diritto con la valutazione o ragione morale pratica, facendo appello alla filosofia aristotelico-tomista o kantiana. La validità di tutte le norme legali richiede il controllo della giustificazione razionale, in modo che il controllo della costituzionalità sia assimilato al controllo della razionalità. La dottrina del giudizio arbitrario conferma questa teoria della validità, ed è supportata non solo dalla Costituzione argentina ma anche da ragioni di diritto intrinseche o ontologiche. È possibile identificare fino a undici requisiti di quella razionalità che determina l'esistenza o la validità di una norma giuridica.

Parole chiave: Validità legale; Giustificazione razionale; Voluntariato; Controllo di costituzionalità.

1. Propósito

En la presente nota nos proponemos analizar sucinta y centralmente las conexiones entre la razón y la voluntad con el Derecho. Sabemos que aquellas son facultades humanas, pero que han sido definidas de manera muy distinta por parte de diferentes e importantes autores, y, a su vez, esas precisiones terminan de proyectarse al campo jurídico también de diversas maneras. Al margen de esas discusiones, partiremos de asociar elementalmente la razón con la capacidad de conocer (“teóricamente”: diciendo cómo son las cosas y estructurando razonamientos; o “prácticamente”: discerniendo y dirigiendo la conducta humana) y la voluntad con la capacidad de querer y concretar las operaciones humanas. En términos rigurosamente kantianos, la razón teórica tiene por objeto discernir qué es lo que podemos conocer, mientras que la razón práctica nos indicará cómo debemos actuar.

Nuestro interés central es la razón práctica, que podríamos también llamar axiológica, moral o ética, en tanto juzga desde el bien o los valores a las conductas y, por extensión, su resultado, como normas, instituciones, hábitos, etc. Esa precisión es importante, dado que hay otras modalidades de la racionalidad guiando a la praxis humana, pero no ya en orden al bien sino en orden a la belleza (razón práctica estética o artística), o en orden a obtener un cierto resultado transformando cosas no humanas (razón práctica pragmática, técnica o utilitaria).

2. De Tomás de Aquino a Francisco Suárez

La teoría jurídica propuesta por el Aquinate claramente proclama la íntima conexión entre el Derecho y la razón; ello se verifica al definir la ley como “ordenación de la razón” (“ordinatio rationis”²) y al designar el saber prudencial jurídico como la matriz del Derecho concreto. Tal descripción no implica negar la voluntad, dado que siendo su objeto el querer, dicha facultad apetitiva se hace presente para instar al conocimiento, como para luego operar o llevar a cabo el acto elegido por el saber práctico prudencial circunstanciado. Veámoslo en un ejemplo elemental: el juez necesita saber cuál es la sentencia justa que debe dictar en ese proceso, y esa pregunta la remite al saber prudencial; sin embargo, la voluntad importa en tanto está presupuesto el querer del juez por ser justo, pero además, una vez que la razón escoge la resolución a dictar, es necesario que el juez proceda a

2 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, 90, 4.

instancia de su voluntad a redactar y firmar la sentencia y que ella finalmente sea operativa o eficaz. Desde esa teoría inspirada en Aristóteles y continuada por Tomás de Aquino, la verdad práctica no está en algo exterior al sujeto, dado que ella refiere a la orientación de la conducta que va a realizarse, y por eso consiste en cierta adecuación entre la razón que juzga sobre los medios y la voluntad que quiere el fin o el bien que plenifica al ser humano y cuya posesión genera la felicidad correspondiente y proporcional. La practicidad del saber es algo variable en intensidad, y así ella aparece debilitada o en su mínima expresión en el plano de los primeros principios que coinciden con los fines más universales del obrar humano, en cuanto orientado a procurar el bien y la consiguiente felicidad; y también alcanzará su máxima practicidad en el plano de las conductas concretas y contingentes, donde, consiguientemente, se encontrará más disminuida tanto la necesidad como su certeza. La prudencia opera como una especie de puente-saber entre aquellas verdades más generales y universales (por ejemplo, las proporcionadas por la ciencia moral) y las conductas contingentes e históricas que procura dirigir, pero como el conocimiento de los singulares se obtiene por los sentidos y la experiencia, resulta que la prudencia se adquiere con su ejercicio y con la memoria respectiva. De ahí que Aristóteles advertía que los jóvenes pueden ser buenos matemáticos, aunque será difícil que sean plenamente prudentes dado que les falta experiencia, pues la prudencia es de aquellas cosas que se saben haciéndolas. La prudencia jurídica, o sea, aquella focalizada al terreno jurídico, tiene por objeto discernir y dirigir las conductas jurídicas en tanto obligatorias, prohibidas o permitidas según el Derecho vigente y válido, por eso, ella se requiere en todo aquel que define derechos y deberes propios o ajenos; sea con alcance más general (por ejemplo, el legislador) o más concreto (por ejemplo, el juez); sea de manera heterónoma (por ejemplo, la ley) o autónoma (por ejemplo, un contrato).

Francisco Suárez, más allá de que retoma enseñanzas de la primera escolástica, es cierto que en muchas cuestiones toma distancia de la perspectiva estrictamente tomista, y algunas de ellas son muy relevantes. En efecto, y ciñéndonos al campo jurídico, con el Doctor Eximius, el Derecho, en su analogado principal, queda identificado con el Derecho Subjetivo, y la ley se asimila a la “voluntad de la autoridad” (“*praeceptum commune, iustum, stabile, habet promulgata*”³), en tanto lo esencial pasa a ser la fuerza coactiva derivada del imperio de la voluntad. De ese modo, y sin perjuicio de las modalizaciones planteadas, lo constitutivo de la ley se identifica con el querer del gobernante y lo que él decide y promulga. Ese voluntarismo

3 Suárez, F. *De legibus*, 1-12.

morigerado suareciano será alimentado y potenciado por otros autores, tales son los casos de Hobbes y Rousseau, y ya en éstos cualquier resabio de corrección racional queda descartada, a punto de que puede decirse que la voluntad absorbe a la razón y la pone a su servicio.

En respaldo de esa desconfianza o rechazo de la razón práctica, vendrá la Reforma Protestante (Lutero, Calvino, Zwinglio) a ratificar el voluntarismo teológico insistiendo que lo bueno lo es porque así lo quiere Dios, junto a la advertencia de los riesgos que conlleva para la condena divina el confiar en la razón. Se deja de lado en ese terreno la enseñanza tomista de que la fe confirma a la razón y la eleva, conforme a la cual no hay dos verdades sino una, pero a ella se puede acceder por la fe o por la razón. La matriz de la “prudencia”, en donde –según la filosofía aristotélica-tomista– se generaba el “saber vivir-bien”, resulta transformada radicalmente con Kant, en tanto la prudencia es redefinida en términos vinculados a optar por lo conveniente al interés personal y, de ese modo, pierde la relevancia que tenía en el saber práctico concreto –moral, jurídico o político. Aranguren, en síntesis apropiada, escribe: “Se dibujan tres concepciones fundamentales de la ética: ética de la prudencia (Sócrates), ética de la buena voluntad (Kant) y ética de la prudencia y la buena voluntad (Aristóteles)”⁴.

3. El imperio de la voluntad en el Estado de Derecho Legal

Con la Revolución Francesa y el proceso de codificación que Napoleón inicia en 1804, el voluntarismo logra ser consagrado y plasmado en la misma “ley”, o sea, en el “Derecho”, en tanto éste no es más que lo contenido en aquella. La ley es declarada –conforme a las enseñanzas rousseauianas del “Contrato Social”– como “infalible” e “incontrolable”, y el fundamento es que la “voluntad general” se canaliza a través del Poder Legislativo. Esa “voluntad general” será soberana y el alma del cuerpo político, mientras que la voluntad individual es el alma del cuerpo humano⁵. “Dura lex, sed lex” es la consigna para todos los juristas, de ahí que el profesor Mourlon enseñe a los jueces: “Un buen magistrado humilla su razón ante la de la ley. Nada está sobre ella, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay ni puede haber mejor razón ni mejor equidad que la razón y equidad

4 Aranguren, J. L. (1958). “Ética”. *Revista de Occidente*, 327.

5 André-Vincent (1963). “La notion moderne de droit naturel et le volontarisme”. En *Archives de Philosophie du droit*. Buenos Aires. Ghersi.

de la ley”⁶, y Aubry prescriba para el mundo académico: “Los profesores encargados de impartir a nombre del Estado la enseñanza jurídica tienen por misión protestar, mesurada, pero firmemente, contra toda innovación que tienda a sustituir la voluntad del legislador por una extraña”⁷. En el Derecho Privado el contrato es válido y “ley para las partes” en la medida que se ajuste a lo querido por las mismas, y esa voluntad (soberana) expresada con la firma se torna también irrevisable.

El iuspositivismo, primero legalista (escuela exegética francesa) y luego el kelseniano, es plenamente funcional a ese Estado de Derecho Legal. Ambas perspectivas coinciden en identificar al Derecho con las normas positivas o puestas por la voluntad de la autoridad, de manera que cualquier contenido puede ser Derecho en la medida que esté mandado por el órgano competente. También esas teorías postulan que los valores o la moral nada tienen que ver con el Derecho, y la teoría pura del Derecho se encarga de explicitar un inequívoco escepticismo ético que se expresa al afirmar que la justicia es “un ideal irracional”⁸, y que el objeto de la teoría jurídica se limita a describir el Derecho creado “por un acto de voluntad de autoridad humana”⁹. Coherentemente, llega a declarar Kelsen que “el acto de interpretación jurídica no es de conocimiento sino de voluntad”¹⁰; es que no hay ninguna posibilidad de acudir a la razón con la pretensión de que ella defina la mejor o más valiosa conducta u opción. Muerta o condenada la razón práctica, valorativa o moral, e identificados los juicios que se pronuncian en ese terreno con las emociones subjetivas o irracionales, la única razón que queda (enseñó el positivismo lógico del Círculo de Viena¹¹, a fines de la década del veinte) es la teórica o especulativa, que se limita a describir las cosas por medio de proposiciones demostrativas, verificables o a posteriori (propias de la física), o la alternativa de confiar el conocimiento por medio de proposiciones verdaderas por su forma, o sea, tautológicas o apriorísticas (propias de la lógica o las matemáticas). La filosofía conforme a esa matriz del empirismo lógico queda reducida a análisis lógico de los enunciados científicos.

6 Bonnacase, J. (1994). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México. Cajica, 160.

7 *Ibidem* 141.

8 Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. UNAM, 15.

9 *Ibidem*, 10.

10 Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del Derecho*. México. Ed. Porrúa, 353.

11 Cfr. Carnap, R. (1965). “La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje”. En *El positivismo lógico*. México. FCE, 66 y (1985). *Manifeste du Cercle de Vienne*. Ed. Antonia Soulez. P.U.F.

4. La rehabilitación de la razón práctica

Luego de la experiencia histórica del “mal radical” del nazismo, son muchos los que se preguntarán cómo es posible que la razón permanezca sin ninguna respuesta frente a la evidencia de algo que se capta inmediatamente como contrario al hombre y a su razón. Frente a los que postulan el “derecho” de matar o eliminar a los que pertenecen a una “raza inferior”, la razón ¿está condenada a permanecer en silencio? A partir de esa dramática y básica pregunta, son varios los que vuelven especialmente a Aristóteles y a Kant¹² para tratar de reivindicar un espacio a la razón práctica, como para que ella se pronuncie y juzgue como buenas (o malas) o correctas (o incorrectas) ciertas conductas, normas o instituciones.

Los interrogantes e inquietudes mencionados son potenciados cuando ya en tiempos del Estado de Derecho Constitucional, la “moral racional” se incorpora (“emigra”, según expresión difundida por Habermas) al Derecho dentro de los rótulos de Derechos Humanos, principios, valores o bienes, e, incluso, esa materia se reconoce como los criterios axiológicos desde los cuales debe juzgarse el Derecho en orden a determinar su validez o invalidez. “La injusticia extrema no es derecho”, proclama el Tribunal de Núremberg, apelando a la fórmula de Radbruch, y al hacerlo se reconoce que hay algún límite sustancial que pone la moral o la razón para la existencia del Derecho, y que ese límite puede ser reconocido por cualquier razón humana, de modo que su violación o ignorancia ya no puede ser justificada. Los Tratados de Derechos Humanos reflejan en su redacción aquella confianza cognoscitiva y objetiva de la razón práctica, al declarar que ellos no se “crean” sino que se “reconocen”, que resultan inalienables a cualquier voluntad (incluida la soberana de los Estados) y que tienen vigencia universal.

La filosofía jurídica hoy, al menos en autores apoyados en Kant, como Alexy, Atienza, Nino, etc., o avalados por Aristóteles y Aquino, como Finnis, Viola, Ollero, etc., reconocen que la razón puede respondernos algunas preguntas de índole moral o axiológica, y esas respuestas se traducen en exigencias de índole sustancial, pero también en el plano formal o procedimental.

Si vamos a Robert Alexy, repasemos algunas tesis de su teoría no positivista, discursiva y dialógica, las que confirman la reconciliación entre el Derecho y la razón: a) “el diálogo racional necesita del Derecho para alcanzar realidad, y el Derecho necesita del diálogo racional para alcanzar

12 Cfr. Riedel, M. (ed.) (1972-1974). *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. Freiburg i. B. Rombach, 2 vols.

legitimidad”¹³; b) “los problemas de justicia son problemas morales”, y “es posible argumentar racionalmente en materia de justicia, lo que posibilita superar la emotiva-subjetiva”¹⁴; c) “el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general”¹⁵; d) “la teoría del discurso conduce al Estado democrático constitucional porque formula dos exigencias fundamentales en relación al contenido y la estructura del sistema jurídico: los Derechos Humanos y la democracia”¹⁶; e) participar en la forma de vida humana más elemental y universal supone recurrir a “aserciones”, o sea, “actos de habla con los cuales se plantea una pretensión a la verdad o a la corrección”¹⁷; f) la doble naturaleza del Derecho implica, por un lado, su aspecto real o institucional, o sea, lo legal y lo eficaz, y, por el otro, su “dimensión ideal o discursiva”; y g) sin metafísica no pueden sostenerse los Derechos Humanos, y éstos se definen como universales, fundamentales, abstractos, morales y prioritarios, y no pueden “ser derogados por normas de Derecho Positivo [...] son la medida a la que debe ajustarse toda interpretación de lo positivizado”¹⁸. En la teoría alexyana rechazar la conexión entre el Derecho y la moral o la razón, implicaría la necesidad de aceptar “contradicciones performativas”¹⁹, tales como reconocerles juridicidad a una Constitución que en su artículo primero se propone que las normas jurídicas a dictarse serán ininteligibles e injustas, o a una sentencia judicial escrita en un lenguaje que solo conoce su autor. Esas normas no solo resultan disparatadas o absurdas, sino que incurren en una falla conceptual en tanto el Derecho formula implícita y necesariamente una pretensión de corrección o de justificación racional.

Igualmente en John Finnis encontramos esa conexión intrínseca entre Derecho y razón práctica: a) la filosofía práctica (inescindiblemente incluye al Derecho, la moral y la política) es “una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que pueden realizarse en la acción humana y sobre las exigencias de la razonabilidad práctica”²⁰; b) “el criterio de conformidad o contrariedad respecto a la naturaleza humana es la razonabilidad [...] El bien del ser humano consiste en estar conforme con la razón, y el mal huma-

13 Alexy, R. (2000). “La institucionalización de la razón”. En *Persona y Derecho*. Pamplona. Universidad de Navarra, vol. 43, 237.

14 Alexy, R. (2002). “Recht und Moral”. En Harle, Wilfried-Preul, Reiner (eds.). *Ethik und Recht*. N. G. Elwert Verlag. Marburg, 85.

15 Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México. Fontamara, 55.

16 Alexy, R. “La institucionalización de la razón”. Cit., 238.

17 Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y derechos humanos*. Universidad Externado de Colombia, 79.

18 Alexy, R. (2008). “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”. En *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho “Ideas y Derecho”*. Buenos Aires.

19 Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona. Gedisa, 44.

20 Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derecho Natural*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 48.

no insiste en estar fuera del orden de la razonabilidad [...] para Tomás de Aquino, la manera de descubrir qué es moralmente recto (virtud) y desviado (vicio) no es preguntar si está de acuerdo a la naturaleza humana, sino qué es razonable”²¹; c) los primeros principios de la razonabilidad práctica, o “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 o derivados de nada. Son inderivados (aunque no innatos)”, esos principios *communissima* se comprenden “experimentando la propia naturaleza, por decirlo así, desde adentro, bajo la forma de las propias inclinaciones”²²; d) entre esos principios primeros o “bienes humanos básicos” está la “razonabilidad práctica”: el orden inteligente en acciones, hábitos y actitudes prácticas, tanto en su aspecto interno –de las acciones y disposiciones– como en su aspecto externo –correspondencia auténtica entre preferencias, valoraciones y autodeterminaciones–; e) junto a esa racionalidad práctica manifestada sustancialmente en los bienes humanos básicos, Finnis afirma el método o el procedimiento como para definir aquel plan de vida que nos permitirá “vivir-bien”: plan de vida coherente; ninguna preferencia arbitraria entre los valores, ni entre las personas; desprendimiento y desapego; eficiencia razonable; respeto a todo bien humano básico en todo acto y a las exigencias del bien común; y seguir la propia conciencia; y f) los Derechos Humanos constituyen “una forma de expresar virtualmente todas las exigencias de la razonabilidad práctica”²³, ellos “clasifican y expresan las exigencias de la justicia [...] una expresión enfática de lo que está implícito en el bien común”²⁴.

5. La recepción de la razón en la jurisprudencia

La jurisprudencia norteamericana tempranamente asimiló, en buena medida, el control de constitucionalidad al control de racionalidad, apelando para ello a las Enmiendas V (1791) y XIV (1868), entendiendo el *due process of law*, no solo en términos procesales, sino también sustanciales. En Latinoamérica, la jurisprudencia ha ido incorporando progresivamente en el control de constitucionalidad el control sobre el derecho en cuestión, sometiéndolo a comprobar su racionalidad o razonabilidad; y, al respecto, en la Argentina la Corte Suprema ha ratificado la tesis de que la sentencia debe

21 *Ibidem*, 69.

22 *Ibidem*, 68.

23 *Ibidem*, 239.

24 *Ibidem*, 243.

ser “derivación razonada del Derecho vigente a la luz de las constancias de la causa y no producto de la individual voluntad del juez” (*Fallos*: 291-382; 292-254; 293-176; 302-967; 303-120; 306-717; 320-702, 321-1909, 323-1019, 327-931; 333-1273; etc.).

Como ha coincidido sin mayores dificultades la doctrina nacional, el fundamento constitucional de la racionalidad en el Derecho está en los artículos 1º (sistema republicano), 17 (derecho de propiedad), 18 (debido proceso), 19 (principio de legalidad), 28 (principio de razonabilidad), 31 (supremacía constitucional), 33 (derecho innominado a contar con un derecho justificado racional) y en el mandato preambular de “afianzar la justicia”; pero puede aducirse que ese reclamo de armonizar Derecho con la razón remite a la necesidad de que el Derecho responda a sus exigencias intrínsecas asumiendo un rostro plenamente humano, en tanto pretende que la autoridad brinde razones que justifiquen su ejercicio autoritativo, y por esa vía permita su comprensión, su control y hasta su cumplimiento voluntario, o dicho sintéticamente y omnicomprendivamente, que la totalidad de las normas que integran el Derecho argentino no sólo sean vigentes, sino también válidas. Un Derecho sin razones justificatorias equivale a suponer destinatarios igualados a animales, en tanto incapacitados para conocer el valor de ese Derecho, y al consiguiente riesgo de un Derecho contra el hombre, su sociedad y sus derechos. En esa mirada hacia el Derecho Positivo argentino, corresponde destacar que el nuevo Código Civil y Comercial recepciona explícita y reiteradamente esa necesidad de un Derecho que sea “razonable”; ello se comprueba en los artículos 3º, 553, 1011, 1019, 1041 inc. b, 1184, 1685, 1710, etc. En definitiva, lo que se pretende –reiteramos– es que el Derecho (cualquiera sea el que lo formule: constituyente, legislador, administrador, juez, sociedad, particular, etc.) vigente sea válido o conforme a la razón, y así pueda ser comprendido integralmente por el destinatario cuando lo somete a verificar su racionalidad.

Vale aquí cuestionar la distinción enarbolada por el iuspositivismo legalista entre “creación” y “aplicación” del Derecho, dado que quien pone Derecho en algún sentido aplica y al mismo tiempo algo crea, al margen de las magnitudes de esas tareas que se pueden constatar en cada sociedad según el régimen político-jurídico establecido. También es oportuno advertir que la presencia de la razón y la voluntad resultan ineludibles en el acto de formulación del Derecho, aunque esa presencia puede ser más o menos importante a tenor de las características de la norma dictada y del referido sistema jurídico-político. Por otro lado, la tentación de reclamar racionalidad solo al juez y tolerar la voluntad del legislador sin control racional, supone postular una imposibilidad casi esquizofrénica, dado que la irracionalidad de la ley contaminará ineludiblemente de irracionalidad a lo que sigue.

6. Simplemente “racionalidad”

Es cierto que la teoría jurídica ha debatido mucho en las últimas décadas sobre cómo definir a la “racionalidad” y a la “razonabilidad”, y cuáles serían sus coincidencias y sus diferencias. A esa discusión se ha sumado otro concepto en disputa, que es el de “proporcionalidad”, con el que pueden comprobarse solapamientos entre ellos. Al margen de que hay un uso amplio que asimila la racionalidad al respeto de las exigencias de la lógica, mientras que la razonabilidad se conecta con lo valioso en términos axiológicos, nos parece que la noción más abarcativa puede estar simplemente en la racionalidad, o sea, en aquello conforme o ajustado a la razón humana integralmente considerada (tanto teórica, respetando las exigencias lógicas, como la razón práctica: ajustándose a las exigencias nucleares axiológicas, morales o éticas). Las fórmulas utilizadas en la jurisprudencia argentina resultan compatibles con lo postulado, en tanto admiten que el control de constitucionalidad se ejerce sobre lo “irrazonable, inicuo o arbitrario” (*Fallos*: 340-1480), o se lo reconoce como un control “de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad” (*Fallos*: 339-1077).

Al reclamar “racionalidad” en el Derecho, no se está pretendiendo una razón sofisticada o solo instruida científicamente, sino aquella más elemental y extendida, que en terminología anglosajona se reconoce como “common sense” atribuible a un “reasonable man”, aunque con las restricciones y exigencias que pondrá institucionalmente el Derecho vigente y válido en esa sociedad. En el artículo 54 del Código Modelo de Ética Judicial para Iberoamérica (aprobado por las veintidós Cortes Suprema de dicho espacio geográfico) se refleja la tesis aludida, cuando se le reclama al “juez íntegro” que se comporte de la manera que exige “un observador razonable”. Recordemos e insistamos que en la filosofía clásica esa capacidad para conducir la vida de conformidad al bien humano o al “florecimiento humano” era fruto de la prudencia, y ésta no se adquiría mediante el estudio, sino mediante la experiencia y la memoria, apoyándose en una razón capacitada para identificar la conducta mejor humanamente hablando (“razón recta”), y también en una voluntad recta habituada a querer también lo mejor. Pretender que alguien cumpla una norma que resulta para un observador razonable notoriamente ininteligible o injustificada, es someterlo a una violencia que la autoridad pueda dar por superada en la medida que exhiba las razones que la respaldan y justifican. Más allá de las zonas grises que suponen aquellos conceptos, ellos también permiten identificar zonas donde claramente se comprueba que el Derecho, si pretende asumir un rostro o una matriz humana, debe ser racional y justificado, y si no lo es, termina identificándose con violencia o irracionalidad. Precisamente las teorías de la argumentación se han abocado a desplegar todo un aparato conceptual destinando a exigir

y controlar, desde la razón, lo mandado por la autoridad. Asimismo, esos reclamos por la argumentación no se han reducido al campo judicial, sino que se han extendido y modalizado respecto a todas las fuentes del Derecho. Es cierto que la tarea de los jueces es definir cuál es el Derecho vigente y válido, pero a veces, al decirlo, pueden violentar en su misma sentencia a la razón, aunque lo que se pretende es que la jurisprudencia expulse del Derecho las normas que contradicen la constitución y el Derecho.

7. Racionalidad como validez jurídica

Desde esa visión amplia de la racionalidad, quedan comprendidas en ella tanto la razonabilidad como la ponderación o la proporcionalidad, e incluso nos parece que aquel concepto puede llegar a identificarse con el de validez jurídica, en el sentido de que solo puede reconocerse como Derecho aquello que supera el test de justificación racional. En definitiva, merece ser descalificado o invalidado en términos jurídicos, lo que resulta evidente y gravemente irracional.

Estimo que el desarrollo de la jurisprudencia argentina en torno al recurso de inconstitucionalidad por sentencia arbitraria y los debates doctrinarios al respecto, son un buen banco de pruebas de lo que hemos estado analizando en cuanto a la necesaria conexión entre Derecho y razón. Es que cuando vamos a los repertorios jurisprudenciales, la enorme variedad de hipótesis de la arbitrariedad nos habla, en última instancia, de algo que no alcanza a justificarse con la razón o excede el marco de razonabilidad tolerable, y que, por ende, sólo descansa en la voluntad o el poder de alguien. Podemos coincidir con aquellos que descalifican una sentencia arbitraria por ser contraria a la constitución, pero nos parece que esa descalificación responde a motivos más raigales; en efecto, el problema es ontológico o conceptual, pues si hemos asociado intrínsecamente el Derecho con algo generado por la razón práctica o que no violenta de manera grave y evidente sus exigencias, en el supuesto de comprobarse que aquello que pretende ser reconocido como Derecho no logra ser justificado racionalmente, corresponde negarle esa calidad de jurídico. En síntesis, una sentencia arbitraria no solo no es constitucional, sino que no satisface las exigencias intrínsecas que requiere el objeto Derecho.

Desde esa lógica, la teoría de la arbitrariedad perfilada pretoriamente, en la Argentina, es una teoría sobre la invalidez o incompatibilidad de lo que procura en términos racionales ser admitido como parte del Derecho vigente y válido. Veámos arriba, en las teorías de Alexy y Finnis, que al Derecho lo acompaña constitutiva o esencialmente la pretensión de racionalidad y de corrección, de modo que si los jueces —que son los encargados

en última instancia de definir cuál va a ser el Derecho vigente y válido en la sociedad— comprueban que una norma (constitucional, legal, administrativa, judicial, consuetudinaria, contractual, etc.) invoca juridicidad, pero no supera el test de justificación racional, les compete a ellos expulsarla del Derecho, no obstante la pretensión de pertenencia que pudo acompañar a su nacimiento por parte del autor respetivo. Junto a esa exigencia ontológica de rechazar como Derecho válido lo evidentemente irracional, el Derecho Positivo argentino recepta en plena sintonía con un Estado de Derecho Constitucional, que la función judicial consiste en derivar razonadamente desde el Derecho vigente y válido la solución para el caso en su jurisdicción. Lo que se dice o reclama de la sentencia judicial corresponde extenderlo a toda manifestación autoritativa o voluntaria que pretende crear Derecho, y ello —insistamos— no sólo porque lo reclama la Constitución argentina, sino porque lo exige la naturaleza misma del Derecho.

Son varios los autores que han denunciado las dificultades que se enfrentan a la hora de proponer un concepto claro sobre la arbitrariedad en el Derecho, y ello responde —pensamos— a que las hipótesis de irracionalidad en el Derecho efectivamente pueden ser muy variadas. Recordando que según Aristóteles los opuestos pertenecen al mismo género del saber, de ese modo, al hablar de la irracionalidad, estamos hablando al mismo tiempo de la racionalidad, más allá de que siempre será más fácil identificar lo negativo que lo positivo. Por nuestra parte, hemos trabajado un concepto de validez que finalmente se asimila a lo “justificado racionalmente”. Esta conexión se puede encontrar en un autor vinculado a Kant como Nino, cuando escribía: “[...] predicar validez de un sistema jurídico, o de una norma en particular, es afirmar que tiene fuerza vinculante; que sus prescripciones constituyen razones concluyentes para actuar [...] Si se desconoce la validez de un sistema jurídico o de una norma, esto equivale a negar su existencia [...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o una norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas”²⁵. Desde una matriz conectada a un cierto iusnaturalismo, Sergio Cotta ratifica: “Una obediencia consciente a la ley proviene del reconocimiento, no ya de su fuerza coactiva, sino de su obligatoriedad y ésta no puede imponerse, sino que se demuestra mediante un proceso riguroso de justificación. De ese modo, la ley vuelve a adquirir un carácter humano de acto de razón, pero de una razón cuyo criterio de verdad está en la naturaleza específica del hombre [...]”²⁶. Y en estricta fidelidad a las enseñanzas de Tomás de Aquino

25 Nino, C. S. *La validez del Derecho*. Buenos Aires. Astrea, 7.

26 Cotta, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad del Derecho*. Madrid. Ceura, XIV.

no, Francesco Olgiatti concluye: “[...] decir que el Derecho debe tener una justificación equivale a afirmar que la primera nota esencial de la juridicidad es la racionalidad (lo irracional –como una banda de malhechores– es antijurídico)”, y “El Derecho será Derecho en cuanto expresa racionalidad y, por consiguiente, eticidad, puesto que la moral consiste en obrar *secundum rectan rationem*”²⁷.

Insistamos que la normatividad justificada instala a la misma en el Derecho gracias a su racionalidad expresada en los argumentos o razones que la fundamentan, la motivan o la respaldan. Dicha tesis conlleva intentar identificar esas exigencias racionales que debe satisfacer la norma jurídica como para concluir su validez o justificación. Quizás un modo de reconocer la relevancia de lo que estamos hablando es aludir a la alternativa contraria, o sea, que las decisiones se satisfacen con la mención expresa de la voluntad decisoria, resultando inexistente o irrelevante el aspecto justificatorio, pues en el mejor de los casos puede cubrirse ese requerimiento *a posteriori* de la decisión como para satisfacer alguna necesidad institucional. De ese modo, las normas en cuestión sólo tendrían la parte resolutoria del caso o los casos a los que regulan, es decir, las definiciones del estatus jurídico de las conductas implicadas o los derechos que atribuyen o los deberes que imponen; pero no habría estrictamente razonamiento, es decir, no se iría desde premisas o juicios conocidos a otros que llegan a conocerse en virtud de conexiones lógicas. En síntesis, pura voluntad decisoria y ninguna justificación racional, más allá de alguna fachada justificatoria como para cubrir esas apariencias que dificultan sobradamente la legitimidad del poder respectivo.

Al margen de la hipótesis planteada de ausencia de justificación racional y del rechazo contraintuitivo que suscita, vayamos a la alternativa defendida, que puede ser reconstruida y coincidir con el test de validez o justificación racional de una norma jurídica, y al respecto reconocemos diez exigencias específicas y una más de alcance integral o transversal²⁸:

- a. Racionalidad orgánica (RO): la creación de Derecho (Público o Privado) remite a quien tiene competencia para ello, y resultaría contrario a ese orden exigirle que alguien debe cumplir una norma dada por quien carece del derecho de disponerla;
- b. Racionalidad procedimental (RP): la razón está en condiciones de juzgar mejores y peores procedimientos para el dictado de una

²⁷ Olgiatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Tomás de Aquino*. Pamplona. EUNSA, 51 y 339.

²⁸ Cfr. el cap. XII de mi libro (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.

- norma, y el Derecho discierne y precisa en ese terreno, por lo que incurre en irracionalidad o injustificación cuando surgen normas violatorias de esas definiciones institucionales;
- c. Racionalidad sistémica (RS): las normas jurídicas no están aisladas, y la racionalidad requiere que ellas se ajusten entre sí respetando sus jerarquías, valores y delegaciones, de ese modo en el sistema jurídico hay características sustanciales y formales para las diferentes normas, posibilitando su validez respectiva;
 - d. Racionalidad lógico-lingüística (RLL): sería irracional exigirle a alguien que asumiera las consecuencias del incumplimiento de una norma jurídica cuando no tuvo la posibilidad de conocerla o comprenderla, dado que ella violenta a la lógica o se expresa en un lenguaje desconocido para él;
 - e. Racionalidad teleológica (RT): se violenta esta exigencia cuando la norma prescribe un medio determinado dado que busca obtener un cierto fin, pero se verifica la inidoneidad del mismo para tal propósito;
 - f. Racionalidad científica (RC): una norma no está justificada racionalmente cuando presupone o afirma una contradicción indiscutible con una verdad demostrada científicamente;
 - g. Racionalidad sociológica (RS): importa invalidación o no justificación imponer jurídicamente comportamientos que suponen violencia frente a costumbre o *ethos* arraigados en la sociedad que no son irracionales;
 - h. Racionalidad axiológica (RA): frente a lo “extremadamente” injusto o disvalioso se pierde la racionalidad y, consiguientemente, la juridicidad;
 - i. Racionalidad fáctica (RF): una norma jurídica racional incluye exigencias posibles de ser cumplidas por parte de los destinatarios, y estamos en un terreno irracional frente a lo imposible de cumplir;
 - j. Racionalidad intencional (RI): compromete la validez y justificación racional de una norma cuando su autor tiene actitudes o comportamientos que revelan o ponen sospechas graves de una intención incorrecta o no ajustada a la razón exigida o esperada;
 - k. Racionalidad prudencial o ponderativa (RP): su objeto es determinar en concreto la medida de la irracionalidad acreditada y si resulta lo mejor optar finalmente por la invalidez de la norma, de ese modo, es una exigencia transversal que toma en cuenta las restantes exigencias, sus magnitudes y las derivaciones de escoger una u otra alternativa.

8. Conclusión

Luego de esos ciento cincuenta años de vigencia del voluntarismo jurídico en el marco del Estado de Derecho Legal, en donde no se habla de la racionalidad práctica valorativa en el Derecho, corroboramos que en la segunda mitad del siglo XX, con el Estado de Derecho Constitucional ha cambiado ese paradigma y se pretende que el Derecho será reconocido como tal en tanto luzca justificado racionalmente, y concluir consiguientemente que cubierto dicho requisito es válido y obligatorio. Insistamos que esa pretensión no sólo se dirige a los jueces, sino a todo aquél que crea Derecho de acuerdo a las exigencias y marcos institucionales, por lo que pueden llegar a comprenderse hasta las normas contractuales patrimoniales.

Así, la teoría de la argumentación jurídica procura perfilar en términos racionales cómo debe hacerse toda norma jurídica, qué contenidos resultan incompatibles y cuáles necesarios como para que finalmente se admita como parte del Derecho vigente y válido a eso que se ha creado con dicho propósito. En ese ámbito de la racionalidad jurídica ya no se distingue raigalmente creación y aplicación, ni tampoco ley o resolución administrativa con sentencia judicial, pues lo relevante es que se pretende instituir obligatorios deberes jurídicos o conceder derechos.

La jurisprudencia argentina en materia de sentencia arbitraria es un interesante y revelador campo de prueba de esa tesis que rechaza o invalida lo que resulta manifiesta y gravemente irracional, y ello no sólo porque lo exige la Constitución, sino porque hay motivos raigales u ontológicos que reivindicar un Derecho racional.

Si bien en el presente trabajo nos hemos limitado a destacar la superación del voluntarismo jurídico y el reencuentro de la razón práctica con el Derecho, dejamos consignado que esa razón de la que hablan los kantianos no es exactamente la misma de la que habla el realismo clásico, pero en relación a esas silenciadas diferencias iusfilosóficas y sus respectivas proyecciones, nos hemos ocupado en otros escritos a los que remitimos²⁹.

Bibliografía

- Alexy, R. (2008). “¿Derechos Humanos sin Metafísica?”. En *Anuario de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho “Ideas y Derecho”*. Buenos Aires.
 Alexy, R. (1993). *Derecho y razón práctica*. México. Fontamara, 55.
 Alexy, R. (1997). *El concepto y la validez del Derecho*. Barcelona, 44.

²⁹ En especial, nuestro libro (2015). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*. Buenos Aires. EDUCA.

- Alexy, R. (2000). "La institucionalización de la razón". En *Persona y Derecho*. Pamplona. Universidad de Navarra, vol. 43, 237.
- Alexy, R. (2002). "Recht und Moral". En Harle, Wilfried; Preul, Reiner (Eds.). *Ethik und Recht*. Margurg. N. G. Elwert Verlag, 85.
- Alexy, R. (1995). *Teoría del discurso y Derechos Humanos*. Universidad Externado de Colombia, 79.
- André-Vincet (1963). "La notion moderne de droit naturel et le volontarisme". En *Archives de Philosophie du droit*.
- Aranguren, J. L. (1958). "Ética". *Revista de Occidente*. Madrid, 327.
- Bonnecase, J. (1944). *La escuela de la exégesis en Derecho Civil*. México. Cajica, 160.
- Carnap, R. (1965). "La superación de la metafísica por medio del análisis lógico del lenguaje". En *El positivismo lógico*. México. FCE, 66.
- Carnap, R. (1985). *Manifiesto del Cercle de Vienne*. E. Antonia Soulez. PUF.
- Cotta, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad del Derecho*. Madrid. Ceura, XIV.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derecho Natural*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 48.
- Kelsen, H. (2000). *Teoría pura del Derecho*. México. Ed. Porrúa, 353.
- Kelsen, H. (1979). *Teoría general del Derecho y del Estado*. México. UNAM, 15.
- Nino, C. S. *La validez del Derecho*. Buenos Aires. Astrea, 7.
- Olgiaatti, F. (1977). *El concepto de juridicidad en Tomás de Aquino*. Pamplona. EUNSA, 51 y 339.
- Riedel, M. (ed.) (1972-1974). *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*. Freiburg i.B., Rombach, 2 vols.
- Suárez Francisco. *De legibus*, 1-12.
- Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II, 90, 4.
- Vigo, R. (2015). *Interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de Derecho Constitucional*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni.
- Vigo, R. (2015). *Iusnaturalismo y neoconstitucionalismo: coincidencias y diferencias*. Buenos Aires. EDUCA.

NATURAL LAW THEORY IN ITALY

Teoría del Derecho Natural en Italia

Teoria del diritto naturale in Italia

Francesco Viola¹

Para citar este artículo:

Viola, F. (2020). "Natural Law Theory in Italy". *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 97-115.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.97-115>

Abstract: Natural Law Theories are influenced by particular cultural trends and philosophical traditions. The Italian trend is characterized, on the one hand, by the existence of a normative ethics grounded on human reason and inspired by the Christian faith according to Aquinas' doctrine, and, on the other hand, by a philosophy of history concerning processes of civilization according to Giambattista Vico's thought. These two cultural roots have developed in parallel and often in opposition, so Italian Natural Law Theories have been attracted now by rationalism, then by historicism without arriving at a point of balance. In the age of constitutionalism, the relevance of inner principles of positive law appears to allow their fruitful convergence.

Keywords: Natural Law Theory; Italy; Legal Philosophy; Law and Morality.

Resumen: Las teorías del Derecho Natural están influenciadas por tendencias culturales particulares y tradiciones filosóficas. La tendencia italiana

¹ Abogado. Profesor Emérito de la Universidad de Palermo, Palermo, Italia. A cargo de la Cátedra de Filosofía del Derecho. Autor de numerosas publicaciones en la materia. Presidió (2010-2014) la Asociación Italiana de Filosofía del Derecho. Correo electrónico: francesco.viola@unipa.it.

se caracteriza, por un lado, por la existencia de una ética normativa basada en la razón humana e inspirada en la fe cristiana, según la doctrina de Aquino y, por otro lado, en una filosofía de la historia sobre los procesos de civilización, según el pensamiento de Giambattista Vico. Estas dos raíces culturales se han desarrollado en paralelo y a menudo en oposición, por lo que las teorías italianas de Derecho Natural se han visto atraídas ahora por el racionalismo y luego por el historicismo sin llegar a un punto de equilibrio. En la era del constitucionalismo, la relevancia de los principios internos del Derecho Positivo parece permitir su fructífera convergencia.

Palabras clave: Teoría del Derecho Natural; Italia; Filosofía del Derecho; Ley y moralidad.

Sommario: Le teorie del diritto naturale sono influenzate dagli orientamenti culturali e dalle tradizioni filosofiche particolari. Il trend italiano è caratterizzato, da una parte, dalla presenza di un'etica normativa fondata sulla ragione umana e ispirata dalla fede cristiana, secondo la dottrina di Tommaso d'Aquino, e, dall'altra, da una filosofia della storia legata ai processi d'incivilimento secondo il pensiero di Giambattista Vico. Queste due radici culturali si sono sviluppate parallelamente e spesso in contrasto tra loro, sicché il giusnaturalismo in Italia è stato attratto ora dal razionalismo ora dallo storicismo senza raggiungere un punto di equilibrio. Nell'epoca del costituzionalismo l'attenzione per i principi interni alla positività del diritto ora sembra permettere una convergenza fruttuosa fra queste due tradizioni italiane del pensiero giuridico.

Parole chiave: Giusnaturalismo; Italia; Filosofia del Diritto; Diritto e Morale.

To explore the history of natural law theory in 20th-century Italy (see Fassò 1964a, 109-128; Pérez Luño 1971; Marini 1987; Lorenzi 1990) there is no need to make reference to political unification of the country in the second half of the 19th century. We can refer to a much older tradition of thought that rather marks the persistence of a cultural approach, despite chequered political and social vicissitudes. The fact is that the cultural unification of Italy came long before its political unification. Since every culture can be considered as an interpretation of human nature, it is legitimate to wonder whether there is a propensity of Italian culture towards a specific doctrine of natural law.

I will limit this exploration especially to the period that goes from the years after World War II, down to our own day, and I will entirely neglect

studies on the history of natural law, even though they have had major importance in Italy. Does a natural law doctrine exist that is dominant in Italy in the second half of the 20th century?

I will say straightaway that the answer to this question will be a negative one. Rather than of a unitary doctrine it will be necessary to talk of some typical approaches to the problems of natural law that are persistent in Italian culture and derive from its tradition of thought.

1. The Italian tradition

In this tradition the common fabric of society is represented by Catholic ethics, whose principles and values, until a few decades after World War II, were amply shared, though not always adequately practiced. For the Italian people, the Catholic ethic was identified for a long time with ethics *tout court* and it had no rival alternatives of any importance.

On this common basis there developed two orientations of thought that can emblematically be seen as going back respectively to St. Thomas Aquinas (1225-1274) and Giambattista Vico (1668-1744), both Neapolitan philosophers. The former represented both the theological origin of this normative ethic and its possible rational foundation, natural law being at once divine law and law of reason. Vico –to whom we owe a philosophy of history attentive to the way in which natural inclinations and the principles of reason are developing in the minds of men and in the work of civilization– represented the demand for a bond with praxis and with the concrete experience of social life and politics. Hence reason and history, divine will and human culture are the elements always present in the background to this tradition of thought.

One of the unquestionable characteristics of Italian reflection on natural law is given by the fact that these two orientations of thought, not incompatible per se, rarely fertilized one another but developed along parallel and often antagonistic lines.

The Italian interpreters of Aquinas have given life to varying interpretations oscillating between voluntarism and rationalism, but often rejecting attention to the historicity of human experience.

The followers of the Viconian line of thought, which actually did not produce a true legal- philosophical school and for long periods fell into oblivion, were concerned above all with the interpretation of political and civil history, abandoning Vico's undoubted religious inspiration and his attention to law.

If now, leaping forward a few centuries, we look, even superficially, at the 19th century, we have to recognize that the philosophical bases were

not adequately developed in the sphere of Catholic thought, which had the monopoly on natural law theory². Everyone recognizes a large dose of eclecticism in Christian thought itself and, more broadly, in all Italian philosophical culture down to our own day³. In the first half of the 19th century the only detailed discussions of natural law had an avowedly rationalistic imprint.

The glorious tradition of Christian thought had been seriously damaged by the impact with the Enlightenment, but it was not entirely dead. In the second half of the 19th century some scholars interested in legal and political problems quite consciously returned to the conception of natural law of St. Thomas Aquinas. Among them for depth of thought there stands out Luigi Taparelli d'Azeglio (1793-1862), who worked out a complete and detailed doctrine of natural law that still today is of some importance (see Taparelli 1849). Among these scholars there was certainly a conservative orientation aiming to oppose the spread of liberal individualism. Nevertheless, there is, especially on the part of Taparelli d'Azeglio, an endeavour not to impose the principles of natural law from above, but to see them as in some measure immanent in the history of customs and social praxis.

Following Pope Leo XIII's encyclical *Aeterni Patris* (1879), Catholic thought again found its identity and reprised the tradition of natural law as a basis for a moderate and prudent recognition of human rights (see Menozzi 2012).

In Italy the neo-Thomist movement developed until after the Second World War and to it we obviously also owe a determined conception of natural law. The orientations of this School were to have a lot of weight, for good and for bad, on the image of natural law that spread in Italian culture before and after the World War II.

In Italy neo-Thomism was a movement of thought linked to the Catholic Church much more than in other European countries. We have to remember that in Italy there were no state theology faculties, and still there are none. Catholic culture, even more after the political vicissitudes linked to the unification of Italy, was steeped in an ecclesiastical and clerical di-

2 One of the few exceptions is the philosophical system of Antonio Rosmini (1797-1855), a Catholic priest that succeeded in creating a dialogue between the Christian philosophical tradition and modern thought. For this purpose, he valorized Kant's thought against sensism and empiricism. However, he was isolated and looked on with suspicion within the Catholic Church itself.

3 A typical example of eclecticism in the legal-philosophical field is the thought of Gian Domenico Romagnosi (1761-1835), who blends naturalism and ethical finalism. It is not clear whether he is to be considered a supporter of natural law theory or of legal positivism. Nevertheless, he is a major scholar on theory of society and constitutional law.

mension. Consequently, the neo-Thomist conceptions of natural law experienced a double separation: from lay culture, and from legal culture. They were set apart as theological-philosophical and ethical problems, while the prevailing orientation of jurists continued to be linked to legal positivism in legal science⁴, though anchored to Catholicism in private morality. Accordingly the Thomist doctrine of natural law remained in a defensive position towards lay culture and was not able to develop a capacity for dialogue and valorization of the universality of reason.

If we then look at the way of thinking of natural law, it mainly centred on the affirmation of absolute and unchangeable norms independent of historical variations and founded on the rational will of God or on human nature steeped in finalism in virtue of the principle of creation. A certain ramification was possible on the basis of the Thomist distinction of the derivation of natural law *ad modum conclusionis* or *ad modum determinationis*. Nevertheless, recourse to historical experience was not seen as necessary for knowing the principles of natural law, but rather for being aware of the variety of their applications (see Olgiati 1944).

The very concept of law was identified with justice seen as a supreme synthesis between internal action, linked to virtues, and intersubjective and social rules (see Olgiati 1932). The reduction to ethics leads to a loss of the autonomy of the concept of law. The neo-Thomists had to defend themselves from this accusation, and some, in order to face it, tried to separate more deeply external action from internal ones (see Graneris 1949).

From the accusation of lack of historicity, neo-Thomist thought was defended by invoking the distinction between ancient and Christian natural law, on the one side, and modern natural law on the other. The latter was held to be responsible for an abstract and unhistorical conception of natural law, while the former, in the wake of Aristotle, was held never to lose sight of the concreteness of moral experience. However, the true reason for the rejection of modern natural law theory lies in its links with rationalism and deism.

On the lay side⁵, historicism and idealism, which were the dominant philosophy of the time and denied the normative character of human nature, had in turn appropriated the thought of Vico to themselves, the other great interpreter of the Italian spirit, bending him to the needs of an immanentist philosophy of history. Benedetto Croce in 1910 and Giovanni Gentile

4 Dominant in the world of Italian jurists in the first half of the century is the institutionalism of Santi Romano, which is a rigorous legal positivist.

5 Among the few exponents of secular Catholic culture we can mention Eugenio Di Carlo (1882-1969) of the University of Palermo for his willingness to take into consideration the historical dimension of natural law (see Di Carlo 1966).

in 1915, with their interpretation of Vico's thought, profoundly conditioned the approach to the Neapolitan philosopher but not so much to link him to Hegelian philosophy, rather because of the excessive importance given to the themes of aesthetics and poetics in comparison to legal ones, considered to have a low theoretical profile. Accordingly, historicism was no less abstract in its intellectual positions and the clash between Catholic and lay thought was played out on the plane of the greatest theoretical systems. In these cases, the fierce battle on principles was almost always accompanied by pragmatism not very attentive to values on the practical plane.

One also has to consider the situation of particular difficulty in which legal philosophy found itself. On one side, in order to be recognized as true philosophical speculation, it had to be closely connected to the dominant currents of thought, that is to say, at that time, to positivism, neo-Kantianism, and neo-idealism; on the other side, however, no adequate valorization of the legal phenomenon came from these philosophical orientations. Philosophical positivism considered law as an antiquated instrument of social control; neo-Kantianism tended to think of it in an outlook of mere appearance and coerciveness; neo-idealism now reduced it to economy (see Croce 1909) and now drowned it in ethics (see Gentile 1916). Accordingly legal philosophers almost always appeared to be heterodox in relation to the tradition of thought to which they too made reference and were therefore looked on with suspicion by pure philosophers. If the philosophers reduced them to mere jurists, the latter did not consider them as belonging to their guild.

The neo-Thomist orientation, or Catholic spiritualism in general, in actual fact represented the only doctrine of natural law in Italy before World War II. Certainly some demands of the problems of natural law were also accepted by the adversaries of natural law, and particularly those regarding the formation of more just positive law. Philosophical positivism spoke of "social idealities". One can also identify non-Catholic natural law orientations linked to a line of thought that starts from Filomusi Guelfi (1846-1903) and Iginio Petrone (1870-1913) and is linked to the Neapolitan neo-Hegelian School (Augusto Vera and Bertrando Spaventa). But these were positions that were very close to historicism.

The only real doctrine of natural law originally different from the neo-Thomist one can be found in the neo-Kantianism of the Bolognese Giorgio Del Vecchio (1878-1970), the founder in 1921 of the *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* (*International Journal of Legal Philosophy*), which circulated widely abroad too. The difference does not consist in the contents of natural law, which are still those of Christian ethics, but in the distinction between legality and justice. Del Vecchio maintains that the logical concept of law is independent of that of justice. Legality is a logical form that makes

it possible to give legal meaning to social phenomena of intersubjectivity and is neutral from the evaluative point of view. But law moves towards the ideal of justice, which is its principle in terms of contents. The originality and importance of the thought of Del Vecchio, to whom we also owe later valuable writings on natural law (see, e.g., Del Vecchio 1954), is mainly in the working out of a definition of law that overrides the controversy between legal positivism and natural law theory, in that it is only on this basis that it is possible for this controversy not to be a dialogue of the deaf.

On the plane of ethical-political commitment, none of the forms of natural law present in Italy before the war was fully aware of the incompatibility between fascist ideology and natural law, developing an organic and combative critical opposition. This is proof of the abstract character of Catholic natural law in that period and its incapacity to tackle history.

2. The natural law of jurists

One of the most important cultural effects of World War II on legal-philosophical problems –as is well known– was renewed attention, not infrequently opportunistic, to natural law. This happened in general in the culture of the defeated countries, that is to say Italy and Germany⁶. There has been much discussion of the responsibilities of legal positivism regarding Nazi and fascist totalitarianism⁷. It is understandable that the whole configuration of pre-war culture was challenged without any distinction being made. Actually the true responsibility should have been sought not so much in legal positivism, but in the separation between ethical and legal culture. The upholders of legal positivism and natural law theory were equally responsible for this.

One of the first results of the rebirth of natural law was renewed attention to it on the part of jurists. Once more the initiative and the impulse came from the Catholic Church. Pope Pius XII had great sensitivity to law and advocated a new international legal order. His appeals were fully accepted by the Union of Italian Catholic Jurists (U.G.C.I. 1951). The central problem was the legal ethics of the jurist and his virtues. The work of the ju-

6 It is curious to observe the rapid conversion of idealist philosophers to natural law theory. From the school of Croce himself there was to come a defender of natural law (see Antoni 1959).

7 Uberto Scarpelli and Norberto Bobbio vigorously defended legal positivism against this accusation: the former on the basis of the connection between legal positivism and the constitutional and democratic state, the latter on the basis of the distinction between legal positivism as a theory and as an ideology.

rist was undoubtedly linked to positive law and the value of legal certainty, but now it could no longer be affirmed that the drama of unfair law should or could remain only a private matter of conscience, especially when it took on very large proportions.

The variety of opinions present in this debate was the unmistakable sign of a development in the problems of the validity of natural law. First of all people once again proposed the neo-Scholastic position whereby natural law had at once a transcendent and a systematic character. Accordingly, where the jurist ascertained the contradiction between the positive norm and the natural one, he or she would have to recognize that the former is not true law (see Barbero 1953, 40). But this *strong version*⁸ of natural law theory received very little support and its own upholders did everything possible to reduce its negative impact on the value of certainty and on the duties of the role of the jurist. The *weak versions* insisted either on the difference between the single positive norm and the system of norms as a whole, or on the particular character of the norms of natural law. These were two moderate approaches that allowed a dialogue between positive law and natural law without implying a duplication of legal normative systems.

According to the first perspective there was a substantial difference between the legal system as a whole and the single norm. The former could never clash with natural law, since it was the objective order of social coexistence, an arrangement consolidated through the tests of history and therefore endowed with immanent rationality of its own. In this sense natural law is the sum of the constitutive requirements of positive law itself, whether derived from the structure of action or expressed in the internal values constituting a legal order. This was substantially the position of Giuseppe Capograssi (1889-1956), a legal philosopher who had a great influence on the training of Italian jurists in the post-war period. Capograssi, the upholder of a philosophy of legal experience, expressly harked back to Vico and spoke of the “natural law of the wise men”, that is to say of the result of the work of reason displayed in history, underlining the deep needs of humanity (see Capograssi 1959). In this framework unjust law has to be somehow taken back, through interpretation, to the interior values of the positive order and thus purified of its contradictions.

We can consider this trend as being a fully natural law theory, although its upholders did not always accept this definition, which in the cultural imagination seemed to be an exclusive monopoly of the *strong version*. In its

8 A version is strong if it contains the following assumptions: Non-positive law exists; this law is valid by itself, that is to say without any need of human recognition; this law, being axiologically superior to positive law, prevails over it as regards compulsoriness (see D'Agostino 1993, 71).

turn the philosophy of legal experience was engaged in opposing the historicist drift, which threatened it from inside. This task was faced differently by the disciples of Enrico Opocher of the University of Padua (1914-2004): through recourse to classical dialectics and ancient rhetoric (see Cavalla 2005)⁹, in the study of the potentialities inside the legal order (c.f. Gentile 2000), in investigations of the history of natural law theory (see Todescan 1973), and in legal theory inspired by German hermeneutics (see Zaccaria 1984a, 1984b).

The second trend rejected identification of natural law with a system of precepts. It consisted, instead, in a few fundamental or core precepts and in a set of orientations guiding the production of positive law. Today we would say that natural law is manifested above all through principles, that is to say general orientations for action. Consequently the irresolvable conflict between natural and positive law would come down to a few extreme cases concerning precepts, while it would only have a moral and not strictly legal value in the case of principles.

The innovations thus consisted in a differentiation of the ways of seeing the validity of natural law and in jurists' involvement in these problems, reserved in the past for legal philosophers and moralists. The latter aspect is strengthened by the presence of a legislative text steeped in ethical-political values like the Italian Constitution that came into force in 1948. Since the constitutional text incorporated some principles that belonged to the natural law tradition, the fidelity to law typical of the jurist could be merged in some way with natural law theory. In any case it is significant that people began to speak of the "philosophy of jurists" (see Caiani 1955), which before the war would have seemed like nonsense. This philosophy does not abandon the unhistorical formalism typical of the Italian jurist (see Merryman 1966), but recognizes that values are incorporated in legal and institutional formulas, are "law in force" and therefore must be kept in mind in the procedures of legal interpretation and legal science.

The result of this evolution was a strengthening of the convergence on the constitutional contents of law, which for upholders of natural law theory were founded on the natural law in force, while for upholders of legal positivism they were positive law to all intents and purposes. But agreement always has the effect of paralyzing research. At that time in Italy there was no debate on the contents of fundamental legal values, but only on their classification as natural or positive law ones. A natural law doctrine should instead present itself as a programme of research on the precepts and principles of law, that is to say it should exert practical reasoning to trace and

9 See Opocher 1984.

justify legal rules. Moreover, this is by no means extraneous to the tradition of Italian legal science, which harks back to Roman law, to medieval jurisprudence and to *ius commune*, and which –as was well highlighted by Giuliani (1997)– could now use the resources of the new rhetoric and the theory of reasoning. But jurists in the age of codification had abandoned this tradition, unlike Anglo-Saxon jurisprudence. In conclusion, it can be affirmed that the two weak versions of natural law still need to be further extended and developed.

3. Natural law theory as a theory of morality

Hence one should not be surprised if the most vital focus of the debate moved onto the epistemological plane. As it was no longer the contents of precepts that classified a doctrine as natural law, then the stress was to fall on a determined foundation or on a determined justification. Norberto Bobbio perceived this problem with his usual lucidity when he long ago considered natural law theory not as a determined morality, but as a determined theory of ethics (see Bobbio 1965, 180). This was an objectivistic theory of ethics that presumed to base value contents on the cognitive plane. The conflict between natural law theory and legal positivism thus became a conflict between cognitivism and non-cognitivism of value judgments (c.f. Viola 1993). This epistemological controversy drew the main attention to itself, causing issues of normative ethics to fall into oblivion.

The division now concerned meta-ethics, the conception of science and legal interpretation, and the concept of law, that is to say whether it is fact or value. There developed a strong current of legal positivism with an analytical inspiration, which was inspired by the works of Hans Kelsen, Alf Ross, and H. L. A. Hart and became the main adversary of the natural law theory of ethics, using the *Is- Ought question* as its favorite weapon (see Bobbio 1965, 172; see also Carcaterra 1969).

Meanwhile, in more general Catholic philosophical culture neo-Thomism faded away and almost disappeared, without being replaced by a different and more adequate interpretation of the thought of Aquinas. It is true that Catholic culture in Italy in the post-war period was greatly influenced by the thought of Jacques Maritain, but especially with reference to political and social philosophy rather than to legal philosophy¹⁰. In actual

¹⁰ Maritain's most interesting work for legal philosophers was published posthumously in Italian even before being published in the original language, but unfortunately did not arouse sufficient attention (see Maritain 1985).

fact natural law theory had run off into a thousand rivulets, no longer having a strong and unitary speculative basis. Obviously its eternal and invincible argument was kept alive, that is to say that it is necessary to admit a criterion of moral measurement of positive law if one wants to avoid the triumph of factuality. But the uncertainty remained about the way of founding this *recta ratio* on the cognitive plane and on its strictly “legal” character.

The essential connection between Christianity and natural law theory was sharply challenged by Guido Fassò (1915-1974), a legal philosopher of law at the University of Bologna and –as already stated– the author of the only complete history of legal thought still existing today. Fassò, in whom we again hear the voice of Viconian philosophy, clearly separates the plane of the absolute transcendence of moral and religious values from the institutional and social plane, which is necessary to cohabitation and coexistence and therefore has to accept a certain relativism and historicism of values, with their consequent inevitable secularization (see Fassò 1969; see also Ambrosetti 1985). The law is set on the latter plane, just as all social or rational moralities are in reality legal forms of coexistence in some contrast with the essential ultramundane spirit of Christianity. In this there is a good dose of mistrust in human reason, which to some extent is reminiscent of non-cognitivism (see Pattaro 1982) and the mysticism of Wittgenstein, but Fassò clearly rejects voluntarism. In this religious background for the construction of legal and political institutions he recognizes the educational importance of natural law seen as *law of reason* (see Fassò 1964b). This is empirical and historical Viconian reason that is not at all eternal and unchangeable, but essential for the guaranteeing of rights and freedom, that is to say for founding the values of constitutionalism. On this plane it is also possible to intercept the natural law theory of Thomas Aquinas, seen by Fassò as an upholder of critical and non-dogmatic reasonableness able to adapt to the historicity of human relations.

Despite the non-absolute value of natural law, this recognition of the importance of practical reasonableness and the use of Thomism along these lines is interesting. Fassò himself makes reference to the English legal tradition, which has developed law from the concrete demands of society interpreted by reason, a law that is not voluntaristic, as continental law is; it is *positive natural law*, to use Roscoe Pound’s expression.

It must be remembered that some years before, an Italian with a Thomist background and a deep knowledge of English legal and political thought, Alessandro Passerin d’Entrèves (1902-1985), had maintained that the importance of natural law consisted more in its *historical function* than in its doctrine (see Passerin d’Entrèves 1954). And this historical function was precisely what was emphasised by Fassò, that is to say limiting the power of the state and protecting the individual against the sovereign’s will.

Crediting natural law with this “historical” merit, Bobbio noticed that for this reason an objectivistic theory of ethics was not necessary, in that the same merit must be attributed to other doctrines or philosophies that had nothing to do with it (see Bobbio 1965, 190). But natural law theory is not the only possible cognitive meta-ethic and it is doubtful whether constitutionalism and human rights are defended better on the theoretical plane by cognitivism or ethical relativism. In conclusion, for the fate of natural law theory the crucial point is not the content of natural law but its foundation, that is to say the concept of human nature. It would be senseless to go on speaking of “natural” law if this did not somehow mean an appeal to nature, and nevertheless the naturalistic fallacy would seem to prevent it.

To get over this difficulty it is necessary to offer a non-naturalistic interpretation of human nature and this required a new speculative effort. It was to this theoretical undertaking that Sergio Cotta (1920-2007) devoted his studies; he brought together an original Augustinian inspiration and an ontological revisiting of Husserl’s phenomenology (see Cotta 1991). Cotta does not dwell on defending determined contents of natural law, in which he admits a good deal of historicity. The philosophical concept of “nature” cannot be reduced to mere factuality, but indicates the constitutive structure of an existential entity. The entity to which law refers is man. Philosophical investigation shows the structural characteristics of this entity and reveals its coexistential relationality. From this anthropological truth there derive objective duties, that is to say ones valid for every human being. Hence natural law is positive law that is justified by its corresponding to the structure of the entity to which refers. It is not ideal law, or naturalistic law, but *law which is valid* for being an expression of the human being. The principal task of natural law theory becomes justifying the compulsoriness of positive law, which substantially means answering the radical question “why law?” (see Cotta 1981). In this way Cotta manages to trace in positive legal systems some inalienable principles of a structural character, violation of which would make the coexistential relationship impossible (like the duty to respect the innocent and not to subjugate other’s will). Such principles are not merely formal, because they express a sort of ontological a priori requisite, and not merely logical, and at the same time they need to be worked out in historical praxis. Limiting natural law exclusively to the first principle of practical reason, that is “good is to be done and pursued, and evil is to be avoided,” would mean abandoning the contents of natural law to the becoming of history and to relativistic historicism.

Hence it is necessary –according to Cotta– to translate the old metaphysical ontology of Thomism into phenomenological and anthropological ontology.

Cotta's thought to some extent harks back to the theme of the concept of law dear to Del Vecchio, whom he succeeded at the University of Rome. However, Cotta does not reduce the concept of law to mere logical formalism but rather shows that the form of legality implies some anthropological and ontological conditions.

This debate on natural law is set on the plane already specified by Bobbio, that is to say on the epistemological one. Cotta, indeed, agrees that the criterion of historical contents and that of social function are not adequate to define natural law theory. It is not the unity of a school or a doctrine, but the unity of a *research model* characterized by the question on the foundation of the law when it is sought in the nature of man (see Cotta 1989).

Sergio Cotta's teaching gave rise to a flourishing school of disciples, who, starting from a common original inspiration, moved in various directions, at times conflicting ones: the phenomenological orientation in a Heideggerian sense was chosen by Romano (1984), that of philosophical anthropology by D'Agostino (1984), and that of criticism of social functionalism by Montanari (1989).

Lastly, it must be mentioned that a possible resource for natural law conceptions came from logical studies on the ontology of the norm that were developed in Italy in a very sophisticated way by Conte (1989-1995).

This return of natural law problems to the philosophical dimension, in both an ontological and an epistemological sense, though of great speculative value, did not always satisfy the demands of jurists more interested in the contents of law than in its foundation. Besides, jurists favorable to natural law had been satisfied with constitutional values and therefore went back to entrenching themselves in legislative formalism in defense of the certainty of law. By contrast, it was to be jurists animated by leftwing ideologies that attempted alternative interpretations of positive law in the name of a search for more just law (see Barcellona 1973). In any case legal philosophy of law once again estranged itself from the attention of jurists (c.f. Viola 1994).

4. The return of normative ethics to within Positive Law

From the 1970's a cultural phenomenon of great importance for the search for natural law began to be apparent. We have said that the only undisputed firm point was agreement about the contents of Christian ethics. But in Italian society at that time this convergence gradually vanished. The introduction of divorce (1970) and the legalization of abortion (1978) did away with common ethics and led to pluralistic fragmentation of moral

convictions. Since public deliberation requires reasonable accord at least on some central themes, attention began once again to be paid to issues of normative ethics that meta-ethical researches had caused to be neglected.

Debates on just law imply the existence of and therefore the search for objective criteria, and this confers plausibility on the natural law outlook. But the principles and precepts of natural law need to be defended on the argumentative plane from within legal experience. On the other hand –as already mentioned– purely philosophical reflection on law does not capture the attention of jurists oscillating between formalism and ideology. Nevertheless, the crisis in common ethics shifted to positive law the task of guaranteeing the shared values necessary for all civil cohabitation (see Viola 1989). Paradoxically this is a situation favorable to natural law, which has always had to respond to two contradictory accusations, i.e., being ethics and not law, and being based on nature as a fact. But now the general concept of “nature” had become the crucial issue of law and morality (see Lombardi Vallauri 1990).

Today in Italy –as in the rest of the world– the legislation is forced to deal with issues that are ethically important not only on the public plane but also in the private sphere. Accordingly, themes like bioethics, ecology, the future generations, feminism, and gender become significant chapters of legal philosophy. In relation to the answers provided by normative ethics, two conflicting groups are configured, which in a sense reflect the traditional division between laymen and Catholics. Nevertheless, it would be wrong to identify this opposition with that between legal positivism and natural law theory, both because “lay people” too often defend an objective ethic, and because the “Catholics” do not always base their ideas on the normative concept of human nature. Among the numerous contributions to this ongoing debate we can consider the writings of Francesco D’Agostino, who, on the basis of rational justification, rigorously defends the contents of the Christian tradition of natural law (see, for example, D’Agostino 1998). In any case history itself takes on itself the task of refuting the ferocious aggression by Piovani against natural law theory considered as anti-modern (see Piovani 1961, 11).

Natural law theory today does not present itself as a theory of morality, but as an ethic deriving either from the normative character of nature or from a specific use of practical reasonableness. For this purpose, it is necessary to regain not only normativity, but also all the breadth of the concept of “nature”. Natural law theory –as Luigi Lombardi Vallauri observed– is not concerned only with the nature of man, but also with the nature of things and with the very nature of law. Natural law does not only concern norms of conduct, but also norms of organization (see Lombardi Vallauri 1987). The same procedures, to which today attempts are made to reduce all posi-

tive law, are not merely arbitrary, but have to respect certain constraints of value and practicability. Constitutionalism, democracy and human rights have binding internal rules; they have –as Fuller would say– their own internal morality. The “naturalness” of positive law lies in everything that is taken away from the full disposition of human will. In this sense there is a sort of minimal natural law theory that is at the basis of our present-day legal culture. It is based on refusal to reduce values to facts, on rejection of absolute subjectivism (see Lombardi Vallauri 1981) and on the defense of the individual against public power (see Cattaneo 1994).

On the contents of structural or procedural natural law today in Italy there is a high degree of consensus, only recently impaired by the debate on the revision of the Italian constitution. The most difficult problem concerns natural law of conduct, because it remains linked to the controversial concept of the nature of man, around which the division remains between Catholic and secular thought. For this problem to be solved it is necessary to overcome two obstacles still present in Italian natural law.

The first obstacle is conciliation between the universal form of the precept of natural law and its content, which to some extent is historical (see Sala 1971). It is once again a question of succeeding in fruitfully harmonizing Thomas Aquinas and Giambattista Vico, that is to say reason and culture, principles and history.

The second obstacle lies in the difficulty of developing practical reasoning without being conditioned by ideological presuppositions. Only greater trust in reason and in its practical use (see Viola 1990) can favor communication and dialogue between conflicting orientations. Philosophers have to achieve better knowledge of the argumentative processes of jurists and the latter have to be able to perceive the non-positivistic presuppositions of their arguments and interpretations.

Some signs that look to the future are favorable to a renewed approach to the problems of natural law seen as a search for the first principles of legal reasoning.

Neo-Thomist thought and the influence of Jacques Maritain having been worn out, the line of thought inspired by Thomas Aquinas is struggling to find new lifeblood in Italy (c.f. also Azzoni 2008). The Italian translation of the main work of John Finnis (i.e., Finnis 1996) does not seem to have made a major contribution to renewing Italian natural law theory, which is not very sensitive to analytical philosophy. Greater hopes lie in the internal evolution of contemporary positive law and the theory deriving from it.

In this connection the most significant turn consists –in my opinion– in the slow but gradual abandonment of the identification of law with rules. We tend to think of natural law in the same way as we think of positive law.

But in positive law today the importance of other normative elements is recognized, over and above the rules established by the authority.

Dworkin's distinction between rules and principles has been widely discussed in Italy. Positive law today appears more like a set of interpretative processes than a pre-established system of norms and the problem of the sources of law is revived. The primacy of interpretation shifts the focus from above to below, from normative validity to the use of legal rules. And then we wonder whether this praxis has some *internal primary goods* or guiding principles, what, if any, they are, and what type of normativity they exhibit. Further, the study of human rights (see Viola 2000) favors reconsideration of the theory of natural law, and forces jurists themselves to abandon all rigorous formalism and challenge the rigid separation between validity and justice, law and morality (see U.G.C.I 1993).

Nevertheless, although it is now clear that the concept of nature cannot be reduced to mere factualness but has to refer to the unity of meaning of the fundamental ontological spheres of human experience, it is still too far from and external to social praxis and historical processes, which constitute the real life of law. A pathway still not much explored is that which seeks in historical experience the constants of legal rules, having recourse to the acquisitions of cultural anthropology (see Scillitani 1996), or to trans-cultural laws (see Carcaterra 1992; Così 1993), or to the suggestions of Maritain and Gadamer on the "dynamic schemes" of action, or, finally, to the "reflective judgment" of Kant (see Mathieu 1989). One can endeavor to arrive at natural law along a plurality of research pathways.

References

- Ambrosetti, G. (1985). *Diritto Naturale Cristiano* (Christian Natural Law). Milan. Giuffrè.
- Antoni, C. (1959). *La Restaurazione del Diritto di Natura* (The Restoration of Natural Law). Venice. Neri Pozza.
- Azzoni, G. (2008). "Lex Aeterna e Lex Naturalis: Attualità di Una Distinzione Concettuale (Lex Aeterna and Lex Naturalis: Modernity of a Conceptual Distinction)". In *La Vitalità del Diritto Naturale* (The Dynamism of Natural Law). Ed. F. Di Blasi e P. Heritier. Palermo. Phronesis, 159-210.
- Barbero, D. (1953). *Studi Di Teoria Generale del Diritto* (Studies of General Theory of Law). Milan. Giuffrè.
- Barcellona, P. (ed. 1973). *L'uso Alternativo del Diritto* (The Alternative Use of Law). Bari. Laterza.
- Bobbio, N. (1965). *Giusnaturalismo e Positivismo Giuridico* (Natural Law and Legal Positivism). Milan. Edizioni di Comunità.

- Caiani, L. (1955). *La Filosofia dei Giuristi Italiani* (The Philosophy of Italian Lawyers). Padua. Cedam.
- Capograssi, G. (1959). *Opere* (Works). Milan. Giuffrè.
- Carcattera, G. (1969). *Il Problema della Fallacia Naturalistica* (The Problem of Naturalistic Fallacy). Milan. Giuffrè.
- Carcattera, G. (1992). *Lezioni di Filosofia del Diritto. Norme Giuridiche e Valori Etici* (Lectures on Legal Philosophy. Legal Norms and Ethical Values). Rome. Bulzoni.
- Cattaneo, M. A. (1994). *Persona e Stato di Diritto* (Person and Rule of Law). Turin. Giappichelli.
- Cavalla, F. (2005). *Retorica, Processo, Verità* (Rhetoric, Trial, Truth). Padua. Cedam.
- Conte, A. G. (1989-1995). *Filosofia del Linguaggio Normativo* (Philosophy of Normative Language). Turin. Giappichelli.
- Cosi, G. (1993). *Il Logos del Diritto* (The Logos of Law). Turin. Giappichelli.
- Cotta, S. (1981). *Giustificazione e Obbligatorietà delle Norme* (Justification and Normativity of Norms). Milan. Giuffrè.
- Cotta, S. (1989). *Diritto Persona Mondo Umano* (Law Person Human World). Turin. Giappichelli.
- Cotta, S. (1991). *Il Diritto Nell'esistenza. Linee di Ontofenomenologia Giuridica* (Law in Human Existence. Elements of Legal Ontophenomenology). Milan. Giuffrè.
- Croce, B. (1909). *Filosofia della Pratica: Economica ed Etica* (Practical Philosophy: Economics and Ethics). Bari. Laterza.
- D'Agostino, F. (1984). *Diritto e Corporeità* (Law and Bodyness). Milan. Jaca Book.
- D'Agostino, F. (1993). *Filosofia del Diritto* (Philosophy of Law). Turin. Giappichelli.
- D'Agostino, F. (1998). *Bioetica* (Bioethics). Turin. Giappichelli.
- Del Vecchio, G. (1954). "Mutabilità ed Eternità del Diritto" (Mutability and Eternity of Law). *Jus, Rivista di Scienze Giuridiche* 5: 1-14.
- Di Carlo, E. (1966). "Diritto Naturale e Storia" (Natural Law and History). *Circolo Giuridico L. Sampolo* 37: 9-42.
- Fassò, G. (1964a). *Il Diritto Naturale* (The Natural Law). Turin. Eri.
- Fassò, G. (1964b). *La Legge della Ragione* (The Law of Reason). Bologna. Il Mulino.
- Fassò, G. (1969). *Cristianesimo e Società* (Christianity and Society). Milan. Giuffrè.
- Finnis, J. (1996). *Legge Naturale e Diritti Naturali* (Natural Law and Natural Rights). Ed. F. Viola. Turin. Giappichelli.
- Gentile, F. (2000). *Ordinamento Giuridico tra Virtualità e Realtà* (The Legal Order between Virtuality and Reality). Padua. Cedam.
- Gentile, G. (1916). *I fondamenti della Filosofia del Diritto* (The Grounds of Legal Philosophy). Pisa. F. Mariotti.
- Giuliani, A. (1997). *Giustizia ed Ordine Economico* (Justice and Economic Order). Milan. Giuffrè.
- Graneris, G. (1949). *Contributi Tomistici alla Filosofia del Diritto* (Tomistic Contributions to Legal Philosophy). Turin. Sei.
- Lombardi Vallauri, L. (1981). *Corso di Filosofia del Diritto* (Course of Legal Philosophy). Padua. Cedam.
- Lombardi Vallauri, L. (1987). "Diritto Naturale" (Natural Law). *Jus, Rivista di Scienze Giuridiche* 34(3): 241-61.

- Lombardi Vallauri, L. (ed. 1990). *Il Meritevole di Tutela* (Who is Deserving Protection). Milan. Giuffrè.
- Lorenzi, G. (1990). "Il Dibattito sul Diritto Naturale in Italia dal 1945 al 1960" (The Debate on Natural Law in Italy from 1945 to 1960). *Verifiche* 19(3): 327-70; 19(4): 489-533.
- Marini, G. (1987). "Il Giusnaturalismo nella Cultura Filosofica Italiana del Novecento" (Natural Law Theories in the Italian Philosophical Culture of the 20th Century). In *Storicità Del Diritto e Dignità Dell'uomo*. Naples. Morano, 281-320.
- Maritain, J. (1985). *Nove Lezioni Sulla Legge Naturale* (Nine Lectures on Natural Law). Ed. F. Viola. Milan. Jaca Book.
- Mathieu, V. (1989). *Luci ed Ombre del Giusnaturalismo* (Lights and Shadows of Natural Law Theories). Turin. Giappichelli.
- Menozzi, D. (2012). *Chiesa e Diritti Umani. Legge Naturale e Modernità Politica dalla Rivoluzione Francese ai Nostri Giorni* (Church and Human Rights. Natural Law and Modern Politics from the French Revolution to Nowadays). Bologna. Il Mulino.
- Merryman, J. H. (1966). "Lo Stile Italiano: La Dottrina" (The Italian Style: The Doctrine). *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 20(4): 1170-216.
- Montanari, B. (1989). *Fenomeni Sociali e Lettura Giuridica* (Social Phenomena and Legal Reading). Turin. Giappichelli.
- Olgiate, F. (1932). *La Riduzione del Concetto Filosofico di Diritto al Concetto di Giustizia* (The Reduction of the Philosophical Concept of Law to the Concept of Justice). Milan. Giuffrè.
- Olgiate, F. (1944). *Il Concetto di Giuridicità in San Tommaso d'Aquino* (The Concept of Legality in St. Thomas Aquinas). Milan. Vita e Pensiero.
- Opocher, E. (1983). *Lezioni di Filosofia del Diritto* (Lectures on Philosophy of Law). Padua. Cedam.
- Passerin d'Entrèves, A. (1954). *La Dottrina del Diritto Naturale* (The Doctrine of Natural Law). Trans. V. Frosini. Milan. Edizioni di Comunità.
- Pattaro, E. (1982). "Sull'Assoluto. Contributo allo Studio del Pensiero di Guido Fassò" (On the Absolute. Contribution to the Study of Guido Fassò's Thought). *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 59: 42-94.
- Pérez Luño, A. E. (1971). *Iusnaturalismo y positivismo jurídico en la Italia moderna* (Natural Law Theories and Legal Positivism in Modern Italy). Bologna. Real Colegio de España en Bolonia.
- Piovani, P. (1961). *Giusnaturalismo e Etica Moderna* (Natural Law Theories and Modern Ethics). Bari. Laterza.
- Romano, B. (1984). *Il Riconoscimento come Relazione Giuridica Fondamentale* (Recognition as Legal Fundamental Relationship). Rome. Bulzoni.
- Sala, G. B. (1971). "Lex Naturae e Storia" (Lex Naturae and History). *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica* 63(3): 241-94.
- Scillitani, L. (1996). *Studi di Antropologia Giuridica* (Studies on Legal Anthropology). Naples. Jovene.

- Taparelli d'Azeglio, L. (1849). *Saggio Teoretico del Diritto Naturale Appoggiato sul Fatto* (1840-1843) (Theoretical Essay of Natural Law Grounded on Fact). Rome. Civiltà cattolica.
- Todescan, F. (1973). *Lex, Natura, Beatitudo: Il Problema della Legge nella Scolastica Spagnola del Sec. XVI* (Lex, Natura, Beatitudo: The Problem of Law in the Spanish Scholastic of the 16th Century). Padua. Cedam.
- U.G.C.I. (1951). *Diritto Naturale Vigente* (Natural Law in Force). Rome. Studium.
- U.G.C.I. (1993). *Diritto Naturale e Diritti dell'Uomo all'Alba del XXI Secolo* (Natural Law and Human Rights at the Beginning of the 21st Century). Milan. Giuffrè.
- Viola, F. (1989). *Diritti dell'Uomo, Diritto Naturale, Etica Contemporanea* (Human Rights, Natural Law, Contemporary Ethics). Turin. Giappichelli.
- Viola, F. (1990). *Il Diritto come Pratica Sociale* (Law as Social Practice). Milan. Jaca Book.
- Viola, F. (1993). "Ragion Pratica e Diritto Naturale: Una Difesa Analitica del Giusnaturalismo" (Practical Reason and Natural Law: an Analytical Defense). *Ragion Pratica* 1(1): 61-81.
- Viola, F. (1994). "Nuovi Percorsi dell'Identità del Giurista" (New Paths of Lawyer's Identity). In *Filosofia del Diritto: Identità Scientifica e Didattica Oggi*. Ed. B. Montanari. Milan. Giuffrè, 119-31.
- Viola, F. (2000). *Etica e Metaetica dei Diritti Umani* (Ethics and Meta-Ethics of Human Rights). Turin. Giappichelli.
- Zaccaria, G. (1984a). *Ermeneutica e Giurisprudenza. Saggio sulla Metodologia di Josef Esser* (Hermeneutics and Jurisprudence. Essay on Josef Esser's Methodology). Milan. Giuffrè.
- Zaccaria, G. (1984b). *Ermeneutica e Giurisprudenza. I Fondamenti Filosofici nella Teoria di H. G. Gadamer* (Hermeneutics and Jurisprudence. Philosophical Foundations in H. G. Gadamer's Theory). Milan. Giuffrè.

GIAMBATTISTA VICO E LA VERITÀ DEL DIRITTO

Giambattista Vico y la verdad de la ley
Giambattista Vico and the truth of the law

Mauro Ronco¹

Para citar este artículo:

Ronco, M. (2020). “Giambattista vico e la verità del diritto”.
Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 117-131.

DOI:<https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.117-131>

Sommario: Il saggio prende in esame il processo di abbattimento del Diritto Naturale classico per opera dei principali studiosi protestanti di Filosofia del Diritto tra la metà del ‘500 e la metà del ‘600. L’Autore rileva che tale processo culturale si è accompagnato politicamente con l’annientamento della Cristianità. L’opera storica e giuridica di Giambattista Vico è rivolta alla riconquista della verità del Diritto tramite la critica implacabile del giusnaturalismo laico e la riproposizione della giustizia come causa metafisica del Diritto sotto l’amorevole guida della Provvidenza.

Parole chiave: Provvidenza; Diritto Naturale; Giusnaturalismo; Cristianità; Protestantesimo.

Resumen: El ensayo examina el proceso de demolición de la ley natural clásica por los principales estudiosos protestantes de la Filosofía del Derecho, entre mediados del siglo XVI y mediados del siglo XVII. El autor señala que este proceso cultural ha sido acompañado políticamente con la aniqui-

1 Catedrático de la Universidad Europea de Roma, Roma, Italia. Profesor Emérito de la Universidad de Padua, Padua, Italia. Universidad Abat Oliba CEU de Barcelona, Barcelona, España. Co-Director Seminario de Filosofía del Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: roncomau@tin.it.

lación del cristianismo. El trabajo histórico y jurídico de Giambattista Vico está dirigido a la reconquista de la verdad del Derecho a través de la crítica implacable del naturalismo secular y el resurgimiento de la justicia como causa metafísica del Derecho bajo la guía amorosa de la Providencia.

Palabras clave: Providencia; Ley natural; Ley secular; Cristianismo; Protestantismo.

Abstract: The essay examines the process of undermining of classical natural law by the main Protestant scholars of legal philosophy between the mid 1500s and the mid 1600s. The author notes that this cultural process has been accompanied politically with the annihilation of Christendom. The historical and juridical work of Giambattista Vico is aimed at reconquering the truth of law through the relentless criticism of secular naturalism and the re-proposition of justice as a metaphysical cause of law under the loving guidance of Providence.

Keywords: Providence; Natural law; Secular law; Christendom; Protestantism.

1. Il ripristino della verità del Diritto

Al termine dell'autobiografia², Giambattista Vico, scrivendo in terza persona, dichiara lo scopo perseguito con l'opera *Principi di una scienza nuova*³ “[...] con la qual opera il Vico, con gloria della cattolica religione, produce il vantaggio alla nostra Italia di non invidiare all’Olanda, l’Inghilterra e la Germania protestante i loro tre principi di questa scienza, e che in questa nostra età nel grembo della vera Chiesa si scuoprissero i principi di tutta l’umana e divina erudizione gentilesca”⁴. Vico, come scrive al Cardinale Lorenzo Corsini, poi assunto al trono pontificio con il nome di Clemente

2 Vico, G. B. (2005). *Vita scritta da se medesimo (1723-1728) con Aggiunta fatta da Vico alla sua autobiografia (1731)*. In Id., *Opere*, a cura di A. Battistini. Milano, 3-60, 61-85.

3 Vico, G. B. (1725). *Principi di scienza nuova intorno alla natura delle nazioni per la quale si ritrovano i principi del Diritto Naturale delle genti*. 1ª ed. In (2012/2013). *La scienza nuova. Le tre edizioni del 1725, 1730 e 1744*, a cura di M. Sanna, V. Vitiello. Milano, 37-327.

4 Vico, G. B. *Vita scritta da se medesimo (1723-1728)*. Cit., 60, ove i tre principi della scienza giuridica *ad modum* dei protestanti sono naturalmente l’olandese Ugo Grozio (1583-1645), l’inglese John Selden (1584-1654) e il germanico Samuel Pufendorf (1637-1694).

XII⁵, aveva speso 25 anni di continua e aspra meditazione per concludere la prima stesura dell'opera⁶.

L'intento di Vico è ristabilire la verità cattolica –e, prima ancora, la verità filosofica– in ordine al Diritto. L'intento fu perseguito per tutta la vita con l'immensa produzione scientifica, in particolare con il *De universi iuris uno principio et fine uno*⁷ e con le tre stesure della *Scienza Nuova*⁸, continuamente arricchite e migliorate affinché la riscoperta del vero Diritto divenisse chiara agli spiriti che brancolavano incerti nel dubbioso inizio del XVIII secolo. Per fugare ogni equivoco: non che la verità in ordine al Diritto sia di fede; è una verità di ordine naturale a cui perviene la ragione ben formata e scevra dalle passioni. Ma è una verità che la rivoluzione protestante aveva impugnato e che i cattolici avrebbero dovuto riproporre nell'ambito della Chiesa per il bene della società e dello Stato.

Il filosofo e giureconsulto napoletano riscopre il fondamento del Diritto Naturale delle nazioni nel desiderio naturale “[...] che hanno naturalmente tutti gli uomini di vivere eternamente; il qual comun desiderio della natura umana esce da un senso comune, nascosto nel fondo dell'umana mente, che gli animi umani sono immortali”⁹. Il Diritto Naturale delle nazioni “[...] è certamente nato coi comuni costumi delle medesime; né alcuno giammai al mondo fu nazione d'atei, perché tutte incominciarono da una qualche religione”¹⁰.

Anche la vana scienza delle nazioni gentili, fondata sul culto di divinità false, nasconde –secondo Vico– “[...] due gran principi di vero, uno che vi sia provvidenza divina che governi le cose umane, l'altro, che negli uomini sia libertà d'arbitrio, per lo quale se vogliono e vi si adoperano, possono schivare ciò che senza provvederlo, altramenti loro appartenerebbe. Dalla qual seconda verità viene di seguito che gli uomini abbiano elezione di vivere

5 Lorenzo Corsini nacque a Firenze il 7 aprile 1652. Fu eletto papa il 12 luglio 1730. Assunse il nome di Clemente XII e morì il 6 febbraio 1740.

6 Vico, Lettera di accompagnamento della prima *Scienza Nuova* al Cardinale Lorenzo Corsini in Roma, 20 novembre 1725 da Napoli, in Id., *Opere*, a cura di A. Battistini, cit., 313-314.

7 Vico, G. B. *De universi iuris uno principio et fine uno*, Liber unus, *De universi iuris uno principio et fine uno*, Liber alter, *De constantia iurisprudientis*, 1720. In (1974). *Opere giuridiche. Il diritto universale*, a cura di P. Cristofolini. Firenze.

8 Le tre edizioni risalgono rispettivamente al 1725 (cit. n. 2), al 1730 (*Cinque libri di Giambattista Vico de' principj d'una scienza nuova d'intorno alla comune natura delle nazioni in questa seconda impressione. Con più propria maniera condotti, e di molto accresciuti. Alla santità di Clemente XII dedicati, in Napoli, MDCCXXX*, in *La scienza nuova. Le tre edizioni del 1725, 1730 e 1744*, cit., 351-774) e al 1744 (postuma, *Principj di scienza nuova di Giambattista Vico d'intorno alla comune natura delle nazioni in questa terza impressione, dal medesimo Autore in un gran numero di luoghi corretta, chiarita e notabilmente accresciuta, ivi*, 779-1264).

9 Vico. *Scienza nuova* (1725). Cit., 43.

10 *Ibidem*.

con giustizia; il quale comun senso è comprovato da questo comun desiderio che naturalmente hanno gli uomini delle leggi, ove essi non sien tòcchi da passione di alcun proprio interesse di non volerlo”¹¹.

L’umanità, pertanto, sempre e in ogni luogo, ha retto le sue consuetudini di vita “[...] sopra questi tre sensi comuni del genere umano: primo che vi sia provvidenza; secondo, che si facciano certi figliuoli con certe donne, con le quali siano almeno i principi d’una religion civile comuni, perché da’ padri e dalle madri con uno spirito, i figliuoli si educhino in conformità delle leggi e delle religioni tra le quali sono essi nati; terzo, che si seppelliscano i morti”¹².

L’esperienza storica dimostra, infatti, che mai vi fu al mondo nazione di atei; che mai vi fu al mondo nazione in cui la sessualità non si “[...] celebrasse altri che concubiti vaghi, come fanno le bestie”¹³; che mai vi fu al mondo nazione in cui fosse invalsa la pratica di lasciare insepolti i cadaveri dei propri congiunti¹⁴.

Nella *Scienza Nuova* del 1744 Vico riprende il tema rilevando che nella “[...] densa notte di tenebre ond’è coverta la prima da noi lontanissima Antichità”¹⁵ è apparso questo lume della verità che, essendo il nostro mondo di nazioni fatto dagli uomini, i principi del Diritto Naturale si debbono ritrovare “[...] dentro le modificazioni della nostra medesima Mente Umana”¹⁶.

E le cose su cui tutte le nazioni in ogni luogo hanno perpetuamente convenuto e su cui tutti gli uomini convengono, “[...] quantunque per immensi spazj di luoghi, e tempi tra loro lontane divisamente fondate”¹⁷, concernono la custodia “[...] di questi tre umani costumi: che tutte hanno qualche religione; tutte contraggono matrimonj solenni; tutte seppelliscono i loro morti: nè tra nazioni quantunque selvagge, e crude si celebrano azioni umane con più ricercate cerimonie, e più consagrate solennità che religioni, matrimonj e seppulture”¹⁸.

Poiché le idee uniformi, sorte tra popoli sconosciuti tra loro, debbono avere un principio comune di Vero (Dignità XIII)¹⁹, consegue che dalla religione, dai matrimoni e dal culto degli antenati ebbe inizio l’incivilimento dell’umanità; e perciò si debbono “[...] santissimamente custodire da tutte; perché ‘l Mondo non si infierisca, e si rinselvi di nuovo”²⁰.

11 *Ibidem*, 44.

12 *Ibidem*.

13 *Ibidem*.

14 *Ibidem*.

15 Vico, *Scienza Nuova* (1744). Cit. n. 7, 894.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*, 895.

18 *Ibidem*.

19 *Ibidem*, 861.

20 *Ibidem*, 895.

2. La sfida protestante del giusnaturalismo laico

La rivoluzione protestante –piantata sul principio fallace della *sola fides*– sfiducò la ragione e revocò in dubbio la certezza razionale dell'esistenza di Dio e della sua guida provvidente nella storia delle Nazioni.

L'opera di Vico è iscritta nel cerchio della Provvidenza divina. Il suo significato, da interpretarsi unicamente nel senso dell'ortodossia cattolica, sta “[...] nell’aver il Vico sviluppato, come nessuno prima di lui, il messaggio cristiano dell’intimità di Dio all’uomo, che è poi il messaggio fondamentale e riassuntivo della rivelazione evangelica, quello cioè dell’amore e della paternità divina; non alzandosi a contemplarlo nella sua sublime manifestazione secondo il piano della redenzione, compito della sacra teologia, ma mirandolo, per la filosofia, nell’ordine della creazione; e neppure seguendolo e sottolineandolo nell’ambito dei singoli, [...] ma ricercandolo e ponendolo in rilievo nella vita della collettività umana, nella storia dell’umano incivilimento”²¹.

La Filosofia del Diritto degli autori protestanti, approfittando delle falle già in precedenza aperte dal nominalismo nell’edificio concettuale del Diritto, sostituì così al Diritto Naturale classico un fantasioso Diritto innaturale, poi chiamato giusnaturalismo. L’elaborazione confusa di questo manufatto falso darà corpo a un apparato sempre più contraddittorio, connotato dalla laicità, cioè dalla separazione del Diritto da Dio e dalla Sua Legge. Tale contraffazione pseudo-filosofica sfocerà poi, secondo una scansione logica inesorabile, nel labirinto senza vie d’uscita del positivismo giuridico, che per due secoli e più offuscherà la naturale giuridicità dell’uomo²².

Le guerre di religione; gli interessi territoriali e di potere delle dinastie europee; i rovinosi eventi militari si intrecciano con lo sviluppo della costruzione laica del giusnaturalismo.

Il periodo decisivo del sovvertimento corre dagli ultimi decenni del ‘500 alla pace di Westfalia, in cui definitivamente la Cristianità si sgretola. I Trattati del 1648 ne certificano la fine²³. Da quel momento, le potenze

21 Amerio, F. (1947). *Introduzione allo studio di G.B. Vico*. Torino, 275.

22 Insegna F.A. Lamas (2013). *El hombre y su conducta*. Buenos Aires, che tutte le proprietà dell’uomo derivano dalla sua indole di spirito incarnato. Tra esse merita considerare certe formalità degli atti umani che riguardano la sua moralità e socialità. Queste formalità danno vita a un complesso di proprietà, intermedie tra la natura specifica del soggetto susistente e i suoi accidenti individuali, in ordine alla sua determinazione reale, per cui l’uomo può essere definito come animale morale, sociale, giuridico, politico (149).

23 I Trattati di Westfalia posero termine alla complessa guerra dei Trent’anni che, nell’incrociarsi di guerre per motivi dinastici e di controllo territoriale, fu essenzialmente la guerra di religione tra i cattolici e i protestanti, il cui esito dette luogo formalmente alla fine della Cristianità e all’inizio del sistema dell’equilibrio delle potenze europee. Si ebbero così due Trattati: *l’Instrumentum pacis Osnabrugense* (8 agosto 1648) e *l’Instrumentum pacis Monas-*

cattoliche –per vero l’Impero, e, soprattutto, le Spagne con Napoli– sono costrette sulla difensiva, estenuate dall’onere insostenibile di resistere alla furia distruttiva delle nazioni protestanti, spesso alleate con il Regno di Francia, nonché, sul fronte meridionale, alla minaccia sempre incombente dell’Islam.

Nello stesso contesto di tempo, i giuristi protestanti –in Germania, in Olanda e in Inghilterra– demoliscono la concezione universalista del Diritto delle genti, che aveva avuto origine nella gloriosa seconda scolastica spagnola²⁴, il cui fondamento è la legge eterna dell’ordine, essa soltanto idonea a ordinare secondo giustizia la società umana.

Già il legista francese Jean Bodin aveva posto le premesse costituzionali della frattura protestante, proclamando il perverso principio della sovranità *superiorem non recognoscens*: né la legge di Dio sopra di sé, né, sotto di sé, le legittime autonomie delle comunità politiche, civili e familiari limitano più il potere sovrano²⁵.

Il punto di partenza di questo sviluppo è ancora cauto in Ugo Grozio, eretico olandese²⁶: siamo prima di Westfalia e le potenze protestanti hanno appena subito la cocente sconfitta alla Montagna Bianca²⁷.

teriese (17 settembre 1648), firmati assieme a Münster il 14-24 ottobre 1648. I Trattati non ebbero il consenso del pontefice Innocenzo X, che si lamentò dell’umiliazione subita dal Papato per la disposizione di beni ecclesiastici fatta dagli Stati con la bolla *Zelo domus Dei* del 26 novembre 1648, che non trovò ascolto.

24 Si citano qui per tutti i due grandi teologi e filosofi della Scuola di Salamanca: Francisco de Vitoria, op. (1483/1486-1546), il quale nelle *Relectiones (De jure belli Hispanorum in barbaros, 1532; De indis prior, giugno 1539; De indis posterior sive de iure belli, giugno 1539)* proclamò l’uguale dignità di tutti gli uomini ed esclude la legittimità della guerra contro gli indios se non per strapparli ai sacrifici umani nell’esclusivo interesse della loro dignità di uomini. Le *Relectiones* ebbero molte edizioni: la prima (Lione, 1557) è di undici anni dopo la morte dell’autore. Il padre Alonso Getino ne ha curato una nuova edizione completa: *Relecciones teológicas del maestro fray Francisco de Vitoria* (3 voll., Madrid, 1933-35); e Domingo de Soto, op. (1494-1560), *De iustitia et jure*, Antwerpen, 1550.

25 Jean Bodin (1529 o 1530-1596), *Les six livres de la République* (Paris, 1576) danno corpo alla nuova idea di sovranità in cui la religione è ridotta a strumento della moralità pubblica e la sovranità del potere politico diventa *absoluta*.

26 Hugo van de Groot fu un eretico protestante sotto la denominazione arminiana, perseguitato dalla fazione calvinista olandese, radicalmente predestinazionista e condannato al carcere perpetuo, da cui riuscì a fuggire. Vico lo definisce erroneamente “sociniano” (*Scienza Nuova 1725*, cit. n. 2, 49), probabilmente per le note comuni tra socinianesimo e arminianesimo, sette caratterizzate entrambe dal rifiuto dei dogmi, non soltanto di quello cattolico, ma anche di quelli dei calvinisti, luterani e zuingliani e da una certa inclinazione razionalista.

27 La battaglia della Montagna Bianca fu combattuta l’8 novembre 1620 e rappresenta lo scontro decisivo nel contesto della fase boema nella guerra dei Trent’anni. Essa si svolse su una collina (Bilá Hora) e oppose le potenze cattoliche dell’Imperatore Ferdinando II e della Lega Cattolica alle truppe della Confederazione boema di Federico V del Palatinato. L’esercito cattolico, comandato dal conte vallone di Tilly si lanciò all’attacco decisivo al grido di “Santa Maria”.

Grozio pubblica nel 1625 il grande trattato *De iure belli ac pacis*²⁸. L'impianto è ancora tradizionale. Vico, pur rispettandone la solidità scientifica, rileva in vari punti del *De universi iuris* varie mende filologiche, nonché l'erroneità di alcuni suoi rilievi al Diritto romano²⁹.

Vico, però, denuncia la frattura decisiva con la tradizione consumata da Grozio nel § 11 dei *Prolegomena*, in cui, per la prima volta, sia pure in modo cauto, si afferma che l'intero edificio del Diritto, Pubblico e Privato, potrebbe sussistere anche se Dio non esistesse e anche se la Provvidenza divina non si curasse delle cose del mondo³⁰.

I giuristi protestanti, come detto, elaborano un impianto fantasioso di Diritto Naturale, basato sull'ipotesi convenzionale dello stato di natura asociale e del contratto sociale, al fine di abbandonare, nella prospettiva di Thomas Hobbes –o di conferire, secondo la gran parte degli altri– tutto il potere al sovrano. Quel sovrano *absolutus* che Bodin e la scuola dei legisti francesi –non meno che Niccolò Machiavelli³¹– avevano già liberato dall'obbedienza a Dio e alla legge morale.

Nel 1642 Thomas Hobbes pubblica il trattato *De cive*, ove per la prima volta risuona il grido empio contro uno dei caposaldi della filosofia politica aristotelico-tomista e, in realtà, di ogni vera filosofia politica. L'uomo non sarebbe un animale sociale per natura, poiché il suo consociarsi con gli altri sarebbe determinato da ragioni esclusivamente contingenti e utilitarie³².

28 H. van de Groot (1625). *De iure belli ac pacis Libri tres in quibus Jus Naturae & Gentium, item Juris Publici praecipua explicantur*. Parisiis, qui citato nell'edizione di Amsterdam (Apud Janssonio-Waesbergios) del 1712.

29 Accanto al doveroso elogio per l'esimio trattato *De iure belli ac pacis* (*De Universi*, cit., 96), numerosi sono i punti in cui Vico critica Grozio [cfr. *De Universi*, cit., 30; 60: ove lo critica per non aver riconosciuto la distinzione tra l'utilità, come occasione del Diritto, e l'onestà, come cagione del Diritto e dell'umana società; 74; 76; 92; 154; 676; 678: ove osserva: "Se Ugo Grozio si fosse accorto della diversità che corre tra il Diritto Naturale delle genti e quello dei filosofi (e su questa diversità molto abbiamo detto nel libro I), non avrebbe biasimato così spesso i giureconsulti romani, ma da sé solo avrebbe proceduto in base ai veri principi di tale argomento"].

30 Il sofisma di Grozio è nei *Prolegomena* del *De iure belli ac pacis*, § 11 "et haec quidem quae jam diximus, locum aliquem haberent, etiamsi daremus, quod sine summo scelere dari nequit non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana". Vico. *Scienza Nuova* (1725), cit. n. 2: "[...] Imperciocché Grozio, per lo stesso troppo interesse che egli ha della verità, con errore da non punto perdonarglisi né in questa sorta di materie né in metafisica, professa che 'l suo sistema regga e stia fermo anche posta in disparte ogni cognizione di Dio: quando senza alcuna religione di una divinità gli uomini non mai convennero in nazione; e, siccome delle cose fisiche, o sia de' moti de' corpi, non si può avere certa scienza senza la guida delle verità astratte dalla matematica, così delle cose morali non si può averla senza la scorta delle verità astratte dalla metafisica, e quindi senza la dimostrazione di Dio" (48).

31 N. Machiavelli (1469-1527). *De principatibus*, Roma, 1532 [*Il principe*].

32 T. Hobbes (1588-1679). *Elementa philosophica De Cive*, uscito in prima edizione a

Nel 1672 il protestante sassone Samuel von Pufendorf, accentuando l'inclinazione razionalistica di Grozio e accogliendo l'ipotesi antiteologica hobbesiana dello stato di natura, pubblica il *De Jure Naturae et Gentium libri octo*³³. Le varie teorie del giusnaturalismo sono ivi compendiate con un certo ordine sistematico: dalla teoria dello stato di natura –egli vuole apparire meno pessimista di Hobbes e i violenti e licenziosi di quello diventano in lui i *destituti* allo sbaraglio sulla scena del mondo, ma sia i violenti che i *destituti* convengono nel cedere tutto il potere al sovrano– alla teoria del contratto sociale, con il quale, per garantirsi la sopravvivenza, gli uomini si sottomettono al sovrano; dalla teoria della superiorità dello Stato sulla Chiesa alla teoria del primato della coscienza individuale sulla verità della legge naturale e sul certo della legge civile.

3. La *Scienza Nuova* come risposta alla sfida protestante

Si è ricordato in apertura lo scopo perseguito da Vico con la sua opera, racchiuso in ciò, che i veri principi del Diritto delle genti fossero riscoperti nel grembo della vera Chiesa.

Nel I Libro della *Scienza Nuova* del 1725, Vico focalizza con maggiore ampiezza lo scopo dell'opera nella necessità di ritrovare la scienza del Diritto Naturale delle genti. La scienza è “nuova” perché mai ne è stata fornita una nozione organica che parta dall'esperienza della storia; ma non è “nuova” come se fosse fattura del genio creatore di un individuo isolato. Infatti è una scienza che va ritrovata; di essa infatti già ebbero nozione nell'antichità i giureconsulti romani che la ricevettero dai loro antenati. Tale scienza è definibile secondo gli autori romani come il: “Diritto ordinato dalla provve-

Parigi in forma privata nel 1642, in seconda edizione ad Amsterdam nel 1647, tr. it. *Elementi filosofici sul cittadino*. In (1988). *Opere politiche di Thomas Hobbes*, a cura di N. Bobbio, I. Torino. Il grido empio così suona nell'originale in lingua latina: “*Eorum qui de rebus publicis aliquid conscripserunt, maxima pars vel supponunt, vel petunt, vel postulant, Hominem esse animal aptum natum ad societatem, Graeci dicunt ζῶον πολιτικόν, eoque fundamento ita supe-raedificam doctrinam civilem, tanquam si ad conservationem pacis, & totius generis humani regimen, nihil aliud opus esset, quam ut homines in pacta & conditiones quasdam, quas ipsi jam tum leges appellant, consentirent. Quod axioma, quamquam à plurimis receptum, falsum tamen; errorque à nimis levi naturae humanae contemplatione profectus est. Causas enim, quibus homines congregantur, & societate mutuâ gaudent, penitus inspectantibus facile constabit, non ideo id fieri, quod aliter fieri naturâ non possit, sed ex accidente*”.

33 S. von Pufendorf. (1672). *De Jure Naturae et Gentium libri octo*. Lund.

denza divina coi dettami di esse umane necessità o utilità, osservate egualmente appo tutte le nazioni”³⁴.

Questa scienza è stata tradita dai giusnaturalisti protestanti che hanno gettato l’uomo in balia di se stesso, senza coscienza –cioè senza memoria della legge di Dio–, in uno stato di natura artificiosamente inventato per giustificare l’appropriazione di tutti i poteri da parte del sovrano in cambio della sua protezione: quel sovrano *absolutus* che già Bodin aveva delineato come la figura di riferimento politico dei tempi nuovi e che Machiavelli aveva osservato nelle sue perverse trame per conquistare o conservare il potere. L’obiettivo perseguito fu distruggere la Cristianità: staccare il diritto dal fondamento in Dio e consegnare tutto il potere ai sovrani, padroni e signori delle varie confessioni in cui sin da subito il movimento protestante si era frantumato; despoti anche delle coscienze dei loro sudditi secondo la formula empia *cuius regio eius religio*³⁵.

Vico vuol compiere l’ardua ed esaltante impresa di riscoprire la verità tradita. Egli non lavora per vanità propria, ma per la gloria della Cristianità. In un passo del *De constantia juris prudentis* egli rimprovera infatti Cartesio e Malebranche per aver ritenuto che lo studio approfondito della filologia non si addicesse al filosofo. Attitudine che, se praticata senza moderazione “[...] conduce alla perdizione le repubbliche cristiane”. Se i due filosofi citati “[...] avessero studiato in nome della cristianità anziché a favore della loro privata gloria di filosofi, avrebbero dovuto sforzarsi di spingere tanto innanzi lo studio della filologia, da riportarla ai principi della filosofia”³⁶. Onde la pretesa di fondare la verità, la scienza, la conoscenza senza previamente guardare alle cose e a ciò che esse contengono è pretesa fallace. La verità delle cose sta prima del pensiero. Il *cogito* è soltanto la constatazione della presenza di me a me stesso, ma non fornisce alcuna penetrazione della mia essenza, non mi consente di conoscere la verità dell’oggetto: dunque, è impossibile costruire una scienza sulla sabbia dell’immediata percezione individuale.

Vico focalizza in varie lettere a eminenti personalità cattoliche la decadenza del secolo per essersi allontanato dalla verità. Così, in una lettera dei primi del 1726, definisce con frase presa da Tacito il carattere del secolo: *corrumpere et corrumpi saeculum vocatur*³⁷. La cultura europea è disgustata per il suo libro perché “[...] è lavorato sull’idea della provveden-

34 Vico. *Scienza Nuova* (1725), cit. n. 2, 48.

35 Come si designò l’obbligo dei sudditi di seguire la religione dei loro sovrani a seguito della pace di Augusta del 1555.

36 Vico. *De constantia juris prudentis*. In *Opere giuridiche*, cit., 398.

37 Vico. *Lettera all’Abate Esperti in Roma da Napoli ai primi del 1726*. In *Opere*, cit., 322.

za, si adopera per la giustizia del genere umano e richiama le nazioni a severità³⁸. La critica alle filosofie di moda, oscillanti tra Epicuro e Cartesio, è implacabile. Onde “[...] o abbandonatosi alla cieca fortuna o lasciandosi strascinare dalla sorda necessità, poco se non pur nulla si cura con gli sforzi invitti di una elezion ragionevole di regolare l’una o di schivare, ed ove non possa, almeno di temperar l’altra³⁹. Contro i giansenisti rileva che: “In odio della probabile s’irrigidisce in Francia la cristiana morale [...]”; contro il libero esame denuncia che “[...] dal vicino Settentrione e gran parte della Germania lo spirito interno di ciascheduno si fa divina regola delle cose che si deon credere⁴⁰. Nell’Inghilterra “[...] incerta nelle religioni⁴¹, ma severa nelle massime e dissoluta nel praticarle “[...] a tempi propri dà fuori il Locke, il quale si studia stabilire la metafisica della moda e vuole sposare Epicuro con la platonica⁴²”.

In altra lettera del gennaio 1726 si duole che più non si studino le lingue greca e latina e che gli ingegni dei filosofi siano intiepiditi “[...] col metodo di Cartesio, per lo qual, solo paghi della lor chiara e distinta percezione, in quella essi senza spesa o fatica ritrovano pronte ed aperte tutte le librerie⁴³”.

In altra lettera del 1729 si riscontrano la critica al cartesianesimo insieme al dolore per l’abbandono della metafisica. Gli studi, fatti tutti “[...] di metodi e di critiche [...]”⁴⁴ “[...] disperdon affatto l’intendimento, di cui proprio è di veder il tutto di ciascheduna cosa e di vederlo tutto insieme, ché tanto propriamente sona ‘intelligere’, ed allora veramente usiam l’‘intelletto’ [...]”⁴⁵. Si trascura la virtù dell’ingegno, “[...] l’unico padre di tutte le invenzioni⁴⁶ e si abbandona l’“arte topica⁴⁷, che sola è in grado di fornire al giudizio una critica basata sull’esperienza. In questo modo, una volta che l’intelletto si è saziato di questa operazione “[...] che dicon ‘metodo’⁴⁸, la mente umana “[...] è sterilita e sfruttata né ha ritrovato alcuna cosa più di rimarco⁴⁹”.

38 *Ibidem*, 323.

39 *Ibidem*, 323.

40 *Ibidem*.

41 *Ibidem*, 324.

42 *Ibidem*.

43 Vico. *Lettera al Padre de Vitry da Napoli il 20 gennaio 1726*. In *Opere*, cit., 327.

44 Vico. *Lettera a Francesco Saverio Estevan da Napoli il 12 gennaio 1729*. In *Opere*, cit., 331.

45 *Ibidem*.

46 *Ibidem*.

47 *Ibidem*, 332.

48 *Ibidem*.

49 *Ibidem*.

La critica della metafisica è sfociata nello scetticismo. Ma questo “[...] mettendo in dubbio la verità, la qual unisce gli uomini, li dispone ad ogni motivo di proprio piacere o di propria utilità che sieguano il senso proprio, e si dalle comunanze civili li richiama allo stato della solitudine”⁵⁰.

La responsabilità dello scetticismo va ascritta alla filosofia di Cartesio. Il criterio della verità chiara e distinta non è definito e si confonde colla percezione immediata inquinata dalla passione individuale. Questa percezione sconosce “[...] le verità nate dentro di noi medesimi”⁵¹; non tiene in alcun conto le cose che si debbono raccogliere dal di fuori, “[...] che bisognano ritrovarsi con la topica per fermare il verisimile, il senso comune e l’autorità del gener umano; e perciò si disapprovano gli studi che a ciò bisognano, che sono quelli degli oratori, degli storici e de’ poeti e delle lingue nelle quali essi parlarono”⁵².

4. La *Scienza Nuova* come risposta di carità al bisogno di verità del tempo

La *Scienza Nuova* è la risposta d’amore all’odio contro la metafisica che la cultura europea compì, sotto la dittatura protestante, nei due secoli succeduti alla rivoluzione del 1517. La ragione, il bene più prezioso che ci sia stato dato dalla creazione di Dio, viene svalutata e derisa. La *Scienza Nuova* è la risposta sublime alla demolizione del vero concetto del Diritto, fondato sulla metafisica e, conseguentemente, alla distruzione della Cristianità, da cui seguirà, inevitabilmente, l’annichilimento degli Stati e della vita civile.

L’attitudine della mente, del cuore e dell’animo di Vico è commovente. Mentre egli infaticabilmente si applica alla sua opera immensa, le battaglie politiche e militari che la cattolicità ha combattuto sono ormai tutte perdute. I *tercios* ispanici e napoletani, che mai si erano piegati sul fronte dell’onore, sono stati frantumati dalle soverchianti forze nemiche; sugli oceani sventolano le bandiere olandesi delle due Compagnie delle Indie, orientale e occidentale, che hanno il monopolio sui traffici e la giurisdizione sulla tratta degli schiavi, riempiendo le Americhe di schiavi e non più popolandole con uomini e donne intenzionati a unirsi con i nativi per costruire insieme con loro una nuova Cristianità⁵³.

50 *Ibidem*.

51 *Ibidem*, 335.

52 *Ibidem*.

53 La Compagnia delle Indie Occidentali ebbe il monopolio sui traffici con le Indie Occidentali e la giurisdizione sulla tratta degli schiavi in Africa, Brasile, Caraibi e Nord America per dettato della Repubblica delle Sette Provincie Unite del 1621. Essa si affiancò alla Compag-

Resta però ferma in Vico la convinzione che v'è ancora una guerra da combattere, quella della verità, a cui egli generosamente si dedica nella certezza che questa guerra va combattuta al contempo per la verità metafisica e per la vera religione.

Egli vuole scongiurare il *ricorso*, cioè il ritorno alla barbarie provocato dalla malizia degli ingegni sottili; *ricorso* che egli intravede profeticamente nella *Scienza Nuova* del 1743. Nella parte finale dell'opera, che si conclude con tratti di altissimo *pathos*, Vico descrive la condizione di inaudito disordine in cui sta calando il mondo moderno nella fase prettamente "illuministica", fase che prelude al *ricorso*. Nella grande tribolazione la Provvidenza risponde all'estrema degradazione di un popolo con un estremo rimedio: che gli uomini "[...] storditi e stupidi"⁵⁴ per le "[...] malnate sottigliezze degli ingegni maliziosi"⁵⁵, che li avevano ridotti a "[...] fiere più immani con la barbarie della riflessione, che non era stata la prima barbarie del senso"⁵⁶, più non sentano "[...] agi, dilicatezze, piaceri, e fasto, ma solamente le necessarie utilità della vita: e nel poco numero degli uomini al fin rimasti, e nella copia delle cose necessarie alla vita, divengano naturalmente comportevoli; e per la ritornata primiera semplicità del primo Mondo de' popoli, sieno religiosi, veraci, e fidi; e così ritorni tra essi la pietà, la fede, la verità, che sono i naturali fondamenti della giustizia, e sono grazie, e bellezze dell'ordine Eterno di Dio"⁵⁷.

5. Conclusione

Soltanto la presenza della Provvidenza nella storia consente di coglierne la cifra profonda. Questa la missione di Vico. Egli offre la sua opera nella Chiesa ai filosofi, ai giuristi e agli uomini politici affinché sappiano ritrovare

nia Olandese delle Indie Occidentali, attiva nei territori coloniali olandesi dal 1602. I profitti delle due Compagnie furono immensi e segnarono l'apice dell'egemonia capitalistica olandese basata sull'accumulazione del denaro e sul dominio politico [sul punto cfr. Arrighi, G. (1996). *Il lungo XX secolo. Denaro, potere e le origini del nostro tempo*. Milano, *passim* e soprattutto, 97-174]. Fu abbattuto il principio della civilizzazione dei popoli indiani tramite la territorializzazione, cioè il popolamento e l'unione dei coloni europei con le popolazioni indigene, per fare invece posto al principio opposto della depredazione delle ricchezze per l'accumulazione capitalistica. Né va dimenticato che una parte consistente dei profitti che rese possibile l'egemonia capitalistica olandese e, poi, inglese derivava "dalla pressione fiscale rovesciata imposta alla Spagna imperiale mediante la pirateria e la corsa" (Arrighi, cit., 219).

⁵⁴ Vico. *Scienza Nuova* (1744), cit. n. 7, 1261.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ *Ibidem*.

le tracce della legge eterna di Dio e della sua opera provvidente nella vita delle nazioni.

In questa luce si comprende la profezia di Vico a riguardo degli effetti nefasti dei sistemi del giusnaturalismo moderno. Già il giusnaturalismo palliato di Grozio, pur ancora imbevuto di riferimenti filologici alle fonti della sapienza giuridica tradizionale, è inficiato dall' "etsi daremus" dei *Prolegomeni*, come se l'edificio del Diritto potesse sussistere senza Dio e la sua Provvidenza. Invero, senza alcuna religione gli uomini "mai convennero in nazione"⁵⁸ e nelle cose morali non si può avere "certa scienza"⁵⁹ "senza la scorta delle verità astratte della metafisica, e quindi senza la dimostrazione di Dio"⁶⁰. L'istanza laica diventa radicale con Pufendorf. Egli, infatti, parte da "un'ipotesi affatto epicurea ed obbesiana (che in ciò è una cosa stessa) dell'uomo gittato in questo mondo senza cura ed aiuto divino"⁶¹.

Il giusnaturalismo laico non guardò la Provvidenza nello stabilire i suoi principi. Non si accorse pertanto che il Diritto Naturale non è stabilito per massime di filosofi e di giureconsulti, ma è eterno nella sua idea. I suoi autori pensarono erroneamente che il Diritto Naturale mai fosse esistito nel mondo e che fosse nato dalle loro massime. Al contrario, il Diritto Naturale eterno era già stato riconosciuto dai giureconsulti romani come ordinato dalla Provvidenza divina; quel Diritto Naturale fu conosciuto dalle nazioni, anche barbare e ignoranti, perché intrinseco ai costumi di quelle di esse che riconoscevano la dipendenza della storia da Dio.

Una cosa –dichiara Vico– è il Diritto Naturale che vive nei costumi dei popoli; altra e diversa cosa il "Diritto Naturale ragionato dalla setta de' morali filosofi"⁶².

Il primo errore fu l'oblio di Dio e della Provvidenza divina.

Il secondo errore fu la superficialità filologica, che non consentì ai giusnaturalisti di vedere il Diritto universale ed eterno in ciò: "[...] che egli è appo tutte le nazioni uniforme, quantunque sien surte e incominciate in tempi tra loro differentissimi, ovunque se ne dieno le medesime occasioni delle stesse umane bisogne, sopra le quali egli ha costanti le sue origini e i suoi progressi"⁶³. Le utilità –i bisogni, le necessità, le contingenze– sono variabili e cangianti. Ma le utilità sono soltanto le occasioni di Diritto: la sua causa è la giustizia. Questa è sempre dipendente dalla verità eterna: "[...] l'utilità non fu madre del Diritto, e non lo furono nemmeno né la necessità,

58 Vico. *Scienza Nuova* (1725), cit. n. 2, 49.

59 *Ibidem*.

60 *Ibidem*.

61 *Ibidem*.

62 *Ibidem*, 51.

63 *Ibidem*.

né il timore né il bisogno, come piacque di dirlo a Epicuro, al Machiavelli, all'Hobbes, allo Spinoza e al Bayle; l'utilità fu soltanto l'occasione per la quale gli uomini, sociali e compagnevoli per propria lor natura, ma pel peccato originale divisi, deboli e bisognosi, vennero a costituirsi in società ed a soddisfare ai loro compagnevoli e naturali impulsi⁶⁴.

Il terzo errore fu la separazione incongrua tra il Diritto Pubblico e il Diritto Privato. Tanto Grozio quanto, soprattutto, Pufendorf trattano del Diritto Naturale delle genti "assai meno che per metà"⁶⁵ perché ragionano esclusivamente del Diritto che attiene alla conservazione dell'intero genere umano, ma non del Diritto che riguarda la conservazione di ciascun uomo all'interno di ciascun popolo. Sussiste infatti una profonda unità del Diritto, che nasce dalle inclinazioni naturali dapprima semplicemente a conservarsi in vita e, poi e soprattutto, a conservarsi secondo il desiderio naturale del bene e infine a unirsi in matrimoni per generare figli e per educarli al bene dopo averli generati nella vita fisica.

Fu il Diritto Naturale vivente all'interno delle città a disporre i popoli a riconoscersi mutualmente nella comune umanità, in quella comunità del senso comune nel vero che fece sì che si dessero leggi "conformi a tutta la loro umana natura"⁶⁶ e sopra "un cotal senso comune le riconoscessero leggi dettate dalla provvidenza e quindi le riverissero sulla giusta opinione d'esser leggi dettate da Dio"⁶⁷.

L'opera di Vico è stata gravemente travisata in Italia dalle interpretazioni, nella seconda metà dell'800, di Francesco De Sanctis, che fu nell'Italia liberale l'interprete ateista dell'intera letteratura e filosofia italiana, il quale colse infondatamente in Vico null'altro che spunti di uno storicismo immanentista⁶⁸ e, successivamente, nei primi del '900 dei filosofi idealisti Benedetto Croce⁶⁹ e Giovanni Gentile, secondo cui la verità o, più semplicemente, l'idea si identifica per Vico con il soggetto⁷⁰.

Egli, invece, profondamente radicato nella Chiesa e nella verità delle cose, ha legato ai cattolici un dono inestimabile, conferendo loro il mandato di operare per il riscatto della Cristianità nella verità del Diritto e per la gloria di Dio santissima Trinità.

64 Vico. *De universi*, cit., Capitolo XLVI, 60.

65 Vico. *Scienza Nuova (1725)*, cit. n. 2, 52.

66 *Ibidem*.

67 *Ibidem*.

68 F. De Sanctis (1817-1883). (1966). *Storia della letteratura italiana (1870)*, a cura di N. Gallo. Torino.

69 B. Croce (1866-1952). (1911). *La filosofia di G.B. Vico*. Bari.

70 G. Gentile (1875-1944). (1923). *Sistema di logica come teoria del conoscere*, II, Bari, 252.

Coloro che hanno conservato e promosso –come don Félix Lamas e la sua scuola nell’ambito di una Facoltà di Diritto che è rimasta fedele ai suoi statuti cattolici– l’eredità integrale di San Tommaso d’Aquino, potranno con miglior scienza della mia proseguire gli studi su Giambattista Vico, scoprendone i tesori ancora nascosti.

Bibliografía

- Amerio, F. (1974). *Introduzione allo studio di G.B. Vico*. Torino, 275.
- Bodin, J. (1576). *Les six livres de la République*. Paris.
- Croce, B. (1866-1952). (1911). *La filosofia di G.B. Vico*. Bari.
- De Sanctis, F. (1817-1883). *Storia della letteratura italiana* (1870), a cura di N. Gallo. Torino, 1966.
- Domingo de Soto, op. (1494-1560). *De iustitia et jure*. Antwerpen, 1550.
- Francisco de Vitoria, op. (1483/1486-1546). Il quale nelle Relectiones (De jure belli Hispanorum in barbaros, 1532; De indis prior, giugno 1539; De indis posterior sive de iure belli, giugno 1539, Madrid, 1933-35).
- Gentile, G. (1875-1944). *Sistema di logica come teoria del conoscere*, II, Bari. 1923, 252.
- Hobbes, T. (1588-1679). *Elementa philosophica De Cive*, uscito in prima edizione a Parigi in forma privata nel 1642, in seconda edizione ad Amsterdam nel 1647, tr. it. *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere politiche di Thomas Hobbes*,
- H. van de Groot, *De jure belli ac pacis Libri tres in quibus Jus Naturae & Gentium*.
- Lamas, F. A. (2013). *El hombre y su conducta*, Buenos Aires.
- Machiavelli, N. (1469-1527). *De principatibus*. Roma, 1532 [Il principe].
- S. von Pufendorf. *De Jure Naturae et Gentium libri octo*. Lund, 1672.
- Vico. “De constantia juris prudentis”. In *Opere giuridiche*, cit., 398.
- Vico. “De universo”, cit. *Capitolo XLVI*, 60.
- Vico. “Lettera a Francesco Saverio Estevan da Napoli il 12 gennaio 1729”. In *Opere*, cit., 331.
- Vico. “Lettera al Padre de Vitry da Napoli il 20 gennaio 1726”. In *Opere*, cit., 327.
- Vico. “Lettera all’Abate Esperti in Roma da Napoli ai primi del 1726”. In *Opere*, cit., 322.
- Vico. “Lettera di accompagnamento della prima Scienza Nuova al Cardinale Lorenzo Corsini in Roma”, 20 novembre 1725 da Napoli. In Id., *Opere*, a cura di A. Battistini, cit., 313-314.
- Vico. *Scienza Nuova* (1725).
- Vico. *Vita scritta da se medesimo* (1723-1728), cit., 60.

EL BIEN COMÚN POLÍTICO

The political common good

Il bene comune politico

Carlos Alberto Gabriel Maino¹

Para citar este artículo:

Maino. C.A.G. (2020). “El bien común político”.

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 133-147.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.133-147>

Resumen: El artículo aborda el problema del bien común político y la importancia del respeto a la familia y al resto de las sociedades infrapolíticas, de acuerdo con el orden natural y el principio de subsidiariedad, tomando como fuente principal las ideas del profesor Bernardino Montejano, y otros autores de la tradición clásica de nuestra Facultad de Derecho de la UCA.

Palabras clave: Bien común; Principio de subsidiariedad; Derecho Natural; Sociedades infrapolíticas; Sociedades intermedias; Familia.

Abstract: The article addresses the problem of the common good in the political society and the respect for the family and the rest of infrapolitical societies, in accordance with the natural law and the principle of subsidiarity. The ideas of Professor Bernardino Montejano, and others authors of the classical tradition of UCA Law School, are taken as main source.

Keywords: Common good; Principle of subsidiarity; Natural Law; Infrapolitical societies; Intermediate societies; Family.

1 Profesor Titular con dedicación especial, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Profesor adjunto regular, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: gabrielmaino@uca.edu.ar.

Sommario: L'articolo affronta il problema del bene comune politico e l'importanza del rispetto per la famiglia e l'altre società infrapolitiche, in conformità con l'ordine naturale e il principio di sussidiarietà. Si prende come fonte principale le opere del professore Bernardino Montejano e altri autori della tradizione classica della nostra Facoltà di Diritto dell'UCA.

Parole chiave: Bene comune; Principio di sussidiarietà; Legge Naturale; Società infrapolitiche; Società intermedie; Famiglia.

Introducción

Cada cierto tiempo, motivado a veces por cuestiones coyunturales, resurge la pregunta por el bien común político. Este es un concepto político y jurídico básico de la tradición occidental que permite ordenar las leyes, distinguir la justicia de la injusticia y orientar la prudencia política de los gobernantes.

Las situaciones que exigen a los ciudadanos una mayor erogación de la habitual a la comunidad, como puede ser una guerra, una gran conmoción interna, una peste o alguna otra calamidad provocada por el hombre o por las fuerzas de la naturaleza, patentizan lo que está presente en toda comunidad política: la prosecución del bien común y la obligación política de los ciudadanos que ello implica.

Al mismo tiempo, en la modernidad, la idea de bien común ha sido tergiversada por las ideologías de distinto signo, y se la ha confundido ora con el interés del Estado, ora con la sumatoria de bienes particulares, ora con intereses sectoriales, partidistas o clasistas.

El objetivo de este trabajo es el esclarecimiento académico de esta noción utilizando como fuente principal una obra de uno de los profesores de Filosofía del Derecho eminentes que ha tenido la Facultad de Derecho de la UCA. Me refiero a la tesis doctoral del profesor Bernardino Montejano (h), escrita con la dirección de quien fuera Decano de esta misma Facultad, el Dr. Alfredo Di Pietro. El trabajo fue publicado con el título *Ideología, Racionalismo y Realidad*². Se trata de una obra de un extraordinario valor científico y de gran actualidad en la que se desarrolla –entre otros– el tema que nos ocupa, realizando las distinciones que exige nuestro tiempo y analizando cómo las ideologías afectaron la vida política y jurídica occidental.

2 Montejano, B. (1981). *Ideología, Racionalismo y Realidad*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.

I. La centralidad en el ser humano

En el ámbito político y jurídico hodierno existe una gran impulsividad en la definición de conceptos y cursos de acción. La comunicación de los medios masivos y las redes sociales generan reacciones inmediatas y lábiles en gobernantes y gobernados. Esta característica de nuestro tiempo nos ubica en las antípodas de la prudencia, la virtud propia del gobierno, sin la cual es imposible alcanzar el bien común político³. Lo mismo ocurre en el ámbito jurídico, donde lo políticamente correcto pareciera muchas veces primar sobre un razonamiento realista y orientado a la justicia, tanto en elaboraciones doctrinarias como en decisiones judiciales⁴.

Pero si para alcanzar el bien común político se requiere de la prudencia, comprender esta virtud cardinal requiere partir de una noción desideologizada de la persona humana. El hombre es un ser de peculiares características que requiere para su desarrollo la interacción en diversas formas de sociedad. Solo partiendo de una noción realista de lo que el ser humano es podremos comprender cómo debe actuar tanto individual como socialmente⁵.

En nuestra tradición tiene especial importancia la clásica definición boeciana *sustancia individual de naturaleza racional* a la que, para una mejor comprensión de la realidad de la persona humana, debemos adicionar su dimensión corporal. En efecto, hombre es una realidad material animada que recibe su forma del alma racional. Esta racionalidad lo vuelve único entre el resto de los animales, es una racionalidad encarnada en nuestra animalidad. Y esa racionalidad –la inteligencia y la voluntad– es lo que distingue al ser humano⁶.

Ahora bien, que el hombre sea sustancia, es decir, que exista *en sí*, no significa que exista *por sí*. Junto con su ser debemos afirmar la imperfección de su ser, siendo su naturaleza la de un ser creado que tiene un fin a alcanzar –el Creador– a través de su accionar. El hombre goza de una libertad situada, y sus actos inteligentes y voluntarios le permiten reafirmar su ser hacia la plena realización cuando son rectos, o deshumanizarse cuando son desordenados⁷.

3 De Aquino, S. T. S. *Th.* II-II, q. 47, a 10.

4 Cfr. Madrid, R. (2014). “Derecho, Derecho Natural y el concepto de lo políticamente correcto”. En *Derecho Natural y Iusnaturalismos*, Chávez-Fernández Postigo, J. y Santa María D’Angelo, R. (coords.). Lima. Palestra, 235.

5 Cfr. Montejano, B. (1981). *Ob. cit.*, 17.

6 Cfr. *ibídem*, 19.

7 Cfr. *ibídem*, 20.

Además de la racionalidad, corporeidad, libertad, fin trascendente, encontramos en la naturaleza humana la *sociabilidad*. El hombre necesita para su despliegue una serie de bienes o perfecciones que son imposibles de alcanzar sin los otros. La realización plena de la persona requiere de las distintas realidades asociativas: la familia, las sociedades intermedias y la sociedad política, que hoy llamamos Estado. El ser humano solo puede alcanzar la felicidad y una existencia plena merced a esta vida social, que le provee la educación, la cultura, los bienes materiales, la división del trabajo⁸.

II. Las sociedades infrapolíticas

Los distintos tipos de sociedad son una realidad accidental que se inhiere en la sustancia que es el ser humano. Siguiendo la clasificación clásica, se trata del *accidente de relación*, pues implica un todo relacional o un *plexo de relaciones sociales*, como afirma Julio Guido Soaje Ramos. Y dichas relaciones se ordenan a realizar algo en común: este fin que persigue la praxis social ha de ser el *bien común*. Este *querer común* es fundamental para comprender a una sociedad porque es su elemento formal constitutivo. De esta manera, nos separamos tanto del sociologismo o colectivismo que pretende darle a la sociedad una entidad sustancial de la cual cada uno de nosotros es un producto, como también del individualismo que disuelve a la sociedad en una mera y disgregada sumatoria de individuos⁹.

La versión contemporánea del colectivismo es el *estatismo* vinculado a la filosofía llamada *neomarxista*, que perpetua la dinámica del conflicto y el materialismo en todos los aspectos de la vida, incluso en la persona humana consigo misma y en sus relaciones familiares más íntimas. El poder se concentra en quienes detentan el control del Estado; desaparece el bien común, que resulta suplantado por el bien del Estado, el que se confunde con el bien particular de quienes gobiernan o de los grupos a los que estos responden. Desaparecidas o debilitadas las sociedades infrapolíticas, el Estado comienza a ocupar su lugar en todos los aspectos de la vida social: la educación, la cultura, la producción, el comercio, incluso hasta las prácticas religiosas son susceptibles de regulación y apropiación por parte del *Leviathan*.

Igual de monstruoso es el resultado del individualismo alternativo, e idéntica soledad experimenta el ciudadano en la selva de intereses particulares en que queda inmerso, sin la contención y promoción personal que

8 Cfr. ibídem, 24.

9 Cfr. ibídem, 30.

se alcanza en las sociedades infrapolíticas. En este otro extremo, el bien común resulta suplantado por la sumatoria de intereses individuales. No hay articulación, ni gradualismo, ni jerarquía, y en tal disgregación termina nuevamente imponiéndose el más fuerte en detrimento de la sociedad política y su unidad.

Ambos vicios extremos son las dos caras de una misma moneda, forjada en el inmanentismo y el materialismo, propios del árido páramo de la modernidad fecunda en desarrollo tecnológico pero plagada de miseria, hacinamiento, utopías, esclavitudes, guerras y totalitarismos. Frente a este panorama, que ya es ancestral para cualquier *millennial*, no es sorprendente el nihilismo consumista de esta posmodernidad. Todos nosotros, hombres de este tiempo, debemos ser conscientes de nuestro propio desconcierto; del cual *solo se sale por arriba*¹⁰.

Estas concepciones erradas del Estado destruyen la vida social, la ahogan a través de su burocracia y su invencible poder, acrecentado cada vez más por el desarrollo tecnológico. Socavan la responsabilidad e iniciativa personal de los ciudadanos y eliminan la sana diversidad de fines sociales de las sociedades infrapolíticas. En efecto, el concepto de *sociedad* abarca una pluralidad de sociedades en las que se concreta la naturaleza social humana. Una de ellas es la *sociedad política*, pero nuestra sociabilidad no se reduce a ella. Por lo contrario, nos insertamos en la vida social a partir de *sociedades intermedias o infrapolíticas*, entre las cuales la primera es la familia¹¹.

La primacía de la familia está ya reconocida por Aristóteles, aunque no concibe a la familia como la entiende el mundo moderno; habla más bien de *oikía* u *oikos*, es decir, *casa*, que los latinos vertían por *domus* o *familia doméstica*. Pues *oikía* significa no tanto el edificio en que se habita cuanto el conjunto de hombres y de bienes que lo integran: “Primero y ante todo, casa, mujer y buey de labranza [...] la comunidad constituida naturalmente para la vida cotidiana es la casa [...] los que comparten harina y pan [...] los que comparten la mesa”¹². Es pertinente señalar que para el Estagirita, la vida familiar no es una elección sino una necesidad: el matrimonio es un medio de lograr la perduración de la especie humana¹³. Lo propio del hombre es la razón, conforme a la cual le conviene obrar por discernimiento y elección. Pero también hay algo en el hombre que le es común con otros seres, a saber, el engendrar. Esto no compete al hombre por elección, o sea, por medio de una razón electiva, sino por un modo de adecuación que le es común con los

10 Cfr. Marechal, L. (1936). *Laberinto de amor*. Buenos Aires. Editorial Sur.

11 Cfr. Montejano, B. (1981). Ob. cit., 31.

12 Cfr. Aristóteles. *Política*, 1252b, 10.

13 Cfr. ibídem, 1252a, 26-29.

animales y los otros seres vivos. Pues en todos existe un apetito natural que los mueve a dejar tras de sí un individuo semejante a ellos mismos¹⁴. No obstante, lo único que dice aquí es que la generación es origen, pero no fin exclusivo del matrimonio: en este busca el hombre también una perfección interna individual¹⁵.

Todas y cada una de las *sociedades infrapolíticas* tienen un *fin*, un *bien común* propio y relativa autonomía, y fortalecen la existencia de los hombres, llenándola de vida. Su debilitamiento y persecución implican el aniquilamiento del hombre mismo y de la posibilidad de su felicidad y realización. Tanto el individualismo liberal como el estatismo neomarxista destruyen los vínculos sociales dejando al individuo sólo y asilado frente a los grupos de poder o frente al Estado planificador. Se borran así los bienes comunes y valores que enriquecen la vida social y se articulan en el bien común político propio de la sociedad política, esta sí autónoma y –por eso– perfecta.

La sociedad política resulta entonces una *sociedad de sociedades* y la relación de las sociedades infrapolíticas con el Estado no es siempre pacífica, puede haber tensiones y entrecruzamiento de fidelidades y competencias que deben ser resueltas sobre la base de la justicia, la cooperación y la subsidiariedad.

De la primera y fundamental sociedad infrapolítica que es la familia surgen sociedades que la complementan, como la escuela, la universidad, la empresa, las asociaciones de profesionales y trabajadores, las asociaciones sin fines de lucro, para llegar al municipio, y a la principal de nuestro orden constitucional: la provincia¹⁶.

Por ello, Montejano sostiene que una verdadera renovación de la sociedad debe realizarse de abajo hacia arriba, comenzando por la familia, y luego las relaciones locales, pues es la inmediatez de los grupos infrapolíticos la que permite el natural desarrollo de las virtudes sociales fundamentales. De esta forma se evitan a un mismo tiempo la soledad del ciudadano frente al Estado y el degeneramiento burocrático de este¹⁷.

Esta renovación de la sociedad política implica que nuestro orden jurídico reconozca a las sociedades infrapolíticas y les otorgue el lugar que les corresponde en la vida social. Ello exige necesariamente el fortalecimiento del federalismo y la efectiva vigencia del principio de subsidiariedad. Finalmente, a pesar de su autonomía y perfección, aún la sociedad política debe estar abierta a encontrar una última complementación en la *sociedad*

14 Cfr. Cruz Cruz, J. *Familia, trabajo y política en Aristóteles*. Universidad de Navarra, recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/83564466.pdf>

15 Cfr. Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1162 a.

16 Cfr. Montejano, B. (1981). Ob. cit., 34.

17 Cfr. ibídem, 36.

internacional, no para someterse a un *nuevo orden mundial*, sino para que reine la concordia y la cooperación entre los pueblos.

III. La política, la ética y el principio de subsidiariedad

La política es una actividad humana, entendiendo por tal aquella que se hace con conocimiento del fin que se persigue y eligiendo de un modo libre los medios para lograrlo. En el caso de la política, el fin es el bien común político, y este constituye su primer principio normativo y criterio de justicia.

En efecto, dado que la política es una actividad propia del obrar humano, se encuentra incardinada en la ética. Es decir, la praxis política se encuentra sujeta a normas que prescriben qué debe hacerse y qué debe evitarse para alcanzar su fin. Dicho fin, el bien común político, es el *buen vivir* o la vida buena, que tiene una dimensión ética fundamental, sin perjuicio de otros aspectos vinculados al bienestar y el desarrollo, todos orientados al florecimiento de las potencialidades del hombre¹⁸. Así, debemos volver a la centralidad del ser humano como la clave de bóveda que permite una comprensión adecuada de lo que el bien común político es.

En efecto, al ser el hombre un ser que vive en sociedad y es libre, necesita lo que en la tradición griega se denomina *nomos*, que ordena la convivencia y hace viable la vida. Pero esta viabilidad no apunta solo a la seguridad de individuos libertinos regulados mediante un contrato ficticio, sino de un orden que permite y favorece la perfección de la vida humana, y ayuda al hombre a ordenarse interiormente y lo dispone a practicar la justicia y la amistad.

El ser humano necesita principios que regulen su actividad. En el campo práctico, lo primero aprehendido por la razón orientada a la praxis es el bien, porque todo agente obra por un fin que tiene razón de bien. Este, pues, será el primer principio del obrar humano: se debe hacer el bien y evitar hacer el mal. Como afirma Montejano, este es el punto de partida evidente de conocimiento práctico, y como previniéndonos anticipadamente del nihilismo jurídico propio del abolicionismo penal, advierte que no “tendrían sentido las nociones de responsabilidad, premio y castigo, si se negara la posibilidad del discernimiento de lo bueno y de lo malo y la libertad de actuar consiguiente”¹⁹. En efecto, la posibilidad de discernir los principios, de conocer los fines y de actuar en consecuencia distinguiendo lo bueno de lo

18 Cfr. *ibídem*, 54.

19 Cfr. *ibídem*, 61.

malo tiene una concreción normativa en la ley natural, cuyo primer precepto es justamente este: se debe hacer el bien y evitar el mal²⁰.

Ahora bien, “el concepto de bien abarca el de bien común. Y el de bien común, el de bien común político, fin del Derecho y de la sociedad política. Este bien común político es un bien común concreto, que se alcanza a través de una conducta ajustada a normas concretas, cuyos contenidos se encuentran parcialmente constituidos por exigencias que surgen de la naturaleza y parcialmente por determinaciones efectuadas por la autoridad (determinación legal o jurisdiccional), por la comunidad (determinación consuetudinaria) o por los interesados o sus representantes grupales (determinación autónoma)”²¹.

La naturaleza es, entonces, el origen de los principios que regulan la actividad política, y su fundamento está en los fines perfectivos connaturales del ser humano y en las tendencias inscriptas en su naturaleza que lo orientan hacia tales fines. Las primeras de tales inclinaciones son la conservación de su ser, conforme a su propia naturaleza, la comunicación sexual procreativa, y conocer la verdad natural y sobrenatural y vivir en sociedad.

El bien común político consiste en bienes necesarios para que los ciudadanos alcancen estos fines perfectivos de acuerdo con las exigencias de la naturaleza humana. Además, debe tener en cuenta que el bien común político no es el último y más importante de los bienes comunes: este es el *bien común trascendente*. La política, como ordenadora de la comunidad, debe tener en cuenta esta realidad antropológica para lograr un orden social justo. Si ello no ocurre, el jurista debe buscar los medios adecuados para descalificar las normas o decisiones injustas, y en casos extremos los ciudadanos deberán considerar la desobediencia, como ha señalado incluso Santo Tomás de Aquino²².

Así, el bien común político constituye el primer principio normativo y criterio de justicia de la vida social; el segundo –subordinado a este– es el principio de subsidiariedad.

Como ya hemos desarrollado, la sociedad política no es una yuxtaposición masificada de individuos sino *una sociedad de sociedades infrapolíticas*, que tienen sus propios fines y bienes comunes que se articulan orgánicamente en el bien común político. Al tener los individuos y las sociedades infrapolíticas sus fines propios deben tener la libertad suficiente para poder alcanzarlos. Lo opuesto es el totalitarismo estatista o individualista.

20 Aquino, S.T. S. *Th.* I-II, q. 94, a. 2.

21 Montejano, B. (1981). *Ob. cit.*, 62.

22 Cfr. De Aquino, S. T. S. *Th.*, I-II, 96, 4, c.

De ello se desprende que el Estado debe *respetar* a las sociedades infrapolíticas, a todas ellas, pero en especial a la familia. En efecto, el fin del Estado es alcanzar el orden y la paz, y dicho fin solo se alcanza cuando el Estado se encuentra al servicio de la familia, respetando el orden natural, no cuando la manipula llevando adelante experimentos sociales. El Estado debe crear las condiciones favorables que hagan posible el desarrollo de la vida familiar: “Y no hay vida familiar posible sin un ámbito físico decoroso que permita lenta y pacientemente establecer lazos profundos y duraderos, que resistan la erosión del tiempo y las presiones e influencias exteriores de la sociedad de masas”²³.

En forma análoga deben respetarse el resto de las sociedades intermedias, las relacionadas con la educación, con la producción y el trabajo, con el culto a Dios. Este principio de discreción y reserva en toda la actividad de los órganos superiores respecto de los de inferior jerarquía y comprensión es un criterio de buen gobierno²⁴. Es, además, el principio que gobierna el federalismo que sólo pone en cabeza del Estado federal aquellas competencias que por su naturaleza no pueden ser alcanzadas por las provincias u otras sociedades infrapolíticas menores, sin que por ello se menoscabe la unidad de la nación. No es ocioso tener en cuenta que la tradición jurídica latinoamericana tiene a este principio como uno de sus fundamentales, al punto de que es reconocido en varias Constituciones del continente²⁵.

Pero el principio de subsidiariedad no es solo libertad o restricción, sino que cuando es conveniente que una actividad esté a cargo del Estado

23 Montejano, B. (1986). *Familia y Nación histórica*. Buenos Aires. Ediciones del Cruzamante, 34.

24 Santo Tomás de Aquino manifestó: “[...] una exagerada unificación y uniformidad amenazan la existencia de una sociedad compuesta por muchas estructuras, como cuando desaparecen la sinfonía y la armonía de las voces si todos cantan en el mismo tono”. Cfr. *Comentario a La Política de Aristóteles*, 11, 5.

25 Sería un error atribuir el principio sólo al pensamiento de la Doctrina Social de la Iglesia, aunque es insoslayable mencionar que esta doctrina recoge el principio de manera reiterada en diversos documentos. Sólo a guisa de ejemplo transcribiré la carta encíclica *Mater et Magistra* para mostrar que no es sólo la *Rerum Novarum* o la *Centesimus Annus* las que aluden al principio, sino que hace más de cien años que la Iglesia viene diciendo lo mismo, con distinto énfasis según las circunstancias. “Así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo, porque daña y perturba gravemente el recto orden social, atribuir a una sociedad mayor y más elevada lo que las comunidades menores inferiores pueden hacer y ofrecer por sí mismas, ya que toda acción de la sociedad en virtud de su propia naturaleza debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social pero nunca destruirlos ni absorberlos”. En el mundo anglosajón el principio es conocido como propio del pensamiento católico, pero no ocurre lo mismo en Europa. En Alemania, el principio es considerando como un *übrigens deutsch-rechtlichen Grundsatz* (principio máximo legal alemán).

por razones de bien común político o cuando es necesario su apoyo para realizar determinadas tareas, aparece la función subsidiaria en su faz positiva²⁶. Los límites de unas sociedades y otras están dados en ellas mismas y son señalados por los fines a los que cada una tiende y las tareas que les son reservadas²⁷.

La negación del principio de subsidiariedad es la negación de las sociedades infrapolíticas y, la negación de estas, es la negación de la sociabilidad natural del hombre, de esa inclinación a vivir en sociedad y del desarrollo de la virtud y otros aspectos de la educación moral que solo se logran en ellas. Implica una deshumanización de la existencia en el anonimato de la masa controlada por los poderosos a través del Estado y los medios de comunicación.

IV. El bien común político y el bien individual

Llegados a este punto conviene ofrecer una definición de bien común. Se lo ha definido como la paz y la seguridad de las cuales las familias y cada uno de los individuos puedan disfrutar en el ejercicio de sus derechos, y al mismo tiempo en la mayor abundancia de bienes espirituales y temporales que sea posible mediante la concorde colaboración activa de todos los ciudadanos²⁸.

El bien común político es una necesidad para la persona, que no puede desarrollar sus fines en el orden espiritual y temporal sin participar de él. Al ser un bien concreto, estamos en el campo de lo posible y de lo que las circunstancias permiten al accionar humano. Aunque esencialmente esté fundado en la naturaleza humana, sucede con él lo mismo que con el Derecho, en el que su determinación debe conformarse a las circunstancias históricas de cada sociedad política concreta, y responder a su genio y a sus exigencias inmediatas²⁹. De modo que el bien común, idéntico en sus fundamentos, varía en cada Estado de que se trate³⁰.

Al ser una necesidad, no se puede prescindir de él, ni tampoco de los deberes que nos impone la colaboración activa de todos los miembros de la

26 Cfr. Montejano, B. (1981), 66.

27 Cfr. Graneris, G. (1973). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 149.

28 Pío XI, PP. (1929). *Divini illius magistri*, 36.

29 Cfr. Puy, F. (1998). "El Derecho, la justicia y la ley nacen de fuentes locales". En *La historia de la filosofía jurídica española*. Coord. Francisco Puy y Salvador Rus. Santiago de Compostela. Fundación Alfredo Brañas.

30 Cfr. Sampay, A. E. (1951). *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires. Politeia, 419.

sociedad política; a su vez, ordenados por el Derecho y la ley natural. Su resultado en la vida humana es la paz y la seguridad de las familias y las otras sociedades infrapolíticas en el ejercicio de sus derechos y la mayor abundancia de bienes espirituales y temporales alcanzados³¹.

Se trata de un bien indivisiblemente participable. En efecto, si pudiera ser dividido y repartido, perdería su condición de común³². El bien común se comunica a 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 la partes del cuerpo”³³.

Además, el bien común político tiene un carácter esencialmente dinámico, en el sentido de que no es algo que se posee, sino un bien que todos contribuyen a realizar cotidianamente con la coordinación del Estado, y del cual todos participan y disfrutan en común³⁴. Este dinamismo también se origina en el hecho de que el orden justo que el bien común político representa nunca podrá ser alcanzado de un modo definitivo, porque no son estables las circunstancias concretas en que ha de darse, y tampoco es estable la disposición virtuosa de las personas, habida cuenta de que el hombre es naturaleza caída³⁵.

Son ejemplos del bien común político la justicia, la paz, el orden, la seguridad, la ciencia. Por ello, no puede oponerse el bien común político al bien individual. Al contrario, ambos bienes no sólo no se excluyen, sino que se exigen mutuamente, pues sin el disfrute de bienes particulares el bien común sería irrealizable y, viceversa, la no realización del bien común torna imposible la del bien individual. Ciertamente, es condición para alcanzar la justicia tener satisfechas las necesidades básicas de los individuos, y al mismo tiempo, en una sociedad sin justicia, es imposible satisfacer dichas necesidades básicas.

Esta interdependencia tiene su razón en que el bien personal se compone de bienes tanto de naturaleza individual como común. Unos y otros son indispensables para el desarrollo armónico y logrado de la persona humana, tanto el alimento y el vestido, como la verdad y la justicia. De todos modos,

31 Cfr. Montejano, B. (1981), 64.

32 Cfr. Casares T. D. “Notas sobre justicia y bien común”. En AA. VV. (1978). *Acerca de la Justicia*. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 13.

33 Cfr. Portela, J. G. (2008). *Una introducción a los valores jurídicos*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 88.

34 Cfr. Sacheri, C. A. (1980). *El orden natural*. Buenos Aires. Ediciones del Cruzamante, 151.

35 Cfr. Casares, T. D. (1978). Ob. cit., 14.

esta interdependencia no excluye la jerarquía, porque el bien común político es superior al resto de los bienes comunes y al bien individual³⁶.

La jerarquía del bien común político sobre el resto de los bienes mencionados se desprende de que (a) en toda existencia individual solo es posible en sociedad y ningún bien particular podría alcanzarse fuera de la sociedad política; (b) pero además, habida cuenta de la naturaleza social de la persona, es desordenada una apetencia al bien individual desatendida de la obtención del bien participable con quienes convive; y finalmente (c) en que el bien individual se consume en la virtud, y el bien común la promueve³⁷.

Sería un error concebir a los particulares como acreedores de bienes particulares o al gobernante como su deudor; sí —en cambio— el gobernante es deudor del orden justo en la participación de los bienes que la vida social comporta. De modo análogo, los individuos deben a la sociedad política contribuciones y servicios particulares, pero a título de contribución al bien común, es decir, lo que propiamente se debe es una disposición a la obediencia al orden de la sociedad política³⁸.

Epílogo

El bien común político, por ser el que permite el perfeccionamiento de las potencialidades de los hombres y le permite alcanzar bienes de los que por su índole no podrían participar de otro modo, resulta ser amado por ellos; y crea entre ellos también una comunión vital afectiva llamada *amistad política*³⁹. Dicha amistad es el amor mutuo fundado en la comunidad de objetos amados, lo que constituye un *pueblo*⁴⁰.

La sociedad política es la más perfecta de las sociedades humanas, por lo tanto, la amistad política constituye un *amor superior* al que nace de las sociedades infrapolíticas, incluso del amor familiar. De allí que el amor a la Patria sea el mayor entre los amores temporales, por debajo del amor a Dios, que es el mayor y más perfecto, por ser Dios causa eficiente, ejemplar y final del ser humano, y destino de todos los hombres. En otras palabras, la jerarquía de bienes determina una jerarquía de amores, del que muchos mártires cristianos han dado testimonio a lo largo de los siglos.

En el tiempo presente, signado por la epidemia de COVID-19, de características imprecisas que aún no podemos develar completamente, se ha

36 Cfr. Sacheri, C. A. (1980). Ob. cit., 151.

37 Cfr. Casares, T. D. (1978). Ob. cit., 13.

38 Cfr. ibídem, 14.

39 Cfr. Sampay A. E. (1951). Ibídem.

40 De Hipona, S. A. *Civitate Dei*, XX, 24.

puesto nuevamente en el tapete el problema del bien común político y las erogaciones que este puede demandar a los ciudadanos y el cercenamiento legítimo o ilegítimo de su libertad. También surgen cuestiones relacionadas con la economía y la paz social, dado que el asilamiento elegido para enfrentar la epidemia pone en peligro la funcionalidad de los sectores productivos y económicos, lo que ocasionará quiebras, desempleo, más pobreza y conflictos sociales.

Asimismo, la situación nos interpela acerca del bien común político internacional, la soberanía nacional, la utilidad de los organismos supranacionales y la globalización “para la que todo el planeta es un ‘sistema’ de conexiones y encajes rígidos, una construcción artificial gobernada por los expertos, una serie de vasos comunicantes aparentemente sólidos. Sin embargo, esta concepción ha demostrado ser débil porque ha bastado que el sistema haya sido atacado en un punto para crear un efecto dominó que se ha propagado con gran celeridad. Una epidemia puede causar la crisis del sistema sanitario; las cuarentenas causan la crisis del sistema de producción, lo que, a su vez, hace que se derrumbe el sistema económico; la pobreza y el paro dejan de alimentar el sistema del crédito; el debilitamiento de la población la expone a nuevas epidemias y, de nuevo, vuelta a empezar en una serie de círculos viciosos a nivel planetario. La globalización presentaba hasta ayer la magnificencia y la gloria de su perfecto funcionamiento técnico-funcional, desdeñando con un engreimiento indiscutible la obsolescencia de los Estados y las naciones, y resaltando el valor absoluto de la ‘sociedad abierta’: un solo mundo, una sola religión, una sola moral universal, un solo pueblo mundialista, una sola autoridad mundial. Ha bastado un virus para que todo el sistema se derrumbe, dado que los niveles no globales de las respuestas han sido inhabilitados. La experiencia que estamos viviendo nos pone en guardia sobre una ‘sociedad abierta’ entendida de este modo, ya sea porque se pone en las manos del poder de pocos, o porque unas pocas manos podrían hacerla caer como un castillo de naipes. Esto no significa que hay que negar la importancia de la colaboración internacional que, precisamente, exigen las pandemias; sin embargo, dicha colaboración no tiene nada que ver con estructuras colectivas, mecánicas, automáticas y globalmente sistémicas”⁴¹.

Finalmente, se nos plantea el problema de la relación del bien común político con la Religión Católica y otras confesiones. La prohibición del culto

41 Crepaldi, G. (2020). “Coronavirus, el hoy y el mañana. Reflexiones sobre una emergencia, no sólo sanitaria. Reflexión del arzobispo Giampaolo Crepaldi para el Observatorio Internacional Cardenal Van Thuân sobre la Doctrina Social de la Iglesia”, recuperado de: <https://www.vanthuanobservatory.org/esp/coronavirus-el-hoy-y-el-manana-reflexiones-sobre-un-emergencia-no-solo-sanitaria/>.

público a Dios y el cierre de las Iglesias puede ser lo más grave porque hace a la vida espiritual de los creyentes y a la salud del alma, pero son sólo algunos de los aspectos de este problema. Del bien común político también forma parte la salud moral del pueblo: a la razonable preocupación por evitar el contagio pareciera contraponerse la irracional despreocupación por otros aspectos del bien común político como le hemos aquí caracterizado, pues no han cesado los abortos ni el adoctrinamiento ideologizado en las escuelas, ni parece que el corrupto empobrecimiento de la población se vaya a revertir.

Salud, religión, economía, paz, ciencia, soberanía y cooperación, educación y libertad, todo forma parte del bien común político. Quiera Dios que estemos dispuestos a luchar por él haciendo los sacrificios que demande, unidos por el amor a los bienes comunes: el amor a la familia, el amor a la Patria, y, sobre todo, el amor a Dios.

Bibliografía

- Aquino, S. T. S. *Th.* I-II, q. 94, a. 2.
 Aquino, S. T. S. *Th.* II-II, q. 47, a. 10.
 Aristóteles. *Ética a Nicómaco*, 1162 a.
 Aristóteles. *Política*, 1252b, 10.
 Casares, T. D. “Notas sobre justicia y bien común”. En AA. VV. (1978). *Acerca de la Justicia*. Buenos Aires. Abeledo Perrot, 13.
 Crepaldi, G. (2020). “Coronavirus, el hoy y el mañana. Reflexiones sobre una emergencia, no sólo sanitaria”. Reflexión del arzobispo Giampaolo Crepaldi para el Observatorio internacional Cardenal Van Thuân sobre la Doctrina Social de la Iglesia, recuperado de: <https://www.vanthuanobservatory.org/esp/coronavirus-el-hoy-y-el-manana-reflexiones-sobre-un-emergencia-no-solo-sanitaria/>.
 Cruz Cruz, J. “Familia, trabajo y política en Aristóteles”. Universidad de Navarra, recuperado de: <https://core.ac.uk/download/pdf/83564466.pdf>.
 De Hipona, S.A. *Civitate Dei*, XX, 24.
 Graneris, G. (1973). *Contribución tomista a la Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Eudeba, 149.
 Madrid, R. (2014). “Derecho, Derecho Natural y el concepto de lo políticamente correcto”. En *Derecho Natural y Iusnaturalismos*. Chávez-Fernández Postigo, J. y Santa María D’Angelo, R. (coords.). Lima. Palestra, 235.
 Marechal, L. (1936). *Laberinto de amor*. Buenos Aires. Editorial Sur.
 Montejano, B. (1986). *Familia y Nación histórica*. Buenos Aires. Ediciones del Cruzamante, 34.
 Montejano, B. (1981). *Ideología, Racionalismo y Realidad*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
 Pío XI, PP. (1929). *Divini illius magistri*, 36.
 Portela, J. G. (2008). *Una introducción a los valores jurídicos*. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 88.

- Puy, F. (1998). “El Derecho, la justicia y la ley nacen de fuentes locales”. En *La historia de la filosofía jurídica española*. Coord. Francisco Puy y Salvador Rus. Santiago de Compostela. Fundación Alfredo Brañas.
- Sacheri, C. A. (1980). *El orden natural*. Buenos Aires. Ediciones del Cruzamante, 151.
- Sampay, A. E. (1951). *Introducción a la Teoría del Estado*. Buenos Aires. Politeia, 419.

APOSTILLA SOBRE EL TÉRMINO “ESTADO” Y SOBRE EL BINOMIO “ESTADO Y SOCIEDAD CIVIL”

*Marginal note on the term “State” and on the binomial
“State and civil society”*

Apostille sul termine “Stato” e sulla binomio “Stato e società civile”

Sergio Raúl Castaño¹

Para citar este artículo:
Castaño, S.R. (2020). “Apostilla sobre el término ‘estado’ y sobre el binomio
‘estado y sociedad civil’”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 149-156.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.149-156>

Resumen: En esta breve nota se defiende la validez del uso del término “Estado” para designar a la comunidad política y, tras haber comentado la distinción entre comunidad y sociedad, se analiza críticamente la antinomia entre “Estado y sociedad civil”.

Palabras clave: Estado; Comunidad y sociedad; Estado y sociedad civil.

Abstract: This brief note defends the validity of the use of the term “State” to designate the political community and, after having commented on the distinction between community and society, the antinomy between “State and civil society” is critically analyzed.

Keywords: State; Community and society; State and civil society.

1 Investigador Principal del CONICET. Profesor titular de Teoría del Estado en la Universidad Nacional del Comahue, Neuquén, Argentina. Director del Centro de Estudios Político de la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, San Miguel de Tucumán, Argentina. Correo electrónico: sergioraulcastano@gmail.com

Sommario: Questa breve nota difende la validità dell'uso del termine “Stato” per designare la comunità politica e, dopo aver commentato la distinzione tra comunità e società, viene analizzata criticamente l'antinomia tra “Stato e società civile”.

Parole chiave: Stato; Comunità e società; Stato e società civile.

I. Una definición del Estado

Se trata del plexo de relaciones de coordinación, subordinación e integración de individuos, familias, cuerpos sociales y sectores nacionales, asentados en un territorio propio, que se aúnan teleológicamente en el todo práctico de orden de una sociedad autárquica e independiente en el orden temporal –dotada, por ende, de una potestad suprema; y de un ordenamiento jurídico que no es parte ni depende de otro ordenamiento.

Distinguimos además, con José María Medrano², una acepción amplia del término, significativa de la totalidad social; y una restringida que, cuasiformalmente, alude al gobierno y la administración. Ejemplos, respectivamente, serían “el Estado argentino reclama la soberanía sobre las islas Malvinas”, “el abogado Pérez trabaja en el Estado”.

Nos hacemos cargo de la reluctancia que existe en algunos estudiosos a llamar “Estado” a la sociedad o comunidad política, atendiendo a las tipicidades históricas que signan el nombre. Además, a su juicio –que en esto compartimos–, algunas de ellas, como la concentración del poder, han viciado la vida política³. Sin embargo, nadie puede negar que el Estado moderno es la forma que ha adoptado la sociedad política en los últimos siglos. Luego, cuando nosotros decimos “Estado”, apuntamos a la realidad permanente (no a la contingente y mudable) que designa. Lo hacemos mediante el término que nos resulta históricamente más inmediato; y que, además, es el utilizado habitualmente por los principales representantes de la Escuela Argentina del Derecho Natural: Casares, Meinvielle, Soaje Ramos, Lamas, Hernández, Medrano, entre otros.

2 Medrano, J. Ma. (1995). “La crisis del Estado”. En *Colección*, a. 1 n° 2, 49-68.

3 En esa línea, cfr. Ayuso Torres, M. (1998). *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*. Madrid. Dykinson, especialmente Parte I.

II. Algo sobre la historia del término “Estado” como sociedad (o comunidad)

No siempre se ha llamado “Estado” a la sociedad (o comunidad) política. Pero antes de desarrollar este acápite II, tal vez resulte pertinente incluir un excursus sobre los tipos sociológicos de *comunidad* y *sociedad* introducidos por Tönnies, que justifique, precisamente, el uso indistinto que hacemos de ambos términos.

La noción de comunidad (*Gemeinschaft*) en Ferdinand Tönnies encierra un núcleo de verdad objetiva acerca de la realidad social, con presupuestos implícitos que podrían reconducirse al realismo clásico y a la desapasionada observación de la vida consociada del hombre. Por otra parte, la caracterización de la sociedad (*Gesellschaft*) se hace cargo de los principios teóricos del liberalismo y del capitalismo liberal, con todos sus presupuestos egoístico-reductivistas (en lo antropológico), individualistas (en lo filosófico-social), racionalistas (en lo epistemológico) y nominalistas (en lo metafísico); así como de la respectiva praxis fundada en tales principios. Pero nótese, por lo demás, que toda ideología, sea la del liberalismo, sea la del marxismo, construye un ente de razón que jamás puede verificarse en la realidad objetiva, dada la pregnancia del orden natural, de imposible erradicación en sus ejes fundamentales (un caso de la “*praepotentia veritatis*”, de la que hablaba el maestro Emilio Komar). Cabe, asimismo, una consideración objetiva acerca del referente real de la *Gesellschaft* tönnesiana. En rigor, debemos señalar que anida un equívoco en la comprensión del término del gran sociólogo como “sociedad”, si entendemos “sociedad” con el sentido realista usual o, más precisamente, con el de “grupo social” (locución que prefiere el maestro Soaje). Porque, en efecto, la *Gesellschaft* de Tönnies no se refiere a sociedad alguna en sentido propio, sino que significa una sumatoria de relaciones que, sociológicamente, son de coordinación horizontal; y jurídicamente se reconducen al contrato y a la contraprestación estricta. Ahora bien, donde no hay fin a ser gestionado y participado por varios –que no podrían alcanzar tal fin común actuando aisladamente–, no hay sociedad. Salvo que llamemos “sociedad” a una yuxtaposición de agentes y fines paralelos. Lo cual podría ser, en principio, válido (aunque, estimamos, desaconsejable por su equivocidad) si se planteara en sedes teórico-doctrinales ajenas a la tradición clásica; pero no en el seno de esa tradición realista. De hecho, la escolástica medieval, moderna y contemporánea no ha significado matices distintos, ni mucho menos ha hecho distinciones reales, apelando a los términos “*societas*” y “*communitas*”. En ambos casos hay una pluralidad

de hombres ordenados a la consecución, gestión, participación de un bien común⁴.

Vayan, ahora sí, algunas breves noticias históricas sobre la aparición de “Estado” (con significación política) en la modernidad. El punto de partida es la palabra latina “*status*”, con el sentido de modo de ser de una persona o cosa. De allí pasa a significar, en el lenguaje político del medioevo, prosperidad y bienestar de una sociedad: “*statum reipublicae sustentamus*” (Justiniano). Más adelante, se afina su sentido político, y entonces designa, por un lado, una condición económica y social, que implica una cierta clase de persona; pero más fundamentalmente, una función en la comunidad: el estamento. Es el sentido que pervivirá en los tres “estados (états)” de Francia. Por otro lado, designa el ordenamiento o régimen de una comunidad, en la línea de la sentencia de Ulpiano: “*publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat*”. Este sentido, a su vez, se diversifica objetiva y subjetivamente, es decir, como dominio territorial o súbditos personales; y como poder y autoridad⁵.

En Maquiavelo comienza a aparecer “Estado”, aunque de manera no exclusiva, como equivalente de “sociedad política”. El Florentino, en efecto, también utiliza el término en el último sentido antedicho, esto es, como gobierno y como dominio territorial. A su vez, como gobierno significa ya forma política o régimen (“*lo stato popolare*”), ya poder efectivo (“*mantenere lo stato*”). Pero los especialistas señalan diversos pasos en los que el uso del término ya significa la totalidad social: “*quegli che hanno governato lo stato di Firenze*”. En la Italia de comienzos del siglo XVI, este uso moderno va a ir ganando paulatinamente terreno⁶.

En el siglo XVII, Pufendorf asocia el concepto de sociedad política con “*civitas*”, salvo en su obra, *De habitu religionis christianae*, donde usa constantemente “*status*” por “Estado”. Su traductor, Barbeyrac, por su parte, traduce “*civitas*” indistintamente por “*société civile*”, “*État*” y “*Corps Politique*”. Son las expresiones corrientes en el siglo XVIII; Rousseau es un ejemplo de ello. En Inglaterra, todavía a fines de ese siglo, “*state*” no es de uso habitual, aunque ya Hobbes había traducido “*that great Leviathan called a Commonwealth, or State, in Latin Civitas*”⁷.

4 Para la discusión pormenorizada de esta cuestión, con todas las referencias bibliográficas respectivas, cfr. Castaño, S. R. (2014). “Tönnies y la tradición clásica. Notas sobre comunidad y sociedad”. En *Intus-Legere*, vol. 8, n° 1, 43-61.

5 Cfr. Passerin d’Entrèves, A. (1967). *La dottrina dello Stato*. Turín. Giappichelli, 9-51.

6 Cfr. Chabod, F. *Alle origini dello Stato moderno*. Roma. Università di Roma, Parte I.

7 Cfr. Derathé, R. (1979). *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. París. Vrin, Apéndice.

III. El binomio “Estado y sociedad civil”

Tiene carta de ciudadanía terminológica –y asaz extendida– la contraposición entre el “Estado” y la “sociedad civil”. En este caso, los singulares matices histórico-conceptuales de los términos mismos implicados aparecen con especial patencia: en efecto, aquí “Estado” ya no significa la comunidad autárquica sino la organización del poder soberano. Por ello sostenemos que aceptar esa dicotomía como marco fundamental de análisis teórico implica convalidar una concepción en la que se enfrentan en tensión un todo comunitario del cual se han desarraigado los elementos políticos (“sociedad civil”) con un aparato de poder y administración en el que se resuelve la politicidad (“Estado”). Tal concepción se nutre de presupuestos, en último análisis, liberales y contractualistas, que llegan al marxismo a través de Hegel y von Stein. Y entronca, filológicamente, con uno de los usos primitivos de “*status*” (ver *supra*).

Desde un punto de vista precisivamente terminológico, se trata de expresiones que se imponen con Hegel y sus continuadores. “*Civil society*” significaba, en tiempos de Locke, “*political society*”. Sin embargo, Adam Ferguson, autor de *A History of Civil Society*, publicada en 1767 y traducida al alemán al año siguiente, fue quien, al parecer, sugirió a Hegel el uso de la locución “*bürgerliche Gesellschaft*”⁸. En Hegel, la sociedad civil representa un momento predominantemente económico, en el que latan las contradicciones del individualismo liberal. Surge de la familia como su antítesis y negación. Si en ésta cada miembro tenía por fin a la familia misma, en aquélla cada miembro es un fin para sí. Todo individuo se convierte en un medio al servicio del fin de los demás. De esta manera es como se crea la urdimbre de relaciones que constituye la sociedad civil, llamada a superarse en la sustancia ética del Estado⁹.

Lorenz von Stein (cuyos desarrollos sociológicos parecen haber dejado su impronta en el marxismo) distinguía, en la estela de Hegel, un principio del Estado y otro de la sociedad. Aquél consiste en buscar el destino humano –como desarrollo (*Entwicklung*) personal– en la unidad. Los individuos participan en la formación de la voluntad única del Estado a través de la constitución, en la que hallan la libertad. A su vez, la actividad del Estado

8 Cfr. Bobbio, N. (1977). “Gramsci y la concepción de la sociedad civil”. En *Gramsci y las ciencias sociales*, trad. J. Aricó, C. Manzoni e I. Flambaum. México. Cuadernos de Pasado y Presente, 65-93.

9 Cfr. Hegel, G. W. F. (1970). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt. Suhrkamp, III, 2, “Die bürgerliche Gesellschaft”; para el tránsito de Hegel al marxismo *vide* las notas de Rangeon, F. (2014). *Société civile: histoire d'un mot*. Parthenay. Inclinaison, II, b: “La société civile ou la société bourgeoise”.

se vuelca en el gobierno y la administración, que deben ofrecer los medios para ese desarrollo personal. Por su parte, en la sociedad se da una relación de individuo a individuo, que implica que cada uno someta a los otros a su servicio. Así, el interés (*das Interesse*) es el principio de la sociedad; y su orden es la dependencia en que se hallan los que no poseen respecto de los que sí poseen. Ello no obstante, es en la sociedad donde los individuos alcanzan el punto máximo de su vida terrena y el cumplimiento de su destino. Von Stein remarca que los principios del Estado y de la sociedad se contradicen; se trata de dos polos que configuran la comunidad (*Gemeinschaft*) humana, aunque entre sí se contrapongan¹⁰. Comentando las ideas del autor alemán, Manuel García-Pelayo ha puesto de relieve el modo en que los conceptos puros de sociedad y Estado se imbrican y oponen dialécticamente en la vida real, de suerte que la praxis política se identifica con la lucha de las clases antagónicas para retener (o apoderarse) la maquinaria del Estado¹¹. Lo que aquí nos interesa es la afirmación de una dicotomía entre Estado y sociedad como entidades autónomas y contrapuestas, con principios y dinámicas propios.

En un autor marxista como Antonio Gramsci subsisten —y se acentúan— estas categorías. El Estado (“sociedad política”), en tanto tal, es el aparato coactivo. La sociedad civil, por su parte, también integra la superestructura, y comprende, fundamentalmente, la dimensión cultural. Su principio rector es la hegemonía, en el sentido de consenso ideológico. En Gramsci se opera una novedosa mutación en el papel protagónico que juega la superestructura; ya no es determinada por las relaciones de producción (infraestructura), sino determinante del proceso histórico. A su vez, la instancia determinante dentro de la superestructura es la sociedad civil: de allí que la conquista del poder pase, indefectiblemente, por la consecución de la hegemonía. Gramsci también acepta llamar “Estado” a la totalidad social (incluso refiriéndose a la “sociedad regulada”, etapa final de la escatología marxista); no obstante, sigue vigente en su pensamiento la identificación entre política y control represivo: “Estado= sociedad política + más sociedad civil, vale decir, hegemonía revestida de coerción [...] El elemento Estado-coerción se puede considerar agotado a medida que se afirman elementos cada vez más significativos de sociedad regulada (o Estado ético, o sociedad civil)”¹².

10 Cfr. Von Stein, L. (1959). *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830*. T. 1. Darmstadt. Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 13-90, *passim*.

11 Cfr. García-Pelayo, M. (1989). “La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein”. En *Escritos políticos y sociales*. Madrid. C. E. C., 121-155.

12 Gramsci, A. (1997). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, trad. de J. Aricó. Buenos Aires. Nueva Visión, 158-9; *vide* Lantz, P. (1991). “Société civile et société politique”. En *L'Homme et la société* (102): *État et société civile*, 23-27.

IV. A manera de conclusión sobre el binomio (¿antinomia?) de marras

Detrás de la contraposición que venimos de espigar, hoy corriente incluso fuera de los ámbitos científicos, planea la visión de un todo social que, a pesar de su raigambre objetivamente política, es considerado como a-político. Por su parte, el Estado aparece, de alguna manera, como epifenómeno extrínseco, incluso hostil, a la sociedad civil. Se lo identifica con la organización burocrática y la coacción. Ahora bien, nuestra objeción no pretende ignorar la distinción entre el gobierno y la administración (parte) y el conjunto del cuerpo político (todo). Así como tampoco pasar por alto el dato histórico de sociedades divorciadas de –o traicionadas por– su clase gobernante. Tanto menos en la época contemporánea, cuando el “argumento jacobino” (Schmitt) –por el cual la élite en el poder se constituye en intérprete de la voluntad y de los intereses ciudadanos– sirve cada vez más a menudo para desconocer esa voluntad y traicionar esos intereses (legítimos). Al respecto, el caso del régimen en el poder *en México* en los años veinte, persiguiendo a muerte la práctica del culto católico, representa un ejemplo flagrante. Tampoco se intenta desconocer los defectos del estatismo. Sí, en cambio, se impugna la asunción acrítica del universo de ideas que trasunta esa contraposición terminológica, una de cuyas consecuencias es la de circunscribir la política a las pautas de un aparato de poder extrínseco y coercitivo (cual un mal necesario) enfrentado a una sociedad en cuyo seno, a pesar de su índole apolítica, los hombres realizarían sus fines existenciales mundanales. Pues se cumple con ello un nuevo jalón del desconocimiento de las exigencias perfectivas de la politicidad natural y de la índole *simpliciter et per se* valiosa de la asociación política¹³. Así como se abona (implícita o explícitamente) el derrotero doctrinal de la *demonización de la política*, con todas sus virtualidades –que alcanzan incluso a comprometer el planteo de las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

En efecto, como hemos afirmado, “desde una perspectiva cristiana, si el Estado y la política son vistos como causados por deficiencias y explicables por el mal, difícil será la posibilidad de hacer compatible semejante órbita con aquella otra que es portadora del mayor de los bienes. En otros términos, un Estado que en esencia es represor del mal o será un puro instrumento

13 Fuera de la tradición clásica es dable constatar pareja estimación. Así, Norbert Lechner, tras plantear las relaciones de la sociedad civil con el “Estado autoritario” y con la “sociedad de mercado” contemporáneos, observa significativamente: “En suma, las formas actuales de replantear la relación de Estado y sociedad civil tienden a menospreciar a la sociedad política”. Lechner, N. (2012). “Estado y Sociedad en una perspectiva democrática”. En *Polis*, 6 (& 24), <http://journals.openedition.org/polis/6442>.

coactivo al servicio de la Iglesia; o deberá mantenerse separado del reino del amor evangélico y de la perfección humana. Pero nunca podrá constituirse en *colaborador* –aunque subordinado– en la consecución del bien divino”¹⁴.

Bibliografía

- Ayuso Torres, M. (1998). *¿Después del Leviatán? Sobre el Estado y su signo*. Madrid. Dykinson.
- Bobbio, N. (1977). “Gramsci y la concepción de la sociedad civil”. En *Gramsci y las ciencias sociales*, trad. J. Aricó, C. Manzoni e I. Flambaum. México. Cuadernos de Pasado y Presente.
- Castaño, S. R. (2014). “Tönnies y la tradición clásica. Notas sobre comunidad y sociedad”. En *Intus-Legere*, vol. 8, n° 1.
- Castaño, S. R. (2020). *Dios y la Ciudad. Estudios de Teología Política*. Tucumán. UNSTA.
- Chabod, F. *Alle origini dello Stato moderno*. Roma. Università di Roma.
- Derathé, R., (1979). *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps*. París. Vrin.
- García-Pelayo, M. (1989). “La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein”. En *Escritos políticos y sociales*. Madrid. C. E. C.
- Gramsci, A. (1997). *Notas sobre Maquiavelo, sobre la política y sobre el Estado moderno*, trad. de J. Aricó. Buenos Aires. Nueva Visión.
- Hegel, G. W. F. (1970). *Grundlinien der Philosophie des Rechts*. Frankfurt. Suhrkamp.
- Lantz, P. (1991). “Société civile et société politique”. En *L’Homme et la société* (102): *État et société civile*.
- Lechner, N. (2012). “Estado y Sociedad en una perspectiva democrática”. En *Polis*, n° 6.
- Medrano, J. Ma. (1995). “La crisis del Estado”. En *Colección*, a. 1 n° 2.
- Passerin d’Entrèves, A. (1967). *La dottrina dello Stato*. Turín. Giappichelli.
- Rangeon, F. (2014). *Société civile: histoire d’un mot*. Parthenay. Inclinaison.
- Von Stein, L. (1959). *Der Begriff der Gesellschaft und die soziale Geschichte der Französischen Revolution bis zum Jahre 1830*. T. 1. Darmstadt. Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

¹⁴ Castaño, S. R. (2020). *Dios y la Ciudad. Estudios de Teología Política*. Tucumán. UNSTA, 14.

NATURALEZA Y TEORÍA POLÍTICA EN JOHN LOCKE Y JEAN BODIN

Nature and political theory in John Locke and Jean Bodin

Natura e teoria política in John Locke e Jean Bodin

Jorge Portela¹

Para citar este artículo:

Portela, J. (2020). "Naturaleza y teoría política en John Locke y Jean Bodin".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 157-173.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.157-173>

Resumen: En el presente estudio, se compara la filosofía política de Bodin, tal como la expone en *Los seis libros de la República*, con la de Locke, expuesta principalmente en el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Ambos autores representan, en su tiempo, lo que queda de una tradición que poco a poco va dejando paso, indefectiblemente, a la modernidad. Conceptos tales como el de bien público, soberanía, consenso y la importancia de la familia, aparecen una y otra vez en sus escritos.

Palabras clave: Contrato social, Familia, Bien público, Consenso, Justicia, Poder soberano.

Abstract: In the present study, Bodin's political philosophy, as set forth in the *Six Books of the Republic*, is compared with that of Locke, set forth mainly in the *Second Essay on Civil Government*. Both authors represent, in their time, what remains of a tradition that is gradually giving way, in-

1 Doctor en Ciencias Jurídicas. Prof. Titular Ordinario de la Facultad de Derecho (UCA). Prof. Adjunto Regular del Departamento de Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho (UBA). Prof. de la Universidad Autónoma del Caribe. Correo electrónico: jgportela@hotmail.com.

evitably, to modernity. Concepts such as that of public good, sovereignty, consensus and the importance of the family, appear again and again in his writings.

Keywords: Social contract; Family; Public good; Consensus; Justice; Sovereign power.

Sommario: Nel presente studio, la filosofia politica di Bodin, così come esposta nei *Six Books of the Republic*, viene confrontata con quella di Locke, esposta principalmente nel *Second Essay on Civil Government*. Entrambi gli autori rappresentano, ai loro tempi, ciò che resta di una tradizione che piano piano sta cedendo il passo, immancabilmente, alla modernità. Concetti come il bene pubblico, la sovranità, il consenso e l'importanza della famiglia appaiono ripetutamente nei suoi scritti.

Parole chiave: Contratto sociale; Famiglia; Bene pubblico; Consenso; Giustizia; Potere sovrano.

I. Introducción

El análisis y la comparación de la teoría política en Bodin y Locke, dos de las figuras más importantes del Renacimiento, resultan oportunos y necesarios, puesto que ambos parten de sistemas filosóficos diferentes, y sin embargo puede decirse que coinciden en puntos cruciales referidos a su doctrina sobre la naturaleza.

Por otra parte, y como simple dato histórico, ha de referirse que ambos resultan involucrados en las guerras de religión, y coinciden en que el único camino posible a transitar para lograr la pacificación y tranquilidad necesarias en medio del odio reinante en aquel momento, en Europa, es la tolerancia. En efecto, Locke² escribe su *Carta sobre la Tolerancia* en 1689. Pero casi unos cien años antes, en 1572, Bodin³ estuvo a punto de ser asesinado en la Noche de San Bartolomé, lo que motivó que tuviera puntos de vista prudentes y atinados sobre la diversidad religiosa, que fueron reflejados en lo que se considera su obra cumbre: *Los seis libros de la República*, publicada cuatro años después de aquel episodio tremendo, que debió haberlo marcado espiritualmente, en 1576.

2 Locke, J. (2005). *Carta sobre la Tolerancia*. Madrid. Tecnos.

3 Bodin, J. (1985). *Los seis libros de la República*. Madrid. Tecnos.

En el caso de ambos autores nos encontramos, por consiguiente, en el centro mismo del Renacimiento, una época acerca de la cual resulta difícil realizar alguna descripción sin caer en lugares comunes. Tal como lo advierte con razón Chevallier⁴, resulta difícil fijar una línea de separación entre la Edad Media y el Renacimiento: la señal de los tiempos nuevos se hace sentir ya en los movimientos de ideas, las formas de pensamiento, de expresión y de acción que se abren paso en los siglos XV y XVI; inversamente, la Edad Media se perpetúa en el Renacimiento, algunos de cuyos rasgos más característicos parecen inexplicables sin esa persistencia del espíritu y del alma misma de la Edad Media.

En efecto, incluso si tomamos por caso al siglo XVI, los tres grandes movimientos de pensamiento que tuvieron influencia decisiva en nuestros autores: Reforma, Humanismo y Contrarreforma católica, se relacionan íntimamente con la Edad Media, a la que prolongan y de la que proceden. Locke hunde sus raíces en la escolástica, a partir de la influencia decisiva que tuvo en su pensamiento Hooker, tal como lo prueba cualquier lectura que podamos hacer del *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Bodin, por su parte, al escribir *Los seis libros de la República*, crea lo que se ha calificado como la *summa* jurídico-política del siglo XVI, y no podría haberlo hecho, precisamente, sin la utilización de categorías propias del pensamiento medieval.

II. Naturaleza y teoría política en Bodin

Debemos concentrarnos, en el caso de nuestro autor, en su obra magna que, como ya dijimos, se titula *Los seis libros de la República*. Adelantemos desde ya que no vamos a encontrar en este complejo tratado de ciencia política, nada parecido al concepto de naturaleza, tal como fue tratado en Aristóteles o en Santo Tomás.

En efecto, en estos autores surge una clara descripción metafísica de lo que significa la naturaleza: el modo como cada realidad se manifiesta siendo, lo que determina las operaciones propias de ese ser⁵. En otros términos: la esencia de los seres que poseen en sí mismos y en tanto que tales el principio de su movimiento, en términos aristotélicos, o como dirá siglos más tarde Santo Tomás: la esencia o ser de una cosa, en cuanto principio íntimo de las operaciones que le son propias.

4 Chevallier, J. J. (1967). *Historia del pensamiento*. T. II. Madrid. Aguilar, 551.

5 Fernández-Galiano, A. (1979). *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Madrid. Universidad Complutense, 74.

La concepción metafísica clásica podía situarse, entonces, en ese campo específico: la naturaleza no es el conjunto de realidades cósmicas (la *physis*, para los presocráticos) sino el modo de ser de cada ente en particular. Así, un ser es lo que es y no otra cosa porque posee una determinada *naturaleza*, que es por lo tanto lo que lo tipifica y constituye.

Bodin da por conocidas estas elementales certezas filosóficas. Pero su terreno es el de la política. En realidad, nuestro autor tiene en claro que los textos deben receptor algo que surja de fuentes objetivas, accesibles a todos. Podría aplicarse aquí la atinada descripción que efectúa Michel Villey⁶, al estudiar a cualquier autor clásico: el inmenso mérito del antiguo Derecho Natural fue el de determinar la parte que le corresponde a la ley (“Derecho Positivo”) y la que pertenece a la observación de la naturaleza, *de la realidad social*.

Lo expuesto resulta fundamental para comprender la importancia de Jean Bodin: en *Los seis libros de la República* no se especula tanto desde un punto de vista filosófico acerca de las distintivas notas metafísicas que contiene el riquísimo concepto de naturaleza. Pero lo que sí vamos a encontrar es una aplicación concreta a la política, manifestada en la misma realidad social, de la observación atenta de la naturaleza. Podría decirse que nos encontramos frente a una encarnación de la naturaleza en el corazón mismo de la política, de la vida en sociedad.

En consecuencia, es desde este punto de vista que podemos considerar a Bodin como un autor clásico. Es sólo con esta condición por lo que podemos calificar, como lo hiciera Chevallier⁷, *Los seis libros de la República* como una *summa*. Lo prueba el hecho de que su tabla de materias totaliza cuarenta y dos capítulos impresionantes, que pueden llegar a aturdir al lector más intrépido: la familia, la potestad marital, la potestad paterna, la esclavitud, el ciudadano, el súbdito, el extranjero, el protegido, los tratados y alianzas, el príncipe tributario, feudatario, soberano; la soberanía y sus verdaderos signos; las diversas clases de Repúblicas: monarquía tiránica, monarquía señorial, monarquía real, el estado aristocrático, el estado popular; el Senado, los oficiales, comisarios, magistrados, los cuerpos, colegios, estamentos y comunidades; las finanzas y las monedas; las penas; la justicia distributiva, conmutativa y armónica; el nacimiento, desarrollo, estado floreciente, decadencia y ruina de las Repúblicas y los medios de preverlos o de remediarlos; la manera de acomodar la forma de la República a la diversidad de los hombres y el medio de conocer el natural de los pueblos...

6 Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona. Universidad de Navarra, 225.

7 Chevallier, J. J. (1979). *Los grandes textos políticos*. Madrid. Aguilar, 39.

Dentro de este vértigo de nociones, ideas e instituciones, debemos ahora seleccionar cuáles corresponden a una noción de naturaleza y, consecuentemente, cuáles a una teoría política entendida de la manera en que la explicáramos más arriba.

Así las cosas, lo primero que podemos apreciar al comienzo de la obra es su conocida definición de República: *recto gobierno de varias familias, y de lo que les es común, con poder soberano* (Libro I, Cap. 1). Cabe destacar aquí la noción de *recto gobierno* que maneja nuestro autor, idea que es tributaria del concepto de orden, de estirpe neoplatónica y ciceroniana, tal como se emplea en *Sobre la República*⁸, y que fuera recogida posteriormente por San Agustín en *La ciudad de Dios*⁹. En efecto, cuando Bodin se propone “desmenuzar” las partes de esa definición, al aludir al *recto gobierno* comenta las diferencias existentes entre las repúblicas y las bandas de ladrones y piratas, figuras utilizadas por aquellos autores (Cicerón, 1991, Libro III, 14, 24). Es que la idea de rectitud depende del concepto de justicia, según la conocida fórmula del Hiponense: *los reinos sin justicia no son más que grandes atrocinius* (San Agustín, IV, 4). Las fuentes ciceronianas y agustinianas son obvias, llegando incluso Bodin a narrar la anécdota entre el corsario Demetrio y Alejandro Magno, que replicara San Agustín a partir, probablemente, de la cita de Cicerón en *Sobre la República*, ya aludida.

Bodin también se refiere a toda república *bien ordenada*: nuevamente aquí, notamos que su mantenimiento se realiza sobre principios de justicia. En fin, el verdadero tributo en términos de derecho, sociedad y amistad es el recto gobierno *según las leyes de la naturaleza* (Libro Primero, Cap. I).

Por su parte, como ya adelantamos, *la familia* es o constituye la verdadera fuente y origen de toda república. Otra vez, aquí, notamos una vuelta a San Agustín, quien en *La ciudad de Dios* expresaba que la casa debe ser el principio y el fundamento de la ciudad, ya que la paz doméstica debe redundar en provecho de la paz cívica; es decir, que la ordenada concordia entre los que mandan y los que obedecen en casa debe relacionarse con la ordenada concordia entre los que mandan y los que obedecen (XIX, 16). Pero el orden había sido definido antes por el Hiponense, como la disposición que asigna a las cosas diferentes y a las iguales el lugar que les corresponde.

Esa *dispositio rerum*, verdadera “disposición de las cosas en sus lugares propios y correspondientes”, no sería posible sin la paz. Precisamente, la paz de la ciudad es la ordenada concordia entre los ciudadanos que gobiernan y los gobernados (XIX, 13, 1). Y la paz, la tranquilidad en el orden. Aquí debe notarse cómo se relacionan íntimamente ambos valores jurídico-políti-

8 Cicerón (1991). *Sobre la República*. Madrid. Gredos.

9 San Agustín (1977). *La ciudad de Dios*. Madrid. Biblioteca Autores Cristianos.

cos: paz y orden, de modo tal que prácticamente para lograr comprender el uno, necesitamos la realización del otro, en lo que podría llamarse una “ley de interconexión” entre los valores. Los valores jurídicos se necesitan unos a otros para ser comprendidos cabalmente. Este concepto se encuentra, como podemos ver, en Bodin, y es utilizado una y otra vez en la primera parte de *Los seis libros de la República*.

Sin embargo, el concepto de *soberanía* que maneja Bodin es central, pues ella une a todos los miembros y partes de la República. Así, la soberanía es el poder absoluto y perpetuo de una República (Libro Primero, Cap. VIII). Empero, surge aquí una importante diferencia que podemos encontrar con Maquiavelo o incluso con Hobbes: el poder absoluto del rey está sujeto a las leyes de Dios y de la naturaleza, como así también a ciertas leyes humanas comunes a todos los pueblos. Del mismo modo, el rey tampoco puede derogar leyes que atañen al estado y fundación del reino, como la ley sálica (Libro Primero, Cap. VIII). Sin duda, la soberanía es el poder absoluto de hacer la ley sin el consentimiento de los súbditos.

Esto constituye, a nuestro juicio, una novedad teórico-política sumamente relevante, teniendo en cuenta el momento en el que fue escrito *Los seis libros de la República*, el Renacimiento, caracterizado por su gran dinamismo y difusión de doctrinas no precisamente ortodoxas. Creemos que, al hacer esta afirmación, Bodin está en línea con la idea de una ley justa, que debe ser respetada por poseer tal carácter, que es anterior incluso a la redacción del texto legislativo. La ley, en consecuencia, debe poseer un carácter racional, y no ser producto de un mero acto ciego de voluntad.

Ahora bien, si el príncipe prohíbe el homicidio bajo pena de muerte, queda obligado a su propia ley ya que, en tal caso, esa norma jurídica no es suya, sino que se trata de la ley de Dios y de la naturaleza, a la cual está más estrictamente obligado que cualquiera de sus súbditos. Vuelta a una idea esencial: hay ciertas conductas que son *mala in se*, malas en sí mismas. No se transforman en malas porque el rey o el legislador las prohíba (*mala quia prohibita*).

Debemos resaltar, asimismo, que encontramos en Bodin una diferencia entre Derecho y ley. Así, a su juicio, el Derecho implica sólo la equidad; la ley conlleva mandamiento. En otros términos: merced al Derecho, podemos interpretar adecuadamente la ley, a la que considera —en términos de teoría general de Derecho moderno— tan sólo una *directiva*, es decir, un enunciado que trata de influir en el comportamiento de aquellos a quienes va dirigida. A partir de la descripción de Bodin, pareciera que la ley pertenece a una categoría especial de directivas: las prescripciones.

Podemos encontrar aquí cierto error, debido a que no toda ley es una directiva, ya que tenemos, dentro del orden jurídico, normas meramente descriptivas, como así también leyes que carecen de sanción, respecto de las

cuales nadie duda de su carácter jurídico, como la mayoría de los preceptos contenidos en la Constitución.

En el Libro Tercero, Bodin insiste con su idea inicial: la familia es una comunidad natural (Cap. VII). Aquí nuestro autor se muestra absolutamente conservador: nada hay de más difícil manejo, ni de más dudoso resultado, ni de ejecución más peligrosa que la introducción de nuevas ordenanzas. Es que piensa que todo cambio en las leyes que atañen al Estado es peligroso, ya que si el cambio de costumbres y ordenanzas que regulan, por ejemplo, las sucesiones, los contratos o las servidumbres es, hasta cierto punto, tolerable, el cambio de las leyes que atañen al Estado supone tanto peligro como remover los cimientos o las claves de bóveda que sustentan el peso de la construcción (Libro Cuarto, Cap. III). Por ello, ese tipo de leyes debe ser máximamente respetado, porque sobre ellas se asienta en edificio de la República. Aquí Bodin se inscribe en una tradición que podríamos considerar como clásica: la gran cantidad de leyes produce desorden y confusión, hasta llegar a lo que modernamente se conoce con el nombre de “inflación legislativa”, con la consecuencia inevitable de la falta de aprecio a la ley por parte de los ciudadanos.

El Libro Sexto de la obra que nos ocupa es el que posee de lejos una mayor oscuridad interpretativa. En efecto, aquí Bodin se traslada del estado universal de las repúblicas a las características particulares de cada una de ellas, de acuerdo con la diversidad de los pueblos, con el fin de adaptar la forma de la cosa pública a la naturaleza de los lugares, y las ordenanzas a las leyes naturales (Cap. I).

Vemos, en consecuencia, que, para Bodin, en un mismo clima el pueblo oriental es muy diferente del occidental, y a la misma latitud y distancia del ecuador, el pueblo septentrional es diferente del meridional. Del mismo modo, las ciudades situadas en distintos niveles son propensas a sediciones y cambios al igual que las situadas en el mismo nivel.

Notamos aquí un escaso nivel científico, cuando, por ejemplo, afirma que Aristóteles se engaña al afirmar que los pueblos expuestos a temperaturas extremas son bárbaros, o al asegurar que otro factor de cambio a considerar es la variedad de los vientos. Se trata, como puede verse, de afirmaciones puramente dogmáticas, carentes de rigor, aunque Bodin no es el primer autor que trata de hacer una tipología del carácter y la personalidad humanas teniendo en cuenta la diferencia de los climas, las diversas temperaturas o la distinta ubicación de las ciudades. Debemos decir, sin embargo, que estas diferencias de caracteres humanos, que Bodin denomina “el natural de los pueblos”, que cree encontrar en diversas circunstancias geográficas y medioambientales, también fueron estudiadas por diversos autores, con anterioridad a la escritura de *Los seis libros de la República*.

En efecto, Aristóteles¹⁰ ya lo había afirmado, por ejemplo, en su *Política* (VII, vi, 20-30). Advierte Bruno Cruz Petit¹¹, que tanto en la *Historia* de Herodoto como en *Aires, aguas y lugares* de Hipócrates, el medio y el clima aparecen como factores determinantes de la salud y de la manera de ser de los pueblos. Son abundantes las descripciones del carácter y la organización de cada cultura en función del tipo de territorio, de las dificultades para acceder a la alimentación, sin descartar el papel de las leyes y el régimen político: las relaciones entre sociedad, espacio y medio ambiente en las distintas conceptualizaciones de la ciudad. Otro autor que abundó en la influencia de la naturaleza del clima sobre el carácter de las personas fue Montesquieu¹², en su *Espíritu de las Leyes* (Libros XVII y XVIII).

En fin, Bodin retoma el arduo tema de las relaciones entre Derecho y ley, que había abordado –como ya dijimos– en el Libro Primero, manifestando ahora, con buen criterio, que la ley sin equidad es un cuerpo sin alma, puesto que sólo toma en cuenta las cosas generales, en tanto que la equidad inquiriere las circunstancias particulares, que son infinitas. Así, las leyes deben adaptarse a estas circunstancias, tanto si se trata de materias jurídicas como políticas, a fin de evitar soluciones absurdas o injustas (Libro Sexto, Cap. VI).

En lo que atañe a nuestro tema, Bodin culmina ese Libro Sexto, Capítulo VI, recurriendo a otra metáfora, ya utilizada también por Cicerón: la que se refiere al gobierno de la República de la forma como lo haría un director de orquesta, “de la misma manera que con voces y sonidos contrarios se compone una dulce y natural armonía”. En efecto, en *Sobre la República* (Libro II, 42, 69), el arpinense, luego de comparar una ciudad bien gobernada como debiendo guardar congruencia por la unidad de muy distintas personas, por la concordia de las clases altas, bajas y medias, como los sonidos, advierte que la armonía en el canto es precisamente “lo que en la ciudad se llama concordia, vínculo de bienestar seguro y óptimo para toda la república”, ya que ésta no puede subsistir sin la justicia.

La teoría política en la que se inspira Bodin, en consecuencia, mantiene un respeto por las leyes de la naturaleza –que no deben traspasarse de ningún modo–, como así también marca un límite al concepto absoluto de soberanía, el que debe ceder también frente a las leyes de Dios. Sin embargo, el concepto de naturaleza que maneja Bodin, si bien está atravesado por una idea de racionalidad, no desmenuza filosóficamente el rico contenido que posee el concepto, tal como lo podemos encontrar en los desarrollos de

10 Aristóteles (1963). *Política*. México. Universidad Autónoma de México.

11 Cruz Petit, B. (2014). *Estudios demográficos y urbanos*, especialmente nota 1, versión on-line ISSN 2448-6515.

12 Montesquieu (1998). *Espíritu de las Leyes*. Madrid. Editorial Tecnos.

Aristóteles y Tomás de Aquino, autores que, al tratar ese tópico, tienen bien presentes, a su vez, los principios filosóficos de esencia y finalidad, respectivamente.

III. Naturaleza y teoría política en Locke

A diferencia de lo que ocurre con Bodin, podemos encontrar más fácilmente en Locke¹³ un punto de unión entre un concepto de naturaleza y su teoría política, ésta última expuesta centralmente en el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, publicado en 1689. Podríamos considerar esta obra el fruto de una madurez intelectual, ya que en 1664, unos veinticinco años antes, escribe una serie de ensayos que fueron agrupados en un sugerente título: *La ley de la naturaleza*¹⁴. También en 1689 escribe la conocida *Carta sobre la Tolerancia*¹⁵.

Es entonces en base a esos tres textos sobre los que trataremos de realizar algunas precisiones en torno a las nociones de naturaleza y teoría política que maneja John Locke, tratando de describir hasta qué punto ellas se encuentran íntimamente entrelazadas. Con excepción de su conocida posición contractualista, en realidad puede afirmarse que la teoría política lockeana es dependiente de su concepto de naturaleza, lo que permite diferenciarlo completamente de las posiciones asumidas con anterioridad por Thomas Hobbes, otro de los grandes contractualistas clásicos.

Locke parte de la idea de la existencia de un Dios, que gobierna al mundo y que ha dictado un orden que lo rige: “[...] no hay nada tan inestable y tan incierto en todo este asunto de la constitución de las cosas como en no admitir leyes fijas y estables que rigen su manera de operar y que son apropiadas a su naturaleza”¹⁶. Pero sin embargo esta ley ha de distinguirse del Derecho Natural: el derecho se basa en la libertad que tenemos de usar una cosa, mientras que la ley es lo que permite o prohíbe hacer una cosa. En el concepto de ley de la naturaleza, por consiguiente, nos encontramos en el ámbito de las permisiones y prohibiciones. De allí que ella puede describirse como un decreto de la voluntad divina, discernible por la luz natural, que nos indica qué está o no de conformidad con la naturaleza racional “y, por esa razón, qué es lo obligatorio y qué lo prohibido” (p. 6).

13 Locke, J. (2005). *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires. Universidad Nacional de Quilmes.

14 Locke, J. (2007). *La ley de la naturaleza*. Madrid. Tecnos.

15 Locke, J. (2005). Ob. cit.

16 Locke, J. (2007). Ob. cit., 4.

A juicio de Locke, esta ley de la naturaleza posee todos los requisitos de una ley: 1) tiene una causa formal, pues es el decreto de una voluntad superior; 2) nos prescribe qué debe hacerse y cuáles son las prohibiciones, y 3) obliga a los seres humanos, pudiendo ser percibida por la sola luz de la razón.

Aquí, nuestro autor utiliza como fuente directa la *Ética a Nicómaco* aristotélica, no sólo porque la función propia del hombre es actuar conforme a su razón –con lo cual está actuando conforme a su naturaleza–, sino porque aquí estamos en el terreno propio y específico de lo que el estagirita denomina lo “justo natural” (Libro V, Cap. 7, 1134b18), es decir, aquello que tiene validez en cualquier lugar.

Sin embargo, esta afirmación nos puede conducir a una objeción, ya que, si la ley natural fuese discernible por la mera luz de la razón, ¿por qué no toda la gente que posee razón llega a conocerla? Locke responde con variados argumentos a esta aparente aporía. En primer lugar, afirma nuestro autor, por el hecho de que algunos no hagan uso de la razón, no se puede seguir que ella no exista ni pueda tener efecto sobre nuestras acciones¹⁷. Sucede lo mismo aquí, que con nuestras leyes positivas. Del hecho de que algunos las violen, no puede deducirse que las mismas no existen. Locke aquí se muestra concluyente: en esta cuestión no debería consultarse con la mayoría de la gente, sino con aquellos que son más racionales y perceptivos que los demás.

Este argumento vuelve a ser utilizado poco más adelante: aunque los hombres más racionales no estén totalmente de acuerdo entre sí acerca de lo que es la ley de la naturaleza, de ello no se sigue que no haya una ley de la naturaleza en absoluto. En efecto, lo mismo que en una república es erróneo concluir que no hay leyes porque entre los jurisprudentes pueden darse diversas interpretaciones de las leyes, “así también en cuestiones de moral se infiere impropriamente que no hay ley de la naturaleza porque en un lugar se dice que la ley es una cosa, y en otro lugar se dice que es algo diferente” (p. 10).

Aquí, sin embargo, podría apreciarse una crítica efectuada por Locke a Hobbes, quien en su *Leviatán* (Parte IV, Cap. 46) despreciaba a los juristas por sus diferencias de interpretación de las normas jurídicas. Una mentalidad como la de Hobbes, habituada al pensamiento geométrico, no podía concebir la existencia de diversos criterios en materia interpretativa, por lo que hubiera extendido un certificado de defunción a nuestras escuelas de jurisprudencia.

17 *Ibidem*, 10.

Pero además, puede probarse la existencia de una ley de la naturaleza a partir de la comprobación de la existencia del juicio de conciencia. Aquí Locke utiliza la autoridad de Juvenal (*Sátiras*, XIII, 2-3), quien advertía que nadie que comete una mala acción es absuelto por su propio juicio interno. Los puntos de vista lockeanos son ingeniosos, al afirmar que, sin algún tipo de ley, no se podría pronunciar sentencia alguna y, por ende, esta ley no es escrita, sino innata, es decir, natural.

Otro argumento empleado por Locke, a fin de probar la existencia de una ley de la naturaleza, se refiere a lo que podría denominarse genéricamente el “orden natural”, es decir, la comprobación de la constitución misma de este mundo en el cual todas las cosas observan una ley fija en sus operaciones y un modo de existencia apropiado a su naturaleza. Aquí nuestro autor cita directamente la autoridad de Santo Tomás, al aludir a la ley eterna, plan de la divina sabiduría, no sólo en cuanto dirige todas nuestras acciones y mociones, sino también en cuanto a la disposición de todo lo que tiene lugar en las cosas. Quizás esta cita permita investigar más profundamente esa crítica histórica que se ha hecho acerca de Locke, en el sentido de que su conocimiento de la filosofía del aquinate era indirecto, ya que provenía del tomista anglicano Richard Hooker, citado una y otra vez en términos encomiásticos por nuestro autor en el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*.

En fin, el último argumento utilizado por Locke, en apoyo de la existencia de esta ley de la naturaleza, se refiere a que, sin ella, los hombres no pueden tener trato social entre ellos. Sin embargo, se manifiesta aquí su perfil contractualista: los dos factores sobre los que se asienta la sociedad humana son, en primer lugar, una definida constitución del Estado y una forma de gobierno, y en segundo término, el cumplimiento de los pactos. Precisamente la cláusula principal de ese *pactum societatis* es la obediencia a la ley: en primer lugar, a la norma positiva, pero más específicamente, este deber forma parte de la ley de la naturaleza en cuanto ordena obedecer a los superiores y mantener la paz pública.

Sin la existencia de esta ley superior, las leyes positivas deberían su obediencia sólo por razones de fuerza (“con ayuda de las armas”), pero desaparecería toda obligación moral, o mejor aún, toda razón moral para la obediencia: “[...] no puede esperarse que un hombre respete un contrato simplemente por haber prometido hacerlo, si de otro lugar le ofrecen mejores términos. Sólo lo respetará si la obligación de cumplir las promesas viene de la naturaleza, y no de la voluntad humana”.

En realidad, Locke da en el clavo, respecto al fundamento último de la obediencia: la razón fundamental para obedecer al Derecho es de naturaleza moral, no jurídica, como lo ha demostrado recientemente el filósofo analítico Peter Singer, quien dice: “Nuestra obligación de obedecer la ley es una obligación moral y no una obligación legal. No puede ser una obligación

legal, porque esto nos llevaría de regreso al infinito: puesto que las obligaciones legales se derivan de leyes, tendría que haber una ley que dijese que debemos obedecer la ley. ¿Qué obligación habría entonces de obedecer esa ley? Si fuera una obligación legal, entonces tendría que haber otra ley [...], etcétera. Si hay alguna obligación de obedecer la ley, debe ser en última instancia una obligación moral¹⁸.

En fin, si el hombre hace un uso apropiado de su entendimiento, puede alcanzar el conocimiento de esta ley. Ella no está inscrita en la mente de los hombres, de un modo innato, por lo cual no queda otra cosa para definirla que la razón y la experiencia sensible¹⁹. Aquí encontramos la impronta empirista de Locke: el fundamento sobre el que descansa el conocimiento lo constituyen los objetos de la experiencia sensible, pues toda argumentación procede siempre de lo que nos es conocido y aceptado. Tan absoluto es este principio de naturaleza gnoseológica, que esa ley de la naturaleza no puede ser conocida como consecuencia del consenso de los hombres. Con lo cual la máxima *vox populi, vox Dei* es incierta y falaz.

Por lo tanto, no deberíamos buscar los dictados de la razón y los decretos de la naturaleza en el consenso de los hombres. Advirtamos, sin embargo, que esta idea del *consenso*, que nace en Locke en 1664, adquiere validez en el terreno jurídico-político a partir de lo que nuestro autor denomina *consenso positivo*, que es aquel que surge de intereses comunes y la conveniencia de los hombres, adquirirá un pleno desarrollo en el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, donde nos asegura —en tono cerradamente contractualista— que “el principio de la sociedad política depende del consenso de los individuos que deciden juntarse y dar lugar a una sociedad; y, una vez formada esa comunidad, pueden decidir entre ellos cuál es la forma de gobierno que consideran más conveniente”²⁰. Esta obra, como ya vimos, fue escrita en 1689.

En fin, de la observancia de esta ley de la naturaleza nacen la paz, la concordia, la amistad, la libertad, la seguridad, la propiedad. En suma: la felicidad. Pero estos bienes no deben ser reducidos a una mera utilidad. Con acierto, Locke advierte que la rectitud de una acción no depende de su utilidad, sino que la utilidad se sigue de la rectitud²¹.

¿Existe una conexión entre la concepción de la naturaleza lockeana y su teoría política? Pensamos que sí. Quizás esto pueda verse con más claridad en las otras dos obras que utilizaremos: la *Carta sobre la Tolerancia* y el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*, respectivamente.

18 Singer, P. (1985). *Democracia y Desobediencia*. Madrid. Ariel, 11.

19 Locke, J. (2007). Ob. cit.

20 Locke, J. (2005). *Segundo ensayo...* Ob. cit., cap. VIII, n° 106.

21 Locke, J. (2007). Ob. cit., VIII, 103.

En cuanto a la *Carta*, se encuentran en este opúsculo referencias muy precisas respecto de la función del Estado y el papel que éste desempeña en la regulación referente a las creencias religiosas, tema álgido en la Europa de su tiempo. Como ya lo había adelantado en *La ley de la naturaleza*, Locke ve en el Estado una sociedad de hombres constituida solamente para procurar, preservar y hacer avanzar sus propios intereses de índole civil. ¿Cuáles son esos intereses? La vida, la libertad, la salud, el descanso del cuerpo y la posesión de cosas externas²². La misión del Estado no puede exceder esos límites y, en todo caso, el deber de los magistrados consiste en asegurar, mediante la ejecución imparcial de leyes justas, la posesión de esas cosas. Así, “la avaricia, la falta de caridad, la ociosidad y muchas otras cosas son pecados, por acuerdo de los hombres y, sin embargo, nadie ha dicho jamás que deban ser castigadas por el magistrado” (p. 44).

A partir de este énfasis puesto en la protección de la propiedad privada, en donde Locke ve la causa del paso del estado de naturaleza al estado de sociedad, por la intervención “de un juez sobre la tierra con su autoridad para dictaminar sobre todas las controversias y reparar los daños que pudieran ocurrir a cualquier miembro de esa república”²³, que impida la justicia por mano propia, nuestro autor ha sido calificado duramente como un precursor del capitalismo, como si fuera un pecado moral la tendencia natural a proteger las cosas propias, y Locke no hubiera mencionado la existencia de otros bienes a proteger, algunos de los cuales son básicos, tales como la vida o la libertad. Ello así, el papel de las leyes no es cuidar de la verdad de las opiniones, sino de la seguridad del Estado y de los bienes y de la persona de cada hombre en particular.

Debemos decir algo ahora, respecto de lo que podría describirse como la estructura de la norma jurídica en Locke. El imperativismo extremo surge a partir de los desarrollos del paleopositivista John Austin²⁴, en el siglo XIX. Austin pensaba que una ley es un mandato “directo o indirecto de un monarca o cuerpo soberano dirigido a una o más personas que se encuentran en un estado de sujeción respecto de su autor”. Por cierto, Locke no concibe a una ley ni como un mandato, ni como una sujeción, y se encuentra lejos de pensar que la bondad o maldad de una ley es una expresión de alcance relativo y variable, como lo sostenía Austin. El criterio austinianiano va a ser recogido en el siglo XX por Hans Kelsen²⁵, máximo representante del relativismo: el problema de los valores es, ante todo, un problema de conflicto de

22 Locke, J. (2005). *Carta...* Ob. cit., 8.

23 Locke, J. (2005). *Segundo ensayo...* Ob. cit., cap. VII, n° 89.

24 Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 135.

25 Hans, K. (1966). *¿Qué es la Justicia?* Córdoba. Universidad Nacional de Córdoba, 22.

valores. Esto significa, para el autor checoslovaco, que es válido únicamente para el sujeto que formula el juicio y, en este sentido, es relativo. En última instancia, “es nuestro sentimiento, nuestra voluntad, no nuestra razón, lo emocional y no lo racional de nuestra conciencia, quien resuelve el conflicto”.

Anticipándose a los desarrollos de Kant, Locke distingue el ámbito interior, en donde domina el entendimiento y la conciencia, de la actuación externa, la que es factible de ser alcanzada por la eficacia de la sanción. En este aspecto, podría verse que nuestro autor es un imperativista temprano, dado que no concibe la existencia de leyes sin sanción, pues al carecerse de ellas, las mismas no poseen fuerza alguna. Por cierto, en el ámbito externo, los castigos son absolutamente impertinentes, puesto que no son adecuados para “convencer la mente”. (Locke, 2005, 11). De todas maneras, tal como ya lo hemos visto, la ley es una expresión de la razón, y su causa final es el bien común: el bien público es la regla y medida de toda actividad legislativa, por lo que, si una cosa no es útil a la comunidad, no puede ser establecida por la ley, por indiferente que sea.

También encontramos una distinción entre moral y Derecho, vinculada, precisamente, a este criterio de exterioridad-interioridad antes expuesto: el poder del Estado, se refiere tan sólo “a los intereses civiles de los hombres”, aunque esta idea le sirve para fundamentar las bases de su concepción respecto de la tolerancia. Ante todo, encontramos en Locke una idea esencial, a partir de la cual podemos considerarlo una especie de “adelantado”: la Iglesia en sí es una cosa absolutamente distinta y separada del Estado (p. 23). Esas dos sociedades son –a su juicio– absolutamente diferentes. Por ende, el cuidado de las almas no corresponde al magistrado.

Aquí se produce también otro gesto teórico precursor, por parte de Locke. Efectivamente, nuestro autor precede a las más modernas teorías que fundamentan el respeto debido a la objeción de conciencia, en la medida en que ella no dañe a terceros (p. 40) y se exprese sinceramente. En este sentido, ha de tenerse en cuenta *la sinceridad de la convicción, no la legitimidad de la creencia*. En efecto, la única prueba de la verdad de una creencia es su sinceridad.

Textualmente, Locke asegura: “[...] si alguna congregación tuviera la intención de sacrificar niños [...], ¿está el magistrado obligado a tolerarlas porque son cometidas en una asamblea religiosa? Ciertamente no. [...] El papel del magistrado consiste solamente en procurar que la comunidad no sufra ningún perjuicio y que no se haga daño a ningún hombre ni en su vida ni en sus bienes” (p. 40).

De todas maneras, un análisis de la teoría política en Locke sería incompleto si no hiciéramos referencia a su posición contractualista. Ella se encuentra centralmente expuesta en el *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Aquí notamos que, si bien el estado de naturaleza lockeano no posee

el carácter sombrío que posee en la versión hobbesiana, el mismo se caracteriza, sin embargo, por la ausencia de jueces imparciales que puedan garantizar nuestra libertad y nuestros bienes. La única posibilidad, en una situación así, es tomar justicia por mano propia, pero ello es irrazonable ya que los hombres no pueden ser jueces en sus propias causas (Locke, 2005, nº 13).

Surge aquí un concepto prácticamente nuevo en la teoría política, tal como ya lo hemos referido: *el consentimiento* o, lo que es lo mismo, *el consenso*. Ese es el fundamento y el inicio de la sociedad política, y lo que permite establecer la forma de gobierno que se considere apropiada.

Ahora bien, dado que el ingreso de los hombres al *status societatis* se consigue por el anhelo de paz y de seguridad, el principal medio para alcanzar esto es la constitución de un Poder Legislativo pero que siempre tenga como límite el bien público. Para Locke, el Legislativo es el principal de los poderes, no sólo porque tiene la potestad de dictar leyes vinculantes para la sociedad, sino también porque éste tiene además la facultad de designar a los jueces, que deben encargarse –como ya se ha visto– de resolver los conflictos.

Sin embargo, este carácter principal que posee el Poder Legislativo contiene un límite cierto: no puede ser ejercido arbitrariamente. Surge aquí la influencia ejercida en Locke por el tomista anglicano Hooker: las normas que hayan de dictarse deben ser expresión de la ley de Dios y de la ley de la naturaleza. Así, expresa claramente: “[...] no puede arrogarse el poder de gobernar por medio de decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligado a administrar justicia y a determinar los derechos de los súbditos por referencia a leyes debidamente promulgadas y permanentes y con el concurso de jueces conocidos y autorizados a tal efecto”. (Cap. IX, nº 136).

Esta afirmación es enfática y señala una separación respecto de la teoría hobbesiana expuesta en el *Leviatán*. El poder absoluto y arbitrario, y el gobierno sin leyes fijas y vigentes, es incompatible con los fines de la sociedad y del gobierno. Locke aquí advierte que “los hombres no abandonarían la libertad del estado de naturaleza, ni se pondrían bajo la autoridad de nadie, si no fuera para proteger sus vidas, libertades y fortunas, y para asegurar su paz y tranquilidad por medio de la promulgación de normas de justicia y propiedad”. (Cap. IX, nº 137).

Ahora bien, este conjunto de leyes, formalmente establecidas por un procedimiento establecido y materialmente dictado con respeto hacia esa vida, libertades y bienes, conforma lo que podríamos denominar el “*rule of law*”, el “Estado de Derecho” (si quisiéramos traducirlo en términos modernos) y, por supuesto, ellas deben ser obedecidas. Locke no se plantea la insumisión a la ley en términos de desobediencia civil, pero –fiel a su época– discurre sobre la posibilidad del derecho de resistencia. En este aspecto, su

punto de vista es más bien crítico y desconfiado. Así, en su opinión, sólo debe resistirse con la fuerza a una fuerza injusta e ilegítima. Por ende, quien opone alguna forma de resistencia en otro caso se hace merecedor de una justa condena, tanto de Dios como de los hombres. Esta es la única manera de poner límite a la doctrina de la rebelión legítima, y que ella no ocasione peligro ni confusión (Cap. XVIII, n° 204).

De todas maneras, la preocupación de Locke es siempre la misma: el que las leyes (o mejor quizás, el sistema legal) no estén en peligro. Pero si los súbditos están persuadidos de que sus leyes, libertad, bienes y su misma vida pasan por esta situación de zozobra, a él le resulta imposible “decir cómo podría impedirse que el pueblo oponga resistencia a la fuerza ilegal que se emplea en su contra” (Cap. XVIII, n° 209).

Refiere Chevallier²⁶ que Maurice Barres, recibiendo un día a un joven escritor, que deseaba explicarle sus ideas, le dijo: “Sí, ya sé sus ideas, pero ¿cuál es su sed? Es decir, su deseo profundo, su impulso afectivo, del cual las ideas no son más que la traducción intelectual”. La sed de Hobbes era la autoridad absoluta, sin fisuras, que elimina todo riesgo de anarquía, aun exponiéndose a sacrificar la libertad. La sed de Bodin, probablemente, haya sido la de mantener la tradición. La sed de Locke es el antiabsolutismo, el deseo violento de la autoridad contenida, limitada por el consentimiento del pueblo, por el Derecho Natural, a fin de eliminar el riesgo de despotismo, de arbitrariedad. Esta sed antiabsolutista entraña la voluntad intelectual de demoler, de una vez para siempre, la doctrina del Derecho divino, obra maestra de cierta teología, a la vez católica y anglicana, que cubre con el manto divino los peores excesos de la autoridad (p. 90).

En efecto, como hemos visto, el poder ha de estar siempre limitado por el bien común. Pero en su concepción de la supremacía del Poder Legislativo, hay cierta coincidencia con Bodin cuando, procediendo a la enumeración de los signos de soberanía, comenzaba por el poder de dar y quebrantar la ley, primer signo y más importante, en el cual todos los demás, finalmente, estaban comprendidos (p. 96). Pero también en Bodin hay un límite al ejercicio del poder, el respeto a la ley natural, a las leyes fundamentales del reino... En fin, en ambos autores los Derechos Naturales son inalienables.

Por lo expuesto, la lectura y el estudio de ambos autores nos permitirán adentrarnos en los principales supuestos teóricos sobre los que se asienta la moderna teoría de los Derechos en el Estado democrático. Urge, pues, el reconocimiento de la enorme riqueza que ellos aportan al desarrollo de la ciencia política.

26 Chevallier, J. J. (1979). Ob. cit.

Ciencia política que, a partir del renacimiento, nos acerca a los grandes desarrollos y discusiones propias del siglo XIX, y que florecieron en el curso del siglo XX: el liberalismo político, la separación entre la iglesia y Estado, el énfasis puesto en la defensa de la libertad y de la propiedad privada, la protección a la familia, considerada como núcleo esencial de la sociedad.

Aprovechemos, entonces, las formulaciones de estos dos grandes y fecundos autores.

Bibliografía

- Aristóteles (1963). *Política*. México. Universidad Autónoma de México.
- Austin, J. (2002). *El objeto de la jurisprudencia*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bodin, J. (1985). *Los seis libros de la República*. Madrid. Tecnos.
- Bravo Gala, P. (2005). *Presentación a Carta sobre la Tolerancia*. Madrid. Tecnos.
- Chevallier, J. J. (1967). *Historia del pensamiento*. T. II. Madrid. Aguilar.
- Chevallier, J. J. (1979). *Los grandes textos políticos*. Madrid. Aguilar.
- Cicerón (1991). *Sobre la República*. Madrid. Gredos.
- Cruz Petit, B. (2014). *Estudios demográficos y urbanos*, versión on-line ISSN 2448-6515.
- Fernández-Galiano, A. (1979). *Derecho Natural. Introducción filosófica al Derecho*. Madrid. Universidad Complutense.
- Hans, K. (1966). *¿Qué es la Justicia?* Córdoba. Universidad Nacional de Córdoba.
- Locke, J. (2005). *Carta sobre la Tolerancia*. Madrid. Tecnos.
- Locke, J. (2007). *La ley de la naturaleza*. Madrid. Tecnos.
- Locke, J. (2005). *Segundo ensayo sobre el Gobierno Civil*. Buenos Aires. Universidad Nacional de Quilmes.
- Montesquieu (1998). *Espíritu de las Leyes*. Madrid. Editorial Tecnos.
- San Agustín (1977). *La ciudad de Dios*. Madrid. Biblioteca Autores Cristianos.
- Singer, P. (1985). *Democracia y Desobediencia*. Madrid. Ariel.
- Villey, M. (1979). *Compendio de Filosofía del Derecho*. Pamplona. Universidad de Navarra.

ALGUNOS DESAFÍOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL SIGLO XXI

Some challenges of the Constitutional Law of the XXI century

Alcune sfide del Diritto Costituzionale XXI secolo

Alfonso Santiago¹

Para citar este artículo:

Santiago, A. (2020). "Algunos desafíos del derecho constitucional del siglo XXI".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 175-188.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.175-188>

Resumen: El artículo trata de visualizar y esbozar algunos de los principales desafíos temáticos que enfrenta el Derecho Constitucional de nuestros días, desde una perspectiva personalista que pone a la igual e inviolable dignidad de la persona humana como eje y fundamento del orden político y jurídico. Se desarrollan cuatro temas, a saber: la dignidad de la persona humana, las políticas públicas, el medio ambiente y la organización de las instituciones globales.

Palabras clave: Derecho Constitucional; Dignidad de la persona humana; Políticas públicas; Medio ambiente; Globalización.

Abstract: The article tries to visualize and outline some of the main thematic challenges facing the Constitutional Law of today, from a personalistic perspective that puts the equal and inviolable dignity of the human per-

¹ Abogado y Doctor en Derecho en la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Austral, Pilar, Buenos Aires, Argentina. Miembro Titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Miembro Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España. Correo electrónico: asantiago@austral.edu.ar

son as the axis and foundation of the political and legal order. Four themes are developed: the dignity of the human person, public policies, the environment and the organization of global institutions.

Keywords: Constitutional Law; Dignity of the human person; Public policies; Environment; Globalization.

Sommario: L'articolo cerca di visualizzare e delineare alcune delle principali sfide tematiche che il Diritto Costituzionale deve affrontare oggi, da una prospettiva personale che pone la dignità uguale e inviolabile della persona umana come asse e fundamento dell'ordine politico e legale. Vengono sviluppati quattro temi, vale a dire: la dignità della persona umana, le politiche pubbliche, l'ambiente e l'organizzazione delle istituzioni globali.

Parole chiave: Diritto Costituzionale; Dignità della persona umana; Politiche pubbliche; Ambiente; Globalizzazione.

Introducción

Con motivo del 40º aniversario de la prestigiosa Revista Jurídica *Prudentia Iuris*, sus autoridades me han pedido que reflexione con una mirada prospectiva sobre el presente y futuro del Derecho Constitucional a luz de los principios y valores que inspiran esa publicación científica.

Con esta finalidad, y con algún grado arbitrariedad, he elegido cuatro temas para desarrollar brevemente en esta colaboración:

- 1) Derecho Constitucional y dignidad de la persona humana;
- 2) Derecho Constitucional y políticas públicas;
- 3) Derecho Constitucional, medio ambiente y desarrollo sustentable;
- 4) Derecho Constitucional e instituciones del mundo global.

Los dos primeros apartados tendrán un mayor despliegue, mientras que, por razones de limitación de extensión, los dos segundos apenas estarán esbozados².

2 Para ampliar la exposición de algunos de los temas elegidos, remitiremos a otros libros y artículos donde hemos hecho un desarrollo más extenso de ellos.

1) Derecho Constitucional y dignidad de la persona humana

Benedetto Croce titulaba una obra suya *La Historia como hazaña de la libertad*³, entendiendo que es esa búsqueda insaciable de la libertad humana lo que daría sentido y orientación a la experiencia histórica.

Pienso que, desde una perspectiva personalista, se puede ser aún más radical. La fuerza más profunda que inspira la vida humana, la vida política y en particular al Derecho Constitucional es la dignidad humana. Aún más que la libertad, es la dignidad humana la que impulsa el desarrollo de nuestra disciplina, especialmente a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948. Su preámbulo declara con toda claridad y solemnidad que “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”, y en su artículo 1º establecía que “todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

El reconocimiento de la igual e inviolable dignidad de la persona humana pasaba así a ser explícitamente reconocido como el principio fundamental de la convivencia nacional e internacional. Ello significó la puesta en marcha de un “big bang” jurídico que se iría desplegando progresivamente a lo largo del tiempo, no sin obstáculo, contradicciones y algunas notables incoherencias.

Muchos son los frutos concretos y tangibles que se han conseguido durante estas décadas como consecuencia del reconocimiento práctico de este principio fundamental: la eliminación de la segregación racial en los Estados Unidos; el fin del apartheid en Sudáfrica; el derrumbe de los sistemas totalitarios comunistas en Europa Oriental; la equiparación de derechos entre hombres y mujeres en buena parte de los países del mundo; el progresivo reconocimiento y vigencia de los Derechos Humanos en muchos ámbitos del mundo; la extensión de la democracia constitucional como forma de Estado a través de las distintas olas democráticas que se han ido sucediendo desde 1945; las fuertes condenas a las diferentes formas de terrorismo de Estado en América Latina y en otras regiones del mundo; el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que ofrece una tutela complementaria y subsidiaria de la que brindan los ordenamientos nacionales; la puesta en marcha de procesos regionales de integración que fomenta la cooperación entre los países y reduce fuertemente la posibilidad de conflictos bélicos

3 Cfr. Croce, B. (2008). *La Historia como hazaña de la libertad*. México. Fondo de Cultura Económica.

entre ellos; los crecientes mecanismos de participación de los ciudadanos y organizaciones sociales que se van creando para hacer realidad aquella premisa que formulara Jean Monet, “nada de nosotros, sin nosotros”; el reconocimiento y tutela de los derechos económicos, sociales y culturales, en especial de los grupos más vulnerables; etc.

A su vez, la progresiva constitucionalización y convencionalización de los ordenamientos jurídicos ha hecho que el principio de la dignidad de la persona humana permeara y transformara las distintas áreas del Derecho⁴.

El paradigma del Estado Constitucional de Derecho, como modelo que expresa y sintetiza las aspiraciones de la organización política y jurídica en nuestros días⁵, ha ido incorporando progresivamente muchas de las exigencias que se derivan de este principio basal, adquiriendo algunas notas que lo definen y caracterizan. En base a ello, podemos caracterizar al Estado Constitucional de Derecho de nuestros días como democrático, social, convencional, pluralista, subsidiario y personalista. Estas notas expresan varias de las consecuencias que se derivan de poner a la igual e inviolable dignidad de la persona humana como fundamento de la organización política y jurídica.

Si bien son perceptibles y notables los logros ya reseñados, son muchos más los desafíos pendientes que se derivan de la proclamación de este principio fundamental de la dignidad de cada persona humana; especialmente, frente a los fenómenos de la exclusión social, los economicismos exacerbados, la cultura del menosprecio a la vida naciente o enferma, la manipulación genética, las amenazas de una tecnociencia cosificadora de la persona humana, los fundamentalismos religiosos, la corrupción política, etcétera⁶. Temas relacionados con la vertiginosa revolución tecnológica a la que estamos asistiendo, como pueden ser la inclusión digital, la protección de datos y la privacidad, los posibles “sesgos” presentes en las nuevas tecnologías y la experimentación en seres humanos, plantean nuevos y complejos desafíos a la disciplina constitucional⁷.

4 Cfr. Santiago, A. (2017). “Una nueva era jurídica”. *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional.

5 Cfr. Santiago, A. (2018). *Estudios Constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons, Cap. IV.

6 Juan Pablo II afirmaba que “[n]unca se ha oído exaltar tanto la dignidad y el derecho del hombre a una vida hecha a medida del hombre, pero también nunca como hoy ha habido afrentas tan patentes a estas declaraciones”. (Alocución del 22-12-1979).

7 Hemos desarrollado algunos de estos desafíos en un trabajo escrito junto con Lucía Bellocchio, “Estado Digital de Derecho”, publicado en el nro. 8/19 de la *Revista de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional*.

Se advierte la necesidad de consolidar una sólida teoría de los Derechos Humanos que profile su concepto, fundamentos, catálogo, contenido esencial y modo de interpretación y operación para su armonización entre sí y con “las justas exigencias del bien común en una sociedad democrática”⁸.

Las emergencias militares, políticas, económicas y sanitarias, que con frecuencia asoman a la vida institucional de los distintos países, se convierten en otra amenaza para los Derechos Constitucionales, que siempre han de ser resguardados en su contenido esencial⁹.

Por otra parte, es necesario garantizar una amplia y creciente participación de los ciudadanos y de la sociedad civil en la toma y el control de las decisiones públicas que los involucran, siguiendo las propuestas del paradigma de Gobierno Abierto formulado en la primera década de este siglo.

El Derecho Constitucional, en diálogo con la Filosofía del Derecho y la Antropología, tiene que seguir profundizando en los fundamentos y las consecuencias prácticas que se derivan de cada uno de los términos del principio axial que hemos enunciado: igual e inviolable dignidad de la persona humana.

Ha señalado la Corte Suprema argentina que “el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo –más allá de su naturaleza trascendente– su persona es inviolable y constituye el valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*Fallos*: 316:479, votos concurrentes)”¹⁰. Cada persona humana es única e irrepetible. Está llamada a ser el principio, sujeto y fin de todas las actividades humanas. Ella es un fin en sí misma que nunca puede tratarse como medio, pues siempre es sujeto y nunca objeto, siempre es “alguien” y nunca “algo”¹¹.

La dignidad de la persona humana es un concepto jurídico suprapositivo, fundador e inspirador de todo el ordenamiento jurídico nacional e internacional, que actúa como “guía insoslayable” para su interpretación y operación¹². Es un principio universal, absoluto e irrenunciable que no reconoce excepción alguna. Todo daño directo a este principio, todo desconoci-

8 Cfr. art. 32 de la CADH.

9 Hemos tratado esta problemática en nuestro artículo (2018). “Algunas notas del X Congreso Mundial de Derecho Constitucional”. *LL*, Suplemento de Derecho Constitucional.

10 *Fallos*: 327:3753, 2004.

11 Cfr. Spaemann, R. (2000). *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*. Pamplona. Eunsa.

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

miento teórico o práctico del carácter de persona humana de un ser humano, es de “lesa humanidad”. Decimos esto porque ese desconocimiento afecta la realidad y el concepto de la dignidad humana, ya que lesiona su carácter universal, necesario e inviolable y, por eso, se transforma en una ofensa a todo hombre portador intrínseco de esa misma dignidad. No se pueden fijar condiciones de ningún tipo para que el ser humano ingrese en este estatus propio de persona humana ni decidir su exclusión.

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

- Universal: alcanza a todos los seres humanos, hombres y mujeres, sanos, enfermos y con capacidades diferentes, desde el momento mismo de la concepción hasta la muerte natural.
- Eminente: es superior a todos los otros bienes que regula el Derecho. Dignidad es reconocimiento de la exclusiva excelencia y superioridad de la persona humana sobre todas las realidades naturales y sociales. Ya señalaba, en este sentido, “Las Siete Partidas” que “la persona del hombre es la más noble cosa del mundo”¹³.
- Intrínseca e inherente: tiene *per se vigore* y no es una mera concesión graciosa externa. La persona humana es valiosa en sí misma, debido a las condiciones propias, entre las que se destacan su interioridad, racionalidad y espiritualidad.
- Inviolable e intangible: la dignidad no puede ser avasallada o desconocida en ningún caso; la persona humana es siempre fin y no puede utilizarse como medio, nunca podrá cosificarse, degradarse, esclavizarse, torturarse. No se puede afectar la dignidad humana ni el contenido esencial de los derechos que dimanar de modo inmediato de esa dignidad, que actúan, según Dworkin, como vallas infranqueables para el logro de objetivos colectivos y no tan sólo como mandatos de optimización, según señala Alexy¹⁴.
- No disponible e irrenunciable, tanto por la propia persona como por terceros.

13 “Las Siete Partidas”, Partida Séptima, Título I, Ley 26.

14 En su conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, el 18 de agosto, este destacado autor alemán desarrolló el tema de “Dignidad y proporcionalidad”. Señaló que existen dos concepciones contrapuestas sobre la dignidad humana como categoría jurídica: la absoluta y la relativa. La absoluta otorga a la dignidad una prioridad sobre todas las otras normas en todos los casos, lo que excluye e impide la realización de la ponderación. Sólo desde una concepción relativa de la dignidad humana es posible realizar la operación propia de la ponderación que él propone. Él adhiere, por tanto, a una concepción relativa, sin dejar de reconocer que algunas características de la dignidad humana se mueven en dirección al absolutismo.

- Su respeto es moral y jurídicamente obligatorio: captado el ser de la dignidad, surge de modo directo e inmediato la obligatoriedad jurídica de su igual e inviolable respeto.

La dignidad de la persona humana no expresa tanto el contenido de un Derecho Humano concreto como el fundamento mismo de esos Derechos¹⁵. Es un “porqué” definitivo y último, más que un “qué” específico y concreto, más allá de que algunos derechos, como la prohibición de la esclavitud y de la tortura y el respeto a la vida de todo ser humano, guardan con ella una estrecha proximidad.

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

En su reflexión acerca de la igual e inviolable dignidad de la persona humana, el constitucionalista personalista bien puede tener en cuenta estas reflexiones de San Juan Pablo II: “Dedico mis rarísimos momentos libres a una labor muy cercana a mi corazón y que se centra en el sentido metafísico y el misterio de la *persona*. Me parece que el debate se está llevando a cabo hoy en día en ese nivel. La maldad de nuestro tiempo consiste en primer lugar en una especie de degradación; de hecho, en una pulverización del carácter único fundamental de cada persona humana. Esa maldad tiene lugar en mayor grado en el orden metafísico que en el moral. A esta desintegración planeada en su tiempo por ideólogos ateos debemos oponer, más que una polémica estéril, una especie de recapitulación del misterio de la persona”¹⁶.

15 Así, Robert Spaemann afirma que la dignidad humana “no indica de modo inmediato un Derecho Humano específico, sino que contiene la fundamentación de lo que puede ser considerado Derecho Humano en general. Lo que con él se nombre es algo más originario que lo que se expresa por medio del término Derecho Humano, y a la vez, no tiene la misma operatividad que aquél” [(1988). “Sobre el concepto de dignidad humana”. *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 19, 15].

16 Carta de Karol Wojtyła a Henri de Lubac, citada por Weigel, G. (1992). *Testigo de Esperanza*. Plaza & Janes, 242.

2) El Derecho Constitucional de las políticas públicas

Junto a tomarse en serio la igual e inviolable dignidad de la persona humana, el Derecho Constitucional de nuestros días tiene el desafío de desarrollar lo que podríamos denominar el derecho de las políticas públicas, estrechamente vinculado con el bien común político, verdadera piedra angular de una teoría política y jurídica personalista.

Mientras comenzamos la tercera década del siglo XXI nos parece que es necesario proponer un nuevo paradigma conceptual de la realidad política. La valiosa doctrina de los Derechos Humanos que se ha desarrollado y ha llegado a predominar en el mundo jurídico durante los últimos setenta años, necesita ser complementada e integrada en el marco del bien común, para no degenerar en una visión individualista del fenómeno social.

Una de las consecuencias naturales que se derivan de la visión del fenómeno constitucional desde una perspectiva del bien común es la incorporación de las políticas públicas como un aspecto medular de la acción del Estado, que ya no sólo se orienta a la protección de los Derechos Humanos sino también al logro de bienes de carácter público: la seguridad pública, la educación, la estabilidad monetaria, la salud pública, la protección del medio ambiente, la protección del patrimonio cultural, etcétera¹⁷.

Podemos definir a las políticas públicas como la acción coordinada entre los órganos de gobierno, los organismos administrativos, las organizaciones de la sociedad civil y las empresas para la obtención de los bienes públicos (p. ej., seguridad pública, educación pública, salud pública, etc.), destinados a ser disfrutados por las personas y grupos sociales que conforman una comunidad política.

Las políticas públicas no representan otra cosa que el Estado de nuestros días en acción buscando alcanzar los fines que la constitución y la propia realidad social le demandan.

El ciclo de las políticas públicas comprende, al menos, tres etapas: su diseño y formulación, su decisión e instrumentación y su evaluación y control. En cada uno de esos momentos han de participar, con diversas funciones y actividades, todos los actores antes mencionados.

Esas políticas públicas, junto a su legitimidad de origen fundada en el consenso democrático, su legitimidad jurídica fundada en el respeto al

17 Ya hemos tratado en profundidad esta temática en tres trabajos anteriores a los que remitimos para la ampliación en el desarrollo y fundamentación de nuestra propuesta: Santiago, A. (1999). *Bien Común y Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ábaco; “Las justas exigencias del bien común político en una sociedad democrática. Una nueva manera para pensar el Derecho Constitucional”, disponible en http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaaba_marzo2014.pdf.

contenido esencial de los Derechos Humanos, han de tener una legitimidad técnica, basada en la evidencia científica disponible, que justifique *a priori* el fundamento de cada decisión que adopten los poderes públicos.

Tradicionalmente existió una visión del Derecho Constitucional que distinguía dos partes de la Constitución: la dogmática o declaración de derechos y la orgánica u organización del poder. Una estaba en función de la otra. La organización del poder, la limitación y división de poderes, se consagraba básicamente para asegurar los Derechos Constitucionales de los individuos. En ese esquema no hay una consideración especial para las políticas públicas ni para las justas exigencias del bien común que, sin embargo, aparecían muchas veces en los preámbulos constitucionales y “subrepticamente” incorporadas en diversas cláusulas constitucionales.

El concepto de bien común político nos permite dar a las políticas públicas el lugar que realmente les corresponde en el diseño político y constitucional de un Estado: no sólo vivimos unos con otros para protegernos unos de otros y preservar nuestros derechos sino, fundamentalmente, para crear las condiciones de vida en común que nos permitan nuestro despliegue como personas. El bien común político, de modo más amplio y pleno que la mera protección de los Derechos Humanos, es el fin del Estado y de toda comunidad política.

Esto hace que no sólo corresponda hablar y pensar sobre:

- el derecho a la vida y a la libertad, sino acerca de la política de seguridad pública que se pretende poner en marcha;
- el derecho a la educación, sino de la política educativa en el que se enmarcará y tendrá cabida ese derecho;
- el derecho de propiedad, sino de las políticas públicas que generen las condiciones económicas de estabilidad y desarrollo que lo hagan posible y permitan su despliegue y la creación de riqueza;
- el derecho al medio ambiente, sino de la política de medio ambiente que permitirá su efectivo disfrute;
- del derecho a la vivienda, sino de las políticas públicas razonables y efectivas que permitan su efectivo y progresivo goce por parte de todos los habitantes de una ciudad.

Los ejemplos se pueden multiplicar al infinito. Cada vez es más necesario y conveniente estudiar y reflexionar no sólo sobre el contenido de los Derechos Humanos, sino acerca del diseño, la ejecución y el control de las políticas públicas que los harán efectivos.

Se hace imperioso redescubrir y dar toda su relevancia y trascendencia al concepto de bien común político y de políticas públicas, de modo tal de lograr un equilibrio razonable e integrador entre bienes personales y bienes

comunitarios, entre Derechos Humanos y políticas públicas que los tornen operativos y efectivos. En este contexto los Derechos Humanos encuentran su debido reconocimiento y su justo alcance.

Lo anterior lleva también a un equilibrio institucional entre las funciones de los Poderes Legislativo y Ejecutivo, diseñadores y gestores de las políticas públicas, y el Poder Judicial, encargado de su control en lo que hace a su legitimidad de origen y el respecto al contenido esencial de los Derechos Humanos¹⁸. Los procesos judiciales se han manifestado insuficientes e ineficaces para la ejecución de políticas que deben ser decididas mediante el proceso legislativo ordinario. Este principio puede iluminar el arduo problema del activismo judicial y de la implementación efectiva de los llamados “remedios estructurales”, facilitando un diálogo interorgánico racional y maduro.

3) Derecho Constitucional, medio ambiente y desarrollo sustentable

Comienza afirmando el artículo 41 de la CN que “todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”.

Señala Renato Rabbi-Baldi que “el Derecho Ambiental importa otro distanciamiento con los Derechos Humanos de la Ilustración, ya que no sólo supera la fundamentación individualista de éstos, al proponer en su lugar una de cuño solidarista, sino que –con lógica impecable– extiende los alcances de esta última a los que aún no existen, de suerte que los derechos del ambiente también han de predicarse, hoy, respecto de las generaciones futuras”¹⁹.

La importancia de la problemática ambiental y la urgencia de su consideración y atención efectiva se han hecho más acuciantes en las últimas décadas, desde que el Constituyente de 1994 introdujo el mencionado artículo. Tanto las organizaciones internacionales, como los Estados²⁰ y la misma

18 Cfr. Santiago, A. (2014). “El alcance del control de razonabilidad de las políticas públicas”. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá. Fundación Konrad Adenauer.

19 Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (1993). “Notas para una fundamentación del Derecho Ambiental”. En *Anuario de Filosofía jurídica y social*, n° 13, Abeledo Perrot.

20 Cfr. las Declaraciones Finales de las Cumbres Mundiales sobre Cambio Climático realizadas en París (2015) y Madrid (2019).

Iglesia Católica²¹ han advertido la gravedad de la situación ambiental y la necesidad de tomar urgentes medidas para revertir el fenómeno del cambio climático.

La sustentabilidad ambiental, social, económica e institucional es un objetivo al que han de tender todas las instituciones públicas, sociales y privadas en sus agendas de trabajo.

Reflexionar y realizar aportes para lograr una Argentina, una América y un mundo que sean democráticos, prósperos, inclusivos y sustentables, es uno de los desafíos que tienen el Derecho Constitucional, junto con la Ciencia Política y de Gobierno.

Los 17 objetivos de desarrollo sustentable (ODS), formulados por el PNUD y a los que han adherido la gran mayoría de los Estados, pueden servir como claro punto de referencia para formular esos aportes. Allí se enuncian y proponen, con metas concretas y mensurables, buena parte de las políticas públicas centrales que han de encarar nuestros Estados en nuestros días. Escuchar atentamente el grito de los pobres y de la naturaleza dañada se hace imperioso en nuestros días.

4) Derecho Constitucional e instituciones del mundo global

Si el concepto de dignidad humana iluminaba el primer apartado de este trabajo, si el de bien común inspiraba el segundo destinado a las políticas públicas y el tercero estaba signado por la noción de “casa común”, este cuarto apartado destinado al mundo global ha de estar guiado por los principios de fraternidad universal²² y subsidiariedad²³.

Afirma el Papa Francisco que “desde mediados del siglo pasado, y superando muchas dificultades, se ha ido afirmando la tendencia a concebir el planeta como patria y la humanidad como pueblo que habita una casa de todos”. La toma de conciencia de esta interdependencia “nos obliga a pensar en un solo mundo, en un proyecto común”²⁴.

21 Cfr. Papa Francisco. Carta Encíclica *Laudato Si'*, sobre el cuidado de la Casa común, 24-V-2015.

22 Cfr. Santiago, A. (septiembre 2019). “El ‘Documento sobre Fraternidad Humana por la paz mundial y la convivencia común’ y su relevancia cultural, política y religiosa”. *Revista Criterio*, n° 2462, 24.

23 Cfr. Santiago, A. (2018). *Estudios Constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons, Cap. XIV.

24 Papa Francisco, Encíclica *Laudato Si'*, n. 164.

La reciente pandemia del coronavirus ha vuelto a mostrar que muchos de los problemas políticos, económicos, sociales y ambientales con que nos enfrentamos tienen una dimensión global y se hace imprescindible la articulación entre los Estados nacionales y los organismos internacionales para dar una adecuada respuesta a problemáticas que trascienden claramente las fronteras de un país.

Tenemos problemas globales, muy débiles e insuficientes instituciones que tengan ese alcance y no se han desarrollado mecanismos de articulación legítimos, eficientes y eficaces para una adecuada articulación entre los órganos de gobierno nacionales, regionales y universales.

Parecería que la globalización, más allá de algunos frenos ocasionales, avanza de modo irrefrenable como proceso histórico, fundado en causas estructurales económicas, tecnológicas y culturales. Sin embargo, ni la Política ni el Derecho han sabido dar respuesta satisfactoria a este fenómeno y ello constituye un claro desafío para las próximas décadas.

Se hace necesario una lúcida articulación, iluminada por el principio de subsidiariedad, en el accionar de los Estados nacionales y de las organizaciones regionales y mundiales para situar cada cuestión en su adecuado nivel y promoviendo una cooperación y coordinación entre esos distintos niveles de gobierno.

La reciente pandemia del coronavirus ha expuesto con claridad la necesidad imperiosa de la actuación conjunta y armónica de las autoridades nacionales, regionales y universales para enfrentar problemas y desafíos globales, como también lo muestra la problemática del cambio climático aludida en el anterior apartado.

La articulación entre los niveles de gobierno nacionales, regionales y globales es una cuestión que compete tanto al Derecho Internacional Público como al Derecho Constitucional, llamados a dialogar sinérgicamente entre ellos.

Uno de los aspectos claves de esta articulación, que ya plantea interesantes problemas y desafíos, es el diálogo entre los sistemas regionales y nacionales de protección de los Derechos Humanos²⁵.

La centralidad de la persona humana y los principios de fraternidad universal y subsidiariedad están llamados a iluminar las propuestas que en ese sentido se formulen.

25 Cfr. Santiago, A. (2020). *La doctrina del margen nacional de apreciación*. Buenos Aires. Ed. Astrea (en prensa).

5) Palabras finales

Estas son, entre otras muchas posibles, las reflexiones que sobre algunos de los principales desafíos tendrá que enfrentar el Derecho Constitucional como disciplina jurídica en las próximas décadas, en su siempre exigente e inalcanzable misión de lograr una organización política que responda al principio de la igual e inviolable dignidad de la persona humana.

Como bien señala el Papa Francisco, se impone “una evangelización que ilumine los nuevos modos de relación con Dios, con los otros y con el espacio, y que suscite los valores fundamentales. Es necesario llegar allí donde se gestan los nuevos relatos y paradigmas”²⁶.

Bibliografía

- Carta de Karol Wojtyła a Henri de Lubac, citada por George Weigel, Testigo de Esperanza, Plaza & Janes, 1999, 242.
- Croce, B. (2008). *La Historia como hazaña de la libertad*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Declaraciones Finales de las Cumbres Mundiales sobre Cambio Climático realizadas en París (2015) y Madrid (2019).
- P. Serna. “La interpretación constitucional del principio de dignidad de la persona en el Derecho alemán. Una contribución al estudio de las consecuencias de la constitucionalización de conceptos éticos”. En E. Ferrer Mac Gregor (ed.) (2005). *Interpretación constitucional*. T. 2. México, Porrúa - Universidad Autónoma de México, 1081-1119.
- Papa Francisco. Carta Encíclica *Laudato Si'*, sobre el cuidado de la Casa común, 24-V-2015.
- Papa Francisco. Encíclica *Evangelii Gaudium*.
- R. Spaemann (2000). *Personas. Acerca de la distinción entre alguien y algo*. Pamplona. Eunsa.
- Santiago, A. (2014). *El alcance del control de razonabilidad de las políticas públicas*. Bogotá. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. Fundación Konrad Adenauer.
- Santiago, A. (2017). “Una nueva era jurídica”. *ED*, Suplemento de Derecho Constitucional.
- Santiago, A. (2018). *Estudios Constitucionales*. Buenos Aires. Marcial Pons, Cap. IV.
- Santiago, A. (1999). *Bien Común y Derecho Constitucional*. Buenos Aires. Ábaco; “Las justas exigencias del bien común político en una sociedad democrática. Una nueva manera para pensar el Derecho Constitucional”, recuperado de: http://www.buenosaires.gob.ar/sites/gcaba/files/cn_pgcaba_marzo2014.pdf.

26 Papa Francisco, Encíclica *Evangelii Gaudium*, n. 70.

Santiago, A. (septiembre 2019). “El ‘Documento sobre Fraternidad Humana por la paz mundial y la convivencia común’ y su relevancia cultural, política y religiosa”. Revista *Criterio*, n° 2462, 24.

Santiago, A. (2018). *Estudios Constitucionales*. Madrid. Marcial Pons, Cap. XIV.

Santiago, A. (2020). *La doctrina del margen nacional de apreciación*. Buenos Aires. Ed. Astrea, en prensa.

Santiago, A. y Bellocchio, L. “Estado Digital de Derecho”, publicado en el nro. 8/19 de la *Revista de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional*.

IL MULTICULTURALISMO E IL SUO DESTINO

El multiculturalismo y su destino

Multiculturalism and its destiny

Francesco D'Agostino¹

Para citar este artículo:

D'Agostino, F. (2020). "Il multiculturalismo e il suo destino".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 189-197.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.189-197>

Sommario: Il termine multiculturalismo ha ormai occupato il posto dell'espressione pluralismo culturale, tema sviluppato dalla sociologia americana soprattutto dopo il 1920 e divenuto popolarissimo intorno agli anni quaranta del secolo scorso. Rispetto a pluralismo culturale, il termine multiculturalismo ha un vantaggio: dà per acquisito non solo che le culture siano plurali, ma che, per il solo fatto di essere molte, siano diverse e reciprocamente irriducibili. Tende ormai a scomparire dal dibattito pubblico il vecchio tema del Melting Pot, del crogiuolo nel quale le diverse culture perdono sì, fondendosi, la loro specifica identità, ma per dar vita ad un novum assolutamente straordinario, analogabile a quel bronzo di Corinto che suscitava negli antichi la massima ammirazione.

Parole chiave: Multiculturalismo; Pluralismo culturale; Cultura; Melting Pot.

Resumen: El término multiculturalismo ha reemplazado ahora la expresión pluralismo cultural, un tema desarrollado por la sociología estadounidense especialmente después de 1920 y que se hizo muy popular alrededor

¹ Profesor Emerito nell'Università di Roma Tor Vergata, Roma, Italia. Correo electrónico: dagostino@lettere.uniroma2.it

de los años cuarenta del siglo pasado. En comparación con el pluralismo cultural, el término multiculturalismo tiene una ventaja: da por sentado no solo que las culturas son plurales, sino que, por el mero hecho de ser muchas, son diferentes y mutuamente irreductibles. El viejo tema del *Melting Pot* tiende a desaparecer del debate público, del crisol en el que distintas culturas pierden su identidad específica al fusionarse, para dar vida a un *novum* absolutamente extraordinario, análogo a ese bronce de Corinto que suscitó la mayor admiración.

Palabras clave: Multiculturalismo; Pluralismos culturales; Cultura; *Melting Pot*.

Abstract: The term multiculturalism has now taken the place of the expression cultural pluralism, a theme developed by American sociology especially after 1920 and which became very popular around the forties of the last century. Compared to cultural pluralism, the term multiculturalism has an advantage: it takes for granted not only that cultures are plural, but that, by the mere fact of being many, they are different and mutually irreducible. The old theme of the *Melting Pot* tends to disappear from the public debate, of the crucible in which different cultures lose their specific identity by merging, but to give life to an absolutely extraordinary *novum*, analogous to that bronze of Corinth that aroused in the the greatest admiration.

Keywords: Multiculturalism; Pluralismos cultural; Cultura; *Melting Pot*.

1. Come fatto geopolitico, il *multiculturalismo* è sempre esistito ed ha trovato la sua migliore espressione nell'esperienza dei grandi *imperi*. E' stato multiculturali l'impero cinese, l'impero persiano, l'impero macedone di Alessandro, l'impero romano, l'impero ottomano, l'impero dei Moghul, quello inca e quello atzeco, il Sacro Romano Impero, l'impero napoleonico, l'impero zarista (e poi quello sovietico).

2. *L'ideologia del multiculturalismo* è invece recente.

3. *Siamo tutti multiculturalisti*, oggi scriveva nel 1998 Nathan Glazer, convinto che l'umanità fosse ormai entrata in un'era di *stabilità culturale*. Da allora il termine *multiculturalismo* ha ormai occupato il posto dell'espressione *pluralismo culturale*, tema sviluppato dalla sociologia americana soprattutto dopo il 1920 e divenuto popolarissimo intorno agli anni

quaranta del secolo scorso. Rispetto a *pluralismo culturale*, il termine *multiculturalismo* ha un vantaggio: dà per acquisito non solo che le culture siano *plurali*, ma che, per il solo fatto di essere *molte*, siano *diverse* e reciprocamente *irriducibili*. Tende ormai a scomparire dal dibattito pubblico il vecchio tema del *Melting Pot*, del crogiuolo nel quale le diverse culture perdono sì, fondendosi, la loro specifica identità, ma per dar vita ad un *novum* assolutamente straordinario, analogabile a quel *bronzo di Corinto* che suscitava negli antichi la massima ammirazione.

3.1. Nel 1845 Ralph Waldo Emerson scriveva in un articolo di giornale: “Man is the most composite of all creatures [...] Well, as in the old burning of the Temple at Corinth, by the melting and intermixture of silver and gold and other metals a new compound more precious than any, called Corinthian brass, was formed; so in this continent –asylum of all nations–, the energy of Irish, Germans, Swedes, Poles, and Cossacks, and all the European tribes –of the Africans, and of the Polynesians– will construct a new race, a new religion, a new state, a new literature, which will be as vigorous as the new Europe which came out of the smelting-pot of the Dark Ages, or that which earlier emerged from the Pelasgic and Etruscan barbarism”. L’espressione *Melting Pot* (da alcuni sarcasticamente deformata in *Smelting Pot*), che allude, metaforicamente, ad una società eterogenea, in via di omogeneizzarsi in un insieme armonioso dotato di una cultura comune, non è stata però inventata da Emerson: la troviamo usata addirittura già nel 1780, in un’opera, ormai dimenticata, di J. Hector St. John de Crevecoeur: essa entrò definitivamente nell’uso comune nel 1908, grazie ad una *pièce* teatrale di Israel Zangwill, dal titolo appunto *The Melting Pot*, che ebbe all’epoca un grande successo, per indicare la facile assimilazione degli immigrati nel Nuovo Mondo e la rapida acquisizione da parte loro di un nuovo *status* sia politico (la cittadinanza) che *culturale* (attraverso l’uso generalizzato di un’unica lingua, ovviamente l’inglese).

4. Alla base dell’ingenua fiducia nel funzionamento del *Melting Pot* stava indubbiamente un (inconsapevole) paradigma dialettico, di matrice grossolanamente hegeliana: le diverse culture si percepiscono inizialmente come antitetiche e sono quindi inevitabilmente destinate (o chiamate) a scontrarsi; ma il loro scontro non produce vincitori e vinti, ma dà origine ad una *sintesi*, di più alto livello. Rispetto ad un modello *assimilazionista*, che stabilisce implicitamente o esplicitamente una *gerarchia* tra le culture e invita le più deboli o le più marginali a entrare a far parte di una cultura dominante (che può essere disposta a rinunciare eventualmente a una pic-

cola parte di sé, ma solo a condizione che le culture minoritarie a loro volta si dimostrino pronte ad abbandonare la maggior parte delle loro dimensioni identitarie), il modello del *Melting Pot* è mosso da un'evidente ispirazione democratica, perché rifiuta (almeno formalmente) di riconoscere il primato ad una cultura e conseguentemente lo statuto di culture subalterne a tutte le altre. Se però dal piano dei principi e dei modelli passiamo a quello dell'esperienza storica, non possiamo negare ascolto a coloro che sostengono che *the Melting Pot melted itself* e che le quattro grandi, irriducibili e perduranti suddivisioni dei cittadini degli Stati Uniti in bianchi, neri, ispanici ed asiatici siano uno straordinario esempio di come un progetto sociale, per quanto nobile, possa restare irrealizzato tanto da giustificare l'amara definizione degli Stati Uniti come del *Melting Pot where nothing melted*.

4.1. I dati demografici sono del resto inequivocabili e possiedono da qualche anno il timbro ufficiale del *Bureau of Census*: nel 2010, per la prima volta nella storia, negli Stati Uniti sono nati più bambini ispanici, neri, asiatici che bianchi, fermatisi al 49,6 % contro il 50,4 % degli altri gruppi etnici. Orami l'America si trova davanti una generazione che mette in discussione il concetto stesso di minoranza. Se è vero che il sorpasso vero e proprio, secondo le stime del *Census*, arriverà solo nel 2042 (quando i bianchi non saranno più la maggioranza non solo negli asili nido, ma anche nelle università e sul posto di lavoro), i dati di oggi avranno comunque notevoli ripercussioni non solo sull'identità della nazione, ma soprattutto sulle sue scelte politiche ed economiche. La prima conseguenza, hanno subito osservato numerosi sociologi, potrebbe essere un enorme divario generazionale, e il banco di prova potrebbe essere l'istruzione, uno dei luoghi privilegiati del *Melting Pot*, ma anche uno degli ambiti in cui il divario fra bianchi e le altre minoranze è più marcato. Nulla allo stato attuale delle cose garantisce che la parte di popolazione più ricca (quella bianca) possa continuare ad aver voglia di finanziare con fondi pubblici l'università a dei giovani che non le somigliano.

5. Il fallimento del *Melting Pot* non ha, però, almeno fino ad ora, attivato una conseguente e corrispondente crisi del *multiculturalismo*, anzi lo ha paradossalmente rafforzato, arrivando a dargli quasi lo statuto *sociologico* di un'*ideologia*, chiamata ad attivare una vera e propria *prassi politica*; un'*ideologia* analogabile nel campo filosofico a quella del *relativismo*, inteso come critica teoretica e pratica di ogni dogmatismo (teoretico e a maggior ragione culturale). Poiché il fallimento del *Melting Pot* è obiettivamente riconducibile al perdurante primato della cultura occidentale, obiettivo del

multiculturalismo come ideologia è diventato quello di *decostruirla*, sia direttamente, criticandone presupposti e fondamenti, sia indirettamente (ad es. sostituendo nei programmi di formazione scolastica l'insegnamento della storia e dei classici occidentali con quello della cultura africana, afroamericana, asiatica o ispanica).

5.1. Il trionfo del multiculturalismo non si è però realizzato senza opposizioni, di diversa natura.

5.1.1. E' stata considerata politicamente scorretta ed è quindi stata oggetto di critiche vivacissime (ma anche di autorevoli consensi) la presa di posizione di Nicolas Wade, nel suo saggio *A troublesome Inheritance. Genes, Race and Human History*, del 2014 (tr.it. *Una scomoda eredità. La storia umana tra razza e genetica*, 2015). Wade è multiculturalista, nel senso che sostiene che le differenze culturali siano irriducibili, non gerarchizzabili in chiave valoriale e non possano fondersi in un *Melting Pot*. Egli però fonda su *differenze razziali* questa sua lettura delle diverse culture. Per Wade la diversità delle razze sarebbe un dato confermato dalla genetica e dipenderebbe dalla diversa frequenza degli alleli, le forme alternative di ogni gene che compone il nostro patrimonio genetico. Ipotizzando che dalla sua originaria "culla" africana il genere umano si sia spinto a colonizzare Europa ed Asia almeno cinquantamila anni fa e che da allora caucasici, africani ed asiatici si siano trovati a fronteggiare contesti geo-climatici estremamente differenti, Wade elaborando una sorta di darwinismo culturale sostiene che i caucasici si siano meglio adattati a dinamiche sociali economicistiche, gli africani a dinamiche tribali e gli asiatici a strutture socio-politiche autoritarie. Nessuna di queste sarebbe, di per sé, migliore delle altre; ma quella caucasica, diversamente dalle altre, favorirebbe il processo di globalizzazione: di qui il suo primato, non ontologico, né assiologico, ma esclusivamente storico. Di qui, ancora, l'illusione sia di un *Melting Pot*, sia di poter costruire un'autentica società multiculturale: Wade ripropone, in buona sostanza, un *assimilazionismo* spontaneo (anche se dai tempi non facilmente prevedibili), che sarebbe quindi del tutto inutile programmare positivamente.

5.1.2. Più raffinata (ma non meno controversa) la critica *culturale* del trionfo del *multiculturalismo*, anticipata già nel lontano 1993 da *The culture of complaint* di Robert Hughes (tradotto l'anno seguente in italiano da Adelphi col titolo *La cultura del piagnisteo*) e giunta alla sua massima compiutezza in un saggio del 2013, *L'identità malheurese* (tr.it. Guanda,

2015), nel quale Alain Finkielkraut ha dato una nuova valenza al tema dell'*oicofobia*. Nella psicologia il termine *oicofobia* è comunemente utilizzato per indicare la paura nevrotica di vedere invasa la propria sfera privata da parte di terzi, senza un manifesto benessere del soggetto interessato; in buona sostanza esso indica il timore (peraltro a livello collettivo storicamente non infondato) di diventare vittime di un vero e proprio furto di identità (linguistica, culturale, religiosa, ecc.). Finkielkraut ha proposto di intendere invece *l'oicofobia* in chiave strettamente etimologica, per alludere a un fenomeno nuovo, sia a livello di psicologia individuale che di psicologia collettiva: con *oicofobia*, intesa come *odio per la casa natale* bisognerebbe intendere non solo il disinteresse verso la propria tradizione culturale, ma soprattutto la trasformazione di tale disinteresse in un vero e proprio tentativo di rimuoverla, a seguito di un'apertura e al limite di un'esaltazione indebita per *l'alterità* culturale. Di qui l'accusa al *canone occidentale* di non essere rappresentativo di valori umani universali e di non meritare quindi il primato di cui continua a godere negli insegnamenti universitari; di qui mille vere e proprie forme di micro-provocazione, come quella recentissima del *Columbia Daily Spectator*, il celebre settimanale degli studenti della Columbia University, che nel nome del multiculturalismo e del politicamente corretto chiedono con insistenza che non solo le opere degli autori classici (da Omero a Virgilio, da Aristotele a Cicerone), ma anche le tradizioni mitologiche, favolistiche e religiose vengano depurate da qualsivoglia riferimento a pratiche (antropofagia, torture, colonialismo, pedofilia, schiavitù, maschilismo, ecc.) non solo in quanto capaci di turbare individui psicologicamente fragili (*trigger warning*), ma anche e soprattutto perché da ritenere inaccettabili in un contesto multiculturale come quello contemporaneo.

6. Ad avviso di molti il destino del multiculturalismo, come ideologia dominante a cavallo tra Novecento e Duemila, non sarà molto diverso dal destino del *nazionalismo*, come ideologia dominante a cavallo tra Ottocento e Novecento: come questo ha consumato le sue (peraltro scarse) buone ragioni nelle guerre più violente che l'umanità abbia mai conosciuto, così quello esaurirà le sue forze in un conflitto destinato a essere svuotato di senso dal trionfo planetario del pensiero scientifico, come pensiero strumentale e funzionale. C'è chi sostiene che questo trionfo del funzionalismo –superate le lacerazioni del presente– non avrà i caratteri brutali che molti temono, ma assumerà piuttosto un aspetto amichevole, quello di un gradevole *meticcio-culturale*. L'operazione di prevedere il futuro non possiede naturalmente alcun senso, ancorché sia per molti così affascinante da apparire irresistibile. Ciò però contro cui abbiamo il dovere di resistere è l'idea che il futuro, ancorché depotenziato di ogni dimensione culturale, possa rinunciare altresì a

qualsivoglia dimensione valoriale, per affidarsi esclusivamente alle capacità calcolanti di una fredda ragione sistemica: dobbiamo salvare la dimensione antropologica dei *valori* e, per farlo, l'unica strada a nostra disposizione è quella di non appiattare i valori sulle culture o, il che è lo stesso, quella di non ridurre la dimensione valoriale (trascendentale, cioè meta-storica) alla dimensione culturale (empirica e quindi tutta immersa nella storia).

7. Nella dialettica del nostro tempo l'impedire tale riduzione è imprescindibile. E' però anche incredibilmente ardua ad effettuarsi, perché, ad avviso di molti, epistemologicamente assurda: se accettiamo (ed è ben difficile non farlo) la realtà culturale come un'essenziale, anzi come *l'essenziale* dimensione antropologica maturata alla coscienza del tempo in cui viviamo, come possiamo, senza manipolarla indebitamente, estrarre da essa un sistema obiettivo di valori e proclamarlo come trascendentale, cioè come meta-storico? Sembra che a questo dilemma non si riesca a dare alcuna risposta adeguata e che questa possa essere identificata come una delle cause determinanti (o addirittura come la vera causa) del processo di secolarizzazione. La questione è epocale sotto molti profili, in specie per il cristianesimo, che si sarebbe scoperto, ormai da molti e molti decenni, obiettivamente incapace di integrare al proprio interno la cultura dominante, quella appunto del multiculturalismo, e che proprio per questo starebbe inevitabilmente deperendo.

8. Si può uscire da questa *impasse*? Sono ammirevoli gli sforzi dell'etica filosofica e teologica cristiana per superare la grande crisi indotta dalla modernità, attraverso (prima timidamente, poi con sempre maggior forza) la c.d. *svolta cristologica*, da cui tale etica è stata caratterizzata negli ultimi due secoli. Preziose al riguardo le osservazioni che nel grande Dizionario *Teologia Morale* (San Paolo, 2019, pp. 1092-1102) ci hanno offerto Giannino Piana e Francesco Compagnoni, insistendo sul mistero del Cristo come il luogo della "definitiva riconciliazione del divino e dell'umano" (p. 1096), cioè come il luogo che da una parte e nello stesso tempo *relativizza* l'umano (cioè le culture, *tutte* le culture, ivi compresa quella ecclesiale), ma dall'altra lo *sublima*, indicandolo come una peregrinazione verso la pienezza, che implica perciò l'adozione di una costante *metanoia* (p. 1100).

9. Ed è qui che si radica il nucleo essenziale e conclusivo di queste riflessioni: mentre l'incontro/scontro delle culture è una dinamica collettiva, quella dell'incontro (oltre che dello scontro!) col *Cristo* è una dinamica *per-*

sonale. A fronte di tale dinamica le analisi socio-etnologiche mostrano –al di là della loro indubbia rilevanza– tutti i loro limiti: perché, se è vero che l'uomo, ogni uomo, appartiene di necessità ad una cultura (storica, etica, linguistica, religiosa, alimentare, familiare, estetica, morale, sessuale, ecc. ecc.) è ancor più vero che ogni uomo appartiene in primo luogo a se stesso e trova in se stesso il primo *tu* con cui è chiamato a relazionarsi. In un sistema sociale, come quello post-moderno, destinato nell'arco di non molti decenni a divenire definitivamente *multi-etnico*, questo primato della persona sulla comunità resta assolutamente imprescindibile: delinearlo accuratamente e onestamente, rimuovere cioè ogni *ontologizzazione del collettivo* (riprendo la profonda espressione di Vittorio Mathieu, in *Trattato di ontologia*, Milano-Udine, Mimesis, 2019, p. 320) sarà probabilmente il compito intellettuale e morale decisivo dei prossimi decenni del XXI secolo.

10. La prospettiva appena proposta non va interpretata come arrogante, come se fosse finalizzata a sancire il primato *storico-culturale* del cristianesimo su tutte le altre esperienze religiose (tesi in sé e per sé non condivisibile, ma non del tutto arbitraria), perché se è vero che “l'ingresso del Figlio di Dio nella storia è un evento definitivo” (*Teologia Morale*, cit., p. 1101), è ancor più vero che tale ingresso non ha una mera valenza culturale, perché non va letto come antropologicamente *chiuso*, essendo invece strutturalmente *aperto* a tutta l'umanità, passata, presente e futura: “[...] il Regno che è dono di Dio è legato nel suo farsi storico alla disponibilità dell'uomo di coltivare ‘segni’” (*ibidem*), il che comporta che l'agire umano acquista in tal modo il carattere di una “permanente proiezione in avanti”, che fa saltare l'angustia che caratterizza ogni dimensione culturale.

11. Non è questo il luogo per approfondire come si possa mediare questa lettura dei contenuti essenziali della morale cristiana con le irrinunciabili istanze dell'ecumenismo e soprattutto con la necessità di realizzare una comunione fraterna e transculturale tra le grandi religioni universali. Ma un'indicazione che parta da quanto è stato detto possiamo certamente trarla: non è semplicemente il *dialogo* che può aprirci la via del futuro (per quanto doveroso e prezioso il dialogo sia), non è la tematizzazione di principi teoretico-morali, per quanto affascinanti, che può essere assunta come guida morale di un'umanità dispersa, ma la speranza radicata nella sequela di una persona: il Cristo.

Bibliografía

Hughes, R. (1993). *The culture of complaints*. Oxford University Press.

Mathieu, V. (2019). *Trattato di ontología*. Milano-Udine. Mimesis.

Wade, N. (2014). *A troublesome Inheritance*. Genes. Race and Human History.

EL FEDERALISMO COMO EXPRESIÓN DEL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD¹

Federalism as an expression of subsidiarity principle

Federalismo come espressione di Principio di sussidiarietà

Pablo María Garat²

Para citar este artículo:

Garat, P.M. (2020). “El federalismo como expresión del principio de subsidiariedad”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 199-212.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.199-212>

Resumen: El presente afirma, desarrollando y fundamentando, que el federalismo es la respuesta acerca de la organización política y social que mejor se conforma a la naturaleza del hombre, respeta su libertad –expresada a través de las concreciones de la vida social desde el hecho ineludible de la familia como la comunidad social esencial– y responde a la necesidad de un orden de autoridades que van desde la familiar y local hasta la comunidad política soberana.

Palabras clave: Federalismo; Bien común; Política; Naturaleza del hombre; Comunidad política soberana.

1 El presente trabajo constituye una versión revisada del texto publicado en la revista *Percorsi Costituzionali*, Fondazione Magna Carta, N° 2/3, 2013, http://magna-carta.it/sites/magna-carta.it/files/field/allegati/2014/05/13/Percorsi%2B2_3-2013.1-3.pdf y posteriormente en *Forum*, N° 7, 2019, 93-114, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8629/1/federalismo-expresion-principio-subsidiariedad.pdf>.

2 Profesor de Derecho Constitucional y Decano. Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, República Argentina. Correo electrónico: pablogarat@uca.edu.ar.

Abstract: The present affirms, developing and substantiating, that federalism is the answer about the political and social organization that best conforms to the nature of man, respects his freedom –expressed through the concretions of social life from the fact inescapable of the family as the essential social community– and responds to the need for an order of authorities ranging from the family and local to the sovereign political community.

Keywords: Federalism; Common good; Politics; Nature of man; Sovereign political community.

Sommario: Il presente afferma, sviluppando e sostanziando, che il federalismo è la risposta all’organizzazione politica e sociale che meglio si conforma alla natura dell’uomo, rispetta la sua libertà –espressa attraverso le concrezioni della vita sociale dal fatto ineludibile della famiglia come comunità sociale essenziale– e risponde alla necessità di un ordine di autorità che va dalla famiglia e locale alla comunità politica sovrana.

Parole chiave: Federalismo; Bene comune; Politica; Natura dell’uomo; Comunità politica sovrana.

1. La dinámica del orden social y político

Las sociedades en el siglo XXI probablemente necesiten especialmente del federalismo como sistema de relaciones internas, como principio para resolver las cuestiones que afectan a la unidad política soberana que históricamente hayan constituido, o también para la organización de otras nuevas de naturaleza confederativa.

Para referirnos al tema entiendo necesario realizar algunas consideraciones previas a partir de cierta evidencia: la naturaleza social y política del hombre (aún para los que niegan el concepto de naturaleza y la sociabilidad y politicidad del ser humano) se expresa en una dinámica de vida en comunidad que debe ser observada conforme –al menos– a cómo se armonizan y expresan dos binomios o cuestiones:

- 1) unidad-diversidad y
- 2) autoridad-libertad.

En relación con ello, sin entrar en el debate filosófico acerca de la noción de “bien común” como causa final de la sociedad política, admitiremos que hace referencia al orden de los bienes que el hombre solamente puede procurarse en asociación con otros y que permiten y favorecen en él su perfeccionamiento y felicidad; es decir, un orden justo de relaciones concretas.

Dicho esto, debemos agregar que la respuesta a las dos cuestiones enunciadas requiere recurrir a la analogía respecto de la constitución y organización de toda comunidad política. Ello se da a través de la historia particular de cada comunidad y normalmente concluye en la adopción de un determinado modo de organización política y social que responderá, de un modo propio, a aquellas cuestiones.

Ello define el régimen político propio de toda comunidad soberana que será –en cuanto a su legitimidad– el de su tradición histórica.

El régimen político expresa, primero, una forma de estado (y aquí también eludiremos deliberadamente el debate en torno al concepto de estado y aún el de soberanía para tomar como supuesto la distinción entre el estado como la sociedad políticamente organizada y el gobierno como la expresión formal de su autoridad soberana) y, luego, una forma de gobierno en el sentido más amplio, que incluye no solamente la definición acerca de quién y cómo ejerce la *auctoritas* y la *potestas* –el poder de *imperium*–, sino también cuán amplia es la participación y la representación política y social.

Pero independientemente de cómo se resuelve concretamente en la historia de cada nación la cuestión del régimen político que la rige, lo que resultará ineludible es responder, al menos, a las planteadas referidas a la unidad y diversidad, por una parte, y a la autoridad y libertad, por la otra.

2. ¿Por qué resultan previas estas cuestiones a la del federalismo?

Adelantamos la conclusión que vamos a desarrollar y tratar de fundamentar, afirmando que el federalismo es la respuesta acerca de la organización política y social que mejor se conforma a la naturaleza del hombre, respeta su libertad –expresada a través de las concreciones de la vida social desde el hecho ineludible de la familia como la comunidad social esencial– y responde a la necesidad de un orden de autoridades que van desde la familiar y local hasta la comunidad política soberana.

La sociedad política no es un aglomerado de individuos sino una “sociedad de sociedades”, un “todo de orden” de naturaleza moral que exige, para su pervivencia frente a otras y la realización de su propio bien común parcial, un régimen político que asegure y armonice la unidad en la diversidad y equilibre en su dinámica la necesidad de la autoridad a distintos niveles, con el reconocimiento y respeto de las libertades concretas de las personas, las familias y los grupos sociales intermedios, tanto territoriales (comunidades políticas locales de carácter autónomo e infrasoberano), como representativos de la vida económica y social.

Dicho esto, corresponde ahora proponer la consideración de un principio que ha sido desarrollado por la filosofía clásica, enseñado por la Doctrina Social de la Iglesia y adoptado por la ciencia política moderna, diversos ordenamientos jurídicos nacionales y también supranacionales (la Unión Europea, Alemania, Italia y, en la Argentina, por la Provincia de Tierra del Fuego). Nos referimos al principio de subsidiariedad.

Este principio hace referencia a la unidad como expresión de una diversidad que debe respetarse en su legítimo polimorfismo y a la autoridad que debe reconocer las libertades concretas que necesitan las familias y los grupos sociales para alcanzar sus propios fines, o bienes comunes parciales, en el marco del Bien Común de la sociedad política.

Y es aquí donde aparece la relevancia y pertinencia del federalismo desde una conceptualización extensiva, más allá de su expresión político-jurídica como forma de estado.

3. El federalismo como expresión del principio de subsidiariedad. (Una idea y sus consecuencias)

Partimos de una precisa idea como propuesta y de las consecuencias prácticas de su aceptación.

Proponemos considerar (como ya lo han hecho otros) al federalismo como una expresión concreta del principio de subsidiariedad, entendido este principio en sentido negativo (no hacer) y positivo (hacer subsidiariamente).

Estamos refiriéndonos a una de las dos posibles consideraciones o aplicaciones del principio citado: la que mira las relaciones entre los distintos niveles de gobierno, o en relación con las instituciones intermedias de la sociedad.

Como tal, no se opone a la eficacia del gobierno y se concreta —o debiera concretarse— respecto de su aplicación práctica, en el respeto a la libertad del nivel de gobierno más pequeño (lo que constituye verdaderamente acercar la decisión al destinatario de ella) y en una acción subsidiaria (solidaria) cuando ese nivel —por causas objetivas— no puede ejercer plena y eficazmente sus libertades para alcanzar sus fines propios y/o atender las responsabilidades a su cargo.

Esto no es original entre nosotros. Ya fue propuesto especialmente por el Profesor Dr. Pedro J. Frías desde su cátedra en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, y a través de múltiples escritos desde mediados de los años setenta en el siglo pasado.

Aparece por primera vez en el pensamiento de la Doctrina Social de la Iglesia en 1931, en el texto de la Encíclica del Papa Pío XI, *Quadragesimo Anno*, Punto 79, que dice: “Pues aun siendo verdad, y la historia lo de-

muestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, *debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos*".

Destacamos la última línea porque queremos remarcar que este principio no deber ser interpretado solo en el sentido del "autogobierno" sino también de la ayuda "subsidiaria" cuando la comunidad menor no puede alcanzar por sí sus fines.

Es receptado formalmente en el "Tratado de Maastricht" (1992), artículo 3 B³ y ratificado y precisado por el "Tratado de Lisboa" (2007)⁴.

También aparece en el artículo 23 de la "Ley Fundamental de la República Federal de Alemania", así como en las Leyes Nros. 59 (1997) y 265 (1999) de la República Italiana.

3 "Artículo 3 B.

La Comunidad actuará dentro de los límites de las competencias que le atribuye el presente Tratado y de los objetivos que éste le asigna.

En los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario.

Ninguna acción de la Comunidad excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado".

4 "Artículo 3 ter.

1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.
2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.
3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión".

Especialmente en la Argentina –dentro del Derecho Público provincial comparado–, la más moderna de las Constituciones Provinciales, la de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur (1991), recoge este principio expresamente en el reconocimiento y atribución de competencias a sus municipios en el artículo 173, inciso 16⁵.

4. El federalismo como aplicación práctica del principio de subsidiariedad ante el hecho de la “desfederalización” o “centralización” del régimen político constitucional e histórico

El federalismo puede ser visto como un sistema de libertades concretas de las entidades territoriales infrasoberanas, pero también como un sistema eficaz de relaciones entre los grupos sociales y el gobierno a cualquier nivel, así como de los distintos niveles de gobierno entre sí –tanto en sentido vertical como horizontal–, sea ello dentro del Estado Federal o la Confederación y, con cierta interpretación extensiva, aún dentro del Estado unitario o del llamado “federo-regional”. Esto subraya los dos aspectos complementarios del principio (negativo y positivo o de omisión y acción) que explicitaremos enseguida.

Esta interpretación del federalismo tiene en nuestra opinión consecuencias prácticas relevantes que, sin pretensión de agotar su posible contenido, nos interesa analizar particularmente.

4.1. La descentralización en perspectiva federal

La primera consecuencia de afirmar al federalismo como una aplicación práctica del principio de subsidiariedad es una determinada interpretación del término “descentralización”, conforme a la cual esta no consiste en delegar el poder de decisión y/o ejecución, sino en reconocer derecho a la decisión y ejecución.

Supone, además, aceptar la conveniencia de delegar la ejecución cuando no existe un derecho a la decisión, pero ello es adecuado para la acción

5 “Competencia. Artículo 173. La Provincia reconoce a los municipios y a las comunas las siguientes competencias: [...] 16 - Ejercer cualquier otra competencia de interés municipal que la Constitución no excluya taxativamente y en tanto no haya sido reconocida expresa o implícitamente como propia de la Provincia, atendiendo fundamentalmente al principio de subsidiariedad del Gobierno Provincial con respecto a los municipios”.

eficaz de gobierno y todo con ciertas reglas de distribución y reserva de competencias de naturaleza constitucional.

Desde una postura filosófica esto es aplicable, a los fines de su organización interna, a cualquier sociedad política, aunque obviamente se refiere más particularmente al Estado Federal.

Desde una perspectiva histórica esto se justifica totalmente en países como la Argentina, donde las ciudades y provincias precedieron y constituyeron la Federación constitucional.

Ello tiene derivaciones muy importantes, en mi opinión, para el fortalecimiento de los aspectos relevantes del federalismo en el siglo XXI y no solamente entre nosotros.

4.2. Nuestro federalismo de base municipal y la autonomía local

La segunda consecuencia práctica es que si, como creemos, el federalismo es primero (al menos entre nosotros esto tiene verificación histórica⁶) un “federalismo de ciudades” o, dicho de otro modo, un federalismo de base municipal, su vigencia efectiva exige el reconocimiento del régimen municipal como un régimen autónómico en todos sus aspectos: institucional, político, administrativo, económico y financiero, tal como lo garantiza la Constitución argentina en su artículo 123.

El federalismo argentino es un federalismo de base municipal por su origen histórico enraizado en los cabildos, por ciudades y las Provincias que nacieron a partir de ellos y constituyeron la Confederación Argentina, denominada habitualmente República Argentina (artículo 35 de la Constitución Nacional).

Además, las nuevas Provincias, creadas a partir de los Territorios Nacionales, tienen su base sociológica en las ciudades fundadas en estos últimos.

Pero en pleno siglo XXI nos encontramos con lo que varios autores denominan el fenómeno de la “glocalización”; es decir, esa característica del hombre de esta nueva era digital que vive cotidianamente con un pie en su barrio, su vecindario, su municipio, su ciudad, y otro en el mundo a través de la web.

Esto representa un desafío a la soberanía política de los Estados Nacionales y su supervivencia como tal. Pero también puede ser su fortaleza.

6 Zorraquín Becú, R. (1958). *El Federalismo Argentino*. Buenos Aires. Editorial Perrot.

El municipio es la comunidad sociopolítica esencial que no llega a constituir una soberanía política pero expresa la primera aproximación del hombre en sociedad hacia ella.

Ahora bien, no todas las Provincias argentinas han ajustado sus constituciones con la regla federal del artículo 123, que garantiza la autonomía municipal desde la Constitución Nacional⁷.

Y nada menos que tres de las provincias más importantes se encuentran en mora al respecto: Buenos Aires, Mendoza y Santa Fe. A pesar de ello, la evolución jurídico-política de la autonomía municipal es irreversible: hoy ya casi 150 municipios en la mayoría de las Provincias han dictado sus Cartas Orgánicas Municipales, es decir, han ejercido un poder constituyente de tercer grado para la autonomización fundamental del gobierno local.

Es lo que la doctrina considera el aspecto “institucional” de la autonomía tutelado por el artículo 123 de la Constitución Nacional.

4.3. Las relaciones intergubernamentales horizontales como clave del federalismo cooperativo

A mi entender, también siguiendo a Pedro J. Frías, en un régimen de Estado Federal el nombre de la coordinación posible es el de “concertación” o “cooperación”.

En este sentido, la tercera consecuencia que observamos, derivada de la hipótesis inicial, es que para realizar el aspecto *positivo* del principio de subsidiariedad –por aplicación del mismo– es preferible la cooperación horizontal antes que recurrir a la integración (o intervención) vertical, tanto como ello sea posible.

Me refiero a que la relación e integración vertical suponen necesariamente el desarrollo eficaz –hasta donde sea posible– de la relación e integración horizontal.

Desde esta perspectiva, el “federalismo cooperativo” o de “concertación” se expresa también como subsidiario y solidario.

Es en este marco de relaciones que el principio de subsidiariedad se presenta en plenitud: el modo por el cual podrán afrontarse más eficazmente los problemas que cada entidad territorial –intrafederal o subnacional, según la forma de Estado– no alcanza a resolver por sí misma será coordi-

⁷ Constitución Nacional, Artículo 123: “Cada provincia dicta su propia constitución, conforme a lo dispuesto por el artículo 5º, asegurando la autonomía municipal y reglando su alcance y contenido en el orden institucional, político, administrativo, económico y financiero”.

nando, primero, horizontalmente con el del mismo rango y solo supletoriamente con el nivel de gobierno superior.

Será recién luego de esto, o agotado ello, que conviene y se justifica la intervención directa de dicho nivel superior gubernamental por aplicación del principio de subsidiariedad. Otra vez la unidad en la diversidad.

4.4. La regionalización hacia dentro del Estado Federal

La cuarta consecuencia de entender y reconocer al federalismo como expresión concreta y aplicación práctica del principio de subsidiariedad es la necesidad de promover las relaciones intergubernamentales horizontales –como lo anticipáramos–, con sentido regional y desde el nivel más pequeño: distritos de desarrollo local –especialmente en torno a ciudades intermedias–, microrregiones y regiones interprovinciales.

La región, la vida regional constituyen una dimensión vital del hombre en sociedad y expresan fundamentalmente la relación social, cultural y económica espontánea de comunidades histórica y políticamente consolidadas, aunque infrasoberanas: el municipio y la Provincia, en nuestro caso.

Desde esta perspectiva, la región configura el ámbito decisivo para fortalecer las partes, lo diverso, desde lo pequeño a lo más complejo, por aplicación del principio de subsidiariedad, convergiendo hacia lo uno, respetando las libertades locales y contribuyendo a la realización del Bien Común.

En otro sentido, la región se presenta como una realidad natural de homogeneidad interna localizada en un medio heterogéneo.

Por otra parte, las regiones modifican a través del tiempo su delimitación natural. La vida regional es expresión de la vida humana, donde se entremezclan los vínculos de la sangre y los de la tierra. Como todo hecho vital, la región es dinámica. La evolución del transporte y las comunicaciones más el alto impacto de la innovación tecnológica contribuyen a ello. Sin embargo, como realidad es permanente ya que expresa un inevitable ámbito de relación político socio-económico y cultural.

Desde siempre, la región implica integración y ésta requiere equilibrio, el cual, a su vez, exige solidez en lo propio para asegurar la justicia en la relación integrativa.

El municipio, realidad primaria, configurará expansivamente los distritos de desarrollo y la región intermunicipal. Estas y las Provincias, como realidades superiores, se concertarán en grandes regiones, las cuales, a su vez, buscarán un equilibrio en el contexto nacional, para el caso argentino.

Cuando el marco regional es de carácter supranacional, la integración supone la coherencia y solidez interna como requisito indispensable para el

éxito del proceso asociativo; en nuestro caso en particular, sin mengua de los intereses plurales y unitivos propios del Estado Federal.

En el contexto regional, el municipio, con ejercicio de su autonomía plena, tiene un rol esencial. Es el sujeto primario del proceso de concertación que caracteriza a la región misma. Y esto se relaciona con el concepto de descentralización que hemos expresado anteriormente. Porque considerar al municipio en la región supone, en primer término, tratar de echar luz acerca del concepto mismo de descentralización.

Si por descentralización se entiende delegar poder de decisión y asignar capacidad de desarrollo propio, evidentemente también es posible “crear” y “planificar” la región como un ámbito donde a través de dicha “descentralización” se distribuyen y asignan arbitrariamente –desde un “centro”– los roles y las funciones territoriales.

Ahora bien, si por descentralización entendemos reconocer el derecho a la decisión para ordenar y promover un modo propio de desarrollo socio-político y económico, el enfoque y la propuesta son totalmente diversos⁸. Se requerirá de la aplicación efectiva del principio de subsidiariedad para fortalecer desde la autonomía municipal y el desarrollo local el proceso asociativo regional, a diferentes escalas y como expresión concreta del federalismo de cooperación en la integración horizontal tal como lo hemos planteado. En la práctica, esto supone trabajar con distritos de desarrollo que vinculan en una estrategia común a pequeños y medianos municipios, o promover el desarrollo de una microrregión en torno a una o varias ciudades de escala intermedia.

Supone, también, la conformación de regiones interprovinciales (incluyendo especialmente el caso de las regiones metropolitanas como una de las expresiones territoriales más complejas a atender en el siglo XXI) sobre la base de estas realidades territoriales menores, especialmente cuando ello posibilita asentar el crecimiento de las economías regionales a partir de desarrollos locales o microrregionales consolidados. Por otra parte, esto permitirá que los procesos de integración supranacionales –en los grandes marcos regionales– se promuevan con menos asimetrías, que suelen ser consecuen-

8 De hecho esto es lo que fundamenta en el Derecho Constitucional argentino la creación de regiones como competencia exclusiva de las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y solo “con conocimiento” del Congreso de la Nación, que no tiene atribuciones para intervenir más allá de ello en dicho proceso, conforme al artículo 124 de la CN: “Las provincias podrán crear regiones para el desarrollo económico y social y establecer órganos con facultades para el cumplimiento de sus fines y podrán también celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno federal o el crédito público de la Nación; *con conocimiento del Congreso Nacional*. La Ciudad de Buenos Aires tendrá el régimen que se establezca a tal efecto”.

cia del impacto desigual de la integración en las distintas Provincias del Estado Federal –especialmente sobre los municipios limítrofes–, si todo lo anterior no es tenido en cuenta.

4.5. La distribución de competencias y su ejercicio efectivo en materias concurrentes

La quinta consecuencia de la afirmación propuesta originalmente es que todo ello conduce –en el caso del Estado Federal, particularmente– a una clara distribución de competencias entre el Gobierno Federal, las Provincias y sus municipios, así como su coordinación solidaria y subsidiaria a todos los niveles de las relaciones intergubernamentales.

La mayoría de las competencias son, por su naturaleza, concurrentes. Por ello, otra vez, la regla para su ejercicio debería ser la del principio de subsidiariedad; y esto debería encontrarse formalmente receptado por las leyes fundamentales y asegurado por el control político de los ciudadanos sobre los gobiernos: sistemas electorales sencillos y transparentes, consejos consultivos con verdadera representación económica y social, institutos de participación política especiales: iniciativa, consulta popular, referéndum, plebiscito, revocatoria, etc. Hoy todo esto además fuertemente impactado por las nuevas tecnologías y la era digital.

Hemos sostenido que la descentralización en un Estado Federal afectado por un proceso de “desfederalización” –como en nuestro caso– no puede constituir sino la devolución de competencias que corresponden histórica y constitucionalmente a las Provincias y municipios, las cuales han sido absorbidas ilegítimamente por el Gobierno Federal; pero también podría suponer, por aplicación del principio de subsidiariedad, la delegación de aquellas que le corresponden a ese último.

Si adoptáramos el esquema clásico para distinguir las funciones de gobierno en la perspectiva fiscal (Musgrave, 1959; Oates, 1972), podríamos concluir con la mayor parte de la doctrina en que el Gobierno Federal debería asumir la política exterior y la defensa nacional, así como las funciones de prestación de servicios indivisibles, distribución de la renta, estabilización económica y promoción del desarrollo equilibrado, siempre que ello beneficie al conjunto de todos los habitantes del país, mientras que las Provincias y los Municipios deben asumirlas en aquellos casos cuyo beneficio se limite a su propio ámbito territorial. Particularmente en el suministro de bienes y servicios públicos divisibles.

Este enfoque privilegia la eficacia sobre la eficiencia. Busca ordenar los medios al fin. Si la finalidad de la organización nacional con la forma federal fue preservar la unidad en la diversidad, éste es el fin a tutelar.

En cambio, si sólo importa el eficiente suministro de bienes y servicios públicos que la comunidad en abstracto considerada demanda, da lo mismo adoptar la forma de Estado unitaria o federal y garantizar o no una efectiva descentralización político institucional. Solo interesará una correcta aplicación de las técnicas correspondientes a la descentralización administrativa. Pero las consecuencias para el necesario equilibrio entre unidad y diversidad, así como entre autoridad y libertad, no serían las mismas. Ya lo hemos anticipado.

4.6. El poder de imposición en el caso del Estado Federal

La sexta consecuencia práctica de considerar al federalismo como expresión concreta del principio de subsidiariedad se relaciona directamente con la posibilidad de asegurar la vigencia efectiva de la anterior (ejercicio de las competencias por los distintos niveles de Gobierno) y se refiere al “poder de imposición” (“taxing power” o “power of taxation”, según diversos autores). En este caso, nos referiremos estrictamente al Estado Federal.

El corolario aquí es que el poder de imposición debería estar distribuido conforme a los criterios que hemos propuesto en el punto anterior respecto de las competencias en general.

Es decir que debe reconocerse su ejercicio a todos los niveles en un verdadero sistema de relación fiscal federal que, para no gravar excesivamente al contribuyente, exige de la coordinación.

Se habla pues de federalismo fiscal y de descentralización, pero puede no tratarse necesariamente de lo mismo, como lo hemos visto. Entonces, cabe preguntarnos:

- a) ¿Es la coordinación financiera, fiscal, tributaria e impositiva aplicable a los Estados federales en cualquiera de los sistemas posibles? En caso afirmativo, ¿“quid” de la separación de fuentes tributaria, por ejemplo, cuando no es el adoptado? y ¿con qué características?
- b) Si aun así la coherencia se mantiene, ¿cómo se evita que la coparticipación, como uno de los sistemas de coordinación impositiva, provoque el deslizamiento desde la “autonomía” (sistema de separación de fuentes) al “centralismo” (sistema de transferencias o asignaciones), cuando ello implica la renuncia al menos transitoria por parte de las Provincias –como en el caso argentino– al ejercicio del poder tributario sobre los denominados “impuestos nacionales coparticipables” cuya titularidad conservan?

Obviamente, estos interrogantes no se justifican en Estados unitarios con alto grado de descentralización ya que en ellos la coordinación en tales campos no sólo es deseable sino necesaria.

El problema consiste en que ella no es trasladable, sin más y en cualquier sistema, a un Estado Federal sin admitir, al menos, cierta mutación del orden de competencias o distribución de poderes propio de tal sistema.

Así, creemos que en un régimen de Estado Federal el nombre de la coordinación posible es, de nuevo, el de “concertación” o “cooperación”, acentuada por su expresión subsidiaria y solidaria. ¿Y cuál es la diferencia entre estos y aquellos?

Muy claramente: la que va de ser beneficiario del ejercicio de una facultad ajena que se le delega, a ser beneficiario y *titular* de esa misma facultad.

Los sistemas de coordinación fiscal federal que se expresan sólo como una “muleta” de un Estado “centralizado” en vías de “descentralización”, terminarán siendo, en el mejor de los casos, un eficiente sistema de asignación por transferencias pero nunca un régimen de concertación que respete la libertad con responsabilidad de provincias y municipios.

Y esto tampoco es declamativo, ya que la consecuencia de ello, en materia financiera y fiscal, será la imposibilidad de lograr que los gobiernos provinciales y municipales asuman definitivamente sus competencias y se hagan cargo de asegurarse los recursos necesarios a través de una mejor administración tributaria.

Por el contrario, se presupuestará mal, se comprometerá el gasto público más allá de los recursos y se recargará sobre la administración tributaria federal la responsabilidad del ingreso.

Por ello, insistimos en que el camino para la recuperación y el fortalecimiento del federalismo y una auténtica descentralización, desde la perspectiva financiera, fiscal, impositiva y tributaria, no comienza por garantizar que a todos nos irá bien (tentación programática y a veces demagógica), sino por asegurar los medios concretos para el ejercicio de las libertades o autonomías locales, asumiendo horizontal y verticalmente el compromiso de la subsidiaridad y solidaridad por la redistribución de recursos entre todos los niveles de gobierno, para que se alcance por dicha vía –cuando ello fuere objetivamente necesario– lo que la Constitución Nacional argentina, por ejemplo, denomina “un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades en todo el territorio nacional”, en su artículo 75, inciso 2º, extensivo al inciso 8º) del mismo artículo en materia presupuestaria para el Gobierno Federal.

5. Perspectiva del Estado Federal y el federalismo argentino en el siglo XXI: entre la globalización y la integración regional

En el final, solo queda reiterar nuestra convicción en cuanto a que la respuesta efectiva y posible para la recuperación del federalismo en pleno siglo XXI consiste en la aceptación de aquel como aplicación práctica del principio de subsidiariedad y sistema de libertades locales concretas. Esta parece también la respuesta ante un siglo signado por la globalización y las reacciones nacionales contra ella; la integración regional supranacional que no termina de satisfacer los intereses nacionales y aparece también cuestionada por ello; la aparición de nuevos actores desde fuera de la política que inciden sobre la misma, como las corporaciones económicas y las organizaciones no gubernamentales, particularmente el impacto de la era tecnológica en plena era digital que ya ha comenzado y todo ello en el marco de la incertidumbre generalizada derivada de la pandemia por el COVID-19.

Por lo anterior necesitamos agregar que se trata también de entender el arraigo como un valor existencial absolutamente estratégico en la perspectiva política del siglo XXI, en el que la población de familias arraigadas constituye el primer requisito para la integridad territorial y la soberanía de una Nación. Como nunca, la pandemia en curso ha demostrado la importancia de las regiones del país donde la vida a escala humana ha evidenciado su capacidad para enfrentarla, a diferencia de los grandes aglomerados urbanos. Y en esto el federalismo es la respuesta precisa para aumentar esta fortaleza.

Para los países organizados formalmente con la forma de Estado Federal, cabe ratificar entonces la convicción de que sobre el municipio fortalecido podrá pensarse seriamente en la recuperación y el fortalecimiento de las Provincias como “bisagras” del federalismo, de las regiones naturales como ámbito de equilibrio del todo nacional y, en definitiva, del Estado Federal como expresión acabada de la unidad en la diversidad.

Es desde esta perspectiva que puede el federalismo, como aplicación concreta del principio de subsidiariedad, permitir que el Estado Federal enfrente desafíos como el de esta pandemia y, más allá de ella, el debate sobre la integración regional supranacional y la globalización sin que resulten afectados la identidad nacional, la integridad territorial, la soberanía política, la independencia económica, la justicia social y la democracia real con plena participación y auténtica representación de los pueblos que han constituido y consolidado nuestra Patria.

Todo ello exige un cambio profundo en las conductas públicas, como lo pedía Frías, maestro entrañable, para consolidar la armonía de la unidad en la diversidad, así como de la autoridad y las libertades concretas, por la vigencia efectiva del federalismo como expresión del principio de subsidiariedad.

**EL ESTADO DE DERECHO EN LA DECLARACIÓN
UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS
LA FORMA DE LA COMUNIDAD DE LOS LIBRES
E IGUALES¹**

The Rule of Law in the Universal Declaration of Human Rights

The form of the community of the free and equal

Lo Stato di Diritto nella Dichiarazione Universale dei Diritti Umani

La forma della comunità dei liberi ed equi

Luis Fernando Barzotto²

Para citar este artículo:

Barzotto, L.F. (2020). “El estado de derecho en la Declaración Universal de los Derechos Humanos”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 213-221.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.213-221>

“La Iglesia católica desea ofrecer a la sociedad una contribución
suya específica para la edificación de un mundo en que los grandes
ideales de la *libertad, igualdad y fraternidad* puedan constituir
la base de vida social”.
(San Juan Pablo II)³

“Lo justo político consiste en cierta *comunidad* de vida [...].
Lo justo político se encuentra entre hombres *libres* [...].
Lo justo político se da entre personas *iguales* [...].
Lo justo político es determinado por la *ley* [...].
No permitimos que los hombres gobiernen [...],
sino que *gobierne la ley*, que es un dictamen de la razón”.
(Santo Tomás de Aquino)⁴

1 Traducción del Prof. Dr. Frederico Bonaldo (Universidade Católica de Santos, Brasil).

2 Profesor de la Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil.
Correo electrónico: luis.barzotto@ufrgs.br.

3 Discurso en Tabbes (Francia), el 14 de agosto de 2004. No hay énfasis en el original.

4 Santo Tomás de Aquino (2000). *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona. Eunsa. No hay énfasis en el original.

Resumen: La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) presenta, en su artículo 1º, el tipo de asociación requerida para la realización de los Derechos Humanos: la comunidad de los libres e iguales basada en los principios fundamentales de la libertad, la igualdad y la fraternidad. El artículo 1º es la síntesis de la *Declaración* y los artículos siguientes, que enumeran derechos, la explicitación de su contenido. De modo que puede decirse, indiferentemente, que la buena sociedad es aquella en que todos los Derechos Humanos son asegurados a todos. Este proyecto de sociedad requiere una configuración formal particular de Derecho Positivo, conocida como imperio de la ley (*rule of law*). El artículo tiene como objetivo explicar los vínculos entre los principios sustantivos del proyecto de sociedad.

Palabras clave: Declaración; Libertad; Igualdad; Fraternidad; Principios formales del Estado de Derecho; Legalidad; Justicialidad.

Abstract: The Universal Declaration of Human Rights (1948) presents, in its art. 1º, the type of association required for the realization of Human Rights: the community of the free and equal based on the fundamental principles of freedom, equality and fraternity. The first article is the synthesis of the Declaration and the following articles, rights, the explanation of its content. So it can be said, indifferently, that the good society is one in which all Human Rights are guaranteed to all. This project of society requires a particular formal configuration known as rule of law. The article aims to explain the links between the substantive principles of the partnership project.

Keywords: Declaration; Freedom; Equality; Fraternity; Formal principles of the Rule of Law; Legality; Justicialidad.

Sommario: La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo (1948) presenta, nel suo art. 1º, il tipo di associazione necessaria per la realizzazione dei Diritti Umani: la comunità dei liberi e degli uguali basata sui principi fondamentali di libertà, uguaglianza e fraternità. Il primo articolo è la sintesi della Dichiarazione e dei seguenti articoli, che elencano i diritti, la spiegazione del suo contenuto. Quindi si può dire, indifferentemente, che la buona società è quella in cui tutti i Diritti Umani sono garantiti a tutti. Questo progetto di società richiede una particolare configurazione formale del Diritto Positivo, noto come stato di diritto. L'articolo si propone di spiegare i legami tra i principi sostanziali del progetto di società.

Parole chiave: Dichiarazione; La libertà; Uguaglianza; Fraternità; Principi formali dello Stato di Diritto; Legalità; Equità.

Preliminares

La *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, del 10 de diciembre de 1948, plantea que los principios fundamentales de toda sociedad son la libertad, la igualdad y la fraternidad. En otros términos, ella establece, en su artículo 1º, lo que sería la buena sociedad, o sea, la comunidad (fraternidad) de libres e iguales: “Todos los seres humanos nacen *libres e iguales* en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse *fraternalmente* unos con los otros”⁵.

La comunidad es la asociación entre personas en la que se da la responsabilidad recíproca: todos son responsables por todos. Si la fraternidad viene definida como una relación de reciprocidad –trata a los demás como te gustaría que te trataran ellos–, la comunidad es entonces la asociación fraterna por excelencia. Fundar la sociedad sobre los principios de la libertad, igualdad y fraternidad es lo mismo que decir, por tanto, que ella debe constituirse en una comunidad de libres e iguales.

El artículo 1º es la síntesis de la *Declaración* y los artículos siguientes, que enumeran derechos, la explicitación de su contenido. De modo que puede decirse, indiferentemente, que la buena sociedad es la comunidad de los libres e iguales, o que es aquella en que todos los Derechos Humanos son asegurados a todos.

En la construcción de la buena sociedad, el Derecho Positivo tiene un papel central: “Considerando esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de derecho [*rule of law, Estado de Derecho*], a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y opresión”.

Esta frase de la *Declaración* puede ser leída de dos maneras. El significado más inmediato es que el Estado de Derecho debe efectivizar el catálogo de derechos de la *Declaración*. Pero la frase puede ser invertida: los Derechos Humanos solo serán efectivos en un Estado de Derecho.

Esta segunda lectura constituye la tesis de este trabajo: el proyecto de efectivizar los Derechos Humanos y construir una comunidad de libres e iguales exige un Estado de Derecho. Éste, según el concepto establecido por la tradición del constitucionalismo occidental, se identifica con un orden jurídico estructurado a partir de tres principios *formales*: “En un Estado sometido al Derecho, la actuación del Poder tiene como pauta la ley. Obedece al *principio de la legalidad*. Sin embargo, de la legalidad se deriva como principio también la *igualdad*. Y ambos, legalidad e igualdad, están bajo el

5 No hay énfasis en el original.

patrón de una justicia; de ahí el tercer principio, garantizador de los demás: el principio de la *justicialidad*⁶.

El objeto del presente texto es demostrar que la *Declaración* defiende la institucionalización del Derecho Positivo propia de la tradición constitucionalista, es decir, una configuración del mismo según los tres principios referidos –igualdad, legalidad y justicialidad–, que son “principios formales de un orden jurídico que pueden reconocerse en sí mismos como principios de ‘justicia’⁷”.

Los principios formales del Estado de Derecho del constitucionalismo pueden llamarse *principios de justicia*, ya que, de acuerdo a la *Declaración*, todos pueden *exigir* que el Derecho Positivo esté regido por los principios del Estado de Derecho, o sea, que el Derecho se presente como “el orden de los *iguales*, instituido por la *ley*⁸ y asegurado por el *Poder Judicial*”.

Cada uno de los principios formales del Estado de Derecho será analizado a partir de su contribución para promover la asociación de las personas en una comunidad de libres e iguales; es decir, la sociedad que realiza los Derechos Humanos.

En las consideraciones finales, se propondrá una concepción sobre el vínculo entre el Estado de Derecho y la teoría de la ley natural.

Además del texto de la *Declaración*, se utilizarán algunos borradores que resultaron de las discusiones habidas en la Comisión de Redacción de la *Declaración*⁹, a fin de aclarar algunos términos y temas.

1. Principio de la igualdad: *Todos son sujetos de derecho*

El artículo 6° de la *Declaración* enuncia el deber de que se reconozca a todo ser humano como sujeto de derecho (*sui juris*): “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de la personalidad jurídica”.

La personalidad jurídica o condición de sujeto de derecho es el reconocimiento de todo ser humano como el “cada uno” (*cuique*) de la justicia: “El otro, según la amistad, es el tú; el otro, según la justicia, es el cada uno, tal

6 Gonçalves Ferreira Filho, M. (1999). *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo. Saraiva, 23. A nuestro ver, la *igualdad de reconocimiento* de los sujetos de derecho precede la *igualdad de tratamiento* propia del principio de la legalidad.

7 Oakeshott, M. (2013). “El concepto de *rule of law*”. En ídem, *Sobre la historia y otros ensayos*. Buenos Aires. Katz, 140.

8 “La ley es un cierto arte que instituye u ordena la vida humana” (“*ars humanae vitae instituendae vel ordinandae*”) [Tomás de Aquino (1997). *Suma teológica*. Vol. II. Madrid. BAC, q. 104, a. 4].

9 Los borradores se encuentran en el “Apéndice” de la obra *Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, de Mary Ann Glendon.

y como indica el adagio latino *suum cuique tribuere*, dar a cada uno lo que es suyo”¹⁰.

Esta igualdad es abstracta, en el sentido de universal: aquello que iguala a todos los seres humanos –más allá de sus diferencias concretas– es la común posesión del estatus de sujeto de derecho (*sui juris, cuique*, “cada uno”), que es *absoluta*. Por ello, dice Hegel que el Estado de Derecho establece la igualdad entre todos: “[...] la igualdad en la que *todos* valen como *cada uno*, como personas [sujetos de derecho]”¹¹.

El principio de la igualdad jurídica promueve también la *libertad* de ejercer derechos y asumir obligaciones, desvinculando a las personas de los constreñimientos relacionados a identidades sociales contingentes.

El estatus de sujeto de derecho respeta también a la *fraternidad*. Ésta se concreta en una relación de *reciprocidad* en la que cada uno atribuye a todos los demás el estatus que pretende para sí, el de ser reconocido como sujeto de derecho. Es la conciencia de esta “dimensión fraterna” del principio formal de la igualdad que hace que Hegel afirme como “norma fundamental del Derecho Natural” el siguiente precepto: “*Sé una persona y respeta a los demás como personas*”¹². La condición de poder ser reconocido como sujeto de derecho (persona) es reconocer al otro como persona: “Ellos se reconocen como reconociéndose recíprocamente”¹³.

2. Principio de la legalidad: *Todos están bajo el derecho*

En el Estado moderno, la principal fuente del Derecho es la ley. Así que la supremacía del Derecho en la convivencia social viene definida como sometimiento a la ley; de ahí la expresión “principio de la legalidad”.

Dispone el artículo 7º de la *Declaración*: “Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación”.

Y, en el artículo 29, ella prescribe: “En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley”.

10 Ricoeur, P. (2008). *O justo 1*. São Paulo. Martins Fontes, 8.

11 Hegel, G. W. F. (2002). *Fenomenología do Espírito*. São Paulo. Vozes, parágrafo 477. El énfasis pertenece al original.

12 Ídem (1993). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Madrid. Prodhufi, parágrafo 36. El énfasis pertenece al original.

13 Ídem. *Fenomenología do Espírito*. Cit., parágrafo 184.

La tradición constitucionalista define la ley como la norma general –dirigida a destinatarios anónimos– y abstracta –dirigida a acciones típicas o estereotipadas– promulgada por un Poder Legislativo legítimo.

Entendida así, la ley es un factor de *libertad*: “Todo lo que no está prohibido por la ley está permitido”¹⁴. En efecto, al establecer una esfera en la que el ser humano está inmune a interferencias ajenas y desde la cual es capaz de establecer vínculos con los demás, la ley configura la libertad como autocompetencia. Esta autocompetencia es el modo de existencia social de la libertad, lo que Cicerón expresa en su famosa frase: “Todos somos ciertamente esclavos de las leyes para poder ser libres”¹⁵.

La tesis de Cicerón es demostrada por Locke en los siguientes términos: “El fin de la ley no es abolir o restringir, sino ensanchar la libertad. Pues en todos los estados de las criaturas capaces de leyes, donde no hay ley no hay libertad. Porque libertad es hallarse libre de opresión y violencia ajenas, lo que no puede acaecer cuando no hay ley [...]. ¿Quién podría ser libre, cuando la apetencia de cualquier otro hombre pudiera sojuzgarle?”¹⁶.

La libertad se degenera en licenciosidad, según Locke, cuando pretende ejercerse fuera de o en oposición a la ley. En este caso, el ejercicio de la libertad no sería sino la guerra civil continuada, un “estado de naturaleza” en que lo que es “natural” es la ley del más fuerte.

De otro lado, el carácter general de la ley la vuelve en un factor de *igualdad*: “La función igualadora de la ley depende de la naturaleza de norma general que no tiene por destinatario a un individuo, sino a una clase de individuos que también puede estar constituida por la totalidad del grupo social. Precisamente, a causa de su generalidad, una ley, cualquiera que ésta sea y, por tanto, independiente de su contenido, no permite [...] ni el privilegio, es decir, la disposición en favor de una sola persona, ni la discriminación, es decir, la disposición en perjuicio de una sola persona”¹⁷.

La generalidad de la ley debe alcanzar la universalidad de los sujetos de derecho, es decir, ella debe aplicarse idealmente a *todos*, evitando así la desigualdad propia de los privilegiados –los que quieren una ley solo para sí mismos– o de los discriminados –aquellos que no quieren una ley solo para sí mismos.

14 Borrador de René Cassin, artículo 5°.

15 Cicerón. *Pro Cluentio*, apud de Romilly, J. (2004). *La ley en la Grecia clásica*. Buenos Aires. Biblos, 104. “*Legum idcirco omnes servi sumus ut liberi et possimus*”.

16 Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, VI, 57. Disponible en www.academia.edu, acceso el 13-5-2020.

17 Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México. Fondo de Cultura Económica, 125.

Finalmente, la legalidad como principio formal prescribe la *fidelidad* a la ley, sea por parte de los gobernantes, sea por parte de los gobernados. Esta pretensión de la *Declaración* queda patente en los siguientes borradores: “ Toda persona es igual ante la ley y tiene derecho a la misma protección de la ley. Las autoridades públicas, al igual que los individuos, están sujetas al Estado de Derecho (*rule of law*)”¹⁸. “ La ley es la misma para todos. Se aplica a las autoridades públicas y jueces de la misma manera que a las personas privadas”¹⁹.

Esta fidelidad a la ley es la esencia misma de la legalidad. Como afirma Tomás de Aquino: “ Todos los hombres deben estar sometidos a la ley humana [...]. En cuanto al poder directivo de la ley, el príncipe está sometido a ella [...] conforme las *Decretales* de Gregorio IX: *El que establece una ley para otros debe él mismo someterse a ella*. Lo que dice también la autoridad del Sabio: *Obedece a la ley que tú mismo has establecido*”²⁰.

La fidelidad a la ley instauro la *reciprocidad* entre gobernantes y gobernados. Puesto que toda obediencia solo es debida a la ley, todo acto ilegal por parte del gobernante autoriza la desobediencia, así como todo acto ilegal por parte del ciudadano autoriza la punición. Pero la aplicación más significativa de la reciprocidad se da en la relación interpersonal propia del Estado de Derecho, en la que los participantes han decidido tratarse mutuamente según los términos de la ley. La legalidad concreta la *fraternidad*, pudiendo la *regla de oro* ser formulada del siguiente modo: “ Trata a los demás según la ley, así como tú quieres ser tratado según la ley”.

3. Principio de la justicialidad: *Todos tienen acceso a la justicia*

En el artículo 10, la *Declaración* establece el principio formal de la justicialidad o acceso a la justicia²¹. Su sentido es el de que conflictos sobre la correcta interpretación de la ley en determinado caso, ya en las relaciones entre particulares, ya en las relaciones entre gobernantes y gobernados, deben decidirse por un órgano *independiente* de las otras estructuras del Estado, *imparcial* respecto a las partes que acuden a él y que actúa en el

18 Borrador de junio de 1947, artículo 5°.

19 Borrador de René Cassin, artículo 5°.

20 Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, cit., q. 104, a. 4.

21 La justicialidad es definida por Hegel en los siguientes términos: “[...] el miembro de la sociedad civil tiene el derecho de comparecer en el tribunal, así como el deber de presentarse ante el tribunal, y de recibir sólo del tribunal su derecho controvertido” (*Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Cit., parágrafo 221).

interior de un *proceso* establecido por la ley: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia [proceso] por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

La independencia del Poder Judicial es una condición esencial a la realización de la justicia, entendida como “la virtud por la que cada cual posee lo propio (*to autón*) según la ley”²². Es la justicia que figura como única función del Poder Judicial en el Estado de Derecho: “Poder Judicial es aquel que adjudica lo suyo de cada uno según la ley”²³. Esta independencia funcional es garantía de *libertad*, puesto que los derechos de la persona no estarán comprometidos por la búsqueda de objetivos políticos sustantivos, lo que es papel de otros poderes del Estado.

La imparcialidad del Poder Judicial está en su dependencia de la ley; el juez “solamente se encuentra en la posición no partidaria exigida porque está ligado a un sistema jurídico [...] que consiste esencialmente en leyes escritas”²⁴, y su imparcialidad se hará efectiva en el *igual* tratamiento de las partes según la ley.

Finalmente, el tercer elemento de la justicialidad es que la determinación de lo que es debido a cada uno solo pueda darse en el interior de un *proceso*. El proceso es un “cambio reglado de argumentos” en el que se da la *reciprocidad* entre personas que se reconocen en el deber de defender su punto de vista a partir de razones que puedan ser comprendidas por el otro. En este sentido, el proceso es un espacio de *fraternidad* en el cual los actores procesales asumen los deberes de respetar la integridad racional (debate) y física (paz) del otro: “El proceso se centra en un debate de palabras cuya incertidumbre inicial es por fin deslindada por una palabra que expresa el derecho. Existe, pues, un lugar de la sociedad donde la palabra sobrepuya la violencia”²⁵.

4. Consideraciones finales

Desde el punto de vista de una teoría de la ley natural de fondo tomista, los principios de libertad, igualdad y fraternidad son principios primeros de la ley natural que deben presidir toda asociación política o Estado.

22 Aristóteles (1990). *Retórica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, I, 9, 1366b 10-11.

23 Kant, I. (1994). *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Tecnos, parágrafo 313.

24 Ricoeur, P. *O justo 1*. Cit., 185.

25 *Ibíd*em, 4.

A su vez, los principios formales que constituyen el Estado de Derecho –igualdad, legalidad y justicialidad–, contenidos en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, son principios secundarios de la ley natural o principios del *jus Gentium*. Éstos no son principios inherentes a la razón humana, sino que son establecidos por ella cuando es confrontada con el desafío de construir una comunidad de libres e iguales en sociedades complejas.

Bibliografía

- Aristóteles (1990). *Retórica*. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales.
- Bobbio, N. (1986). *El futuro de la democracia*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Cicerón (1989). *Las leyes*. Madrid. Alianza Editorial.
- Cicerón (2006). *On the Republic. On the Laws*. Cambridge. Harvard University Press.
- De Romilly, J. (2004). *La ley en la Grecia clásica*. Buenos Aires. Biblos.
- Glendon, M. A. (2011). *Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Gonçalves Ferreira Filho, M. (1999). *Estado de Direito e Constituição*. São Paulo. Saraiva.
- Hegel, G. W. F. (2002). *Fenomenología do Espírito*. São Paulo. Vozes.
- Hegel, G. W. F. (1993). *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*. Madrid. Prodhufi.
- Kant, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid. Tecnos.
- Locke, J. *Segundo tratado sobre el gobierno civil*. Disponible en www.academia.edu, acceso el 13-5-2020.
- Oakeshott, M. (2013). “El concepto de *rule of law*”. En ídem. *Sobre la historia y otros ensayos*. Buenos Aires. Katz.
- Ricoeur, P. (2008). *O justo 1*. São Paulo. Martins Fontes.
- Tomás de Aquino (2000). *Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles*. Pamplona. Eunsa.
- Tomás de Aquino (1997). *Suma Teológica*. Vol. II. Madrid. BAC.

LA PARADOJA DE LA NEUTRALIDAD ESTATAL CONTRA LA LIBERTAD RELIGIOSA: UNA INTERPRETACIÓN DESDE SUS PRESUPUESTOS

*The paradox of state neutrality against religious freedom:
an interpretation from their budgets*

*Il paradosso della neutralità dello Stato contro la libertà religiosa:
un'interpretazione dai loro bilanci*

Débora Ranieri de Cechini¹

Para citar este artículo:

Ranieri de Cechini, D. (2020). “La paradoja de la neutralidad estatal contra la libertad religiosa: una interpretación desde sus presupuestos”.

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 223-233.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.223-233>

Resumen: El texto analiza la evolución del concepto de neutralidad estatal surgido en el Estado de Derecho liberal, el cual ha llevado a algunas paradojas y contradicciones conceptuales en la actualidad, ya que se originó con la intención de salvaguardar la libertad religiosa individual frente al Estado para luego derivar como argumento para erradicar la religión del espacio

1 PhD en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina, Profesora investigadora y coordinadora de Proyecto IUS 2019-2021, Facultad de Derecho, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina: “Libertad religiosa: la objeción de conciencia institucional o el derecho de autonomía de las instituciones y el acomodamiento razonable. Una mirada desde la jurisprudencia nacional y el derecho comparado”. Correo electrónico: dranieri@uca.edu.ar.

Como Secretaria de Redacción de la Revista *Prudentia Iuris* desde 2010 me honra poder participar en este número aniversario. Agradezco especialmente al Dr. Nicolás Lafferriere, Director de la Revista, por esta década de trabajo y desafíos por realizar por nuestra querida Facultad de Derecho y a Estefanía Rogora, por su paciente y diligente disponibilidad para el bien de *Prudentia Iuris*.

público. Una clave de comprensión de tal deriva podría encontrarse en los mismos presupuestos sobre los que se gestó la neutralidad liberal: escepticismo, igualitarismo y autonomía.

Palabras clave: Libertad religiosa; Neutralidad estatal; Laicismo; Igualitarismo.

Abstract: The text analyzes the evolution of the concept of State Neutrality that emerged in the liberal rule of law which has led to some paradoxes and conceptual contradictions nowadays since it originated with the intention of safeguarding individual religious freedom against the State and later derived as argument to eradicate religion from public space. A key of understanding this drift could be found in the same assumptions on which liberal neutrality was conceived: scepticism, equality and autonomy.

Keywords: Religious Liberty; State Neutrality; Secularism; Equality.

Sommario: Il testo analizza l'evoluzione del concetto di neutralità dello Stato emerso nello Stato di diritto liberale che ha portato ad alcuni paradossi e contraddizioni concettuali al giorno d'oggi perché ha avuto origine con l'intenzione di salvaguardare la libertà religiosa individuale contro lo Stato e successivamente ha derivato come argomento per sradicare la religione dallo spazio pubblico. Una chiave per comprendere questa deriva potrebbe essere trovata negli stessi presupposti su cui è stata concepita la neutralità liberale: scetticismo, equalitarismo e autonomia.

Parole chiave: Libertà religiosa; Neutralità dello Stato; Laicità; Ugualianza.

1. Planteo de la cuestión

Hace poco más de un año, en marzo de 2019, la Comisión Teológica Internacional, a través de la Subcomisión sobre Libertad Religiosa, luego de varios años de elaboración, publicó un documento² en el que analizó los principales desafíos contemporáneos en torno a la defensa de la libertad religiosa³. Si bien el documento ha tenido escasa repercusión en la doctri-

2 Comisión Teológica Internacional (Subcomisión sobre Libertad Religiosa), “La libertad religiosa para el bien de todos. Aproximación teológica a los desafíos contemporáneos”, 21 de marzo de 2019 (en adelante: “La libertad religiosa para el bien de todos”).

3 Este estudio ha sido realizado por una comisión especial, presidida por el Rvdo. J.

na⁴, se ha señalado que constituye un “sugerente texto que profundiza en el valor de la Declaración Conciliar *Dignitatis Humanae* y su repercusión en la vida social y eclesial”⁵ y es el tercero en la última década que aborda una cuestión referente a la expresividad de la naturaleza ético-política de la fe, como han sido: “En busca de una ética universal: nueva mirada sobre la ley natural” (2009)⁶ y “Dios Trinidad, unidad de los hombres. El monoteísmo cristiano contra la violencia” (2014), “expresando así la grave preocupación que la Santa Sede concede a la credibilidad institucional que la fe puede tener en el ámbito social”⁷.

El documento, además de constituir una valiosa síntesis sobre los principales argumentos atinentes a la libertad religiosa, tales como la integridad de la persona humana⁸, el deber de buscar la verdad⁹ y la exigencia de inmunidad a cualquier coerción externa con respecto a la confesión religiosa¹⁰, realiza en numerosos puntos un llamado de atención, una crítica

Prades López y compuesta por los siguientes miembros: Rvdo. Ž. Tanjić, Rvdo. J. Junyang Park, Prof.^a M. McQueen, P. B. Pottier, S.I., Prof.^a T. Rowland, Mons. P. Sequeri, Rvdo. Ph. Vallin, Rvdo. K. Kpogo y P. S. Bonino, O.P. Las discusiones generales sobre el tema en cuestión tuvieron lugar tanto en el curso de varios encuentros de la subcomisión como con ocasión de las sesiones plenarias en los años comprendidos entre el 2014 y el 2018. Luego de su aprobación en Sesión Plenaria de 2018, el documento fue sometido a la aprobación de su Presidente, el Card. L. Ladaria, S.I., Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, quien, tras haber recibido el parecer favorable del Papa Francisco, ha autorizado su publicación el 21 de marzo de 2019.

4 El texto original se publicó en italiano y hacia fines de 2019 y principios de 2020 se sumaron las versiones en francés y español, respectivamente. Cfr. versión castellana en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20190426_liberta-religiosa_sp.html#_ednref100.

5 Valdivia Giménez, R. (2019). Reseña sobre Documento de la Comisión Teológica Internacional, “La libertad religiosa para el bien de todos. Aproximación teológica a los desafíos contemporáneos”. *Isidorianum*. Centro de Estudios Teológicos de Sevilla, Vol. 28, Nro. 56, 265-268.

6 Sobre este documento, ver el número especial de esta misma Revista que contiene valiosos comentarios generales y cada uno de los capítulos en *Prudentia Iuris*, Revista de la Facultad de Derecho de la UCA, Nro. 72, noviembre 2011.

7 *Ibidem*, p. 265.

8 “El primer argumento es el de la integridad de la persona humana, es decir, la imposibilidad de separar su libertad interior de su manifestación pública”. En “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 18.

9 “El segundo argumento es intrínseco al deber de buscar la verdad, que requiere y presupone el diálogo entre los seres humanos, de acuerdo con su naturaleza y, por lo tanto, de manera social [...]. El diálogo que se activa con tal búsqueda permitirá que todos, sin discriminaciones, puedan exponer y argumentar la verdad recibida y descubierta [...] El sujeto de la libertad religiosa no es únicamente, por lo tanto, el individuo, sino también la comunidad y, en particular, la familia”. En “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 19.

10 “Las autoridades civiles y políticas, cuyo objetivo principal es cuidar el bien común temporal, no tienen derecho a interferir en asuntos relacionados con la esfera de la libertad religiosa personal que permanece intangible en la conciencia del individuo y, al mismo tiempo, en su manifestación pública”. En “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 20.

aguda y una minuciosa distinción conceptual en torno a un tópico muy relacionado con la libertad religiosa, como lo es el de la denominada “neutralidad estatal”.

Tal tópico es analizado por el Documento tanto a nivel de la libertad religiosa individual como a nivel colectivo, advirtiendo que constituye una “ideología” la tesis de una cierta neutralidad que puede llevar a una forma de “totalitarismo mórbido” que nos hace especialmente vulnerables a la difusión de un nihilismo ético en la esfera pública, imponiendo la “marginación o la exclusión de las expresiones religiosas de la esfera pública y de la plena libertad de participación en la formación de la ciudadanía democrática”¹¹.

En paralelo a las afirmaciones de la Comisión Teológica Internacional, advertimos que la evolución del concepto de neutralidad estatal ha sido abundantemente estudiada por la doctrina en relación con el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹², en las diferentes decisiones en las que ha tenido que evaluar si los Estados contradecían o no el artículo 9º del Convenio Europeo de Derechos Humanos¹³, artículo que constituye el pilar del derecho a la libertad religiosa.

En este sentido, se ha señalado que aunque “la neutralidad se ha vuelto cada vez más relevante en las decisiones sobre libertad religiosa del Tribunal Europeo de Derechos humanos”¹⁴, tal concepto no es sencillo dado que “puede atribuirse a diferentes interpretaciones”¹⁵ y la neutralidad como deber del Estado reconocido por el TEDH es un “concepto bastante resbaladizo”¹⁶. Tal doctrina, en su mayoría, suele distinguir dos interpretaciones que de modo lógico resultan contradictorias: por un lado, la neutralidad estatal entendida como indiferencia o como no preferencia;

11 “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 5.

12 Cfr. Ringelheim, J. (11 January 2017). “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”. *Oxford Journal of Law and Religion*, Nro. 0, 1-24 y Ollino, A. (2018). “Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks”. *Stato, Chiesa e pluralism confessionale*, Rivista telemática, Nro. 31, 1-26. Disponible en www.statoechurchiese.it.

13 Según el art. 9.1 del CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos”.

14 “Neutrality has become increasingly relevant in the rulings of the ECtHR concerning religious freedom”; Ollino, A. “Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks”. Ob. cit., 1.

15 Ringelheim, J. “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”. Ob. cit., 1.

16 Ollino, A. “Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks”. Ob. cit., 2.

por otro lado, en algunos desarrollos posteriores, la neutralidad entendida como exclusión de lo religioso. Se advierte, así, una creciente interpretación de la neutralidad que va desde la más leve distinción entre lo religioso y lo político hacia una restricción de lo religioso como justificación de esa misma neutralidad.

Partiendo desde esta premisa, el objetivo del presente texto consiste en realizar, en primer lugar, un breve recorrido sobre dos momentos conceptuales de la neutralidad estatal respecto al derecho de libertad religiosa, para comprender cómo fue evolucionando desde un concepto que, parecía, encontraba su razón de ser en la defensa de la libertad religiosa, para convertirse en una herramienta argumental que puede llegar a atentar contra esa misma libertad. Luego, desde allí, esbozamos una clave interpretativa que pone la mirada sobre aquellos presupuestos que originaron el primer concepto de neutralidad, en los que ya se encontraban latentes los desarrollos posteriores que derivaron en el segundo concepto.

2. De la neutralidad como imparcialidad a la neutralidad como erradicación de lo religioso

El concepto de neutralidad religiosa del Estado irrumpió en el mundo jurídico a través del liberalismo filosófico-político, principalmente con las ideas de Mill, Kant y Locke¹⁷, para los cuales el Estado, atento al pluralismo religioso presente en la sociedad, debía permanecer ajeno o equidistante de las diferentes religiones¹⁸. Según la concepción liberal, el Estado debería permanecer ajeno respecto de las distintas formas de configurar la vida buena –la forma religiosa, entre ellas–, considerándolas áreas de la vida humana protegidas por los derechos de libertad¹⁹.

Al mismo tiempo, este modelo de neutralidad estatal podía convivir dentro de dos formas diferentes de regulación de las relaciones entre Estado y Religión: tanto si el Estado optaba por un régimen de estricta separación o si constitucionalmente reconocía preferencia por alguna confesión religiosa,

17 Sobre el liberalismo político y el origen de la neutralidad estatal, ver Ranieri de Cechini, D. (2019). *Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el derecho comparado*. Buenos Aires. Educa, 288-293.

18 Como ha señalado la doctrina, el concepto de neutralidad aparece inicialmente en el Derecho Internacional aplicado a los Estados que no intervenían en la disputa entre otros Estados, lo cual “implica las notas de abstención e imparcialidad”; Palomino, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Madrid. Aranzí, 160.

19 Cfr. Palomino, R. (2011). “Neutralidad y factor religioso: mito, principio y significado”. En *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*. Turín. Giappichelli, 948-971.

en cualquier caso, “el Estado debía ser un neutral e imparcial organizador en el ejercicio de las diferentes creencias”²⁰.

A su vez, la neutralidad entendida como imparcialidad implicaba para el Estado la obligación negativa de no interferir, ni sobre el ejercicio de la libertad religiosa de un particular, ni sobre una organización de una particular confesión religiosa²¹. Así, por ejemplo, en el caso *Metropolitan Church of Bessarabia contra Moldova*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, frente a la negativa del Estado de reconocer legalmente a esa Iglesia ortodoxa impidiendo a sus fieles practicar sus creencias y reunirse por motivos religiosos, subrayó que “al ejercer su poder regulador en esta esfera y en relación con los diversos grupos religiosos, confesiones y creencias, el Estado tiene el deber de permanecer neutral e imparcial”²². De este modo, consideró que al negarle el estatus jurídico a esa Iglesia, Moldova había interferido en el derecho de los creyentes de asociarse libremente y practicar su fe.

Frente a este concepto de neutralidad estatal como imparcialidad, el desarrollo posterior derivó en otra interpretación, y generó, como ha advertido la doctrina, que fuera un concepto “resbaladizo”²³ que llegó a ser utilizado para excluir a la religión de la esfera pública tras esgrimirse la idea de un Estado que se opone a que la religión ingrese en el dominio público²⁴. Respecto a este tipo de neutralidad la Comisión Teológica Internacional ha señalado que “la neutralidad de la esfera pública no se limita a garantizar la igualdad de las personas ante la ley, sino que exige la exclusión de un cierto orden de preferencias”²⁵, por ejemplo, la religiosa.

Respecto a esta deriva del concepto de neutralidad del Estado la doctrina también la ha interpretado en clave de la evolución que el concepto de libertad religiosa ha realizado en la historia. Por ejemplo, Silvio Ferrari ha distinguido tres dimensiones de la libertad religiosa que han tenido un

20 Ollino, A. Ob. cit., 10.

21 Sobre esta obligación se ha señalado que “this understanding of State neutrality as abstention from actively taking side in religious disputes is a reminder of the classic liberal statement that requires the State to refrain from endorsing a particular notion of the good”; Ollino, A. Ob. cit., 11.

22 TEDH, *Metropolitan Church of Bessarabia and Others v. Moldova*, app. no. 45701/99, 13 de diciembre 2001, párrafo 116.

23 Ollino, A. Ob. cit., 2.

24 La doctrina suele colocar como ejemplo más acabado de este concepto de neutralidad estatal a la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1995, conocida como “Sentencia del crucifijo de Baviera” y a la sentencia “Lautsi c/ Italia”, del TEDH de 2009. Sobre un análisis detallado de ambas sentencias ver Ranieri de Cechini, D. (2019). Ob. cit.

25 “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 65.

rol fundamental para definir la posición asignada a la religión en la esfera pública²⁶.

La primera, subrayando la distinción entre religión y política, se ha traducido jurídicamente en la tesis de la separación entre Iglesia y Estado, contribuyendo a la definición de la esfera pública como espacio secular. La segunda, identificando a la religión de modo privado, ha contribuido a concebir a la libertad religiosa como un derecho individual. La tercera dimensión ha subrayado el derecho de cada individuo de buscar la propia verdad personal sin ninguna repercusión sobre los derechos civiles y políticos. Estas tres dimensiones convergieron en aquello que constituye el sello de identidad de los Estados seculares occidentales: la disociación de religión y derecho en la definición del espacio público.

3. Una clave interpretativa a partir de los presupuestos del concepto de neutralidad en el Estado liberal

De este modo, aunque a primera vista esta noción de neutralidad fue comprendida por el liberalismo como un valor del ordenamiento jurídico, dado que protegería a la libertad de conciencia y a la libertad religiosa, sus presupuestos constituyeron una verdadera crisis del paradigma de un orden social objetivamente justo. Precisamente, esta contradicción ha sido señalada por la Comisión Teológica Internacional en el documento mencionado, como veremos en los párrafos siguientes.

Los presupuestos fundamentales han sido²⁷: el escepticismo, el igualitarismo y la autonomía. Según la línea argumental del escepticismo, no es posible determinar racionalmente qué valores son más rectos y, por ende, el Estado debería dejar en libertad de acción a las personas para que ellas adopten las concepciones del bien y los principios morales que estimen preferibles. Respecto de este presupuesto se ha señalado que “el dilema al que se enfrenta este argumento es la paradoja de la tolerancia: si no puede sustentarse ninguna opción valorativa como válida, tampoco es posible justificar la neutralidad liberal”²⁸.

26 Cfr. Ferrari, S. (arplie 2018). “La libertà di religione nell’epoca della diversità”. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*. Bologna, Fascicolo 1, 283-293.

27 Ver el valioso análisis realizado en Ruiz, M. A. y Villavicencio Miranda, L. (septiembre-diciembre 2014). “Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nro. 102, 93-126.

28 *Ibidem*, 109.

En este sentido, la Comisión Teológica Internacional ha señalado que “la pretendida neutralidad ideológica de una cultura política que se quiere construir a partir de la elaboración de reglas de justicia meramente procedimentales, que prescindan de toda justificación ética y toda aspiración religiosa, muestra la tendencia a elaborar una ideología de la neutralidad”²⁹ y por ello advierte que “la progresiva supresión posmoderna del compromiso con la verdad y con la trascendencia plantea en términos nuevos el tema político y jurídico de la libertad religiosa”³⁰. De este modo, el relativismo ético y la indiferencia ante la religión sitúa a la proclamación de la neutralidad estatal como incapaz de evitar “la tendencia a considerar a la profesión de fe y la pertenencia religiosa como un obstáculo para la admisión a la plena ciudadanía cultural y política”³¹.

Respecto al igualitarismo, que proviene, como ha señalado Martínez-Torrón, desde una perspectiva jurídica según la cual “la neutralidad se concibe esencialmente como un medio para conseguir un fin concreto: la garantía del derecho de libertad religiosa en condiciones de igualdad por parte de todos los individuos y grupos”³², y como consecuencia de ello el Estado debería ser neutral acerca de cómo debe llevarse adelante una buena vida³³, toda referencia que otorgue algún estatus de privilegio a alguna religión o diferenciación es concebida como discriminatoria. En este sentido, podría comprenderse que toda la discusión en las últimas décadas en torno al concepto de laicidad positiva ha sido el intento de fundamentar de modo racional que pueda no ser perjudicial ni discriminatorio el trato bondadoso por parte del Estado hacia la religión.

La Comisión Teológica Internacional ha resaltado el peligro que la ideología de la neutralidad puede generar al imponer la marginación o la exclusión de las expresiones religiosas de la esfera pública y de la plena libertad de participación en la formación de la ciudadanía democrática, justificándose en una “cultura civil que define su humanismo a través de la supresión del componente religioso del ser humano, elimina partes decisivas de la historia humana, del propio saber, de la propia tradición y de la propia cohesión social”³⁴.

29 “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 5.

30 *Ibidem*, nro. 7.

31 *Ibidem*, nro. 4.

32 Martínez-Torrón, J. (2015). *La neutralidad religiosa del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 318.

33 Cfr. Ruiz, M. A. y Villavicencio Miranda, L. “Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”. *Ob. cit.*, 110.

34 “La libertad religiosa para el bien de todos”, nro. 5.

Resulta interesante la advertencia, y el lenguaje, que tal documento realiza en varias partes en torno a las consecuencias del concepto de igualdad que, habiendo surgido respecto a la relación legal entre el individuo y el Estado, se trasladó al mundo de la ética y de la cultura. Se señala que ha surgido, así, un tema político controvertido, que consiste en considerar como algo pernicioso “la mera posibilidad de que una valoración moral diferente o una apreciación diferente de las prácticas culturales pueda ser superior a otras o contribuir al bien común en mayor medida que otras”³⁵. Esta ideología igualitaria y a-valorativa “produce un vaciamiento del espíritu y de la cultura” y genera un “humanismo excusivo” como único espacio público de referencia³⁶.

El último presupuesto de la neutralidad estatal se encuentra en la noción de autonomía. Como ha señalado Grégor Puppínck, en una de sus últimas obras³⁷, el desarrollo jurídico de la libertad de religión se ha tornado radicalmente ambiguo: para algunos, su objetivo principal es la libertad y, para otros, la religión. En los primeros, la convicción del primado de la conciencia individual y su necesaria autonomía, hace de la conciencia el autor mismo de la moral. Absolutización de la autonomía de la conciencia individual, que es el fundamento último del individualismo³⁸.

4. Conclusión

A través de este breve recorrido hemos podido advertir que el concepto de neutralidad religiosa del Estado, en su versión más hostil hacia la presencia de la religioso en el espacio público, no parecería explicarse desde la tesis que postula que tal concepto ha transmutado en una práctica estatal diferente a la concepción liberal de Estado. Desde los presupuestos que fun-

35 *Ibidem*, nro. 62.

36 *Ibidem*, nro. 62. Respecto a esta cuestión, el documento señala las consecuencias que se producen en las prácticas educativas que se ven llevadas a la parálisis de sus propios presupuestos, un ejercicio de la libertad de conciencia en cuyo nombre se impone la censura de toda valoración y “en nombre de esta ‘ética del Estado’, la libertad de las comunidades religiosas para organizarse según sus principios a veces se cuestiona indebidamente”, *Ibidem*, n. 62.

37 Cfr. Puppínck, G. (2000). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Madrid. Encuentro, 47-48.

38 Como ha señalado la doctrina, la autonomía consiste en una concepción del bien, de manera que “lo fundamental para todo individuo es que se le permita decidir la forma en que llevará adelante su vida, con independencia del juicio sobre la virtud de tales preferencias”. Ruiz, M. A. y Villavicencio Miranda, L. “Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”. *Ob. cit.*, 112.

damentaron la instauración del principio de neutralidad ya se encontraba en germen el desarrollo lógico posterior.

Al negarse toda posibilidad de verdad con el escepticismo, al obstaculizarse toda preferencia por el bien a través del igualitarismo y al absolutizarse la conciencia individual sin parámetros objetivos, la instauración de un argumento de neutralidad contrario a la religión no parece contradecir tales presupuestos. La religión aparecería, entonces, desde esta mirada como un obstáculo para la entronización de un individuo absolutizado que ve como una amenaza toda verdad o bien exterior a su propia conciencia.

Bibliografía

- Arlettaz, F. (2015). *Religión, esfera pública, mundo privado. La libertad religiosa y la neutralidad del Estado en las sociedades secularizadas*. Zaragoza. Pressas de la Universidad de Zaragoza.
- Comisión Teológica Internacional, “La libertad religiosa para el bien de todos. Aproximación teológica a los desafíos contemporáneos”, 21 de marzo de 2019. Disponible en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_cti_20190426_liberta-religiosa_sp.html#
- Ferrari, S. (april 2018). “La libertà di religione nell’epoca della diversità”. *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*. Bologna, Fascicolo 1, 283-293.
- Longchamps de Bériet, F. “Law and Collective Identity. Religious Freedom in the Public Sphere”. *Krakowskie Studia z Historii Państwa i Prawa*. Cracow Studies of Constitutional and Legal History, Nro. 1/2017, 169-180. Disponible en <https://www.ceeol.com/search/viewpdf?id=589272> (acceso: 20-5-2020).
- Martínez-Torrón, J. (2015). *La neutralidad religiosa del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México, 313-339.
- Ollino, A. (2018). “Modes of neutrality in the ECtHR jurisprudence related to religious matters: some critical remarks”. *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telemática, Nro. 31. Disponible en www.statoechiese.it. (acceso: 18-3-2020).
- Palomino, R. (2014). *Neutralidad del Estado y espacio público*. Madrid. Aranzi.
- Palomino, R. (2011). “Neutralidad y factor religioso: mito, principio y significado”. En *Aequitas sive Deus. Studi in onore di Rinaldo Bertolino*. Turín. Giappichelli, 948-971.
- Puppink, G. (2020). *Mi deseo es ley. Los derechos del hombre sin naturaleza*. Madrid. Encuentro.
- Ranieri de Cechini, D. (2019). *Los crucifijos en los espacios públicos: un estudio desde el derecho comparado*. Buenos Aires. Educa.
- Ringelheim, J. (11 January 2017). “State Religious Neutrality as a Common European Standard? Reappraising the European Court of Human Rights Approach”. *Oxford Journal of Law and Religion*, Nro. O, 1-24.

- Ruiz, M. A. y Villavicencio Miranda, L. (septiembre-diciembre 2014). “Estado y Religión. Una justificación liberal de la laicidad neutral”. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Nro. 102, 93-126.
- Schoupe, J.-P. (2015). *La dimension institutionelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*. París. Pedone.
- Temperman, J. (2006). “The Neutral State: Optional or Necessary? A Triangular Analysis of State-Religion Identification, Democratisation & Human Rights Compliance”. *Religion and Human Rights. An International Journal*, 269-303. Disponible en <https://ssrn.com/abstract=2045554> (acceso: 12-6-2020).
- Valdivia Giménez, R. (2019). “Reseña sobre Documento de la Comisión Teológica Internacional, ‘La libertad religiosa para el bien de todos. Aproximación teológica a los desafíos contemporáneos’”. *Isidorianum*. Centro de Estudios Teológicos de Sevilla, Vol. 28, Nro. 56, 265-268.

LAS TRANSFORMACIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. ¿ANTE UN CAMBIO DE ÉPOCA?

*The transformations of Administrative Law
In the face of a change of time?*

*Le trasformazioni del Diritto Amministrativo
Di fronte a un cambiamento di tempo?*

Ignacio M. de la Riva¹

Para citar este artículo:
de la Riva, I. M. (2020). “Las transformaciones del derecho administrativo
¿ante un cambio de época?”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 235-249.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.235-249>

Resumen: El Derecho Administrativo nació en un contexto preciso, el de la Francia posrevolucionaria de fines del siglo XVIII. La teoría de la separación de poderes y el principio de legalidad estuvieron a la base de la novel rama, forjada por la labor jurisprudencial desplegada por el Consejo de Estado francés. Su evolución posterior se mantuvo siempre ligada a los avatares económicos, políticos y sociales, y hoy se enfrenta a un escenario signado por un nuevo modo de relacionamiento entre el Estado y la Sociedad, un reposicionamiento de los tres órganos del sistema tripartito de poderes, un creciente influjo de las instancias internacionales sobre las estatales, y un fuerte impacto de los avances tecnológicos sobre la Administración pública. Todos estos cambios están haciendo cruzir la estructura histórica del

1 Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid, Valladolid, España. Desde el año 2005 a la actualidad es socio en el estudio Cassagne Abogados. Desde el año 2003 es Profesor Titular en la Carrera de Posgrado Especializado en Derecho Administrativo Económico, de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: ignaciodelariva@uca.edu.ar.

Derecho Administrativo, y obligan a repensar el alcance de sus categorías clásicas con vistas a *aggiornarlas* al presente *statu quo*.

Palabras clave: Derecho Administrativo; Administración pública; Principio de legalidad; Principio de subsidiariedad; Derecho Administrativo global.

Abstract: Administrative Law was born in a precise context, that of post-revolutionary France at the end of the 18th century. The theory of the separation of powers and the principle of legality were at the base of the new branch, forged by the jurisprudential work carried out by the French Council of State. Its subsequent evolution was always linked to economic, political and social vicissitudes, and today it faces a scenario marked by a new way of relating between the State and Society, a repositioning of the three organs of the tripartite system of powers, a growing influence of international instances on state ones, and a strong impact on public administration of technological advances. All these changes are making the historical structure of Administrative Law crunch, and they force us to rethink the scope of its classic categories with a view to adjust them to the present status quo.

Keywords: Administrative Law; Public administration; Principle of legality; Principle of subsidiarity; Global Administrative Law.

Sommario: Il Diritto amministrativo nacque in un preciso contesto, quello della Francia post-rivoluzionaria alla fine del XVIII secolo. La teoria della separazione dei poteri e il principio di legalità erano alla base del nuovo ramo, forgiato dal lavoro giurisprudenziale svolto dal Consiglio di Stato francese. La sua successiva evoluzione fu sempre legata alle vicissitudini economiche, politiche e sociali, e oggi affronta uno scenario segnato da un nuovo modo di relazionarsi tra Stato e Società, un riposizionamento dei tre organi del sistema tripartito di poteri, una crescente influenza degli enti internazionali sullo stato, e un forte impatto dei progressi tecnologici sulla pubblica amministrazione. Tutti questi cambiamenti stanno causando il crollo della struttura storica del Diritto amministrativo e ci stanno costringendo a ripensare le sue categorie classiche al fine di adattarli allo status quo attuale.

Parole chiave: Diritto Amministrativo; Pubblica amministrazione; Principio di legalità; Principio di sussidiarietà; Diritto Amministrativo globale.

1. Aclaración preliminar

El título del presente trabajo podría crear en el lector una expectativa desmedida, induciéndolo a pensar que habrá de encontrarse con un diagnóstico cabal de la problemática planteada, lo cual excedería no solo el acotado marco de este escrito, sino también las posibilidades de su autor. Las breves páginas que siguen responden, más bien, al modesto deseo de compartir algunas reflexiones personales sobre tan basta y compleja cuestión, en el convencimiento de que los cambios que hoy experimenta el Derecho Administrativo reclaman una discusión atenta de la comunidad científica, para una mejor comprensión de su alcance y significado.

Es cierto que la incesante evolución a la que, desde sus mismos orígenes, está sujeta esta *novel* rama jurídica (calificativo absolutamente pertinente si se la compara, al menos, con la trayectoria varias veces milenaria registrada por el Derecho Civil), ha concitado recurrentemente la atención de sus estudiosos más destacados². El fenómeno, sin embargo, queda siempre abierto a nuevos análisis, dada la naturaleza intrínsecamente fluyente de la historia de las instituciones.

2. El Derecho Administrativo como categoría histórica. Su origen y evolución

El Derecho Administrativo es habitualmente calificado como una *categoría histórica*³, para significar que sus instituciones son hijas del tiempo de su creación y van evolucionando según las condiciones político-sociales de cada época.

Su nacimiento se produce en un contexto en el que confluyen, en el plano político, el auge de las ideas revolucionarias francesas, impulsadas por la Ilustración, que emergen a modo de violenta reacción contra el absolutismo

2 Baste recordar, a modo de ejemplo, la clásica obra de León Duguit, *Las transformaciones del Derecho Público*, aparecida inicialmente en 1914, cuya traducción al español por A. Posada y R. Jaén fue publicada por Editorial Heliasta en 1975.

3 Cassagne, J. C. (2018). *Curso de Derecho administrativo*. T. I. 12ª. edición actualizada. Buenos Aires. Thomson Reuters - La Ley, 79-83; y Santamaría Pastor, J. A. (2001). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. 3ª edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 45-47. De allí el énfasis que la doctrina ha puesto en destacar la utilidad y pertinencia del método histórico para la ciencia del Derecho Administrativo [cfr. Fernández Farres, G. (2016). *Sistema de Derecho Administrativo*. T. I. 3ª edición. Pamplona. Thomson Reuters - Civitas, 93-97].

monárquico entonces imperante, y los resabios del abrupto cambio de escenario socio-económico derivado de la Revolución Industrial⁴.

La primera de dichas dimensiones ha sido magistralmente retratada por García de Enterría, en su clásico opúsculo *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, en el que pone en claro que la formulación del principio de legalidad, como expresión técnico instrumental de la concepción *rousseauiana* de la soberanía del pueblo, constituye uno de los pilares sobre los cuales se asentó el incipiente Derecho Administrativo de comienzos del siglo XIX. El lugar central ocupado por dicho principio se manifiesta no sólo en la identificación de la ley como garante de la libertad de los individuos, sino también en su consideración como fuente habilitante (y límite) del ejercicio de todo poder público que se traduzca en el dictado de los actos singulares que emanan del gobierno y de los tribunales⁵.

Sin desconocer la primacía de la ley, a su vez, el mencionado autor destaca como otro componente esencial del Derecho Administrativo primigenio la estructura del Estado surgida al influjo de la separación de funciones postulada por Locke y por Montesquieu, la cual da cabida a la nítida distinción entre el dictado de las leyes, su ejecución a través del empleo de la coacción y la tarea de impartir justicia⁶.

Sobre esas premisas, aunque a partir de una peculiar interpretación del principio de separación de poderes, Francia avanzó por un derrotero propio, distinto al seguido por el mundo anglosajón frente a idéntico punto de partida⁷, lo cual desembocó en suelo galo en el alumbramiento de una notable Administración pública, dotada de unas prerrogativas públicas aún más poderosas que las del Antiguo Régimen, destronado por los revolucionarios⁸.

4 José L. Villar Palasí, sin embargo, sin dejar de reconocer el decisivo impulso que recibió esta rama del Derecho Público en el período que sucedió a la Revolución Francesa, destaca que su conformación es resultado de un proceso de decantación que arranca varios siglos antes, con aportaciones provenientes del Derecho romano, del Derecho Canónico y del Derecho Regio (ver su *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Madrid, 1972, 82-84).

5 García de Enterría, E. (1994). *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. 4ª edición. Madrid. Civitas, 21-28.

Con razón señala José Luis Martínez López-Muñoz que el Estado y los distintos Poderes públicos no dejan de ser organizaciones “artificiales” e instrumentales para la consecución de los fines que las justifican; entidades serviciales, al servicio de los derechos fundamentales de quienes las constituyen [cfr. su trabajo (abril-junio 2019). “Para evitar la degradación del Estado de Derecho”. En *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 198, 15].

6 Ídem, 28-34.

7 Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. (Un estudio desde el Derecho Comparado)*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica, 46-77 y 104-110.

8 Ídem, 37-51.

Como resultado de este dinamismo surgió la necesidad de establecer, en sintonía con la idea de *Estado de Derecho* esbozada por los pensadores alemanes a fines del siglo XVIII⁹, un Derecho especial al que quedara sometida esa formidable manifestación de poder público en manos de los órganos ejecutivos, dando así origen a un régimen caracterizado por la exorbitancia de sus principios y criterios estructurantes, si se los compara con aquellos que priman en el resto del ordenamiento¹⁰.

Las categorías formales que acompañaron la irrupción de esta rama jurídica en el ocaso del siglo XVIII (la teoría de la separación de poderes, el principio de legalidad, la declamación de los derechos inalienables de las personas) fueron enriquecidas, más adelante, merced a los aportes realizados desde una perspectiva más atenta a la dimensión material de los derechos fundamentales en juego, nutrida de concepciones de raíz personalista que, a lo largo de los años, se tradujeron en otros tantos principios y garantías derivados de la dignidad del hombre, hoy plenamente incorporados al Derecho Público (principios *pro homine*, *pro libertate* y *pro actione*, la tutela judicial efectiva, o una más plena responsabilidad del Estado)¹¹.

En esta segunda etapa de la evolución del Derecho Administrativo, el factor político queda relegado a un segundo plano, en tanto lo que prima es, más bien, el contexto económico-social gestado como resabio de la Revolución Industrial. Se abre camino, de este modo, un nuevo paradigma, a partir del paso del *Estado liberal* o *gendarme* al *Estado social* o *de bienestar*. Se trata de una fase signada por un notorio auge de los poderes de intervención

9 Cassagne, J. C. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Ob. cit., 18-20.

10 Resulta interesante, en este sentido, la observación expuesta por Germán Fernández Farreres, en cuanto a que el Derecho Administrativo nace, en rigor, de la puja planteada en su día entre los Poderes Ejecutivo y Judicial, de la cual sale fortalecido el primero al lograr, inicialmente, quedar exento del control de los jueces, para conquistar, luego, su sometimiento a una jurisdicción especial que le fue reconociendo los privilegios e inmunidades (y sus correlativos límites y garantías en favor de los particulares) que configuran la esencia del Derecho Administrativo que hoy conocemos (ver su obra *Sistema de Derecho Administrativo*. Ob. cit., 98-101).

También Jean Rivero destaca el lugar decisivo que ha ocupado la existencia de una jurisdicción administrativa distinta de la jurisdicción judicial en la formación del Derecho Administrativo, pues observa que la tendencia natural del juez judicial lo hubiese llevado a aplicar a los litigios administrativos las reglas del Derecho que le eran familiares, es decir, las del Derecho Privado [ver su libro (2019). *Derecho Administrativo*. Traducción de la 9ª edición de su *Droit administratif*, dirigida por Luigi Garofalo y al cuidado de Carlos Antonio Agurto González, Sonia Lidia Quequejana Mamani y Benigno Choque Cuenca. Santiago de Chile. Ediciones Olejnik, 55].

11 Cassagne, J. C. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Ob. cit., 20-22.

pública en la arena económica, los que se incrementarán a un ritmo sostenido desde fines del siglo XIX hasta el último cuarto del siglo XX¹².

En el tramo final de la centuria pasada, el generalizado repliegue de los poderes públicos en el campo económico y social inaugura una nueva fase, a la que Cassagne tipifica como la del *Estado subsidiario*¹³, en razón del evidente influjo del principio de subsidiariedad en la configuración del rediseño de las relaciones entre lo público y lo privado, cuyo punto de equilibrio está aún en vías de hallarse.

3. Replanteamiento de la relación entre el Estado y la sociedad

Durante ese último tramo, es indudable que el sector privado ha recuperado espacio frente a un Estado que había ido avanzando en la escena económica a lo largo de más de un siglo¹⁴. El impacto en el Derecho Administrativo de tal desplazamiento es notorio, lo que justifica considerarlo en primer lugar.

Este movimiento pendular no importa un regreso al Estado gendarme, puesto que no postula un Estado ausente (como alguna vez se ha creído), sino un mero cambio de su localización en la arena económica, concretizado a través de un extendido abandono de sus funciones prestacionales para asumir el papel de regulador y fiscalizador, y garante del interés público¹⁵.

En este nuevo entorno, las relaciones entre Estado y sociedad se intentan abordar más en términos de encuentro y cooperación recíprocos, y no tan sólo desde la oposición y la tensión entre ambos polos. Es interesante porque esto propone un nuevo eje de reflexión del Derecho Administrativo,

12 Cfr. mi libro (2004). *Ayudas públicas. (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*. Buenos Aires. Hammurabi, 57-64.

13 Cassagne, J. C. *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Ob. cit., 46-50.

14 En palabras de Juan Carlos Cassagne, “se ha operado un cambio en los protagonistas del Derecho Público, potenciándose el rol de la sociedad que, de mera espectadora de la realidad, pasa a cumplir funciones relevantes, en colaboración estrecha con la Administración pública”. Ver su artículo “Sobre las transformaciones del Derecho Público: Hacia un Estado regulador y garante. (Nuevos y antiguos problemas)”, en *La Ley*, edición del 4 de noviembre de 2019, 1.

15 Entre quienes se han ocupado de estudiar y describir recientemente este proceso, ocupa un lugar destacado José Esteve Pardo, quien ha dedicado distintos trabajos a la cuestión. Cito, por todos, su libro (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. (Aproximación al trasfondo de la crisis)*. Madrid. Marcial Pons. En ese libro, el autor califica el modelo resultante como *Estado regulador y garante*, cuyas características Cassagne juzga equiparables a las del *Estado subsidiario* por él acuñado décadas atrás (cfr. “Sobre las transformaciones del Derecho Público...”, cit., 2 y 4).

pues a la par de los principios de legalidad y de separación de poderes, se ha venido a añadir lo atinente a la distribución de incumbencias entre los ámbitos público y privado, problema que trae a la escena con fuerza el principio de subsidiariedad¹⁶.

Semejante reposicionamiento trajo consigo, como es natural, la necesidad de *aggiornar* las clásicas técnicas de intervención pública¹⁷. Al hilo de esta honda transformación, se advierte una disminución de la actuación imperativa unilateral que primaba en los orígenes del Derecho Administrativo, y un correlativo aflorar de variantes participativas y concertadas, que trascienden largamente la técnica contractual¹⁸ y, en particular, su modalidad concesional¹⁹. Para afrontar sus cometidos, la Administración acude

16 Barnés, J. (2003). En su “Presentación de la traducción” al libro de Eberhard Schmidt-Assmann. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid-Barcelona. Instituto Nacional de Administración Pública - Marcial Pons, XXIV. El propio Eberhard Schmidt-Assmann, en su libro recién citado, al referirse a este fenómeno hace alusión, indistintamente, al “Estado cooperativo” y a la “Administración cooperativa”, en cuyo seno la tradicional modalidad jerárquica de actuación es reemplazada por instrumentos basados en la cooperación y el consenso (ob. cit., 38-40). El autor pone en evidencia que la colaboración a la que se refiere no se circunscribe, desde luego, al terreno económico, y lo ejemplifica a través del examen de cuanto viene ocurriendo en el plano medioambiental, de la asistencia social y de la actividad científica (ob. cit., 134-157).

17 Carro Fernández-Valmayor, J. L. (enero-abril 2014). “Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*, núm. 193, 35-36. La figura que primero nos vendrá en mente, en este sentido, probablemente sea la del servicio público. La ola privatizadora de fines del siglo XX ha generado un caudal de literatura jurídica inaudito, dirigido a reflexionar sobre esta técnica interventora desde una perspectiva del todo novedosa, inspirada por los avances de la ciencia económica en materia de regulación económica. El número de obras y trabajos sobre esta cuestión, en el ámbito local y comparado, es inabarcable. Baste con citar, a título ilustrativo, los magníficos diez volúmenes publicados en su día con la dirección de Muñoz Machado, S. (2010). *Derecho de la regulación económica*. Madrid. Iustel.

Pero los ejemplos no se agotan allí. En el terreno del dominio público (entre otros) puede decirse otro tanto. En los últimos años se viene evidenciando un replanteamiento análogo, tendiente a conjugar las restricciones inherentes a esta histórica categoría con la necesidad de introducir criterios más flexibles que habiliten una mayor interacción con los particulares, con vistas a preservar y sacar mejor provecho del ingente patrimonio estatal involucrado. Me he ocupado del tema en mi trabajo (2017). “El clásico dominio público frente a los aires que propician su valorización”. En AA. VV. *Derecho Administrativo e integración europea. (Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz)*. Con la coordinación de José Carlos Laguna de Paz, Íñigo Sanz Rubiales e Isabel María de los Mozos y Touya. Madrid. Reus, 1259-1275, al cual remito.

18 Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*. T. I. 4ª edición. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 60-68; y Sánchez Morón, M. (2019). *Derecho Administrativo (Parte general)*. 15ª. edición. Madrid. Tecnos, 55-56.

19 La figura de la concesión ha sido, como es sabido, el instrumento típicamente empleado desde el siglo XIX para dar cauce a la colaboración de los privados en la construcción de

hoy con asiduidad a figuras asociativas, que facilitan la confluencia virtuosa de impulsos nacidos desde las órbitas pública y privada, o a instancias que dependen del voluntario acatamiento de los sectores implicados.

Por solo citar algunos ejemplos, cabe mencionar el auge alcanzado por los contratos de “PPP” (“participación público-privada”); el creciente empleo de la categoría de los Derechos Reales Administrativos para brindar un marco más sólido a la intervención privada en la explotación de bienes del dominio público; la habitualidad con que los privados son convocados a desempeñar tareas de fiscalización e inspección otrora monopolizadas por los agentes públicos; la variedad de situaciones en las que la actividad regulatoria en manos de autoridades públicas requiere transitar instancias de consulta obligatoria a los particulares afectados; el reemplazo extendido de la técnica autorizatoria por meras declaraciones juradas de los sujetos involucrados (a título de *comunicaciones previas* o *declaraciones responsables*); o el avance de la autorregulación en diversos sectores de la economía.

Las novedades apuntadas obligan –qué duda hay– a reconsiderar el alcance y los perfiles históricos de las tradicionales prerrogativas públicas, en orden a amoldarlas a la creciente interacción entre los sujetos públicos y privados y a la más amplia participación de los últimos, que trae consigo una inevitable mayor exposición de sus personas y patrimonios. La cuestión es cómo lograrlo sin dejar desprotegido el interés general comprometido²⁰.

Los cambios descritos en el terreno de las relaciones entre el Estado y la sociedad dan cuenta, también, del ensanche experimentado por las fronteras del Derecho Administrativo, cuyo ámbito de aplicación se ha extendido más allá de los espacios y relaciones que involucran, estrictamente, a la Administración pública, para proyectarse sobre situaciones que evidencian el ejercicio de funciones administrativas en casos en que aquella no está directamente implicada. De este modo, la problemática que hoy afronta esta rama del Derecho no se limita a proteger a los individuos frente al ejercicio

obras públicas y en la gestión de servicios públicos. Ver, al respecto, Montaña, A. y Castaño, D. (2018). “Delimitación de la contribución del contrato de concesión de servicio público a la formación del Derecho Administrativo nacional a partir de la revisión de sus influencias foráneas: la tradicional francesa y la alternativa estadounidense”. En AA. VV. *El Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*. Daniel Castaño (editor). Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 51-59.

20 En particular, esta necesaria revisión no debe alentar el fenómeno, tan extendidamente observado, de la “huida del Derecho Administrativo”, que no es sino una versión deformada de ese reposicionamiento que se verifica cuando la Administración decide someter su actuación típicamente pública a formatos institucionales o diseños regulatorios propios del ámbito privado, en procura de eludir los controles y limitaciones que el Derecho Público impone a su accionar en salvaguarda de los intereses públicos en juego. En igual sentido, cfr. Santamaría Pastor, J. A. *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. Ob. cit., 79-80.

inmoderado del poder estatal, sino que atiende, también, conflictos suscitados por el abuso de posiciones de poder detentadas por particulares²¹.

4. Cambios en la esfera Estatal. Evolución del sistema de separación de poderes

El desplazamiento de la línea fronteriza entre las incumbencias públicas y privadas descrito en el punto anterior estuvo precedido, como ya se indicó, por una sostenida expansión estatal en el campo económico, entre fines del siglo XIX y la década del ochenta del siglo XX. Como es natural, las tareas inherentes a esta extendida injerencia pública recayeron, sustancialmente, en la Administración pública, que creció considerablemente en tamaño e importancia.

La ejecución de esos crecientes quehaceres incorporados a la esfera estatal no podía quedar sujeta al corsé de un marco legal estático, incapaz de dar respuesta oportuna al sinfín de dificultades cambiantes que genera el dinamismo económico²². De allí que el principio de legalidad como eje rector estricto de la relación entre legislador y órgano ejecutivo se fuera diluyendo, dando lugar a que, a la par de la ley formal, surgieran otras fuentes productoras de normas generales de idéntico e superior rango, como es el caso de los instrumentos convencionales²³. Este profundo cambio se reflejó, incluso, en los textos constitucionales, que habilitaron de modo explícito al Poder Ejecutivo a producir disposiciones con jerarquía de ley, a través de decretos de necesidad y urgencia, y decretos delegados.

21 Esteve Pardo, J. *La nueva relación entre Estado y sociedad...* Ob. cit., 183-188 y 192-205.

En este sentido, se ha destacado la idoneidad del Derecho Público para regular todo tipo de situaciones de poder, las que pueden verificarse también en el marco de relaciones jurídico-privadas, en tanto afecten de manera negativa el interés público, sea que los sujetos privados ejerzan funciones estrictamente administrativas o lleven a cabo cometidos de interés general (cfr. Carro Fernández-Valmayor, J. L. "Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público...", cit., 26-27).

22 Eberhard Schmidt-Assmann reconoce las dificultades que existen para reconducir a programas abstractos de formulación apriorística plasmados en un texto legal a la dinámica de actuación propia del Estado social prestacional, pese a lo cual no reniega del lugar que ocupa la ley como la piedra angular insustituible del Derecho Administrativo (ver su libro, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, cit., 93). El autor advierte, sin embargo, sobre la importancia de dotar de autonomía (discrecionalidad) al órgano ejecutivo, y apela a tal fin a la sugerente imagen de la *Administración dirigida por la ley* a efectos de situarla a mitad de camino entre una Administración completamente predeterminada por el legislador y una Administración libre de toda dirección legal (ob. cit., 211-214).

23 Muñoz Machado, S. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*. T. I. Ob. cit., 58-59.

También los jueces fueron incrementando su peso relativo y su margen de discrecionalidad como intérpretes y responsables de la aplicación de la ley. Aquella independencia ganada por la Administración respecto del legislador no podía sino repercutir en una mayor autonomía de los tribunales frente a una Administración que ya no aparece ceñida a la ley con la misma rigidez. Los principios generales del Derecho cobraron, a partir de entonces, un vigor y centralidad que habían perdido, y los jueces se convirtieron, así, en genuinos creadores del Derecho, potenciados por su condición de últimos intérpretes de la Constitución, más atentos a preservar la justicia material que a velar por el cumplimiento de condicionamientos formales, con las ventajas y riesgos que ello comporta²⁴.

Cuanto se viene exponiendo exhibe la presencia de numerosos síntomas que denotan la crisis por la que atraviesa el principio de separación de poderes. Ella no se reduce, por cierto, al desplazamiento de poder que se evidencia entre los titulares de las distintas funciones, sino que concurren también factores exógenos al principio, como es el caso del debilitamiento *de facto* de los controles recíprocos (en particular, entre los órganos ejecutivo y legislativo), debido a la incidencia de la disciplina impuesta por los partidos políticos, y a las crecientes relaciones que median entre los detentadores del poder público y los operadores privados²⁵.

Pese a todo, debe reconocerse que la lógica de los frenos y contrapesos ínsita en el sistema de separación de poderes sigue vigente²⁶, aun cuando el equilibrio de fuerzas entre los distintos órganos que lo integran se ha rediseñado, a expensas de la preeminencia del Poder Legislativo frente a los

24 Para ampliar, remito al profundo análisis del tema abordado por Valentín Thury Cornejo en su tesis doctoral, publicada con el título (2002). *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires - Madrid. Ciudad Argentina. Ver, en particular, 233-238.

Esta prominente participación asumida por los jueces en el juego del poder fraccionado plantea, también, nuevos desafíos al Derecho Administrativo. Uno de los problemas que obliga a afrontar viene dado por el hecho de que la labor judicial, basada en la resolución de casos, está primordialmente orientada a la tutela de los Derechos Subjetivos (por definición, de carácter individual), lo cual coloca al juez en una perspectiva claramente distinta a la del funcionario administrativo, quien toma sus decisiones a partir de la valoración de un contexto más amplio de sujetos y factores, ajenos, muchos de ellos, a la ponderación judicial. Esto exige un replanteamiento de las reglas del proceso, lo cual se torna particularmente acuciante en el caso de los procesos colectivos. Recomiendo, sobre estos temas, la lectura de Schmidt-Assmann, E. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Ob. cit., 239-245.

25 Schmidt-Assmann, E. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Ob. cit., 192.

26 Tal como lo señala el autor citado en la nota anterior, la finalidad primordial de la teoría, cual es la de procurar la racionalidad del actuar público a través de estructuras diferenciadas, se mantiene en pie (ob. cit., 193).

dos restantes y en consonancia con una participación más activa del sector privado en el ejercicio de ciertos cometidos públicos.

5. Incidencia de los cambios tecnológicos: hacia un nuevo modelo de Administración pública

Los avances que se vienen produciendo en el terreno de las tecnologías, en particular de aquellas que facilitan el acceso y el flujo de la información, tienen también un indudable influjo sobre el modo de ejercer la función administrativa y, por ende, sobre el propio Derecho Administrativo. La inteligencia artificial aplicada a la gestión pública permite, cada vez más, tomar decisiones de manera automatizada y a partir del procesamiento de una cantidad de datos inaudita.

Las transformaciones a que ello da lugar se verifican en distintos planos, creando nuevos desafíos, pero también oportunidades para mejorar la agilidad, eficacia y transparencia de las prestaciones que brinda la Administración, a partir del desarrollo de un modelo de administración electrónica (*e-administration*) que saque provecho de las tecnologías de la información y de las comunicaciones²⁷.

Por solo mencionar algunas de sus consecuencias más notorias, son bien conocidos los cambios que se han producido en materia de procedimiento administrativo, que ha ido abandonando su histórica dependencia del papel para migrar hacia una modalidad que descansa, de manera creciente, en el formato digital, que contribuye a la celeridad y transparencia de los trámites. Ello ha exigido ciertas enmiendas normativas, con especial referencia al régimen de acceso a las actuaciones, a su circulación entre las oficinas públicas, o a la forma en que se instrumentan las notificaciones, entre otras cuestiones.

Otro terreno que exhibe profundos cambios es el de la contratación pública, donde la incorporación de modalidades virtuales ha resultado, asimismo, en beneficio de una mayor transparencia (dada la más extendida publicidad que conlleva) y en un plus de eficiencia.

Esta expansión de los medios tecnológicos presenta y agudiza, a la vez, nuevos problemas para el Derecho Administrativo²⁸, como los vinculados a la necesidad de diseñar políticas de protección de datos personales, para no afectar el derecho a la privacidad; o el deber de garantizar la igualdad

²⁷ Sánchez Morón, M. *Derecho Administrativo (Parte general)*. Ob. cit., 62-63.

²⁸ Ya se habla, incluso, de un *Derecho Administrativo de la información* (cfr. Schmidt-Assmann, E. *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Ob. cit., 293).

de acceso a todos los ciudadanos a la información disponible en las nuevas plataformas.

6. Atenuación de la impronta local del Derecho Administrativo frente al creciente influjo de las normas internacionales

Ante la globalización de los flujos económicos y la proliferación de iniciativas de integración regional, los sistemas nacionales de Derecho Administrativo, independientes entre sí, se mueven en dirección a su recíproca coordinación. Tal fenómeno es favorecido por la creación de instancias supranacionales y la construcción de un Derecho Administrativo global, cuyas normas y directivas van penetrando en los ordenamientos locales, dando por resultado su progresiva armonización²⁹. Ello resulta una novedad absoluta frente a un Derecho Administrativo caracterizado históricamente como eminentemente local, en razón de su fuerte apego a las instituciones propias de cada país³⁰.

Este proceso se verifica en dos órdenes y con niveles de intensidad diferentes. De un lado, están los acuerdos internacionales, situados en el plano de la estricta cooperación internacional. A través de ellos los gobiernos estatales asumen una serie de compromisos, plasmados en los textos respectivos. Pero a ello se añade la dimensión supranacional, propia de los tratados de integración, que supone la delegación de ciertas competencias a los órganos nacidos de dichos tratados, de modo que algunas de las normas y decisiones que emanan de aquéllos producen efectos directos dentro de

29 Meilán Gil, J. L. (2016). *Derecho Administrativo revisado*. Santiago de Compostela. Andavira Editores, 26-33.

30 El fenómeno descrito ha contribuido, sin duda, a morigerar la enorme distancia que existía, en sus orígenes, entre el régimen administrativo y el Derecho común (*common law*). El primero, definido como un Derecho especial para gobernar las relaciones entabladas por los Poderes públicos (en particular, aquellos que integran la Administración pública), cuya aplicación quedaba en manos de órganos de la misma órbita administrativa (como el Consejo de Estado francés) o de tribunales especializados (con competencia contencioso administrativa), se propagó entre los países de Europa continental, y más tarde por Latinoamérica. El mundo anglosajón, en cambio, se mostró inicialmente refractario a la idea de someter a la Administración a normas y a jueces diferentes a los del resto de las personas (cfr. Sánchez Morón, M. *Derecho Administrativo (Parte general)*. Ob. cit., 46-51). Esta contraposición tan extrema entre ambos sistemas se fue atenuando con el tiempo a partir de su influencia recíproca, decantando hacia su paulatina convergencia. Tal aproximación comenzó mucho antes de que emergiera la dinámica de integración que aquí se señala, pero es innegable que esta última ha impulsado ese proceso de armonización hasta niveles insospechados.

los territorios nacionales abarcados³¹. Ambas variantes traen consigo consecuencias palpables en dirección a la progresiva armonización y homogeneidad de los Derechos Administrativos nacionales.

Esta creciente simbiosis del Derecho Administrativo, cada vez menos respetuoso de las idiosincrasias nacionales, ha cobrado dimensión universal, dando origen al llamado *Derecho Administrativo global*³². Más allá de los matices y reparos que quepa oponer a tan ampuloso calificativo, es forzoso reconocer la presencia de un entramado de normas a nivel planetario, que despunta con fuerza irresistible en algunos terrenos en particular, donde los flujos económicos o los bienes públicos en juego revisten ese mismo alcance mundial. Así ocurre con la protección del medio ambiente, con la seguridad pública y ciertos aspectos de la sanidad pública, con la contratación pública, o con la operatoria financiera, por mencionar solo algunos ejemplos. Las soluciones locales frente a tales problemas se muestran cada vez más insuficientes e ineficaces, lo cual obliga a buscar consensos que permitan ir diseñando respuestas globales, en las que los instrumentos internacionales y las normativas locales vayan en la misma dirección.

De todas maneras, en modo alguno estos entramados normativos supra e internacionales logran reemplazar a los ordenamientos nacionales, al menos en el estado actual de configuración del concierto de las naciones. Las normas que provienen de aquellos estratos, además de fragmentarias, carecen muchas veces de fuerza vinculante (pertenecen a lo que se conoce como *soft law*), y emanan de acuerdos colaborativos entre Estados soberanos o de directivas producidas por órganos que no están dotados de *imperium* para imponerlas, y que adolecen, además, con frecuencia, de legitimidad democrática.

7. Balance y perspectivas

Las transformaciones que han sido apenas apuntadas confirman la incesante evolución del Derecho Público. En ese permanente fluir de sus instituciones inciden una multiplicidad de factores, todos en algún punto interconectados, desde los reacomodamientos políticos (en la órbita nacional y transnacional), a los ciclos económicos y los avances tecnológicos, tamizados todos ellos por aportes realizados desde el pensamiento jurídico y filosófico.

31 Ver mi libro *Ayudas públicas. (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*. Ob. cit., 291-296.

32 Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B. (2007-3). "El surgimiento del Derecho Administrativo global". En *Res Pública Argentina*, 25-74.

Queda por preguntarnos hasta qué punto los cambios observados nos sitúan o no ante un punto de inflexión que merezca ser considerado como un auténtico *cambio de época*³³. ¿Cabe, en efecto, pensar que estamos frente a un quiebre que afecta a las bases mismas del Derecho Administrativo? ¿O, más bien, se trata de mutaciones que hacen a su epidermis? Y si fuera el caso de una transformación de fondo, ¿cuál sería su alcance, su dirección, el significado profundo de tal viraje?

La respuesta cabal a estos interrogantes sólo podrá brindarse, con algún grado de rigor y certeza, con el paso del tiempo, pues solo él confiere la perspectiva necesaria para un análisis objetivo y equilibrado.

Entretanto, podría decirse que la esencia del Derecho Administrativo resiste a los avatares que, innegablemente, experimenta: las prerrogativas públicas, si bien en ocasiones morigeradas, siguen presentes como elemento intrínseco de las relaciones jurídico-públicas; el ejercicio de la función administrativa, aunque eventualmente en manos de sujetos privados, continúa sometido al bloque de legalidad que le sirve de marco; y la lógica que imprime el principio de separación de poderes opera hoy, como antaño, como principal sustrato de las relaciones de control recíproco entre el legislador, la Administración y los jueces.

Todo ello no desmiente, sin embargo, que el enfoque primigenio basado en una radical antinomia entre Estado y sociedad, demasiado concentrado en intentar resolver la tensión entre prerrogativas públicas y garantías particulares, se muestra hoy insuficiente para agotar la problemática del Derecho administrativo, y reclama el complemento de una mirada más proclive a la integración entre lo estatal y lo privado como dos vectores que, cada uno desde su propio ámbito, contribuyen a dar satisfacción a las necesidades del interés público³⁴.

Bibliografía

Barnés (2003). “Presentación de la traducción al libro de Eberhard Schmidt-Assmann, La teoría general del Derecho Administrativo como sistema”. Madrid-Barcelona. Instituto Nacional de Administración Pública – Marcial Pons, XXIV.

33 En términos similares se interroga Fernández Farreres en su *Sistema de Derecho Administrativo*. T. I. Ob. cit., 103-104.

34 A este respecto, observa José Luis Martínez López-Muñoz que el progreso requiere de la suma del esfuerzo estatal y privado, pues la construcción de una sociedad próspera y vigorosa es fruto, también, y en no menor medida, que del aporte del Estado, de la actividad desplegada por los individuos, las familias, las empresas y las agrupaciones intermedias de toda índole que participan de la vida social [ver su libro (1986). *Introducción al Derecho Administrativo*. Madrid. Tecnos, 16].

- Bianchi, A. B. (2019). *La separación de poderes. (Un estudio desde el Derecho Comparado)*. Buenos Aires. Cathedra Jurídica.
- Carro Fernández-Valmayor, J. L. (enero-abril 2014). “Reflexiones sobre las transformaciones del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo”. En *Revista de Administración Pública*, núm. 193.
- Cassagne, J. C. (2018). *Curso de Derecho Administrativo*. T. I, 12ª. edición actualizada. Buenos Aires. Thomson Reuters – La Ley.
- De la Riva, I. “El clásico dominio público frente a los aires que propician su valorización”. En AA. VV. (2017). *Derecho Administrativo e integración europea. (Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz)*. Coordinación de José Carlos Laguna de Paz, Íñigo Sanz Rubiales e Isabel María de los Mozos y Touya. Madrid. Reus, 1259-1275.
- De la Riva, I. (2004). *Ayudas públicas. (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*. Buenos Aires. Hammurabi.
- Esteve Pardo, J. (2013). *La nueva relación entre Estado y sociedad. (Aproximación al trasfondo de la crisis)*. Madrid. Marcial Pons.
- Fernández Farreres, G. (2016). *Sistema de Derecho Administrativo*. T. I, 3ª edición. Pamplona. Thomson Reuters – Civitas, 93-97.
- García de Enterría, E. (1994). *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. 4ª edición. Madrid. Civitas, 21-28.
- Kingsbury, B.; Krisch, N. y Stewart, R. B. (2007-3). “El surgimiento del Derecho Administrativo Global”. En *Res Pública Argentina*, 25-74.
- León Duguit. *Las transformaciones del Derecho Público*, aparecido inicialmente en 1914, cuya traducción al español por A. Posada y R. Jaén fue publicada por Editorial Heliasta en 1975.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (abril-junio 2019). “Para evitar la degradación del Estado de Derecho”. En *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 198.
- Meilán Gil, J. L. (2016). *Derecho Administrativo revisado*. Santiago de Compostela. Andavira Editores.
- Montaña, A. y Castaño, D. “Delimitación de la contribución del contrato de concesión de servicio público a la formación del Derecho Administrativo nacional a partir de la revisión de sus influencias foráneas: la tradicional francesa y la alternativa estadounidense”. En AA. VV. (2018). *El Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*. Daniel Castaño (editor). Bogotá. Universidad Externado de Colombia, 51-59.
- Muñoz Machado, S. (2015). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*. T. I. 4ª edición. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 60-68.
- Sánchez Morón, M. (2019). *Derecho Administrativo (Parte general)*. 15ª. Edición. Madrid. Tecnos.
- Santamaría Pastor, J. A. (2001). *Principios de Derecho Administrativo*. Volumen I. 3ª edición. Madrid. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- Schmidt-Assmann, E. (2003). *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*. Madrid. Marcial Pons/Instituto Nacional de Administración Pública.
- Thury Cornejo, V. (2002). *Juez y división de poderes hoy*. Buenos Aires – Madrid. Ciudad Argentina.

APORTES TOMISTAS PARA UNA NOCIÓN DE DELITO

Tomist contributions for a notion of crime

Contributi a tomista per una nozione di criminalità

Miguel de Lezica¹

Para citar este artículo:

de Lezica, M. (2020). "Aportes tomistas para una noción de delito".
Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 251-261.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.251-261>

Resumen: La noción de delito no puede reducirse a la sola voluntad del legislador. La denominada teoría del delito no es una generalización de los tipos legislados. Toda comunidad de hombres ha castigado siempre como delito más o menos las mismas conductas. Hay un fundamento natural para castigar una conducta con la sanción más grave del Derecho. Sin embargo, así como no es posible gobernar la comunidad política solamente con la ley natural y es necesaria la ley humana, conclusión y determinación de la primera, la noción de delito, con fundamento natural, necesita la determinación de la ley positiva. Por su parte, una grave lesión al bien común podría justificar la calificación de algo como delito por mera determinación humana.

Palabras clave: Noción de delito; Ley natural y ley positiva; Delito natural; Delito por determinación humana; Tipicidad; Principio de legalidad.

Abstract: The notion of crime cannot be reduced to the sole will of the lawmaker. The so-called crime theory is not a generalization of the crimes

1 Doctor en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: lezica@uca.edu.ar

described at law. Every community of men has always punished the same behaviors as crimes. There is natural basis for punishing actions with the most serious legal consequences. However, just as it is not possible to govern the political community only with natural law, but human law is also necessary, the notion of crime, despite its natural basis, needs the determination of positive law. In addition, a serious injury to the common good could justify the classification of something as a crime by mere human determination.

Keywords: Notion of crime; Natural law and positive law; Natural crime; Crime by human determination; Criminality; Principle of criminal legality.

Sommario: La nozione di reato non può essere ridotta alla sola volontà del legislatore. La cosiddetta teoria del crimine non è una generalizzazione dei tipi legislati. Ogni comunità di uomini ha sempre punito gli stessi comportamenti come crimini. Esiste una base naturale per punire la condotta con la pena più severa nella legge. Tuttavia, poiché non è possibile governare la comunità politica solo con la legge naturale e la legge umana è necessaria, che è conclusione e dereminazione della prima, la nozione di crimine, con una base naturale richiede la determinazione della legge positiva. Una grave lesione al bene comune potrebbe giustificare la classificazione di qualcosa come un crimine per mera determinazione umana.

Parole chiave: Nozione di reato; Legge naturale e legge positiva; Criminalità naturale; Crimine per determinazione umana; Tipicità; Principio di legalità.

1. Introducción

Hoy es un lugar común afirmar que no hay delito sin ley previa. La doctrina penal contemporánea confiere a este recurso a la ley, razón de principio. El Estado es, a través de la ley, la única fuente del Derecho Penal. En definitiva, el Estado determina qué conductas serán calificadas como delito y, en consecuencia, merecedoras de pena.

Así, la ley positiva es para el pensamiento jurídico vigente constitutiva del delito. Y conforme el positivismo histórico aún remanente, el legislador es el único criterio para establecer el contenido de la ley. Aunque en la actualidad, el viejo positivismo está mutando, y si bien el Derecho sigue siendo positivo, va perdiendo el pretendido estado de pureza que le confiriera Kelsen, para constituirse en vehículo legitimante de opciones valorativas que se deciden en instancias previas a lo jurídico.

Y si bien la ley no ha perdido, aún, al menos cierta primacía formal en la determinación del delito, rigen ahora otros criterios, que en razón de interpretación van permeando la norma y gobernando su sentido. Así, frente a la crisis histórica del denominado principio de legalidad, ante las aporías surgidas del recurso a la mera ley positiva, fue imprescindible buscar pautas legitimantes para la solución de esas contradicciones. Los Derechos Humanos, el Estado de Derecho, no solo como régimen sino como fundamento de la organización de la potestad política y la consecuente primacía del individuo por sobre la comunidad son algunos de los paradigmas en torno a los cuales se articula toda posible interpretación de la ley.

Sin embargo, no es tan fácil escapar de la realidad que impone su propia legalidad.

Si tomamos hoy cualquier código penal del mundo, o inclusive, de la historia, encontraremos tipificadas como delitos, más o menos, las mismas conductas. Ninguna comunidad de hombres, bajo pena evidente de disolución, está dispuesta a tolerar homicidios, lesiones, agresiones sexuales, privación de la libertad, robo, daños, mentiras.

Veremos en cualquier texto legal que todos los delitos allí consignados son alguna forma de las inconductas señaladas. Por ejemplo, en el Código Penal argentino, las diversas formas de estafa, el peculado y las figuras del Título XIII, referidas al orden económico y financiero, son, en definitiva, modos de apropiación sin título de lo ajeno. Por supuesto que estamos pasando por alto aquí la correspondiente descripción típica de cada uno de los delitos y los bienes jurídicos por ellos afectados. Hurto, robo y estafa, por ejemplo, aparecen en nuestro Código dentro del título de delitos contra la propiedad; el peculado es un delito contra la Administración pública; mientras que en las mencionadas figuras del Título XIII el bien jurídico protegido² es ante todo el orden económico y financiero.

Lo mismo ocurre con otros tantos títulos y capítulos de los códigos; si bien no es lo mismo un falso testimonio (delito contra la Administración pública) que una falsificación de documentos (delito contra la fe pública), no dejan de ser actos que importan mentira o falsedad. No impugnamos la buena técnica de especificar estas diversas modalidades delictivas, solo queremos señalar que parecen responder a inconductas generales de fácil advertencia.

So riesgo de apurar el argumento, estamos insinuando que un Código Penal se parece mucho a la ley moral. Y la insinuación viene a cuento del

2 Prescindo aquí de la discusión relativa a si el Derecho Penal protege bienes jurídicos o entra en juego cuando un bien ya ha sido lesionado. Tampoco discuto, en este contexto, la noción de bien jurídico, lo que no significa que la admita en los términos en que la formula la doctrina contemporánea.

principio de legalidad, ya que la alusión a una ley previa o la prohibición de acudir a otra regla que no sea la escrita, parece resentirse ante la constatación de que todo Código Penal gira siempre en torno a eso que, aunque con mucha provisoriedad, llamaremos, por ahora, delitos genéricos.

O sea, podríamos estar frente a algo parecido a lo que los romanos denominaron *ius gentium*³. Pareciera entonces que el legislador no crea estos delitos, sino que solamente los precisa y determina. O sea, previamente advierte qué es aquello que daña a otros perturbando de modo directo la vida en comunidad, y por eso describe y prohíbe, con pena de castigo, determinadas conductas.

2. Conductas constitutivas de delitos

Las inconductas hasta aquí señaladas han sido identificadas mediante la simple experiencia de la vida social. Parece posible, sin embargo, buscar algo más de precisión y dar algún fundamento de por qué, más allá de la experiencia, se valoran como inconvenientes tales conductas.

Un primer criterio puede ser el señalado por Santo Tomás al desarrollar las primeras inclinaciones a partir de la ley natural. Dice el santo: “[...] Luego, éste es el primer precepto de la ley: que el bien debe hacerse y procurarse, y evitarse el mal [...] 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 naturaleza. Primero, porque es innata en el hombre la inclinación al bien según la naturaleza, la cual es común con todas las sustancias, en cuanto que toda sustancia desea la conservación de su ser según la 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

3 “Aquel que usan todos los pueblos humanos, el cual puede entenderse fácilmente que se distingue del natural porque el natural es común a todos los animales y el de gentes únicamente a los hombres entre sí” (*Dig.*: L1.1.1.4). “Todo pueblo regido por leyes y costumbres se vale en parte de un derecho que le es propio y en parte de un derecho que le es común con el conjunto del género humano. En efecto, el derecho que cada pueblo se ha dado él mismo, le es propio y se llama Derecho Civil, es decir, derecho propio de la ciudad, mientras que el derecho que la razón natural establece entre todos los hombres es observado de manera semejante en todos los pueblos, y se llama Derecho de Gentes, es decir derecho que usa todo el género humano. Así como el pueblo romano es regido, en parte, por un derecho que le es propio, en parte por un derecho común a todos los hombres [...]” (*Inst.* I: 1).

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 hallan en el hombre una inclinación al bien según la naturaleza de la razón, que es la 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 la tal inclinación, como son el que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quienes debe vivir y demás que se refieran a esto [...]”⁴.

Según el orden de las inclinaciones naturales, será el orden de los preceptos. Entonces, la conservación de la vida, la unión de los sexos y consecuente protección de la prole y el no dañar a otro ni a la comunidad en la que se vive, tendrán razón de precepto. Aparece, así, el fundamento de la protección de las inclinaciones de la naturaleza humana, que la inteligencia advierte bajo razón de orden. La perturbación de este orden no podrá ser consentida por el legislador so pena de contrariar o imposibilitar las obras propias que surgen de la consecución de esas inclinaciones.

Se manifiesta, así, un punto de partida cierto, que permitirá concluir racionalmente que las conductas que se opongan al orden descrito conviene sean sancionadas. Sanción que redundará en beneficio de la comunidad, de quien haya padecido el daño, e inclusive de quien lo haya cometido, ya que el castigo importará, de algún modo, hacerlo volver al orden de las inclinaciones de su propia naturaleza, lo que como se vio, es su propio bien.

Encontramos aquí un criterio seguro para valorar como inconveniente y pasible de sanción una conducta. Pero en este estadio, es aún solo un criterio. Si bien vemos aquí un fundamento, no podemos aún hablar en sentido estricto de delitos. Es necesario dar algunos pasos más, de la generalidad de la ley natural a la particularidad de las acciones, que en definitiva se desajustan del fin-bien, discernido por la razón.

Hemos dado, de la mano de Santo Tomás un primer paso, del primer principio del orden práctico descendimos a una concreción inicial advertida en las inclinaciones naturales. En párrafos anteriores insinuamos la identificación de una noción que llamamos provisoriamente delito genérico, con el Derecho de Gentes. ¿Por qué esta identificación?

Explica Santo Tomás que lo justo se divide convenientemente en natural, de gentes y positivo. Lo justo natural es lo adecuado a otro según una medida estricta y objetiva. Pero esto puede suceder de dos modos, uno considerado en absoluto, así como el macho se adecúa a la hembra para engendrar, o los padres al hijo en la nutrición. En segundo lugar, considerando las

4 *Suma Teológica*, I-II, q. 94, a 2.

cosas no absolutamente, sino según ciertas consecuencias, “[...] por ejemplo, la propiedad de las posesiones. En efecto, si este terreno se considera en absoluto, no tiene por qué ser más de éste que de aquél; pero si se considera en cuanto a la aptitud de ser cultivado y al pacífico uso del campo, tiene, según esto, cierta disposición, para que sea uno y no otro, como se demuestra por el Filósofo en II Pol.”⁵.

Y sigue diciendo el santo doctor que considerar algo en comparación con lo que de ello se deriva, es propio de la razón, de aquí que esto también sea natural al hombre, ya que es su razón natural que lo dicta, y cita al jurisconsulto Gayo, cuando dijo que “lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres es observado entre todos los pueblos, y se llama Derecho de Gentes”⁶.

Así vemos que todos los pueblos a lo largo de la historia, y que toda ley penal se han inclinado siempre a castigar un catálogo de conductas que la razón natural considera en comparación con lo que de ella se deriva y como ciertas consecuencias. Así, todos los pueblos han castigado el homicidio, la apropiación de lo ajeno (en la forma que fuere), las agresiones, violencia sexual, mentiras, y actos que atenten directamente contra la subsistencia de la comunidad (traición, sedición, rebelión, etc.). Aún más, si comparáramos hoy diversos códigos penales, advertiríamos que, en general, todos mantienen un esquema muy semejante y distinguen entre delitos contra las personas, contra el honor, la integridad sexual, la libertad, la propiedad, la seguridad pública, la seguridad de la Nación, etcétera⁷.

No pretendemos aquí formular un listado exhaustivo de inconductas, hay otras que irán siendo advertidas mediante el ejercicio de comparación de la razón. Solo nos interesa destacar el modo, natural, en que es posible ir develando la noción de delito.

Pero estas indicaciones, aunque fundamentales, siguen siendo insuficientes. Parece posible dar un paso más si no miramos ya todo el bien, sino

5 *Suma Teológica*, II-II, q, 57 a 3.

6 *Ídem*.

7 El Código Penal Argentino se divide en trece títulos: I. Delitos contra las personas; II. Contra el honor; III. Contra la integridad sexual; IV. Contra el estado civil; V. Contra la libertad; VI. Contra la propiedad; VII. Contra la seguridad pública; VIII. Contra el orden público; IX. Contra la seguridad de la Nación; X. Contra los poderes públicos y el orden constitucional; XI. Contra la Administración pública; XII. Contra la fe pública; y XIII. Contra el orden económico y financiero.

Una compulsa del Derecho Comparado nos pondrá frente a los mismos títulos o al menos frente a algunos muy semejantes, algunos, infaltables. El título XIII, que afecta el orden económico y financiero, es de incorporación relativamente reciente al Código Penal, e importa un modo más de apropiación sin título de lo ajeno. Pero ¿podría concebirse un Código Penal que no sancionara el homicidio, las lesiones o el hurto?

a una parte. Las virtudes son modos particulares de rectificar las facultades humanas al bien propio de cada una y ordenar así al bien de todo el hombre. Entre ellas, la que rectifica la voluntad en relación a otros (ya sea tomados individualmente o tomando a la comunidad como otro) es la justicia. Santo Tomás dirá de la justicia que su materia es la operación exterior, en cuanto esta misma o la cosa de que se hace uso, tiene respecto de otro la debida proporción. Por ello el medio de la justicia consiste en cierta igualdad de la proporción de la cosa exterior a la persona, y como lo igual es un medio entre lo mayor y lo menor, en la justicia hay un medio real⁸.

La justicia, entonces, es cierta igualdad, por lo que su contrario, la injusticia, será necesariamente cierta desigualdad. Esta desigualdad puede ser de dos modos: la primera es la que se opone a la justicia legal, lo que importa un vicio especial porque se refiere a un objeto especial, el bien común al cual desdeña. La segunda es cierta desigualdad con respecto a otro, lo que importa materia especial, tratándose de un vicio particular que se opone a la justicia particular.

Sentado lo anterior, algunas cuestiones más adelante, Santo Tomás especificará una serie de vicios que se oponen a la justicia, entre los que señala la acepción de personas, el homicidio, el hurto y la rapiña (básicamente se distinguen hoy como el hurto y el robo), injurias, falso testimonio, acusación falsa, usura, fraude en los contratos⁹. Si bien aquí ya hay mayores precisiones, aún nos movemos en el ámbito de las conclusiones que la razón natural va alcanzando a partir del primer principio del orden práctico.

Para seguir adelante hemos de volver a Santo Tomás cuando destaca la necesidad de la ley humana. Allí el Aquinate insiste en que la ley es cierto dictamen de la razón práctica. Y al igual que la razón especulativa, la razón práctica procede a partir de ciertos principios a ciertas consecuencias. Así, de los preceptos de la ley natural señalados en los párrafos que anteceden, como de ciertos principios comunes e indemostrables, la razón humana pasa a disponer más particularmente algunas cosas. “Y estas disposiciones particulares descubiertas, según la razón humana, se llaman leyes humanas [...]”¹⁰.

Para mostrar la necesidad de la ley positiva, enseña el santo que, si bien el hombre tiene cierta disposición a la virtud, no puede alcanzarla de modo acabado sino por la educación o disciplina. Sucede como con las necesidades primarias, tales el vestido y el alimento, que si bien el hombre

8 *Suma Teológica*, II-II, q. 58, a 10.

9 *Ibíd.* II-II, qs. 63 a 78.

10 *Suma Teológica*, I-II, q. 91, a 3.

está dotado de los medios para conseguirlas, como son la razón y las manos, necesita además de cierta industria para procurarlos.

“Ahora bien, no es fácil que cada uno de los individuos humanos se baste a sí mismo para imponerse aquella disciplina. Porque la perfección de la virtud consiste ante todo en retraer al hombre de los placeres indebidos, a los que se siente más inclinado, particularmente en la edad juvenil, en que la disciplina es también más eficaz. De ahí que esta disciplina conducente a la virtud ha de serle impuesta al hombre por los demás. Pero con cierta diferencia. Porque para los jóvenes, que por su buena disposición, por la costumbre adquirida o, sobre todo, por un don divino, son inclinados a las obras de la virtud, basta la disciplina paterna, que se ejerce mediante admoniciones. Mas como hay también individuos rebeldes y propensos al vicio, a los que no es fácil persuadir con palabras, a éstos era necesario retraerlos del mal, mediante la fuerza y el miedo, para que así, desistiendo, cuando menos, de cometer sus desmanes, dejasen en paz a los demás, y ellos mismos, acostumbrándose a esto, acabaran haciendo voluntariamente lo que antes hacían por miedo al castigo, llegando así a hacerse virtuosos. Ahora bien, esta disciplina que obliga mediante el temor a la pena, es la disciplina de la ley. Luego era necesario para la paz y la virtud de los hombres que se instituyeran leyes”¹¹.

3. ¿Hay delitos por determinación humana?

Por último, tengamos presente en cuanto a este tema, que la ley humana es concreción y determinación de la ley natural, que es fundamento de validez de la primera. Por eso dice Santo Tomás que la ley humana deriva de la ley natural, y lo hace de dos modos: a modo de conclusión y a modo de determinación en aquello que no está preestablecido por la naturaleza.

La ley positiva, entonces, parece imprescindible para determinar qué es un delito, pero el fundamento de esa determinación estará en la ley natural y en los preceptos que a modo de conclusiones particulares va alcanzando la razón a partir de los primeros principios. La ley humana positiva determinará qué formas de apropiación y en qué circunstancias importarán hurto, robo, estafa o usura, o las diversas modalidades del homicidio o de las lesiones. Aquí aparece la tipicidad como elemento técnico del Derecho Penal, pero la determinación de una conducta como delito, en principio, no deja de ser una composición de la razón a la luz de los preceptos de la ley natural.

11 *Ibíd.*, I-II, q. 95, a 1.

En definitiva, arraigada la ley humana en el primer principio del orden práctico y en las inclinaciones de la naturaleza, queda fundada en la advertencia racional del fin de la conducta. Además, como la determinación de la ley humana supone un movimiento de la razón que va de la generalidad de los principios a la particularidad de las circunstancias de tiempo y espacio que la hacen necesaria, se hace posible la verificación y el control de ese tránsito de lo general a lo particular. En ese movimiento, el error o la arbitrariedad pueden ser identificados, discutidos y corregidos.

Habrá que tener presente de todos modos la advertencia de Santo Tomás respecto de los alcances de la ley humana. Dice el santo que la ley, en tanto regla y medida, debe ser homogénea con lo regulado y medido, por eso debe ser impuesta a los hombres según su condición. Así como no se prescribe lo mismo para los niños que para los hombres maduros, hay muchas cosas que deberán permitirse a quienes no están avanzados en la virtud. Y como la ley se establece para la multitud de hombres, que en su mayoría son los no perfectos, no debe aplicarse una regla que no puedan cumplir.

“Y por eso por la ley humana no se prohíben todos los vicios, de que se abstienen los virtuosos, sino solo los más graves, de los que es posible que se abstenga la mayor parte de la multitud; y principalmente los que redundan en daño de otros, sin cuya prohibición no podría conservarse la sociedad humana, como se prohíben por la ley humana los homicidios, robos y semejantes”¹².

Esta última precisión es útil para preguntar si puede haber delitos por mera determinación humana. Conforme la citada doctrina de Santo Tomás, de los dos modos de derivación de la ley humana respecto de la ley natural, pareciera en principio que no habría motivo racional alguno que impidiera que el legislador estableciera como delito algo que de suyo no resultara lesivo del orden natural.

Sin embargo, no parece racional ni conforme al bien de la comunidad que la configuración de una conducta como delito quede librada al mero arbitrio del legislador. Se trata nada menos que de la sanción más gravosa del orden jurídico. Luego, debería haber algún motivo suficiente que ameritara sancionar como delito un hecho indiferente respecto del orden natural. Ese motivo solo podría ser una lesión grave y directa del bien común. Por ejemplo, porque la generalización de esa conducta corrompa y distorsione efectivamente el normal desenvolvimiento de la vida social. Aquí la prudencia del legislador deberá ponderar si la elevación de esa conducta a la categoría de delito es el modo idóneo para reordenar los bienes afectados. Esto es quizás lo que sucede con algunos delitos de los denominados de peligro, como por

12 *Suma Teológica*, I-II, q 96, a 2.

ejemplo la tenencia o portación de armas. La racionalidad de la decisión habrá de ser sopesada según las circunstancias, y las posibles consecuencias de una incriminación de estas características.

4. Conclusión

Hoy es habitual sostener sin lugar a discusión que el Estado es la única fuente del Derecho Penal. No obstante, no parece contrario al orden natural que las comunidades intermedias, corporaciones, asociaciones profesionales, universidades, clubs, etc., dicten, como medio de protección de sus respectivos fines, leyes de carácter sancionatorio, en concreto, de carácter penal. O sea, todo aquello que de modo inmediato o grave afecte el fin de la comunidad, podría ser sancionado con una pena gravosa, siempre en orden y proporción al bien común afectado.

De hecho, la expulsión de un club o de una universidad, o de cualquier comunidad en general, es analógicamente lo que el destierro o la pena de muerte en la comunidad política. Por supuesto que estas normas deberían respetar la estructura de toda ley penal, además de las cualidades de exhaustividad, precisión y proporcionalidad. Pudiendo, por ejemplo, ser aplicadas por órganos judiciales, no por la comunidad en la que surgen, y sometidas al control de legalidad de tribunales superiores.

Toda ley humana deberá satisfacer las exigencias que describe San Isidoro de Sevilla, cuando dice que ésta debe ser “honesta, justa, posible según la naturaleza, según la costumbres del país, conveniente al lugar y el tiempo, necesaria, útil, clara y que no se preste a capciosidades por su oscuridad, y escrita, no por consideración de algún interés privado, sino por la utilidad común de los ciudadanos”¹³.

Recordemos, por ejemplo, que según Alfonso de Castro¹⁴ el delito importa un aspecto objetivo, la lesión de un orden, y uno subjetivo, conocimiento y malicia. Decimos por su parte que el delito es siempre una afectación grave y directa del bien común. Y como el bien común se integra a su vez de una serie de bienes diversos, como por ejemplo los bienes que siguen a los respectivos *bios* aristotélicos¹⁵, podrían determinarse ciertos delitos en función

13 San Isidoro de Sevilla, *Etimologías*, 1.5, c. 21, citado por Santo Tomás en *Suma Teológica*, q. 95, a 3.

14 Rodríguez Molinero OFM, M. (1959). *Origen Español de la Ciencia del Derecho Penal - Alfonso de Castro y su Sistema Penal*. Madrid. Editorial Cisneros, 224 y sigs.

15 Cfr. Lamas, F. A. (1990). *Ensayo sobre el Orden Social*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 190 y sigs. Aristóteles habla de modos diversos de vida, distinguiendo tres clases de *bios*. Una primera forma de vida es la sensible, que con-

de la afectación a esos órdenes de bienes. Si bien nos estamos refiriendo al ámbito de la determinación humana, la misma debe ser conforme a la razón y según criterios que expresen la utilidad o necesidad de la determinación.

En conclusión, en el ámbito de lo que ahora podríamos llamar delitos por sola determinación humana, el criterio rector y garantía de racionalidad es la afectación directa del bien común, aunque ella se dé a través de la lesión de los bienes que lo integran.

Bibliografía

- Lamas, F. A. (1990). *Ensayo sobre el Orden Social*. Buenos Aires. Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 190 y sigs.
- Marcelino Rodríguez Molinero OFM (1959). *Origen Español de la Ciencia del Derecho Penal - Alfonso de Castro y su Sistema Penal*. Madrid. Editorial Cisneros, 224 y sigs.
- San Isidoro de Sevilla. *Etimologías*, 1.5, c. 21, citado por Santo Tomás en *Sum. Teol.* Santo Tomás de Aquino. *Suma Teológica*, I-II.

siste en la belleza corporal; en definitiva, en la perfección físico-psíquica. Esta es la forma más imperfecta y se ordena a las demás como lo imperfecto a lo perfecto. Una segunda forma es la vida práctica, tanto poética como moral, que abarca la totalidad de la vida ético política, lo que incluye la vida jurídica, familiar y profesional. Por último, la vida teórica y contemplativa, cuya perfección es la sabiduría. Dentro de este *bios* hay diversos planos; en el más alto se encuentra la filosofía primera o metafísica; por debajo de ella, las demás ciencias o filosofías segundas.

LA POTESTAD SANCIONATORIA ADMINISTRATIVA Y LAS GARANTÍAS DEL DERECHO PENAL

The administrative sanction and the guarantees of Criminal Right
La pena amministrativa e le garanzie del Diritto Penale

Fernando R. García Pullés¹

Para citar este artículo:

García Pullés, F.R. (2020). “La potestad sancionatoria administrativa y las garantías del derecho penal”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 263-279.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.263-279>

Resumen: En los tiempos que corren, se ejerce un poder de policía de emergencia excepcional por parte del Poder Ejecutivo. Aquí se intenta detener nuestra mirada jurídica sobre la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas, una potestad ejercida por ellas, al menos en Argentina, a la sombra y amparo de la superficialidad con que, aquí, la doctrina y jurisprudencia analizan sus contenidos, límites y modalidades, liviandad de trato que opaca el peligro del uso desaprensivo de ese poder de sancionar para una república, para la división de poderes y, en particular, para la libertad de los ciudadanos. Este trabajo pretende convocar al lector a repensar esta materia.

Palabras clave: Garantías; Potestad Sancionatoria; Derecho Penal; Derecho Administrativo.

1 Profesor ordinario de la Pontificia Universidad Católica Argentina, Santa María de los Buenos Aires; es profesor titular de Derecho Procesal Civil y Comercial en la carrera de grado de la Facultad de Derecho; profesor titular por concurso de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en cursos de grado y posgrado y profesor titular de Derecho Procesal Constitucional y Control Judicial de la Administración Pública en el Máster de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Correo electrónico: garciapulleff@eof.com.ar

Abstract: In these times, when an exceptional emergency police power is exercised by the Executive Power. Here we try to stop our legal gaze on the sanctioning power of public administrations, a power exercised by them, at least in Argentina, in the shadow and protection of the superficiality with which here, the doctrine and jurisprudence analyze its contents, limits and modalities, lightness of treatment that obscures the danger of the unscrupulous use of that power to sanction for a republic, for the division of powers and, in particular, for the freedom of citizens. This work tries to summon the reader to rethink this matter.

Keywords: Guarantees; Sanctioning Power; Criminal Law; Administrative Law.

Sommario: In questi tempi, quando il potere esecutivo esercita un eccezionale potere di polizia di emergenza. Qui si cerca di fermare il nostro sguardo giuridico al potere sanzionatorio delle pubbliche amministrazioni, potere da esse esercitato, almeno in Argentina, all'ombra e alla tutela della superficialità con cui qui, la dottrina e la giurisprudenza ne analizzano contenuti, limiti e modalità, leggerezza di trattamento che offusca il pericolo di un uso spregiudicato di quel potere per sanzionare una repubblica, per la divisione dei poteri e, in particolare, per la libertà dei cittadini. Questo lavoro cerca di invitare il lettore a ripensare a questo argomento.

Parole chiave: Garanzie; Potere sanzionatorio; Diritto Penale; Diritto Amministrativo.

Introducción

En los tiempos que corren, en que se ejerce un poder de policía de emergencia excepcional por parte del Poder Ejecutivo, creo de especial importancia detener nuestra mirada jurídica sobre la potestad sancionatoria de las Administraciones públicas, una potestad ejercida por ellas, al menos en Argentina, a la sombra y al amparo de la superficialidad con que, aquí, la doctrina y jurisprudencia analizan sus contenidos, límites y modalidades, liviandad de trato que opaca el peligro del uso desaprensivo de ese poder de sancionar para una república, para la división de poderes y, en particular, para la libertad de los ciudadanos.

Un examen sobre esa potestad ha de recalar, necesariamente, en el contexto del deber de examinar las herramientas que el Derecho Administrativo utiliza para concretar el fin principal de la Administración pública, que no es otro que realizar el Derecho en la sociedad –pues de tal modo se

concreta en este medio la procura por el bien común—, pero también para erradicar las dificultades de la movilidad social y la pobreza. Del modo de ejercicio de aquella potestad se permitirá afectar dos de las variables más esenciales a tal fin, a saber: (i) asistir a los más vulnerables para alcanzarles aquello que el orden jurídico les atribuye en nombre del citado bien común —sabiendo que no estarán en condiciones de reclamarlo ante la jurisdicción si no les es dado oficiosamente—, y (ii) promover inversiones genuinas que aseguren generación de trabajo digno, que contribuirá a la consecución de aquella otra procura.

Estas dos vertientes se vinculan en gran medida con el diseño y el modo de ejercicio de la potestad sancionatoria, porque muchas veces se la utiliza para agravar la vulnerabilidad de los débiles y otras para perseguir irrazonablemente a las personas jurídicas que generan trabajo, como si fueran, por su sola condición, el paradigma de la explotación al vulnerable y de la subversión del poder estatal.

Este trabajo pretende convocar al lector a repensar esta materia, aunque escrita con estilo telegráfico, porque como indicara Borges, “en tiempos de auge, la conjetura de una existencia limitada puede entristecer o irritar; pero en tiempos que declinan, es la promesa de que ninguno oprobio y ningún dictador podrá empobrecernos indefinidamente”².

1) Función y características de la potestad administrativa sancionatoria

a) La obligación de cumplir la ley y la función de la sanción conminatoria

El tema de la causa eficiente de la obligación de cumplir la ley concreta uno de los campos de encuentro o distancia entre moral y Derecho, y se constituye en un punto central de debate, propio de la filosofía práctica.

En la doctrina escolástica clásica, Santo Tomás de Aquino trata el asunto en el artículo 4 de la cuestión 96, del Tratado de la Ley en General de su *Summa Teológica*, referido a “Si las leyes humanas obligan al hombre en el foro de su conciencia”. Expresa allí: “Las leyes dadas por el hombre, o son justas, o son injustas. En el primer caso tienen poder de obligar en conciencia en virtud de la ley eterna, de la que se derivan [...] Ahora bien, las leyes deben ser justas por razón del fin, es decir, porque se ordenan al bien

2 Borges, J. L. (1936). “El tiempo circular”. En *Historia de la Eternidad*. Buenos Aires. Editorial Vial y Zona.

común; por razón del autor, esto es, porque no exceden los poderes de quien las instituye, y por razón de la forma, o sea, porque distribuyen las cargas entre los súbditos con igualdad proporcional y en función del bien común [...]”³.

En los pensadores jurídicos norteamericanos prevalecen las fundamentaciones pragmáticas. Los autores de esta tradición de pensamiento invocan como fuentes de este deber de los ciudadanos frente a las normas: a) La obligación natural de afianzar las instituciones justas⁴; b) La necesidad como base o fundamento del deber de cumplir la ley⁵; c) La obligación de cumplir la ley como resultado del respeto hacia los Oficiales que ejercen autoridad; d) Una obligación originaria de cumplir la ley⁶; e) Una obligación genuina de cumplir la ley concebida en forma independiente de las consecuencias⁷.

Se trata de una visión actual de las ideas del pragmatismo inglés, según la cual: “Las convenciones de los hombres (acerca de las promesas) [...] crean un nuevo motivo [...] Después que estos signos son instituidos, quienquiera que los usa queda inmediatamente obligado por su propio interés a ejecutar sus compromisos, jamás debe esperar que confíen en él otra vez, si rehúsa cumplir lo que prometió [...] El interés (entendido como interés propio) es lo primero que obliga a la ejecución de las promesas”⁸.

Desde el punto de vista de la ciencia jurídica, el examen de la formulación de las normas de Derecho Positivo obliga a advertir que la sanción se presenta como un elemento accesorio, destinado a obtener el respeto de sus imperativos⁹.

Los ordenamientos jurídicos ordinariamente prevén un conjunto de respuestas distintas ante el apartamiento de sus mandatos. Algunas veces la reacción está destinada únicamente a restablecer, en especie o en sucedáneo, el “status quo ante” (nulidad o resarcimiento patrimonial). Otras, la reacción va más allá y se ubica en el ámbito retributivo, pues implica infligir un mal al infractor independiente de la recomposición.

3 Cfr. (1956). *Summa Teológica*. Vol. VI, Tratado de la Ley en General. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 183 y sigs.

4 Ver Rawls, John (1971). *Teoría de la justicia*. México. FCE, 24 y sigs. y 373 y sigs.

5 Honore, T. (1981). “Must We Obey? Necessity as a Ground of Obligation”. Citado por Greenawalt, H. *La obligación natural de cumplir la ley*, nota N° 49.

6 Mackie, J. (1981). *Obligations to Obey the Law*, 67 VA.L. Rev. Nro. 143. Ver también, del mismo autor (1977). *Ethics*.

7 Greenawalt, K. Ob. cit., 25 y sigs.

8 Hume, D. (1739). *A treatise of Human Nature*. Libro II, parte II, Sec. V “Of the Obligation of Promises”. Citado por Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 329, notas n° 3 y n° 4.

9 Ver Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Fallos*: 304:1662.

En este campo, la reacción jurídica se muestra de modos muy diversos. El territorio del Derecho Civil contempla la sanción de nulidad, de la inoponibilidad y del deber eventual de reparar como consecuencias de las violaciones al ordenamiento. En el reino de los Derechos Administrativo y Penal, la reacción ante el incumplimiento se concreta en la aplicación de una sanción, que debe ser entendida en su acepción más amplia, esto es: como privación de un bien, de un derecho o habilitación legal, o bien, la imposición de una obligación personal o patrimonial.

Adviértase que el carácter eventualmente retributivo de la sanción no quiere decir que ésta haya sido prevista con tal fin, pues de ordinario las sanciones constituyen una herramienta que procura el cumplimiento voluntario del mandato, es decir, tienen una misión de prevención. En este orden, se ha dicho que toda consecuencia dañosa para un infractor, en cuanto no esté enderezada al restablecimiento de la situación anterior o al resarcimiento sustitutivo del daño, constituye genéricamente una sanción penal, cuya esencia es de carácter retributivo¹⁰.

Pero tampoco puede soslayarse que, tanto en el campo del Derecho Civil como en los otros, el ciudadano sujeto a las potestades aparece como titular y destinatario de unas especiales garantías, que también califican circunstanciadamente su vinculación con el ordenamiento y el poder público. Así, el deber de mitigar el daño —que también corresponde a la víctima— o la limitación del daño resarcible para impedir el enriquecimiento indebido del dañado son criterios que introducen la razonabilidad en la teoría de la reparación civil. En el campo del Derecho Público, el “poder” no puede ejercer sus prerrogativas sino en el marco de los límites dados por las leyes atributivas que otorgan las garantías a los ciudadanos. En este último campo, todo el entramado relacional se presenta como singularmente apartado de los caracteres de autonomía de la voluntad y conmutatividad característicos de las relaciones jurídicas de Derecho Privado.

b) Las potestades administrativas. Su base legal. Sus límites

Desde el terreno institucional y en el marco de la regulación normativa del ejercicio del poder, debe partirse del principio de legalidad en su vincu-

10 Carretero Sánchez, A.; Carretero Pérez, A. (1992). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª. edición. Madrid. Ediciones de Derecho Reunidas, 7 y sigs.; ver también Gerónimo Rocha Pereyra, G. (2003). “Sobre el Derecho Administrativo sancionador”. *Revista de Derecho Administrativo*, 143 y sigs.

lación positiva, desarrollado por la doctrina alemana, y según el cual el Estado sólo puede hacer aquello que la ley manda, criterio que en nuestro caso viene corroborado desde el propio texto del artículo 19 de la Ley Suprema, que reconoce la libertad de los “habitantes” de no ser obligados (ni por otros ni por el poder estatal) a hacer lo que la ley no manda ni privados de lo que ella no prohíbe, criterio que hoy aparece también supeditado al respeto a la dignidad humana, en términos constitucionales.

Para conciliar aquella regla básica del Estado de Derecho y la necesidad inherente al cumplimiento de los fines estatales, surgió la técnica de atribución legal de potestades. Así, la ley –como instrumento idóneo para reglamentar razonablemente el ejercicio de las libertades y derechos– atribuye determinados poderes jurídicos a los órganos del Estado para hacer posible la consecución de sus fines¹¹, definiendo cuidadosamente sus límites. Entonces, toda acción administrativa resulta del ejercicio de un poder atribuido previa y circunstanciadamente por la ley¹².

Esta última afirmación, en nuestro caso, no sólo viene de la naturaleza de las cosas, sino aún del propio texto del artículo 75, inc. 32 de la Ley Suprema, que –a mi juicio– no refiere únicamente a las facultades implícitas del Congreso Federal sino también a la declaración del único origen constitucional o legal de las potestades de las instituciones republicanas. Bien se ha dicho, en este ámbito, que todas las actividades públicas “[...] arrancan necesariamente de una potestad y de un ordenamiento [...]”¹³.

Las “potestades” dadas a los órganos del Estado no pueden asimilarse a Derechos Subjetivos. Tanto los ciudadanos como el Estado tienen derechos, que ejercen conforme a las reglas que establece el ordenamiento. Y tanto los ciudadanos como los órganos del Estado reciben de la ley –en contados casos, los primeros, y de modo general, los segundos– poderes jurídicos para concretar cometidos que involucran la sujeción de otras personas, por las que deben velar, para obtener fines benéficos para éstas.

En el ámbito de las relaciones de familia, la patria potestad se traduce en un poder jurídico atribuido a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos menores, con el objetivo de hacer posible su protección y formación integral –cometidos que también se imponen como obligación a aquellos. La llamada patria potestad (hoy responsabilidad parental) no puede concebirse

11 Cfr. Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. 4ª edición. Buenos Aires. Ed. Abeledo Perrot, 603 y sigs.

12 García de Enterría, E.; Fernández, T. R. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid. Civitas, 431 y sigs.

13 Nieto, A. (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª edición. Madrid. Ed. Tecnos, 22.

como un derecho¹⁴, aunque se exhiba como una prerrogativa y una correlativa sujeción, pues su ejercicio no es voluntario sino obligatorio, aunándose los conceptos de poder y deber, además de no reconocerse por la ley en interés de los padres, sino de los hijos y la familia¹⁵.

La naturaleza misma del Estado aparece calificada por su finalidad de procurar la protección de sus integrantes, asegurando su libertad, promoviendo su desarrollo integral y, en definitiva, promoviendo el bien común. Para ello se hace necesario dotar a esa organización de unos poderes jurídicos que le permitan el logro de sus cometidos.

Como bien explica González Pérez, el Estado y los entes públicos pueden desempeñarse con sujeción a las mismas reglas jurídicas que los particulares, adquiriendo y ejerciendo derechos, contratando, prestando servicios a través de empresas comerciales sujetas al Derecho Privado, pero por lo usual será que “[...] actúen en ejercicio de sus prerrogativas, sujetos a su Derecho, el Derecho Administrativo, que constituye su Ordenamiento ordinario y común”¹⁶.

En estos últimos casos, aparece una especial situación jurídica de los órganos estatales, derivada de una atribución explícita y circunstanciada de prerrogativas que realiza la ley, que se transforma en habilitación y carga para ellos y vínculo de sujeción general para los ciudadanos: la potestad.

Estas potestades de los órganos estatales se manifiestan como poderes de actuación que suponen una facultad de ordenación y un correlativo deber de sujeción, limitados por el ordenamiento jurídico que a) nace concretamente y en los límites específicos que le otorga el ordenamiento; b) no tiene contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio puedan devenir relaciones jurídicas particulares; c) no genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan.

Las notas que caracterizan a la potestad, además de aquellas expuestas más arriba, pueden sintetizarse en que: a) su otorgamiento lo es en interés de la ley, de las instituciones jurídicas o de terceros distintos del titular; b) su ejercicio es obligatorio (se convierte en un poder-deber); c) son

14 Ver Cafferata, J. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires. Ed. Astrea; ver también: Belluscio, A. C. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. T. II. 5ª. edición. Buenos Aires. Ed. Depalma, 289 y sigs.; Zannoni, E. (1989). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. 2. 2ª edición. Buenos Aires. Ed. Astrea, 641 y sigs.

15 Ver Fleitas Ortiza de Rozas, A.; Roveda, E. G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis, 407.

16 González Pérez, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ª edición. Madrid. Civitas, 67.

intransferibles e inalienables; d) están limitadas en su extensión y modo de ejercicio por garantías dadas a los destinatarios de la sujeción.

c) La potestad del juez penal y la potestad sancionatoria de la Administración. Los contenidos de la potestad sancionatoria administrativa

El juez penal enfrenta el delito desde la estrictez de una ley formal que define la conducta punible, un tipo penal que el magistrado no puede ampliar por analogía. Es cierto que puede declarar la inconstitucionalidad de la ley, pero nunca para generar una norma sancionatoria nueva que le permita condenar en una sentencia, ni establecer para sancionar en casos futuros. Es más, sus facultades de interpretación de la ley aparecen limitadas por la prohibición de analogía y el principio de legalidad penal.

Tampoco le es posible sustituir al fiscal o al querellante y actuar sin requerimiento de éstos; imponer responsabilidades objetivas o solidarias como principio; ni pretender –él mismo o los Tribunales Superiores– que la revisión de un fallo sólo sea posible previo cumplimiento de la sanción.

La potestad sancionatoria que la ley entregó a la Administración para reprimir infracciones a bienes jurídicos teóricamente menos graves que aquellos que merecen su inclusión en el Código Penal, se distingue radicalmente de la conferida al Juez penal.

Ello se advierte con claridad cuando se repara en que esta potestad comprende un territorio con cuatro expresiones, a saber:

- (i) Un aspecto de creación normativa. El tipo infraccional y la sanción reclama una ley formal previa, pero la concreción del tipo y de la reacción pueden ser remitidas a la labor reglamentaria de la Administración (no ya a la cobertura legal sancionada en el fallo “Mouviel”¹⁷). Así, la Administración, mediante actos de alcance general –obviamente previos, escritos, públicos y de contenido previsible para los ciudadanos–, puede individualizar y actualizar las conductas sancionables.
- (ii) Un segundo momento en el que la Administración desarrolla una actividad investigativa, constata la existencia de la infracción y desarrolla una actividad probatoria –generalmente por sí y ante sí. Es cierto que, una vez colectada la prueba, puede el infractor presentar su descargo, pero para entonces el recupero de pruebas es

17 *Fallos*: 2278:636, en especial el dictamen del Procurador General Dr. Sebastián Soler.

difícil, dado el tiempo transcurrido. No hay aquí sistema acusatorio ninguno, ni fiscal ni querellante. Esta ausencia, según he anticipado ya, puede significar problemas para los ciudadanos y aún para el interés público, por el exceso o el defecto en la punición sin control eficaz¹⁸.

- (iii) En un tercer estadio, la Administración ejerce la potestad en su faz más esencial y aplica a los destinatarios de la norma la sanción, escogiendo entre alternativas igualmente legítimas que la ley ofrece. También ella, como el Juez penal, puede hacer una interpretación limitada de la norma, aunque la hermenéutica no solo se dirige a la ley penal, sino también a la norma reglamentaria a la que aquella remite. Pero además, algunos postulan que esa interpretación administrativa no está limitada por el principio de la prohibición de la analogía ni el de la ley penal más benigna, porque tales garantías no corresponden al campo infraccional sino solo al delictual.
- (iv) Sin embargo, todavía queda un cuarto momento en que la Administración, en uso de una de las prerrogativas típicas del régimen jurídico exorbitante, ejecuta por sí y ante sí la sanción, mientras los recursos no suspenden esa ejecución y, con una inconstitucional extensión de principios tributarios, exige supeditar el control judicial al previo cumplimiento de la sanción (*solve et repete*).

Examinar la potestad sancionatoria administrativa es, pues, analizar una facultad reglamentaria (que creo debe entenderse como facultad reglamentaria propia atribuida por el ordenamiento jurídico a la Administración); una actividad investigativa procedimental; una decisión cuasi-judicial de contenido sancionatorio explícito y una facultad ejecutiva. Posiblemente radique allí la dificultad de encuadrarla en los moldes ordinarios y la causa de los errores en que se incurre en la materia.

2) La titularidad de la potestad sancionatoria administrativa

La potestad sancionatoria de la Administración, como toda otra potestad que se atribuye a los órganos del Estado, deriva del ordenamiento jurídico. Es cierto que en un principio hay una potestad y un ordenamiento, pero

18 Ver García Pullés, F. “La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la Constitución Nacional”. *Revista de Derecho Administrativo, RAP*. España, Nros. 267-268, 501 y sigs.

ello sólo ocurre con la potestad constituyente, porque luego de su ejercicio, toda otra potestad deriva del ordenamiento y está sujeta a los límites y las condiciones de ejercicio impuestas por éste.

Este origen de las potestades es esencial para considerar el tema de su titularidad, en especial en un régimen federal como el de la República Argentina, en el que el gobierno federal solo tiene las facultades que las Provincias le han delegado a través de la Constitución Nacional.

En consecuencia, si el origen de la potestad deriva del ordenamiento, en nuestro Estado federal su titularidad corresponderá al gobierno federal, provincial o municipal, según que la materia haya sido o no objeto de delegación provincial a favor del gobierno federal en el marco de la Constitución argentina.

El Código Penal argentino se limitó a los delitos y no trató las infracciones y ello fue acertado, porque la materia no es propia de un “código de fondo”, sino de la regulación federal o provincial, según se trate.

No obstante, es evidente que el ejercicio de estas competencias por parte de las legislaturas provinciales no podrá hacerse en desmedro de las garantías que la Constitución Nacional y el ordenamiento federal o nacional otorga a los ciudadanos, porque esas garantías se inscriben en un orden jurídico superior que tanto el gobierno federal como los gobiernos provinciales y municipales tienen el deber de respetar, en el marco del Estado de Derecho, cuestión que se vincula estrechamente con el tema de la distinción entre delitos y faltas o contravenciones, al que aludiré más adelante.

El segundo problema de la titularidad consiste en determinar si la potestad sancionatoria administrativa es otorgada por el ordenamiento de modo directo a la Administración o si se trata de una delegación de funciones del Poder Judicial que el legislador ha realizado a favor del Poder Ejecutivo.

Entiendo que esta segunda solución no puede predicarse en nuestro sistema jurídico constitucional. El artículo 109 de nuestra Ley Fundamental establece la clara prohibición al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales y arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas, prohibición que no podría superar una delegación de jerarquía inferior.

3) Ámbito de aplicación de esta potestad administrativa

Nuestra Corte Suprema, setenta años atrás, ya dejó establecido un criterio que no ha sido modificado, según el cual: “La distinción entre delitos y contravenciones o faltas no tiene base cierta que pueda fundarse en la

distinta naturaleza jurídica de cada orden de infracciones para establecer un criterio seguro que permita distinguirlos¹⁹.

En ese contexto de indiferenciación, tres movimientos claramente reconocibles han contribuido a hacer aún más borrosos los límites:

- (i) Por una parte, la irrupción de la doctrina minimalista en el ámbito penal, que ha predicado la idea de limitar todo cuanto sea posible las penas y los delitos y trasladar esas conductas al ámbito del Derecho Administrativo sancionador, con penas pecuniarias que no consistan en la restricción de la libertad, al menos en los países del Europa;
- (ii) La inclusión de las personas jurídicas en el campo del Derecho Penal, que hoy exhibe penas para estos entes, que se aplican con criterios de solidaridad para con sus directores, administradores o apoderados, a los que sí les alcanzan penas restrictivas de la libertad, trastocando las ideas de culpabilidad subjetiva y reprochabilidad típicas del Derecho Penal;
- (iii) El deseo de las Administraciones de ampliar su territorio de poder, mientras ven en el Derecho Penal un obstáculo para la aplicación de sanciones a quienes vulneran sus técnicas disciplinarias (en términos de la biopolítica de Foucault). Ellas han proclamado la independencia de sus derechos de castigar para eludir las garantías y exigencias de aquella rama del Derecho, en especial en algunos campos sensibles –como el ambiental, el lavado de dinero, las faltas tributarias o aduaneras, la regulación de la competencia en los mercados y la defensa del consumidor y hasta en la disciplina del empleo público–, para así proclamar principios tales como el de la analogía interpretativa *ex post facto*, la generalización de la responsabilidad objetiva y la solidaridad; la inversión del *onus probandi*; la exclusión del principio de la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, del *in dubio pro reo*, y la extensión del *solve et repete* a materias absolutamente extrañas a la tributaria, en los casos de cuestionamiento de las sanciones. Para arribar a tal resultado se proclama la necesidad de proteger a la comunidad frente a los riesgos sociales (como si no los hubiera en el caso de los delitos del Derecho Penal) y la existencia de un *ius puniendi* de distinta especie en la potestad sancionatoria administrativa, que impide aplicar aquellas garantías.

19 Fallos: 205:173.

Todo ello ha llevado a una continua traslación de conductas del campo penal al de la potestad sancionatoria administrativa, extendiendo enormemente el territorio de esta última y provocando importantísimas discusiones, en particular en la Argentina, y dada la gravedad de las sanciones previstas, pues no existe aquí prohibición constitucional de establecer sanciones restrictivas de la libertad; pero aunque éstas son rarísimas, hay otras sanciones que podrían considerarse hasta más graves que la detención, como las que inhabilitan de modo permanente para la profesión, el comercio o la industria.

4) Fundamento jurídico y modalidades de ejercicio

La combinación de indiferenciación ontológica y falta de garantías es grave para los ciudadanos, porque si el legislador puede lícitamente declarar que una conducta es delito o infracción administrativa a su arbitrio, sin que tal decisión sea susceptible de control judicial, y se proclama que no existe sujeción de la potestad sancionatoria administrativa a los límites del Derecho Penal, podría usarse la traslación como arma de ataque para hacer realidad una derivación del “Derecho Penal del enemigo”: el “derecho infraccional del enemigo”, privando a los destinatarios de esas “infracciones” de los más elementales derechos que la Constitución y las leyes otorgan a los criminales más graves.

El derrotero de quienes postulan la exclusión de las garantías penales tiene su cenit al propiciar dos manifestaciones del “*ius puniendi* estatal”: uno de titularidad judicial y otro de titularidad administrativa, aunque no se aclara por qué no habrían de regirse por principios comunes, ganados en años de batallas por encauzar ese poder en el Derecho, pretendiéndose una regulación “liberadora” de esas victorias, ni qué condición especial otorga el derecho a la Administración pública para excluirla de las restricciones que desde hace más de doscientos cincuenta años se han impuesto al ejercicio de la jurisdicción por los monarcas y, más tarde, por los jueces.

Es que la proclama de un *ius puniendi* especial para la Administración, sujeto a sus propias reglas, no tiene, a mi juicio, fundamento ontológico, sino teleológico, pues no atiende a la naturaleza de las cosas sino a la finalidad que se pretende obtener de la distinción, escapar de las limitaciones que imponen las garantías del Derecho Penal.

Dada la Constitución, ninguna potestad pública es inherente a un órgano y solo puede surgir de la Constitución o las leyes. La Corte Suprema del Reino Unido, en el fallo que declaró la ilegalidad de la decisión del Primer Ministro británico de prorrogar el receso del Parlamento con motivo del “Brexit”, recordó que desde 1611 es principio del Derecho que aún el rey no

tiene otras prerrogativas que aquellas que “the law of the land” le otorga, principio claramente ratificado en 1649²⁰.

Estimo que no existe ese diverso fundamento ontológico ni base normativa que justifique proclamar la existencia de dos especies del *ius puniendi* estatal, para autorizar un tratamiento desigual para los delitos del Derecho Penal y las infracciones administrativas en materia de garantías.

No encuentro precepto alguno de la Constitución Nacional que autorice al Poder Ejecutivo a aplicar sanciones frente a infracciones administrativas sin una ley que le atribuya esa competencia; en cambio, sí existe la prohibición para que ejerza funciones judiciales o se arrogue el conocimiento de causas pendientes, disposición que —como ha sostenido Juan Carlos Cassagne²¹— recibimos de la Constitución de Cádiz y no de la de Estados Unidos.

De modo que no podríamos pretender que la potestad sancionatoria llegue a la Administración desde la Constitución. Y aún si pensáramos que está ínsita en el contenido de lo que llamamos “administración general del país” —lo que es dudoso—, no sería menos veraz que, en tal caso, correspondería al Congreso de la Nación, en los términos del artículo 75, inciso 32, “hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente al Gobierno de la Nación Argentina”.

Por estas razones, desde hace ya bastante tiempo²², vengo alertando que ante la indiferenciación ontológica entre delitos e infracciones y el peligro de una traslación perniciosa, es preciso volver la mirada sobre “el orden jurídico circundante” a delitos y faltas, indicando que mientras no exista una ley especial para el tratamiento de todas las faltas de este tipo y el ejercicio consecuente de la potestad sancionatoria, es preciso extender plenamente las garantías del Derecho Penal al campo del Derecho Administrativo sancionador y limitar gravemente “los matices en esa traslación” a los que alude la jurisprudencia española desde hace cuarenta años, y sobre cuyo alcance han discrepado mi maestro Alejandro Nieto García y Tomás Ramón Fernández.

20 En 1649, luego de la Revolución Inglesa y el triunfo de las tropas del Parlamento, el Rey Carlos I fue llevado a juicio. El barrister que llevara adelante la acusación: John Cook, sostuvo el principio del sometimiento de todas las personas del reino, incluido el Rey, a la ley de la tierra. Ese criterio fue contrapuesto al del Monarca, que sostenía que su poder provenía de Dios y no estaba sujeto a las regulaciones de las leyes. La Corte aceptó el criterio de Cook y condenó al rey a la pena de muerte.

21 Cassagne, J. C. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (constitucional y administrativo)*. Madrid. Ed. Reus.

22 García Pullés, F. (septiembre 2006). “La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte”. *Jurisprudencia Argentina*. Derecho Administrativo, 3 y sigs.

No dejo de atender que algunos fallos, tal vez por inadvertencia, continúan excluyendo las garantías del Derecho Penal del ámbito sancionador administrativo. Sin embargo, me parece casi paradójico que cause una especie de horror a la jurisprudencia la idea de existir acciones o sanciones correspondientes a infracciones administrativas imprescriptibles y que rápidamente se acuda al Código Penal para llenar los vacíos en materia de prescripción, pero no acudan a esa misma ley para considerar las garantías.

Sin embargo, los autores de esos fallos deberán ahora revisar sus criterios, en particular a partir de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha proclamado que las garantías del Derecho Penal son aplicables íntegramente en el ámbito de las sanciones administrativas, criterio que empezó a delinearse en el fallo “Baena vs. Panamá”²³, se reiteró en “López Mendoza vs. Venezuela”²⁴ y se explicitó claramente en “Maldonado Ordóñez vs. Guatemala”²⁵ y en “Flor Freire vs. Ecuador”²⁶.

En este orden, estimo de absoluta claridad el criterio subyacente en la opinión del Señor Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, Dr. Enrique Petracchi, en el fallo “Ayerza”²⁷, en abril de 1998, cuando sostuvo: “Que, por tanto, no es posible pretender que una rama del Derecho repressivo o un determinado objeto de protección estén genéricamente excluidos de la esfera de aplicación de la garantía. De otro modo, el camino de una interpretación amplia de esta última, supuesta en el propósito de ‘[...] que el delincuente se beneficie lo más posible de cualesquier modificaciones ulteriores de la legislación [...]’”.

Y acudo especialmente al criterio del Dr. Petracchi en “Ayerza”, porque ocho años después, en abril de 2006, la Corte se remitió a esa disidencia, que transformó en holding del Tribunal para declarar nula la aplicación de una sanción a “Cristalux Sociedad Anónima”²⁸ respecto de una infracción administrativa al régimen de cambios y la condena a una persona jurídica.

Y la cuestión es trascendente porque la invocación del principio estuvo fundada, en el caso “Ayerza”, en la existencia de un derecho de jerarquía constitucional a la retroactividad o ultraactividad de la ley penal más benigna, corroborado por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

23 Fallo de la CIDH del 2 de febrero de 2001, en www.cidh.org.

24 Fallo de la CIDH del 1º de septiembre de 2011, en www.cidh.org.

25 Fallo de la CIDH del 3 de mayo de 2016, en www.cidh.org.

26 Fallo de la CIDH del 31 de agosto de 2016, en www.cidh.org.

27 *Fallos*: 321:824.

28 *Fallos*: 329:1053.

De allí que la convocatoria de la disidencia del Dr. Petracchi para fijar el nuevo criterio de la Corte no sólo supone un caso de extensión de las garantías del Derecho Penal al campo de la potestad sancionatoria administrativa, sino que contesta también el cuestionamiento que se hace a la extensión a las personas jurídicas de los derechos y garantías reconocidas a las personas humanas por los Tratados de Derechos Humanos, en el campo de las sanciones administrativas y en nuestro país.

Me apresuro a advertir que no desconozco que en el territorio del Sistema Interamericano de Derechos Humanos esas garantías sólo puedan ser invocadas por las personas antes llamadas físicas (con pequeñas excepciones). Sin embargo, entiendo que el postulado de la extensión de garantías del Derecho Penal al ámbito sancionador, recogido por la Corte Interamericana en el caso “Maldonado Ordóñez” ya citado, que es contrariado por alguna jurisprudencia reiterada al azar y sin reparar en los avances de los principios generales del Derecho que reconoce la comunidad internacional, debe extenderse a las personas jurídicas en el territorio nacional.

Ello así ya con fundamento en los Tratados sino con base en el ordenamiento constitucional argentino, porque así lo exige el principio de igualdad ante la ley, contenido en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Y esta extensión es imprescindible pues muchas veces ambas clases de sujetos son destinatarios de una sola causa penal o administrativa a raíz de la existencia de responsabilidades solidarias u objetivas.

Pero además, debo advertir que la supuesta inaplicación de garantías, con invocación de la necesidad de acudir al derrotero de examinar su inscripción en el Derecho Constitucional para más tarde volcarlas al campo administrativo, resulta un verdadero eufemismo, porque el conjunto garantístico surge también de la Ley Suprema, bien interpretada, en especial luego de la reforma de 1994.

Hace más de doscientos cincuenta años, Cesare Beccaria, en su *Tra-
tado de los delitos y de las penas*, describió una decena de principios que constituirían cláusulas pétreas para el derecho de castigar a los ciudadanos, que no podríamos separar de la potestad sancionatoria administrativa, entre ellos:

- a) Solo las leyes pueden establecer delitos o fijar sus penas.
- b) La ley que crea la infracción y la pena debe ser previa, y previsible para ser digna de reproche.
- c) Ningún Magistrado puede decretar a su voluntad penas contra un individuo ni bajo pretexto de celo o de bien público.
- d) Las sanciones deben ser proporcionales a la ofensa y progresivas.
- e) Es necesario que acusador y acusado no decidan el conflicto, sino que lo haga un tercero imparcial.

- f) La sanción debe darse del modo más próximo posible al hecho.
- g) No es la crueldad de las penas la que actúa como prevención de los delitos, sino la vigilancia y la severidad de los Magistrados.

No olvido que la potestad sancionatoria administrativa reclama “matices”, pero esos matices deben limitarse a: la autorización de la remisión reglamentaria luego de la tipificación genérica de la conducta y de la sanción en la ley formal; la mayor relajación de la legalidad en los casos de algunas relaciones de sujeción especial; la admisión de la responsabilidad objetiva y solidaria y la inversión de la carga de la prueba cuando son establecidas por la ley. En ningún caso estas premisas reclaman borrar las garantías del Derecho Penal, ni mucho menos someter la responsabilidad a la interpretación postrera del aplicador, o el control judicial al previo pago.

Debo advertir que todos y cada uno de estos temas han merecido fallos ejemplares. Y citaré, entre ellos: “Volcoff”, “Spinoza Melo”, “CNV c/ Telefónica”, “Losicer”, “Bonder”, “Cristalux”, entre otros.

5) Un llamado a la reflexión posterior

He intentado sembrar una idea para reflexionar cuáles garantías del Derecho Penal deben ser aplicables en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador y aún a las personas jurídicas.

Advierto que será difícil decir que estas garantías y las demás que hoy convocamos como propias del Derecho Penal no sean de la esencia del Derecho Constitucional, en especial desde que debemos leerlo con los anteojos de la interpretación dada por los Tratados de Derechos Humanos, porque solo ellos hacen desaparecer las cortinas de los ojos y nos muestran la mezquindad de nuestros criterios últimos, como en el caso del cuento de Borges, “El brujo postergado”, que para algunos debería ser de lectura obligatoria²⁹.

Bibliografía

- Belluscio, A. C. (1988). *Manual de Derecho de Familia*. T. II. 5ª. Edición. Buenos Aires. Depalma, 289.
- Borges, J. L. (1936). “El tiempo circular”. Incluido en *Historia de la Eternidad*. Buenos Aires. Editorial Vial y Zona.

²⁹ Borges, J. L. (1935). “El brujo postergado”. En *Historia Universal de la Infamia*. Buenos Aires. Emecé.

- Borges, J. L. (1935). "El brujo postergado". En *Historia Universal de la Infamia*. Buenos Aires. Emecé.
- Cafferata, J. (1978). *La guarda de menores*. Buenos Aires. Ed. Astrea.
- Carretero Pérez, A.; Carretero Sánchez, A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª. Edición. Ediciones de Derecho Reunidas, 7 y sigs.
- Cassagne, J. C. (2016). *Los grandes principios del Derecho Público (Constitucional y Administrativo)*. Madrid. Ed. Reus.
- Fleitas Ortiza de Rozas, A.; Roveda, E. G. (2004). *Manual de Derecho de Familia*. Buenos Aires. Ed. Lexis Nexis.
- García de Enterría, E.; Fernández, T. R. (1974). *Curso de Derecho Administrativo*. T. I. Madrid. Civitas, 431 y sigs.
- García Pullés, F. "La potestad sancionatoria de la Administración Pública y la Constitución Nacional". En *Revista de Derecho Administrativo*, RAP. España, Nros. 267-268.
- García Pullés, F. (2006). "La distinción entre delitos y faltas. El régimen jurídico circundante. Una nueva y acertada doctrina de la Corte". *Jurisprudencia Argentina*. Derecho Administrativo, 3 y sigs.
- González Pérez, J. (2001). *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 3ª edición. Madrid. Ed. Civitas, 67.
- Honore, T. "Must We Obey? Necessity as a Ground of Obligation". Citado por Kent Greenawalt, *La obligación natural de cumplir la ley*.
- Hume, D. "A treatise of Human Nature (1739)". Libro II, parte II, Sec. V "Of the Obligation of Promises". Citado por Finnis, J. (2000). *Ley natural y Derechos Naturales*. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Mackie, J. "Obligations to Obey the Law", 67 V. L. Rev. Nro. 143. (1981) y "Ethics", ed. 1977.
- Marienhoff, M. S. (1990). *Tratado de Derecho Administrativo*. T. I. 4ª edición. Buenos Aires. Abeledo Perrot.
- Nieto, A. (1994). *Derecho Administrativo Sancionador*. 2ª edición. Madrid. Ed. Tecnos.
- Rocha Pereyra, G. (2003). "Sobre el Derecho Administrativo sancionador". En *Revista de Derecho Administrativo*.
- Summa Teológica*. Vol. VI, *Tratado de la Ley en General*. Madrid. Biblioteca de Autores Cristianos, 1956.
- Zannoni, E. (1989). *Derecho Civil. Derecho de Familia*. T. 2. 2ª edición. Buenos Aires. Ed. Astrea.

DE LA DOGMÁTICA AL REALISMO JURÍDICO EN LA TEORÍA DE LOS HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

From dogmatic to legal realism in the theory of facts and legal acts

Dalla dogmatica al realismo giuridico nella teoria dei fatti e degli atti giuridici

Gabriel Limodio¹

Para citar este artículo:

Limodio, G. (2020). “De la dogmática al realismo jurídico en la teoría de los hechos y actos jurídicos”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 281-297.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.281-297>

Resumen: El texto se refiere a la denominada teoría de los hechos y actos jurídicos, y propone una lectura del tema en la nueva codificación civil y comercial de la Nación Argentina en cuanto la misma pareciera diferenciarse de los modelos de la dogmática jurídica, criticando la figura de la pandectística. Ello permite trabajar una hipótesis leyendo el tema en una posición cercana a lo que fue el proceso jurisprudencial que modificó el planteo del codificador original, en cuanto proponía una mayor incidencia de la autonomía de la libertad y el individualismo, abriendo paso a la interpretación a partir de principios jurídicos.

Palabras clave: Teoría de los hechos y actos jurídicos; Dogmática jurídica; Pandectística; Principios jurídicos; Orden público.

Abstract: This article refers to the so-called theory of facts and legal acts, and proposes a reading of the subject in the new civil and commercial codi-

1 Doctor en Ciencias Jurídicas por la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Secretario Académico de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: gabriel_limodio@uca.edu.ar.

fication of the Argentine Nation insofar as it seems to differ from the models of legal dogmatics, criticizing the figure of pandectistics. This allows working a hypothesis by reading the topic in a position close to what was the jurisprudential process that modified the original codifier's approach in that it proposed a greater incidence of the autonomy of freedom and individualism, opening the way for interpretation from legal principles.

Keywords: Theory of the facts and legal acts; Legal dogmatics; Pandectistics; Legal principles; Public order.

Sommario: Il testo fa riferimento alla cosiddetta teoria dei fatti e degli atti giuridici, e propone una lettura del soggetto nella nuova Codificazione Civile e Commerciale della Nazione Argentina in quanto sembra differire dai modelli della dogmatica giuridica, criticando la figura della pandettistica. Ciò consente di lavorare su un'ipotesi leggendo il soggetto in una posizione vicina a quello che è stato il processo giurisprudenziale che ha modificato l'approccio del codificatore originario in quanto proponeva una maggiore incidenza dell'autonomia della libertà e dell'individualismo, aprendo la strada a un'interpretazione basata su principi legali.

Parole chiave: Teoria dei fatti e atti giuridici; Dogmatica legale; Pandettistica; Principi legali; Ordine pubblico.

Introducción

Una vez más tengo que agradecer, a las autoridades de la Revista, la delicadeza de permitirme colaborar en un nuevo aniversario de nuestra *Prudentia Iuris*.

Digo nuestra porque para aquellos que tenemos el honor de ser graduados de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina y además docentes y en alguna oportunidad directivos de la misma, recordamos siempre el momento en que vimos nacer esta revista.

Lo importante es la celebración, el tema que se aporta bien puede ser una excusa, como en este caso se trata simplemente de una propuesta para releer la cuestión de la teoría de los hechos y actos jurídicos en clave realista.

Precisamente al cumplirse treinta y cinco años nuestra revista, decía que era muy difícil no recordar aquellos años de vida universitaria y lo que significa y ha significado que una publicación se haya mantenido con vida y siempre actualizada a través del tiempo, y asimismo se recordaba que desde su mismo nombre se daba una pauta de lo que significaba la enseñanza

del Derecho en nuestras aulas como un saber sobre lo justo, que se alcanza observando la prudencia de cada caso concreto².

Para homenajearla parece adecuado aportar un breve comentario sobre un tema que, con la puesta en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial unificado, cobra fuerza, sin desconocer que todo aporte que se haga no puede sino ser provisorio. Van entonces unas palabras que pueden servir como introducción a la explicación de los hechos y actos jurídicos.

El tema

Se decía también cinco años atrás que “si fijamos una mirada retrospectiva, advertimos que, al tiempo del nacimiento de nuestra revista, es decir, la década del ochenta del siglo XX, se producían dos acontecimientos, que necesariamente influyen en la cuestión que tratamos. Por supuesto que los mismos no son excluyentes, pero muchas de las cuestiones que hoy inciden en la nueva formulación del Derecho Privado tienen que ver con ellas. Nos referimos a la consolidación del Estado de Derecho constitucional y la vigencia del tiempo cultural de la posmodernidad”³.

Pueden aparecer otras consideraciones, pero si se fija la mirada en los últimos acontecimientos que nos ocupan, se advierte que la denominada constitucionalización del Derecho Privado puede leerse desde dos aportes, ya que, por un lado, en aquel momento histórico quedaba definitivamente desenmascarado el positivismo y el denominado Estado de Derecho Legal, y por otro lado, lo que pudo interpretarse como el retorno del Derecho Natural culturalmente puede malograrse al imponerse un modelo en cual no exista reconocimiento de valores objetivos.

Como puede observarse a cinco años de haber hecho esa ponderación, y cuando nos aproximamos a los cinco años de vigencia del nuevo Código, pareciera que en lo que tiene que ver con la cuestión referida a las personas y sus derechos la situación se acerca claramente a una mirada individualista, lo cual es distinta a aquella que se aplica a otras partes del Código.

El tema, si bien puede referirse a la mirada actual sobre el Derecho Privado codificado, puede puntualizarse sobre el Código Civil y Comercial vigente en la República Argentina que, en una primera lectura, parece invertir la lógica que tuvo Vélez Sarsfield.

2 Resulta ocioso recordar que *Prudentia Iuris* siempre ha dedicado espacios a estudiar la evolución del Derecho Privado. A modo de ejemplo, Casares, T. (1945). Extracto del libro *La Justicia y El Derecho. Prudentia Iuris* nro. 1, Buenos Aires, Educa, 5-7.

3 Limodio, G. (diciembre 2015). “El Derecho Privado entre dos bicentenarios”. *Prudentia Iuris* nro. 80, Buenos Aires, Educa, 19.

Desde tal perspectiva, una manera de encarar la cuestión puede hacerse desde el contenido de la autonomía de la voluntad, que en determinados casos pareciera que ha tenido una mirada exclusivamente desde el ámbito contractual, recordando así el antiguo artículo 1197 del Código. Sin embargo, ahora se ha ampliado a aquellas cuestiones que hacen al concepto sobre la persona y la familia, valorando de una manera muy particular el concepto de proyecto de vida.

Por eso se ha elegido hablar del paso de la dogmática al realismo, aprovechando que el término dogmática jurídica es sugerido por la Comisión Reformadora del Código de 2012, al tiempo que se pronuncia contra la figura del pandectismo, como método para elaborar, aplicar y enseñar el Derecho.

Por lo pronto, cabe plantearse la verdadera esencia de lo que significa el Derecho Privado, para conocer sus límites pero también sus riquezas, y proponer una nueva lectura de las realidades que encierra. Surge aquí el recuerdo del formidable jurista Guillermo Borda, quien al prologar un trabajo sobre derechos personalísimos decía: “Ha sido Josserand quien ha dicho que el Derecho Civil es el derecho por excelencia, el armazón mismo y la base de la juridicidad. Quizá ningún otro tema revele en toda su hondura la verdad de esta afirmación como el de los derechos de la personalidad. Aquí el Derecho Civil está presente, si se me permite la expresión, en estado puro. Se trata de los derechos primarios, esenciales, del hombre: el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor, al respeto, a la privacidad. Es decir, los derechos de los que nadie puede ser privado sin lesionar el orden natural”⁴.

Para ilustrar también de una manera elegante aquello que se quiere significar parece oportuno citar un texto de uno de los civilistas más caracterizados de nuestro tiempo, Jorge Alterini; al prologar su obra, el *Código Civil y Comercial Comentado*, dice: “Nos han enseñado y hemos enseñado el Derecho Privado cobijados por la personalidad emblemática de Vélez Sarsfield, que dejó su impronta no sólo en el Código Civil de 1871, sino también en el Código de Comercio de 1859 de la Provincia de Buenos Aires, posteriormente convertido en Código de la Nación. Aprendimos de él y de quienes supieron enriquecerse con sus mensajes genuinos, que la autonomía de la voluntad era un estímulo inagotable de las relaciones económico-sociales, pero también que los intereses particulares debían subordinarse al bien común y a la necesidad de recrear la justicia a través de su vehículo hacia lo concreto: la equidad”. Y continúa: “Estos textos codificados y muchas de las importantes modificaciones que recibieron no son ya Derecho vigente, los

4 Borda, G. (2008). “Prólogo a la Primera Edición de Santos Cifuentes, *Derechos Personalísimos*”. Reproducido en la 3ª edición. Buenos Aires. Astrea, XI/XII.

ha desplazado la reclamada unificación civil y comercial, y así nuevas realidades irrumpieron en nuestra comunidad que dieron contenido al Código Civil y Comercial, no todas son variados rostros de verdaderos paradigmas, o sea, con la ejemplaridad de los modelos, pero sí con la fuerza desbordante de las matizaciones vitales⁷⁵.

Precisamente este texto citado permite pensar en la trayectoria que se recorrió desde la obra singular de Vélez Sarsfield al Código Unificado, con una mirada sobre dos momentos significativos, como fueron la reforma de 1968 y el Proyecto de 1998, del cual el nuevo Código reprodujo la mayor parte de sus artículos pero no necesariamente su espíritu.

La pregunta que queda para responder, o por lo menos para reflexionar, es si un código refleja una situación que sucede en la realidad y le da contenido jurídico, o si se sobrepone al mero suceder y propone un verdadero paradigma que no tenga más que un anclaje en lo subjetivo.

Otra forma de formular la pregunta sería: un código reúne preceptos, estos preceptos ¿reflejan un determinado *ethos* que ya existe, o crean uno nuevo a partir de lo que creen o interpretan los legisladores, y luego los jueces?

Desde la perspectiva planteada en los primeros párrafos, corresponde centrarse en la idea de que ha habido un desplazamiento del centro jurídico de la noción de persona a la de individuo.

Por fin cabe referirse a otro modelo de codificación, más complejo, propio de una época multicultural, podríamos decir posmoderna, donde nos encontramos con un código de textura abierta.

Esta frase es importante, porque es prácticamente una autodefinition del código. Esto se encuentra en “Los Fundamentos de la Comisión Redactora” y también en todas las ediciones que se publican del Código.

Se hace esta consideración porque como es sabido los códigos actuales no tienen notas, por lo tanto, para conocer el origen doctrinario de la norma se debe recurrir a los fundamentos escritos por la Comisión Redactora del Código. También puede resultar de utilidad la nota introductoria a todas las ediciones del Código preparada por el presidente de la Comisión, Dr. Lorenzetti. Es allí donde se encuentra este postulado de un código de textura abierta merced a una pluralidad de fuentes, y una mirada distinta a lo que fue el código del siglo XIX. Así, dice Lorenzetti en la introducción al Código Civil y Comercial, en el capítulo “Paradigmas y Principios”: “[...] un código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el dictado incesante de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La

5 Alterini, J. H. (Director General) (2016). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Prólogo a la Primera Edición. Buenos Aires. Thompson Reuters-La Ley, XIII.

relación entre un código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina cada uno de ellos y que los mantiene dentro del sistema. Lo importante es entonces que el Código defina los grandes paradigmas del Derecho Privado a través de principios que van estructurando el resto del ordenamiento, y esa es la proposición metodológica central de este proyecto [...] sin embargo, la potencialidad de los principios irá reformulando el sentido de cada uno de los microsistemas, tarea que incumbe a la doctrina y jurisprudencia. Sin perjuicio de ello, se mantuvieron una serie de reglas de extensa tradición en el Derecho Privado porque constituyen una plataforma conocida, a partir de la cual se producen las mudanzas hacia los nuevos tiempos, se ha pensado en el ciudadano y por eso los paradigmas y principios responden a las prácticas sociales vigentes, todo lo cual se expresa en el lenguaje más claro posible”⁶.

Por otra parte, una cuestión que cabe tener en cuenta es la incorporación de un título preliminar, al cual se le ha dado la función de un “núcleo de significaciones”, con lo cual se abre una instancia muy distinta a la que estamos acostumbrados y también se abre una posibilidad, ya que el Código habla de valores, de principios jurídicos, no de principios generales del Derecho; distingue Derecho de ley, tal como lo había hecho el Proyecto de 1998.

Dogmática y realismo

Si se retoman las frases a las que se ha hecho referencia más arriba, en cuanto a lo que se pretende con este “núcleo de significaciones”, esta misma es toda una declaración de principios; más aún vale la pena, para explicar este salto del positivismo a otras formas más cercanas a la realidad, transcribir una frase del texto introductorio al Anteproyecto firmado por la Comisión Reformadora: “[...] una de las funciones que puede cumplir un Título Preliminar es la de aportar algunas reglas que confieren una significación general a todo el código. De este modo, el sistema adquiere un núcleo que lo caracteriza y que sirve de marco de comprensión de una gran cantidad de cuestiones de interpretación y de integración de lagunas. No se trata de una parte general al modo en que fuera pensado en la pandectística alemana, sino del diseño de unas líneas de base enfocadas en la argumentación jurídica razonable dentro de un sistema de derechos basados en principios y valores”⁷.

6 Lorenzetti, R. (2015). *Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley N° 26.994*. Buenos Aires. Editorial El Derecho.

7 Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, III pto. 3.

Si bien en el texto citado se utiliza la palabra pandectismo, teniendo en cuenta que el mismo se refiere a un análisis del Derecho romano buscando sistematizarlo y extraer principios generales, se ha generalizado en el término dogmática, que es la ciencia de un Derecho Positivo vigente, que investiga la conexión entre cada una de las normas jurídicas y siempre se la ha vinculado al modelo del positivismo, no solamente al que ha imperado a partir de las primeras décadas del siglo XX, sino al que hunde sus raíces en la Ilustración, se encuentra formulada filosóficamente en el voluntarismo de la Escuela Moderna del Derecho Natural y finalmente explica el Derecho Civil desde la Escuela de la Exégesis y el Código Civil francés de 1804. No puede descartarse la referencia al Código Civil alemán de 1900 por su fuerte impronta científica⁸.

De acuerdo con su fin, la dogmática prepara la aplicación, además sirve para la presentación del Derecho Positivo en la enseñanza; en un intento de simplificar la cuestión, si se desecha la manera de entender y explicar el Derecho desde la dogmática jurídica, no cabe sino un método clásico.

Precisamente, en el nivel del conocimiento, cabe concebir una etapa anterior a la sistematización, que genera como producto el denominado saber ordinario, que se caracteriza porque en su generación se carece de un método preciso; el método aparece después y es el que conferirá el carácter de ciencia. Esta última es precisamente la explicación de un segmento de la realidad en forma directa, expresada en lenguaje riguroso y literal, mediante proposiciones enunciativas susceptibles de demostración siguiendo las reglas de la lógica formal, que vinculan a la realidad con sus principios y causas, que a su vez puede ser sometida a crítica racional. Así la demostración relativa al objeto es lo que forma la teoría, que implica un camino para conocer su naturaleza.

Desde tal enfoque, si se busca enseñar Derecho Privado desde una perspectiva clásica parece razonable deshacerse del nombre de “Parte General” y referirse a “Principios de Derecho Privado e Instituciones”, y cuando se fijan los temas por desarrollar, hablar de la persona y de la relación jurídica, entendiendo esta como un vínculo correlativo entre dos o más sujetos, con un objeto determinado y fundamentado en el Derecho⁹.

De allí entonces la propuesta como hipótesis de trabajo de entender el Título Preliminar como un núcleo de significaciones que, como un conjunto

8 Tobías, J. W. (2018). *Tratado de Derecho Civil. Parte General*. I. I. Buenos Aires. Thomson Reuters-La Ley, 41.

9 Vigo, R. (2012). “Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar”. En *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Compilador: Jorge Nicolás Lafferriere. Buenos Aires. Ed. El Derecho, 63 y sigs. Limodio, G.; Barbieri, J. (2006). *Introducción al saber jurídico*. Buenos Aires. EDUCA, 108 y sigs.

de principios y valores, iluminan la interpretación del Código, y a partir de allí, la antigua Parte General. Con una denominación más propia, la manera de estudiar el Derecho Privado contará con una parte introductoria, donde se desarrolla la cuestión del Derecho, su enseñanza, su codificación, fuentes e interpretación, para luego referirse a cada uno de los elementos de la relación jurídica.

Cuando se trata puntualmente de hablar de la relación jurídica, y de su causa, una visión clásica se referirá al ordenamiento jurídico, que implica una mirada superadora de lo que oportunamente fue la teoría de los hechos y actos jurídicos. En esta línea, la perspectiva sobre el ordenamiento jurídico se torna dinámica, y no corresponde a una definición solamente teórica. Desde esta mirada, la vida en la ciudad trata de ser un microcosmos, la convivencia entre sus habitantes deberá desarrollarse de manera coherente, tratando de acordar entre autonomía de la voluntad y orden público, resguardando una manera tradicional de entender el bien común. Así las leyes e instituciones no son más que medios y canales para permitir y llevar adelante un tipo de vida que genere una forma de virtud que podría identificarse con la que el pensamiento clásico llama conmutativa¹⁰.

En este contexto la justicia humana será la perfección de la voluntad en orden a dar al otro lo que es suyo de él y este suyo es lo que se llama justo. La función del juez no será buscar lo justo en medio de la contienda del mercado y la lucha política; su función es, básicamente, la corrección, la enmienda de los excesos que pueden generarse en los negocios y en el foro, restaurar los equilibrios y favorecer el mantenimiento de la paz. De allí que se sostenga que el Derecho es un saber, y dentro de la categoría de éste, es un saber práctico, y se debe decir, con insistencia, práctico prudencial.

Aquí vuelve a cobrar importancia el tema de los principios en general, para luego pasar a la cuestión de los principios jurídicos. Se dice esto pues la cuestión de la denominada “teoría general” de los hechos y actos jurídicos, en el actual Código, ha pasado a formar parte del Libro Primero, llamado todavía de una manera equívoca “Parte General”, pero en la cual de una u otra forma se refiere a aquello que podemos considerar como la parte constitutiva del Derecho Privado, ya que es el desarrollo de la relación jurídica; dicho de otra manera, el desenvolvimiento de cada uno de sus elementos. Cobra vigencia entonces leer el Título Preliminar, como se dijo más arriba, como núcleo de significaciones, cuyos contenidos se trasladan a todo el campo del Código, lo cual no implica necesariamente seguir la opinión de los legisladores, sino proponer una lectura desde el realismo jurídico.

10 Sanz, C. R. (2019). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Ed. El Derecho, Lección VI.

De esta manera, para no caer en un mero pronunciamiento teórico, comprender la causa de la relación jurídica obliga a una lectura en conjunto de la autonomía de la voluntad y el orden público, por un lado, y, por otro lado, una lectura del Derecho Privado y el Derecho Público.

Autonomía de la voluntad-orden público. Derecho Público-Derecho Privado

Una de las transformaciones profundas del Derecho Privado es una suerte de tendencia hacia una reivindicación siempre más amplia de los derechos individuales, que esconde una concepción de la persona desligada de todo contexto social a partir de un llamativo avance de la autonomía de la voluntad. Si bien la misma es una dimensión fundamental de la dignidad humana, no puede ser entendida en un sentido absoluto, de tal forma que legitime acciones que agredan las bases de la convivencia social y conduzca a formas radicalizadas de individualismo que no corresponden a la dimensión relacional de la persona humana.

Para comprender esta tendencia podría pensarse en un término utilizado de manera equívoca: “ética de los derechos”, es decir, aquella ética en la que los derechos son el valor prioritario y dominante, y en la que, por tanto, la cuestión fundamental no consiste en establecer si una acción es buena o debida, sino si se tiene o no el derecho a realizarla. Por el contrario, parece legítimo hablar de una ética de los derechos cuando éstos están cargados de una connotación moral.

A este respecto ha sostenido Francesco Viola que “muy pocos de los valores e ideales del pasado pueden alcanzar el consenso universal que se les reconoce hoy en día a los derechos. No es el caso de referirse al hecho de que los derechos sean objeto de tratados internacionales o de declaraciones ‘universales’, pues los unos y las otras son a menudo ocasión para la hipocresía y la reserva mental, sino que cabe pensar en el derecho a la propia identidad individual y colectivo, defendido frente a quien tiene una identidad claramente distinta. Esto supone que en un régimen pluralista la única posibilidad de comunicación entre las distintas familias culturales, ideológicas y espirituales parezca darse precisamente en los derechos. No se comprenden entre ellas, son todavía mundos cerrados en sí mismos pero, sin embargo, pueden llegar a comprender qué significa respetar los derechos del otro, del distinto, porque saben que significa exigir y tener el respeto a los propios derechos”¹¹.

11 Viola, F. (1999). “La ética de los derechos”. *Doxa* Nro. 22, 507-524.

La constatación de que los derechos se han convertido en el lenguaje para la comunicación entre individuos de distintas culturas en el régimen del pluralismo no significa, no obstante, que pueda hablarse de una ética de los derechos; es decir, de una ética alternativa a la del bien, de lo debido o de lo útil. El consenso universal, en relación con la posibilidad de interpretar los derechos como la consolidación de una verdadera y propia “ética”, es muy problemático por muchas razones. Si hubiese que encontrar un título para ejemplificar este nuevo paradigma podría situarse en la creación de un “Estado de Derechos”, pero en verdad lo que puede colegirse es la aparición de una versión del neoconstitucionalismo desde una perspectiva constructivista de la ética¹².

Si se quiere analizar desde la perspectiva del iusprivatismo, otra manera de plantear la cuestión es ubicarla en la tensión entre orden público-autonomía de la voluntad. Puede plantearse que, dentro del marco del Derecho Privado, el orden público es aquel que asegura el funcionamiento de dicho ordenamiento. Así, desde la Filosofía del Derecho, Rodolfo Vigo encuentra en el orden del Derecho Positivo privado, en especial referencia al Código Civil, más allá de artículos específicos, una suerte de componente jurídico que tiende a asegurar bienes y valores en los que aparecen claramente comprometidos el bien común y el interés público. En este sentido, toda norma de orden público presupone la preservación de un determinado aspecto del bien común, sin el cual carecería de fundamento y devendría arbitraria¹³.

Tal como Vigo lo ha definido, el orden público es la articulación en lo público de las personas y la sociedad infrapolíticas para alcanzar el bien común político¹⁴.

A partir de esta definición puede arrojarse una mirada sobre lo que se denomina “orden público”, y se advierte que aquí aparece una situación muy conectada con la que puede estudiarse cuando se analiza la llamada “cuestión de los principios generales del Derecho”. Es decir, la noción resulta objeto de muy diversas consideraciones según nos aproximemos a ella desde la perspectiva iusnaturalista clásica o bien desde el positivismo jurídico. En el

12 Vigo, R. (2012). “Derecho y Moral en el Estado de Derecho constitucional. (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)”. *Prudentia Iuris* nro. 74, Buenos Aires, Educa, 57-78.

13 Vigo, R. trabaja sobre la obra, “Orden público y orden público jurídico”, publicada en *JA T. 1985 –IV– 675*, y también del mismo autor (2015). *Iusnaturalismo y Neoconstitucionalismo*. Buenos Aires. Educa, capítulo 23. Además, puede consultarse la obra de Díez Picazo – Gullón (2000). *Sistema de Derecho Civil*. 2ª reimpression. Tecnos, 2000, en especial el capítulo de la autonomía privada, 373 y sigs.

14 Vigo, R. Ob. cit., ver nota anterior. No está de más citar que el número 3 de la Revista *Prudentia Iuris* fue dedicado totalmente a la noción de “Bien Común”, número de abril de 1981.

caso de los llamados “principios generales del Derecho”, los mismos difieren de los denominados “principios jurídicos”, por la influencia del positivismo jurídico, y por lo mismo, por la forma de enseñar a partir de la escuela de la exégesis¹⁵.

Cabe recordar que en materia de Derecho Privado, y sobre todo después de la experiencia exegética-dogmática-iuspositivista, se hace visible la convicción de ciertas normas “evidentes y palpables” que los teóricos del siglo XIX traducen por Derecho Natural, y que es “una colección de reglas que es necesario y deseable traducir inmediatamente en leyes positivas”¹⁶.

De esta manera, el problema del orden público, en la clave del positivismo, pasa a ser el de la síntesis del ordenamiento jurídico positivo. Así, los principios jurídicos son los principios generales del Derecho, en cuanto son los presupuestos del Derecho emanado de la razón del legislador y de allí que en muchos casos se hable de “leyes de orden público”.

Lo cierto es que el orden público de una comunidad no puede emanar de su ordenamiento positivo vigente, sencillamente porque no cabe confundir el Derecho con la ley positiva, ni tampoco fundamentar el origen del mismo en la razón de la persona. Esta manera de entender el Derecho Natural desde la perspectiva del racionalismo es la que genera la inclusión del mismo en las codificaciones del siglo XIX y la que mostrará una plenitud del ordenamiento jurídico positivo, que será enseñado por los doctrinarios de la exégesis. No es casualidad que tanto el tema de los principios generales del Derecho como el de la moral y las buenas costumbres y el orden público se incluyan en la interpretación de la ley, y se enfatice la frase “interpretación de la ley”, cuando de lo que se debe hablar es de interpretación jurídica.

El orden público, en cuanto refleja el fin del Derecho, que es el bien común, se funda en cuestiones objetivas que superan el relativismo de aceptar lo que piensa el legislador o una mayoría en un momento determinado. Hablar de la dignidad de la persona o del bienestar general son realidades concretas que pueden ser discernidas en la medida en que se acepte la verdad que surge de la naturaleza de las cosas. En este marco, parece conveniente repasar cómo se define el orden público en las obras dedicadas a la enseñanza. En un breve repaso por las definiciones, se cita la que ofrece Salvat, quien sostiene: “[...] la noción de orden público es la que surge de un

15 Vigo, R. (2000). *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires. Depalma.

16 Respecto a estos temas se sigue el desarrollo de Leon Husson en su obra (1972). *Analyse critique de l'ecole de la exégèse*. Paris Sirey. APD, XIII, p. 115. Para el tema específico del Derecho Natural en la codificación resulta interesante la consulta del capítulo “El problema del Derecho Natural”, en la obra de Leclercq, J. (1965). *El derecho y la sociedad. Sus fundamentos*. Barcelona. Biblioteca Herder, 19 y sigs.

conjunto de principios fundamentales de orden político, filosófico, económico, moral y algunas veces religioso, cuya observancia se considera esencial para la existencia y conservación de la organización social establecida”¹⁷.

Borda, por su parte, prefiere hablar de disposiciones de orden público al afirmar que las mismas son tales cuando “en el cumplimiento de esa ley media una cuestión de orden social colectivo o un interés público”¹⁸.

Para Arauz Castex, la expresión alude a una categoría o clase de disposiciones de fundamental interés para el pueblo, para la Nación, para la sociedad entera. Cifuentes prefiere hablar de leyes de orden público dentro del capítulo de la norma y reconoce que existe una doctrina muy extendida según la cual se identifica al mismo con un conjunto de principios eminentemente superiores, sobre cuya base se asientan la paz, la seguridad social, las buenas costumbres, la justicia y la moral. Sin embargo, a renglón seguido se interroga cuáles son esos principios, quién los establece y qué leyes los contienen, con lo cual agrega una dosis de escepticismo. Concluye que las leyes que están identificadas con el orden público son las que según la sociedad de que se trate suelen considerarse imperativas, por lo que su fuerza de imposición está vinculada al interés colectivo o general.

De alguna manera este criterio es también el que sugieren Belluscio y Zannoni al hablar de un “estándar jurídico” para la moral y para las buenas costumbres, que tenga que ver con la aceptación por parte de la mayoría de la sociedad en un momento determinado, a pesar de que estos autores, siguiendo a Brocher, identifican el orden público como “la restricción a la autonomía de la voluntad que, con sentido de equidad, ampara al interés general de la sociedad, para la realización de una idea de justicia”¹⁹.

Llambías se inclina por la definición clásica al hablar del “conjunto de principios eminentes –religiosos, morales, políticos y económicos– a los cuales se vincula la digna subsistencia de la organización social establecida”²⁰.

Ciertamente, la noción de orden público, tal como lo expresa Llambías, puede resultar equívoca. Sin embargo, si nos atenemos a la derivación de orden público a partir del fin de la sociedad política, el sustento de dicho orden no variará por la opinión de una sociedad en un momento determinado, sino que radicará en valores que no son sustituibles por una u otra opinión de la voluntad general. Se advierte una vez más la importancia de identificar el orden público con principios jurídicos que no son los del positivismo,

17 Salvat, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. T. I. Buenos Aires. TEA, 168.

18 Borda, G. (2000). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis.

19 Zannoni, B. (1993). *Código Civil Comentado Anotado y concordado*. Buenos Aires. Astrea, p. 66.

20 Llambías, J. (1999). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. Editorial Abeledo-Perrot, 139.

ya que radican en la naturaleza de la persona humana, que es fundante del orden jurídico. Cobra así vigencia la definición de la relación jurídica, en cuanto reconoce como causa de la misma el propio ordenamiento jurídico. Y este último consiste en una síntesis de deberes y derechos que radican en lo objetivo, porque tanto la naturaleza de las cosas, a la que se hizo referencia, como el bien común político se sustentan en valores externos a la razón del hombre.

En suma, el orden público, entendido a su vez como un límite de la autonomía de la voluntad, debe leerse en forma complementaria con la visión amplia de principios jurídicos a la que se viene haciendo referencia.

Para concluir con esta rápida mirada sobre la doctrina, es importante destacar el comentario que a este instituto hace Lorenzetti, quien respecto al nuevo Código dice que el orden público es regulado mediante una cláusula general, que implica un límite al ejercicio de los derechos individuales fundado en razones generales²¹. El autor se refiere a algunos ejemplos:

- El orden público como garantía procedimental al consentimiento pleno: consiste en una serie de dispositivos destinados a garantizar que efectivamente se exprese la autonomía privada; el legislador se ocupa de que exista un consentimiento pleno, una garantía del proceso de formación del acto jurídico.
- El orden público de protección de la parte débil: las partes pueden haber emitido correctamente su declaración pero hay una vulnerabilidad económica o cognoscitiva que lleva a proteger a la parte débil. La intervención tiene vocación de permanencia; no es coyuntural o transitoria. No es una intervención que distorsiona la autonomía, sino que la mejora, fortaleciendo la igualdad. Por ello es una garantía procesal y objetiva en la igualdad de oportunidades para expresar la voluntad. Un claro ejemplo de ello son las normas de tutela del consumidor (arts. 1092 y cons.).
- El orden público de coordinación: es un conjunto de normas imperativas que controla la licitud en el ejercicio de los derechos, principalmente su adecuación a los valores esenciales del ordenamiento jurídico. Un ejemplo de ello son las propias normas sobre la sociabilidad en el ejercicio de los derechos. Se diferencia del orden público de dirección, porque lo que éste se propone es lograr objetivos económico-sociales, y su límite es justamente este orden público constituido por las garantías mínimas.

21 Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni, 68.

El último tema que se debe analizar es el del orden público en su relación con el Derecho Público, y la influencia de dicho orden en el Derecho Privado.

Al escapar de la trampa del positivismo jurídico es necesario remarcar que, al hablar de Derecho, se lo está haciendo en el marco de un concepto común, que encierra las tres acepciones o analogados posibles (el principal, lo justo y los secundarios, norma y facultad). Sin embargo, es importante destacarlo porque al fundar la distinción de los sistemas público y privado del Derecho se ha tendido muchas veces a hacerlo con la mirada puesta sólo en uno de sus analogados: en la norma. Esto genera confusión, ya que, reducido el Derecho a la ley, se entendió por Derecho Público aquel que integra las normas de orden público o imperativo, y por Derecho Privado, aquel que comprende las normas de orden privado o dispositivo. Esta visión del problema es inexacta, ya que parte de un presupuesto erróneo²².

Por tal razón, hay que dejar claro que no debe confundirse Derecho Público con normas de orden público, ni Derecho Privado con normas dispositivas o de orden privado. Debe afirmarse, entonces, que las normas de orden público o imperativas son aquellas que dictadas con miras a un interés que trasciende la esfera de los particulares no admiten ser dejadas de lado por convenios privados realizados por aquellos que, en caso concreto, están llamados a observarlas. El fundamento por el cual se incluyen algunas normas como de orden público resulta de un conjunto de principios, valores y tradiciones que una sociedad considera estrechamente ligadas a su idiosincrasia y a su historia. Puede advertirse que reaparece aquí la noción de orden público, tal como se la definió más arriba. Es esta la que debe tenerse en cuenta al interpretarse el artículo 12 del Código Civil y Comercial, cuando éste sostiene que “las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público”.

Intento de síntesis

No cabe sino una síntesis provisoria de todo lo que se ha dicho, ya que toda posible conclusión queda abierta al debate, pues se parte de la intención de la Comisión Reformadora, que se mencionó más arriba, de no adherir a los postulados de la pandectística; desde esta perspectiva debe recordarse que forma parte de una pacífica doctrina que la teoría general de negocio jurídico es precisamente una construcción del pandectismo alemán del siglo XIX que intenta encontrar las reglas comunes a todo tipo de nego-

22 Limodio, G. y Barbieri, J. *Introducción al saber jurídico*. Ob. cit., 130 y sigs.

cios jurídicos, y como también se dijo más arriba, sus raíces más profundas pueden encontrarse en la Escuela de Derecho Natural Moderno, que daba importancia al tema de la voluntad como fuente de efectos jurídicos y en la evolución del derecho de los contratos, en los cuales prevalece la figura de la autonomía de la voluntad.

En cuanto al tema puntual de los hechos, se sustituye en la definición el término derechos y obligaciones en el artículo 257, que se modifica por relaciones jurídicas. Al decir de Lorenzetti, “el Código define a los simples actos lícitos utilizando una fórmula similar a la del ordenamiento anterior. La única modificación radica en que se sustituye la referencia a la adquisición, modificación o extinción de derechos y obligaciones, por la de ‘relaciones y situaciones jurídicas’, a efectos de abarcar algo más que el derecho de las obligaciones y alcanzar no sólo a las relaciones patrimoniales sino también a las extrapatrimoniales y a las de carácter permanente –situaciones jurídicas–, y no sólo a las variables y contingentes, como ocurre con las relaciones jurídicas”²³.

En el mismo sentido, el autor citado, refiriéndose al artículo 259, dice que “el acto jurídico es el acto voluntario lícito por el cual las personas regulan por sí mismas sus propios intereses en las relaciones con otros, en tanto el Derecho enlaza efectos conforme a la función que caracteriza a su tipo. Por supuesto, no siempre las condiciones o cláusulas quedan libradas a la voluntad de las personas, sino que esas pautas están fijadas por la ley. En tal caso, la voluntad de los sujetos es válida en tanto cumpla con la estructura y forma de ser del negocio jurídico, tal caso se encuentra previsto en el ordenamiento. En definitiva, conforme a una opinión que ha sido ampliamente aceptada, los actos jurídicos suelen estar integrados por una triple fuente de efectos jurídicos: la voluntad de las partes, el ordenamiento jurídico y, según el caso, la interpretación judicial”²⁴.

Así, puede concluirse que todo lo que hace a la causa de la relación jurídica se mantiene dentro de la órbita que ha querido darle en su momento la Reforma del año 1968; no está de más recordar que el objeto de los actos jurídicos del nuevo artículo 279 mantiene los contenidos del antiguo artículo 953, cuando se refiere a las prohibiciones de la ley, o contrarios a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos a la dignidad humana.

Por otra parte, las tres grandes instituciones generadas por aquella reforma como límite a la autonomía de la voluntad, como la lesión subjetiva, el abuso del Derecho y la teoría de la imprevisión, siempre fueron conside-

23 Lorenzetti, Raúl, *Código....* Ob. cit. T. II, 17.

24 Ídem, 18.

radas como verdaderos diques de contención ante cualquier intento individualista. A este respecto, cabe recordar la nota al artículo 943, cuando Vélez Sarsfield sostiene: “Finalmente dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permitiera enmendar todos nuestros errores, o todas nuestras imprudencias. El consentimiento libre, prestado sin dolo, error ni violencia y con las solemnidades requeridas por las leyes, debe hacer irrevocables los contratos”. Ahora no solamente se mantiene esta adecuada limitación, sino que se le da una estructura mejor. Por una parte, el abuso del Derecho pasa a ser una de los principios que ordenan todo el Código, al igual que la noción de orden público; basta con leer los artículos 9º, 10 y 11.

Por otra parte, los artículos 1003 y 1004, referidos al objeto de los contratos, remiten al capítulo de actos jurídicos. La lesión se mantiene como vicio de la voluntad (art. 332) y la teoría de la imprevisión en el artículo 1091, en el capítulo de extinción, modificación y adecuación de los contratos; el nuevo artículo 1011 se refiere a la obligación de renegociar, como una derivación del deber de colaboración, tratando de evitar que una modificación en la situación de cualquiera de las partes genere una ruptura contractual.

Sirvan entonces estos ejemplos, para ensayar una lectura de la causa de la relación jurídica, ya consolidada con una dinámica que escapa a una mera estructura lógica, sino que adquiere una vida propia que permite diseñar un modelo social más equitativo en el ámbito de los intercambios de la ciudad.

Cabe siempre recordar lo que se decía en las primeras páginas de nuestra revista hace cuarenta años, “elaborar un pensamiento jurídico coherente con los principios de la justicia y el orden natural”, el realismo jurídico tradicional no es nada más y nada menos que esto.

Bibliografía

- Alterini, J. H. (Director General) (2016). *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*. Prólogo a la Primera Edición. Buenos Aires. Thompson Reuters-La Ley, XIII.
- Borda, G. (2008). Prólogo a la Primera Edición de Santos Cifuentes “Derechos Personalísimos”. Reproducido en la 3ª Edición. Buenos Aires. Astrea, XI/XII.
- Borda, G. (2000). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Buenos Aires. Lexis Nexis.
- Leclercq, J. (1965). *El Derecho y la sociedad. Sus fundamentos*. Barcelona. Biblioteca Herder.
- Limodio, G. (diciembre 2015). “El Derecho Privado entre dos bicentenarios”. *Prudentia Iuris*, Nro. 80.
- Limodio, G.; Barbieri, J. (2006). *Introducción al Saber Jurídico*. Buenos Aires. EDUCA.
- Llambías, J. (1999). *Tratado de Derecho Civil, Parte General*. Editorial Abeledo-Perrot, 139.

- Lorenzetti, R. (2014). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. T. I. Santa Fe. Rubinzal-Culzoni Editores.
- Lorenzetti, R. (2015). *Introducción al Código Civil y Comercial de la Nación. Texto aprobado por Ley N° 26.994*. Buenos Aires. Editorial El Derecho.
- Salvat, R. (1958). *Tratado de Derecho Civil Argentino*. T. I. Buenos Aires. TEA.
- Sanz, C. R. (2019). *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Buenos Aires. Ed. El Derecho, Lección VI.
- Tobías, J. W. (2018). *Tratado de Derecho Civil-Parte General*. T. I. Buenos Aires. Thomson Reuters-La Ley.
- Vigo, R. "Orden público y orden público jurídico". En *JA T. 1985 - IV - 675*.
- Vigo, R. (2000). *Los principios jurídicos, perspectiva jurisprudencial*. Buenos Aires. Depalma.
- Vigo, R. (2012). "Comentarios al Capítulo 1 del Título Preliminar". En *Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012*. Compilador: Jorge Nicolás Lafferriere. Buenos Aires. Ed. El Derecho.
- Vigo, R. (2012). "Derecho y Moral en el Estado de Derecho Constitucional. (Proyecciones teóricas: iuspositivismo, neoconstitucionalismo y realismo jurídico clásico)". *Prudentia Iuris* Nro. 74.
- Viola, F. (1999). "La ética de los derechos". *Doxa* Nro. 22.
- Zannoni, B. (1993). *Código Civil Comentado Anotado y concordado*. Buenos Aires. Astrea.

HACIA UNA RENOVACIÓN DE LA DOCTRINA EN EL DERECHO CIVIL: ESTILO Y CONTENIDOS

Towards a renewal of doctrine in Civil Law: style and contents

Verso un rinnovo della dottrina nel Diritto Civile: stile e contenuti

Marcelo Urbano Salerno¹

Para citar este artículo:

Salerno, M.U. (2020). “Hacia una renovación de la doctrina en el derecho civil: estilo y contenidos”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 299-308.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.299-308>

“La atención a las leyes es garantía de inmortalidad”.
(*Libro de la Sabiduría* 6-18)

Resumen: Los cambios habidos en el Derecho Privado argentino deben respetar la plenitud del universo jurídico. La labor de la doctrina consiste en indagar el sustento científico de las reformas introducidas en el novísimo Código Civil y Comercial y adecuarlas según el método sistemático. El Derecho está por encima de la legislación y se funda en el orden natural, a fin de perpetuar los valores y los principios que gobiernan a la sociedad.

Palabras clave: Ciencia del Derecho; Nuevo Derecho; Método y técnica; Literatura jurídica; Familia.

Abstract: Changes in Argentine Private Law must respect the fullness of the legal universe. The work of the doctrine consists of investigating the scientific support of the reforms introduced in the newest Civil and Com-

1 Profesor Emérito de la Pontificia Universidad Católica Argentina. Académico titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Correo electrónico: salerno.mu@gmail.com

mercial Code and adapting them according to the systematic method. Law is above legislation and is based on the natural order, in order to perpetuate the values and principles that govern society.

Keywords: Science of Law; New Law; Method and technique; Legal literature; Family.

Sommario: Le modifiche al Diritto Privato argentino devono rispettare la pienezza dell'universo giuridico. Il lavoro della dottrina consiste nell'indagare il supporto scientifico delle riforme introdotte nel nuovo Codice Civile e Commerciale e adattarle secondo il metodo sistematico. La legge è al di sopra della legislazione e si basa sull'ordine naturale, al fine di perpetuare i valori ei principi che governano la società.

Parole chiave: Scienza del diritto; Nuova legge; Metodo e técnica; Letteratura giuridica; Famiglia.

Una interpretación exegética de la Sagrada Escritura² permite afirmar que el conocimiento es la cualidad de los seres humanos desarrollada por la educación y por la experiencia. Sirva el epígrafe de las siguientes notas para introducir al lector en el nuevo Derecho que se está gestando desde mediados del siglo XX hasta la actualidad. En ese lapso transcurrido, la legislación fue modificando paulatinamente las instituciones que surgieron luego de la Organización Nacional (1853/1860), después de ser sancionados los Códigos Civil (1869) y Comercial (1889), dos cuerpos legales que han sido abrogados y sustituidos por otro "corpus", que los unificó en un novísimo texto (2014).

En nuestro tiempo, que es el tiempo de sembrar las semillas de los frutos a cosechar, ha llegado el momento en el que la doctrina se renueve a partir de la vigencia del Código Unificado en el año 2015. Se plantea, pues, el interrogante de cuál tendrá que ser el método apropiado a esa tarea, la técnica más adecuada, el contenido de los trabajos a emprender, y el estilo de los comentarios a las normas en vigor.

Asistimos a la elaboración de teorías innovativas a raíz de los cambios efectuados a las figuras jurídicas tradicionales, los que han creado construcciones distintas a las existentes, mediante pautas de interpretación basadas en principios innovadores, como ser acerca de la ampliación de las facultades del Juez. Nadie puede negar la transformación habida en nues-

2 Alisejo, S. (1963). *Diccionario de la Biblia*. Barcelona. Edit. Herder, 1742.

tro ordenamiento, como tampoco se puede sostener que el Derecho común o legislación de fondo haya perdido su raíz científica. La mejor manera de enfocar la realidad existente es asumir que el novísimo Código Civil y Comercial Unificado introduce reformas sustanciales para la vida en sociedad de los habitantes del país. Mas ello no es suficiente, ya que cualquiera fuese la modificación habida, esta tiene que sustentarse en la ciencia del Derecho, labor a cargo de la doctrina que cabe destacar.

Las circunstancias históricas son determinantes para introducir los cambios necesarios en la sociedad por una multiplicidad de causas; entonces, se impone una revisión, dado que las condiciones económicas y sociales son diferentes a las del pasado. Esos cambios, que obedecen al principio de la evolución, no pueden contradecir los fundamentos del orden social existente, ni desmerecer los principios que hicieron a la formación moral e intelectual de una Nación. Cuando llega la hora de cosechar se comprobarán los resultados obtenidos y será entonces la oportunidad de evaluar si reportaron beneficios para afianzar la Justicia.

Un fenómeno digno de ser mencionado es el que surgió en Francia después de la Primera Guerra Mundial (1914 a 1918). Finalizada la contienda, los autores advirtieron que debían encarar las transformaciones habidas en la legislación francesa dictada al margen del Código Civil, según los principios generales del Derecho. Marcel Planiol escribió al respecto que el legislador debía orientarse hacia la equidad, inspirado en el Derecho Natural, que es la regla suprema³; regla que tiene mayor jerarquía en el ordenamiento. En esa época, Francois Gény publicó la segunda edición de su famosa obra, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique* (año 1919), ampliada en dos tomos, obra en la cual su autor desarrolló la célebre teoría científica del Derecho, tras el ocaso de la escuela de la exégesis⁴.

La experiencia habida en las sociedades sobre la incorporación de modificaciones a su ordenamiento institucional, permite apreciar cómo operaron esos cambios, manteniendo numerosos enunciados generales que permanecieron inmutables. Uno de los acontecimientos políticos más importantes de las últimas décadas, en ese sentido, fue la caída del Muro de Berlín, y el retorno de los países de Europa del Este al sistema romano germánico del

3 Planiol, M. (1920). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. T. I. 8ª. ed. París, 2-3. Este autor pensaba que era inútil una revisión general del "Code Civil"; una ordenanza dictada en el año 2016 modificó el régimen contractual francés.

4 Salerno, M. U. (2007). "La costumbre en el pensamiento de Francois Gény". En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Buenos Aires. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Abeledo Perrot, n° 27, 71-73. Gény también aludió a "la naturaleza de las cosas", según las condiciones naturales y biológicas, como un elemento imprescindible del sistema jurídico.

Derecho Privado. Este hecho histórico demuestra cómo los pueblos⁵ socialistas que habían estatizado los medios de producción, abolido la propiedad privada, y prohibido la libre contratación, dictaron nuevos códigos en lo civil según los principios clásicos anteriores a la vigencia del comunismo. Algo similar también ocurrió en la Federación Rusa a partir de 1993, aunque con algunas variantes. Súmase a ello la reunificación de Alemania en el año 1990, determinando la aplicación en todo su territorio del BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) vigente en la República Federal alemana desde el año 1900⁶. De ahí entonces que la doctrina hubo de ser renovada por completo en esas naciones, a fin de analizar y describir los nuevos institutos que reemplazaron a las directivas soviéticas que habían subordinado el Derecho a la política revolucionaria del marxismo.

Además, merece ser considerada la reforma que hicieron tres Estados sudamericanos para adecuar el Derecho Privado a las corrientes vigentes en la actualidad; esos Estados son Argentina, Brasil y Paraguay. Los novedosos códigos de esos países unificaron las ramas civil y comercial en un mismo cuerpo. Se los ha calificado de responder a una tendencia ecléctica⁷, como también se reconoció –al menos en nuestro caso– que es una elaboración académica, basada en la doctrina y la jurisprudencia⁸. Se tiene que poner énfasis en este último punto, dado que existe un reconocimiento a la labor cumplida anteriormente por los juristas en torno a los Códigos Civil y Comercial abrogados y sus respectivas fuentes. De modo tal que no ocurrió una ruptura en la línea doctrinaria, sino que se la puede continuar aplicando siempre que sea compatible con la reforma.

La labor científica a emprender por los autores nacionales ante el Código de 2014 consistirá ahora en estudiar las innovaciones realizadas para ajustarlas a la realidad. Esa tarea intelectual requerirá descubrir las ideas rectoras que gobiernan a ese conjunto normativo, y explicar sus principios explícitos e implícitos. Ello significa la recreación de las normas, más allá de su literalidad, para orientarlas hacia los fines perseguidos por el legislador y, de ese modo, valorar su mérito.

5 Ganbaro, A.; Sacco, R. y Vogel, L. (2011). *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*. París. Edit. LGDJ, 342-348.

6 Fromont, M. (2009). *Grands systemes de droit étrangers*. 6ª. ed. París. Edit. Dalloz, 22-23 y 32-39.

7 David, R.; Jauffret-Spinossi, C. y Goré, M. (2016). *Les grands systemes de droit contemporains*. 12ª. ed. París. Edit. Dalloz, n° 63, 62-63.

8 Limodio, G. (junio 2016). “El título preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones”. En *Prudentia Iuris* n° 81, Buenos Aires, Educa, 22; el autor destaca que dicho título comprende nociones sobre el Derecho y acerca de la ley.

Con motivo de la reforma de la Constitución, a partir del año 1994 la doctrina asumió sistematizar las normas sobre las relaciones de familia a fin de implementarlas a casos concretos (art. 75, incisos 19 y 23, CN). Debido a esa reforma se estableció una triple conexión entre tres ramas jurídicas: el Derecho Constitucional, el Derecho Internacional, y el Derecho Privado. La familia es el punto de conexión entre las tres ramas mencionadas, alrededor de las cuales giran principios éticos con jerarquía superior. Son enunciados de validez universal, diseminados en convenciones aplicables imperativamente en el novísimo Código Civil y Comercial. Todo ser humano merece disfrutar de una vida familiar plena, en aras a su honra y dignidad, de manera que los intérpretes habrán de armonizar el “corpus” con las garantías constitucionales incorporadas al ordenamiento hace más de dos décadas. Es el ámbito de la privacidad, el refugio afectivo de las personas en su vida íntima, donde tienen su hogar (“Oikos”, para los griegos); ámbito inviolable que pertenece al orden privado.

En la antigüedad ya se habían distinguido tres elementos formativos del Derecho: la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Pero en Roma, durante la República (años 509 a 27 a.C.), regía en una instancia superior la costumbre tradicional (“mores”) con el control del Pontífice⁹. En esa época las leyes eran excepcionales y se dictaban en los plebiscitos para impedir injusticias y abusos del Derecho, mientras que la jurisprudencia fijaba la interpretación de la normativa. La ley de citas de autoridad (año 426) rubricó la misión de los juristas Gayo, Papiniano, Paulo, Ulpiano y Modestino, cuyas numerosas obras eran las únicas que tenían validez para la hermenéutica. Es un precedente sobre la valía que tienen las opiniones de los jurisconsultos a fin de que los magistrados funden sus fallos.

Resulta innegable la importancia que siempre tuvieron las escuelas de Derecho en la formación de los abogados desde la antigüedad, tanto en el Imperio Romano de Occidente, como el de Oriente. En la escuela de Beirut (“Berito”), fundada en el año 239, enseñaron grandes maestros. A partir del siglo XI surgió en la ciudad de Bolonia un centro dedicado a la enseñanza del Derecho romano justiniano, donde se formaron los glosadores y los posglosadores para idear el “mos italicus”. Esos estudios contribuyeron a difundir las obras clásicas –como las *Institutas*, de Gayo–, adoptaron el método exegético y enunciaron adagios o brocardas¹⁰ en breves frases.

9 Di Pietro, A. (2007). “La costumbre en el Derecho romano”. *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires. Abeledo Perrot, n° 27, 43-44.

10 Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Madrid. Edit. Revista de Derecho Privado, en p. 2 escribió: “[...] la Escuela de los Glosadores de Bolonia siempre ha sido como la piedra angular de la construcción que llamamos Europa”.

Los antecedentes mencionados demuestran que la doctrina ha tenido una influencia notoria en la evolución del Derecho, al que aportó las nociones fundamentales que subsisten hasta el presente.

Según la perspectiva científica, el Derecho es la suma de los conocimientos necesarios para comprender el sistema jurídico, conocimientos que se transmiten en la Universidad, donde se enseña la disciplina específica, más los elementos de las disciplinas auxiliares. Si no se parte de esta premisa, se incurre en lo superficial y ambiguo, sin la posibilidad de obtener las soluciones adecuadas a los problemas concretos que se presentan en la vida comunitaria. Si se toma un camino erróneo no se llega a destino y, lo que es peor, se pierde la razonabilidad para orientar la conducta debida. Por tanto, hay que desvirtuar los elementos irracionales y disociadores que contaminan y corrompen el funcionamiento regular de las instituciones.

Desde la Universidad llegan las ideas que nutren al pensamiento jurídico en cada etapa histórica; es una constante que se pone en evidencia en la dinámica generacional de los juristas. Ayer se discutía sobre la conveniencia de la codificación, tiempo después el debate se circunscribiría a la interpretación de las normas, más tarde nacerían novedosos institutos que migraron de otros países. Pero el núcleo de las discusiones, el escenario donde se ventilan las controversias a un nivel superior al común, son las aulas universitarias. Esto puede ser resumido en los siguientes términos: cátedra y vida.

Por ello, hay que detenerse en un tema trascendente: el plan de estudios de la carrera de abogacía. Cuando el Deán Gregorio Funes asumió, en el año 1808, el cargo de Rector de la Universidad Mayor de San Carlos en Córdoba, decidió reorganizar la “curricula mentis” de esa Alta Casa. Según el historiador Roberto Peña, luego de acontecida la Revolución de Mayo, el Deán Funes “introdujo las ideas pedagógicas de la época y el espíritu de su siglo”¹¹. El estudio de la ciencia jurídica experimentó una profunda renovación a partir de la sanción en 1869 del Código Civil (Ley N° 340).

En la Universidad de Buenos Aires la enseñanza del Derecho Privado en sus orígenes puede dividirse en tres períodos: el denominado “salamantino”, anterior a la sanción del Código Civil (1822 a 1872); el inmediatamente posterior a la sanción de dicho cuerpo legal (1872 a 1910); y el período en que la enseñanza se impartió sobre la base de un contenido científico, gradual y sistemático (1910 a 1942); en este último lapso se superó a la escuela francesa de la exégesis y se expuso el Derecho Privado conforme a

11 Peña, R. (1958). *El pensamiento político del Deán Funes*. Universidad Nacional de Córdoba, 56.

un método racional¹². Entonces la doctrina encaró la investigación en esta última dirección. Coincidió el inicio de esta etapa con la vigencia del BGB en Alemania y su posterior divulgación en nuestro país; esta etapa finalizó con la sanción, en Italia, del nuevo Código Civil en 1942, el cual despertó entusiasmo en algunos juristas argentinos.

El aumento de las Facultades de Derecho habido en nuestro país, resultado de la demanda de los estudiantes y las consiguientes decisiones políticas de los gobiernos, determinó la proliferación de autores e investigadores. La fundación de la Universidad Nacional de La Plata en el año 1905, la cual era antes provincial (año 1890), y de la Universidad Nacional del Litoral en el año 1919, que había sido provincial (año 1889), produjeron una apertura de centros de enseñanza jurídica en esos dos lugares claves del interior, a los que luego se sumaría la Universidad Nacional de Tucumán. En cuanto a las universidades privadas se refiere, los títulos que expedían no tuvieron reconocimiento oficial hasta el año 1958. Durante la presidencia de Arturo Frondizi fue sancionada la Ley N° 14.557, que dio validez a los títulos académicos de dichas casas de Altos Estudios, como la Pontificia Universidad Católica Argentina, consagrada a formar a estudiantes mediante un claustro de profesores con dotes pedagógicas para la defensa de los valores cristianos¹³.

Disiento de Norberto Bobbio al escribir: “[...] no se le ha atribuido derecho de ciudadanía al jurista, quien expresa opiniones que tanto el legislador como el juez pueden tener en cuenta, pero sin emitir nunca juicios vinculantes ni para el legislador ni para el juez”¹⁴. La lectura aislada de este párrafo pareciera descalificar a la doctrina como fuente del Derecho, sin considerar, cuando la opinión es uniforme entre diversos tratadistas de prestigio, quiénes coinciden en torno a una cuestión específica. En el régimen judicial argentino está consagrada la doctrina de los fallos plenarios de los Tribunales

12 Salerno M. U. (1974). “Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del Derecho Civil”. En *Revista de Historia del Derecho* n° 2. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 199-224. Lafaille, H. (1921). *Apuntes de Derecho Civil*. T. I. Buenos Aires, p. 3, dice que “el método racional fue implantado por la escuela histórica desarrollado por Savigny y claramente expuesto por Capitant”.

13 El Decreto N° 14.397/1959 autorizó a la UCA a funcionar con el régimen de dicha ley. Se debe destacar que el nuevo plan de estudios de la carrera de abogacía aprobado para esta Facultad incorporó asignaturas de carácter cultural, junto a las denominadas materias codificadas; la finalidad perseguida es ampliar el horizonte intelectual de los futuros abogados y dotarlos de conocimientos imprescindibles en disciplinas extra normativas que enriquezcan su formación personal, en particular en temas de deontología.

14 Bobbio, N. (1998). *Teoría general del Derecho*. Madrid. Edit. Debate, 245. Este autor italiano funda su teoría –no así su filosofía– en que “la experiencia jurídica es una experiencia normativa”.

Superiores, cuyo acatamiento es obligatorio. A ello corresponde añadir que el Derecho está por encima del legislador, quien no es omnipotente, sin tener la magia de poder cambiar por su sola voluntad el *statu quo* de una Nación. No es solo en la norma, o en el conjunto de disposiciones, donde el juez encontrará la solución justa y equitativa para fundar su pronunciamiento. En efecto, el nuevo Código Civil y Comercial Unificado, en el Capítulo 1 de su Título Preliminar, se refiere a las atribuciones que tienen los jueces para resolver los casos conforme a Derecho mediante una “decisión debidamente fundada” (art. 3º)¹⁵. En ese sentido, resulta ineludible la lectura de trabajos de doctrina vinculados con el tema a decidir y la consulta de obras calificadas.

De ese modo, tanto los magistrados, como los letrados se introducen en la literatura jurídica, que tiene una terminología peculiar y un estilo propio. Estamos en presencia de un género literario específico del mundo del Derecho, cultivado por los autores a fin de expresar su pensamiento en torno a los códigos, las leyes, y demás disposiciones normativas. Algunos abogados han sido célebres escritores, como lo fue Santo Tomás Moro, pero por lo general son profesores universitarios o graduados que tienen vocación firme para escribir el resultado de sus investigaciones, como ocurre con los doctores en jurisprudencia, que publican la tesis que les permitió acceder al título máximo¹⁶. Lo cierto es que en este género domina la prosa discursiva cuya sintaxis está destinada a armar las ideas a sostener y a describir metódicamente el instituto objeto de análisis. Se trata de aplicar el entendimiento para conocer la ley, en sentido amplio, y poder ir más allá del texto, como decía Géný.

El ensayo es la categoría usual para escribir sobre un tema jurídico. Puede ser abstracto, sin otra finalidad que describir la función que cumple un instituto; o bien casuístico, refiriéndose a los problemas concretos que se han planteado en la jurisprudencia. Los tratados presentan características particulares, debido al afán de abarcar la totalidad de un régimen jurídico específico, como además intentar describir toda una rama del Derecho (cito a modo de ejemplo el *Tratado de Derecho Civil*, de Guillermo Borda). En cambio, los artículos que se publican en revistas especializadas suelen ser

15 López Mesa, M. (2019). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*. T. I. 1ª ed. Buenos Aires. Edit. Hammurabi, 136-140. La obligatoriedad de fundamentar las sentencias judiciales se remonta al año 1838, año en que fue impuesta al Tribunal de Recursos Extraordinarios de Buenos Aires.

16 Castán Vázquez, J. M. (enero/marzo 1999). “El lenguaje jurídico en España y en la República Argentina”. *Revista del Notariado*, n° 855, 35-36, deseaba “que los juristas argentinos continúen conservando en la teoría y en la práctica del Derecho el clásico y depurado lenguaje de las generaciones anteriores”.

el resultado de una investigación previa sobre un asunto controvertido en el Derecho, aunque algunos de esos trabajos se limitan a resumir distintas opiniones. Siempre, cualquiera sea la producción intelectual, requiere seguir un método, sistematizar la materia considerada dentro del ordenamiento, utilizar tecnicismos específicos de la disciplina y la terminología apropiada. Para persuadir a los lectores hay que honrarlos con estilo. Actualmente, se advierte la tendencia a considerar cuestiones interdisciplinarias, como las vinculadas con la economía, la salud, el medio ambiente, la psicología, entre otras ciencias. Lo más importante consiste en desear que los autores ubiquen su escrito dentro del panorama completo de las ramas del Derecho, a fin de respetar la plenitud del universo jurídico.

En suma, el escritor utiliza la palabra a fin de expresar su manera de pensar y describir la construcción jurídica que hubiese realizado. Mediante la palabra transmite el mensaje que ilumina su escritura, porque el idioma es el soporte y el vector del Derecho. Lenguaje y Derecho, coordinados entre sí, hacen a la labor creadora, sobre todo en la hermenéutica de la que se ocupan no solo los filólogos, sino también los filósofos. Suelen existir discusiones entre los juristas sobre esa relación que no parece ser muy armónica; se han suscitado debates en torno a una definición determinada, y alrededor de los conceptos empleados, debates que fueron esclarecedores en muchos sentidos (v. gr., el concepto de empresa). De ahí que el autor tiene que tener un dominio de las leyes sobre las que escribe y un conocimiento preciso de los términos que emplea; de ese modo ganará en claridad y podrá descifrar los enigmas encerrados en neologismos que todavía carecen de carta de ciudadanía.

El contacto con la realidad es el secreto de la doctrina bien elaborada. Desde esa óptica advertimos que en momentos como los actuales, donde la legislación es mutante, y los códigos cambian o están por ser reformados (v. gr., el Código Penal y los Códigos Procesales afines a dicho cuerpo y a las ramas civil y comercial), la doctrina tiene que evolucionar en la medida de sus posibilidades, a fin de orientar a la jurisprudencia. La teoría debe adaptarse paulatinamente a las transformaciones en curso, buscando las palabras que representan los símbolos de los cambios habidos. Una fina percepción de las circunstancias, o según se dice ahora del contexto, hará posible captar la trascendencia de las modificaciones habidas con la plétora de leyes dictadas en los últimos años. Pero además, es necesario pensar los cambios desde la perspectiva de los valores y principios en juego.

Será la Universidad la institución que formará a los futuros juristas a quienes se confía la labor a emprender. Y la esencia de la Universidad está dada por la misión social que cumple en transmitir conocimientos para saber la verdad que se asienta en sólidos pilares a través de los siglos. Le cabe a la doctrina de ayer, de hoy y de siempre, servir a esa finalidad en aras del bien común. Así lo exige la ciencia jurídica.

Bibliografía

- Alisejo, S. (1963). *Diccionario de la Biblia*. Barcelona. Edit. Herder.
- Bobbio, N. (1998). *Teoría general del Derecho*. Madrid. Edit. Debate.
- Castán Vázquez, J. M. (enero/marzo 1999). “El lenguaje jurídico en España y en la República Argentina”. *Revista del Notariado*, n° 855.
- David, R.; Jauffret-Spinossi, C. y Goré, M. (206). *Les grands systèmes de droit contemporains*. 12ª. ed. París. Edit. Dalloz, n° 63.
- Di Pietro, A. (2007). “La costumbre en el Derecho romano”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot, n° 27.
- Fromont, M. (2009), *Grands systèmes de droit étrangers*. 6ª. ed. París. Edit. Dalloz.
- Ganbaro, A.; Sacco, R. y Vogel, L. (2011). *Le droit de l'Occident et d'ailleurs*. París. Edit. LGDJ.
- Koschaker, P. (1955). *Europa y el Derecho romano*. Madrid. Edit. Revista de Derecho Privado.
- Lafaille, H. (1921). *Apuntes de Derecho Civil*. T. I. Buenos Aires.
- Limodio, G. (junio 2011). “El título preliminar del Código Civil y Comercial como núcleo de significaciones”. En *Prudentia Iuris* n° 81.
- López Mesa, M. (2019). *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*. T. I. 1ª ed. Buenos Aires. Edit. Hammurabi.
- Peña, R. (1958). *El pensamiento político del Deán Funes*. Universidad Nacional de Córdoba.
- Planiol, M. (1920). *Traité Élémentaire de Droit Civil*. 8ª. ed. París.
- Salerno, M. U. (1974). “Aporte de Héctor Lafaille a la enseñanza del Derecho Civil”. En *Revista de Historia del Derecho* n° 2. Buenos Aires. Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho.
- Salerno, M. U. (2007). “La costumbre en el pensamiento de Francois Gény”. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Asociación Argentina de Derecho Comparado. Buenos Aires. Edit. Abeledo Perrot.

**CON LA NATURALEZA HEMOS TOPADO
REFLEXIONES SOBRE ESTRATEGIAS DE
PRESENTACIÓN DE LA LEY NATURAL AL HILO
DEL NUEVO DERECHO DE FAMILIA**

*With nature we have come across
Reflections on strategies for presenting Natural Law in line
with the new Family Law*

*Con la natura abbiamo trovato
Riflessioni sulle strategie per la presentazione del Diritto Naturale
nel filo del nuovo Diritto di Famiglia*

Carlos Martínez de Aguirre¹

Para citar este artículo:

Martínez de Aguirre, C. (2020). “Con la naturaleza hemos topado reflexiones sobre estrategias de presentación de la ley natural al hilo del nuevo derecho de familia”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 309-321.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.309-321>

Resumen: Es visible en la actualidad un progresivo alejamiento entre el Derecho de Familia y sus bases naturales, directamente ligadas con la biología y la naturaleza humana. Baste pensar en el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción por parejas del mismo sexo (que genera una filiación en la que hay legalmente dos padres –y ninguna madre– o dos madres –y ningún padre–) o las técnicas de reproducción asistida. Se ha producido, así, lo que cabría calificar como una desnaturalización del Derecho de Familia. Este trabajo busca permitir que se entable un diálogo intelectual fructífero y desapasionado en el ámbito del Derecho de Familia.

¹ Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, España. Correo electrónico: aguirre@unizar.es

Palabras clave: Derecho de Familia; Matrimonio; Adopción; Derecho Natural.

Abstract: A progressive distance between Family Law and its natural bases, directly linked to biology and human nature, is currently visible. Suffice it to think about same-sex marriage, adoption by same-sex couples (which generates a filiation in which there are legally two fathers –and no mother– or two mothers –and no father–) or assisted reproduction techniques. Thus, what could be described as a denaturation of Family Law has occurred. This work seeks to allow a fruitful and dispassionate intellectual dialogue to take place in the field of Family Law.

Keywords: Family Law; Marriage; Adoption; Natural Law.

Sommario: Oggi è visibile un progressivo distanziamento tra il diritto di famiglia e le sue basi naturali, direttamente legate alla biologia e alla natura umana. Basti pensare al matrimonio omosessuale, all'adozione da parte di coppie dello stesso sesso (che genera una filiazione in cui ci sono legalmente due padri –e nessuna madre– o due madri –e nessun padre–) o tecniche di riproduzione assistita. Si è così verificata quella che potrebbe essere definita una denaturalizzazione del diritto di famiglia. Questo testo cerca di consentire un dialogo intellettuale fruttuoso e spassionato nel campo del diritto di famiglia.

Parole chiave: Diritto di famiglia; Matrimonio; Adozione; Legge naturale.

1. Planteamiento

Si tuviéramos que decidir cuál de las ramas del Derecho Civil ha experimentado cambios más radicales en los últimos decenios, la respuesta más segura es la que nos dirige hacia el Derecho de Familia. A un jurista de hace cien, o solo cincuenta años, el moderno Derecho de Familia le resultaría casi por completo irreconocible, no en la terminología (seguimos hablando de matrimonio, o de filiación, igual que hace cien o cincuenta años), sino sobre todo en sus principios inspiradores, y en la configuración y el contenido de sus instituciones fundamentales: baste pensar en el matrimonio entre personas del mismo sexo, la adopción por parejas del mismo sexo (que genera una filiación en la que hay legalmente dos padres –y ninguna madre– o

dos madres –y ningún padre–) o las técnicas de reproducción asistida². Estos cambios tienen en común un progresivo alejamiento entre el Derecho de Familia y sus bases naturales, directamente ligadas con la biología y la naturaleza humana. Se ha producido, así, lo que cabría calificar como una desnaturalización del Derecho de Familia.

Por otro lado, el Derecho Natural tiene, si se me permite la expresión, mala prensa: genera en muchos juristas una oposición casi irracional, basada muchas veces más en prejuicios que en argumentos realmente sólidos. No me corresponde a mí defender el Derecho Natural, o las fórmulas de presentación y argumentación que puedan ser más eficaces en su conjunto. Sin embargo, sí me parece que puede haber algunas estrategias de presentación útiles, al menos para desactivar ese prejuicio, y permitir que se entable un diálogo intelectual fructífero y desapasionado en el ámbito del Derecho de Familia. De algunas de esas estrategias, precisamente al hilo de la evolución del Derecho de Familia, voy a tratar a continuación, no sin aclarar previamente que al hablar de estrategias de presentación no estoy pensando en términos de *marketing*, o de cómo vender un producto averiado o de mala calidad, sino, al contrario, cómo conseguir que un producto de calidad contrastada pueda gozar de un nivel de aceptación proporcionado a esa calidad.

Para eso, comenzaré con una anécdota. En un Congreso que tuvo lugar en España hace ya bastantes años sobre parejas de hecho, ya en el debate, y en respuesta a una intervención teóricamente muy correcta sobre las características del matrimonio, sus fines y propiedades, el ponente, que había hecho una exposición muy favorable a la regulación legal de este tipo de uniones, contestó a su objetor diciendo algo así como: “¡Claro! ¡Ya lo entiendo! ¡Es que lo suyo es un teorema!”. Con esta frase conseguía desacreditar la intervención anterior, transmitiendo a los asistentes la idea de que su objetor hablaba de teorías más o menos complicadas, mientras que él (el ponente) de lo que hablaba era de la vida, de la realidad de las cosas, de personas que se querían y vivían juntas.

Esa afirmación era tan injusta como eficaz, pero sobre todo mostraba una visión de la ley natural que puede revelar una de sus debilidades en lo que se refiere a su presentación pública: la ley natural vendría a ser, por un lado, como un teorema, al que se accede con dificultad, y, por otro lado, una cuestión teórica, abierta a discusión (principalmente entre expertos), opinable (quizá a fuerza de ser opinada), no evidente por sí misma, alejada de vida real, y dependiente en el fondo de una opción ideológica o religiosa.

2 Un breve repaso a estos cambios puede verse en Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2017). “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En Acuña San Martín y Del Picó Rubio (eds.). *Estudios de Derecho Familiar*. Talca (Chile). Editorial Universidad de Talca, 19 y sigs.

Frente a este planteamiento, hay vías que pueden ser exploradas para mostrar la fuerte relación entre las instituciones básicas del Derecho de Familia (principalmente filiación, pero también matrimonio) y su fundamento natural, así como las consecuencias que esta relación puede tener en la regulación legal de dichas instituciones. Estas vías, además, pueden servir para desactivar la acusación de “teorema” a que me he referido, porque en buena parte se basan en evidencias biológicas o fácticas.

A partir de aquí cabe hacer alguna reflexión sobre la forma o formas de presentar, en las coordenadas sociales e intelectuales de nuestro tiempo, la ley natural, que pasaría por demostrar, partiendo de los hechos, que el teorema es correcto. Pienso, más concretamente, en tres vías, que podrían sintetizarse como la tozudez de la biología, la fuerza de los hechos y el poder de la dignidad.

2. La tozudez de la biología: el matrimonio entre personas del mismo sexo y la presunción de paternidad del marido

Vamos con la primera de esas vías, basada en lo que he llamado la tozudez de la biología. La Ley N° 13/2005, que permitió el matrimonio homosexual en el Derecho español, lo hizo a través de la introducción de un nuevo párrafo segundo en el artículo 44 del Código Civil (CC), con el siguiente tenor literal: “[...] el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. El precepto constituye una enfática y universal afirmación de equiparación entre el matrimonio integrado por cónyuges de diferente sexo, y el matrimonio formado por cónyuges del mismo sexo. En congruencia, la misma ley sustituyó las expresiones legales que reflejaban la heterosexualidad por otras sexualmente neutras: básicamente, cónyuges (en lugar de marido y mujer) o progenitores (en lugar de padre y madre).

A partir de esto, llama la atención que algunos preceptos mantengan la referencia expresa al marido, y en los que el supuesto de hecho presupone que la esposa (mujer, por tanto) ha dado a luz un niño: así ocurre en los artículos 116, 117 y 118 CC. Conforme al primero, “se presumen hijos del *marido* los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges”: es la conocida presunción de paternidad del marido. El artículo 117 establece el régimen conforme al cual el marido podrá impugnar su paternidad cuando el hijo nace dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, y el artículo 118 se refiere

nuevamente a dicha presunción para disponer que “aún faltando la presunción de paternidad del *marido* por causa de la separación legal o de hecho de los cónyuges podrá inscribirse la filiación como matrimonial si concurre el consentimiento de ambos”.

Estos preceptos, que son aplicables únicamente a los matrimonios entre personas de distinto sexo y desmienten la indiscriminada afirmación de igualdad de efectos contenida en artículo 44.II CC, no son fruto de un olvido, o de un despiste, sino resultado de una decisión consciente del legislador, quien la explica en la Exposición de Motivos de la citada Ley N° 13/2005, con las siguientes palabras: “[...] subsiste no obstante la referencia al binomio formado por el marido y la mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código, dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales”.

En este caso, la decisión ideológica, el afán equiparador y la afirmación normativa de igualdad de efectos han topado con la realidad de las cosas (con la naturaleza y la biología), y han debido adaptarse a ella, con el único argumento de la propia evidencia de esa realidad: solo cuando hay procreación, y por tanto heterosexualidad, puede tener sentido disponer que el marido es padre del niño que ha dado a luz su esposa. La presunción se apoya en una sólida realidad biológica (de las relaciones sexuales mantenidas por un hombre y una mujer es habitual que nazcan niños), y no puede subsistir sin ella. A partir de ahí, se unen el hecho de que marido y mujer tienen relaciones sexuales con el principio de exclusividad de tales relaciones, para concluir que lo normal es que los hijos de la mujer sean también (biológicamente) del marido, y para establecerlo legalmente.

Por eso la presunción de paternidad no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo: del hecho de que dos personas del mismo sexo (varones o mujeres) tengan relaciones sexuales entre sí nunca nacen niños: los matrimonios entre personas del mismo sexo son estructuralmente (por su estructura interna: hombre y hombre, o mujer y mujer) no procreativos, mientras que los matrimonios entre personas de distinto sexo son estructuralmente procreativos³, y esto tiene consecuencias jurídicas relevantes, como la que ahora estamos considerando. Por eso mismo, la Ley N° 13/2005 ha reservado la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre personas de distinto sexo.

De esta manera, pese a los cambios legales producidos en el Derecho español desde hace más de veinticinco años (desde la desaparición del im-

3 Sobre la estructura procreativa o no procreativa, *vid.* Martínez de Aguirre Aldaz, C. “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En ob. cit., 28 y sigs.

pedimento de impotencia en 1981, hasta la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo en 2005), la presunción de paternidad sigue atestiguando legalmente la vinculación entre matrimonio, heterosexualidad y procreación.

Sin embargo, esta subsistente vinculación se ve asediada desde varios flancos:

- 1) La triple vinculación legal entre matrimonio, heterosexualidad y procreación podría desaparecer legalmente, al menos parcialmente, de seguirse el camino que han recorrido algunos ordenamientos, al establecer la presunción de paternidad no solo a favor del marido sino también a favor del conviviente: eso ocurre, por no salir de España, en el Derecho Civil catalán –art. 235-10 a) del Código Civil de Cataluña⁴. Lo que desaparece, en este caso, es el matrimonio (sustituido por la convivencia), pero se mantiene la exigencia de heterosexualidad, y la presuposición de que esa situación convivencial es fruto de una relación de afectividad con contenido sexual (por ejemplo, la presunción no parece aplicable si el hombre y la mujer que conviven son hermanos): el precepto sigue atestiguando la importancia de las relaciones sexuales de suyo aptas para conducir a la procreación (es decir, las que se producen entre un hombre y una mujer); así resulta también de la letra c) del mismo precepto, que presume que es padre del hijo no matrimonial “el hombre con el que la madre ha mantenido relaciones sexuales en el período de la concepción”: nuevamente, heterosexualidad. En suma, se mantiene en este caso la relación legal entre procreación y heterosexualidad, que es aquella en la que la dimensión natural (el anclaje biológico de la regla legal) es más evidente.
- 2) Por otro lado, la regulación española sobre técnicas de reproducción asistida ha propiciado un debilitamiento de dicha vinculación, en la medida en que: i) por un lado, permite el juego de la presunción de paternidad del marido en casos en los que, precisamente por constar que se ha empleado semen de donante, se sabe con total certidumbre que el marido que consintió en la fecundación con semen de donante no es el padre, y a pesar de ello se le impide impugnar la filiación (art. 8.1 de la Ley N° 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida –LTRA–); ii) por otro lado, y esto puede ser más relevante, posibilita la atribución de la paternidad al varón no casado que consiente la utilización de la técnica, en los

4 De acuerdo con dicho precepto, “se presume que es padre del hijo no matrimonial: a) El hombre con el que la madre ha convivido en el período legal de la concepción”.

términos del artículo 8.2 LTRHA. Pero puede valer la pena hacer notar que también en estos casos está presente la heterosexualidad (no la relación sexual), ya que el donante de semen necesariamente ha de ser varón.

- 3) La presunción de paternidad del marido ha sido torpemente imitada, para el caso de matrimonio entre dos mujeres, a través del párrafo 3 del artículo 8º LTRHA, introducido por la Ley N° 13/2007 y modificado por la Ley N° 19/2015, conforme al cual, “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”. En su virtud, las dos mujeres cónyuges podrían ser madres del hijo nacido a consecuencia de estas técnicas: una en cuanto ha dado a luz, y la otra en cuanto ha realizado la manifestación a que se refiere, con técnica muy deficiente, el precepto. En este caso desaparece por completo el vínculo entre filiación y heterosexualidad.

En esta misma línea, la admisión indirecta desde 2005 de la adopción conjunta por matrimonios formados por personas del mismo sexo (art. 175.4 CC, en relación con el art. 44.2 CC) permite la instauración de vínculos jurídicos de paternidad o maternidad y filiación entre un niño y dos personas del mismo sexo, y así que ese niño tenga dos padres o dos madres, contradiciendo objetivamente el origen biológico del adoptado. En el caso de la adopción conjunta por matrimonios homosexuales, se prescinde del dato de que lo que trata de instaurar la adopción no es simplemente un sistema protector de un menor en desamparo, sino que intenta hacerlo precisamente a través de la creación de un vínculo artificial de filiación (la filiación adoptiva), que para poder ser, efectivamente, de filiación, precisa ser asemejable a la filiación biológica⁵.

Todo lo expuesto *sub 3*), que supone una progresiva erosión de la vinculación legal entre filiación y heterosexualidad, tiene como consecuencia, sin embargo, la introducción de un panorama jurídico ciertamente complejo (cuya justificación se encuentra nuevamente en la biología) ya que:

- a) Solo los matrimonios heterosexuales pueden ser padres por vía natural, mediante el recurso a las técnicas de reproducción asistida, y mediante el recurso a la adopción.

5 La idea está desarrollada en Martínez de Aguirre, C. (2011). “The principle of verisimilitude of artificial filiation links: biology as a model for the Law of parent and child”. En *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2, 315 y sigs.

- b) Los matrimonios civiles formados por dos mujeres pueden ser madres, pero solo por medio de las técnicas de reproducción asistida, y de la adopción.
- c) Por último, los matrimonios civiles formados por dos hombres pueden ser padres únicamente a través de la adopción conjunta.

Como he indicado, es la biología (la naturaleza) la que está en la base de este resultado, que es el que actualmente se produce en el Derecho Civil español.

Tanto aquí, como en el caso de la presunción de paternidad, el Derecho Positivo, empleado como palanca para forzar determinados cambios sociales, topa con la tozudez de la biología, que le obliga a introducir diferencias entre los distintos supuestos, y a negar así en la práctica las enfáticas afirmaciones de igualdad que están en la base de esas reformas legales.

En efecto, cuanto ha quedado expuesto muestra con claridad la dependencia en materia de filiación entre biología (léase: heterosexualidad/procreación) y Derecho⁶, y las consecuencias jurídicas que necesariamente derivan de esa relación, aún en legislaciones radicalmente empeñadas en negar las diferencias biológicas. Desde el punto de vista de la procreación, es claro que no es lo mismo un matrimonio (una pareja) del mismo sexo que uno de distinto sexo, y ello no precisa de especial demostración, porque es evidente en sí mismo; que, además, estas diferencias pueden (y deben) tener consecuencias jurídicas es algo fácilmente deducible, y está en la base, por ejemplo, de la utilización de las pruebas biológicas en el marco de las acciones de filiación. Y a partir de estas bases, es más fácil (o debería ser más fácil) construir una regulación cuyos fundamentos teóricos sean más cercanos a la naturaleza de las cosas, y sobre todo de las personas. Pero es preciso también reconocer que nos ha tocado vivir en tiempos en los que muchas veces es preciso demostrar lo evidente...

3. La fuerza de los hechos: estabilidad matrimonial y divorcio

Vamos ahora con lo que he llamado la fuerza de los hechos. La idea de fondo es que, si la ley natural efectivamente existe, su violación no puede dejar de tener consecuencias en el terreno comprobable de los hechos y la

⁶ He expuesto ampliamente el sentido y alcance de esas relaciones en Martínez de Aguirre, C. (diciembre 2013). "La filiación, entre biología y Derecho". *Prudentia Iuris* nro. 76, Buenos Aires, Educa, 79 y sigs.

realidad social. Vamos para ello con un ejemplo muy conocido, relativo a la estabilidad matrimonial (en su grado máximo, indisolubilidad) y divorcio.

Los argumentos (en mi opinión, ciertos y necesarios) relativos a la indisolubilidad del vínculo matrimonial, y a la naturaleza, las propiedades y los fines del matrimonio, tienden a situar el debate en el terreno del “teorema”, y, por tanto, de lo opinable, por mucho que haya opiniones mucho mejor fundadas intelectualmente que otras. Sin embargo, con los datos en la mano es fácil demostrar que el divorcio tiene consecuencias perjudiciales tanto para los hijos menores como para los propios cónyuges, y tanto en el aspecto personal como patrimonial⁷: por ejemplo, los estudios relativos al coste económico de las crisis matrimoniales para los sistemas de asistencia social y sanitaria pública⁸ han sido la causa de que se hayan impulsado tímidas reformas en esta materia en algunos países, no siempre bien orientadas⁹. Demostrado con datos (y no con opiniones) que el divorcio tiene consecuencias sociales perjudiciales, es fácil enlazar con las razones que abonan teóricamente ese resultado que revelan los hechos, y proponer políticas jurídicas dirigidas a desincentivar el divorcio, e incentivar la estabilidad del matrimonio, también desde el punto de vista jurídico: no deja de ser un contrasentido que se advierta a quien fuma de que ese hábito puede ser nocivo para su salud, y no a quien se va a divorciar que el divorcio puede ser aún más nocivo para su salud mental y su bienestar económico, y el de sus hijos.

Este planteamiento es, por ejemplo, el que están siguiendo numerosos estudios interdisciplinarios, cuya finalidad es demostrar que el matrimonio es una institución mucho más funcional desde el punto de vista social que los modelos alternativos, y que esa funcionalidad es mayor a medida que aumenta la estabilidad matrimonial. Puede servir, además, para proporcionar un punto de encuentro con quien no cree en la ley natural, pero es sensible a la realidad de las cosas.

7 *Ad rem* puede verse Martínez de Aguirre, C. (2016). “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”. En Prieto Álvarez, T. (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada. Comares, 108 y sigs.

8 Pueden verse, por ejemplo, para Inglaterra, The Relationships Foundation, *Cost of Family Failure Index* (índice anual, disponible en <http://www.relationshipsfoundation.org/family-policy/cost-of-family-failure-index/>, último acceso: 28 de mayo de 2020); para Estados Unidos, Walberg, R. & Mrozek, A. (2009). *Private choices, public costs. How failing families cost us all*. Institute of Marriage and Family of Canada, 22 y sigs. (disponible en <http://www.imfcana.org/issues/private-choices-public-costs>, último acceso: 28 de mayo de 2020).

9 En efecto, intentar resolver los problemas causados por el divorcio haciendo más fácil divorciarse es algo así como intentar resolver los problemas causados por las fracturas de huesos haciendo más frágiles los huesos.

4. El poder de la dignidad

La tercera vía que quiero explorar brevemente se basa en el poderoso concepto de dignidad humana, que puede ser considerado desde algún punto de vista como el nuevo rostro del Derecho Natural. En efecto, hay problemas, o regulaciones (existentes o proyectadas) cuya contradicción con la dignidad humana puede ser fácilmente puesta de relieve mediante el recurso a datos de diversa procedencia. Para ejemplificarlo, voy a referirme a la cuestión de la gestación para otro, más conocida como maternidad subrogada. Es sabido que es uno de los temas candentes a nivel global, y que hay fuertes corrientes que piden una regulación legal permisiva de esta posibilidad, mientras que otros se oponen a ella, y piden su prohibición radical, entre otras razones por ser una práctica contraria a la dignidad de la madre gestante. Para demostrar esto último, pueden aportarse datos económicos, por un lado, y cláusulas reales de contratos de maternidad subrogada, por otro, de cuya combinación resulta con toda claridad la denunciada violación de la dignidad de la madre gestante, ligada a los beneficios económicos que produce¹⁰. Veámoslo:

- 1) Lo primero, algunos datos referidos al coste de la maternidad subrogada, así como al importe global del negocio de maternidad subrogada. Una página web española especializada en maternidad subrogada internacional ofrece los siguientes costes (estimados): Canadá, entre 100.000 y 110.000 €; USA, entre 110.000 € y 160.000 €; Georgia, entre 50.000 y 60.000 €; Grecia, entre 75.000 € y 85.000 €; Rusia, entre 60.000 y 80.000 €; Ucrania, entre 50.000 y 60.000 €. Como puede verse, la maternidad subrogada se ha convertido en un lucrativo negocio, cuyo monto total alcanza cifras más que relevantes: así, en la India, antes de las recientes restricciones, se calcula que el negocio de la maternidad subrogada suponía más de 2.200 millones de dólares, y en los Estados Unidos se ha propuesto la cifra (estimada) de 6.000 millones de dólares anuales. A la vista de estas cifras, una conclusión se impone: la maternidad subrogada es, básicamente, mercado y comercio, y no altruismo o solidaridad. Y no está de más recordar que el 98 % de los casos de maternidad subrogada internacional pertenecen a la modalidad comercial, o lucrativa...

¹⁰ Sobre el tema, incluida la justificación de cuanto se recoge a continuación en el texto (respecto a lo que me he limitado a actualizar cifras, y traducir las cláusulas contractuales), en general, me remito a Martínez de Aguirre, C. (2019). "International surrogacy arrangements: a global handmaid's tale?". En P. Mostowik (ed.). *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Varsovia. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 367 y sigs.

2) Constituyendo la maternidad subrogada internacional una verdadera industria, tiene sentido que acabe siendo gobernada por la lógica de los contratos patrimoniales. Esta lógica explica la forma en la que los contratos de maternidad subrogada afrontan determinados conflictos entre los comitentes y la madre portadora: dada la situación de marcado desequilibrio entre ellos, en favor de los comitentes (que son quienes pagan, y mucho), los contratos de maternidad subrogada suelen dar a dichos comitentes un fuerte control sobre el cuerpo, la salud y las decisiones de la madre portadora durante el embarazo. Veamos algunos ejemplos:

1. *En relación con la intimidación:* “La sustituta renuncia expresamente al privilegio de la confidencialidad y por este medio dispone la entrega a los Padres Futuros, a su solicitud, del informe y otros datos obtenidos como resultado de cualquiera y todas las evaluaciones psicológicas, de psicoterapia o médicas o pruebas obtenidas o realizadas según lo previsto por este Acuerdo. La subrogante acepta que los Padres Futuros tengan información psicológica relacionada con su salud mental y cualquier otra información pertinente relacionada específicamente con este acuerdo de subrogación”.

2. *En relación con el aborto:* “La sustituta específicamente acepta abortar antes de dieciocho semanas a elección y discreción de los futuros padres. Con la excepción de la terminación basada en la selección de género, que no será permitida, el derecho de los Padres Futuros de solicitar la terminación/aborto es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación para la madre sustituta, incluyendo, entre otros, cualquier anomalía genética o si se ha determinado un defecto, como parálisis cerebral o síndrome de Down.

EN LA MEDIDA EN QUE LA SUBROGANTE ESCOGIERA EJERCER SU DERECHO A ABORTAR O NO ABORTAR, DE UNA MANERA INCOMPATIBLE CON LAS INSTRUCCIONES DE LOS PADRES SUBROGADOS, SE ENTIENDE QUE DICHA ACCIÓN PUEDE TOMARSE COMO UN INCUMPLIMIENTO DE ESTE ACUERDO” (el contrato emplea expresamente letras mayúsculas en este punto).

3. *En relación con la reducción del número de embriones o fetos:* “Los Padres Futuros se reservan el derecho último de reducir selectivamente antes de la finalización de la semana veinte (20) de gestación. [...] Los Padres Futuros tienen el derecho exclusivo de determinar el número de fetos para reducir selectivamente teniendo en cuenta la recomendación del médico de la

subrogante. [...]. El derecho de los Padres Futuros de solicitar una reducción selectiva es absoluto y no requiere ninguna explicación o justificación a la subrogante”.

4. *En relación con las decisiones sobre la vida de la madre gestante:* “Si la madre sustituta está en su segundo o tercer trimestre de embarazo y en el caso de que se requiera equipo de soporte de vida médico para preservar y mantener la vida de la madre sustituta y si así lo solicitan los Padres Futuros, la sustituta y su esposo acuerdan que la vida de la sustituta se mantendrá con un equipo de soporte vital durante un período para lograr la viabilidad del feto teniendo en cuenta los mejores intereses y el bienestar del feto [...] Los futuros padres tomarán la decisión con respecto a cuánto tiempo debe continuar el soporte vital antes del nacimiento del niño, teniendo en cuenta la recomendación del obstetra o perinatólogo y los deseos de la familia de la subrogante. El esposo de la subrogante, o su pariente más cercano, es el único responsable de determinar la hora en que se suspenderá el tratamiento de soporte vital después del nacimiento del niño”.

Estas cláusulas contractuales revelan el dominio efectivo de los comitentes sobre la madre gestante (cuerpo, salud, intimidad, decisiones, incluso relativas al fin de la vida) durante el embarazo: no estamos ante un “alquiler de vientre”, sino de toda la persona, en sus facetas físicas y espirituales (privacidad, salud, decisiones). Este dominio, otorgado a cambio de dinero, puede fácilmente ser considerado como explotación de la madre gestante, especialmente cuando se trata de una mujer vulnerable, y es claramente contrario a su dignidad.

En este caso, es la dignidad de las personas implicadas, demostrada mediante el recurso a la realidad económica y contractual (ligada esta, a su vez, a los condicionantes biológicos de la procreación humana, pero también a las posibilidades que han abierto las nuevas técnicas de reproducción asistida), la que inclina decididamente hacia una regulación restrictiva, si no prohibitiva.

5. Concluyendo...

No quiero pecar de ingenuo. Este planteamiento no resuelve todos los problemas, y en ocasiones puede no resolver en la práctica casi ninguno. Basta pensar, por ejemplo, en la claridad de los datos biológicos en relación con la naturaleza humana de los embriones, y la dificultad de conseguir que

esos datos lleguen a calar en el debate sobre el aborto. O en la contundencia de los datos sobre las consecuencias perjudiciales del divorcio en relación con los hijos, conocidos desde hace decenios, sin que hayan logrado detener la espiral de progresiva accesibilidad del divorcio.

Por otro lado, este planteamiento ni quiere ni puede sustituir la imprescindible profundización en la fundamentación intelectual de los postulados de la ley natural en materia de Derecho de Familia: si se me permite la expresión, el denostado “teorema” es por completo necesario, entre otras razones porque en determinados ámbitos intelectuales las puertas solo se abren a argumentaciones teóricamente solventes.

Entiendo, sin embargo, que indica un camino que conviene transitar, tanto en el esfuerzo investigador como en la presentación de sus conclusiones: la evidencia que proporciona la biología, y la realidad de las cosas y de las situaciones pueden servir de punta de lanza para introducir el debate teórico, y hacerlo además en una posición intelectualmente más ventajosa, que es la de tener a los hechos, a la naturaleza, con toda su tozudez, a favor.

Bibliografía

- Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2017). “El Derecho de Familia en el mundo occidental: entre la deconstrucción y la reconstrucción”. En Acuña San Martín y Del Picó Rubio (eds.). *Estudios de Derecho Familiar*. Talca (Chile). Editorial Universidad de Talca.
- Martínez de Aguirre, C. (diciembre 2013). “La filiación, entre biología y Derecho”. En *Prudentia Iuris* n° 76, 79 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2016). “El divorcio revisitado. Datos y reflexiones sobre estabilidad matrimonial y divorcio”. En Prieto Álvarez, T. (ed.). *Acoso a la familia. Del individualismo a la ideología de género*. Granada. Comares, 108 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2019). “International surrogacy arrangements: a global handmaid’s tale?”. En P. Mostowik (ed.). *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*. Varsovia. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, 367 y sigs.
- Martínez de Aguirre, C. (2011). “The principle of verisimilitude of artificial filiation links: biology as a model for the Law of parent and child”. En *International Journal of the Jurisprudence of the Family* 2, 315 y sigs.
- The Relationships Foundation, Cost of Family Failure Index (índice anual, disponible en <http://www.relationshipsfoundation.org/family-policy/cost-of-family-failure-index/>, último acceso: 28-5-2020); para Estados Unidos, Walberg, R. & Mrozek, A., Private choices, public costs. How failing families cost us all, Institute of Marriage and Family of Canada, 2009, 22 y sigs. (disponible en <http://www.imfcanada.org/issues/private-choices-public-costs>, último acceso: 28-5-2020).

NI VARÓN NI MUJER. REFLEXIONES EN TORNO A LA LEY DE IDENTIDAD DE GÉNERO

*Neither male nor female. Reflections on the gender identity law
Né maschio né donna. Riflessioni sul diritto sull'identità di genere*

Siro M. A. De Martini¹

Para citar este artículo:

De Martini, S.M.A. (2020). “Ni varón ni mujer. reflexiones en torno a la ley de identidad de género”. *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 323-335.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.323-335>

Resumen: La noción de “identidad de género” forma parte de una ideología que niega la verdad básica de la naturaleza humana: el hombre sólo puede ser varón o mujer. Propone, en su lugar, el deseo o el sentimiento como fundamento de la identidad sexual. Con este fundamento, transforma un problema en un derecho y deja desamparados a quienes pretende proteger.

Palabras clave: Género; Identidad de género; Diferencia sexual; Naturaleza humana; Creación.

Abstract: The notion of “gender identity” is part of an ideology that denies a basic human truth: a person can only be male or female. Instead, it places desires or feelings as the basis of sexual identity. With this idea, it transforms a problem to a right and neglects those whom it proposes to protect.

Keywords: Gender; Gender identity; Sexual difference; Human nature; Creation.

1 Doctor en Ciencias Jurídicas, por la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina. Correo electrónico: sirodemartini@uca.edu.ar.

Sommario: La nozione di “identità di genere” fa parte di un’ideologia che nega la verità fondamentale della natura umana: l’uomo può essere solo maschio o femmina. Invece, propone il desiderio o il sentimento come fondamento dell’identità sessuale. Con questo fondamento, trasforma un problema in un diritto e lascia impotenti coloro che cerca di proteggere.

Parole chiave: Genere; Identità di genere; Differenza sessuale; Natura umana; Creazione.

1. “¡Qué buena sesión!”

Treinta de noviembre del año 2011. Eran las 14 y 48 cuando el presidente de la H. Cámara de Diputados de la Nación, diputado Fellner, dio por abierta la última sesión ordinaria (especial) del año. “Les recuerdo que a las 12 de la noche concluye el período de sesiones ordinarias”, enfatizó Fellner². Y en esas horas, les recordó, en esas pocas horas que quedaban por delante, los diputados de la Nación Argentina debían considerar, debatir y eventualmente aprobar los proyectos de ley de “identidad de género”, de “muerte digna” y de “fertilización asistida”; entre otras numerosas y variadas iniciativas. Tres proyectos que podrían cambiar la vida, la cultura y el orden profundo de la nación. El tiempo alcanzó para dar media sanción a los dos primeros y una simbólica aprobación “en general” del tercero. Y de este modo, en el transcurso de apenas algo más que una tarde, con el recurrente argumento de la soberanía desorbitada de la voluntad personal, la Cámara de Diputados de la Nación determinó que la naturaleza no existe y que cada uno es lo que siente que es; que, en ciertos casos, hay una suerte de derecho al suicidio asistido; y, a punto estuvo (lo que haría poco tiempo después) de autorizar a cualquier persona mayor de 18 años –sin exigencia ni requisito alguno– a que pueda encomendar a un médico que produzca un ser humano para satisfacer sus deseos.

No es el caso de insistir en la falta de respeto republicana que supone dejar para último momento, y despachar luego sin un serio análisis ni discusión alguna, semejantes proyectos. Pero uno no puede dejar de interrogarse por la razón que pudo haber llevado a tratar a la vez cuestiones como la identidad de género y la “muerte digna”. Coincidencia que se repitió en el H. Senado pocos meses más tarde. Quizás la respuesta esté en el entusiasmo impreciso que llevó a la senadora Morandini a exclamar: “Señor presidente: ¡qué buena sesión! [...] En una misma sesión consideramos dos proyectos

2 H. Cámara de Diputados de la Nación. Reunión 10^a - 7^a Sesión Ordinaria (Especial).

que tienen un sustento común: la voluntad personal para decidir cómo se quiere morir y cómo se quiere vivir”³.

La expresión fue, efectivamente, imprecisa⁴. Sin embargo, la mención de la voluntad personal como fundamento del Derecho e, implícitamente, la concepción de la ley como un instrumento apto para modificar o construir una nueva verdad moral, biológica y, aún, ontológica, es decir, para instalar una ideología, parecen estar en la raíz de algunas de las más importantes leyes sancionadas en nuestro siglo⁵.

Me circunscribiré, según lo anunciado en el título, a reflexionar en torno a una sola de estas leyes: la N° 26.743 de identidad de género y, dentro de ella, a la singular cuestión de la definición de esta identidad contenida en la primera parte del artículo 2°⁶.

2. La definición

En su primer párrafo, el artículo 2° dice: “*Definición*. Se entiende por identidad de género a la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente, la cual puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo”⁷.

Llama la atención el hecho mismo de que el legislador se sienta en la necesidad de definir aquello que constituye la materia de la ley. En efecto, es razonable pensar que las leyes regulan aspectos de la realidad, conductas o situaciones que son conocidas por la sociedad. Más aún cuando se trata de algo tan importante como la identidad de las personas.

3 Cámara de Senadores de la Nación. 5ª Reunión – 3ª Sesión ordinaria – 9 de mayo de 2012.

4 “Imprecisa” porque –salvo supuestos muy acotados– ni la primera permite decidir cómo se quiere morir, ni la segunda, cómo vivir.

5 A las tres mencionadas debe agregarse la Ley N° 26.618 y algunos artículos e institutos del CCyC, entre otros.

6 Aunque pudiera parecer innecesario, quizás convenga dejar consignado que las presentes reflexiones toman como punto de análisis la ideología que nutre a la ley. Es decir, de ningún modo implican desconocer el evidente hecho social de la existencia de personas que padecen problemas de identidad sexual, ni los sufrimientos que esto seguramente les produce ni, por supuesto, la injusticia de discriminaciones o malos tratos de que han sido y son objeto.

7 El texto continúa: “Esto puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido. También incluye otras expresiones de género, como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. Como se puede advertir, se trata de posibilidades que, por tanto, no hacen a la identidad”.

La razón de esta necesidad probablemente radique en que la definición está tomada de los llamados Principios de Yogyakarta⁸ y fue creada por los autores de este documento específicamente para los propósitos de dichos principios⁹. Es decir, básicamente, para crearles una identidad propia a las personas que padecen problemas con su verdadera identidad sexual.

Más allá de que no se trata de un convenio internacional ni estuvieron involucrados en su redacción representantes de países sino algunos expertos en cuestiones de género, LGBT, Derechos Humanos y activistas, la definición trascendió y la repiten numerosos documentos internacionales. No obstante esta amplísima difusión, no he podido encontrar ningún fundamento de ella. Ciertamente, ni en los proyectos que dieron lugar a la Ley N° 26.743, ni en el tratamiento parlamentario hay huellas de algún intento de justificarla.

La definición comienza con una apelación al más extremo subjetivismo –y consiguiente relativismo–: cada uno de nosotros es lo que siente que es. Dicho de otro modo, “lo que se siente determina –sin más ni más– lo que se es. Lo que se siente ser es –también– lo que se quiere ser. Por eso, lo que se quiere ser, es”¹⁰. En definitiva, el deseo o la imaginación sería el fundamento del ser de las cosas y, en esta materia, de la identidad de las personas.

Volveremos con este tema y sus presupuestos, pero desde ahora se debe puntualizar que esta primera parte de la definición requiere como condición la oración que le sigue, esto es, que lo que se siente “puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento”. En efecto, sólo si la persona no es un ser sexuado, sólo si el sexo no es natural (sino “asignado” y “al momento del nacimiento”), o sólo si no hay naturaleza, puede la voluntad de cada ser humano determinar lo que ese ser humano es.

En la Opinión Consultiva OC-24/17¹¹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos hace una distinción terminológica que puede ayudar a comprender el significado de la definición legal. En el punto 32, con citas de distintas fuentes y sin comprometer su propia opinión, distingue: “a) Sexo: En un sentido estricto, el término sexo se refiere a las diferencias biológi-

8 Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de Derechos Humanos con relación a la orientación sexual y la identidad de género. Aprobados en dicha ciudad de Indonesia en 2007. Hay un Yogyakarta + 10 que agrega unos pocos principios más.

9 En nota dirigida a la comisión encargada de revisar los Principios, Andrew Park, refiere: “[...] the authors created a definition specifically for the purposes of the Yogyakarta Principles”. En Yogyakarta-Review-SOGI-Definition. Pdf.

10 Bianchi, E. T. (19 de noviembre de 2012). “Raíces ideológicas de la identidad de género”, *ED*, suplemento, citado por Zannoni, E. A. “Género, Derecho y Justicia”. *La Ley* 2013-B, 1009.

11 Ver www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.

cas entre el hombre y la mujer”¹², de “b) Sexo asignado al nacer: Esta idea trasciende el concepto de sexo como masculino o femenino y está asociado a la determinación del sexo como una construcción social. La asignación del sexo no es un hecho biológico innato; más bien, el sexo se asigna al nacer con base en la percepción que otros tienen sobre los genitales”. La fuente de esta última noción o explicación son los “conceptos básicos” elaborados por la Relatoría de Derechos LGTBI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. En nota al pie de estos “conceptos básicos” se profundiza la explicación en estos términos: “22 [Sexo asignado al nacer] El sexo anatómico y su presumida dicotomía son el resultado de una lectura ideológica. Por otra parte, asignar el sexo es una decisión social. Podemos utilizar el conocimiento científico para ayudarnos a tomar la decisión, pero solo nuestras creencias sobre el género –no la ciencia– pueden definir nuestro sexo”¹³.

Más allá de la curiosa paradoja de que sea una explicación enrolada en la ideología de género la que califique de “lectura ideológica” al conocimiento científico (para luego terminar expulsando a la ciencia como fuente de conocimiento valedero), lo cierto es que estos documentos nos permiten comprender el sentido de algunos términos claves de la definición legal. En efecto, en palabras de sus creadores o propagadores, la locución “sexo asignado al nacer” es una construcción social y, como tal, se aparta de la naturaleza, para negar la existencia de dos sexos –masculino y femenino– como un hecho biológico innato. En definitiva, sería una noción que niega la existencia de los sexos tal como los seres humanos la hemos entendido y vivido a lo largo de la historia.

Ahora, ¿es posible negar la existencia de algo tan evidente como la distinción entre varón y mujer? Sabemos que desde el comienzo de nuestra existencia somos ya varones o mujeres, no existe la posibilidad biológica ni antropológica de que no tengamos sexo. Es decir, el ser humano en abstracto, aquel que sería un ser neutro sin determinación sexual alguna, no existe ni puede existir. Esto es un dato de la realidad. La genética ha descubierto hace ya mucho tiempo que toda célula tiene un cromosoma sexual que la hace masculina o femenina¹⁴. Y esto ocurre desde que somos un embrión

12 La fuente mediata es: Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28, relativa al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

13 Ver <http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

14 Mola, L. M.; Rodríguez Gil, S. G.; Rebagliati, P. J. (agosto 2005). “Cromosomas sexuales: Cien años y una historia”. En *Encrucijadas*, no. 34. Universidad de Buenos Aires. Disponible en <http://repositoriouba.sisbi.uba.ar>.

unicelular o cigoto. Es decir que, desde siempre, desde que apareció en el universo ese nuevo, único e irrepetible individuo que somos cada uno de nosotros, somos varones o mujeres y actualmente, todas y cada una de las células de nuestro cuerpo tienen ese mismo cromosoma por el que somos varones o mujeres. No existe otra posibilidad. En palabras de Scola, “el hombre y la mujer son tan persona el uno como la otra, pero sexualmente diferentes. Tal diferencia impregna todo el ser humano hasta la última de sus partículas. En efecto, el cuerpo de hombre es masculino en cada una de sus células, como el de la mujer es femenino”¹⁵.

Tendríamos que volver a preguntarnos: ¿es posible negar esto? Ante el hecho de que efectivamente se lo niega y que, incluso, se ha inventado una fórmula para negarlo (“sexo asignado al nacer”), la respuesta tendría que ser: es posible si, y sólo si, reemplazamos el orden natural por una construcción artificial, vale decir, creada por el hombre. Si reemplazamos la creación por la torpe voluntad creacionista del hombre. Una de las más importantes feministas radicales, Shulamith Firestone, lo afirmó a modo de profecía. Escribió en 1970 que concluida la revolución feminista las diferencias genitales entre los seres humanos ya no importarán más culturalmente¹⁶. Otra feminista, Marina Laski, lo explica diciendo que “la diferencia sexual no es meramente un hecho anatómico, pues la construcción e interpretación de la diferencia anatómica es ella misma un proceso histórico y social. Que el varón y la hembra en la especie difieren es un hecho, pero es un hecho también siempre construido socialmente [...] El sexo y el género no se relacionan entre sí como lo hacen la naturaleza y la cultura pues la sexualidad misma es una diferencia construida culturalmente”¹⁷.

3. La identidad de género como problema

La ley, como toda norma que trate sobre un aspecto fundamental de la identidad de las personas, tiene como destinatarios a todas las personas. Pero en la realidad, ¿para quiénes fue hecha la ley? Sabemos que los proyectos en los que fundamentalmente se basó fueron obra de la Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans (FALGBT) y la Asociación

15 Scola, A. (2003). *La cuestión decisiva del amor: hombre-mujer*. Madrid. Ed. Encuentro, 16.

16 Firestone, S. (1970). *The dialectic of sex*. New York. Quill, William Morrow, 19.

17 Laski, M. (1998). “Mujeres, vulnerabilidades y género”. Incluido en el *Cuaderno Mujer Salud* n° 3, de la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, 119.

de Travestis, Transexuales y Transgéneros de Argentina¹⁸, y la Comunidad Homosexual Argentina (CHA), la Asociación de Lucha por la Identidad Travesti y Transexual (ALITT) y el Movimiento Antidiscriminatorio de Liberación (MAL)¹⁹. Lo cual es de toda lógica.

Es evidente que la inmensa mayoría de los hombres y las mujeres que habitamos este mundo y, en este caso, Argentina, no tenemos ningún problema con nuestra identidad en materia sexual. Incluyo, por cierto, a los gays, lesbianas y bisexuales cuya característica, en esta materia, no es la identidad sino la orientación sexual.

El tema de la identidad sexual se plantea como problema únicamente para aquellas personas denominadas transexuales o “trans”, término del que la Relatoría de Derechos LGBTI de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos da la siguiente noción: “Cuando la identidad de género de la persona no corresponde con el sexo asignado al nacer”. Tanto la CIDH como la OMS (entre otros) caracterizan a la transexualidad como un “paraguas” o “sombrija” bajo el cual caben diversas posibilidades.

Es un hecho notable que nuestros legisladores no tuvieran en cuenta que, al momento de sancionarse la Ley N° 26.743, el transexualismo estaba incluido en la Clasificación Internacional de Enfermedades (ICD) de la Organización Mundial de la Salud como un desorden mental. Recién en 2018 la OMS, en su ICD-11, lo sacó del capítulo 6 de desórdenes mentales y, con el nuevo nombre de “Incongruencia de género” lo incluyó en el nuevo capítulo 17, llamado “Condiciones relacionadas con la salud sexual” como una disfunción sexual. Esto ha sido considerado como una escala en el camino de la “despatologización” ya que, más allá del cambio de nombre, el transexualismo sigue incluido en este catálogo de enfermedades²⁰. La modificación ha sido aprobada por la Asamblea Mundial de la Salud en mayo de 2019 y entrará en vigor en enero de 2022.

Resulta francamente preocupante, entonces, el modo en que nuestra legislación ha encarado la transexualidad, la cual, más allá de que se la considere o no una enfermedad, es, sin dudas, un problema de identidad sexual²¹. Parece increíble que nuestros legisladores, en medio de un clima

18 Expte. 7644-D-2010.

19 Expte. 8126-D-2010.

20 Sobre la evolución histórica del tema: Fernández Rodríguez, M. y o/s. “Gender Incongruence is No Longer a Mental Disorder”. En www.mentalhealthjournal.org.

21 Ídem. Para la OMS, la incongruencia de género requiere el cumplimiento de al menos dos de los siguientes criterios: “1. Strong dislike or disagreement with primary or secondary sexual characteristics due to incongruence with the experienced gender. 2. Strong desire to get rid of some of those sexual characteristics due to the incongruence with the experienced gender. 3. Strong desire to have the primary or secondary sexual characteristics of the experienced gender. 4. Strong desire to be treated and accepted as a person of the felt gender”.

de inusual entusiasmo, hayan pensado seriamente que la solución para un problema consista en convertirlo en un derecho. Como si tuviera algún sentido consagrar un derecho a ser trans. Verdad de Perogrullo, una persona transexual tiene todos los mismos derechos fundamentales que tiene cualquier otra persona. Pero no por ser transexual sino por ser persona. La ley argentina, coherente con la errónea idea de que cada cual es lo que siente que es, no exige –para cambiar el nombre o para acceder gratuitamente a una intervención quirúrgica de modificación genital– ni consulta médica, ni tratamiento previo alguno, ni tan siquiera un diagnóstico profesional. Con lo cual deja a la persona absolutamente sola, abandonada a su subjetividad y quizás a su confusión, frente a una decisión que, cuando menos, marcará toda su vida.

4. Ni varón ni mujer

Como hemos visto, la locución “sexo asignado al nacer” adoptada por nuestros legisladores implica directamente la negación del sexo como una realidad natural, como un hecho biológico que nos define desde el comienzo de la existencia; y su reemplazo por la idea de construcción social que, en la ley, es entendida como construcción individual. Con lo cual, si bien la ley está claramente destinada a las personas transexuales, su ideologizada definición de identidad de género introduce en nuestro orden jurídico un concepto no sólo erróneo, sino inevitablemente destinado a producir confusión y perplejidad, cuando no a generar problemas en niños y adolescentes en torno a su identidad y naturaleza, por vía de la llamada Educación Sexual Integral.

El hecho es que si cada uno es lo que siente que es y el sexo es una construcción, vale decir algo artificial, creado por el hombre y que, además, es asignado por otros y recién al momento del nacimiento, ninguna persona sería ya varón o mujer en razón de su propio ser, sino que, para serlo, primero tendría que sentirlo. Y seguir sintiéndolo luego. Hasta entonces tendría un sexo provisorio, asignado por la sociedad, sujeto –a través de activistas LGBT e ideólogos de género, devenidos en maestros y profesores– a un permanente bombardeo ideológico tendiente a destruir o, al menos, problematizar la naturaleza humana y, en particular, la propia naturaleza del joven educando.

Vista la definición legal así, y así hay que verla, porque eso es lo que dice, ya no estamos frente a un error legislativo, fruto de la ignorancia o la desidia. Estamos frente a un exitoso intento de trastocar por vía legislativa, educativa y mediática el orden natural de las cosas, mediante la imposición

de la doctrina revolucionaria del feminismo radical a través de su más logrado instrumento de penetración cultural, esto es, la ideología de género.

5. La revolución feminista y el fin de las clases sexuales

Las ideas de que cada cual es –o debe llegar a ser– aquello que siente, desea y quiere, como la de que el sexo es una construcción cultural, no son novedosas y, aunque en los principios de Yogyakarta aparecen en una fórmula de apariencia científica, su origen ideológico puede encontrarse en Engels²², luego en Simone de Beauvoir²³ y, por fin, en Firestone, para no mencionar sino los principales hitos históricos²⁴.

Señalaré sólo dos textos de esta última. En el primero expresa que el feminismo no sólo debe cuestionar toda la cultura occidental sino la mismísima “organización de la naturaleza”²⁵. El segundo dice: “[...] así como la meta final de la revolución socialista era no solo acabar con el privilegio de la clase económica, sino con la distinción misma entre clases económicas, la meta definitiva de la revolución feminista debe ser no solo la eliminación del privilegio masculino sino la distinción de sexos misma [...] Una vuelta a un libre pansexualismo probablemente reemplazará la hetero/homo/bisexualidad”.

Es decir que: a) la meta final de la revolución feminista es la eliminación de los sexos o clases sexuales²⁶; b) el propósito es simétrico al de la revolución marxista, sólo que el feminismo pone el foco en el sexo en lugar de la economía; c) la naturaleza no representa ningún escollo para estos fines, ya que habrá que reinterpretarla o modificarla en el plano ideológico; d) con la desaparición de los sexos sobrevendrá un estado de indistinción y poste-

22 Engels, F. (1964). *El origen de la familia, de la propiedad privada y del Estado*. Buenos Aires. Ed. Claridad.

23 Beauvoir, Simone de (1949). *Le deuxième sexe*. 28ª edición. Paris. Gallimard. Su famosa frase, “uno no nace sino que se hace mujer”, podría entenderse como una afirmación propia de su existencialismo, filosofía que afirma que la existencia precede a la esencia. Ver Sartre, J. P. (1946). *L'existentialisme est un humanisme*. Paris. Nagel, 101.

24 He dado un cierto desarrollo al tema en (2018). “Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino”. En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales*. Año LXIII - Segunda Época - Número 56.

25 Ob. cit., 12: “[...] feminist have to question, not just all of Western culture, but the organization of culture itself, and further, even the very organization of nature”.

26 No se trata, por cierto, de la desaparición de los órganos genitales sino –como hemos visto– de su reinterpretación cultural como correspondientes a uno u otro sexo. En palabras ahora de Judith Butler, “hombre y masculino podrían significar tanto un cuerpo femenino como uno masculino; mujer y femenino, tanto un cuerpo masculino como uno femenino”. En (2007). *El género en disputa*. Barcelona. Paidós, 54-55.

rior autodeterminación sexual en el cual cada uno será lo que desee ser, de un modo fluido; e) este estado final –que tiene similares características al comunismo descrito por Marx, en el que cada persona podrá dedicarse de modo cambiante a la actividad que le plazca²⁷– es el pansexualismo. En él, con la desaparición de los sexos, desaparecerán también las hoy llamadas orientaciones sexuales, ya que todas ellas suponen la existencia de la mujer y el varón.

Años después de que Firestone escribiera estas líneas, aparecerá en el mundo la noción de “género” como modo de expresar, precisamente, las alternativas que ofrecerá el pansexualismo, cuando ese nuevo ser, ni varón ni mujer, pueda ser todo –según su deseo e imaginación–, o quizás, con mayor precisión, nada.

6. La rebelión de la criatura

La definición de identidad de género contenida en el artículo 2º de la Ley Nº 26.743 es, en última instancia, un torpe grito de rebelión contra Dios y su creación. No significa otra cosa que el espectáculo patético del hombre que niega la verdad del hombre: la realidad ontológica, antropológica, psicológica, afectiva y biológica del varón y la mujer tal cual ha sido querida por Dios en su eternidad.

He aquí al hombre, envuelto en la soberbia fantasiosa de que legislar es crear, pretendiendo –a través de las palabras de una definición– hacer desaparecer la verdad de su ser para suplantarla por seres imaginarios, personas cuyo ser sería su querer.

El fenómeno no es, por cierto, nuevo. Este espíritu prometeico, cuya clásica expresión literaria es la obra de Mary Shelley, “Frankenstein o el moderno Prometeo”, se remonta al comienzo mismo de la humanidad²⁸. Sin embargo, creo que nunca había alcanzado un carácter tan virulento, tan difundido y tan penoso. Se trata de un espíritu que podríamos denominar creacionista, que pretende inventar nuevos seres, desconocer la verdad de otros, desentendiéndose siempre de la realidad. Suplantándola –en las le-

27 Marx, C. y Engels, F., en *La ideología alemana*, caracterizan de esta forma al comunismo: “En la sociedad comunista, donde cada individuo no tiene acotado un círculo exclusivo de actividades, sino que puede desarrollar sus aptitudes en la rama que mejor le parezca, la sociedad se encarga de regular la producción general, con lo que hace cabalmente posible que yo pueda dedicarme hoy a esto y mañana a aquello, por la mañana cazar, por la tarde pescar y por la noche apacentar el ganado, y después de comer, si me place, dedicarme a criticar, sin necesidad de ser exclusivamente cazador, pescador, pastor o crítico, según los casos [...]” (p. 34).

28 Génesis 3, 5.

yes, en las palabras— por una realidad ficticia, producto de ideologías o de la voluntad de poder.

En nuestro caso, aprovechando el problema real que algunas personas tienen con su identidad sexual, se ha sancionado una ley que niega la verdad de la naturaleza sexuada del hombre para entronizar en su lugar el deseo como fuente del ser. Como en otros casos, estamos frente a una negación obstinada de la verdad en nombre de una libertad sin límites o, quizás con mayor precisión, de una libertad que atropella y quiere destruir los límites. Es cierto que los límites de la naturaleza humana son, en última instancia, infranqueables. Sin embargo, como toda rebelión de la creatura, deja en su camino las huellas del mal, del desorden, de la confusión.

Benedicto XVI ha caracterizado esta rebelión: “[...] el hombre niega tener una naturaleza preconstituida por su corporeidad, que caracteriza al ser humano. Niega la propia naturaleza y decide que ésta no se le ha dado como hecho preestablecido, sino que es él mismo quien se la debe crear [...] el haber sido creada por Dios como varón y mujer pertenece a la esencia de la criatura humana. Esta dualidad es esencial para el ser humano, tal como Dios la ha dado. Precisamente esta dualidad como dato originario es lo que se impugna [...] No, lo que vale ahora es que no ha sido Él quien los creó varón o mujer, sino que hasta ahora ha sido la sociedad la que lo ha determinado, y ahora somos nosotros mismos quienes hemos de decidir sobre esto. Hombre y mujer como realidad de la creación, como naturaleza de la persona humana, ya no existen. El hombre niega su propia naturaleza [...] En la actualidad, existe sólo el hombre en abstracto, que después elige para sí mismo, autónomamente, una u otra cosa como naturaleza suya. Se niega a hombres y mujeres su exigencia creacional de ser formas de la persona humana que se integran mutuamente”²⁹.

7. La belleza de la Creación

No debería terminar esta breve reflexión sobre la patética y peligrosa obra de unos hombres que han actuado como dioses, sin recordar la grandeza incomprensible del hombre —varón y mujer— que Dios creó.

Deberíamos comenzar un canto de alabanza por la obra de Dios. Debemos preguntarnos con el salmista: Señor, “al ver el cielo, obra de tus manos, la luna y las estrellas que has creado: ¿Qué es el hombre para que pienses

²⁹ Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones de Navidad, del 21 de diciembre de 2012.

en él, el ser humano para que lo cuides? Lo hiciste poco inferior a los ángeles, lo coronaste de gloria y esplendor”³⁰.

La maravilla del amor de Dios. Su inexplicable misericordia que no sólo nos dio el ser, sino que nos creó a su imagen³¹. Sólo a nosotros, entre todos los seres vivientes.

Juan Pablo II medita que “la vida que Dios da al hombre es original y diversa de la de las demás criaturas vivientes, ya que el hombre, aunque proveniente del polvo de la tierra, es manifestación de Dios en el mundo, signo de su presencia, resplandor de su gloria [...] Al hombre se le ha dado una altísima dignidad, que tiene sus raíces en el vínculo íntimo que lo une a su Creador: en el hombre se refleja la realidad misma de Dios [...] La vida que Dios ofrece al hombre es un don con el que Dios comparte algo de sí mismo con la criatura”³².

Resplandor de tu gloria, Señor. Estamos misteriosamente unidos a Vos, a Vos que has elegido la vida humana, la vida humana asumida por tu Hijo, como el lugar donde se realiza la salvación para toda la humanidad”³³.

En un texto de insondable belleza y misterio, el mismo Santo Padre contempla que “antes de crear al hombre, parece como si el Creador entrara dentro de sí mismo para buscar el modelo y la inspiración en el misterio de su Ser [...] De este misterio surge, por medio de la creación, el ser humano: ‘Creó Dios al hombre a imagen suya: a imagen de Dios le creó; varón y mujer los creó’”³⁴.

He aquí al hombre, manifestación de Dios en el mundo, en su identidad y diferencia³⁵. Varón y mujer. Creado a imagen de Dios Uno y Trino.

Varón y mujer, creados por amor y para el amor³⁶, cuya fecundidad “es ‘imagen’ viva y eficaz, signo visible del acto creador”³⁷.

Bibliografía

- Beauvoir, S. de (1949). *Le deuxième sexe*. 28ª edición. París. Gallimard.
 Bianchi, E. T. “Raíces ideológicas de la identidad de género”. *ED*, suplemento.
 Cámara de Senadores de la Nación. 5ª Reunión – 3ª Sesión ordinaria – 9 de mayo de 2012.

30 *Salmo* 8, 4/6.

31 *Gn.* 1, 26.

32 Carta Encíclica *Evangelium vitae* (EV), n° 34.

33 *Evangelium vitae*, 33.

34 *Carta a las familias*, 1994, n° 6.

35 Scola, A. Ob. cit., 18 y sigs.

36 *Familiaris consortio*, 11.

37 *AL*, 10.

Carta a las familias, 1994, n° 6.

Carta Encíclica *Evangelium vitae* (EV).

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación general N° 28 relativa al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW/C/GC/28, 16 de diciembre de 2010, párr. 5.

corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.

De Martini, S. (2018). "Penetración de la ideología de género en el orden jurídico argentino". En *Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales - Año LXIII*. Segunda Época. Número 56.

Diario del 19 de noviembre de 2012, citado por Zannoni, E. A. "Género, Derecho y Justicia". *La Ley* 2013-B, 1009.

Discurso a la Curia Romana con motivo de las felicitaciones de Navidad, del 21 de diciembre de 2012.

Engels, F. (1964). *El origen de la Familia, de la propiedad privada y del Estado*. Buenos Aires. Ed. Claridad.

Fernández Rodríguez, M. y o/s. "Gender Incongruence is No Longer a Mental Disorder". En www.mentalhealthjournal.org.

Firestone, S. (1970). *The dialectic of sex*. New York. Quill, William Morrow.

Génesis 1, 26.

Génesis 3, 5.

H. Cámara de Diputados de la Nación. Reunión 10ª - 7ª Sesión Ordinaria (Especial).

<http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/2015/violencia-lgbti/terminologia-lgbti.html>.

Laski, M. (1998). "Mujeres, vulnerabilidades y género". Incluido en el *Cuaderno Mujer Salud* n° 3, de la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe.

Mola, L. M.; Rodríguez Gil, S. G.; Rebagliati, P. J. (agosto 2005). "Cromosomas sexuales: Cien años y una historia". En *Encrucijadas*, no. 34, Universidad de Buenos Aires. Disponible en <http://repositorioubas.sisbi.uba.ar>.

Salmo 8, 4/6.

Scola, A. (2003). *La cuestión decisiva del amor: hombre-mujer*. Madrid. Ed. Encuentro.

¿HACIA DÓNDE VA EL BIODERECHO?

Where is bio-law going?

Dove sta andando il biolaw?

Jorge Nicolás Lafferriere¹

Para citar este artículo:

Lafferriere, J.N. (2020). “¿Hacia dónde va el bioderecho?”.

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 337-350.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.337-350>

Resumen: A cincuenta años de la primera vez que se utilizó el término “bioética”, el artículo ofrece reflexiones sobre la relación entre bioética y Derecho, esbozando algunas tendencias y proyecciones. Se hace un análisis del lugar del Derecho ante la interdisciplinariedad de la bioética, ofreciendo un balance de las relaciones entre ambas disciplinas, enfocado tanto en las dificultades que presenta la relación, como en los aportes que se realizan mutuamente. Luego, se presentan algunas de las cuestiones decisivas para el bioderecho en este momento histórico.

Palabras clave: Bioética; Bioderecho; Persona humana; Dignidad humana; Biotecnologías.

Abstract: 50 years after the first time the term “bioethics” was used, this paper offers reflections on the relationship between bioethics and law, outlining some trends and projections. Considering the interdisciplinarity of bioethics, the paper offers an analysis of the place of law in bioethics, and summarizes a balance of the relations between both disciplines, focused both on the difficulties that the relationship presents, and on the contribu-

¹ Profesor. Doctor en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, Argentina. Correo electrónico: nicolas_lafferriere@uca.edu.ar.

tions that are made to each other. Then, some of the decisive questions for bio-law are presented at this historical moment.

Keywords: Bioethics; Biolaw; Human person; Human dignity; Biotechnology.

Sommario: A cinquenta anni dal primo utilizzo del termine “bioetica”, l’articolo propone riflessioni sul rapporto tra bioetica e diritto, delineando alcune tendenze e proiezioni. Si analizza il posto del diritto prima dell’interdisciplinarietà della bioetica, offrendo un equilibrio delle relazioni tra le due discipline, focalizzato sia sulle difficoltà che il rapporto presenta, sia sui contributi che si danno reciprocamente. Quindi, in questo momento storico vengono presentate alcune delle domande decisive per il biodiritto.

Parole chiave: Bioetica, Diritto biologico, Persona umana, Dignità umana, Biotecnologie.

1. Introducción

Han pasado cincuenta años desde que en 1970 el Dr. Van Rensselaer Potter publicara un artículo denominado *Bioethics. The science of survival* (“Bioética. La ciencia de la supervivencia”)², y la bioética se ha consolidado como una nueva disciplina que tiene por objeto la valoración de las biotecnologías aplicadas a la vida. En este tiempo, también han sido muchísimos los desarrollos biotecnológicos que han desplegado un notable poder de conocer y operar sobre la realidad biológica. El Derecho no es ajeno a este proceso, pues siempre que nos encontramos en situaciones donde hay relaciones de alteridad y debemos valorar las aplicaciones biotecnológicas relativas a la persona humana estamos ante una situación donde se hace necesario determinar lo justo. Se habla así de un “bioderecho”.

En este marco, en este breve trabajo³, con ocasión del 40º aniversario de la Revista *Prudentia Iuris*, quisiera ofrecer unas reflexiones sobre la re-

2 En realidad, los estudios han encontrado que la primera vez que se registró el uso del término “bioética” fue en 1927, por Fritz Jahr en Alemania, aunque no logró el arraigo necesario para imponerse y abrirse camino como disciplina. Ver Sass, H. M. (2007). “Fritz Jahr’s 1927 Concept of Bioethics”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 17, nº 4, 279-95, <https://doi.org/10.1353/ken.2008.0006>; Goldim, J. R. (2009). “Revisiting the Beginning of Bioethics: The Contribution of Fritz Jahr (1927)”. *Perspectives in Biology and Medicine*, 52, nº 3, 377-80, <https://doi.org/10.1353/pbm.0.0094>.

3 En este trabajo, retomo y amplío algunos puntos que trabajé en mi tesis doctoral: Lafferriere, J. N. (2011). *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*. Buenos Aires. EDUCA, 268-81.

lación entre bioética y Derecho, esbozando algunas tendencias y proyecciones para el bioderecho⁴.

Primero, me propongo analizar el lugar del Derecho ante la interdisciplinariedad de la bioética, ofreciendo un balance de las relaciones entre bioética y Derecho, enfocado tanto en las dificultades que presenta la relación, como en los aportes que se realizan mutuamente estas disciplinas. Luego, presentaré lo que considero son algunas de las cuestiones que se presentan como decisivas para el bioderecho en este momento histórico.

2. El Derecho en la interdisciplinariedad de la bioética

2.1. ¿Qué es la bioética? El problema de la interdisciplinariedad

En todos estos años, una tensión ha sido inherente a la bioética. ¿En qué consiste su novedad? ¿No existió siempre una ética médica, como parte de la filosofía práctica que orienta las conductas humanas? ¿Por qué inventar un nuevo término y una nueva disciplina? El hecho de que sea una nueva disciplina, ¿significa que se “distancia” de los métodos propios de la ética? Responder a estas preguntas es fundamental para comprender el lugar que ocupa el Derecho en la consideración de las biotecnologías y la bioética.

Resulta iluminadora la investigación que condujo Reich sobre los orígenes del término “bioética”. Este autor llega a la conclusión de que ese neologismo tuvo un nacimiento “bilocado”⁵, pues en 1970 Potter, en la Universidad de Wisconsin, usa el término por primera vez y casi al mismo tiempo aparece el mismo término en Georgetown, de la mano de los trabajos de

4 Quisiera resaltar la importante presencia que han tenido en las páginas de la Revista *Prudentia Iuris* las cuestiones bioéticas en sus implicaciones jurídicas. En estos cuarenta años, ya desde los primeros números, se publicaron trabajos de reflexión sobre temas como inicio y fin de la vida, consentimiento informado, técnicas procreativas, genética, entre otros. Una búsqueda en el Repositorio Institucional de la UCA donde están publicados todos los números de la revista arroja, con la voz “bioética”, 69 trabajos. Para mencionar el primer trabajo, en el n. 5 del año 1981 se publicaba un artículo del Dr. Osvaldo Pedro Raffo Magnasco sobre las técnicas de procreación artificial, a tan solo tres años del nacimiento de la primera bebé de probeta: “La eficacia técnica no puede ser considerada como fuente incondicional de moralidad. Para muchos, resulta incomprensible que una cosa laboriosa y técnicamente realizable pueda ser moralmente sojuzgada”. Raffo Magnasco, O. P. (1981). “Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible, sus implicancias éticas y jurídicas”. *Prudentia Iuris*, 5, 61-110, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3174/1/prudentia5.pdf>.

5 Reich, W. T. (1994). “The Word ‘Bioethics’: Its Birth and the Legacies of those Who Shaped It”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 4, n° 4, 319-35, <https://doi.org/10.1353/ken.0.0126>.

André Hellegers. Ahora bien, para Reich, esa bilocación también revela que, en su origen, la bioética respondió a dos modelos epistemológicos diferenciados. Por un lado, el modelo Wisconsin de Potter buscaba crear una nueva disciplina, que ofreciera una ética normativa para los problemas de salud a nivel global. En cambio, el modelo Georgetown recurría a argumentos filosóficos más precisos en el área de la ética aplicada, como una rama de esta última disciplina⁶. Siguiendo esta indagación, Brugger procura explicar los problemas que son inherentes a la bioética y su carácter interdisciplinario. En efecto, si seguimos el modelo de Potter, la bioética es vista como una nueva disciplina, global e integrando varias disciplinas en sí misma. Por su parte, para el modelo Georgetown, la bioética se identifica con la filosofía moral y ello resuelve algunas de las tensiones propias de la interdisciplina⁷.

Se ha extendido la idea de que la bioética es una nueva disciplina en la que se amalgaman las distintas ciencias a partir de un nuevo objeto y un nuevo método, como si se integraran formando un híbrido. En esta visión de la bioética, se debilitan las disciplinas en sus especificidades. La alternativa a esta visión no es una simple multidisciplinaria⁸, donde se yuxtaponen las ciencias sin ninguna integración entre sí. Como bien dice Melina, en la bioética confluyen “biología, psicología, sociología, derecho, filosofía política, ética, teología, etc. Pero multidisciplinaria no significa aún interdisciplinaria. La cuestión epistemológica encuentra aquí su punto central: ¿qué relación tienen las múltiples disciplinas que forman el campo de la bioética? Para asegurar la unidad interna de la bioética es necesario identificar un saber arquitectónico y pensar en las formas de integración de las otras formas parciales del saber”⁹.

Así, considero que la bioética es una nueva disciplina por esa impronta interdisciplinaria requerida para abordar un objeto tan complejo como las tecnologías que se aplican a la vida. Sin embargo, esa novedad no puede ser entendida como emancipación de su raíz, que sigue siendo ética. Por eso, la bioética necesita una unidad interna dada por la filosofía práctica. Me parece muy lúcida la propuesta de Brugger, quien entiende a la ética como “disciplina organizadora”, pues tiene la competencia para involucrarse y

6 Reich, W. T. (1995). “The Word ‘Bioethics’: The Struggle Over Its Earliest Meanings”. *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5, n° 1, 19-34, <https://doi.org/10.1353/ken.0.0143>.

7 Brugger, C. (2015). “Bioethics: Ethico-Centric Interdisciplinarity”. *Quaestiones Disputatae*, 5, n° 2, 33, <https://doi.org/10.5840/qd20155218>.

8 Sobre este problema, nos remitimos al estudio efectuado por el Instituto para la Integración del Saber de la Universidad Católica Argentina (2002). “Investigación, Integración del saber e Interdisciplinaria”. *Consonancias* 1, n° 2, 1-12, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/7368/1/consonancias2.pdf>.

9 Melina, L. (1999). “Reconocer la vida. Problemas epistemológicos de la Bioética”. En *¿Qué es la vida? La bioética a debate*. Ed. Angelo Scola. Madrid. Ediciones Encuentro, 67.

guiar el razonamiento ético. Tal primacía no supone ignorar el necesario rol de las otras disciplinas, sino facilitar que cada una haga su propia contribución¹⁰.

2.2. La relación entre bioética y Derecho

Desde esa comprensión de la interdisciplinariedad de la bioética podemos entender mejor el aporte específico que hace el Derecho. Al respecto, como dice Daniel Herrera, “si bien no se confunde el Derecho y la moral, se los distingue, pero no para separarlos sino más bien para integrarlos como la parte (Derecho) al todo (moral)”¹¹. Así, en ese encuadre interdisciplinario, resulta indudable que, en la bioética como interdisciplina, es necesario integrar una dimensión jurídica, que consiste en la determinación de lo justo según cierta regla o medida en las relaciones de alteridad, conforme a la recta razón y en orden al bien común. Entiendo que esa dimensión jurídica de la bioética es el “bioderecho”.

En este marco, en la práctica de la bioética, no siempre se ha comprendido así a la moral y el Derecho. En este apartado, propongo recapitular algunas dificultades en la relación entre bioética y Derecho, y luego los aportes que cada disciplina hace y recibe de la otra.

a) Dificultades en la relación entre bioética y Derecho

La relación entre bioética y Derecho ha enfrentado no pocas dificultades. A continuación, ofrecemos una sintética sistematización de algunas de esas dificultades:

- Tomando en cuenta los problemas inherentes a la naturaleza interdisciplinaria de la bioética, si ella es concebida como un híbrido completamente nuevo que disuelve las disciplinas implicadas, el método propiamente jurídico se debilita.
- En algunos ámbitos bioéticos se puede advertir una desconfianza hacia la coercibilidad del Derecho, en la idea de que en una sociedad pluralista es imposible encontrar criterios comunes y que la

10 Brugger, C. “Bioethics: Ethico-Centric Interdisciplinarity”. Cit., 33.

11 Herrera, D. A. (2015). “En defensa de la moralidad del Derecho”. *Prudentia Iuris*, 79, 17-32, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/defensa-moralidad-derecho-herrera.pdf>.

ley debe abstenerse de limitar de cualquier forma la autonomía. Así, para algunos, la bioética se debería limitar a realizar meras recomendaciones u opiniones consultivas, de modo que se pretenda excluir toda posibilidad de prescribir conductas cuando están en juego biotecnologías. Como explica Serrano Ruiz-Calderón, “al utilizarse preferentemente argumentos éticos en el debate al que nos venimos refiriendo, se genera una notable resistencia a una transformación en normas de vigencia social; sobre todo, surge un especial rechazo a su sanción jurídica”¹².

- En esa misma línea, en lugar de comprender el Derecho como el objeto de la justicia, algunos entienden que el Derecho debe limitarse a intervenir sólo ante las cuestiones más graves y se sustraen del ámbito de lo jurídico la gran mayoría de los problemas biotecnológicos. Se ignora, así, que es propio de la justicia “dar a cada uno lo suyo” y, por tanto, siempre que estamos en relaciones de alteridad donde hay derechos y deberes tendremos que evaluar lo justo según cierta medida, que podremos conocer por la razón.
- Otro problema ha sido la impronta marcadamente casuística de la bioética, que ha descuidado la reflexión más sistemática sobre las reglas de la argumentación jurídica y sus particularidades.
- Una concepción reduccionista del Derecho, presente en algunos bioeticistas, lo entiende únicamente como la norma escrita, ignorando la riqueza que encierra el término y la fuerza argumentativa que ofrece entenderlo como un término análogo, cuyo primer análogo es la misma cosa justa.
- Otro problema es que, así como la bioética tiene distintas escuelas, también en el Derecho hay distintas concepciones iusfilosóficas que resultan decisivas al momento de considerar las cuestiones biotecnológicas.

b) Derecho y bioética: los aportes mutuos

En este horizonte no resulta fácil establecer las correctas relaciones y vinculaciones entre el Derecho y la bioética¹³. En este breve trabajo, me concentraré en cómo se enriquecen mutuamente estas disciplinas.

¹² Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (1993). *Bioética, poder y Derecho*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid, 30.

¹³ Sobre el tema, ver D’Agostino, F. (1994). “Bioetica e diritto”. *Medicina e Morale*, 4, 675-690.

- i) El aporte que el Derecho hace a la bioética: para Brugger, la interdisciplinariedad de la bioética está representada por las preguntas que se deben hacer para afrontar sus problemas y que divide en cuatro categorías, siguiendo a Marcus Düwell: descriptivas, predictivas, prescriptivas-regulatorias y prescriptivas-normativas¹⁴. Dentro de ese enfoque, está claro que la bioética no puede quedarse en un discurso meramente “descriptivo” o “predictivo” sobre las biotecnologías, o meramente sociológico. Tiene una dimensión prescriptiva propia. Ahora bien, tal prescriptividad necesita tener una proyección hacia lo justo que es exigible públicamente y en forma coercitiva. El Derecho aporta a la bioética la exigencia que surge de lo justo, las implicaciones concretas, aquí y ahora, del trato merecido por el “otro” en las relaciones de alteridad y en la perspectiva del bien común. Una bioética que se reduce a recomendaciones sin la coercibilidad jurídica, conduce a una grave desprotección de los más vulnerables y compromete el bien común. Por eso, la relevancia que han tomado la dignidad y los Derechos Humanos constituye uno de los aportes del Derecho a la bioética. Otro aporte que el Derecho realiza es su lenguaje sistemático, desarrollado, preciso, conceptualmente fértil para razonar en torno a los tópicos de la bioética y dar una herramienta para la acción.
- ii) El aporte de la bioética al Derecho: el Derecho como saber práctico prudencial se enriquece en el encuentro con otras disciplinas que le permiten conocer con más precisión los elementos concretos que están bajo su análisis para determinar lo justo. Ello es un aporte tanto para el legislador como para el juez en su tarea de resolución del caso concreto. La bioética, pues, abre horizontes al Derecho, le explicita las circunstancias y condiciones concretas para determinar lo justo, ya sea a nivel normativo, científico o judicial. Cuando se realiza verdadera interdisciplina, se realiza una integración del saber que responde a la unidad de lo real.

3. Las cuestiones decisivas que enfrenta el bioderecho

En la segunda parte de este trabajo quisiera analizar sintéticamente algunas de las cuestiones que enfrenta el bioderecho, teniendo en cuenta las tendencias y la forma en que se han dado los desarrollos biotecnológicos en estos cincuenta años.

¹⁴ Brugger, C. “Bioethics: Ethico-Centric Interdisciplinarity”. Cit., 29.

3.1. *¿Un bioderecho débil?*

Si miramos estos cincuenta años podemos observar que se han multiplicado las normas, los fallos judiciales y las obras jurídicas en torno a temas de bioética y Derecho. Sin embargo, para que el bioderecho sea realmente un resguardo para la dignidad y derechos fundamentales de la persona humana, es fundamental que no se limite a ser un legitimador de todas las novedades biotecnológicas, sino que tenga la fuerza de coercitividad necesaria en las distintas ramas. Es notable cómo en estos años no han surgido casi nuevas normas que contemplen la sanción penal a las conductas más graves que pongan en riesgo la persona. Así, hay nuevos delitos por quebrar la confidencialidad de una base de datos, pero no hay nuevos delitos, al menos en Argentina, por experimentos de hibridación o de clonación, para mencionar solo algunos de los casos más graves. Si pasamos al Derecho Civil, ha habido una incorporación de normas en los códigos, generalmente en el marco de los llamados derechos personalísimos. Sin embargo, no faltan tensiones en esta rama del Derecho e intentos de dar a las normas una redacción tan abierta que, en la práctica, conduzca a una casi nula operatividad como límite al poder biotecnológico. En el campo del Derecho Administrativo, las regulaciones se han multiplicado, sobre todo en torno a la experimentación en seres humanos. En este campo, las regulaciones han significado notables progresos en la protección de la dignidad y derechos fundamentales de los sujetos participantes. Sin embargo, también es cierto que algunos tópicos se eluden y se impone una lógica de control y manipulación de la vida. Ello ocurre especialmente si pensamos en los experimentos con embriones humanos. También se han adoptado normas técnicas en otras materias, aunque, en general, se trata de disposiciones centradas en aspectos más bien reglamentarios y procedimentales.

El poder biotecnológico avanza con la pretensión de poder operar sobre toda materia y es necesario un Derecho basado en principios fuertes para que se puedan valorar las cuestiones biotecnológicas en sus dimensiones jurídicas, por supuesto en el marco de las necesarias concreciones que se requieren en el plano del Derecho Positivo. Una cosmovisión jurídica que considere que todo lo técnicamente posible debe ser admitido, no podrá ofrecer respuestas de fondo a los enormes desafíos que encierra el despliegue biotecnológico. Tampoco será suficiente una concepción del Derecho que se limite a validar todo lo que sea Derecho Positivo, o que no ofrezca criterios de validez de las normas superiores a lo meramente procedimental o consensual. En este sentido, una cosmovisión iusnaturalista ofrece una decisiva contribución para fundar las respuestas jurídicas en principios sólidos y universales.

3.2. La persona, ¿recurso técnico del legislador o realidad preexistente al Derecho?

En los debates jurídicos sobre biotecnologías se ha reabierto la discusión sobre el concepto mismo de persona. En efecto, para algunos, el legislador está habilitado para utilizar la noción de persona según crea conveniente, como un recurso técnico que puede ampliar o restringir según sean sus objetivos políticos. En tal perspectiva, el ser humano corre el riesgo de ver sus derechos fundamentales vulnerados, pues ser persona o no serlo sería una decisión del legislador. En cambio, en línea con los principales Tratados Internacionales de Derechos Humanos, sostenemos la importancia de reafirmar que todo ser humano, por el solo hecho de ser tal, es persona y que tal personalidad no es una concesión graciosa del legislador o del Estado, sino que es una realidad preexistente que se corresponde con las exigencias básicas de justicia¹⁵.

3.3. ¿Qué dignidad?

La bioética no ha quedado ajena a la notable incidencia que el Derecho de los Derechos Humanos ha tenido en estos años¹⁶. En especial, existe amplio acuerdo sobre la importancia de la dignidad humana como principio central para la valoración ética de estas tecnologías¹⁷. Sin embargo, un debate crucial se abre en torno a la forma de comprender la dignidad. Así, para la visión que identifica la dignidad con la autonomía, el principio decisivo en relación a las biotecnologías es el del consentimiento informado, lo que resulta funcional a una expansión del poder biotecnológico casi sin límites¹⁸.

15 Lafferriere, J. N. (2015). “La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales”. *El Derecho*, n° 13717, 1-22.

16 Pucheta, L. (2017). “La pretensión de universalidad de la Bioética a la luz de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos” [en línea]. Tesis de Maestría. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Médicas. Instituto de Bioética. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/pretension-universalidad-bioetica-pucheta.pdf>.

17 Andorno, R. (2009). “Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics”. *Journal of Medicine and Philosophy*, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhp023>.

18 Resultan interesantes las reflexiones de Eduardo Quintana sobre la “dignidad posmoderna”, que “difere de su ancestro moderno, ya que exige el reconocimiento del intento de autoproducir su propio constitutivo humano conforme a sus propios deseos, el cual debe contar concomitantemente con el aval de la juridicidad. Si hasta ahora la dignidad calaba como fundamento en el común horizonte de la humanidad, ahora el fundamento es la individualidad, pues más que ‘iguales’ somos diferentes y diversos”. Quintana, E. M. (2017). “Dignidad y deberes humanos”. *Prudentia Iuris*, 83, 73-94, 83.

En cambio, si entendemos la dignidad como una excelencia en el ser, a partir de una concepción ontológica¹⁹, estamos poniendo las condiciones para comprender mejor las exigencias de justicia que debemos satisfacer al momento de considerar las biotecnologías y regularlas en orden al bien común²⁰.

3.4. *¿La vida como bien disponible?*

Una de las principales consecuencias de la exaltación de la autonomía que ha caracterizado a importantes corrientes de pensamiento en bioética y Derecho es la pérdida de relevancia del derecho a la vida. Este giro interpretativo puede apreciarse, en primer lugar, en el fallo “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana, donde se reconoce que la existencia de la persona comienza en la concepción, pero se relativiza el derecho a la vida, contradiciendo las propias sentencias que la Corte citó: “[...] es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Artavia Murillo y otros c/ Costa Rica”, 28 de noviembre de 2012, n. 264)²¹. En el final de la vida, podemos ver expresada esta tendencia en el siguiente pasaje del dictamen de la Procuración en el caso “MAD”: “[...] las normas buscan tutelar el derecho a la vida no como un mero hecho biológico, sino también como un conjunto de atribuciones que convierten en soberano a su titular. Así, las normas armonizan el derecho a la vida con la autonomía personal, la dignidad humana y la intimidad” (Procuración General de la Nación, “DMA s/ declaración de incapacidad” – Expte. D. 376, L. XLIX, Dictamen del 9 de abril de 2014, p. 23).

En definitiva, si la vida es un bien disponible, se debilitan los cauces jurídicos para que las biotecnologías sean respetuosas de la persona humana. Es fundamental que se respete la inviolabilidad de toda vida humana, ya sea que pueda expresar o no su autonomía.

19 Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos*. Bogotá. Universidad de la Sabana.

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

21 Herrera, D. A. y Lafferriere, J. N. (2013). “¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida”. *Suplemento Constitucional*, abril, 1-10.

3.5. *¿Qué es procrear?*

La intermediación técnica en la procreación humana se encuentra entre los hechos más transformadores de estos cincuenta años. Reconociendo que ha dado lugar al nacimiento de millones de niños, inicialmente pensadas sólo para los casos de infertilidad, sobre todo a partir de los descubrimientos sobre el genoma, se han potenciado los usos para la selección de las características de la descendencia. En tal sentido, hay valores de fondo que se han visto afectados por estas técnicas, como la originalidad de la transmisión de la vida, el derecho a la vida de los embriones descartados, el derecho a la identidad en el caso de la fecundación heteróloga, la dignidad de la mujer en el alquiler de vientres, entre otros²². Legisladores, funcionarios y jueces se han limitado, en casi todo el mundo, a legitimar estas técnicas, soslayando estos problemas de fondo. Así, han sido funcionales a una lógica de control sobre la transmisión de la vida humana que deja de concebir al hijo como don y lo transforma en producto. Es necesario un replanteo profundo del abordaje jurídico de esta intermediación, a fin de responder a la pregunta de fondo: ¿cuáles son las exigencias de justicia que debemos respetar en relación a la transmisión de la vida humana?²³

3.6. *¿Curación o mejora?*

La expansión del poder técnico sobre la vida ha abierto la posibilidad de intervenciones sobre el cuerpo que ya no se plantean una finalidad preventiva o terapéutica, sino de mejora (*enhancement*), entendida como la potenciación de una funcionalidad corporal²⁴. La distinción entre curación o mejora se vuelve decisiva ante la pretensión de modelar todo el fenómeno biológico sin límite alguno y sin reconocer ninguna normatividad en la naturaleza, especialmente en la humana²⁵.

22 Arias de Ronchietto, C. E. (2001). "Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial". En Borda, G. A. (ed.). *La persona humana*. Buenos Aires. Editorial La Ley.

23 Lafferriere, J. N. (2019). "¿Qué es procrear? Problemas jurídicos inherentes a las técnicas de fecundación artificial". *Valores - Academia del Plata*, IV, <https://www.academiadelpata.com.ar/contenido.asp?id=2775>.

24 Padrón, H. J. (2017). "La edición genética humana. El *enhancement* y la intervención terapéutica". *Vida y Ética*, 18, n° 2, 35-56, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/edicion-genetica-humana-enhancement.pdf>.

25 Asla, M. (2020). "Transhumanismo". En *Diccionario Interdisciplinar Austral*. Ed. Claudia Vanney, Ignacio Silva, y Juan Francisco Franck. Buenos Aires. Universidad Austral, <http://dia.austral.edu.ar/index.php?title=Transhumanismo&action=mpdf>.

3.7. ¿Una nueva eugenesia? La dimensión social del problema

La expansión de una biotecnología que modela el cuerpo humano hace resurgir el problema de la eugenesia, es decir, de una mentalidad que busca la mejora de la raza. La presión hacia los padres para tener el mejor hijo posible, en alianza con las técnicas de reproducción artificial, además de las presiones hacia los médicos para aconsejar acciones de selección de la descendencia y otro tipo de medidas jurídicas, van creando un clima que reinstala los peligros de una sociedad que descarta a los más débiles y conduce a nuevas formas de desigualdad que afectan la dignidad y se oponen a una verdadera concepción de bien común.

4. Conclusión

Los desarrollos tecnológicos que han aumentado el poder de intervención sobre la vida humana se pueden resumir en una cuestión decisiva: ¿es el ser humano una realidad personal o bien debe ser considerado como pura materia disponible?²⁶

En efecto, las tecnologías, sobre todo por la alianza con las poderosas formas de procesamiento y manejo de datos, permiten cada vez más conocer y, consecuentemente, operar sobre el cuerpo humano como si fuera una realidad puramente biológica. Desde su modelación antes de formarse, por medio de la intermediación técnica en la procreación, hasta las intervenciones una vez formado, existe una tendencia a manipular el cuerpo de muy diversas formas. Ello abre promisorias perspectivas terapéuticas, pero también enormes desafíos éticos por el riesgo de una manipulación contraria el bien común y a la dignidad personal.

Así, la extraordinaria capacidad de conocer e intervenir sobre la realidad biológica tiene que ir acompañada de una proporcionada capacidad de reconocer la dignidad inherente a todo ser humano como persona y respetar las exigencias de justicia que se derivan de ello, en orden al bien común. Este es el desafío central de la bioética y, por tanto, del bioderecho.

26 Lafferriere, J. N. (2018). “¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad”. *Sociología y Tecnociencia*, 8, nº 1, 60-84, <https://doi.org/10.24197/st.1.2018.60-84>.

Bibliografía

- Andorno, R. (2009). "Human dignity and human rights as a common ground for a global bioethics". *Journal of Medicine and Philosophy*, <https://doi.org/10.1093/jmp/jhp023>.
- Arias de Ronchietto, C. E. (2001). "Procreación humana, ingeniería genética y procreación artificial". En: Borda G. A. (ed.). *La persona humana*. Buenos Aires. Editorial La Ley.
- Asla, M. (2020). "Transhumanismo". En *Diccionario Interdisciplinar Austral*. Ed. Claudia Vanney, Ignacio Silva y Juan Francisco Franck. Buenos Aires. Universidad Austral, <http://dia.austral.edu.ar/index.php?title=Transhumanismo&action=mpdf>.
- Brugger, C. (2015). "Bioethics: Ethico-Centric Interdisciplinarity". *Quaestiones Disputatae*, 5, n° 2, 24-37, <https://doi.org/10.5840/qd20155218>.
- D'Agostino, F. (1994). "Bioética e diritto". *Medicina e Morale*, 4, 675-690.
- Goldim, J. R. (2009). "Revisiting the Beginning of Bioethics: The Contribution of Fritz Jahr (1927)". *Perspectives in Biology and Medicine*, 52, n° 3, 377-80, <https://doi.org/10.1353/pbm.0.0094>.
- Herrera, D. A. (2015). "En defensa de la moralidad del Derecho". *Prudentia Iuris*, 79, 17-32, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/defensa-moralidad-derecho-herrera.pdf>.
- Herrera, D. A. y Lafferriere, J. N. (2013). "¿Hacia un positivismo judicial internacional? Reflexiones sobre un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la relativización del derecho a la vida". *Suplemento Constitucional*, abril, 1-10.
- Hoyos, I. M. (2005). *De la dignidad y de los derechos humanos*. Bogotá. Universidad de la Sabana.
- Instituto para la Integración del Saber de la Universidad Católica Argentina (2002). "Investigación, integración del saber e interdisciplinariedad". *Consonancias* 1, n° 2, 1-12, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/7368/1/consonancias2.pdf>.
- Lafferriere, J. N. (2011). *Implicaciones jurídicas del diagnóstico prenatal. El concebido como hijo y paciente*. Buenos Aires. EDUCA.
- Lafferriere, J. N. (2015). "La persona humana en el nuevo Código Civil y Comercial. Consideraciones generales". *El Derecho*, n° 13717, 1-22.
- Lafferriere, J. N. (2017). "El cuerpo humano a debate: reflexiones jurídicas". *Prudentia Iuris* n° 83, 367-95.
- Lafferriere, J. N. (2018). "¿Materia disponible o realidad personal? El cuerpo humano, las biotecnologías y las exigencias jurídicas de la dignidad". *Sociología y Tecnología*, 8, n° 1, 60-84, <https://doi.org/10.24197/st.1.2018.60-84>.
- Lafferriere, J. N. (2019). "¿Qué es procrear? Problemas jurídicos inherentes a las técnicas de fecundación artificial". *Valores - Academia del Plata*, IV, <https://www.academiadelplata.com.ar/contenido.asp?id=2775>.
- Massini Correas, C. I. (2017). "Sobre dignidad humana y Derecho. La noción de dignidad de la persona y su relevancia constitutiva en el Derecho". *Prudentia Iuris*, n° 83, 49-72.

- Melina, L. (1999). "Reconocer la vida. Problemas epistemológicos de la bioética". En *¿Qué es la vida? La bioética a debate*. Ed. Angelo Scola. Madrid. Ediciones Encuentro.
- Padrón, H. J. (2017). "La edición genética humana. El enhancement y la intervención terapéutica". *Vida y Ética*, 18, n° 2, 35-56, <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/revistas/edicion-genetica-humana-enhancement.pdf>.
- Pucheta, L. (2017). "La pretensión de universalidad de la bioética a la luz de la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos" [en línea]. Tesis de Maestría. Universidad Católica Argentina. Facultad de Ciencias Médicas. Instituto de Bioética. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/tesis/pretension-universalidad-bioetica-pucheta.pdf>.
- Quintana, E. M. (2017). "Dignidad y deberes humanos". *Prudentia Iuris* n° 83, 73-94.
- Raffo Magnasco, O. P. (1981). "Técnicas genéticas de fecundación en las personas de existencia visible, sus implicancias éticas y jurídicas". *Prudentia Iuris* n° 5, 61-110, <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/3174/1/prudentia5.pdf>.
- Reich, W. T. (1994). "The Word 'Bioethics': Its Birth and the Legacies of those Who Shaped It". *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 4, n° 4, 319-35, <https://doi.org/10.1353/ken.0.0126>.
- Reich, W. T. (1995). "The Word 'Bioethics': The Struggle Over Its Earliest Meanings". *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 5, n° 1, 19-34, <https://doi.org/10.1353/ken.0.0143>.
- Sass, H. M. (2007). "Fritz Jahr's 1927 Concept of Bioethics". *Kennedy Institute of Ethics Journal*, 17, n° 4, 279-95, <https://doi.org/10.1353/ken.2008.0006>.
- Schneider, C. E. (1994). "Bioethics in the Language of the Law". *The Hastings Center Report*, 24, n° 4, 16-22, <https://doi.org/10.2307/3562838>.
- Serrano Ruiz-Calderón, J. M. (1993). *Bioética, poder y Derecho*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid.

EXIGENCIAS DE LA VULNERABILIDAD AL BIODERECHO

Demands of vulnerability to Bio-law
Requisiti di vulnerabilità a biogiuridica

Claudio Sarte¹

Para citar este artículo:

Sarte, C. (2020). “Exigencias de la vulnerabilidad al bioderecho”.

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 351-363.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.351-363>

Resumen: El artículo propone un análisis de las raíces de la crisis actual de disciplinas como la bioética, el bioderecho y la biopolítica. Convencido de que dicha crisis depende de la desertificación del discurso antropológico, como solución para afianzar la empresa teórica indispensable que dichas disciplinas representaron en su origen, el autor sugiere una profundización en el concepto de dignidad humana en relación con el principio de vulnerabilidad. Entre otras cosas, y centrándose en el discurso biojurídico, la vulnerabilidad como principio rector confirma la actitud del Derecho a proteger la parte más débil en cualquier relación intersubjetiva públicamente relevante, a fin de garantizar su naturaleza pacífica y constructiva, y evitando en la medida de lo posible toda deriva destructiva. Es justamente a esto que siempre hemos llamado “civilización del Derecho”.

Palabras clave: Bioética; Biojurídica; Vulnerabilidad; Dignidad humana; Civilización.

1 Doctor en Filosofía del Derecho, Universidad de Padua, Padua, Italia. Catedrático en la Università degli Studi “Tor Vergata”, Roma, Italia. Universidad de Navarra, Pamplona, España. Correo electrónico: claudio.sarte@uniroma2.it.

Abstract: The article proposes an analysis of the roots of the current crisis of disciplines such as bioethics, bio-law and biopolitics. Starting from the idea that it depends on the desertification of the anthropological discourse, as a way out and relaunching the indispensable theoretical undertaking that they represent, the paper presents a deepening of human dignity in relation to the principle of vulnerability. Among other things, and focusing on biolaw, vulnerability as a guiding principle confirms the attitude of the law to protect the weaker part in any publicly relevant intersubjective relationship, in order to guarantee its peaceful and constructive nature, preventing as far as possible the destructive drift. This is what we have always considered “civilization of Law”.

Keywords: Bioethics; Biolaw; Vulnerability; Human Dignity; Civilization.

Sommario: L'articolo propone un'analisi delle radici dell'attuale crisi di discipline come la bioetica, la biogiuridica e la biopolitica. Muovendo dall'idea che essa dipenda dalla desertificazione del discorso antropologico, esso presenta come via d'uscita e di rilancio dell'indispensabile impresa teoretica che esse rappresentano, un approfondimento della dignità umana in relazione al principio di vulnerabilità. Tra l'altro, e concentrandosi sul biodiritto, la vulnerabilità come principio guida conferma l'attitudine del diritto a tutelare la parte debole in ogni relazione intersoggettiva pubblicamente rilevante, allo scopo di garantirne la natura pacifica e costruttiva, impedendone per quanto possibile la deriva distruttiva. È questo che da sempre consideriamo “civiltà del Diritto”.

Parole chiave: Bioetica, Biogiuridica, Vulnerabilità, Dignità umana, Civiltà.

1. La actual crisis de identidad de la bioética y del bioderecho

Como se ha observado con autoridad², la bioética se ha vuelto “aburrida” desde la hora en que ha recibido su definitiva clasificación epistemológica y se ha visto absorbida por parte de la ética biomédica³. Aunque no

2 Jonsen, A. (2000). “Why Has Bioethics Become So Boring?”. En *Journal of Medicine and Philosophy*, 25, 6, 689 y sigs.

3 Lo ha constatado incluso el introductor de la palabra para indicar la nueva disciplina, Potter, V. R.; Potter, L. (1995). “Global Bioethics: Converting Sustainable Development to Global Survival”. En *Medicine & Global Survival*, 2, 3, 186.

sea exactamente ésta su colocación adecuada, la observación acierta en un punto esencial que tiene que ver con el cincuenta aniversario del nacimiento de la disciplina⁴: su profunda crisis de identidad. A mayor razón, la biojurídica –entendida como desarrollo de las implicancias jurídicas (no solamente legales⁵) de las cuestiones bioéticas– se encuentra hoy en día en una situación de fuerte crisis, y va buscando su propia colocación epistemológica y el sentido de su función.

En mi opinión, hay que volver al origen para investigar con detenimiento las razones que determinaron el surgir de las exigencias de una nueva disciplina, la bioética, y de sus ciencias complementarias, como lo son la biojurídica y la biopolítica. Solamente esto nos pondrá en la oportuna continuidad con la historia de la disciplina, y nos permitirá detectar las razones de la crisis y los caminos para salir de ella.

El autor al que acostumbramos conectar el invento de la palabra “bioética”⁶ es Van Rensselaer Potter, un bioquímico de Estados Unidos que nació en 1911 y murió en 2001. Además de muchas publicaciones menores, sus dos libros principales resultan bien conocidos, por lo menos en su intitulación: *Bioethics: Bridge to the Future*, de 1971, y *Global Bioethics: Building on Leopold Legacy*, de 1988. En el arco de las dos publicaciones se desarrolla su actividad intelectual, no especialmente original, pero sin duda muy influyente, y se produce la maduración del nuevo saber bioético.

La biojurídica no presenta una historia tan bien definida, ya que nadie sabe con exactitud quién introdujo la palabra ni cómo se desarrolló científicamente y académicamente: lo que es cierto es que hoy en día todos estamos convencidos de la necesidad de una biojurídica, que acompañe a la bioética no solamente con el respaldo institucional de sus indicaciones normativas, sino también con la reflexión propia de un conocimiento científico específico⁷.

4 Potter, V. R. (1970). “Bioethics, Science of Survival”. En *Perspectives in Biology and Medicine*, 14 y sigs.; y Potter, V. R. (1971). *Bioethics. Bridge to the Future*. Prentice Hall. Englewood Cliffs.

5 Quien escribe considera esencial la diferencia entre bioderecho (análisis descriptivo del *quid juris* sobre temas de bioética) y biojurídica (*deber ser* del bioderecho, reflexión crítica acerca de lo que deberían dictar las reglas del Derecho para *justificar* la bioética). Sobre todo esto se puede remitir a Sarthea, S. (2019). *Bioética e biogiuridica. Itinerari, incontri e scontri*. Torino. Giappichelli.

6 Por lo menos, en cuanto a su difusión académica específica: ya desde 1927 existía esta palabra, *bio-ethik*, para designar el conocimiento moral en el respeto de la naturaleza: cfr. Jahr, F. “Bio-Ethik. Eine Umschau uber die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze”. En *Handweiser fur Natur freunde*, 24(1), 2 y sigs.

7 En el sentido amplio, por ejemplo, de Jaspers, y también de Gadamer, quien demuestra la falacia de la gran división entre saber cuantitativo y saber cualitativo: cfr. Gadamer, H. (1960). *Verdad y Método*. Trad. es. Sígueme. Salamanca, 2006.

Así, por compartir la genealogía y el sentido, la biojurídica comparte con la bioética también la crisis actual. Según lo que muchos opinan, como la bioética ya no puede hacer más que describir las distintas soluciones de los muchos problemas, sin poder permitirse sugerir con argumentos universalmente válidos la mejor entre ellas, de la misma forma la biojurídica se transforma en bioderecho, es decir, en la descripción analítica de las reglas vigentes, de las decisiones jurisdiccionales, de las normas nacionales e internacionales. Por este camino, bioética y bioderecho se reducen a saberes taxonómicos, meramente descriptivos y clasificatorios, y se vuelven, por lo tanto, inidóneos para solucionar o al menos dar orientaciones eficaces a los problemas con que cada día se enfrentan los operadores clínicos, jurídicos, políticos: de esa manera, ambos saberes traicionan la razón de su existencia, ya que surgieron para orientar las conductas individuales y las posturas colectivas en el nuevo e inédito contexto de la revolución biotecnológica⁸.

2. A la raíz de la crisis: el desierto antropológico, y cómo superarlo

No cabe duda de que el actual inmovilismo de la disciplina (con las solas, pocas y no siempre interesantes excepciones debidas a las provocaciones de autores del área anglosajona, como Peter Singer, Julian Savulescu y Nick Bostrom, o Hugo Tristram Engelhardt) tiene que ver con la objetiva dificultad de tomar posiciones unívocas en un escenario secularista, impregnado por el relativismo de una actitud generalizadamente multicultural, o sea, axiológicamente neutralizada. Si la misma filosofía encuentra las conocidas dificultades en proponer llaves antropológicas y soluciones éticas compartidas, podemos imaginar la enorme dificultad de nuestras disciplinas normativas en fundamentar un discurso aceptable por todos. Aun así, hay que mirar con confianza los recursos de la inteligencia humana: lejos de sugerir el dominio del caos, el desarrollo y la profundización de los conocimientos científicos (piénsese en la biología, en la genética, en la química), confirma la existencia de un orden, muy complejo, pero no por esto inalcanzable por parte de nuestras capacidades cognitivas. Lo que los intelectos más agudos del siglo pasado han visto, desde luego, es que sin la aceptación previa del concepto de verdad no solamente no hay ninguna posible ética, sino también no hay ninguna posible ciencia. Como afirma Albert Einstein, “los axiomas éticos no son en absoluto arbitrarios desde el punto de vista psicológico y

⁸ Véase sobre el punto la obra maestra de Jonas, H. (1979). *El principio responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Trad. es. Herder. Madrid, 2014.

genético. Dependen de nuestra tendencia a evitar el dolor y la aniquilación, así como de la reacción emocional, que se ha formado paso a paso, de los individuos a la conducta de los cercanos. [...] Descubrimos y averiguamos los axiomas éticos de forma no muy distinta que los axiomas científicos. La verdad es lo que se resiste a la prueba de la experiencia”⁹. En las ciencias humanas, las que estudian las costumbres y las manifestaciones de las civilizaciones, la antropología cultural brinda a la antropología filosófica informaciones e indicaciones muy provechosas para descubrir la verdad sobre el ser humano en su actuación libre: y es justamente a eso que tiene que hacer referencia una investigación bioética y biojurídica a la altura de la época en que vivimos.

Quiero aclararlo con un ejemplo. Difícilmente se encontrará hoy alguien que niegue carácter principal en la relación conyugal a la paridad entre los esposos, en el sentido moral y jurídico. Pero esto no depende de la voluntad de un legislador feminista o de la evolución de las costumbres, sino de la estructura misma del matrimonio y de la igualdad ontológica de mujer y varón. Podríamos argumentar dicha tesis insistiendo sobre la influencia que tuvo en la historia de las civilizaciones –sobre todo, occidentales– la revelación religiosa (la doctrina cristiana, de forma revolucionaria, desde el comienzo ha afirmado y defendido la paridad conyugal, incluso con el instrumento progresivo del Derecho Canónico), pero esto nos colocaría en una específica provincia cultural, noble y prestigiosa por antigua y benéfica, pero aún limitada. Una norma jurídica necesita, para imponerse a todos, una fundamentación racional, no religiosa ni histórica, y menos aún basada en el sentir de la mayoría. Y, como sugiere Einstein en la frase citada, la experiencia ayuda cuando no se encuentran argumentos filosóficos aceptados por todos (aunque, en mi opinión, el rechazo de la metafísica es ideológico, por no resultar lógicamente fundada la tesis sobre que a menudo se basa, o sea, la objeción de falacia naturalista a la correlación entre ser y deber ser¹⁰). Una experiencia sugerente, aunque dramática, sobre la paridad de los cónyuges es la que nos brinda la historia de la eliminación, en la India colonial y poscolonial, del *suttee*, o sea, del deber de las viudas de lanzarse a la pira del marido fallecido, para morir con él¹¹. Esta costumbre, arraiga-

9 Einstein, A. (1950). *Out of my Later Years* (mía la traducción de la cita, de la versión italiana del libro).

10 Véase sobre el asunto Massini-Correas, C. I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza. EDIUM, y en Italia, con referencia a las críticas de Edmund Husserl y Sergio Cotta, D’Agostino, F. (2005). “Il diritto naturale e la fallacia naturalistica”, in id. *Filosofia del diritto*. Torino. Giappichelli, 77 y sigs.

11 Para más informaciones y reflexiones sobre la costumbre del *suttee* véase D’Agostino, F. (1999). *Una filosofia della familia*. Milano. Giuffré, 157 y sigs. [también existe traducción

da en algunos territorios de la península indiana y justificada por razones religiosas conectadas con la idea hindú de la reencarnación, pero sobre todo funcional a la solución de un grave y bien conocido problema social, como lo es el problema de las viudas, fue combatida con denuedo por los ingleses durante su permanencia colonial, con una actitud dura y represiva que produjo muchos sufrimientos y conflictos. A pesar de eso, cuando después de Gandhi la India volvió a la independencia, y este pueblo se encontró otra vez en condiciones de autorreglamentarse para con sus propias costumbres, a nadie se le ocurrió volver a establecer la obligación de las viudas, quedando el *suttee* como un lejano recuerdo de épocas superadas no solamente por razones históricas, sino sobre todo antropológicas. Había emergido, en otras palabras, algo de lo que algunos llaman “verdad de la familia”¹².

La lectura relativista o historicista de la anécdota no sobrevive a su interpretación ontológica, y nos ofrece un ejemplo claro y persuasivo de lo que entendemos con la expresión “naturaleza humana” (en una aplicación específica como lo es la igualdad entre varón y mujer y la consecuente paridad en el matrimonio). Aunque esta forma de razonar tenga el límite típico de todos los procedimientos científicos fundamentados en lo que Einstein llama la “prueba de la experiencia”, que en algunos casos puede suponer sufrimientos muy grandes e incluso víctimas inocentes, se trata del mejor argumento que podemos emplear para demostrar lo inaceptable de la postura relativista incluso en su (más noble, pero no más certera) versión multicultural. Nótese que no se trata de un acontecimiento aislado: en cierto sentido, la misma historia de los Derechos Humanos confirma de forma generalizada nuestro asunto. Su violación sistemática y atroz a lo largo del siglo XX, y de forma especialmente concentrada por parte de los totalitarismos que han dominado esta fase de la historia del mundo en algunos países, ha producido como por reacción la Declaración de Naciones Unidas de 1948, considerada una piedra miliar en la historia de la elaboración misma del concepto¹³: y sin embargo –como la Declaración misma claramente explica– no se trató de una promulgación sino más bien de un reconocimiento, por el precio de millones de violaciones.

Es un proceso histórico bien conocido: a la violación especialmente grave y evidente corresponde por fin el reconocimiento, lo cual no supone ya la solución de todo problema y la garantía absoluta de su respeto en adelante, pero al menos constituye un principio de vinculación de los Estados y de la

castellana de la obra: D'Agostino, F. (2006). *Elementos para una filosofía de la familia*. Pamplona. Eunsa].

12 D'Agostino, F. *Op. loc. ult. cit.*

13 Para una genealogía muy sintética, sea permitido remitir a Sartea, C. (2018). *Diritti umani. Un'introduzione critica*. Torino. Giappichelli.

comunidad internacional a su obsequio. Una genealogía totalmente aceptable de la misma idea de derecho humano la conecta a otra crisis importante, la del descubrimiento del Nuevo Mundo: la reflexión de Francisco de Vitoria constituye en este sentido un punto de referencia imprescindible para entender la fundamentación antropológica de la idea misma de “derecho del hombre” y de la relacionada idea de igualdad arraigada en las “pruebas” de la dignidad humana que los pueblos indígenas daban a los europeos según el gran pensador dominico, por ejemplo, en virtud de su organización política, de la institución matrimonial que conocían a su manera, y finalmente de la presencia de tribunales y juicios¹⁴.

Una vez más, podemos concluir, el Derecho y la reglamentación jurídica se ofrecen como prueba de algo que los fundamenta: el sentido de la justicia y de la igualdad, y la necesidad de poner la fuerza al servicio de dichas exigencias.

3. A la búsqueda de nuevos principios, con contenido

Ahora bien, y volviendo a nuestro enfoque bioético y biojurídico, si es que hemos conseguido demostrar con alguna eficacia la necesidad de salvar de la irrelevancia a las nuevas disciplinas a través de su fundamentación en una verdad antropológica, ha llegado el momento de preguntarse cuál puede ser esta verdad. El mismo objetivo, en el intento tradicional de la reflexión bioética de mayor difusión internacional, ha sido perseguido durante años a través del recurso al principio de autonomía o a su aplicación ético-jurídica más conocida, el principio de autodeterminación. Como es bien sabido, se trata del primer principio de la perspectiva principialista difundida en Estados Unidos por una corriente de la bioética norteamericana que encontró su texto sagrado en el libro de Beauchamp y Childress¹⁵. Este principio, que gusta especialmente a los liberales porque supone una antropología individualista y exalta la libertad de elección, por un lado, ha llevado a importantes resultados en la bioética clínica (como lo son, sin lugar a dudas,

14 Francisco de Vitoria. *Relectio dei Indis*, II: “Se prueba considerando que en la verdad de los hechos, no son amentes, sino que tienen, a su modo, uso de razón. Es manifiesto que tienen cierto orden en sus cosas, puesto que tienen ciudades debidamente regidas, matrimonios reglamentados, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual requiere uso de razón. Tienen también una especie de religión, y no yerran tampoco en las cosas que para los demás son evidentes. Dios y la naturaleza no les faltan en lo que es necesario para la mayor parte de la especie. Pero lo principal del hombre es la razón, y, por otra parte, inútil es la potencia que no se traduce en acto”.

15 Beauchamp, T. L.; Childress, J. F. (2012). *Principles of Biomedical Ethics*. Washington. OUP (última edición: la primera es de 1985).

la defensa del consentimiento informado, el reconocimiento y la protección de la voluntad del paciente, incluso del paciente menor, en la terapia y en la experimentación); por el otro lado, ha mostrado sus límites desde el comienzo en sectores ajenos a la bioética clínica, como la bioética ambiental, la crítica de la manipulación tecnológica del viviente no consciente, etc., y paulatinamente ha manifestado sus carencias incluso en el área de la bioética clínica misma (piénsese en el debate sobre el rechazo de tratamientos, en la discusión sobre los pacientes en estado vegetativo persistente y sobre la validez ético-jurídica de las declaraciones anticipadas, etc.).

Mientras tanto, en otro contexto cultural (hay que subrayarlo, porque tiene que ver con las cosmovisiones subyacentes), o sea, en el mundo académico europeo, se abrió paso una diferente percepción de los principios claves para entender al ser humano y enfocar sus problemas biomédicos, que pone en el centro el principio de vulnerabilidad. La Declaración de Barcelona, de 1998, fue en este sentido la primera aparición oficial del principio, definitivamente proclamado a nivel internacional con el artículo 8° de la Declaración UNESCO, *Bioética y Derechos Humanos*, de 2005. Remitiendo a otros lugares¹⁶ para la reconstrucción histórica del proceso que ha culminado en este reconocimiento, aquí nos podemos limitar a unas pocas reflexiones sobre el contenido mismo del principio, y especialmente sobre su consistencia biojurídica.

Lo que más me interesa destacar del principio de vulnerabilidad es que se trata de un contenido sustancial, y no de un marco formal. Al fin y al cabo, el principio de autodeterminación ha tenido tanto éxito por su exquisita compatibilidad con el relativismo axiológico dominante en el pensamiento ético oficial: si ponemos en el culmen de los bienes que hay que proteger y promover la libertad de elección, aún no hemos dicho nada acerca de lo que hay que elegir, ni de los fines para los que elegimos un curso de acción y no otro. De esa forma, la preferencia reconocida al principio de autonomía ponía de acuerdo a todos: y por eso apareció como el marco ideal para el debate bioético y para las exigencias de soluciones prácticas presentadas por el bioderecho. Lo que pasa es que mientras tanto se han multiplicado las situaciones dilemáticas en que la referencia al principio de autodeterminación ya no resultaba suficiente: casos típicos, y muy dramáticos, son el del destino de los embriones crioconservados no utilizados para la implantación (así dichos “abandonados”), o la validez y actualidad de las declaraciones anticipadas de tratamiento terapéutico. Por lo que se refiere al primer ejemplo, no hay una voluntad a la que referirse, dado que la de los padres ya no

16 Sarteá, C. (2017). “Da Oviedo a Parigi: la vulnerabilità prima e dopo l'autonomia”. En *Medicina e Morale*, 2017(6), 779 y sigs.

tiene relevancia jurídica (por haberse separado, por haber fallecido uno o ambos¹⁷, en general por no mostrar interés alguno a los embriones); la de los embriones, aunque existiera, no es posible conocerla, y la de los médicos o de los científicos no debe tener relevancia ya que no se trata de cosas (ni mucho menos de cosas enajenadas o enajenables). En el segundo ejemplo, la voluntad de los pacientes, aunque en muchos casos pueda tener manifestaciones sensibles, no por eso solamente puede considerarse adecuada a expresar su punto de vista con lucidez¹⁸. Además, existen ordenamientos jurídicos que no admiten la disponibilidad de la vida corporal propia, así que aún teniendo una voluntad jurídicamente válida del paciente que pide su propia muerte de forma directa o indirecta, dicha voluntad no tendría eficacia jurídica en cuanto a su contenido¹⁹, no vincularía a los sanitarios y, en caso de juicio, su desobediencia por parte de los médicos no constituiría argumento para la condena.

4. Vulnerabilidad y dignidad humana

Si ponemos en el centro del debate bioético y biojurídico principios de naturaleza sustantiva, como el de vulnerabilidad, volvemos a la idea que la dignidad viene antes que la libertad en la secuencia axiológica que informa la ética y el Derecho. En todo caso, no se trataría de algo revolucionario, ya que, por ejemplo, un documento fundamental de la Unión Europea, la Declaración de Derechos Fundamentales firmada en Niza, en el año 2000, e incluida entre los Tratados de la Unión a partir de la Conferencia de Lisboa (2008), con mucha claridad coloca antes el bien jurídico dignidad y después el bien jurídico libertad en sus primeros artículos sobre derechos fundamentales. Esto, entre otras cosas, significa que no hay que renunciar a la actitud liberal para colocar a la dignidad humana en el primer escalón de los bienes que un ordenamiento se compromete a proteger y promover. Los jueces han llegado antes que los políticos a entenderlo, si miramos decisiones jurisdiccionales, como la sentencia administrativa francesa sobre el

17 Cfr. Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Parrillo c/ Italia”, de 2015.

18 D’Agostino, F. (2011). “Testamento biológico”. En id. *Bioetica e biopolitica. Ventuno voci fondamentali*. Torino. Giappichelli, 225; Sgreccia, P. (2019). *Vulnerabili, bisognosi e capaci di scelte. Un manuale di bioética*. Roma. Angelicum University Press.

19 En este sentido se pronunció el Comité Nacional de Bioética italiano en su documento sobre declaraciones anticipadas, de 2003: aunque en el actual debate sobre suicidio asistido, lamentablemente, no se hayan tenido en la debida cuenta las razonables recomendaciones de aquel texto. Véase, también, el intenso debate acerca de la decisión de la Corte Suprema sobre el Caso “Englaro”, la n. 21748 de 2007.

lanzamiento del enano²⁰, o la alemana sobre el caníbal de Rothenburg²¹, o la célebre decisión de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el caso “Pretty c/ Reino Unido”, de 2002. En todos esos casos, la raíz del conflicto interpretativo consistía en la tensión entre voluntad y dignidad: ambas se refieren al ser humano, pero la primera es la forma de su libre conducta, la segunda es uno de los posibles contenidos. En otras palabras, la primera puede reducirse a simple subjetividad, la segunda permanece objetiva: y como el discurso jurídico necesita un anclaje objetivo, no debería haber dudas sobre cuál principio hay que colocar en primer plan a la hora de aprobar leyes o dictar sentencias.

Es por esta razón fundamental, que tiene que ver con una auténtica metafísica del Derecho, y que se inspira en el pensamiento de autores como Sergio Cotta y Francesco D’Agostino, que el principio de vulnerabilidad pertenece, en mi opinión, al paladio de los principios del bioderecho, mejor dicho, de la biojurídica como constructiva crítica (*jus condendum*) del bioderecho (*jus conditum*). Su premisa es que la verdad exista y que los seres humanos, si se esfuerzan, puedan conocerla, aunque dicho conocimiento admita progresos y regresos²² y, por supuesto, pueda tener equivocaciones y malentendidos. Su ulterior premisa es que la verdad de la que estamos hablando es la verdad del ser humano, y especialmente de sus relaciones más relevantes para la dimensión pública, o sea, el matrimonio (y no ya la amistad, por ejemplo, que no tiene especial relevancia colectiva aunque como valor en sí resulte de primera importancia para el desarrollo de la personalidad), o el trabajo, o la transmisión sucesoria de los bienes materiales, etcétera²³. Como se ve, aceptar este modelo de razonamiento implica admitir la posibilidad teórica de la antropología filosófica, que nos obliga a salir del empirismo así como del pragmatismo, aprovechando los resultados científicos de la antropología cultural, de la sociología, incluso de la misma biología, pero sin contentarnos con ellos, sino más bien sacando de sus observaciones y descripciones aquel patrimonio de experiencia y conocimientos que nos permiten fundamentar de manera objetiva y no voluntarista el discurso normativo.

20 Conséil d’Etat, *Arret* 27-10-1995.

21 Citada por Spaemann, R. (2011). *Tre lezioni sulla dignità umana*. Torino. Lindau, 57.

22 En el sentido que en la moral no hay progreso lineal y por añadidura, sino que cada persona, cada generación, empieza en cierto sentido desde el comienzo: véase Ratzinger, J. *Spe Salvi*, n. 18.

23 Cotta, S. (1987). *El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Pamplona. EUNSA.

5. La vulnerabilidad en el corazón de la civilización del Derecho

Finalmente, quiero llamar la atención sobre otro aspecto importante que depende de la elección del principio de vulnerabilidad como principio clave de la biojurídica: su adopción nos recuerda, una vez más, el cometido esencial del Derecho como hecho social universal. Si no consideramos simplemente trivial su existencia, si creemos que el Derecho no se limita a confirmar el *statu quo*, si estamos convencidos de que el fenómeno jurídico se fundamenta y se inspira en la justicia y por esto no tolera configuraciones sociales inicuas, sino que constantemente empuja la coexistencia hacia su mejor organización posible, el principio de vulnerabilidad se coloca exactamente en el confín entre civilización y barbarie. La dimensión animal de los seres humanos es la que aflora cada vez que cedemos a la violencia y aceptamos la “ley del más fuerte” (que desde luego no es ley sino ausencia de ley, ausencia de cualquier regla de justicia en la relación): pero esto equivale a renunciar al Derecho y abandonarse a equilibrios relacionales que sólo aparentemente resultan “naturales”, por bestiales. Incluso desde la antropología cultural²⁴, ha sido demostrado que entre animales y seres humanos hay continuidad en la lógica de la violencia mimética: con la diferencia fundamental que entre los seres humanos dicha violencia es más o menos consciente, y por eso responsable, ética y jurídicamente, y que en consecuencia los seres humanos pueden, si quieren, sacarse fuera de su ciega espiral.

Dicho de otra manera, entre los animales no humanos no hay ni habrá nunca tribunales, principalmente porque los animales no humanos no tienen la palabra (aunque nuestra manera de concebir el proceso es esencialmente vinculada con la palabra, oral y escrita), y porque el conflicto entre animales queda solucionado por una fuerza que no necesita justificación racional y que tiene su legitimación definitiva en la lógica evolutiva²⁵. Una fuerza así entendida y ejercitada resultaría entre seres humanos mera violencia, o sea, barbarie: lo más opuesto que se pueda imaginar a la civilización del Derecho. Aunque exista, desde luego, una diferencia conceptual entre inocencia y vulnerabilidad, en la práctica con frecuencia las dos categorías se acercan, y la defensa de la inocencia²⁶ coincide con la protección del vulnerable por el simple hecho de que el vulnerable, así como el inocente, no tiene la fuerza para oponerse al abuso, o sea, a la injusticia. Si con Sócrates y Platón

24 Girard, R. (1978). *Acerca de las cosas escondidas desde la fundación del mundo*. Trad. es. H. Garetto. Buenos Aires, 2010.

25 *Ibidem*, 123.

26 Cotta, S. (1972). “Innocenza e diritto”. En *id.*, *Itinerari esistenziali del diritto*. Napoli. Morano.

rechazamos la definición de justicia de Trasímaco²⁷ (“Justicia es el interés del más fuerte”), nos colocamos en el surco de un pensamiento acerca del Derecho que atraviesa toda la historia de Occidente y, con el Cristianismo, llega a su plena autocomprensión: la justicia no puede ser venganza porque el Justo no es vengador sino misericordioso, ya que no se puso de la parte de los carnífiles sino entre las víctimas, a la hora de elegir su sitio²⁸.

Mucho se ha discutido y se sigue discutiendo acerca del contenido específico del principio de vulnerabilidad, y no pienso aquí volver a dicha discusión²⁹. Sin duda, incluso el más importante apoyo textual del principio, el citado artículo 8º de la Declaración UNESCO, *Bioética y Derechos Humanos*, expresa la conciencia clara de una distinción entre una condición vulnerable “especial” (por así decirlo) y una condición general. La primera afecta a situaciones contingentes, bien porque temporáneas (un embarazo, una enfermedad debilitante, un período de paro laboral), bien porque individuales (nacer con una discapacidad, pertenecer a un grupo social desfavorecido o incluso discriminado). La segunda, en cambio, habla de la vulnerabilidad como condición antropológica: y podemos entender que se refiera a la universal exposición constante a patologías y daños físicos y psíquicos de cualquier tipo, y en definitiva a la mortalidad como condición no trascendible³⁰. Por eso, de forma del todo legítima y correcta, la Declaración UNESCO habla de la vulnerabilidad como un aspecto de la humanidad en general, antes de considerar sus matices específicos³¹.

Es imposible no tomar acto de la vulnerabilidad humana, sobre todo en este sentido general. Lo que diferencia entre civilización y barbarie no es aceptar la condición humana, sino hacerse cargo de ella. No es una actitud pasiva sino activa. Y no se refiere a unos pocos individuos o grupos, sino a toda la familia humana en cuanto tal (en cierto sentido, como ya dijo Jonas³², al mundo viviente en su conjunto). Por esas razones, la vulnerabili-

27 Recuérdese el primer libro de la *República* de Platón, y la actualización de aquel lejano e inmortal debate por parte, por ejemplo, de Sandel, M. J. (2008). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Trad. es. Nuevas Ediciones de Bolsillo. Madrid, 2012.

28 Girard, R. Ob. cit., 238.

29 Si interesa véase Sartea, C. *Da Oviedo a Parigi: la vulnerabilità prima e dopo l'autonomia*, cit.

30 A pesar de las ilusorias promesas del posthumanismo y del transhumanismo: sobre las repercusiones sociales de dichas posturas más ideológicas que filosóficas véase ahora Sánchez Sáez, J. A. (coord.) (2020). *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestión subrogada y transhumanismo*. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi.

31 “Artículo 8º - *Respeto de la vulnerabilidad humana y la integridad personal*. Al aplicar y fomentar el conocimiento científico, la práctica médica y las tecnologías conexas, se debería tener en cuenta la vulnerabilidad humana. Los individuos y grupos especialmente vulnerables deberían ser protegidos y se debería respetar la integridad personal de dichos individuos”.

32 Jonas, H. Ob. cit., 178.

dad se presenta como un candidato idóneo a fundamentar la biojurídica de la que la actual crisis de identidad de bioética y bioderecho parecen percibir con más fuerza que nunca la necesidad imperiosa.

Bibliografía

- Beauchamp, T. L.; Childress, J. F. (2012). *Principles of Biomedical Ethics*. Washington OUP (última edición: la primera es de 1985).
- Cotta, S. (1987). *El Derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*. Pamplona. EUNSA.
- Cotta, S. (1972). “Innocenza e diritto”. En Id., *Itinerari esistenziali del diritto*. Napoli. Morano.
- D’Agostino (2005). “Il diritto naturale e la fallacia naturalistica”. En Id., *Filosofia del diritto*. Torino. Giappichelli.
- D’Agostino (2011). “Testamento biológico”. En Id., *Bioetica e biopolitica*. Giappichelli. Torino. Ventuno voci fondamentali.
- D’Agostino (1999). *Una filosofia della familia*. Milano. Giuffré.
- Einstein (1950). *Out of my Later Years*.
- Gadamer (1960). *Verdad y Método*. Trad. es., Sígueme, Salamanca, 2006.
- Girard, R. (1978). *Acerca de las cosas escondidas desde la fundación del mundo*. Trad. es., H. Garetto, Buenos Aires, 2010.
- Jahr, J. “Bio-Ethik. Eine Umschau uber die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze”. En *Handweiser fur Natur freunde*, 24.
- Jonas (1979). *El principio responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. Trad. es., Herder, Madrid, 2014.
- Jonsen (2000). “Why Has Bioethics Become So Boring?”. En *Journal of Medicine and Philosophy*.
- Massini-Correas, C. I. (1995). *La falacia de la falacia naturalista*. Mendoza. EDIUM.
- Potter, V. R.; Potter, L. (1995). “Global Bioethics: Converting Sustainable Development to Global Survival”. En *Medicine & Global Survival*.
- Ratzinger. *Spe Salvi*, n. 18.
- Sánchez Sáez, J. A. (coord.) (2020). *Dignidad y vida humana: eutanasia, gestación subrogada y transhumanismo*. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi.
- Sandel, M. J. (2008). *Justicia: ¿hacemos lo que debemos?* Trad. es., Nuevas Ediciones de Bolsillo, Madrid, 2012.
- Sartea (2017). “Da Oviedo a Parigi: la vulnerabilità prima e dopo l’autonomia”. En *Medicina e Morale*, 2017(6).
- Sartea (2018). *Diritti umani. Un’introduzione critica*. Torino. Giappichelli.
- Sgreccia, P. (2019). *Vulnerabili, bisognosi e capaci di scelte. Un manuale di bioética*. Roma. Angelicum University Press.
- Spaemann, R. (2011). *Tre lezioni sulla dignità umana*. Torino. Lindau.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso “Parrillo c/ Italia”, de 2015.

**LA FILOSOFÍA JURÍDICA “PROSOPOLÓGICA”
DE JEAN-MARC TRIGEAUD ANTE LAS
INTERPELACIONES CONTEMPORÁNEAS
DE LA BIOÉTICA
EL CASO DEL “DIAGNÓSTICO GENÉTICO
PREIMPLANTATORIO”**

*Jean-Marc Trigeaud’s “prosopological” legal philosophy in the face of
contemporary bioethical questions*

The case of the “Preimplantation Genetic Diagnosis”

*La filosofia giuridica “prosopologica” di Jean-Marc Trigeaud di fronte
alle interpellazioni contemporanee della bioetica*

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas¹

Para citar este artículo:

Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2020). “La filosofía jurídica ‘prosopológica’ de
jean-marc trigeaud ante las interpelaciones contemporáneas de la bioética”.

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 365-376.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.365-376>

Resumen: El presente artículo desarrolla algunas consideraciones en torno del pensamiento del antiguo catedrático de la Universidad de Burdeos, Jean-Marc Trigeaud, quien, a lo largo de su extensa y prolífica producción científica, asume que el único modo de responder con cierta plausibilidad a los desafíos que presenta la sociedad contemporánea es arraigar en una filosofía jurídica por él denominada –acaso provocadoramente– “prosopológica”, es decir, en una concepción que dé cuenta del ser humano “desnudo”, esto es,

1 Profesor Titular de Teoría General y Filosofía del Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina y de Introducción al Derecho, Universidad Católica de Salta, Salta, Argentina. Correo electrónico: renatorb@fibertel.com.ar

en tanto que tal, sin ninguno de los ropajes que lo caracterizan de ordinario (sexo, nacionalidad, religión, capacidad, condiciones físicas, cultura, etc.).

Palabras clave: Persona; Derechos Humanos; Dignidad; Bioética; Diagnóstico genético preimplantatorio.

Abstract: This article develops some considerations about the work of the former professor at the University of Bordeaux, Jean-Marc Trigeaud, in his extensive and prolific scientific production, Trigeaud assumes that the only way to respond with some plausibility to the challenges that contemporary society presents is to take root in a legal philosophy that he calls –perhaps provocatively– “prosopological”, that is, in a conception that accounts for the “naked” human being, that is, as such, without any of the clothing that characterizes it ordinarily (sex, nationality, religion, ability, physical conditions, culture, etc.).

Keywords: Person; Human Rights; Dignity; Bioethics; Preimplantation genetic diagnosis.

Sommario: Questo articolo sviluppa alcune considerazioni attorno al pensiero dell'ex professore all'Università di Bordeaux, Jean-Marc Trigeaud, che in tutta la sua vasta e prolifica produzione scientifica, presume che l'unico modo per rispondere con una certa plausibilità alle sfide che la società contemporanea presenta è di radicarsi in una filosofia giuridica da lui chiamata –forse provocatoriamente– “prosopologica”, cioè in una concezione che rende conto dell'essere umano “nudo”, cioè, come tale, privo di nessuna delle abitudini che normalmente lo caratterizzano (sesso, nazionalità, religione, abilità, condizioni fisiche, cultura, ecc.).

Parole chiave: Persona; Diritti Umani; Dignità; Bioetica; Diagnosi genetica preimpianto.

I. Introducción

Agradezco a *Prudentia Iuris* el convite que se me ha formulado con motivo de su 40º aniversario. Constituye un honor participar en este número homenaje a una publicación que ha tenido, entre sus objetivos, la defensa irrestricta del ser humano, en tanto fundamento de la coexistencia social y, por añadidura, del Derecho. Dentro de ese espíritu, efectuaré algunas consideraciones en torno del pensamiento del antiguo catedrático de la Universidad de Burdeos, Jean-Marc Trigeaud, quien a lo largo de su extensa y

prolífica producción científica, asume que el único modo de responder con cierta plausibilidad a los desafíos que presenta la sociedad contemporánea es arraigar en una filosofía jurídica por él denominada –acaso provocadamente– “prosopológica”, es decir, en una concepción que dé cuenta del ser humano “desnudo”, esto es, en tanto que tal, sin ninguno de los ropajes que lo caracterizan de ordinario (sexo, nacionalidad, religión, capacidad, condiciones físicas, cultura, etc.).

A su juicio, “los *Derechos Humanos* [...] son violados hoy tanto como ayer; ya se trate de la época en la que el cristianismo empezaba a ejercer una influencia moderadora; ya de ciertas circunstancias históricas recientes, en las que se extendieron las concepciones declarativas que, a la postre, se han transformado en habituales. Las lesiones que padecen los Derechos Humanos sólo han cambiado en lo exterior [...]”². Pero, y esto es lo relevante aquí, “esta verdadera y relevante ‘tradición’ de la injusticia”, como la puntualiza el autor, acaece en lo más propio del ser humano, es decir, en su raíz, en “la parte menos jurídica de todas; la parte que, separada de una referencia a la *naturaleza de las cosas* e indiferente a las medidas relacionadas con la igualdad patrimonial, se somete a la *naturaleza del hombre* y que, independientemente de toda distribución de bienes, no considera sino a los Derechos Humanos nacidos de su propia humanidad”³.

Lo expuesto, que parece perceptible en un buen número de ejemplos –como, v. gr., los desafíos que proponen los desarrollos de las ciencias médicas, algunos de los cuales se examinarán en lo que sigue–, es lo que Trigeaud ha denunciado en su vasta obra y que exige abrogar la separación nacida de las perspectivas ya racionalistas, ya empiristas-voluntaristas (en definitiva, positivistas), que propiciaron la separación entre “naturaleza” y “persona” y una mirada antitética entre “cuerpo” y “alma”, entre lo “espiritual” y lo “material”; entre la “vida íntima” y la “vida social” de todo ser humano contemporáneamente al uso⁴.

2 Trigeaud, J. M. (1993). “Derecho Natural y Derechos Humanos en los albores del siglo XXI. La tradición clásica del Derecho Natural y su superación por el personalismo”. *Persona y Derecho*. 28°. Pamplona, 282 (el énfasis corresponde al original) (del francés por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas).

3 *Ibid.*, loc. cit. En idéntico sentido, cfr. su obra (1992). *Introduction à la Philosophie du Droit*. Bière. Bordeaux, esp. 61. Sobre una síntesis de esa obra, cfr. la referida reseña de mi autoría publicada en (1995). *Persona y Derecho*. 30°. Pamplona, 378-380.

4 Cfr. *ibid.*, esp. 286-296. Sobre el distingo entre “vida íntima y vida social” cfr. también las sugerentes reflexiones de Caliva, C.; Esses, M. “La capacidad en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación: sustrato filosófico y compatibilidad con las normas internacionales sobre la materia”. En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (director). *Los derechos de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial. Aproximación a algunos aspectos novedosos*. La Ley-Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho, UBA, 91-93.

En efecto, si se piensa en temas como el modo de generar vida a través de tratamientos de fertilización asistida (FIV), o bien por conducto de terceras personas (caso de la maternidad subrogada); la posibilidad de interrupción de la vida a través del aborto; los supuestos de experimentación en seres humanos; el tratamiento y consecuente disponibilidad (o no) de ciertas partes del cuerpo, tal el caso de las células madre o, como se verá en este papel, los criterios de selección del nacimiento de las personas por conducto de diagnósticos genéticos preimplantatorios (DGP), se advierte, sin mayor esfuerzo, que las personas viven, como escribió en su día Arthur Kaufmann, “riesgosamente”⁵; que la posibilidad de su “cosificación”, para emplear una clásica expresión kantiana⁶, es relativamente sencilla y que, por ende, la temida violación de los Derechos Humanos es un hecho que, como previene Trigeaud en los textos más arriba citados, hace posible “pervivir en la injusticia”. De ahí que, a su juicio, la misión de los Derechos Humanos debe orientarse “a la luz de una filosofía que los sitúa en la prolongación de la persona, de suerte de restaurar la unidad perdida y, a partir de la definición del hombre que ella propone, preservar sus riquezas fragmentadas y empobrecidas por la naturaleza y rehabilitar la diferencia radical de su individualidad, personal y espiritual y no empírica y subjetiva [...]”⁷.

Pues bien, tras destacar algunas notas de su propuesta iusfilosófica (II), vincularé su tesis, como se adelantó, con aspectos relacionados a la bioética, en particular, el supuesto del Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DFP) (III), antes de efectuar unas breves conclusiones (IV).

II. Algunas notas de la filosofía jurídica “prosopológica” de Trigeaud

El planteamiento del profesor de Burdeos concierne centralmente en dar cuenta del ser del hombre o, como él lo dice –en un signo, si cabe, de “distinción” y de “originalidad”–, del “prosopon”⁸, dando vuelta así un significado etimológico que, como es sabido, mienta exactamente lo contrario que

5 Kaufmann, A. “El renacimiento del Derecho Natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardia Clausi). En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. (2008). *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco, 384.

6 Cfr. Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. García Morente). Madrid. Espasa, 80 y sigs.

7 *Ibíd.*, 295.

8 Cfr., entre otros, *Introduction...*, nota 3, esp. 11-13.

su planteamiento⁹. No se trata, en efecto, de comprender la “máscara” que actúa en la vida social sino al “universal diferente”, al “otro antes” (“*autre d’abord*”); finas expresiones que remiten a otra, tanto o más expresiva que las precedentes: al “diferente concreto”¹⁰.

La persona, pues, es una; única e irrepetible: ahí lo “diferente concreto”; pero la persona comparte su mismidad con el resto de los humanos: ahí lo “universal”. De algún modo, la “gloria” de cada ser humano es también la del otro, en tanto todos comparten comunes exigencias y parejos bienes primarios. Pero conviene reparar que esa comunidad de exigencias y bienes no remite a una dimensión abstracta, sino que se perfila en las concretas circunstancias de todos y cada uno. De ahí esa idea nuclear de que la persona es el “*autre d’abord*”: si no se reconoce, *primariamente* (antes que nada y en su *radical identidad entitativa*), al otro, no hay coexistencia posible y la idea de base de la universalidad se desvanece inexorablemente. Trigeaud, en efecto, es categórico: “[...] todo parte de la evidencia de ese valor absoluto (en razón de ser universal y no general o conceptual) que es el diferente concreto” y cuya defensa incumbe a la justicia en tanto se concibe “como la voluntad de reconocer, de respetar, de proteger a ese universal diferente, de acuerdo con los medios conceptuales que le ofrecerán el Derecho y la política”¹¹.

Sobre tales bases, la filosofía jurídica prosopológica finca en el reconocimiento de la identidad personal. Se trata, dice Trigeaud, de un tema que se evade de lo meramente “positivo” (que en el autor se asocia con lo “fenoménico”) para ingresar en lo “filosófico” (esto es, en la lógica de su pensamiento, en lo esencial), justamente ante, v. gr., “las dificultades advertidas por las manipulaciones genéticas o las amenazas que ponen a prueba las democracias, como el terrorismo o los conflictos armados inter-religiosos o inter-étnicos”¹². De ahí que, retomando una apreciación ya adelantada en el apartado anterior, este asunto “pertenezca a una filosofía de la ‘naturaleza del hombre’, la que ha permitido llevar al Derecho –que se encontraba centrado sobre la ‘naturaleza de las cosas’– a las exigencias de una ética social. Y este problema muestra, al mismo tiempo, el carácter indivisible de una reflexión sobre el sentido y sobre el fin del hombre en el Derecho: el *deber ser* (*ought*) no es escindible del *ser* (*is*)”¹³.

9 Sobre esto, cfr. Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. Eunsa, 425-430, y nuestra (2019). *Teoría del Derecho*. Buenos Aires. Ábaco, 41-46.

10 Cfr. *Introduction...*, nota 3, esp. 11-17 o 68.

11 *Ibíd.*, 68.

12 Trigeaud, J. M. (1993). “La identidad de la persona” (del francés por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas). *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires, v. 3, 1.

13 *Ibíd.*, loc. cit.

Desde esta perspectiva, “la identidad alcanza al ser personal como acto de vida y no como potencialidad. Ella connota, en fin, una dignidad adquirida que no tiene que ‘realizarse’ u ‘obtenerse’ a través de un devenir personal, al compás de las oportunidades que se le presentan en las relaciones nacidas al amparo del ‘contrato social’, ya que aquella no deviene nada distinto de lo que ya era antes, puesto que, de ocurrir esto último, esta ‘dignificación’ haría prevalecer la potencia sobre el acto, lo cual sería invertir el orden del ser”¹⁴.

La identidad, entonces, es a la vez universal y singular; emerge como una señal que hermana a todos y, también, como un dato que es de cada quien de modo intransferible. En cuanto a lo primero, la identidad “tiene a la vista el elemento inmutable o invariable que refleja la esencia de la existencia humana; ella alcanza lo inteligible en el hombre al asirlo en su integralidad (carne y alma)”. A su vez, en cuanto a lo segundo, la identidad plantea que “lo propio de la universalidad es el abrirse a su referente: al reconocimiento de la singularidad [...] que entraña la identidad de la persona viviente y que, por lo mismo, es reconocida como tal; es objeto de ‘tuteo’ (*tutoiement*)”¹⁵.

Profundícese por un instante en el par universalidad-singularidad. Como expresa Trigeaud, muchos de los retos bioéticos antes señalados “han desmantelado la integralidad bio-psíquica del hombre”, por lo que “el lenguaje de la particularidad sustituye al lenguaje de la singularidad o de la alteridad ontológica radical”.

Sin embargo, en cuanto respecta a la singularidad, cabe reparar que, en sus orígenes, “esta voz es empleada a fin de designar el entero o el todo ser humano, en la irreiterabilidad o la unidad existencial de su acto de vida”¹⁶. De ahí que sea interesante advertir que semejante es la percepción que hoy se tiene del ser humano a partir de los aportes que proporciona la genética más sofisticada a propósito, v. gr., de los gemelos monocigóticos.

En efecto, como se pone de relieve en un caso resuelto por la Cámara Federal de Apelaciones de Salta, la posible divisibilidad del embrión que, en determinadas circunstancias, da lugar al fenómeno recién descrito, nada dice contra la individualidad (la “singularidad”, en los términos de Trigeaud) de los gemelos, quienes si bien son genéticamente idénticos, resultan, como es bien perceptible, dos personas enteramente distintas, portadoras de diversos “actos de ser” que los caracterizan de modo radicalmente diverso entre sí y respecto de terceros¹⁷.

14 *Ibíd.*, 14. Cfr., también, 18.

15 *Ibíd.*, 14.

16 *Ibíd.*, 15.

17 Cámara Federal de Apelaciones de Salta, República Argentina, causa “R. N. F. c/ Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”, sent. del 3-9-2010, voto del juez Rabbi-Baldi Cabanillas, *LLNOA*, noviembre de 2010, p. 991; *JA*, Buenos Aires, t. 2010-IV, p. 72.

El supuesto recién referido, sumamente sugerente en cuanto permite mostrar con toda claridad la profunda dimensión de la unidad biológica, de un lado, y de la diversidad espiritual, de otro, que acompaña en ciertas circunstancias al ser humano, conecta con provecho con lo que Trigeaud mienta como la “*esperienza integral de una differenza*”¹⁸.

En este horizonte, considera Trigeaud que frente a la disociación, producto de los planteamientos teóricos referidos en el anterior apartado, “la identidad de la persona viviente puede ser de nuevo concordada, como fundamento de una dignidad constituida [...] para inspirar una protección o un respeto –primero ético, después jurídico– sin el cual el respeto a las soluciones que ofrece el Derecho no es, ni siquiera, ‘respetable’ o absolutamente justificado”¹⁹. Y añade: “[...] el problema del Derecho reside en no poder transformar enteramente esta identidad de característica metafísica y ética en una identidad precisamente jurídica, toda vez que la primera identidad es absoluta, mientras que la segunda que implica la anterior, es necesariamente relativa”. El Derecho, observa Trigeaud, en tanto ámbito de lo “tuyo” y de lo “mío”, puede, de ordinario, no asir conductas como el “perdón” (negando de esta manera el principio jurídico de responsabilidad) o la “dación” (negando así el principio jurídico de la propiedad). Empero, “aquello que, precisamente, en supuestos como los recién examinados, lo hace ‘justo’ y ‘obligatorio’ [a ese perdón o esa dación –piénsese, v. gr., en los trasplantes de órgano], reside en el hecho *de no conculcar una capacidad singular y eminentemente personal* de ser singularmente (y no colectivamente)”²⁰. De esta forma, “la identidad de la persona en el Derecho puede valerse de una identidad más amplia y completa, de carácter ético, que la sitúa en la dimensión del mejor ideal del hombre [...]”. En definitiva, “la identidad es el signo de una dignidad que se adquiere a pesar de que pueda no merecérsela, toda vez que se la posee por el simple hecho de ser un existente humano”²¹.

18 Trigeaud, J. M. “Derecho Natural...”. Ob. cit., nota 2, 298.

19 Trigeaud, J. M. “La identidad...”. Ob. cit., nota 12, 18.

20 *Ibid.*, loc. cit.

21 *Ibid.*, 18-19. De modo análogo, D’ Agostino, F. (1991). “Il principio familia come criterio bioético fondamentale”. En *Linee di una Filosofia della Famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*. Giuffrè, 163-164 y 167, considera que la identidad es lo que da sentido a la realidad del Derecho. A su juicio, éste no puede sino aspirar a “ser la estructura de la protección y de la promoción de la identidad de la persona”, toda vez que “el principio jurídico fundamental de nuestro tiempo reside en el reconocimiento, en todo ser humano, de un sujeto jurídico”. Por ello, continua el autor en clara sintonía con el pensamiento de Trigeaud, si se piensa en el ámbito de la bioética, parece claro que ninguno de sus descubrimientos, desarrollos y, especialmente, procedimientos, deberían afectar, *de principio*, esto es, “no como un axioma, sino como un *arché*”, la “posibilidad del reconocimiento de la identidad del individuo humano”.

Desde esta lógica cobra todo sentido la propuesta trigeaudiana de una reflexión filosófica del Derecho anclada en la concreción de lo que él denomina “dikelogía”. Esta “idea de la justicia”, como se señaló en otro lugar, no puede asociarse a la “idea de Derecho” de sabor neo-kantiano, pues apunta a algo que se encuentra en el ámbito de la realidad más tangible y, precisamente por ello, se encuentra revestido de un máximo contenido: el indisponible respeto a la persona que se hace patente, como se anticipó, ante la “tradicción de la injusticia”²². Es que no es posible disociar “persona humana y valor de justicia”²³, ya que no cabe una reflexión que no traduzca “la realidad profunda de la experiencia vivida” por el ser humano, sea ésta de la índole que sea (dramática o virtuosa), contrariamente a las perspectivas positivistas-empiristas (cientificismos, sociologismos, funcionalismos) y racionalistas, las que, en tanto “se limitan a definir y a desarrollar *concepts* enteramente provenientes de la razón”²⁴, quedan huérfanas de respuesta ante ese aspecto crucial de la realidad de la vida que impacta de lleno sobre la del Derecho.

Y esta omisión es determinante en el ámbito de la bioética pues aquí, como su propio nombre lo indica, se está ante un debate de índole –precisamente– ético, esto es, de contenido; de proposiciones sobre lo justo y lo injusto; sobre lo mejor, lo menos malo o lo peor (que en términos de la casuística constitucional se advierte cuando en la tensión entre derechos constitucionales se producen equilibrios “óptimos”, “mínimos” o “dilemas” en cuanto a la concreción de los derechos fundamentales²⁵), “a menos de optar por una aproximación ‘meta-ética’, ‘no cognitivista’, cuantitativista y materialista, de acuerdo con la cual no se hará más que administrar las opiniones irracionales y dominantes, financiadas por el más fuerte”²⁶. En esta última perspectiva, concluye el autor, la aparición “empírica de una persona es equivalente a la *aparición de una cosa*”, de suerte que ésta “no es más que un *medio ordenado a los fines que se le ha escogido para ella* y que no tiene sino que aceptar de buen grado”²⁷.

22 *Ibid.*, 13 y sigs.; “Derecho Natural...”. *Ob. cit.*, nota 2, 281-282.

23 Trigeaud, J. M. (2017). “La personne n’est pas un ‘projet’. Réponse éthique et juridique au Pr Axel Kahn á propos de la naissance d’ un ‘bébé médicament’”. En *Métaphysique personnaliste*. Bière. Bordeaux, 203.

24 Trigeaud, J. M. *Introduction...*, nota 3, 17. Cfr., asimismo, “La identidad...”. *Ob. cit.*, nota 12, 15-17.

25 Cfr. a partir de los planteamientos de Dworkin, Alexy y Atienza, mi *Teoría del Derecho*, nota 9, 373-378.

26 Trigeaud, J. M. “La personne...”, nota 23, 203.

27 *Ibid.*, 203-204.

III. Aplicación de la iusfilosofía “prosopológica” al ámbito de la bioética: el caso del DGP

Con la precedente reflexión se abre camino la tercera y última parte de este papel. Trigeaud efectúa dicho comentario a propósito del advenimiento de los denominados “bebés de diseño”. A su juicio, “después de la esclavitud de los servicios feudales de los que se liberaron el asalariado moderno y el contrato de trabajo, podría bien instaurarse una nueva esclavitud, esta vez de carácter genético e intra-familiar [...] porque se niega que la persona significaría una libertad propia o autónoma; que ello puede designar el asiento mismo de toda su dignidad; y se insinúa como aceptable la idea de poder mercantilizar o cosificar la vida humana (al hacerlo un bien privado de vocación intrínseca, una *res extensa* cartesiana...)”²⁸.

El autor, en efecto, reflexiona a propósito del caso de un niño nacido mediante técnica FIV a fin de salvar a su hermana, gravemente afectada por una enfermedad (beta-talasemia). Al respecto, repara en la opinión de un genetista quien, si bien rechaza que a través de dicha práctica se favorezca algún tipo de control eugenésico o que los padres puedan determinar anticipadamente el sexo del niño, considera que aquella está “inspirada por la ética más alta: ayudar al otro”, maravillándose de que “el sentido de un deber de asistencia o de solidaridad haya acompañado los prodigiosos progresos de la medicina y de la genética entregándoselos al bien de las personas y de la sociedad”²⁹.

Con todo, Trigeaud presta especial atención a cómo el recién citado caracteriza al recién nacido, a quien su familia, de origen turco, ha llamado Umut-Talha (“Esperanza”): éste es una “persona, es decir, un sujeto libre e independiente”, pero también es “un proyecto”; es, según el señalado especialista, “una persona en tanto que proyecto”, con lo cual, concluye Trigeaud, “se desliza un elemento relativo dentro de la estructura absoluta de la persona”. Es que “la palabra ‘proyecto’ traduce [...] la idea de acuerdo con la cual [...] una dirección mayor del sujeto personal ya no le pertenecería verdaderamente más como propia, sino que sería recibida por él desde el exterior y le sería por tanto conferida desde allí o por aquellos que le dieron la vida”³⁰. A juicio de Trigeaud, la afirmación precedente no va sin objeciones: el autor plantea las siguientes.

28 *Ibíd.*, 204.

29 *Ibíd.*, 205.

30 *Ibíd.*, loc. cit.

- a) *Observaciones de índole psicológica.* Una de ellas se ubica “en el plano elemental de la psicología”, ya que, si el “proyecto” no prosperara, el recién nacido “debería asumir un sentimiento de culpa que su familia o la sociedad podrían recordárselo. Y la idea de que, en definitiva, él no haya nacido más que para alcanzar un logro funcional, desequilibraría en profundidad su percepción psicológica y afectiva de familia, ya que él no se encontraría en un plano de igualdad, sino dependiendo [...] de la mirada o de la función asignada por los otros”³¹.
- b) *Observaciones de naturaleza filosófica.* Una segunda objeción se ubica en el nivel filosófico y concierne a la definición de persona ensayada por el genetista. Ella, es claro, “conduce a profesar la idea de que la persona es más *potencia que acto* y que puede devenir lo que no es todavía [...]”. Pero si como se anticipó en los puntos precedentes, “la persona ‘es’, es a fin de poder devenir aquello que ella es, sin que su ser, comprendido en la universalidad e incondicionalidad de su verdad existencial, obstaculice su libertad. Desde entonces, su fin es el de realizar el acto que informa su misma existencia y que es capaz de actualizar todas las potencias inscriptas en su naturaleza, una naturaleza que no es sino *materia pasiva* en relación con su acción”³². En ese plano, “en el corazón mismo del acto de existir, que denota (*avére*) la singularidad de cada uno, se sitúa armónicamente la libertad. Es en esta perspectiva que la libertad caracteriza la persona e indica su vocación a no depender más que de ella misma y de sus elecciones”, dentro de las cuales se dan cita, por ejemplo, “las opciones que son susceptibles de guiarla, por lo demás, a los actos más gratuitos que renuncian a toda contraprestación; actos que reflejan precisamente su personalidad última [...]”. En ese horizonte, concluye el autor, “si la persona es valor [...] ningún fin o valor del hombre que implica su naturaleza y todos los elementos recibidos de ella puede ser considerado como ético si ella no respeta íntegramente la libertad de la persona que debe poder decidir por sí misma. De lo contrario, la persona existiría ‘en otro’ y no en ella, y ese *in aliud* sería la marca de una alienación al que no podría sustraerse [...]”³³, y que vendría causada por la razón de ese origen instrumentalizado por un determinado propósito.
- c) *Observaciones de índole jurídica.* En efecto, desde esta última perspectiva, Trigeaud escribe que “el recién nacido es una persona jurí-

31 *Ibíd.*, 206.

32 *Ibíd.*, 208.

33 *Ibíd.*, 209.

dica, y bajo este título, disfruta de un derecho que el tiempo no hará más que desarrollar respecto de sus libertades civiles y públicas”, lo cual “engloba, sin límite, de la esfera de sus decisiones, las más discrecionales. Dicho en otros términos, él no es más el objeto de un derecho real [...]”³⁴. Si lo recién expuesto es tomado en su radicalidad, entonces la práctica en análisis queda comprometida de raíz. Trigeaud así lo concluye, cuando expresa que “la extracción del cordón será interpretada como una autorización de su voluntad a perseguir un acto reportado sobre sí mismo”, lo cual, añade, “no puede sino contradecir la imposibilidad de admitir en Derecho Civil el carácter implícito de los actos abdicativos”. Es que “no se puede *a fortiori* disponer de una parte regenerable o no de su cuerpo, de manera evidentemente gratuita, sin que se hubiera expresamente consentido”³⁵. Todo ello, en fin, parece indicar que “la lógica latente de esta concepción de conjunto es claramente la de la mercantilización, que sustituye en la persona humana su valor de utilidad para los otros, a su valor en sí misma y por sí misma”³⁶.

Y, concluye el autor, que no cambia las cosas que –como se argumenta– esta práctica no supone ningún atentado contra el recién nacido, “ya que sólo son utilizados el cordón y la placenta”, puesto que lo realmente significativo es la concepción de fondo sobre la que reposa, esto es, la idea de “persona-proyecto” antes mentada. Es que “si la persona no es más que un ser potencial antes que un ser real [...] y si ella goza de una cierta libertad, eso que ella será mañana y eso que se acordará que devenga podría conformarse a fines que ella no eligió y que le son impuestos según el modelo ético [...] que le asignan indirectamente sus progenitores”³⁷. Se está, pues, ante una “instrumentalización que concierne ciertamente al ser humano, sujeto de Derecho, pero que no cesa de concernir al Derecho entero cuando se trata de vincularlo a simple medios formales”³⁸.

IV. Conclusiones

De cuanto se lleva dicho, creo advertir, a guisa de conclusión de estas reflexiones que constituyen aleccionadores llamados de atención en orden

34 *Ibíd.*, 209.

35 *Ibíd.*, 209-210.

36 *Ibíd.*, 210.

37 *Ibíd.*, 209-210.

38 *Ibíd.*, 210.

a que la defensa y el progreso del ser humano no entrañe, concomitante, su propio debilitamiento o, incluso, su misma anulación, lo que redundaría en refutar el objetivo deseado. Se trata de un desafío que, v. gr., los formidables desarrollos de las ciencias médicas y de la genética –aquí sucintamente mencionados– interpelan a la humanidad casi a diario. En este campo, es claro, los cambios son constantes; las respuestas, dinámicas y, por tanto, siempre provisorias. Empero, en todas estas circunstancias el límite (y también, forzoso es señalarlo, el punto de partida) no parece ser otro que la indisponibilidad de la persona o, como escribe Trigeaud y fue citado más arriba, ese “valor absoluto (en razón de ser universal y no general o conceptual) que es el diferente concreto” (cualquiera sea su posición y relevancia fáctica, especialmente si ésta es insignificante) y cuya defensa incumbe –como lo muestran los casos de especie aquí examinados–, para recordar el planteamiento del profesor francés, la actuación conjunta y constante tanto de la “dikelogía” (lo justo jurídico), cuanto de la “polilogía” (lo justo político)³⁹.

Bibliografía

- Cámara Federal de Apelaciones de Salta, República Argentina, causa “R. N.F. / Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo”, sent. del 3-9-2010, voto del juez Rabbi-Baldi Cabanillas, *LLNOA*, noviembre de 2010, p. 991; *JA*, Buenos Aires, T. 2010-IV, p. 72.
- D’Agostino, F. (1991). “Il principio famiglia come criterio bioético fondamentale”. En *Linee di una Filosofia della Famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*. Giuffré.
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de Filosofía del Derecho*. Pamplona. Eunsa, 425-430.
- Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (del alemán por E. García Morente). Madrid. Espasa, 80 y sigs.
- Kaufmann, A. (2008). “El renacimiento del Derecho Natural de la posguerra y lo que fue de él” (del alemán por A. Guardia Clausi). En Rabbi-Baldi Cabanillas, R. *Las razones del Derecho Natural. Perspectivas teóricas y metodológicas ante la crisis del positivismo jurídico*. Buenos Aires. Ábaco, 384.
- Rabbi-Baldi Cabanilla, R. (2019). *Teoría del Derecho*. Buenos Aires. Ábaco.
- Trigeaud (1993). “La identidad de la persona” (del francés por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas). *Anuario de Derecho de la Universidad Austral*. Buenos Aires, v. 3, 13.
- Trigeaud (2017). “La personne n’est pas un ‘projet’. Réponse éthique et juridique au Pr Axel Kahn á propos de la naissance d’ un ‘bébé médicament’”. En *Métaphysique personnaliste*. Bière. Bordeaux.

39 Trigeaud, J. M. *Introduction...*, nota 3, 86.

GENÉTICA, INDIVIDUO Y FAMILIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

*Genetics, individual and family in the jurisprudence of the Spanish
Constitutional Court*

*Genetica, individuo e famiglia nella giurisprudenza della Corte
Costituzionale Spagnola*

Andrés Ollero¹

Para citar este artículo:

Ollero, A. (2020). "Genética, individuo y familia en la jurisprudencia del tribunal constitucional español". *Prudentia Iuris*, N. Aniversario, pp. 377-390.
DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.377-390>

Resumen: La celebración en Lisboa, en octubre de 2019, de la reunión anual de la Cuadrilateral de los Tribunales Constitucionales de Portugal, España, Italia y Francia brindó una interesante oportunidad para transparentar el sustrato antropológico dominante en buena parte de los países europeos. No en vano daba pie a ello la invitación a realizar un balance de lo relativo a la genética, el individuo y la familia en la más elevada jurisprudencia de los citados países.

Palabras clave: Individualismo; Genética; Familia; Jurisprudencia constitucional europea.

Abstract: The celebration in Lisbon, in October 2019, of the annual meeting of the Quadrilateral of the Constitutional Courts of Portugal, Spain, Italy and France provided an interesting opportunity to shed light on the

¹ Magistrado del Tribunal Constitucional del Reino de España. Correo electrónico: undefined.aollero@tribunalconstitucional.es

anthropological substratum dominant in most of the European countries. Not in vain did this lead to an invitation to take stock of genetics, the individual and the family in the highest jurisprudence of the aforementioned countries.

Keywords: Individualism; Genetics; Family; European constitutional jurisprudence.

Sommario: La celebrazione a Lisbona nell'ottobre 2019 della riunione annuale del Quadrilatero delle Corti costituzionali di Portogallo, Spagna, Italia e Francia ha fornito un'interessante opportunità per rivelare il substrato antropologico dominante in gran parte dei paesi europei. Non per nulla ha dato luogo l'invito a fare il punto sulle questioni relative alla genetica, all'individuo e alla famiglia nella più alta giurisprudenza dei suddetti paesi.

Parole chiave: Individualismo; Genetica; Famiglia; Giurisprudenza costituzionale europea.

1. La primera incursión del Tribunal Constitucional español en cuestiones relacionadas con la genética data de 1996², al ocuparse del recurso de inconstitucionalidad planteado contra la ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos³. Se trata de la ley por la que se abordan las técnicas de reproducción asistida; reguló, en concreto, la inseminación artificial, la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones y la transferencia intratubárica de gametos. Intervendrá de nuevo tres años después⁴, para resolver un recurso similar contra la ley de técnicas de reproducción asistida⁵. No deja de resultar significativo que el Tribunal se concediera siete y once años para culminar tales tareas, preocupado quizá por la celeridad con que se producen las innovaciones derivadas de dichas investigaciones científicas.

La principal consecuencia fue la reapertura del debate relativo al artículo 15 de la Constitución, en lo que se refiere al titular del derecho a la vida. El texto del anteproyecto constitucional entendía que se trataba de “la persona”, pero no pocos diputados, preocupados por un posible intento de apoyarse en dicho término para introducir una –entonces inexistente– des-

2 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 212/1996, del 19 de diciembre.

3 Ley N° 42/1988, del 28 de diciembre.

4 STC 116/1999, del 17 junio.

5 Ley N° 35/1988, del 22 de noviembre.

penalización del aborto, consiguieron que fuera sustituido por la fórmula alemana: “Todos tienen derecho a la vida”⁶. De poco sirvió que el portavoz socialista –tildado en su partido de vaticanista– se erigiera en profeta al afirmar: “[...] desengañense sus señorías. Todos saben que el problema del Derecho es el problema de la fuerza que está detrás del poder político y de la interpretación. Y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría proabortista, ‘todos’ permitirán una ley de aborto; y si hay un Tribunal Constitucional y una mayoría antiabortista, la ‘persona’ impide una ley de aborto”⁷.

Ambas resoluciones marcaron el campo de juego, contribuyendo a establecer la relevancia y el significado de novedosos términos jurídicos. Así ocurrió en la primera de ellas con el de embrión “no viable”⁸, con el que reconocía eufemísticamente que en la reproducción asistida la existencia de los embriones pasaba a depender de la nuda voluntad de los progenitores, al decidir sobre su transferencia o no a un útero materno. En ese período inicial se trataría, según el Tribunal, de “embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados” como “bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto⁹ fundamento constitucional”. Nos encontraríamos ante “una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión ‘no viables’, que nunca van a nacer”¹⁰. En una reciente información, una investigadora dedicada a tales manipulaciones calculaba que se alcanzaría en un 30 % el número de embriones que no llegarían a nacer.

Una más temprana sentencia –que dividió al Tribunal hasta obligar a desempatar al presidente con su voto de calidad– había establecido que hay seres humanos que no son personas si no superan determinado plazo, aunque luego se esforzara por proteger al *nasciturus* reconociéndolo, no como titular de derechos pero sí como bien jurídico¹¹. Dicha protección constitucional “implica para el Estado con carácter general dos obligaciones: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga

6 De ello me ocupé, antes de convertirme en julio de 2012 en magistrado del Tribunal Constitucional, en (1994). “Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona?”. Incluido luego en *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*. Madrid. Rialp, 21-58.

7 Intervención ante el Pleno del Congreso del diputado G. Peces Barba en la sesión del 6 de julio de 1978. *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios*. T. II. Madrid, Cortes Generales, 1989 (2^a), p. [2038].

8 STC 212/1996, Fundamento Jurídico (en adelante, FJ) 6.

9 El artículo 15 de la Constitución española (en adelante, CE).

10 STC 212/1996, FJ 5.

11 STC 53/1985, del 11 de abril, FJ 7.

una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales”¹².

En todo caso, la protección de este peculiar *bien jurídico* habría de ser ponderada en cada ocasión con los *derechos* de la madre, sin que cupiera atribuir primacía previa a uno o a otros. Ello convertiría, según buena parte de la doctrina académica, en inconstitucional el sistema de plazos hoy en vigor. Recurrido hace un decenio por un nutrido grupo de diputados, el Gobierno que con su apoyo llegó al poder no actuó en consecuencia, aun gozando de mayoría absoluta en las cámaras. El bienintencionado intento de protección del *nasciturus* ha tropezado con la realidad de que los bienes suelen ser entendidos como cosas, lo que no facilita que en este caso se vea excepcionalmente tratado como sujeto. El Tribunal tampoco ha encontrado hasta hoy ocasión adecuada para emitir sentencia al respecto.

Una resolución posterior¹³ puso en circulación el ingenioso término “preembrión”, destinado a permitir la manipulación *in vitro* de los embriones en plazo equivalente al necesitado *in utero* para la anidación. Veinte años después se han superado ya esos míticos catorce días, manipulando en laboratorio embriones de simios. En cualquier ocasión, la citada sentencia no consideraba a la ley inconstitucional, argumentando que “en ningún caso permite la experimentación con preembriones viables, como tampoco más investigación sobre ellos que la de carácter diagnóstico, o de finalidad terapéutica o de prevención”¹⁴.

Más transparente resulta la alusión de la ley a la existencia de “preembriones sobrantes”, que se comenta por sí sola. Se intenta presentar tal circunstancia como “un hecho científicamente inevitable”¹⁵, pero se trata, en realidad, de la exigencia mercantil de garantizar un porcentaje de éxito deseable para justificar la laboriosa manipulación en curso. Aprovecha para recordar que “ni los preembriones no implantados ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, ‘persona humana’, por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida (art. 15 CE) o a la dignidad humana (art. 10.1 CE)”.

La consideración de que nada de ello es contrario a la dignidad humana provoca un elocuente voto particular del magistrado Jiménez de Parga. A su juicio, al ser “tronco del árbol de derechos inviolables, germen o núcleo

12 De ello me ocupé en “Bienes jurídicos o derechos. Ilustración *in vitro*”. Incluido en (2006). *Bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi. The Global Law Collection, 153-177.

13 La STC 116/1999, del 17 de junio.

14 STC 116/1999, FJ 9.

15 STC 116/1999, FJ 11.

de ellos, la dignidad de la persona es un valor constitucional que exige la máxima protección de los poderes públicos en un Estado de Derecho”. No entiende, en consecuencia, que se niegue al tronco lo que se reconoce a las ramas, al rechazarse que la “dignidad de la persona” del artículo 10.1 CE lleve consigo la reserva de ley orgánica, que sí se reconoce a “los derechos inviolables que le son inherentes”. Por otra parte, la mayoría reforzada de las leyes orgánicas le parece particularmente obligada al abordarse problemas que requieren amplio consenso parlamentario.

Queda así de relieve el paradójico tratamiento constitucional de la dignidad humana. En el caso español, el artículo 10 CE la presenta como fundamentadora de la protección de los derechos fundamentales, que arrancarían del artículo 14; no cabe, en consecuencia, invocarla por la vía del recurso de amparo. El problema no se circunscribe a España. Quien fuera vicepresidente del Tribunal Constitucional Federal de Alemania no encuentra “ningún principio fundamental de ética o derecho que reúna bajo sí aplicaciones casuísticas tan dispares como el de la dignidad humana”; lo que le anima a proponer una “reducción y relativización” de argumentos derivados de ella. De lo contrario –sugiere con aire habermasiano–, se convertiría en un proceder que “mata el discurso”, al herir de muerte a “la concepción argumentativa que permite reencontrar el valor y el derecho”¹⁶.

No han faltado, por otra parte, precisiones competenciales, abundantes en el modelo español de Estado de las Autonomías. Corresponde al Estado, conforme a su competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), la regulación del régimen de las actividades relacionadas con “la utilización de células y tejidos humanos y los productos elaborados derivados de ellos, cuando están destinados a ser aplicados en el ser humano; actividades que incluyen la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento, distribución, aplicación e investigación clínica”¹⁷.

Terminando este epígrafe, la conservación indefinida por las autoridades policiales de muestras biológicas y perfiles de ADN de personas no condenadas, con la finalidad de identificar a los posibles autores de futuros hechos delictivos, se considera una injerencia en la intimidad personal por su potencial utilización para la obtención de informaciones sensibles, como son el origen étnico y la identificación de relaciones familiares¹⁸.

16 Hassemer, W. (2005). “Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana”. *Ars Interpretandi* (10), 132, 133 y 130-131.

17 STC 22/2012, del 16 de febrero, FJ 4.

18 STC 199/2013, del 5 de diciembre, FJ 6.

2. Al no convertirse la persona, con la dimensión de relacionalidad que le reconoce la antropología filosófica, en el centro de gravedad del texto constitucional, relativizándose a la vez la relevancia de la dignidad, parece ser el mero individuo el llamado a sustituirla. Esto, sin embargo, reclama ciertas matizaciones.

En efecto, como resalta una de las primeras sentencias del Tribunal español, “los derechos fundamentales son Derechos Subjetivos, derechos de los individuos no solo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia”¹⁹. Es indiscutible que “los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo, en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los Poderes Públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos”²⁰.

Al mismo tiempo, desbordando al individuo cobran, sin embargo, dimensión objetiva, porque “son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho y, más tarde, en el Estado social de Derecho o el Estado social y democrático de Derecho” (art. 1.1 CE). Esta “doble naturaleza de los derechos fundamentales, desarrollada por la doctrina, se recoge en el artículo 10.1 de la Constitución”²¹, de acuerdo con el cual “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”; artículo ajeno, como vimos, a la protección que brindan los recursos de amparo...

Por lo demás, la dimensión subjetiva de los derechos no llega a implicar, en principio, una mera autodeterminación individual, como pone de relieve el más reducido alcance reconocido por la jurisprudencia constitucional española al artículo 18.1 CE, que “garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, si se compara con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa al artículo 8º del Convenio de Roma, sobre el “derecho al respeto a la vida privada y familiar”.

No deja de resultar también significativo el nacimiento de un nuevo derecho fundamental, derivado del epígrafe cuarto del mismo artículo 18 CE: el de protección de datos o autodeterminación informativa. Más allá de la dimensión defensiva de un reducido ámbito de privacidad, se configura

19 STC 25/1981, del 14 de julio, FJ 5.

20 STC 64/1988, del 12 de abril, FJ 1.

21 STC 25/1981, FJ 5.

como derecho de prestación garantizador de una potestad de control del ciudadano sobre sus datos en poder de los poderes públicos²².

En todo caso, “la plena efectividad de los derechos fundamentales exige reconocer que la titularidad de los mismos no corresponde sólo a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto se encuentran insertos en grupos y organizaciones, cuya finalidad sea específicamente la de defender determinados ámbitos de libertad o realizar los intereses y los valores que forman el sustrato último del derecho fundamental”²³.

A partir del año 2000, se ha reconocido en ocasiones a menores de edad como titulares de Derechos Humanos²⁴. Así ha ocurrido muy recientemente²⁵, cuando se ha declarado inconstitucional el artículo 1º de la Ley Nº 3/2007, del 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, al excluirse a menores de edad con suficiente madurez, entendiendo el Tribunal que esa restricción legal resultaba en esos casos desproporcionada.

3. El predominio de lo individual no ha dejado de influir en la familia y en su relación con el matrimonio. En el caso español, tal situación se había anunciado tácitamente al ocuparse el texto constitucional en artículos diversos del matrimonio (art. 32 CE) y de la familia (art. 39 CE). A ello hay que añadir el curioso proceso de desjuridificación del matrimonio y de una paradójicamente paralela juridificación de las parejas de hecho extendido en el ámbito europeo²⁶.

De acuerdo con la antropología individualista, que predomina en la interpretación de la realidad familiar, la indisolubilidad y heterosexualidad del matrimonio serán los aspectos pronto sometidos a revisión.

Matrimonio y parejas de hecho son contemplados por el Tribunal como distintas “unidades de convivencia”²⁷, que no han de recibir necesariamente

22 De ello me ocupé en 2008, en el discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: “De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional”, publicado en Madrid ese mismo año.

23 STC 64/1988, FJ 1.

24 SSTC 141/2000, del 29 de mayo, FJ 5; 154/2002, del 18 de julio, FJ 9; 183/2008, de 22 del diciembre, FJ 5.

25 En la STC 99/2019, del 18 de julio, FJ 9.

26 Al respecto D’Agostino, F. (1991). *Linee di una filosofia della famiglia nella prospettiva della filosofia del diritto*. Milano. Giuffrè, 57, y demás literatura que he comentado en (2018). “El matrimonio natural (Casatoria naturala)”. *Revista Romana de Drept Privat-Romanian Review of Private Law* (3), 357-371.

27 STC 45/1989, del 20 de febrero, FJ 6 y STC 74/1997, del 21 de abril, FJ 4, entre otras.

el mismo tratamiento jurídico; lo que implicaba inicialmente una protección privilegiada del matrimonio. Mientras el artículo 32.1 reconoce al “hombre y la mujer” un derecho constitucional a contraer matrimonio, la unión de hecho *more uxorio* ni es una institución jurídicamente garantizada, ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre quienes mantienen una convivencia estable no basada en el matrimonio. Se va observando con posterioridad una paulatina equiparación de ambas *unidades de convivencia*, con obvia repercusión sobre el concepto de *familia*.

Tales diferencias son tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones. Así ocurre con la pensión de viudedad para quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio. Entrará en juego el margen de libertad del legislador al administrar recursos limitados para atender gran número de necesidades sociales²⁸. El Tribunal no ha considerado inconstitucional que el legislador extienda dicha pensión a las parejas de hecho estables, sin llegar a una plena equiparación²⁹. Exige, para ello, la previa inscripción registral de la pareja o su constitución en documento público³⁰, así como que sus integrantes no mantengan vínculo matrimonial con otra persona³¹. Se fija por vía legal a los posibles beneficiarios un límite de ingresos, diferente en función de si existen o no cargas familiares³².

El claro avance de la mentalidad individualista se puso aún más de relieve al plantearse el reconocimiento de la posibilidad de matrimonios homosexuales. Aunque no llegara a reconocer la existencia de un derecho constitucional a contraerlos, el tribunal admite que sea el legislador quien pueda dar entrada al matrimonio entre personas del mismo sexo, incluso equiparándolo al contraído por heterosexuales.

Como es fácil imaginar, la deliberación resultó particularmente polémica, lo que se refleja en los votos particulares presentados por un tercio de los magistrados³³. Respecto al artículo 32 CE, la sentencia reconoce que “no significa que implícitamente acogiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, si nos limitamos a realizar una interpretación literal y sistemática, pero tampoco significa que lo excluyera”, resaltando que no todo lo que

28 STC 184/1990, del 15 de noviembre, FJ 3.

29 STC 41/2013, del 14 de febrero, FJ 4. Con posterioridad, dicho trato se extenderá también a las parejas homosexuales.

30 STC 51/2014, del 7 de abril.

31 STC 44/2014, del 7 de abril.

32 STC 167/2017, del 12 de diciembre, con fundamento en la citada STC 41/2013.

33 STC 198/2012, del 6 de diciembre, FJ 9, acompañada de cuatro votos particulares.

la Constitución no contempla es necesariamente inconstitucional; “pero es claro que lo será lo que prive de todo sentido a lo que sí contempla”, apunté en mi voto³⁴.

Para ello, las habituales referencias hidrológicas a fuentes y lagunas jurídicas se vieron, en este caso, sustituidas por otra de carácter novedosamente forestal. La Constitución aparece súbitamente como un “árbol vivo” que, “a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad”. Personalmente siempre he considerado, por el contrario, que la relevancia y legitimidad de una Constitución deriva más bien de su capacidad para modelar a la sociedad a la que se dirige, tras los procesos de reforma que su propio texto admita. Me temo que despreciarlos puede llevar a imponer globalmente un coyuntural concepto de lo políticamente correcto urdido al margen de las expresas exigencias constitucionales³⁵.

No dejó de influir en este resultado la perplejidad que el propio Tribunal de Derechos Humanos del Consejo de Europa, con sede en Estrasburgo, no ha disimulado, al constatar la inexistencia de un concepto europeo de familia. Sus resoluciones sobre el artículo 8º del Convenio de Roma comparten un concepto de libertad entendida como drástica autodeterminación individual³⁶. En este caso, sin embargo, el relevante es el artículo 12 del Convenio: “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. El Tribunal europeo reconoce que las palabras del artículo citado “han sido escogidas deliberadamente, lo que, teniendo en cuenta el contexto histórico en el cual el Convenio fue adoptado, lleva a pensar que se refieren al matrimonio entre personas de distinto sexo”. Admite, sin embargo, que “no existe consenso total en Europa sobre la cuestión del matrimonio entre personas del mismo sexo”, para concluir que “el artículo 12 CEDH no puede imponer, hoy por hoy, a ningún Estado la obligación de abrir el matrimonio a las parejas homosexuales, pero tampoco se puede extraer de su dicción literal la imposibilidad de regular el matrimonio entre personas del mismo sexo”³⁷.

34 STC 198/2012, FFJJ 9, 8 y 12, y epígrafe 3 del voto discrepante que tuve el honor de presentar.

35 Así lo puse de relieve en mi contribución al coloquio internacional organizado en Roma por la Universidad LUMSA, en colaboración con la Saint John’s University de Nueva York (2019). “Controllo di costituzionalità: tra tradizione e globalizzazione, nel caso spagnolo”. *Archivio Giuridico*. Roma (CLI-2), 235-247.

36 De ello me he ocupado en *El impacto del artículo 8º del Convenio de Roma* en (2014). “Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo”. *Ideas*. Madrid (4), 169-178.

37 Asunto “Schalk y Kopf c/ Austria”, del 24 de junio de 2010.

Admitidas, con anterioridad, las técnicas de reproducción asistida, el Tribunal Constitucional español considera que no implican un menoscabo de la protección constitucional de la familia. Ha entendido que es “perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal”³⁸. Reconoce, a su vez, que la noción constitucional de familia incluye las relaciones sin descendencia³⁹.

El Tribunal muestra una especial preocupación por evitar, respecto al cuidado de los hijos, que se parta “de la dedicación exclusiva de la mujer a las tareas domésticas y de la exclusión absoluta del hombre de las mismas”. Como consecuencia, aunque el descanso por maternidad suele tener mayor alcance que los permisos de paternidad, no se descarta que el legislador pueda ir ampliando los segundos⁴⁰.

Se resalta que “la finalidad primordial que persigue desde siempre el legislador al establecer el descanso por maternidad y el correspondiente subsidio económico de la seguridad social es la protección de la salud de la mujer trabajadora, durante el embarazo, parto y puerperio”. Por el contrario, “el permiso por paternidad y la correlativa prestación de la seguridad social que se reconocen en nuestro ordenamiento social, a partir de 2007, a los padres”, tienen una finalidad distinta: “[...] favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de madres y padres en el cuidado de los hijos”⁴¹.

La transcendencia constitucional de la excedencia para el cuidado de hijos menores cobra un especial relieve. Los órganos judiciales han de erradicar toda discriminación de la mujer, evitando así la violación del artículo 14 CE. El juez no puede, sin embargo, conformarse con que la diferencia de trato en relación con el disfrute de ese derecho tenga en abstracto una justificación objetiva y razonable, sino que –secundando la dimensión promocional del artículo 9.2⁴²– ha de analizar las circunstancias concurrentes en cada caso “de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde”⁴³. Tal doctrina es igualmente aplicable a la reducción de jornada para el cuidado de hijos menores⁴⁴.

38 STC 116/1999, FJ 13.

39 SSTC 222/1992, del 11 diciembre, FJ 4 y 19/2012, del 15 de febrero, FJ 5.

40 STC 128/1987, del 16 de julio, FJ 9.

41 STC 111/2018, del 17 de octubre, FJ 5 y FJ 8.

42 Sobre el particular, mis comentarios en (1999). *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

43 STC 203/2000, del 17 de junio, FJ 4.

44 STC 3/2007, del 15 de enero, FJ 5.

Se trata, pues, de favorecer “medidas tendentes a lograr una efectiva participación del varón trabajador en la vida familiar a través de un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares”⁴⁵. Cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no es necesario que se consuma la lesión para poder limitar los derechos del progenitor; basta con la existencia de “un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse”⁴⁶. De acuerdo con estos criterios, la restricción temporal de los derechos de visita de un padre transexual, mediando pruebas periciales sobre riesgos relevantes para su hijo menor de edad, no puede ser calificada como un trato discriminatorio del progenitor⁴⁷.

“El régimen de custodia, sea o no compartida y exista o no acuerdo parental”, debe adoptarse considerando “la situación más beneficiosa para el niño”. En todo caso, si bien “se confiere a los progenitores la facultad de autorregular tal medida y el Ministerio Fiscal tiene el deber de velar por la protección de los menores en este tipo de procesos, solo al órgano judicial le corresponde la facultad de resolver el conflicto que se le plantea, pues exclusivamente él tiene encomendada constitucionalmente la función jurisdiccional”⁴⁸.

No han faltado conflictos competenciales, al negarse capacidad reguladora a las comunidades autónomas sin Derecho Civil propio, como las de Madrid⁴⁹ o Valencia⁵⁰, mientras sí se le reconoce a la comunidad foral de Navarra la posibilidad de “regular determinados efectos jurídicos derivados de la relación entre los que conviven de hecho”⁵¹.

La afirmación del artículo 39.2 CE de que “la ley posibilitará la investigación de la paternidad” lleva al Tribunal a declarar la inconstitucionalidad del artículo 133 del Código Civil, que confiere la acción de reclamación de la filiación, cuando faltara la respectiva posesión de estado, únicamente al hijo durante toda su vida, excluyendo de tal posibilidad al progenitor⁵². La

45 Con especial referencia a la Ley Orgánica N° 3/2007, del 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. STC 26/2011, del 14 de marzo, FJ 5.

46 STC 221/2002, del 25 de noviembre, FJ 4; en el mismo sentido, STC 71/2004, del 19 de abril, FJ 8.

47 STC 176/2008, del 22 de diciembre, FJ 8.

48 STC 185/2012, del 17 de octubre, FJ 8.

49 STC 81/2013, del 11 de abril.

50 STC 110/2016, del 9 de junio.

51 STC 93/2013, del 11 de abril.

52 STC 273/2005, del 27 de octubre, FJ 5 a 7, reiterada en la STC 52/2006, del 16 de febrero, FJ 2. La STC 41/2017, del 24 de abril, ha realizado la misma declaración de inconstitucionalidad respecto del apartado b) del art. 71 de la Compilación de Derecho Civil foral de Navarra, aún más rígida, ya que ni siquiera en el caso de existir posesión de estado podrían los progenitores reclamar la declaración de la filiación no matrimonial.

aparente contradicción con la previsión legal que garantiza en la reproducción asistida el secreto sobre la identidad del donante de gametos la resuelve el Tribunal, entendiendo que la “Constitución ordena al legislador que ‘posibilite’ la investigación de la paternidad”. El derecho a su averiguación quedaría supeditado a la no concurrencia de “causas justificativas que lo desaconsejen”⁵³.

En todo caso, “la interpretación de las leyes que rigen esta materia debe realizarse en el sentido que mejor procure el cumplimiento por los padres de sus deberes respecto a sus hijos menores”. El demandado podría “legítimamente negarse a someterse a unas pruebas biológicas si no existieran indicios serios de la conducta que se le atribuye”⁵⁴. En tal caso, su negativa no podrá considerarse como una *ficta confessio*, aunque pueda ser valorada por el órgano judicial como un indicio razonable que, en conjunción con el resto de las pruebas practicadas, le permita estimar acreditada la filiación que se reclama⁵⁵.

4. Valga como conclusión que el predominio de una antropología individualista ha puesto a su servicio el espectacular desarrollo de la biotecnología, aunque a costa de mutilar la herencia de la Modernidad⁵⁶. Muy lejos del intento kantiano, la audacia científica ha atropellado al imperativo categórico, convirtiendo al ser humano en sus primeros estadios de desarrollo en mero instrumento de los más variados deseos esgrimidos como derechos, vaciando de toda vitalidad jurídica a la retórica invocación a la dignidad humana. Sin minusvalorar los puntuales progresos que de ello hayan podido derivar para el trato de la mujer y de los menores, no queda duda de que la familia natural –motejada de tradicional– está siendo la gran sacrificada.

Bibliografía

D’Agostino, F. (1991). *Linee di una filosofia della familia nella prospettiva della filosofia del diritto*. Milano. Giuffrè.

53 STC 116/1999, FJ 15.

54 STC 7/1994, del 17 de enero, FJ 3 y FJ 4.

55 SSTC 95/1999, del 31 de mayo, FJ 4, y 29/2005, del 14 de febrero, FJ 5.

56 Significativa al respecto, dado su confesado agnosticismo, la actitud de Habermas, J. (2002). *Die nft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* 4ª edición ampliada. Suhrkamp Frankfurt am Main. Lo analicé en (2010). “La crítica de la razón tecnológica. Benedicto XVI y Habermas, un paralelismo sostenido”. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid (LXII-87), 435-451.

- Habermas, J. (2002). *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* 4ª edición ampliada. Frankfurt am Main. Suhrkamp.
- Hassemer, W. (2005). *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana "Ars Interpretandi"* (10), 132, 133 y 130-131.
- Ley Nº 35/1988, del 22 de noviembre.
- Ley Nº 42/1988, del 28 de diciembre.
- Ollero, A. (2006). *Bienes jurídicos o derechos. Ilustración in vitro incluido en bioderecho. Entre la vida y la muerte*. Cizur Menor. Thomson-Aranzadi. The Global Law Collection.
- Ollero, A. (2019). Coloquio internacional organizado en Roma por la Universidad LUMSA en colaboración con la Saint John's University de Nueva York: Controllo di costituzionalità: tra tradizione e globalizzazione, nel caso spagnolo "Archivio Giuridico". Roma (CLI-2), 235-247.
- Ollero, A. (1999). *Discriminación por razón de sexo. Valores, principios y normas en la jurisprudencia constitucional española*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ollero, A. (2008). Discurso de recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas: "De la protección de la intimidad al poder de control sobre los datos personales. Exigencias jurídico-naturales e historicidad en la jurisprudencia constitucional". Madrid.
- Ollero, A. (2014). El impacto del artículo 8º del Convenio de Roma en "Sobre la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo". *Ideas*. Madrid (4), 169-178.
- Ollero, A. (2010). "La crítica de la razón tecnológica. Benedicto XVI y Habermas, un paralelismo sostenido". *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*. Madrid (LXII-87), 435-451.
- Ollero, A. (1994). *Todos tienen derecho a la vida. ¿Hacia un concepto constitucional de persona? Incluido luego en Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreteado desarrollo del artículo 15 de la Constitución*. Madrid. Rialp.
- Peces Barba, G. en la sesión del 6 de julio de 1978. *La Constitución española. Trabajos Parlamentarios*. T. II. Madrid. Cortes Generales, 1989 (2ª), 2038.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 212/1996, de 19 de diciembre.
- SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 154/2002, de 18 de julio, FJ 9; 183/2008, de 22 de diciembre, FJ 5.
- SSTC 222/1992, de 11 diciembre, FJ 4 y 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5.
- SSTC 95/1999, de 31 de mayo, FJ 4, y 29/2005, de 14 de febrero, FJ 5.
- STC 110/2016, de 9 de junio.
- STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 5 y 8.
- STC 116/1999, de 17 de junio.
- STC 116/1999, de 17 junio.
- STC 116/1999, FJ 11.
- STC 116/1999, FJ 13.
- STC 116/1999, FJ 15.
- STC 116/1999, FJ 9.

STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 9.
STC 176/2008, de 22 de diciembre, FJ 8.
STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.
STC 185/2012, de 17 de octubre, FJ 8.
STC 198/2012, de 6 de diciembre, FJ 9,
STC 198/2012, FFJJ 9, 8 y 12.
STC 199/2013, de 5 de diciembre, FJ 6.
STC 203/2000, de 17 de junio, FJ 4.
STC 212/1996, FJ 5.
STC 212/1996, FJ 6.
STC 22/2012, de 16 de febrero, FJ 4.
STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.
STC 25/1981, FJ 5.
STC 273/2005, de 27 de octubre, FJ 5 a 7, reiterada en la STC 52/2006, de 16 de febrero, FJ 2. La STC 41/2017, de 24 de abril.
STC 3/2007, de 15 de enero, FJ 5.
STC 41/2013, de 14 de febrero, FJ 4.
STC 44/2014, de 7 de abril.
SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 6 y 74/1997, de 21 de abril, FJ 4.
STC 51/2014, de 7 de abril.
STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 7.
STC 64/1988, de 12 de abril, FJ 1.
STC 64/1988, FJ 1.
STC 7/1994, de 17 de enero, FFJJ 3 y 4.
STC 81/2013, de 11 de abril.
STC 93/2013, de 11 de abril.
STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 9.

DISCURSO ACADÉMICO Y LIBERTAD DE CÁTEDRA LAS UNIVERSIDADES CATÓLICAS EN EL SIGLO XXI

Academic discourse and academic freedom.

Catholic universities in XXI century

Discorso accademico e libertà di presidenza.

Università cattoliche nel XXI secolo.

Raúl Madrid Ramírez¹

Para citar este artículo:

Madrid Ramírez, R. (2020). "Discurso académico y libertad de cátedra".

Prudentia Iuris, N. Aniversario, pp. 391-402.

DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.aniversario.2020.pp.391-402>

Resumen: La tecnología no sólo ha cambiado el modo en que acontece el discurso, sino también el discurso mismo. La libertad de cátedra ya no es medida por criterios objetivos, sino por un enorme auditorio cuyo criterio comparativo es la representación colectiva diseminada y al mismo tiempo justifica por las redes digitales. En el presente trabajo vamos a sostener dos tesis: primero, (a) que la tecnología no sólo ha cambiado el modo en que acontece el discurso académico, sino también el discurso académico mismo; y segundo, (b) que la tecnología es un instrumento de deconstrucción de la libertad de cátedra, especialmente de la libertad de cátedra de las universidades católicas.

Palabras clave: Discurso académico; Libertad de cátedra; Tecnología; Universidades católicas.

¹ Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile. Correo electrónico: rmadrid@uc.cl

Abstract: Technology has changed not only the way that discourse happens, but also the discourse itself. Chair freedom is no longer measured by objective criteria, then, but by an enormous audience whose comparative criterion is disseminated collective representation and at the same time justified by digital networks. In this paper we are going to support two theses: first, (a) that technology has changed not only the way in which academic discourse occurs, but also academic discourse itself; and second, (b) that technology is an instrument for deconstruction of academic freedom, especially of academic freedom.

Keywords: Academic discourse; Academic freedom; Technology; Catholic universities.

Sommario: La tecnologia non ha solo cambiato il modo in cui si svolge il discorso, ma anche il discorso stesso. La libertà accademica non è più misurata da criteri oggettivi, quindi, ma da un vasto pubblico il cui criterio comparativo è la rappresentanza collettiva disseminata e allo stesso tempo giustificata dalle reti digitali. In questo lavoro sosterremo due tesi: primo, (a) che la tecnologia non solo ha cambiato il modo in cui si svolge il discorso accademico, ma anche il discorso accademico stesso; e secondo, (b) che la tecnologia è uno strumento per la decostruzione della libertà accademica, in particolare la libertà accademica delle università cattoliche.

Parole chiave: Discorso accademico; Libertà accademica; Tecnologia; Università cattoliche.

Introducción

En este trabajo vamos a sostener dos tesis: primero, (a) que la tecnología no sólo ha cambiado el modo en que acontece el discurso académico, sino también el discurso académico mismo; y segundo, (b) que la tecnología es un instrumento de deconstrucción de la libertad de cátedra, especialmente de la libertad de cátedra de las universidades católicas. Analizaremos cada proposición por separado.

1. La tecnología como elemento transformativo del discurso académico

La palabra “discurso” proviene de la voz latina *discursus*, derivada del verbo *discurrere*, cuyo significado era el de correr o recorrer en direcciones opuestas. La voz designa el uso de la lengua en las diversas actividades

comunicativas, y consiste en una serie de palabras y frases que se emplean para manifestar lo que se piensa o se siente, pero con el significado de una reflexión, un raciocinio sobre antecedentes o principios. Por eso es definida como “facultad racional con que se infieren unas cosas de otras” (*Diccionario de la Real Academia*, 2013). El discurso requiere de tres elementos: (a) el que habla, origen del (b) *lógos*, y (c) el que lo recibe. Hay un hablante, un pensamiento que se transmite y un auditorio. El análisis del discurso se efectúa en diversos niveles, y se asocia a la lengua oral, pero también a la lengua escrita. Por ello, muchos autores utilizan indistintamente los términos *texto* y *discurso*.

Distinguiremos aquí de modo operativo entre discurso público y académico. El primero es un conjunto de palabras y frases que buscan expresar un significado no necesariamente causal-racional, sino también estético, afectivo o específicamente político, y que tiene por auditorio a la comunidad civil o parte de ella. La palabra “político” en este punto debe ser entendida en sentido amplio, relativo a la toma de decisiones. Por discurso académico, en cambio, entenderemos aquel cuyo objetivo es inferir causalmente una conclusión que contenga una verdad teórica o práctica. Se dirige específicamente a una comunidad científica, es decir, la que conoce las reglas propias del método de una determinada disciplina. Su objeto es persuadir por la mera contemplación de la verdad. El discurso público, que no está dirigido a una comunidad específica, tiene como uno de sus objetos centrales el persuadir, incluso por medio de la narración, y no necesariamente declarar la verdad. Una cierta continuidad entre el discurso académico y el discurso público debiera ser directamente proporcional a la mayor virtud y educación de los que intervienen en él, ya sean hablantes u oyentes. El discurso académico se va separando, a lo largo de los siglos, del discurso público, hasta encontrar su *locus* en las universidades, institución medieval que surge en el siglo XI y va mutando sus modelos hasta el tiempo presente, en el que guarda significativas diferencias con su matriz original.

Todo discurso comienza por la voz. Si la historia humana se reescribiera como la historia de la circulación de la información, su primer paso sería la voz. El efecto del habla es restringido, pero es siempre auténtico. La civilización que inventa la filosofía se encontraba cómoda en la oralidad, como se ve en *Fedro*² (274c-277^a y 279b-279c), al rechazar la escritura porque arroja incerteza y debilita la memoria. La escritura es el segundo modo de transmitir el fonema. Varios siglos después, Derrida va a negar el privilegio del habla, al problematizar la diferencia empírico-trascendental mediante

2 Platón. *Fedro* (trad. María Araujo en 1974). Madrid. Aguilar.

la deconstrucción del signo lingüístico³. La escritura significa un cambio cualitativo en la circulación de la información, aunque se discuta en sede filosófica la novedad del signo gráfico⁴. A partir de entonces, la diferencia se establecerá por razón del medio material de los grafemas. El tercer modo de contener el fonema fue la invención de la imprenta. Las primeras prensas, como es sabido, comenzaron a funcionar en 1466, pero fue el surgimiento de los grandes editores venecianos, como Aldo Manuzio, lo que produjo el verdadero cambio a gran escala en la circulación de la información, reemplazando la maravillosa labor de los copistas, desde los tiempos de Casiodoro. A fines del siglo XV, se imprimieron en Venecia el 15 % del total europeo, y durante la primera mitad del siglo XVI fueron responsables de la mitad de los libros impresos en Europa. Es muy factible que durante el siglo XVI salieran de las imprentas venecianas unos treinta y cinco millones de ejemplares⁵.

El cuarto y último paso de este proceso se configura por la así llamada revolución digital, que sobrepasa las predicciones más optimistas en torno a la difusión de conocimiento, y marca sin duda alguna la condición cultural de nuestro tiempo. La naturaleza de esta “nueva entidad” (los datos informáticos) implica un buen número de complejos problemas, tanto filosóficos como normativos⁶, que no corresponde desarrollar aquí.

La representación de la información de modo binario constituye, sin embargo, mucho más que un cambio de soporte material. La separación del signo gráfico de la voz constituyó en su momento un cambio cualitativo: la escritura, desde los soportes más primitivos, dejaba el *lógos* separado de su fuente del *arché*, y, por lo tanto, a merced del error. El principio autoritativo del texto se diluye de este modo, quedando en manos de los sucesivos intérpretes. Se justifica así el aforismo aristotélico de que “las palabras habladas son símbolos o signos de las afecciones o impresiones del alma; mientras que las palabras escritas son signos de las habladas”⁷. A partir de este cambio cualitativo, podría pensarse que el simple cambio de soporte material de los signos que son mimesis de la voz representan exclusivamente una modificación cuantitativa. El presupuesto es válido sin

3 Derrida, J. (2000). *De la gramatología* (O. del Barco, trad.). Buenos Aires. Editorial Siglo XXI.

4 Diringer, D. (1982). *The Book Before Printing. Ancient, Medieval and Oriental*. Nueva York. Dover Publications.

5 Marzo, A. (2012). *L'Alba di Libri. Quando Venezia ha fatto leggere il mondo*. Milán. Garzanti, 13.

6 Floridi, L. (2011). *The Philosophy of Information*. Oxford. Oxford University Press, 19.

7 Aristóteles. *Sobre la interpretación* (trad. en 1995 por Miguel Candel San Martín). Madrid. Gredos, 1.

duda para el paso del libro único a la copia manual, y de ésta a la imprenta, con su creciente formato de distribución, pero no para la transformación digital del conocimiento. McLuhan afirmaba ya en 1964 que “la tecnología eléctrica se encuentra ya en su punto de partida, y estamos adormecidos, ciegos, sordos y mudos frente a su encuentro con la tecnología Gutemberg”⁸. La información contenida en el dato binario, aunque materialmente puede concebirse como un cambio de soporte, es más bien cualitativa, porque su efecto sobre el discurso académico (y, como consecuencia, sobre el discurso público) tiene un carácter radical. La globalización de la información y su circulación global terminan deconstruyendo la diferencia entre los tipos de discurso. Esto implica una profunda transformación de ambas narrativas, se debilita el significado principal del texto (“deshacer, descomponer y des-sedimentar estructuras”⁹), en favor de la reinscripción de otros que antes parecían secundarios. La tensión entre los opuestos desaparece y se convierten en realidades mixtas, indiferenciables, dando origen a infinitas reconfiguraciones hermenéuticas¹⁰. Nuestra tesis es que la circulación digital de la información y del conocimiento produce una deconstrucción del discurso en general, porque hace imposible formular una diferencia nítida entre el discurso académico y el discurso público, así como entre ningún otro. Lógicamente, hay más elementos que considerar en este proceso, que se acompaña con múltiples deconstrucciones paralelas. Gracias a esta tecnología, todos los hablantes son, al mismo tiempo, oyentes, y todos los oyentes son simultáneamente hablantes: orador y auditorio se confunden. En el nuevo escenario, el orador que emite el discurso ya no está asociado a la *auctoritas* lógico-causal de lo que afirma o niega, su opinión tiene sólo el valor de ser emitida, no requiere nada más. Esto, en muchos sentidos, es opuesto a las nociones de “sede” y de “cátedra”¹¹, que dieron vida a las universidades de la Cristiandad latina. Dentro de las consecuencias para el discurso académico de esta situación, no sólo precipitada, sino concebida *more tecnologico*, caben las siguientes:

8 McLuhan (1995). *Essential McLuhan* (Eric McLuhan and Frank Zingrone, eds.). Nueva York. Basic Books, 158.

9 Derrida, J. (1995). *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*. Barcelona. Ediciones Proyecto a, 25.

10 Derrida, J. (1972). *Positions, Entretiens avec Henri Ronse, Julia Kristeva, Jean-Louis Houdebine, Guy Scarpetta*. París. Les Éditions de Minuits, 15-19.

11 La palabra “sede” proviene del latín *sedes*, que significa “asiento”. El sentido de “edificio principal” tiene su origen en el trono de quien detentaba el mando. “Cathedra”, por su parte, tiene su origen en una voz griega (*kathedra*), y se refiere al asiento elevado desde el cual enseñaba el profesor. La idea del asiento sólido y permanente, desde el cual proviene el conocimiento de fe (sede) y la sabiduría racional (cátedra), indican una verticalidad del conocimiento que se presenta como lo opuesto de la horizontalidad deconstruccionista.

- a. Se problematiza la distinción entre *doxa* y *episteme*, en virtud de la transgresión de ambos registros. La *episteme* proviene del razonamiento lógico mediante el silogismo. Consiste en un conocimiento causal, siendo la primera de ella la esencia de las cosas (Aristóteles, *Met.*, VII, 9, 1034a, 30-31)¹². La *doxa*, en cambio, puede ser cierta en algunos casos, pero falsa en otros. Las narrativas académicas salen al exterior, con vocación de ser comprendidas por los legos, y las narrativas públicas entran en la universidad, con el objeto de alcanzar mayores audiencias (en muchos casos, mediante el argumento de la “tercera misión” universitaria). La tecnología multiplica las instancias de coexistencia, proporciona soportes, transforma los mecanismos de expresión, midiendo su efectividad en tiempo real, convierte en tendencia las opiniones ciudadanas sobre el actuar universitario. El discurso académico toma a veces la forma de un *commodity*, mientras que el discurso público traslada el inmediatez de sus debates al interior de los claustros. Ambos discursos se acercan ahora no en un sentido complementario, sino más bien en un gesto de hibridación.
- b. Fruto de lo anterior, el discurso público tiende a “integrar” al académico, que ha sido “visibilizado” fuera de su contexto gracias a los nuevos parámetros culturales y tecnológicos. Es decir, tiende a dotarse a sí mismo de razones y justificaciones más allá de la conciencia de un espacio de meras opiniones emitidas y aceptadas como tales. Estas justificaciones operan, en realidad, al modo de una prótesis. El fenómeno se presenta especialmente en las áreas en que el lenguaje es menos esotérico, como la ética, la política o el Derecho, y no por ejemplo en la química o la física, pero sí en aspectos de la medicina (todos los países se llenaron de epidemiólogos con la crisis del COVID-19).

Parecen generarse dos tipos de respuestas a la recepción de la narrativa científica en el mundo no universitario: la de un grupo menos letrado, que no comprende los argumentos, y por lo tanto los caricaturiza de modo manifiesto, o bien simplemente los desprecia, desconfiando de ellos. La segunda respuesta proviene de grupos más educados, como profesionales de otras disciplinas que incursionan en ámbitos epistemológicos diferentes, y personas que en general disponen de la capacidad de lectura y comprensión de textos más complejos, pero que carecen de la formación metodoló-

12 Principio de todo es la esencia: de la esencia parten los silogismos.

gica disciplinar para calibrar el sentido o las consecuencias de un argumento. Este grupo es más peligroso que el primero, porque se reviste de una cierta erudición, citando decorativamente autores difíciles de comprender si se carece del entrenamiento apropiado¹³. Es el grupo de gente que, en redes sociales, por ejemplo, envía “a leer” al adversario, para llamarle ignorante.

- c. La opacidad de las fronteras entre ambos discursos produce todavía otro efecto propio, de gran importancia: la profunda politización del discurso académico. Este efecto ya está descrito en Foucault, a propósito de la variación del canon desde el poder vertical al horizontal. Marx y Engels habían afirmado que la sociedad se encuentra dividida en dos clases antagónicas: la clase capitalista y la clase obrera, concibiendo al Estado como garante vertical de este estado de cosas. Gramsci y Althusser sostuvieron que el poder excede lo puramente represivo-central, para infiltrarse en todos los intersticios de la sociedad capitalista. En esta línea, Foucault declara que el poder excede al Estado, y circula por toda la sociedad, de un modo horizontal. Su tesis es que todas las relaciones sociales –incluso las privadas– se configuran en realidad como relaciones de poder, ya sea de modo implícito o explícito, de manera consciente o inconsciente. Así, las relaciones devienen forzosamente en actos políticos, porque su verdadero objeto es el enfrentamiento y la dominación. A esto lo llama *microfísica* del poder, para expresar que éste no se ejerce de un modo estructural, sino que circula a través de las instituciones y de las prácticas, entre las cuales se encuentra el discurso. De ahí que sostenga que “es sin duda prudente no tratar acerca de la racionalización de la sociedad o de la cultura como un todo, sino analizar ese proceso en varios dominios, que se arraigan cada uno de ellos en una experiencia fundamental: locura, enfermedad, muerte, crimen, sexualidad, etc.”¹⁴. Ya no puede plantearse sobre estas bases una relación de jerarquía entre el *lógos* de la *episteme* y el de la *doxa*. Al igual que la deconstrucción, lo que encontramos en Foucault a propósito del poder es una filosofía del límite, evitando la alternativa del afuera y del adentro¹⁵, configurando todos los discursos como un único sistema de signos, abierto a la lectura sucesiva, con interpretaciones no vinculantes ni duraderas.

13 Un caso muy frecuente es la palabra “deconstrucción”, que ha caído desde el ámbito filosófico hasta el público, y es usada muchas veces en la narrativa cotidiana, sin que nadie sepa realmente qué significa.

14 Foucault, M. (1996). *¿Qué es la Ilustración?* Madrid. La Piqueta, 19.

15 *Ibidem*, 104.

La politización del discurso supone una redirección del esfuerzo narrativo, que se aleja de la búsqueda de la verdad (objeto metafísico de la inteligencia, y objeto institucional de las universidades), y se reemplaza por diversas configuraciones estratégicas destinadas a obtener y conservar el poder. Este fenómeno ocurre en una doble dirección: una centrífuga, en la que el discurso académico es sacado de contexto para defender posiciones contingentes al exterior de la universidad, y otra centrípeta, en la que se transforma en un modo de dominación interna a la universidad, con objetivos político-gubernativos, culturales o morales.

Alguien podría objetar que este no es un fenómeno nuevo, que ha ocurrido desde siempre, porque es parte de la naturaleza humana usar lo que se encuentra a su disposición para agrandar su poder y el efecto de su dominación. Tal es el argumento de Trasímaco en *La República*. Porque existe desde siempre esta tendencia, el objeto del Derecho sería justamente evitar que altere injustamente las relaciones sociales. Esto es cierto, pero la situación que describimos aquí incorpora nuevos elementos a dicho estado de cosas preexistente: (a) una especie de conciencia general implícita de que la sociedad contemporánea carece de límites, y por lo tanto puede reinventarse en cualquier dirección, y (b) una hipervaloración de la conciencia subjetiva, que sería el verdadero motor de tal reinención constante y eventualmente contradictoria. Ambos factores logran dominar el discurso sólo gracias a las tecnologías de la información. Por ellas tales vectores se canalizan y se consagran, convirtiendo los discursos –cualquiera sea su especie– en una sola gran masa orbital indiferenciada. Semejante plasticidad, de la que no puede negarse en cierto modo su belleza, resulta a la postre fatal para cualquier definición disciplinar, y en general para cualquier intento de poner límites o señalar fronteras. Los bordes del discurso académico y del discurso público, en consecuencia, se difuminan, así como muchos otros: filosofía y literatura, ciencia y mitología, fenómeno y esencia, etc.

2. La libertad de cátedra de las universidades católicas y el nuevo esquema del discurso

La libertad de expresión y sus especies –como la libertad de cátedra– es una de las garantías fundamentales más defendidas en Occidente, y paradójicamente una de las más conculcadas de facto durante la posmodernidad¹⁶. Se diría que experimenta una fuerte dicotomía entre lo abstracto y

¹⁶ Desde 2005, de acuerdo con la ONG *Freedom House*, la libertad política y civil no ha hecho otra cosa que retroceder en todas partes del mundo. Cfr. <https://freedomhouse.org/issues/>

lo concreto, porque, por un lado, está ampliamente protegida en el Derecho Público y es un principio general de la política mundial, pero por otro, su efectividad es cada vez más opaca en la vida concreta de las sociedades democráticas occidentales, y por supuesto en las universidades. Lo anterior parece sorprendente *–prima facie–* en una sociedad que se jacta de apreciar la libertad como su máximo bien. Sin embargo, al mirar con cuidado, es posible constatar una deriva cultural que desemboca en un creciente consenso para ejercer la censura. La causa de este fenómeno debe buscarse en ciertos mecanismos o estrategias de dominación del discurso, que presentan determinadas categorías éticas, jurídicas e incluso estéticas, como “decentes” o “aceptables”, de tal modo que las no incluidas en el listado pasan a ser, *a contrario sensu*, “indecentes” e “inaceptables”, y deben, por lo tanto, ser erradicadas no sólo del discurso, sino también de las instituciones y de los símbolos. Estas ideas de lo decente/indecenante están siempre asociadas a minorías de cualquier tipo, y su protección es justificada en nombre del “respeto” y de la “dignidad humana”. Lo propio de esta estrategia de dominación del discurso es diseñar y disponer una amplia gama de medios para desarticular las opiniones que se sitúen al margen de ella. No es el objeto de este trabajo desarrollarlas, pero sí señalar que todas están relacionadas con la creación de una cierta *representación colectiva*, en el sentido descrito por Lévy-Bruhl¹⁷, sobre lo que constituye esta nueva moral.

¿Qué se puede esperar para la libertad de cátedra de las universidades católicas en el tiempo presente? Hemos dicho ya que ésta es una especie de libertad de expresión, y ahora recordamos que es propia de las universidades, y consiste –según el canon moderno– en la autonomía de los académicos para investigar en cualquier área del conocimiento, y de emitir opiniones científicamente sustentables en su calidad de miembros de una determinada comunidad universitaria, sin que ello suponga sanciones por parte del Estado, de las autoridades universitarias o de los propios pares¹⁸. En el caso de las universidades con ideario, y específicamente las católicas, esta suerte de espacio de libertad adscrito al académico se encuentra modulado también por una cuestión contractual previa: el respeto al ideario de la universidad. Este ideario suele consagrarse en una “declaración de principios” que se ajusta al depósito de la fe, el Magisterio de la Iglesia y la Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae* (1990). Los académicos de las universidades católicas se comprometen a respetar las disposiciones de este documento

freedom-expression.

17 Lévy-Bruhl, L. (1951). *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*. París. Presses Universitaires de France, 29.

18 Madrid, R. (2015). “El concepto de libertad de cátedra”. En *Problemas de Derecho Natural* (Alejandro Miranda y Sebastián Contreras, eds.). Santiago. Thomson Reuters, 575.

antes de incorporarse, como parte de su contrato laboral, de manera que su incumplimiento no constituye en realidad un caso de violación a la libertad de cátedra¹⁹, aunque muchas veces se quiera plantear de este modo.

Al margen, sin embargo, de la cuestión estrictamente jurídica, ¿puede decirse que en los hechos sigue subsistiendo la libertad de cátedra de estas instituciones? Se trata de una pregunta empírica, no normativa. Todavía no ha llegado el momento en que se pida que se cierren las universidades católicas –o confesionales en general–, o se proscriban, por sostener principios incompatibles con el “respeto” a las personas o a las minorías. Sin embargo, la impregnación de los criterios antes mencionados en el discurso se encamina ciertamente a ello, a menos que se produzca una reacción organizada en varios planos, incluyendo el ámbito de la narración pública. Desde un punto de vista empírico, sin embargo, la respuesta a la pregunta es más bien dudosa. El ideario católico entra con frecuencia en conflicto con algunos de estos estándares de la “decente” o “indecente”, sobre todo en áreas propias de la teología moral. Esto es así porque es en ella donde se declara la existencia de actos materialmente buenos o malos de modo intrínseco y universal (ya sea por su correspondencia con la verdad revelada, ya sea por su conformidad con la ley natural al alcance de la razón), quedando por lo tanto en inmejorable posición para transgredir las normas de lo políticamente correcto que dominan en nuestro tiempo, que se declaran *ex ante* como incapaces de definir nada. No es extraño, en consecuencia, que la libertad académica propia de las universidades católicas o de inspiración católica entre en severo conflicto con los defensores del nuevo canon, cuyo concepto de lo “moral” se reduce al principio liberal de no dañar terceros, o se sujeta (en el ámbito interno) a la ley de la conciencia individual.

Este embate contra la libertad de cátedra se ha producido hasta el momento de dos formas: (a) o bien rechazando las afirmaciones morales que se derivan de los principios que estas instituciones defienden, o bien (b) desafiando la interpretación del canon teológico, para ajustarlo a las categorías de la nueva ortodoxia. Ambas estrategias son simultáneas: mientras se denuncia en el discurso público la “indecencia” de los profesores que se sujetan al canon tradicional (y, por lo tanto, se denuncia implícitamente la “indecencia” del mismo canon), otros –también profesores– llaman a la calma, afirmando que la *verdadera* revelación y la *verdadera* ley (natural) sostiene en realidad el mismo parámetro de “decencia” que la corrección política, de manera que la narrativa se vuelve contra quienes se empeñan en declarar la interpretación auténtica, y no contra los que intentan subvertirla.

19 Castillo, L. (2006). *La libertad de cátedra en la relación laboral con ideario*. Valencia. Tirant lo Blanch.

La novedad de este procedimiento radica, sin embargo, más en las condiciones en que esto se produce que en su mecanismo; sin perjuicio de que la segunda estrategia no es moderna sino derechamente posmoderna, según hemos visto antes, a propósito de la deconstrucción. Tales condiciones apuntan a la radical intervención de la tecnología, cuyo efecto es diluir el valor simbólico del debate, trasladándolo desde el discurso académico como sistema estructurado de símbolos al discurso público, usando el expediente de indiferenciarlos en una sola narrativa, des-simbolizando el discurso especializado, eliminando su referencia y convirtiéndolo en una constante iteración en línea. Esto se verifica a través de la comunicación masiva, que es el medio a través del cual se configura la representación moral colectiva, que ejerce a escala global un manifiesto contenido político. La tecnología de la información, su circulación instantánea y omnipresente, su indecibilidad entre hablante y auditorio, proporcionan los elementos necesarios para la deconstrucción efectiva del discurso, y, por lo tanto, para la desaparición de los límites de las narrativas contemplativas, especialmente en aquellas áreas que abordan cuestiones morales. En este sentido, la tecnología no sólo ha cambiado el modo en que acontece el discurso, sino también al discurso mismo, porque es ella la que disemina los significados y deconstruye los binomios como “hablante/auditorio”, etc. La libertad de cátedra ya no es medida por criterios objetivos, sino por un enorme auditorio cuyo criterio comparativo es la representación colectiva diseminada y, al mismo tiempo, justificada por las redes digitales. Se trata de una versión refinada en términos cognitivos de la conocida frase de McLuhan: “el medio es el mensaje”.

En otros términos, pues, y a modo de conclusión: la significativa politización del discurso que caracteriza las primeras décadas del siglo XXI problematiza la libertad de expresión de los que se empeñan en formular juicios teóricos o prácticos sobre problemas morales, sociales, jurídicos o políticos que sean, a la vez, materiales y universales. En este grupo de académicos se encuentran (o debieran encontrarse) aquellos que pertenecen a universidades católicas o de inspiración católica. El efecto descrito supone una dramática disminución de la libertad de cátedra efectiva de este grupo, aunque la dimensión normativa de esta garantía aún se encuentre intacta. La razón de su disminución obedece a que los requisitos para concederla parecen haberse movido, ahora, gracias al empoderamiento sustentando y garantizado por las tecnologías de la información, desde las condiciones objetivas tradicionales para operar de la libertad de cátedra, a la necesidad de no contradecir la representación colectiva de lo correcto formulada en, por y desde las redes y los auditorios virtuales.

Mientras no se consiga volver a formular de modo estricto las exigencias y resguardos propios del discurso académico, las universidades –y especialmente las universidades católicas– serán paradójicamente un lugar

muy peligroso para incorporar en el discurso propio de su ámbito, con la adecuada libertad, aquello que sus académicos consideran verdadero.

Bibliografía

- Aristóteles (2012). *Metafísica*. Trad. Valentín Gasrcía Yebra. Madrid. Gredos.
- Aristóteles. *Sobre la interpretación* (trad. en 1995 por Miguel Candel San Martín). Madrid. Gredos.
- Castillo, L. (2006). *La libertad de cátedra en la relación laboral con ideario*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- Derrida, J. (1972). *Positions, Entretiens avec Henri Ronse, Julia Kristeva, Jean-Louis Houdebine, Guy Scarpetta*. París. Les Éditions de Minuits.
- Derrida, J. (1995). *El tiempo de una tesis. Deconstrucción e implicaciones conceptuales*. Barcelona. Ediciones Proyecto a.
- Derrida, J. (2000). *De la gramatología* (O. del Barco, trad.). Buenos Aires. Editorial Siglo XXI.
- Diringer, D. (1982). *The Book Before Printing. Ancient, Medieval and Oriental*. Nueva York. Dover Publications.
- Floridi, L. (2011). *The Philosophy of Information*. Oxford. Oxford University Press.
- Foucault, M. (1996). *¿Qué es la Ilustración?* Madrid. La Piqueta.
- Lévy-Bruhl, L. (1951). *Les fonctions mentales dans les sociétés inférieures*. París. Presses Universitaires de France.
- Madrid, R. (2015). “El concepto de libertad de cátedra”. En *Problemas de Derecho Natural* (Alejandro Miranda y Sebastián Contreras, eds.). Santiago. Thomson Reuters.
- Marzo, A. (2012). *L'Alba di Libri. Quando Venezia ha fatto leggere il mondo*. Milán. Garzanti.
- McLuhan (1995). *Essential McLuhan* (Eric McLuhan and Frank Zingrone, eds.). Nueva York. Basic Books.
- Platón. *Fedro* (trad. María Araujo en 1974). Madrid. Aguilar.
- Real Academia de la Lengua (2013). *Diccionario de la Lengua Española*. XXIIIª edición. Madrid.