

Fundamentos filosóficos del principio de legalidad ¹.

Señor Presidente de la Academia Nacional de Derecho, señores académicos, señoras y señores:

Quiero comenzar agradeciendo al Académico Rodríguez Varela sus cálidas palabras, propias de un alma generosa.

Agradezco ahora a los señores académicos que, en un acto que aún me deja perplejo, han confiado en mí, y pasando por alto la pobreza de mis capacidades y antecedentes me han conferido el honor tan grande como inmerecido de ser miembro de esta Academia.

Agradezco a mi maravillosa y tan amada mujer, Verónica Barrenechea Cullen, a mis hijos –propios y políticos-, a mis padres, hermanos, amigos, porque de todos ellos he aprendido las cosas que importan en esta vida.

Deseo, por fin, poner mi futuro desempeño como integrante de esta Corporación bajo el amparo de la Santísima Virgen María, para poder así trabajar siempre para la mayor gloria de su Hijo.

.....
.....²

1. Los años, la reflexión y, quizás sobre todo, la misericordia de Dios, no han hecho más que profundizar en mí una convicción. Convicción que supo ser durante siglos verdad evidente para juristas, filósofos y gente del común pero que el tiempo, con sus ideologías, ha transformado en un pensamiento incomprensible y, quizás, impronunciable.

Esta convicción es que el Derecho existe para el hombre y el hombre existe para Dios. Y toda vez que se ha alterado este orden o se ha suprimido alguno de sus términos, la sociedad de los hombres ha sucumbido en la injusticia y el caos.

Mi propósito hoy es reflexionar acerca del principio de legalidad y sus fundamentos filosóficos. Lo haré dentro del marco de esta descripción de la realidad.

¹ Disertación pronunciada por el autor, en oportunidad de su incorporación a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión pública del 28 de mayo de 2015.

² Como es tradición, el discurso de presentación es precedido por unas palabras relativas al jurista cuyo nombre lleva el sitial que ocupará el nuevo miembro (Carlos Calvo), y otras en memoria de su predecesor (Horacio Pedro Fargosi). Las mismas han sido suprimidas en esta edición. Pueden consultarse, con el resto del discurso y los discursos de recepción en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Segunda Época, Año LX, Número 53, 2015. La Ley. 2016.

Es común en nuestros días y, en rigor, desde bastante tiempo atrás, circunscribir el principio de legalidad al Derecho Público y, dentro de él, al Derecho Penal. Pero aunque el principio sea más evidente en el Derecho Público que en el Privado y en el Derecho Penal que en otras ramas del Derecho Público, lo cierto es que se trata de un principio que recorre todo el orden jurídico.

Es verdad que histórica y vitalmente el principio de legalidad ha sido referido principalmente al Derecho Penal porque, en este caso, la comprensible preocupación que lo anima ha sido y es la de poner límites a los gobernantes incluidos, y quizás en primer lugar, los jueces. Por otra parte, el principio, en materia penal, ha quedado fuertemente establecido en la fórmula del artículo 18 de la Constitución Nacional: “Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa”. Pero no obstante esta posición privilegiada que el principio de legalidad tiene en cuestiones penales, considero que limitarlo al Derecho Penal o aún al Derecho Público, implica reducir el alto valor que tiene la ley dentro del orden jurídico a una de sus funciones –la de protección de los particulares frente a las arbitrariedades de los gobernantes- en desmedro de otras de tanta importancia como la construcción del bien común político.

En lo que sigue entonces, reflexionaremos sobre los fundamentos filosóficos del principio de legalidad, teniendo en cuenta que éste comprende la afirmación de la primacía de la ley en el ordenamiento de la sociedad hacia su fin, el bien común político; en la regulación de la vida social, en tanto modelo por antonomasia de la conducta justa; y en la resolución de los conflictos que entre los miembros de la sociedad pudieran suscitarse; incluyendo, en un lugar de privilegio por sus especiales características, la violación del orden jurídico a través de esas injusticias juridizadas que llamamos delitos. No dejaremos tampoco de atender al hecho de que la ley, la ley constitutiva de la sociedad política, le imprime a esta su carácter, el modo peculiar, único e irrepetible en que esa comunidad ha de realizar su bien común político, esto es, su destino en este mundo. Alberdi, refiriéndose a la invocación de la protección de Dios en el Preámbulo de nuestra Constitución Nacional, “como fuente de toda razón y justicia”, escribe que el hecho de que la Constitución sea dada en nombre de Dios, legislador supremo de las naciones, debe ser entendido en un profundo sentido político. Porque Dios da a cada pueblo su Constitución o manera de ser normal, como la da a cada hombre³.

2. Ahora, hablar de primacía de la ley supone anteponerla a algún otro modo de cumplir las funciones que acabamos de enunciar. Es decir, ¿podría no ser la ley quien tuviera este rol decisivo en la sociedad? De hecho, sí. Ninguna sociedad puede prescindir absolutamente de

³ En “Organización de la Confederación Argentina”. Ed. El Ateneo, Madrid, 1913, T.I, p. 83.

las leyes pero muchas sociedades, y casi todas ellas en algún momento de su historia, se han gobernado obedeciendo el arbitrio de unos pocos o al margen de su propio orden jurídico. Entonces el ordenamiento de la sociedad queda librado a la voluntad de los gobernantes, la regulación de la vida social es dejada en manos de los más poderosos, y la resolución de los conflictos termina dependiendo de la ideología de los jueces. Gobierno de la ley o gobierno de la voluntad sin límites de los hombres. Principio de legalidad o principio de exaltación de la voluntad humana como única medida de los actos sociales.

En rigor, es esta más una descripción de la realidad histórica que una opción que las sociedades se hayan planteado. Porque la entronización de la arbitrariedad, del despotismo, de la sinrazón en sus múltiples formas, sólo aparece como una opción deseable para quienes detentan el poder. No para quienes lo padecen.

Sin embargo, la historia es testigo de la complicidad o, al menos, de la indiferencia apática de los pueblos frente a múltiples violaciones del principio de supremacía de la ley, violaciones que inevitablemente concluyen en el desprecio por la ley y la instalación de la arbitrariedad. Nuestra Argentina actual y reciente es muestrario suficiente de muchas de ellas. Valga como ejemplo la violación del principio de legalidad penal para poder alcanzar el objetivo de juzgar a los militares acusados de delitos cometidos en la década del 70. Esta violación de la Constitución Nacional fue cometida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y ha sido severa y rigurosamente criticada por esta Corporación en sus dictámenes del 7 de diciembre del 2004 y del 25 de agosto del 2005. También se refirió a ella Gregorio Badeni, en la disertación que pronunciara en ocasión de incorporarse a esta Academia, con estas palabras concluyentes: “La doctrina recientemente adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al sustituir la Constitución por el derecho internacional como unidad de análisis para determinar la validez de las normas, coadyuva a pervertir el orden constitucional mediante una interpretación falsa del orden jurídico interno. Interpretación que responde a ciertas apetencias ideológicas extrañas a la Ley Fundamental, fomentando la indiferencia de gobernantes y gobernados por la violación de ella, y una actitud psicológica que puede conducir a la atrofia de la conciencia constitucional bajo cuyo amparo se organizó la Nación Argentina y la desarticulación de la plena vigencia del estado de Derecho”⁴.

A aquellos fallos de la Corte que dejaron de lado la letra, el espíritu, la doctrina y la jurisprudencia constitucional en punto al principio de legalidad penal, le siguieron (y le siguen en la actualidad) sucesivas violaciones de los derechos humanos cometidas por los jueces en los respectivos procesos penales. No puede llamarnos la atención, ya que la ideología que, en estos casos, está detrás del atropello al principio de legalidad en materia penal es la misma que implícitamente justifica el apartamiento de los derechos humanos en las cuestiones procesales. Me refiero a la doctrina penal llamada “Derecho Penal del enemigo” la cual, en apretada síntesis, sostiene que aquellos seres humanos considerados

⁴ Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2005, n° 43, p. 39.

por el Estado como “enemigos” no tienen los mismos derechos humanos o, al menos, no los tienen en la misma amplitud, que los delincuentes comunes⁵.

Es indudable que parte de nuestra sociedad vio en aquellos fallos de la Corte la posibilidad de satisfacer un deseo de justicia. Pero el orden jurídico no ha sido diseñado para “hacer justicia” así, a secas, sino para hacerla a través del respeto riguroso de las garantías constitucionales y de las normas jurídicas aplicables a cada caso. En otras palabras, en un Estado de Derecho no hay justicia fuera de la ley. La consecuencia inevitable de aquellos fallos inconstitucionales y de estas múltiples situaciones de permanente inequidad, ha sido la introducción en nuestro orden jurídico de una doctrina peligrosa y marcadamente injusta. Fuente potencial de variadas injusticias concretas. En efecto, ¿quién será considerado mañana el “enemigo”? ¿a quién se privará de sus derechos?

Pero donde quizás sea más evidente esa complicidad social con la violación de la ley es en los repetidos casos de gobernantes que han querido perpetuarse en el poder. Ya desde antiguo se ha planteado si acaso no es el mejor de los gobiernos el de un hombre sabio, caso en el cual no debería haber ley que lo limite ya que él mismo sería su propia ley, y el autor de las leyes que regirían a sus súbditos. Nadie como Platón desarrolló tan brillantemente los fundamentos de este gobierno por encima de todas las leyes, nadie como Platón sufrió tan dolorosamente el fracaso de su doctrina. Y el de La República era un rey filósofo. El pudor me impide analizar los casos argentinos. Pero la objeción es siempre la misma: la debilidad humana. Ningún hombre es tan virtuoso como para estar por encima de las leyes, ninguno es tan buen gobernante como para que no sea prudente reemplazarlo. Platón mismo concluyó su vida escribiendo “Las leyes” en la que elabora una completa legislación a la cual todos los hombres deben estar sujetos y no deben modificar.

3. Recuerdo que el sofista Trasímaco sostenía que los gobernantes hacen las leyes en su propio provecho y como la justicia (tal como era doctrina aceptada entre los griegos) estriba en cumplir las leyes, la justicia consistía en última instancia en el provecho de los gobernantes⁶. Sospecho que partiendo de este silogismo, Trasímaco hubiera sido partidario del principio de legalidad.

Porque lo que hemos dicho hasta ahora –al menos implícitamente– es que los hombres (gobernantes y gobernados) debemos hacer lo que las leyes nos ordenan o podemos hacer lo que nos permiten, y no debemos hacer lo que ellas nos prohíben (y si lo hacemos, debemos sufrir las consecuencias que las leyes prevén). En definitiva, que son las leyes

⁵ Cfr. Jakobs, Gunther: “¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad”, en: CANCIO MELIÁ/ GÓMEZ-JARA DIEZ (Eds.), Derecho Penal de Enemigo, Ed. Civitas, Madrid, 2006.

⁶ En Platón: República, 338 c.

quienes gobiernan. Y tiendo a pensar que nos ha parecido muy razonable. Pero esta razonabilidad parece basarse en un presupuesto: que las leyes sean justas. Y quizás en otro que le está muy cercano: que las leyes sean las mismas para todos. Al menos para todos los que estén en una misma situación. Pero las leyes las hacemos los hombres, y los hombres muchas veces somos injustos. Pero, en todo caso, ¿qué es la justicia?, ¿cuándo una ley es justa? ¿hay algún criterio, alguna norma objetiva de justicia? En nuestros tiempos, ¿basta seguir los mecanismos previstos para la sanción de las leyes por una Constitución o ley suprema para que la ley sancionada sea justa? Indudablemente, no. No basta con que la ley sea expresión de la voluntad de la mayoría, la ley debe ser, además y sobre todo, conforme a las normas de la Constitución Nacional. Pero, ¿quién determina la constitucionalidad de una ley? En nuestro país, la Corte Suprema de Justicia. Pero los integrantes de la Corte Suprema pueden estar al servicio de un Poder Ejecutivo tiránico o estar guiados por alguna ideología. ¿Acaso puede razonablemente inferirse de nuestra Constitución Nacional que existe un derecho a matar a una persona inocente? ¿Y no es esto lo que ha dicho la Corte en el caso F., A. L.? Y así podríamos seguir. Pero este rápido recorrido de preguntas sin respuesta no busca simplemente sembrar dudas. En realidad, tendría que servir para hacernos reflexionar que la supremacía de la ley o principio de legalidad, para ser tal, es decir, para ser un verdadero e insoslayable principio de justicia, para ser una parte fundamental del basamento de una república, tiene que tener un fundamento más profundo, un fundamento que vaya más allá de la voluble voluntad de los hombres.

En otras palabras, que el valor o validez del principio de legalidad guarda una relación directa con el concepto de ley. En un extremo –que es el de Trasímaco- si la ley es un concepto vacío de contenido propio, cuyas prescripciones dependen de la voluntad de los hombres, es decir, si la ley está sujeta al relativismo de los deseos e intereses de los que mandan, el principio de legalidad podría terminar significando el reinado de la injusticia.

4. Toda búsqueda intelectual debe comenzar por Grecia. Porque fue allí, en sus múltiples polis, donde el pensamiento humano descubrió territorios que los hombres luego no hemos hecho sino explorar. Uno de los más extraordinarios descubrimientos que debemos a los griegos es el de haber intuido –y luego desarrollado- que la totalidad de lo existente es un cosmos y no un caos. Es decir, que el universo es un todo ordenado y bello (porque ambas cosas, orden y belleza, quiere decir la palabra cosmos) y, por ser un orden, tiene un principio y normas que lo regulan⁷. Hemos dicho “la totalidad de lo existente” para remarcar el hecho de que para el pensamiento griego el hombre y la sociedad forman parte de ese cosmos en el doble sentido de que lo integran y de que están sujetos a su íntima y misteriosa legalidad.

⁷ Véase Jaeger, Werner: “Paideia: los ideales de la cultura griega”. Fondo de Cultura Económica, México, 1968, en particular cap. IX “El pensamiento filosófico y el descubrimiento del cosmos”.

En la Teogonía de Hesíodo se cuenta lo que ha de haber sido patrimonio religioso y cultural griego por muchos siglos: de la unión de Zeus, padre de los dioses y Themis, diosa del buen consejo, nacieron Dike (la Justicia), Eunomía (literalmente “buena ley” o ley recta), y Eirene (que se traduce como paz)⁸. Es decir, la justicia y la ley que la expresa, como la paz que es su deseado fin, son diosas. Y la obediencia o desobediencia a lo que estas diosas expresan, redundará en bienes o males para los hombres⁹. Por supuesto, no es este aspecto divino el que más nos interesa –ya que es claro que nosotros sabemos que no son diosas e ignoramos el grado de fe que en su divinidad tuvieron los griegos a lo largo de los siglos-, pero lo que sí parece importante considerar es que los griegos tuvieron desde un principio la convicción de que la justicia –a la que tuvieron como valor supremo de la sociedad y del universo todo- y la ley, en cuanto expresión de esta justicia y del orden profundo del universo, son bienes que los hombres hemos recibido. Que no dependen de nuestro arbitrio, sino que debemos buscar en las profundidades del ser y luego expresar en nuestro lenguaje jurídico y político. Como ha escrito en nuestros días Pedro Coviello, “hay una realidad que el hombre aprehende con su razón y que se le aparece como algo que debe obedecer”¹⁰.

Esta profunda convicción del orden divino del universo¹¹ y, en particular, del carácter de dones de los más altos valores sociales, permanecerá a lo largo del tiempo y será la tierra fértil de la que brotarán las más valiosas ideas vinculadas con nuestro tema.

En primer lugar, lo que en términos griegos diríamos la necesaria vinculación del nomos con el logos¹². Es decir, la vinculación de la norma y de las normas humanas con la profunda racionalidad que preside y ordena el universo. De ahí se derivará la afirmación de la racionalidad de la ley humana, de la ley como expresión y producto de la razón. Pero de una razón que hunde sus raíces en el ser de las cosas y se manifiesta luego en la ley como razón desapasionada, al decir de Aristóteles¹³, capaz, por eso mismo, de regular la vida social conforme a las exigencias de la naturaleza humana y al fin de la comunidad política. “La ley es un descubrimiento de la realidad” escribirá un discípulo de Platón en el Minos¹⁴.

⁸ Teogonía, 902.

⁹ Hesíodo: “Los trabajos y los días”, 66/82.

¹⁰ En “Los principios generales del Derecho en el Derecho Administrativo Argentino”, DA-2003/2004, núms 267-268, p.97.

¹¹ Jaeger, Werner: “Alabanza de la ley”. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1982, p.22

¹² Wolf, Erik: “El origen de la ontología jurídica en el pensamiento griego”. Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 1965, T. I, p. 98.

¹³ Política, 1286 a, 5.

¹⁴ Minos, 317 d. .

Esta idea tendrá, a su vez, importantes consecuencias. Por ejemplo, la afirmación de Heráclito en cuanto a la existencia de una ley divina de la cual se alimentan todas las leyes humanas¹⁵, o que impone límites que los gobernantes no pueden traspasar impunemente (como en la Antígona de Sófocles); otra consecuencia será la convicción en punto a la autoridad y supremacía de la ley humana: las leyes bien establecidas son las que deben ejercer la soberanía, escribirá Aristóteles en su Política¹⁶; Nomos Basileus, la ley es el rey, dirá Píndaro en frase de gran fama¹⁷. De lo que se seguirán las necesarias y lógicas limitaciones a la libertad de los jueces. Decía Aristóteles que mejor es que todas las cosas estén reguladas por la ley que dejarlas al arbitrio de los jueces¹⁸.

En segundo lugar, otra idea que brota de esta altísima consideración de la ley, es la convicción, mostrada en los hechos, de que se necesitan verdaderos sabios para dictar las leyes constitutivas de una polis. Así ocurrió con Solón en Atenas, con Licurgo en Esparta o con Minos en Creta. En rigor, toda polis creía tener un legislador –real o mítico- a quien debía las bondades y sabiduría de su legislación. De su legislación más profunda, debe entenderse; de aquella que le dio su carácter propio y distintivo. Y es que la concepción de Eunomía, la ley recta que se descubre en la observación racional y meditada de la vida social y de la naturaleza social del hombre, requiere de hombres excepcionales para legislar. Solón, quien fue poeta y gran filósofo, además de extraordinario legislador, dedicó un poema a Eunomía. Como escribe Jaeger, Solón quiso “restablecer una plena armonía entre la ley escrita y lo que a su razón se le presentaba como el orden natural y lógico de las cosas, que él llamó eunomía¹⁹.

Al mismo Solón le debemos el haber sintetizado en una frase la clave de la sabiduría que debe presidir la actuación de legisladores y jueces y, quizás de todo ser humano: “Pero lo más difícil es llegar a la percepción inteligente de la invisible medida, al hecho de que todas las cosas llevan consigo límites”²⁰.

Límites. Límites intrínsecos, propios de las cosas, no límites impuestos por el hombre. Límites, entonces, que el hombre debe descubrir y respetar. Las ciencias tienen sus límites como el Derecho tiene los suyos. Como los hombres los tenemos en todos los ámbitos de la vida. Y aquí deberíamos detenernos por un instante a meditar. Porque muchas veces pensamos que aquello que de hecho podemos hacer –porque no está expresamente

¹⁵ Frag. 114

¹⁶ 1282b.

¹⁷ Frag. 169.

¹⁸ Retórica, 1354 a

¹⁹ Jaeger, W.: Alabanza...cit, p. 25

²⁰ Frag. 16

prohibido- es por ello mismo lícito. Pero cuando se fabrican niños en estado embrionario para seleccionar a aquel que puede ser utilizado para intentar curar a un hermano, es decir, lo que en la doctrina bioética se llama un “bebe medicamento”, ¿no se ha sobrepasado un límite? Cuando se sanciona una ley cuyo presupuesto es que no hay ninguna diferencia esencial entre la unión de varón y mujer y la unión de dos homosexuales, ¿no se ha sobrepasado un límite, no se ha violentado la naturaleza de las cosas? Así lo ha considerado esta Academia, en su dictamen del 28 de junio de 2010 por el que consideró inconstitucional la ley que incorporó las uniones homosexuales al régimen matrimonial.

Consecuencia necesaria de esta idea de que se requieren sabios para sancionar las leyes constitutivas de una polis, es la convicción de que estas leyes fundamentales o, al menos, sus principios, no deben cambiarse. En *Minos*, obra que ya hemos citado, se dice que las verdaderas leyes no se cambian, y el hecho de que algunas leyes hayan durado siglos habla en favor de su bondad²¹. ¡Qué mejor demostración de este aserto puede encontrarse que la regla de san Benito de Nursia, conjunto de normas con las cuales los monjes de la congregación por éste fundada, se vienen rigiendo –sin haber modificado sus principios esenciales- desde hace 1.500 años!

En tercer lugar hay que destacar, porque está ínsito en la idea de Dike como una clave para hacer patente las leyes ocultas de la sociedad humana, el descubrimiento popular de una de las manifestaciones más auténticas de la justicia y que, según creo, es la primera aparición histórica de lo nosotros llamamos –de modo acotado- principio de legalidad. No descubierto por vía intelectual, como venimos diciendo, sino revolucionaria.

El pueblo griego o, con mayor precisión, las diversas polis en que se dividía lo que llamamos Grecia, se regía desde los tiempos más antiguos por costumbres, por tradiciones y, por supuesto, por la voluntad buena o mala, sabia o tiránica de sus gobernantes. Gobernantes que pertenecían invariablemente a lo que podríamos denominar la nobleza. En los siglos VII y VI AC las polis griegas se vieron sacudidas por enfrentamientos sociales entre los ciudadanos libres y los nobles. La revolución se hizo bajo el lema de Dike. Dike, la Justicia, la diosa cuyo ultraje desataba la furia de su padre Zeus fue el slogan, la bandera de quienes querían vivir en una sociedad más justa. Y Dike significó entonces la exigencia de leyes escritas. Porque intuían con acierto aquellos hombres que la existencia de leyes escritas es el primer e imprescindible paso hacia una sociedad justa. En efecto, sólo cuando las leyes –por estar escritas- pueden ser conocidas por todos es que se puede dar el paso siguiente en el sentido de lo que los griegos concibieron como la justicia concreta: el reclamo de isonomía, es decir, igualdad ante la ley. Y, en ello, no en la participación en el gobierno, sino en la igualdad ante la ley, vieron aquellos hombres la verdadera y quizás única garantía de justicia, la clave de un orden justo²².

²¹ 317 b

²² Jaeger, W.: “Alabanza...cit, p. 22.

Como sabemos, algo parecido ocurrió en Roma con la ley de las Doce Tablas, expuesta al público en el foro, de modo tal que todos los romanos supieran exactamente a qué atenerse en las cuestiones que allí aparecían reguladas.

Toda esta majestuosa concepción de la ley; este descubrimiento racional de un cosmos del cual forman parte las cosas humanas, de un orden dado entonces a la sociedad de los hombres para que estos alcancen su felicidad y su fin; ésta íntima legalidad, principio de toda armonía, que los más sabios deben descubrir en la realidad social y expresar en leyes escritas, fundantes de comunidades permanentes; este descubrimiento de la isonomía, la igualdad ante las leyes de la polis, como garantía de la justicia concreta; todas estas manifestaciones, en suma, de la raíz y fundamento del principio de legalidad, fueron parte central de la cultura griega y de la educación que generaciones de hombres recibieron a través de los siglos. Porque les resultó claro desde siempre que la virtud ciudadana en cuanto a lo que llamamos “principio de legalidad” requiere, no sólo un conocimiento de las leyes sino, sobre todo, una suerte de “encarnación” en el alma humana de la ley como principio ordenador de la vida comunitaria y de la propia vida. De algún modo, la idea que subyace es que el hombre debe apropiarse de la ley, hacerla suya, ser él mismo una participación de la ley.

La palabra griega dikaiosyne, que terminará siendo traducida como virtud de la justicia, tuvo en su origen el significado de designar aquella cualidad por la que un hombre cumple con todo lo debido, por la que hace –en todos los casos- lo que corresponde. De algún modo, se trataba de una virtud humana total. Y bien, la dikaiosyne fue entendida como el cumplimiento de la ley²³. Y hemos de entender, ante todo, de aquellas leyes o de aquellos principios explicitados por las leyes que conformaban la base y el sentido de la vida comunitaria. De allí la altísima idea –que dará nombre a la famosa obra de Montesquieu- de ser educado en el espíritu de las leyes.

El respeto y obediencia de la ley así entendido no es otra cosa que el respeto, y aún la vivencia, del orden divino del universo. Para decirlo en términos schellerianos, a través de esta legalidad, el hombre ocupa conscientemente su puesto en el cosmos.

A partir de toda esta cosmovisión debe entenderse la magnífica frase de Heráclito: “El pueblo tiene que luchar por su ley como por las murallas”²⁴.

Es decir, el cumplimiento del destino de la polis, prefigurado en sus leyes y, a veces su salvación, depende de que las leyes se mantengan incólumes. Porque el nomos es la muralla espiritual que protege y da sentido a la vida de una comunidad. Y la comunidad dejaría de existir si se derrumbaran las leyes que sustentan su estructura interna. Hay que recordar, para que así la frase cobre la plenitud de su sentido, que para el pensamiento antiguo las

²³ Jaeger, W: “Paideia...cit., p. 108/9

²⁴ Frag. 44

murallas son objetos sagrados, cosas divinas²⁵. La lucha por la primacía y la estabilidad de la ley, por la perdurabilidad de las leyes constitutivas de la polis tuvo, entonces, para los griegos el sentido de una empresa sagrada.

5. Si queremos seguir progresando en el conocimiento de la ley y, por tanto, en el fundamento último del principio de legalidad, debemos mencionar el legado de Israel y, por fin y por supuesto, la manifestación de la plenitud de lo humano en la Encarnación del Hijo de Dios.

Lo que para los griegos fue afanoso descubrimiento fue, para los judíos, feliz revelación. En efecto, lo que sabemos y supo el pueblo de Israel acerca de la esencia, funciones y supremacía de la ley, y de la necesidad imperiosa de su cumplimiento, lo conoció por directa intervención de Dios quien lo manifestó –con amor pedagógico- a través de la historia y de las Escrituras.

Si algo hubiera sorprendido a un griego de haber conocido la revelación veterotestamentaria es la ampliación del concepto de justicia para incluir en él a la misericordia. Es un hecho que la palabra hebrea *sedaka* que traducimos -distorsionando en buena medida su sentido- por justicia, incluye como elemento central a la misericordia, hasta el punto que bien podría decirse que lo que nosotros llamamos justicia y misericordia resultan imposibles de ser distinguidos en muchos pasajes del Antiguo Testamento. Así es justicia como es misericordia proteger y cuidar al pobre y al débil, al huérfano y a la viuda, al necesitado en todas sus manifestaciones.

Más aún, *sedaka* referido al ejercicio del poder, encierra siempre la idea de que quien es el guardián del orden debe tutelar el derecho de los débiles frente al atropello de los poderosos. Y es Yaveh, el Dios de la Alianza, el guardián supremo del derecho de los pobres, de los oprimidos, de los débiles²⁶.

Por fin la Ley, la Torah, que es la expresión del orden querido por Dios para la sociedad, contiene múltiples prescripciones de obras de misericordia.

Escribe Luis Rivas al respecto que “es necesario destacar que las prescripciones de la Ley con respecto a la atención de los pobres no quedan libradas a la buena voluntad de los individuos, sino que son actos de justicia que todos deben cumplir en razón de la misma Alianza. El concepto bíblico de justicia –concluye este teólogo- siempre incluye –e incluso destaca- la protección de los más débiles”²⁷.

²⁵ Wolf, E., cit., p.

²⁶ Puede verse un análisis del concepto de *sedaka* en mi libro “Misericordia y Justicia”. EDUCA, Bs. As., 2013, págs. 83/105.

²⁷ Rivas, Luis H.: “Justicia y amor. Fundamentos bíblicos”. Comunicación efectuada en la 18ª reunión del Comité Internacional de enlace entre Católicos y Judíos. Bs. As., 5/8 de julio de 2004, p.6.

Es indudable que este concepto de la ley que surge de la Torah, permitiría construir el principio de legalidad y sus fundamentos con algunas profundas variantes respecto de lo que hasta ahora hemos visto. Destaquemos tres puntos. El primero es que la primacía de la ley sobre la voluntad de los hombres no requiere siquiera razonarse ni, muchos menos, fundamentarse, a partir del hecho de que la ley ha sido dada directamente por Dios a los hombres. El segundo es que la existencia de una íntima relación entre el orden de los hombres y el del universo, ya no es una intuición ni un razonamiento sino una certeza fundada, ante todo, en la fe. Por fin, el tercer aspecto a destacar es la necesaria inclusión y, por ventura en lugar de privilegio, de la misericordia, de la ayuda a los necesitados, dentro del principio de legalidad.

Nos quedaremos ahora con este tercer punto, ya que la existencia de una ley divina positiva será luego retomada por la Teología pero sin mayor incidencia en el orden jurídico, y la relación entre el orden de los hombres y el del universo lo trataré enseguida a propósito de la relación entre la ley eterna y la ley humana.

La misericordia, entonces.

En la plenitud de los tiempos el Hijo de Dios se hizo hombre. Y con Él y en Él se encarnó la misericordia de Dios hacia el hombre y su prolongación en el mismo hombre, esto es, la misericordia del hombre con el hombre. Ha escrito Juan Pablo II que Cristo es, en cierto sentido, la misericordia²⁸. En efecto, desde la anunciación hasta la locura de amor de la Cruz y la victoria de la Resurrección, todo el transcurrir de Dios en el mundo es obra de misericordia.

Dentro de la riqueza felizmente inagotable que nos ofrece la humanidad de Cristo Jesús, quiero destacar dos cuestiones centrales para nuestro tema del concepto de la ley en cuanto a su contenido. Una es, como continuidad y perfecta culminación de lo anunciado en el Antiguo Testamento, la primacía de la misericordia como virtud social, como la realidad más deseada por el cristiano en este mundo. Un mundo donde reine la misericordia por encima de todo otro bien o valor. La otra cuestión es que, como dice Juan Pablo II en la Encíclica *Redemptor Hominis*, en Cristo el hombre conoce al hombre²⁹. Lo conoce en toda su grandeza y, por contraposición, en toda su miseria. Por lo pronto (y aquí se unen estas dos cuestiones centrales), el hombre se conoce a sí mismo como capaz de misericordia, es decir, como capaz de amar con un amor que es propio de Dios³⁰. Y no sólo como capaz de poseer la misericordia sino como especialmente llamado a vivirla. “Sed misericordiosos así como vuestro Padre es misericordioso” (Lc 6, 36), nos dice Jesús por medio de San Lucas. Es este renovado conocimiento de lo humano el que llevará a escribir a San Ambrosio. “No

²⁸ Encíclica *Dives in misericordia*, 2.

²⁹ *Redemptor hominis*, 10.

³⁰ *DM*, 8.

es, pues, la relación de parentesco la que hace a otro hombre nuestro prójimo, sino la misericordia, porque ésta se hace una segunda naturaleza; ya que nada hay tan conforme con la naturaleza como ayudar al que tiene nuestra misma realidad natural”³¹.

Ahora, este mayor conocimiento que el hombre tiene del hombre, unido a la revelación y descubrimiento de la misericordia como el más alto bien social, debían producir un cambio profundo en la idea de la ley, pero un cambio en el sentido de crecimiento, de amplitud de significado y de plenitud de sentido. La ley (y como siempre, nos referimos a las leyes fundantes, a las que diseñan la sociedad política y su destino), será el modo de hacer realidad social la defensa y cuidado de los más débiles y necesitados. Muchas son las normas e instituciones que podemos encontrar en el Derecho Romano Cristiano, es decir, en el Derecho Romano posterior al Edicto de Milán (año 313) y obra, por tanto, de Constantino y sus sucesores, que se fundan explícitamente en la misericordia o cuyo contenido o fin son misericordiosos. Así, recordemos la fundación y desarrollo de hospitales, asilos de ancianos, casas de expósitos, asilos de peregrinos, orfanatos y variadas instituciones para proteger y ayudar a los más necesitados; la creación de los “defensores de las ciudades” con la función de amparar a los plebeyos pobres; o declaraciones incluidas en las leyes como esta de Justino II: “Los más grandes bienes entre los hombres son la justicia y la humanidad, una da a cada cual lo suyo y no desea lo ajeno, y la otra se inclina a la misericordia y libra de grandes deudas a los necesitados”³².

La reflexión cristiana sobre este universo redimido por Cristo encontrará en San Agustín y en Santo Tomás de Aquino sus más altos exponentes. En teología, por supuesto, pero también en lo que aquí más nos interesa: el concepto de la ley humana.

Me limitaré a recordar, en el pensamiento de San Agustín, su afirmación en cuanto a que la ley humana injusta no es ley³³, y la pregunta que sigue resonando hoy en nuestros oídos: “¿Qué son los reinos sin justicia sino grandes latrocinios?”³⁴ De aquí parte la doctrina del derecho y, en ciertos graves casos la obligación, de desobedecer las leyes injustas.

Del pensamiento de Santo Tomás mencionaré ante todo la noción de la ley eterna, para reflexionar luego brevemente sobre sus consecuencias para nuestro tema.

Leemos en la Suma Teológica que “la ley eterna es la razón de la divina sabiduría en cuanto dirige todos los actos y movimientos”, es decir, en “cuanto mueve todas las cosas creadas hacia su debido fin”³⁵. Dios, entonces, no sólo ha creado el universo y cada uno de los seres

³¹ En “Tratado sobre el Evangelio de San Lucas”, Obras de San Ambrosio, BAC, Madrid, 1966, T. I, p. 384.

³² Nov.163,pref.,573

³³ En De libero arbitrio, libro I, c. 5.

³⁴ De Civitate Dei, L IV, C. 4.

³⁵ I-II, q. 93, a.1.

animados e inanimados que lo pueblan sino que lo gobierna a través de su divina providencia. Lo cual, como explica a continuación Santo Tomás, se conoce por su efecto³⁶, o sea, por el orden que la ley ha impreso en la realidad o, quizás mejor, por el orden intrínseco de todo lo existente. De hecho, todo conocimiento de la verdad de las cosas es un conocimiento de algún efecto de la ley eterna. El hombre, entonces, como toda la creación, es gobernado por la ley eterna. Pero al haber sido dotado de inteligencia y libertad, participa activamente de esta ordenación hacia su fin último. Participación esta que se conoce como ley natural.

Ahora, la peculiar naturaleza con la que Dios ha dotado al hombre incluye la exigencia y necesidad de que viva en sociedad y se gobierne mediante el dictado de leyes. ¿Podrían estas leyes apartarse o, incluso, contradecir, el fin para el cual el hombre ha sido creado, o sea, ser contrarias a su naturaleza? Santo Tomás demuestra que toda ley se deriva necesariamente de la ley eterna³⁷ y San Agustín dice que “en la ley temporal nada hay justo y legítimo que no hayan tomado los hombres de la ley eterna”³⁸.

Y es que la creación es una. Así como hay una unidad en la creación en cuanto a las leyes físicas o químicas, la hay también en todo lo relativo al mundo de los hombres, en particular, en cuanto a las leyes que ordenan la sociedad política. Podría decirse que la obra del hombre es –y por tanto debe ser– una continuación de la obra de Dios. Aunque quizás fuera más preciso decir que Dios ha creado al hombre para que éste participe, según los talentos con los cuales Él lo ha dotado y, aún más, según la naturaleza que le ha dado, de su obra creadora. No hay, ni puede haber, una decisión autónoma del hombre por la cual sea éste quien resuelva cuál es su posición y función en el cosmos, cuál es el modo en el cual él va a hacer su parte del orden de la creación. Sería como si dijéramos que Dios ha hecho un universo –necesariamente bueno y perfecto por lo demás– y ha dejado librado a la voluntad del hombre terminarlo o modificarlo en la parte que al hombre le corresponde. Parece claro, entonces, que no puede hablarse de una ley de Dios y de una ley humana como si fueran dos cosas pertenecientes a mundo separados. Como ya habían intuido los griegos, la sustancia de la ley humana es algo que al hombre le es dado, algo que corresponde al orden de su naturaleza y a la necesidad del fin para el que ha sido creado, y que el legislador debe expresar jurídicamente.

Es a través de esta larga tradición griega, judía y cristiana que se irá elaborando el concepto sustancial de ley que Santo Tomás expresará en la Suma Teológica con la conocida fórmula: ordenación de la razón al bien común, promulgada por quien tiene a su cargo el

³⁶ Idem, art. 2.

³⁷ Idem, art. 3.

³⁸ De libero arbitrio L 1, c. 6.

cuidado de la comunidad³⁹. Y como necesaria consecuencia el principio de legalidad: la ley y sólo la ley debe gobernar a los hombres.

6. Antes de adentrarnos en la parte final de esta disertación, parece conveniente hacer una breve recapitulación de los principales puntos tratados y que encierran, por tanto, el fundamento último del principio de legalidad:

a) Dios ha creado el universo y lo gobierna con una ley eterna. El hombre –más allá de su fe- conoce esta verdad de que el conjunto de los seres creados conforman un cosmos y no un caos. También conoce la racionalidad del cosmos y la existencia de una ley que lo recorre y gobierna.

b) El mundo de los hombres forma parte de ese único cosmos y está sujeto, como éste, a una legalidad intrínseca que no depende de la voluntad del hombre.

c) El hombre, por natural inclinación y necesidad, debe vivir en sociedad y, aún más, en sociedad política, para alcanzar el fin o bien para el que existe y ha sido creado. Es decir, parte importante de este bien sólo puede alcanzarse comunitariamente y es, por tanto, un bien común político. Una exigencia central del bien común político es la ayuda a los más necesitados.

d) El medio principal para alcanzar este bien común político es la ley. La ley ordena las conductas humanas hacia este fin, resuelve los conflictos que se plantean en la convivencia social y educa a los hombres en los principios que la animan. Cuando es necesario pone límites a la acción desordenada o arbitraria de gobernantes, legisladores y jueces. Todos los hombres deben ser iguales ante la ley.

e) La ley humana debe explicitar y prescribir el orden que corresponde a la naturaleza del hombre y a su fin. En este sentido, el contenido de las leyes humanas –al menos de las que constituyen a la sociedad política como tal- es algo ya dado al hombre que su razón debe desentrañar y expresar.

f) Las leyes así formuladas están por encima de la voluntad de los hombres, en lo cual consiste el principio de legalidad. Para que esto pueda hacerse realidad, las leyes deben dejar poquísimos asuntos a la decisión de los jueces.

g) Las leyes educan en sus principios y prescripciones y, de este modo, van formando la nación. De allí la importancia de no modificar las leyes fundamentales.

7. Durante siglos y siglos, los grandes teólogos, filósofos, juristas y poetas conocieron y sostuvieron todos estos principios o fundamentos de la primacía de la ley que hemos señalado. Y fueron muchos los casos en que la ley así entendida fue sancionada y rigió el

³⁹ I-II, q. 90, a.4.

destino de los hombres. Es cierto también que la historia muestra la existencia de gobiernos tiránicos, de leyes injustas y de corruptelas legales y morales. Pero nunca (con la excepción quizás de los sofistas), los hombres llamaron derecho al crimen, justicia a la injusticia, humano a lo inhumano, moral a lo inmoral o bien al mal. Nunca hasta nuestra época.

No puedo detenerme ahora a considerar la profunda crisis que sufrieron todas las ideas que hemos expuesto en los últimos tiempos. Aunque Grocio ya había expulsado a Dios del Derecho, y Rousseau proponía construir una república anticristiana (y los nombro sólo a ellos por la enorme e innegable influencia que tuvieron en el pensamiento jurídico), todavía en aquellos siglos y aún después, existió una profunda corriente popular de convicciones básicamente cristianas que alimentaron en buena medida la legislación. Tocqueville en “La democracia en América”, demuestra cómo fue la religión cristiana –el protestantismo primero, el catolicismo después- quien hizo posible la construcción de una república democrática en América del Norte⁴⁰.

Pero si hay algo que nos ha enseñado el siglo XX –ha escrito Ratzinger- es que la razón puede perder fácilmente de vista los valores esenciales⁴¹. Al ritmo de un dilatado y profundo relativismo se han ido diluyendo las ideas y convicciones más elementales, hasta el punto de introducir incertidumbres en cuestiones que siempre hemos considerado, con razón, de sentido común, es decir, evidentes. Día a día parece cumplirse la cada vez más conocida y repetida profecía de Chesterton: “llegará el día en que se blandirán espadas por demostrar que las hojas son verdes en verano”⁴².

8. Nuestra patria no podía ser ajena a las corrientes ideológicas que han ido desintegrando la cultura de Occidente. Sin embargo, hasta hace no demasiados años, el principio de legalidad, la primacía de la ley por sobre la voluntad caprichosa de los hombres, estaba garantizada por las dos leyes que cumplen la función de ser las leyes constitutivas y fundantes de un país. Me refiero, por cierto, a la Constitución Nacional y al Código Civil. Y me refiero también a la más que centenaria interpretación y aplicación que de sus normas hicieron la Corte Suprema de Justicia y otros tribunales nacionales. Interpretación en general sabia, coherente y razonable que le permitió a Tomás Casares escribir y demostrar que toda injusticia es inconstitucional.

Pero el siglo XXI y quizás, en particular, la recepción por nuestros gobernantes y jueces supremos de la ideología de género y de lo que la Iglesia Católica ha denominado “cultura

⁴⁰ Cap. IX.

⁴¹ En “Cielo e terra”. Ed. PIEMME, Casale Monferrato, 1997, p. 15.

⁴² Herejes, cap. XX.

de la muerte”, ha ido poblando nuestra legislación y nuestra cultura de deformidades jurídicas y sociales.

Así, la inclusión de las parejas de homosexuales en el régimen matrimonial común, la libre elección del propio sexo más allá de la realidad biológica, la proclamación de un derecho a matar personas inocentes cuya ejecución se pone en manos del Estado, la elaboración de protocolos para obligar a los médicos a matar, la sanción de leyes que obligan a las obras sociales a pagar la producción artificial de seres humanos y su congelamiento y muerte, la desprotección absoluta de los embriones no implantados en estos procesos y, por fin, la sanción irresponsable de un nuevo Código Civil que crea dos categorías de personas y disuelve lo que entendíamos por matrimonio, ha resquebrajado todo nuestro orden jurídico y amenaza con vaciar de sentido el concepto de ley o, al menos, de relativizarlo.

Urge, por tanto, volver al imperio de la ley que es el de la Constitución Nacional tal como ha sido escrita, y a su interpretación recta, sin subterfugios ideológicos ni sofismas. Urge también que los jueces apliquen las leyes y declaren inconstitucionales las que los son.

Pero urge, ante todo, que la ley vuelva a ser una expresión del orden querido por Dios para los hombres. De un orden en el que ocupen su lugar de privilegio los más pobres y desvalidos; los niños por nacer; los inútiles para la producción; los presos y los que ya han cumplido su pena en las cárceles; los embriones con los que se experimenta, a los que se los congela y mata; los niños abandonados; los enfermos y discapacitados condenados a morir para evitar molestias y gastos; los ancianos expulsados de sus familias. En fin, toda esa larga serie de necesitados que no hacemos más que incrementar cada día. En ellos, sobre todo en ellos, está Cristo esperándonos.

A los hombres de Derecho que tenemos responsabilidades institucionales o académicas debe preocuparnos, hoy más que nunca, nuestra función docente. Debemos enseñar a las nuevas generaciones de juristas y de jóvenes abogados el valor insustituible de la ley, el apego irrestricto a nuestras mejores tradiciones jurídicas, el honor de ser jueces y funcionarios judiciales justos pero respetuosos de los límites de su poder.

9. Hoy me incorporo con respeto y esperanzas a esta Academia Nacional de Derecho. Como he recordado a lo largo de mi exposición, la Academia ha expresado su opinión en las grandes cuestiones jurídicas que han conmovido a nuestro país. Y lo ha hecho siempre para rescatar la primacía de la Constitución y de los principios y garantías que contiene; para exigir la aplicación rigurosa de las leyes justas; y para salir en defensa del matrimonio y de la vida humana inocente.

Me ha llamado poderosamente la atención la inscripción que, desde su emblema, preside las actividades de esta corporación: “lex sed lux”.

La frase no se corresponde con ningún adagio o principio del Derecho Romano, como el uso del latín permitiría suponer; y su uso es francamente infrecuente en otros ámbitos. Lo

cual podría hacer suponer que la frase no es parte de ninguna tradición reconocida. Nada tan equivocado. Porque nuestro lema, en su concisa formulación, expresa una larga y rica tradición jurídica.

Lex sed lux significa, literalmente, ley pero luz. Es decir, el centro de la actividad de nuestra Academia de Derecho es el estudio, la promoción y la defensa de la ley. Pero de la ley que es luz, es decir, verdadera. De la ley que brilla con el fulgor de la justicia. La ley es luz porque guarda en sus entrañas el misterio de un orden que ha sido creado para el hombre sin el concurso del hombre. Un orden justo que expresa una armonía que nos ha sido dada como un puro don. Lex sed lux porque la ley misma sólo es justa si proviene de una luz superior, de una luz que permite a la razón del hombre conocer la secreta medida, el límite prefijado a todas las cosas. Lex sed lux porque es propio de la ley justa iluminar el camino de los hombres hacia su bien.

Muchas gracias.

Siro M. A. De Martini