PRUDENTIA IURIS Nº 60

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

25º ANIVERSARIO

Noviembre 2005

P Iuris 60 bien 3 25/11/05, 5:56 PM

Autoridades de la Facultad

Decano
Dr. Gabriel F. Limodio

Secretario Académico
Dr. Daniel Herrera

Prosecretario Académico
Dr. Fernando Ubiría

Departamento de Posgrado y Extensión Jurídica
Coordinador: Dr. Gustavo F. Costa Aguilar

Doctorado
Director: Dr. Eduardo P. M. Ventura

Autoridades de la Revista

Decano a cargo de la Dirección
Dr. Gabriel F. Limodio

Secretario de Recensiones
Dr. Florencio F. Hubeñák

Secretario
Dr. Ezequiel Abásolo

ISSN: 0326-2774
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

EDUCA

Editorial de la Universidad Católica Argentina

PRUDENTIA IURIS

SUMARIO **NOVIEMBRE 2005 – Nº 60**

Editorial 7

Universidad Católica: ¡Sé lo que debes ser! Identidad y misión de la Universidad Católica. *Zenon Cardenal Grocholewski* 9

Santo Tomás de Aquino y la vocación de la Universidad Católica. *Paul Cardenal Poupard* 27

Razón y Fe. Diálogo entre Habermas y Ratzinger (Perspectivas político-jurídicas). *Eduardo M. Quintana* 41

Razón y Fe. Diálogo entre Habermas y Ratzinger (Perspectivas político-jurídicas). *Daniel A. Herrera* 59

El derecho ante las nuevas cuestiones de la bioética. *Jorge N. Lafferriere* 83

La enseñanza del derecho privado: un aporte desde el realismo jurídico. *Gabriel Limodio* 101

¿Expresiones del *ius commune* en la apoteosis de la codificación? *Ezequiel Abásolo* 153

La autoridad cristiana en el Medioevo: configuración del régimen político europeo en la Cristiandad. Principios de filosofía política: jerarquía, necesidad y ejemplaridad. *Débora Ranieri de Cechini* 179

Sobre la paz. Juan Pablo Magno y Santo Tomás. *María Fernanda Balmaseda Cinquina* 193

El punto de vista realista sobre la enseñanza de la mediación en la carrera de Derecho. *Jorge G. Portela* 205

¿Aborto terapéutico? *María Inés Montesano* 223

P Iuris 60 bien 5 25/11/05, 5:56 PM

¿Qué valores defienden los iusnaturalistas? *Milagros Otero de Parga* 241

¿Quiénes son los iusnaturalistas hoy? *Francisco Puy* 267

Juan Pablo II "El Grande"..... 291

Benedicto XVI 295

RECENSIONES

"Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia". *Por Bibiana Nieto* 301

"Fe, verdad y tolerancia. El cristianismo y las religiones del mundo", de Joseph Ratzinger. *Por Débora Ranieri de Cechini* 307

"La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho", de Gregorio Peces-Barba Martínez. *Por Carlos A. Maino* 313

"La Guerra Santa. La formación de la idea de cruzada en el Occidente cristiano", de Jean Flori. *Por Florencio Hubeñak* 315

"El choque de los fundamentalismos. Cruzadas, Jihads y Modernidad", de Tariq Alí. *Por Florencio Hubeñak* 317

Los artículos propuestos para publicar en "Prudentia Iuris" son evaluados mediante arbitraje anónimo de expertos.

* e-mail: derecho@uca.edu.ar (por favor aclarar en texto at./Prudentia Iuris - Dr. Ezequiel Abásolo).

P Iuris 60 bien 6 25/11/05, 5:56 PM

EDITORIAL

La revista de la Facultad de Derecho cumple 25 años y ha parecido oportuno celebrarlo presentando un número anual que se inscriba en los lineamientos que dieran vida a *Prudentia Iuris* en agosto del año 1980. Se decía en aquel momento que la publicación debía reflejar lo que la Facultad tiene de más esencial y profundo, y lo que constituye su razón de ser *" la elaboración de un pensamiento jurídico coherente con los principios fundamentales de la Justicia y el orden natural , iluminados por la Fe"* (nº 1, pág. 3).

Así nació esta revista y hoy más que nunca es necesario revitalizar estos conceptos, todo ello sumado al ferviente llamado del Magisterio de la Iglesia Católica, que nos invita a la reflexión acerca de los problemas morales a la luz de los principios del orden natural.

Es por eso que se ha decidido presentar un solo número anual, conmemorativo de la fundación de la revista, donde se reflejará fundamentalmente la actividad desarrollada en los últimos meses, por docentes de nuestro claustro y por profesores extranjeros que fueron invitados, respetando la propuesta inicial: *"será una revista de doctrina, de alta doctrina. Los temas profesionales, los casos jurisprudenciales corrientes y la mera interpretación de las leyes positivas, no entrarán en el campo de sus preocupaciones , ya trata de todo ello la revista 'El Derecho', y lo hace muy bien"*(nº 1, pág. 4).

La temática gira en el desarrollo de una verdadera integración del saber dentro de una cosmovisión humanista, coherente y cristiana. Por eso se ha buscado que los trabajos se refieran a los valores que sostiene el iusnaturalismo, tal como son los trabajos de los Profesores invitados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela Puig y Otero de Parga.

Asimismo, y si de recuperación de los valores de un verdadero humanismo se trata , es necesario referirse al derecho a la vida. Por eso el trabajo del Profesor Lafferriere, en el cual aborda el tema jurí-

P Iuris 60 bien 7 25/11/05, 5:56 PM

dico ante las nuevas cuestiones de bioética, como asimismo el delicado asunto del aborto introducido por vía jurisprudencial presentado por la Profesora Montesano .

También se incorporan temas referidos al derecho privado , intentando una reformulación del mismo, con una mirada que supere el positivismo decimonónico. Tal el trabajo sobre las fuentes del Código Civil que propone el Dr. Abásolo, o la enseñanza desde la perspectiva del realismo jurídico.

El momento que vive la Cristiandad y la Universidad Católica se refleja en diversos trabajos, como el realizado por la Profesora Balmaseda, y editoriales que recrean las figuras de Juan Pablo II y Benedicto XVI, enfocados desde distintos ángulos, ya trazando sus figuras apostólicas, o bien analizando el pensamiento del entonces Cardenal Ratzinger en diálogo con el pensamiento moderno, como lo reflejan los trabajos de Quintana y Herrera. Se analiza también desde el punto de vista histórico los principios de la filosofía política del medioevo cristiano en el artículo de la Profesora. Ranieri.

Finalmente, cabe hacer una mención a los dos trabajos que abren la revista, que son las conferencias pronunciadas por Ss. Es.Rs. los Cardenales Zenon Grocholewski y Paul Poupard, quienes visitaron nuestra Universidad en el primer semestre de este año y se refirieron a la identidad y misión de la Universidad Católica, y a la vocación de la misma desde el pensamiento de Santo Tomás de Aquino, respectivamente.

Pedimos al lector que comparta la alegría de veinticinco años de vida de la revista de nuestra Facultad, en la cual se ha pretendido reflejar lo que es una verdadera comunidad de pensamiento, fiel a la enseñanza de la Verdad.

P Iuris 60 bien 8 25/11/05, 5:56 PM

UNIVERSIDAD CATÓLICA: ¡SÉ LO QUE DEBES SER!

Identidad y misión de la Universidad Católica

ZENON CARDENAL GROCHOLEWSKI

Introducción

Es de verdad una alegría grande para mí visitar por tercera vez esta Pontificia Universidad Católica Argentina. Agradezco por eso su gentil invitación.

Mi conferencia quiere ser una pequeña aportación en torno al fondo de la actual crisis del pensamiento humano.

El pensador español, José Luis Pinillos, comienza así su libro '*El corazón del laberinto*':

> "Como saben los niños, el Laberinto era el palacio de un antiguo rey de Creta, llamado Minos. Allí estaba encerrado el Minotauro, un temible monstruo con cabeza de toro y cuerpo de hombre, al que todos los años se le entregaban siete doncellas y siete efebos traídos de Atenas. El laberinto era, entonces, un intrincado cruce de salas y pasillos del que nadie había logrado salir, hasta que Teseo se dejó guiar por el hilo de Ariadna. Luego, con el tiempo, un laberinto ha pasado a ser una cosa enredada, un asunto al que no se le ve la salida, un embrollo. La actual situación del mundo pertenece por derecho propio a este género" (Editorial Espasa Calpe, Madrid, 1997, p.9).

Sí, la imagen del "laberinto" me parece especialmente acertada para describir la situación de la cultura en el mundo occidental, ahora que nos vamos adentrando en el nuevo milenio. Un "laberinto" en

P Iuris 60 bien 9 25/11/05, 5:56 PM

el que vivir no es ya vivir, sino sobrevivir a la desesperación que produce no encontrar la salida.

Perdidos en los vericuetos del laberinto de nuestra civilización –de la que tan orgullosos nos mostramos a veces– nos afanamos en buscar a ciegas la salida.

Estoy convencido que la Universidad Católica tiene mucho que aportar para la causa del hombre y de la sociedad en esta situación.

I. Recorriendo el laberinto

Pero para poder entender bien y encuadrar correctamente la aportación que la Universidad Católica está llamada a dar, es necesario que nos preguntemos: ¿Cómo es que hemos llegado a esta situación? ¿Qué idea podemos tener del trazado del laberinto en que nos encontramos? Ciertamente, de la misma manera que el mítico laberinto de Creta, el de nuestros días tiene también un Dédalo que lo ha construido.

Juan Pablo II, en los más de 26 años de su Magisterio, ha ido delineando el trazado de este laberinto. Sin ánimo de presentar ahora una exposición completa sobre este tema, me limito a comentar algunos trazos que podemos encontrar en tres encíclicas fundamentales en las que desarrolla toda una temática antropológica. Me refiero a *Veritatis splendor,* publicada en 1993, *Evangelium vitae* en 1995 y *Fides et ratio* en 1998.

1. Abandono de la metafísica

En primer lugar, creo que en nuestro tiempo, caracterizado como periodo de rápidos y complejos cambios, *la búsqueda de la verdad última ha quedado frecuentemente oscurecida*. Las verdades "estables", que el hombre estaba seguro de haber alcanzado y que eran auténticos puntos de referencia, son infravaloradas y dejadas de lado; entretanto se abre paso un pluralismo indiferenciado, basado en el convencimiento de que todas las posiciones son igualmente válidas (*Fides et ratio,* 5).

Así, podemos descubrir en nuestro ambiente cultural occidental una difundida desconfianza hacia las afirmaciones universales y absolutas, sobre todo por parte de quienes consideran que la verdad es

P Iuris 60 bien 10 25/11/05, 5:56 PM

el resultado del consenso y no ya de la adecuación del intelecto a la realidad objetiva (*Fides et ratio,* 56).

Lógicamente con estos presupuestos no queda indemne el campo moral. La gran sensibilidad que el hombre contemporáneo muestra por la historicidad y por la cultura, lleva a algunos a dudar de la inmutabilidad de la misma ley natural y, por tanto, de la existencia de "*normas objetivas de moralidad*", válidas para todos los hombres: de ayer, de hoy y de mañana (*Veritatis splendor,* 53).

¿Cómo es que hemos llegado hasta aquí? Podemos comprenderlo a partir de la filosofía moderna. Sin duda, ella tiene el gran mérito de haber concentrado su atención en el hombre y alcanzó con ello válidos frutos y logros, llegando a abarcar de alguna manera todas las ramas del saber.

Pero los resultados positivos no deben llevarnos a dejar a un lado el grave error que cometió la filosofía al dedicarse sólo a indagar de forma unilateral sobre el hombre como sujeto, olvidando que éste está también llamado a orientarse hacia una verdad que lo trasciende.

Sin la trascendencia cada uno queda a merced del arbitrio y su condición de persona acaba por ser valorada con criterios pragmáticos basados esencialmente en el dato experimental, en el convencimiento erróneo de que todo debe ser dominado por la técnica.

La filosofía moderna, dejando de orientar su investigación sobre el ser, concentró su atención sobre el conocimiento humano; y en lugar de apoyarse sobre la capacidad que tiene el hombre para conocer la verdad, prefirió destacar sus límites y condicionamientos.

¿Cuál fue el resultado? La caída en varias formas de agnosticismo y de relativismo, que han llevado la investigación filosófica a perderse en las arenas movedizas de un escepticismo general (*Fides et ratio,* 5).

2. La crisis del sentido

En segundo lugar, me parece que el fenómeno de la fragmentariedad del saber en el ámbito cultural hodierno hace difícil y, a menudo, vana *la búsqueda de un sentido*. Vivimos inmersos en medio de una baraunda de datos y de hechos que forman la trama de la existencia, por lo que muchos llegan a preguntarse si todavía tiene sentido plantearse la cuestión del sentido.

P Iuris 60 bien 11 25/11/05, 5:56 PM

La pluralidad de las teorías que se disputan la respuesta a esta cuestión o los diversos modos de ver y de interpretar el mundo y la vida del hombre, no hacen más que agudizar esta duda radical, que fácilmente desemboca en un estado de escepticismo y de indiferencia o en las diversas manifestaciones del nihilismo. Ya no hay posibilidad alguna de alcanzar la meta de la verdad. La existencia humana es sólo una oportunidad para sensaciones y experiencias en las que lo efímero tiene la primacía. No hay lugar para asumir compromiso definitivo alguno, ya que todo es fugaz y provisional (*Fides et ratio*, 46).

La consecuencia de esto es que a menudo el espíritu humano está sujeto a una forma de pensamiento ambiguo, que lo lleva a encerrarse todavía más en sí mismo dentro de los límites de su propia inmanencia, sin ninguna referencia a lo trascendente (*Fides et ratio*, 81).

Así, para algunas corrientes de pensamiento "postmoderno"[1] el tiempo de las certezas ha pasado irremediablemente; el hombre debería ya aprender a vivir en una perspectiva de carencia total de sentido, caracterizada por lo provisional y fugaz.

3. La separación entre la fe y la razón

Un tercer rasgo podría llamarse *la separación entre la fe y la razón*. A partir de la baja Edad Media, debido al excesivo espíritu racionalista de algunos pensadores, se radicalizaron las posturas en el campo del saber, llegándose de hecho a una filosofía separada y absolutamente autónoma con respecto a los contenidos de la fe.

Lo que el pensamiento patrístico y medieval había concebido y realizado como una unidad profunda, generadora de un conocimiento

[1] El término "postmoderno", utilizado frecuentemente en contextos muy diferentes unos de otros, designa la aparición de un conjunto de factores nuevos, que por su difusión y eficacia han sido capaces de determinar cambios significativos y duraderos. Así, el término se ha empleado primero a propósito de fenómenos de orden estético, social y tecnológico. Sucesivamente ha pasado al ámbito filosófico, quedando caracterizado no obstante por una cierta ambigüedad, tanto porque el juicio sobre lo que se llama "postmoderno" es unas veces positivo y otras negativo, como porque falta consenso sobre el delicado problema de la delimitación de las diferentes épocas históricas (*Fides et Ratio*, 91).

P Iuris 60 bien 12 25/11/05, 5:56 PM

capaz de llegar a las formas más altas de la especulación, fue destruido por los sistemas que asumieron la posición de un conocimiento racional separado de la fe o alternativo a ella (*Fides et ratio*, 45).

Las radicalizaciones más influyentes son bien conocidas, sobre todo en la historia de Occidente. En el siglo XIX algunos representantes del idealismo intentaron, de diversos modos, transformar la fe y sus contenidos, incluso el misterio de la muerte y resurrección de Jesucristo, por medio de estructuras dialécticas concebidas racionalmente.

A este pensamiento se añadieron diferentes formas de humanismo ateo, elaboradas filosóficamente, que presentaron la fe como nociva y alienante para el desarrollo de la plena racionalidad. No tuvieron reparo en presentarse como nuevas religiones, creando la base de proyectos que, en el plano político y social, desembocaron en sistemas totalitarios traumáticos para la humanidad.

Por otra parte, en el ámbito de la investigación científica se fue imponiendo una mentalidad positivista que no sólo se alejó de cualquier referencia a la visión cristiana del mundo, sino que olvidó toda relación con la visión metafísica y moral (*Fides et ratio*, 46).

4. Eclipse del sentido de Dios y del hombre

Al cuarto rasgo lo podríamos enunciar como *el eclipse del sentido de Dios y del sentido del hombre*. Augusto del Noce escribía en 1986: "En la sociedad presente se debería hablar de absolutización del momento económico, en el que tienden a desaparecer las nociones del bien y del mal y se sustituyen por las del éxito y el fracaso. *Se está formando la sociedad más desacralizada que la Historia haya conocido jamás*" (*L'ora di una nuova laicitá*, Il Sabato, Roma, 25-X-86).

Y en efecto así es. El centro del drama vivido por el hombre contemporáneo está en el eclipse del sentido de Dios y del hombre. Perdiendo el sentido de Dios se tiende a perder también el sentido del hombre, de su dignidad y de su vida (*Evangelium vitae,* 21). El hombre queda amenazado y contaminado, como afirma el Concilio Vaticano II: "La criatura sin el Creador desaparece [...] Más aún, por el olvido de Dios la propia criatura queda oscurecida" (*Gaudium et spes*, 36). En realidad, viviendo "como si Dios no existiera", el hombre pierde no sólo el misterio de Dios, sino también el del mundo y el de su propio ser (*Evangelium vitae*, 22).

P Iuris 60 bien 13 25/11/05, 5:56 PM

¿A dónde nos ha conducido este eclipse? A un materialismo práctico, en el que han proliferado el individualismo, el utilitarismo y el hedonismo. El único fin que cuenta es la consecución del propio bienestar material. La llamada "calidad de vida" se interpreta, principal o exclusivamente, como eficiencia económica, consumismo desordenado, belleza y goce de la vida física, olvidando las dimensiones más profundas de la existencia. Hemos sustituido los valores del ser por los del tener (*Evangelium vitae*, 23).

5. Nueva mentalidad cientifista

Un quinto rasgo podría ser constituido por la nueva *mentalidad cientifista*. Los éxitos innegables de la investigación científica y de la tecnología han contribuido a difundir una nueva mentalidad cientifista, la cual continúa considerando sin sentido las afirmaciones de carácter metafísico; como lo hiciera en el pasado el positivismo y el neopositivismo. En esta perspectiva los valores quedan relegados a meros productos de la emotividad y la noción de ser es marginada para dar lugar a lo puro y simplemente fáctico.

La ciencia se prepara a dominar todos los aspectos de la existencia humana a través del progreso tecnológico. El hombre como demiurgo, podrá llegar por sí solo a conseguir el pleno dominio de su destino. Para este nuevo cientifismo la cuestión sobre el sentido de la vida es considerada como algo que pertenece al campo de lo irracional o de lo imaginario. Lo que es técnicamente realizable llega a ser por ello moralmente admisible (*Fides et ratio*, 88).

Sin embargo, la terrible experiencia del mal lleva, en esta mentalidad, hacia el nihilismo. La dramática experiencia de los males que continúan aquejando a la humanidad en el inicio del milenio, hacen añicos el optimismo racionalista que veía en la historia el avance victorioso de la razón y de la ciencia, fuente de felicidad y de libertad. La tentación de la desesperación está presente y muy a la mano (*Fides et ratio*, 91).

6. Un falso concepto de libertad

De modo muy semejante –y esto formaría el sexto rasgo– en algunas corrientes del pensamiento moderno se ha llegado a exaltar *la libertad* hasta el extremo de considerarla *como un absoluto*, el cual

P Iuris 60 bien 14 25/11/05, 5:56 PM

sería la fuente de los valores. En esta dirección se orientan las doctrinas que desconocen el sentido de lo trascendente o las que son explícitamente ateas.

Se han atribuido a la conciencia individual las prerrogativas de una instancia suprema del juicio moral. Al presupuesto de que se debe seguir la propia conciencia se ha añadido, indebidamente, la afirmación de que el juicio moral es verdadero por el hecho mismo de que proviene de la conciencia.

De este modo, ha desaparecido la necesaria exigencia de verdad en aras de un criterio de sinceridad, de autenticidad, de "acuerdo con uno mismo", de tal forma que se ha llegado a una concepción radicalmente subjetivista del juicio moral. Se ha llegado a una ética individualista, para la cual cada uno se encuentra ante su verdad, diversa de la verdad de los demás (*Veritatis splendor*, 32).

Pero lamentablemente, una vez que se ha quitado la verdad al hombre, es pura ilusión pretender hacerlo libre. Verdad y libertad, o bien van juntas o juntas perecen miserablemente (*Fides et ratio,* 90).

Cuando la libertad es absolutizada en clave individualista, se vacía de su contenido original y se contradice en su misma vocación y dignidad.

Cada vez que la libertad, queriendo emanciparse de cualquier tradición y autoridad, se cierra a las evidencias primarias de una verdad objetiva y común, la persona acaba por asumir como única e indiscutible referencia para sus propias decisiones no ya la verdad sobre el bien o el mal, sino sólo su opinión subjetiva y mudable o, incluso, su interés egoísta y su capricho (*Evangelium vitae,* 19).

7. El riesgo de alianza entre democracia y relativismo ético

Finalmente, un último rasgo: *el riesgo de establecer una alianza entre "democracia" y "relativismo ético"*.

En el campo social se ha ido afirmando, por una parte, un concepto de democracia que no contempla la referencia a fundamentos de orden axiológico y por tanto inmutables. La admisibilidad o no de un determinado comportamiento se decide con el voto de la mayoría parlamentaria. Las consecuencias de semejante planteamiento son evidentes: las grandes decisiones morales del hombre se subordinan, de hecho, a las deliberaciones tomadas cada vez por los órganos institucionales (*Fides et ratio*, 89).

P Iuris 60 bien 15 25/11/05, 5:56 PM

La vida social se está adentrando, por otra parte, en las arenas movedizas de un relativismo absoluto, en el que todo es pactable, todo es negociable: incluso, el primero de los derechos fundamentales, el de la vida. Este relativismo ético es la raíz común de las tendencias que caracterizan muchos aspectos de la cultura contemporánea.

Algunos llegan a afirmar falazmente que esto es la condición necesaria de la democracia, ya que sólo esto garantiza la tolerancia, el respeto recíproco entre las personas y la adhesión a las decisiones de la mayoría, mientras que las normas morales, consideradas objetivas y vinculantes, llevan al autoritarismo y a la intolerancia (*Evangelium vitae,* 70).

No deja de resultar sorprendente y paradójico que cuantos están convencidos de conocer la verdad y se adhieren a ella con firmeza son considerados como poco fiables desde el punto de vista democrático, porque no sostienen que la verdad sea determinada por la mayoría o que sea variable según los diversos equilibrios políticos (*Centesimus annus,* 46).

En realidad, no podemos mitificar la democracia, convirtiéndola en un sucedáneo de la moralidad o en una panacea de la inmoralidad. La democracia es un instrumento y no un fin. Su carácter "moral" no es automático, sino que depende de su conformidad con la ley moral a la que, como cualquier otro comportamiento humano, debe someterse. Por tanto, depende de la moralidad de los fines que persigue y de los medios de que se sirve.

Su valor se mantiene o cae según los valores que encarna y promueve; y en la base de esos valores no pueden estar provisionales y volubles "mayorías" de opinión, sino sólo el reconocimiento de una ley moral objetiva que sea punto de referencia normativa de la misma ley civil (*Evangelium vitae,* 70).

Si en la democracia no existen verdades y principios últimos que guíen y orienten la acción política, entonces las ideas y las convicciones humanas pueden ser instrumentalizadas fácilmente para fines de poder. De este modo la democracia se precipita por la pendiente que le lleva al totalitarismo (*Veritatis splendor*, 101; *Evangelium vitae*, 20).

8. Punto de llegada final

A modo de conclusión de cuanto he dicho, me gustaría ahora esbozar las líneas de la figura dibujada por estos distintos rasgos, como punto de llegada final.

P Iuris 60 bien 16 25/11/05, 5:56 PM

a. En primer lugar, creo que podemos sospechar que nos encontramos ante una profunda crisis de la cultura, la cual engendra escepticismo en los fundamentos mismos del saber y de la ética, haciendo cada vez más difícil ver con claridad el sentido del hombre, de sus derechos y de sus deberes (*Evangelium vitae*, 11).

Hay factores que evidencian la crisis cultural de Occidente: la sustitución

– de la verdad por la verificación,
– de la bondad por la utilidad,
– de la belleza por la sensualidad,
– de la unidad por la fragmentariedad.

b. En segundo lugar, estimo que es posible contatar este hecho: la pérdida de contacto con la verdad objetiva ha llevado al ser humano a la pérdida de fundamento de su dignidad. De este modo se hace posible borrar de su rostro los rasgos que manifiestan su semejanza con Dios, para llevarlo progresivamente a una destructiva voluntad de poder o a la desesperación de la soledad (*Fides et ratio*, 90).

c. En tercer lugar, me parece que la pregunta que hizo un día Pilato hoy se está repitiendo: "¿Qué es la verdad?". Esta pregunta emerge también hoy desde la triste perplejidad de un hombre que, a menudo, ya no sabe quién es, de dónde viene, ni adónde va (*Veritatis splendor*, 84).

d. En cuarto lugar, siento que el ser humano, hoy, se muestra paradójico y contradictorio. Después de que ha descubierto la idea de los "derechos humanos" –como derechos inherentes a cada persona y previos a toda Constitución y legislación de los Estados– incurre en una sorprendente contradicción: justo en una época en la que se proclaman solemnemente los derechos inviolables de la persona y se afirma públicamente el valor de la vida, el derecho mismo a la vida queda prácticamente negado y conculcado, en particular en los momentos más emblemáticos de la existencia, como son el nacimiento y la muerte (*Evangelium vitae*, 18).

e. En quinto lugar, creo que nos sentimos en grado de poder descalificar a Francis Fukuyama, profesor norteamericano de origen ja-

P Iuris 60 bien 17 25/11/05, 5:56 PM

ponés, quien había creído que *con el capitalismo como sistema económico y con la democracia liberal como sistema político, había llegado, nada menos, que el 'final de la historia', y había aparecido 'el último hombre'* (*The End of History and the last Man*, 1992). En el neoliberalismo capitalista habría hallado el hombre, al fin, la liberación y la satisfacción de todas sus aspiraciones.

Al contrario, dejando a un lado este optimismo idealista, vemos hoy al ser humano amenazado individual y socialmente. A las tradicionales y dolorosas plagas del hambre, las enfermedades endémicas, la violencia y las guerras, se añaden otras con nuevas facetas y dimensiones inquietantes. Estamos ante una objetiva "conjura contra la vida", que ve implicadas, incluso, a instituciones internacionales, y que utiliza con frecuencia a los medios de comunicación social que se convierten en cómplices de esta conjura, creando en la opinión pública una cultura de muerte que presenta el recurso a la anticoncepción, la esterilización, el aborto y la misma eutanasia como un signo de progreso y conquista de libertad (*Evangelium vitae*, 3 y 17).

Algunas experiencias de la humanidad, singularmente en el siglo pasado, han convertido el sueño ilustrado de la humanidad en pesadilla. El hombre se sabe amenazado por su poder, y esa amenaza, que es real, nos hace caer en la cuenta de la ambivalencia de la técnica.

f. En sexto lugar, es quizás posible comprender que una civilización con perfil puramente materialista está condenando al hombre a la esclavitud. Esta civilización materialista, no obstante sus declaraciones "humanísticas", acepta la primacía de las cosas sobre la persona humana. La mera categoría del "progreso" económico se convierte en una categoría superior que subordina el conjunto de la existencia humana a sus exigencias parciales, sofoca al hombre, disgrega la sociedad y acaba por ahogarlo en sus propias tensiones y en sus mismos excesos (*Redemptor hominis*, 16).

A la luz de todo lo anterior, qué apropiada aparece para nuestra situación actual la advertencia de San Pablo a Timoteo: "Vendrá un tiempo en que los hombres no soportarán la doctrina sana, sino que, arrastrados por sus propias pasiones, se buscarán una multitud de maestros por el prurito de oír novedades; apartarán sus oídos de la verdad y se volverán a las fábulas.!" (*2 Tim*, 4, 1-5).

P Iuris 60 bien 18 25/11/05, 5:56 PM

II. La Universidad Católica indica la salida del laberinto

¿Cómo hallar la salida del laberinto en que nos encontramos? ¿Quién indicará el camino con el hilo de Ariadna? Está aquí el papel fundamental que la Universidad Católica debe desempeñar como servicio a la persona humana y a la sociedad.

La identidad y misión de la Universidad Católica está claramente descrita en la Constitución Apostólica "*Ex corde Ecclesiae*" promulgada por el Papa Juan Pablo II el 15 de agosto de 1990.

Es significativo señalar que el título de este documento pontificio recoge muy bien el espíritu que lo anima, porque es perfectamente demostrable desde los orígenes de la institución universitaria hasta nuestros días,[2] y a pesar de las vicisitudes históricas, una vinculación estrecha entre la Iglesia y la Universidad, que ha dado lugar a una fecunda tradición intelectual universitaria católica. Por eso, Juan Pablo II pudo escoger como título "*Ex corde Ecclesiae*", pues, efectiva-

[2] Como es sabido, durante la Edad Media, la Iglesia creó en Occidente escuelas junto a las catedrales y las comunidades monásticas. (Laon, Chartres, Tours, Saint Victor...). Estas escuelas son consideradas los inmediatos predecesores de las grandes Universidades de los Siglos XII y XIII, que surgirán en Bolonia, Padua, París, Oxford, Coimbra, Salamanca...; alrededor del año 1400, existían 64 universidades, todas ellas establecidas o por autoridad papal o con aprobación pontificia posterior a su fundación imperial.

Más tarde vino la creación de universidades nuevas en Europa y en el Nuevo Mundo. Concretamente en el continente latino-americano, durante el período que va de 1538 al 1826, se fundaron 33 universidades o centros de estudios superiores, unas veces por la Colonia y otras por las Ordenes religiosas, principalmente los jesuitas y los dominicos: en 1538 se fundó la universidad de Santo Domingo; en 1553 la de México; en 1555 la de San Marcos en Lima.

Cuando en 1767 aconteció la expulsión de los jesuitas de los reinos de España y Portugal, se inició un proceso de progresivo desalojamiento de la Iglesia de los campos de la educación, incrementado luego con el logro de la independencia de las nuevas naciones. Entonces la Universidad se orientó por el modelo napoleónico que proponía un sistema de educación nacional correspondiente a las necesidades de cada Estado. Se promovieron, así, de manera especial las carreras al servicio de la sociedad y de la administración pública, en cuyo contexto el insigne patriota, pensador y poeta latinoamericano Andrés Bello pudo formular la idea de universidad como "universidad de abogados". Tal espíritu de servicio a la nación, unido a un pensamiento inspirado en el positivismo, y, con frecuencia, en un sentimiento antieclesiástico configuró importantes Universidades, como la de Buenos Aires en 1821, la Universidad Central del Ecuador, y la Universidad de México en 1910.

P Iuris 60 bien 19 25/11/05, 5:56 PM

mente, la universidad ha brotado del corazón y permanece en el corazón de la Iglesia.

1. Identidad católica

Podrá parecer un tópico decirlo, pero el objetivo fundamental de una Universidad Católica es el de ser, a la vez y al mismo tiempo, "Universidad" y "Católica". No existe oposición alguna, sino armonía y complementariedad entre los dos términos porque el primer objetivo de la universidad es la investigación y la afirmación de la verdad. La Universidad Católica, en cuanto católica, está enriquecida por una dimensión más amplia, en cuanto que busca la verdad completa, que procede de Cristo, Verbo encarnado.

"Por su carácter católico, la Universidad goza de una mayor capacidad para la búsqueda desinteresada de la verdad; búsqueda, que no está subordinada ni condicionada por intereses particulares de ningún género" (*Ex corde Ecclesiae*, 7).

La Universidad Católica, en cuanto Universidad, no quita nada sino que potencia ese esfuerzo riguroso y crítico con el que toda comunidad académica seria contribuye a la tutela y desarrollo de la dignidad humana y de la herencia cultural mediante la investigación, la enseñanza y los diversos servicios ofrecidos a las comunidades locales, nacionales e internacionales (*Ex corde Ecclesiae*, 12).

El carácter católico asegura de modo institucional la *presencia cristiana* en el mundo cultural universitario. La constitución apostólica "*Ex corde Ecclesiae*" expone las características esenciales de la identidad católica de la Universidad en cuatro puntos:

1) Una inspiración cristiana de parte no sólo de cada uno, sino también de la Comunidad universitaria como tal; (por tanto, abarca no sólo la dimensión personal sino también la institucional);
2) una incesante reflexión, a la luz de la fe católica, sobre el creciente tesoro del conocimiento humano, al que busca ofrecer una contribución con las propias investigaciones;
3) la fidelidad al mensaje cristiano tal como lo presenta la Iglesia;
4) el compromiso institucional al servicio del pueblo de Dios y de la familia humana en su itinerario hacia el objetivo trascendente que da significado a la vida (*Ex corde Ecclesiae*, 13).

P Iuris 60 bien 20 25/11/05, 5:56 PM

2. Algunas tareas específicas de la misión de la Universidad Catolica

Desde estas perspectivas, haré ahora algunas consideraciones en torno a las tareas específicas de la misión de la Universidad Catolica.

a. Integración del saber

Hoy, a causa de la fragmentación de la ciencia humana provocada por la moderna especialización, se percibe agudamente en todas partes la necesidad de integrar las diversas ramas del saber. Aunque esta especialización es particularmente característica de las disciplinas científicas, existe también en las ciencias humanas.

En las Universidades Católicas debe darse una viva preocupación por lograr la integración del saber, la cual se proyecte no sólo a nivel horizontal sino, también, a nivel vertical y trascendente. Es decir, la Universidad Católica, con la asistencia de la filosofía y de la teología, es un lugar idóneo para ir a la raíz de los problemas y responder a las cuestiones urgentes y a los desafíos de hoy con una visión integral del ser humano y con la preocupación por la promoción del bien genuino del hombre y de la sociedad.

Esta aportación de la Universidad Católica es de un valor inestimable para la condición del ser humano. Dice, efectivamente, Juan Pablo II en la encíclica *Fides et ratio*: "El hombre es capaz de llegar a una visión unitaria y orgánica del saber. Éste es uno de los cometidos que el pensamiento cristiano deberá afrontar a lo largo del próximo milenio de la era cristiana. El aspecto sectorial del saber, en la medida en que comporta un acercamiento parcial a la verdad con la consiguiente fragmentación del sentido, impide la unidad interior del hombre contemporáneo" (85).

b. Diálogo entre fe y razón

Otro problema es el diálogo entre la fe y la razón. Precisamente a través de la promoción de la integración del saber, la Universidad Católica se empeña a fondo en este diálogo mostrando cómo la fe y la razón se encuentran en la única verdad.

Este diálogo evidencia que la investigación metódica en todos los campos del saber, si se realiza de una forma auténticamente científi-

P Iuris 60 bien 21 25/11/05, 5:56 PM

ca y conforme a las leyes morales, nunca será en realidad contraria a la fe, "porque las realidades profanas y las de la fe tienen su origen en el mismo Dios" (*Gaudium et spes*, 36; cf. *Ex corde Ecclesiae*, 17).

Este diálogo es particularmente fecundo y enriquecedor tanto para la fe como para la razón: la fe, con sus contenidos teológicos, ofrece a todas las otras disciplinas del saber una perspectiva y una orientación que no están contenidas en sus metodologías, y una ayuda para examinar de qué modo sus descubrimientos influyen sobre las personas y la sociedad. La inspiración cristiana permite incluir en la investigación y búsqueda "la dimensión moral, espiritual y religiosa y valorar las conquistas de la ciencia y de la tecnología en la perspectiva total de la persona humana" (*Ex corde Ecclesiae*, 7).

Por su parte, la fe recibe de los hallazgos de las otras disciplinas del saber un enriquecimiento que la lleva a una mayor comprensión del mundo de hoy y hace que la investigación teológica se adapte mejor a las exigencias actuales (*Ex corde Ecclesiae*, 19).

c. La preocupación ética

En tercer lugar, *la preocupación ética* debe caracterizar a la Universidad Católica.

Puesto que el saber debe servir a la persona humana, en una Universidad Católica la investigación se realiza siempre con la preocupación por las implicaciones éticas y morales, inherentes tanto a los métodos como a sus descubrimientos.

Preocupación que es particularmente urgente hoy en el campo de la investigación científica y tecnológica, pues en el momento actual de la humanidad, como dijo Juan Pablo II en la UNESCO en 1980, "es esencial que nos convenzamos de la prioridad de lo ético sobre lo técnico, de la primacía de la persona humana sobre las cosas, de la superioridad del espíritu sobre la materia. Solamente si el saber está unido a la conciencia, servirá a la causa del hombre. Los hombres de ciencia ayudarán realmente a la humanidad sólo si conservan el sentido de la trascendencia del hombre sobre el mundo y de Dios sobre el hombre" (*Ex corde Ecclesiae*, 18).

d. Diálogo cultural

Finalmente, digamos también una palabra sobre un tema que reviste importancia singular: *el diálogo cultural*.

P Iuris 60 bien 22 25/11/05, 5:56 PM

Ha sido observado justamente que el diálogo de la Iglesia con la cultura de nuestro tiempo es el sector vital, en el que se juega mayormente el destino de la Iglesia y del mundo en la hora presente. "Si es verdad que el Evangelio no puede ser identificado con la cultura, antes bien trasciende todas las culturas, también es cierto que –como ha anotado el papa Pablo VI– el Reino anunciado por el Evangelio es vivido por personas profundamente vinculadas a una cultura, y la construcción del Reino no puede dejar de servirse de ciertos elementos de la cultura o de las culturas humanas" (*Ex corde Ecclesiae*, 44).

En efecto, precisamente aquí en Medellín, en 1986, Juan Pablo II dijo: "Una fe que se colocara al margen de todo lo que es humano, y por lo tanto de todo lo que es cultura, sería una fe que no refleja la plenitud de lo que la palabra de Dios manifiesta y revela, una fe decapitada, peor todavía, una fe en proceso de autoanulación" (*Palabras dirigidas a los intelectuales, estudiantes y personal universitario en Medellín*, 5 de julio de 1986, n. 3). Estas importantes palabras, pronunciadas en esta bella ciudad, han merecido, incluso, encontrar un lugar dentro del texto de la Constitución Apostólica *Ex corde Ecclesiae*, n. 44.

En este diálogo con las culturas la Iglesia pone en resalto sobre todo los elementos que determinan el valor de una cultura, o sea "en primer lugar, *el significado de la persona humana*, su libertad, su dignidad, *su sentido de la responsabilidad* y su apertura a la trascendencia. Con el respeto a la persona está relacionado *el valor eminente de la familia*, célula primaria de toda cultura humana (*Ex corde Ecclesiae*, 45).

Por tanto, defendiendo "la identidad de las culturas tradicionales", la Iglesia debe ayudarles a incorporar los valores verdaderos "sin sacrificar el propio patrimonio, que es una riqueza para toda la familia humana" (*ibidem*).

Es, pues, difícil no comprender que "la Universidad Católica es el lugar primario y privilegiado para un fructuoso diálogo entre el Evangelio y la cultura" (*ibidem*, 43). En consecuencia, la *Ex corde Ecclesiae* proclama: "La Universidad Católica debe estar cada vez más atenta a las culturas del mundo de hoy, así como a las diversas tradiciones culturales existentes dentro de la Iglesia, con el fin de promover un constante y provechoso diálogo entre el Evangelio y la sociedad actual" (*ibidem*, 45).

P Iuris 60 bien 23 25/11/05, 5:56 PM

En esta perspectiva, pues, un campo especialmente importante para la Universidad Católica debe ser el diálogo entre el pensamiento cristiano y las ciencias modernas; campo en el que el investigador cristiano deberá mostrar cómo la inteligencia humana se enriquece con esa verdad superior que deriva del Evangelio (*Ex corde Ecclesiae*, 46).

Conclusión: Universidad Católica ¡Sé lo que debes ser!

Podemos así hacer ya nuestra conclusión final.

Hemos visto cómo el hombre moderno, confiado en exceso en sí mismo por los logros obtenidos, ha creído que se basta a sí mismo. Como consecuencia de esto, el Occidente actual queda marcado por el giro antropocéntrico de su cultura que, en cierta medida, se ve corroborado por el éxito inmediato de la ciencia y de la técnica.

Pero hemos visto también cómo, debido a su carácter limitado, el método científico no es apto para llegar a lo más profundo de la realidad, a la esencia de las cosas y a sus causas últimas. Así la cosmovisión moderna ha quedado prisionera en lo superficial, profesando agnosticismo sobre cuanto está más allá de lo fenoménico; es decir, sobre todo lo que no es demostrable.

¿Quién nos ayudará, nos hemos preguntado, a encontrar el hilo de Ariadna para salir de este laberinto? ¿Podemos hallar la salida?

Un amplio sector de la cultura contemporánea ha desistido y se prepara para instalarse en el laberinto lo más cómodamente posible, o, en realidad será más acertado decir, lo menos dolorosamente posible.

Sobre todo, hemos querido afirmar que corresponde a la Universidad Católica, en esta encrucijada de la historia, mostrar la salida de esta situación. La Universidad Católica constituye, sin duda alguna, uno de los mejores instrumentos que la Iglesia ofrece a nuestra época que está en busca de certeza y sabiduría (*Ex corde Ecclesiae*, 10).

Mediante la enseñanza de sus aulas y la investigación de sus profesores y diveros Institutos la Universidad Católica presta una indispensable contribución a la Iglesia, poniendo en sus manos los resultados de sus esfuerzos científicos que le ayudarán a ella a dar respuesta a los problemas y exigencias de la sociedad humana en cada época (*Ex corde Ecclesiae*, 31).

P Iuris 60 bien 24 25/11/05, 5:56 PM

Qué apropiadas aparecen y con cuánta más razón las palabras del filósofo español Ortega y Gasset sobre la función y vocación de la cultura en general, si las aplicamos a esa cultura cristiana que debe forjarse y emanar de la Universidad Católica: "La vida es un caos, una selva salvaje, una confusión. El hombre se pierde en ella. Pero su mente reacciona ante esa sensación de naufragio y perdimiento: trabaja por encontrar en la selva 'vías', 'caminos'; es decir: ideas claras y firmes sobre el Universo, convicciones positivas sobre lo que son las cosas y el mundo. El conjunto, el sistema de ellas, es la cultura en el sentido verdadero de la palabra; todo lo contrario que ornamento. Cultura es lo que salva del naufragio vital, lo que permite al hombre vivir sin que su vida sea tragedia sin sentido o radical envilecimiento" (*Misión de la Universidad*, en *Obras Completas*, Revista de Occidente, Madrid, 1947, vol.VI, p.321).

Querida Comunidad Universitaria: como Universidad Católica están llamados a ser instrumento, cada vez más eficaz, del progreso cultural auténtico de este país, tanto para las personas individuales como para la sociedad.

Que su seria y responsable dedicación al trabajo intelectual se oriente a estudiar en profundidad las raíces y las causas de los graves problemas de nuestro tiempo, prestando especial atención a sus dimensiones éticas y religiosas.

Si es necesario, y sin miedos ni complejos, tengan la valentía de expresar también las verdades incómodas, las que no halagan a la opinión pública, pero que son tan necesarias para salvaguardar el bien auténtico de la sociedad (*Ex corde Ecclesiae*, 32).

Recuperemos la utilería metafísica para salir de este laberinto actual. Devolvamos al hombre de hoy la plena dignidad de su condición de persona humana. Aquí radica toda la problemática, teórica y práctica, acerca de la cultura y del humanismo. La verdadera aporía en que se encuentra hoy la humanidad está en el concepto de persona, en la antropología, dentro de la cual hay que afirmar, como lo hacía el entonces Cardinal Ratzinger, que: "La destrucción de la Trascendencia, es la mutilación radical del hombre, de la que brotan todas sus frustraciones" (Joseph Ratzinger, *Iglesia, Ecumenismo y Política*, Madrid, 1987, 231).

Sin descuidar en modo alguno la adquisición de conocimientos útiles, la Universidad Católica se distinga por su libre búsqueda de toda la verdad acerca de la naturaleza, del hombre y de Dios. Por su

P Iuris 60 bien 25 25/11/05, 5:56 PM

humanismo universal se dedique por entero a la búsqueda de todos los aspectos de la verdad en sus relaciones esenciales con la Verdad suprema que es Dios (*Ex corde Ecclesiae*, 4).

En el mensaje de Jesucristo tenemos la verdad plena sobre el hombre y la sociedad, la cual ilumina y orienta nuestro trabajo. Difundámoslo como luz que disipe las tinieblas de tantas mentes que navegan hoy a la deriva en el mar de la cultura.

Si el Capitalismo, como creador de humanismo, está fracasando, al interesarse por el hombre sólo en cuanto productor y consumidor; si la sola razón, como medio único de progreso cultural humano, está igualmente fracasando, queda planteado y abierto el reto para la Universidad Católica de generar una cultura que brote del hontanar fecundo del amor. Este es el proyecto proclamado en el Evangelio y, por eso, la tarea más esperanzadora de la Iglesia y de la Universidad Católica en el Tercer Milenio es educar en el amor y difundir el amor.

Sabemos que no hay soluciones radicales vertiginosas. La vía de solución es a largo plazo y pasa por la educación y la cultura. Sabemos que las sociedades no se transforman por la revolución impaciente sino por la educación paciente.

Por eso, la *Ex corde Ecclesiae* nos asegura que "Las Comunidades universitarias de los distintos continentes [...] son [...] el signo vivo y prometedor de la fecundidad de la inteligencia cristiana en el corazón de cada cultura. Ellas dan una fundada esperanza de un nuevo florecimiento de la cultura cristiana en el contexto múltiple y rico de nuestro tiempo cambiante, el cual se encuentra ciertamente frente a serios retos, pero también es portador de grandes promesas bajo la acción del Espíritu de verdad y de amor" (*Ex corde Ecclesiae*, 2).

Y así es evidente también que el futuro de la Universidad Católica depende en grandísima parte del empeño competente y generoso del laicado católico (*Ex corde Ecclesiae*, 25). Por ello, al finalizar estas palabras me permito presentar a Ustedes, a todos en conjunto y a cada uno en particular, una petición y expresarles, a la vez, un deseo lleno de esperanza: ¡Universidad Católica, sé lo que debes ser!.

P Iuris 60 bien 26 25/11/05, 5:56 PM

SANTO TOMÁS DE AQUINO Y LA VOCACIÓN DE LA UNIVERSIDAD CATÓLICA

PAUL CARDENAL POUPARD

1. Tengo el inmenso placer de compartir con ustedes este encuentro en la Pontificia Universidad Católica Argentina de Santa María de los Buenos Aires. El antiguo estudiante, capellán y rector universitario, viene hoy a esta universidad para rendir junto con ustedes un homenaje al pensamiento del Doctor Angélico. Aquí se respira el espíritu del Aquinate, gracias a la labor de Mons. Octavio Nicolás Derisi, su primer rector y alma de esta Universidad, a quien conocí en los encuentros internacionales de rectores de la Federación Internacional de Universidades Católicas.

Quisiera reflexionar con ustedes, de la mano de Santo Tomás y guiados por su perenne magisterio acerca del quehacer universitario y, por ende, acerca de la misión de la universidad católica en los comienzos de un nuevo milenio. Santo Tomás, maestro de sabiduría, nos ha legado el arte de hacer las preguntas pertinentes. Hablando de universidad, la pregunta no es *cómo* ha de funcionar mejor la Universidad Católica Argentina, sino *qué* ha de ser. Es necesario partir de la preguntas esencial, la pregunta por el *telos*, el fin de la universidad; sólo una vez respondida esta pregunta será posible resolver los problemas derivados de su funcionamiento. Permítanme, pues, ahora, sentado como ustedes en la escuela de este gran Maestro, compartir estas reflexiones, que les ofrezco con toda sencillez y afecto, desde la altura que ofrecen los años y desde el privilegiado observatorio que representa el Consejo Pontificio de la Cultura.

2. Puesto que tuve el honor de ser durante diez años rector del Instituto Católico de París, heredero de la tradición de la Sorbona en

P Iuris 60 bien 27 25/11/05, 5:56 PM

la que enseñó Santo Tomás, quisiera introducir nuestra consideración acerca de la misión de la Universidad Católica a partir del discurso pronunciado allí por Juan Pablo II el primero de junio de 1980. Como Rector de aquella Universidad, me correspondió el singular honor de acoger a Juan Pablo II. No corrían tiempos fáciles para la Universidad Católica, acosada por la indiferencia de los gobiernos y por la contestación interna. Muchos católicos comprometidos, acaso de buena fe, no sólo criticaban algunos aspectos de las universidades católicas, su elitismo o su alejamiento de la realidad, sino que algunos llegaban incluso a negar su misma posibilidad de existencia. La Iglesia, se decía, debía renunciar a sus universidades y colegios católicos y vivir sencillamente en la cultura de los hombres de su tiempo, sin privilegios ni ghettos. En aquella encrucijada, la visita del Papa significaba un espaldarazo a la acción humanizadora de la Iglesia en el campo de la enseñanza, en el que había sido pionera durante siglos, y en particular, una apuesta por la universidad católica. Las esclarecedoras palabras que pronunció entonces, y que quiso después recoger en la Constitución Apostólica sobre las Universidades Católicas *Ex Corde Ecclesiae*, la *Charta Magna* de las Universidades Católicas, aún resuenan en mi memoria:

> Por su vocación la *Universitas magistrorum et scholarium* se consagra a la investigación, a la enseñanza y a la formación de los estudiantes, libremente reunidos con sus maestros animados todos por el mismo amor del saber. Ella comparte con todas las demás Universidades aquel *gaudium de veritate,* tan caro a San Agustín, esto es, el gozo de buscar la verdad, de descubrirla y de comunicarla en todos los campos del conocimiento. Su tarea privilegiada es la de "unificar existencialmente en el trabajo intelectual dos órdenes de realidades que muy a menudo se tiende a oponer como si fuesen antitéticas: la búsqueda de la verdad y la certeza de conocer ya la fuente de la verdad".[1]

3. La Universidad Católica –decía el Papa– realiza en sí misma la síntesis entre la fe y la razón en fidelidad a su la doble identidad: universidad y católica. No se trata de dos conceptos extraños, ni mucho menos incompatibles, como si sólo forzadamente pudieran darse juntos. Basta mirar a la historia para apercibirse de que la Universi-

[1] Juan Pablo II, *Ex Corde Ecclesiae* (15-8-1990) n.1.

P Iuris 60 bien 28 25/11/05, 5:56 PM

dad, tal y como la conocemos hoy, ha nacido *ex corde Ecclesiae*, del corazón de la Iglesia. En efecto, la existencia de la universidad católica debe su origen último al ejercicio del *munus docendi*, la misión de enseñar que la Iglesia ha recibido de Cristo mismo: vayan y hagan discípulos, enseñando a guardar cuanto yo les he mandado (cfr. Mt 28,19-20). La Iglesia ha concebido siempre esta misión desde la perspectiva integral de la persona. Porque no se trataba únicamente de transmitir ideas, meros conocimientos que quedan fuera del hombre, sino de formar la persona según el modelo del hombre nuevo, que es Jesucristo: "para llegar al conocimiento pleno del Hijo de Dios, al estado de hombre perfecto, a la madurez de la plenitud de Cristo" (Ef 4,13).

Por ello no faltaron desde los primeros tiempos de la expansión del cristianismo diversos intentos de dar vida a una escuela en la que el saber humano y la transmisión del Evangelio fueran de la mano. Y aunque la aceptación de las ciencias profanas no siempre fue pacífica, –ya Tertuliano se preguntaba qué tenía que ver Atenas con Jerusalén– prevaleció siempre el criterio integrador. Así, San Justino abre en Roma la primera escuela filosófica cristiana, donde imparte a quienes quieran acercarse la verdadera filosofía, la que el Verbo vino a enseñar a los hombres. Años después, la Escuela Catequética de Alejandría se convierte en realidad en una verdadera Universidad Católica *ante litteram*, donde el objetivo no era sólo la iniciación a los misterios del cristianismo, que en realidad tenía lugar en las catequesis mistagógicas, cuanto una presentación razonable de la fe, capaz de responder a los interrogantes y desafíos que la cultura del tiempo planteaba a la Iglesia. Posteriormente, en la Edad Media, las escuelas monásticas y catedrales evolucionaron naturalmente hacia la configuración de la Universidad, en una búsqueda de mayor autonomía y de la visión integral del saber –*universitas studiorum*–, en una estrecha relación humana entre alumnos y profesores –*universitas alumnorum et magistri*–, notas que definen esencialmente la universidad.[2] De ahí la hermosa definición con que la *Ley de las Partidas* del rey castellano Alfonso X el sabio define la Universidad: "ayuntamiento de profesores y estudiantes por el saber".

[2] Cfr. P. Poupard, *Iglesia y culturas. Orientaciones para una pastoral de la inteligencia*, Edicep, Valencia-México, 1998, cap. II, "La Universidad, la Iglesia y el Estado", pp. 35-41.

P Iuris 60 bien 29 25/11/05, 5:56 PM

4. Esta búsqueda del saber se realiza en la Universidad Católica, según las palabras del Papa antes citadas, en una tensión armónica entre dos polos que podrían parecer antitéticos: la búsqueda del saber –universidad– y la certeza de conocer ya la fuente de la verdad –católica–. Como Universidad se vincula a la comunidad internacional del saber, el gremio de hombres y mujeres de todo el mundo que han hecho del saber su profesión de vida –no en vano quien enseña en la universidad recibe el título de profesor, aquel que ha hecho profesión de algo–. Por la segunda, en cambio, muestra su explícita vinculación a la Iglesia, local y universal, sin avergonzarse del Evangelio ni renegar ante la comunidad universitaria de su procedencia.

Estas dos vocaciones podrían parecer difícilmente conciliables. ¿Qué sentido tiene investigar, si ya se conoce la respuesta a lo que se investiga? Y sobre todo, ¿qué libertad puede haber para investigación si en definitiva hay en la Iglesia una autoridad a quien corresponde enseñar la verdad? Este temor de muchos de nuestros contemporáneos puede nacer de una inadecuada percepción de la autonomía de las realidades terrenas, que el Concilio Vaticano II sancionó en uno de los más bellos y audaces pasajes de la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*. En efecto, según el Concilio,

> la investigación metódica en todos los campos del saber, si está realizada de una forma auténticamente científica y conforme a las normas morales, nunca será en realidad contraria a la fe, porque las realidades profanas y las de la fe tienen su origen en un mismo Dios (*ibid*.).

Es precisamente el reconocimiento de la bondad del orden creado de las cosas lo que permite a la Iglesia defender la existencia de una Universidad Católica. Evocando la figura de Santo Tomás, Chesterton decía que "nadie logrará entender la filosofía tomista, o la católica, sin darse antes plena cuenta de que su parte fundamental es el elogio de la vida, el elogio del ser, el elogio de Dios como creador del mundo"[3].

De ahí que las notas de su doble vocación –universitaria y católica– no puedan nunca oponerse como antitéticas. Diremos más aún:

[3] G. K. Chesterton, *Santo Tomás de Aquino*, Espasa-Calpe, Madrid, 1948, p. 94.

P Iuris 60 bien 30 25/11/05, 5:56 PM

su relación no puede ser extrínseca, como si la fe viniera a ser simplemente un complemento que viene a añadirse desde fuera a una realidad que ya está completa en sí misma, y que podría perfectamente prescindir de la fe. No: si Jesucristo es la plenitud de la revelación, si es verdad, como dice de nuevo el Concilio, que "Cristo nuestro Señor, manifiesta plenamente el hombre al propio hombre y le descubre la sublimidad de su vocación" (*Gaudium et spes*, 22), entonces el modelo auténtico de lo humano, en todas sus dimensiones, se halla en la fe. La visión que ofrece la fe será siempre la culminación del saber, el conocimiento superior que desborda, mas no anula, el conocimiento humano.

5. Fiel a esta vocación originaria, la Universidad Católica ha de evitar la tentación de adaptarse servilmente a las exigencias del mercado y transformarse simplemente en una escuela profesional de alto nivel. La Universidad no puede reducirse a una fábrica de titulados, ni ha de regirse sólo por criterios de eficiencia y rendimiento económico, por muy necesarios que estos sean. Sus alumnos no pueden ser calificados de "jóvenes profesionales", como pomposamente proclama la publicidad de algunas universidades, buscando arrancar clientes a la competencia. Quienes en ella enseñan no son funcionarios, sino profesores, es decir, aquellos que han hecho profesión de consagrarse al estudio de la verdad. El objetivo de la Universidad no es únicamente conseguir la inserción en el mercado de trabajo, sino antes y sobre todo, la búsqueda de la verdad, en esa relación única que se establece entre el maestro y el alumno, verdadera comunión de vida, "ayuntamiento", en las palabras del rey sabio. Decir Universidad es decir universalidad en el saber, la pasión por el conocimiento en toda su extensión, de la que participan todas las facultades, para superar la fragmentación de saberes en que tiende a encerrarse el conocimiento.

6. Así pues, la misión propia de la universidad, y principalmente de la Universidad Católica, es la "diakonía de la verdad", el servicio apasionado a la verdad[4]. Para la Universidad Católica, ésta es su

[4] Cfr. P. Poupard, *Buscar la verdad en la cultura contemporánea*, Ciudad Nueva, Santiago, 1995.

P Iuris 60 bien 31 25/11/05, 5:56 PM

manera de servir, al mismo tiempo, a la dignidad del hombre y a la causa de la Iglesia, que tiene "la íntima convicción de que la verdad es su verdadera aliada ... y que el saber y la razón son fieles servidores de la fe"[5].

Colocar en el primer puesto el servicio a la verdad no es una simple cuestión metodológica; es una opción grávida de consecuencias. Significa colocar en el centro de la comunidad universitaria a la persona humana, dotada de capacidad racional y de voluntad libre, que es quien experimenta el gozo por la verdad, y el inagotable deseo humano de encontrar el esplendor de la belleza, la perfección y gloria de la obra y de su artífice. Esta visión conlleva al mismo tiempo el horror a la mentira y a la impostura, el vivo deseo de evitar todo sofisma y de aprisionar la verdad en la injusticia, como previene San Pablo. Preferir la verdad a la mentira no es solamente un acto propio de la capacidad cognoscitiva del intelecto humano, sino también un acto propio de la libertad que busca el bien, y con ello, la realización plena del sentido de la existencia.

Hablar de verdad en la cultura contemporánea constituye una provocación y un desafío. Los hombres de nuestro tiempo desconfían de quienes parecen sentirse muy seguros de la verdad, secuestrada a menudo por los políticos para sus intereses. La pregunta de Pilatos –¿qué es la verdad?– parece haberse convertido en el distintivo de nuestro tiempo. No sabemos, se nos dice, si existe una verdad, ni tampoco si es posible conocerla. Y se nos invita a desconfiar de la personas que se sienten muy seguras de la verdad, que es una palabra demasiado fuerte para nuestros oídos educados en el pensamiento débil.

Por el contrario, la "diakonía de la verdad" significa el compromiso de no contentarse con verdades parciales, fragmentarias y dispersas, establecer permanentemente el paso del fenómeno al fundamento (*Fides et Ratio*, 83), de las cosas a las causas, sin darse tregua en esta búsqueda de la verdad. Nietzsche definía el nihilismo como la falta de la finalidad, de la pregunta por el por qué. Debemos reconocer que vivimos en un ambiente intelectual enrarecido por el nihilismo que ha renunciado al gozo por la verdad, y por ello, expuesto a la tentación de un uso instrumental y pragmá-

[5] Juan Pablo II, Constitución Apostólica *Ex Corde Ecclesiae*, 4.

P Iuris 60 bien 32 25/11/05, 5:56 PM

tico de la verdad. No hay mayor forma de corrupción que la intelectual, que consiste en aprisionar la verdad en la injusticia y llamar mal al bien.

7. Naturalmente, el servicio a la verdad no excluye, sino que fomenta la tarea de estudiar los graves problemas contemporáneos y de elaborar proyectos de solución que concreticen los valores religiosos y éticos propios de una visión cristiana del hombre[6]. Dicho de otro modo, la diakonía de la verdad exige que la Universidad Católica sea pionera en la investigación en todas las disciplinas que se imparten en ella. Seminarios, laboratorios, publicaciones, el fomento de la creatividad y el espíritu crítico, el deseo de mejorar, deben formar parte del acervo de valores propios de una universidad católica, que no puede limitarse a vivir de lo que se investiga en otras partes. Está llamada a ofrecer una contribución original a la luz de su visión del hombre. Y si es cierto que no hay una matemática cristiana ni una física cristiana, no lo es menos que en todos los campos, la fe ha sido un poderoso incentivo para la investigación. Y cuando se trata de la aplicación de la ciencia mediante la técnica a la realidad, la visión cristiana del hombre no puede dejar de influir en la búsqueda de soluciones que tengan en cuenta el hombre integral o, según la expresión de Pablo VI en *Populorum Progessio*: todo el hombre y todos los hombres[7].

8. Consecuentemente, la universidad católica tiene su nota característica en la primacía de la formación integral de la persona sobre la capacitación laboral. Esta formación integral recibía, en tiempos de santo Tomás, el nombre de *sapientia*, es decir, aquella forma superior de conocimiento en la que se integran los distintos saberes. Esta *sapientia* indica, ante todo, una mayor interdisciplinariedad. Con frecuencia, tenemos que constatar un lamentable alejamiento entre facultades de una misma universidad, que a menudo ignoran lo que hacen los departamentos vecinos. Cuando era rector solía decir bromeando que parecía como si el rector fuera el único que sabía que en

[6] Cfr. Congregación para la Educación Católica–Consejo Pontificio para los Laicos–Consejo Pontificio de la Cultura, *Presencia de la Iglesia en la Universidad y en la Cultura Universitaria*, Ciudad del Vaticano, 1994, 15.

[7] "Para ser auténtico, el desarrollo ha de ser integral, es decir, debe promover a todos los hombres y a todo el hombre", Pablo VI, *Populorum Progressio*, n.14.

P Iuris 60 bien 33 25/11/05, 5:56 PM

el *Institut Catholique* había una facultad de ingeniería junto a la de teología o filosofía.

La Universidad es un lugar privilegiado para ampliar los horizontes abriéndose a la totalidad del saber humano. Acaso no estuviera tan equivocada aquella universidad inglesa que exigía a sus alumnos obtener un diploma en humanidades antes de comenzar los estudios de Medicina. El estudio de las humanidades no podrá ser nunca un estorbo, porque en definitiva no es sino el estudio del hombre, tal y como lo ha descrito la literatura, lo ha reflejado el arte, se ha pensado a sí mismo en la reflexión filosófica y se conoce en su andadura histórica. Tal era la idea del Cardenal Newman. Para él, la universidad, antes que enseñar artes liberales, –como se denominaban las especialidades en la antigüedad–, había de ser un *Studium Generale*. Sin esta interdisciplinariedad corremos el riesgo de que las alicortas y miopes visiones de la utilidad inmediata ocupen el centro de la verdad.

Pero formación integral, o sea, *sapientia*, significa sobre todo el crecimiento como persona en todos los órdenes. Los antiguos se verían sorprendidos al comprobar que la universidad no siempre hace mejores a quienes enseñan o quienes aprenden. Y no les faltaría razón. ¿De qué nos serviría formar excelentes técnicos, médicos, abogados, empresarios, si carecen de una visión armónica del saber y del mundo, si no están preparados para hacer frente a los problemas éticos y morales que el ejercicio de su profesión les va a plantear inexorablemente? Personalmente les confesaré mi temor a vivir en un mundo dominado por expertos sin alma, a merced de especialistas que saben casi todo acerca de muy poco y casi nada acerca de todo lo demás, de las cosas que verdaderamente importan.

De no ser así, ¿qué clase de Universidad sería aquella que por aumentar su rendimiento con vistas a satisfacer la demanda de puestos de trabajo en el mercado, elimina como superfluas las grandes cuestiones de la existencia humana, Dios, el sentido de la vida, la muerte, la justicia, la paz tal y como se nos presentan en la literatura, la historia, la reflexión ética y la búsqueda del fundamento de las cosas? ¿Qué médicos, informáticos, fisioterapeutas, periodistas, ingenieros, publicistas serán aquellos que saben cómo funcionan las cosas, pero no para qué? ¿De qué sirve construir puentes, proyectar complejos industriales, diseñar sofisticados programas

P Iuris 60 bien 34 25/11/05, 5:56 PM

informáticos o conocer las más avanzadas técnicas de cultivo celular, si no sabemos para qué los queremos? La sociedad de la hipertrofia de los medios y de la atrofia de los fines, –en expresión de mi admirado Paul Ricoeur– corre el riesgo de convertirse en alguna de las peores pesadillas diseñadas por las novelas de ciencia ficción: el mundo sometido a la racionalidad técnica instrumental, en la que el hombre es considerado únicamente un engranaje anónimo del complejo mecanismo social, considerado en función de criterios de eficiencia y rentabilidad. Un mundo donde no hay sitio para aquello que no sea útil.

9. Cuanto hemos dicho acerca de la misión de la Universidad Católica, puede resumirse en el ideal que los antiguos griegos denominaban *paideia*, un ideal de formación y de crecimiento de la persona[8]. Esta *paideia* cristiana deviene el principio inspirador de toda la vida universitaria. No se trata simplemente de algunas orientaciones pedagógicas concretas, ni de un código de comportamiento universitario. Lo mismo que el adjetivo católico aplicado a una universidad no puede limitarse a un añadido que designa la titularidad de la propiedad de la Universidad, que permanecería sustancialmente idéntica si fuese estatal o privada. Ser católica no puede limitarse simplemente al hecho de que en el *curriculum* se incluyan algunos cursos de teología o a la oferta de actividades de voluntariado social extracurriculares. Ni siquiera la presencia de una capellanía en la universidad, con la celebración institucional de algunos actos religiosos, basta para hacer que una universidad católica lo sea verdaderamente. Esta *paideia* cristiana, que constituye la dimensión católica de la universidad, debe permear sus fibras íntimas, las relaciones entre los miembros de la comunidad académica, la configuración de los planes de estudio, las actividades de la Universidad. De otro modo, estaríamos negando la capacidad que tiene el Evangelio para inspirar un modelo educativo y humano, pues la fe vendría a añadirse al final sobre un proyecto de hombre ya completo, como un simple adorno.

[8] He desarrollado este tema más ampliamente en mi libro P. Poupard, *Le christianisme à l'aube du IIIe millénaire*, Plon-Mame, Paris 1999. Cfr. también *Inteligencia y afecto. Notas para una paideia cristiana*, UCAM, Murcia, 2001.

P Iuris 60 bien 35 25/11/05, 5:56 PM

En este contexto, adquiere una enorme actualidad la famosa *Carta a un estudiante* de Santo Tomás de Aquino[9], en la que el santo ofrece a fray Juan, un joven estudiante, algunos consejos para mejorar el estudio. Entre estos consejos se encuentran, como no podía ser menos, algunos referidos al método de estudio, con algunas sugerencias interesantes: El uno, "proceder de lo más fácil a lo más difícil", es el típico proceso de análisis. El trece, "atender a lo que se lee y escucha", consiste en centrar toda la atención en las lecturas o en las clases. De aquí la recomendación doce: "retener en la memoria cuanto de bueno se escuche, sin importar quién lo haya dicho", pues es al que ha escuchado a quien le servirá. El consejo catorce no presenta mayor dificultad, ya que se trata, simplemente, de aclarar, en lo posible, las dudas. El quince es memorizar, a la vez que entender, lo mas que se pueda, la materia de estudio. Finalmente, la advertencia dieciséis consiste en no estudiar aquellos temas que desborden nuestras capacidades intelectuales o el tiempo que podamos dedicar a meditarlos.

Sin embargo, junto a estas recomendaciones, Santo Tomás recuerda que para el estudio no basta únicamente un *método* de estudio adecuado, sino que es necesario además *un modo de vida* coherente. He aquí el programa de vida que ofrece Santo Tomás: "tres: depura tu conciencia; cuatro: No abandones el tiempo dedicado a orar; seis: Muéstrate amable con todos; once: no dejes de imitar los ejemplos de los santos y hombres buenos". En su aparente sencillez, santo Tomás recuerda que la búsqueda de la verdad , y por tanto el estudio, es una facultad que implica a todo el hombre. La Universidad debería ser precisamente el lugar donde uno no sólo aprende más cosas, adquiere más conocimientos, sino, sobre todo, donde uno *es* más, *se hace* más hombre, *mejor* hombre, donde crece su humanidad.

Santo Tomás concluía su breve carta advirtiendo al joven estudiante: "Siguiendo esas indicaciones, echarás ramas y darás frutos útiles en la viña del Señor Altísimo, mientras vivas. Si sigues estos consejos, podrás alcanzar aquello a lo que aspiras"[10].

[9] Una edición reciente de la carta, con interesantes comentarios, en A. Lobato-J.A. Martínez Puche, *Tomás de Aquino, el santo, el maestro*, Edibesa, Madrid 2001.

[10] Ibid.

P Iuris 60 bien 36 25/11/05, 5:56 PM

10. Por ello, queridos amigos, es necesario recordar que la misión de la Universidad Católica no está completa sin la referencia a la evangelización. Pero una evangelización con el estilo y el acento propio del quehacer universitario. Esta misión comporta dos aspectos. En primer lugar, un aspecto subjetivo o personal: la evangelización de las personas. En esta perspectiva, "la Iglesia entra en diálogo con las personas concretas –hombres y mujeres, profesores, estudiantes, empleados–, y por medio de ellos, aunque no exclusivamente, con las corrientes culturales que caracterizan ese ambiente"[11]. No olvidemos que a lo largo de la historia, la Universidad ha sido lugar de encuentro con Cristo vivo, gracias a las amistades surgidas en su seno, a la acción persuasiva y eficaz del profesor, o a la labor callada y humilde del personal no docente. En la Universidad de París, Ignacio de Loyola ganó para Cristo un grupo de compañeros que ofrecieron después su vida al servicio del Evangelio. El beato Federico Ozanam, desde su cátedra de la Universidad de París, daba testimonio público de su fe desde la cátedra y de la misericordia de Dios con los pobres a través de las Conferencias de san Vicente de Paúl.

Pero existe además un aspecto objetivo de esta evangelización, que consiste en la evangelización de la cultura, o sea, en "el diálogo entre la fe y las diversas disciplinas del saber". En el contexto de la Universidad, la aparición de nuevas corrientes culturales está estrechamente vinculada a las grandes cuestiones del hombre, al sentido de su ser y de su obrar y, en particular a su conciencia y a su libertad. "A este nivel, es deber prioritario de los intelectuales católicos promover una síntesis renovada y vital entre la fe y la cultura"[12]. También hoy es necesario anunciar a Jesucristo en los salones y los pasillos de la Universidad, en la conversación íntima, en diálogo alma a alma, o públicamente desde el estrado, en la capilla, a través de los diversos actos organizados por la Universidad.

11. No quisiera concluir sin mencionar un elemento insustituible en la configuración de este proyecto universitario. Me refiero a ustedes, queridos amigos profesores y profesoras. En la comunidad

[11] *Presencia de la Iglesia en la Universidad y la cultura universitaria*, p. 13.
[12] Ibid.

P Iuris 60 bien 37 25/11/05, 5:56 PM

universitaria, todos son importantes. Pero indudablemente, la responsabilidad mayor recae sobre los profesores. La Universidad será lo que sean sus profesores, no sólo por su competencia científica y profesional, sino sobre todo por el testimonio límpido de su fe, por su humanidad plena y realizada en la que se unifican existencialmente la verdad, el bien y la belleza. Quiero por ello terminar ahora dirigiéndome a ustedes, queridos amigos para animarlos a vivir en plenitud su vocación de académicos cristianos. Permítanme que recurra para ello a una imagen tomada de la mitología y la literatura clásica romana: Eneas. Eneas es el héroe de la epopeya virgiliana, antecesor de la dinastía Julia, que huye de Troya cargando sobre sus espaldas al anciano padre Anquises, un gesto que le valió en la antigüedad el epíteto de pío. Y al mismo tiempo lleva de la mano a su joven hijo Ascanio. Eneas representa así el lazo de unión entre el pasado, en la figura de Anquises, y el futuro encarnado en Ascanio. El profesor universitario está llamado a desempeñar este papel frente a sus alumnos. Por una parte, lleva consigo todo el bagaje intelectual y existencial de las generaciones precedentes, y por ello puede convertirse en un punto de referencia seguro. Al mismo tiempo, conduce de la mano a las nuevas generaciones hacia regiones que él mismo ignora.

Queridos profesores, permítanme que les haga una invitación, que es al tiempo un ruego, como uno que conoce la universidad: sean *maestros* de sus alumnos y no sólo *docentes*. Dedíquenles todo el tiempo que sea necesario, sin tasarlo mezquinamente. Prolonguen la lección en el trato personal con sus alumnos, estimulen en el trato personal con ellos, la pasión por el saber, el deseo de aspirar a metas más altas, de no conformarse con los logros adquiridos. Demuéstrenles con su vida que es posible realizar la síntesis entre el conocimiento y el amor: que a un mayor conocimiento del mundo y de la realidad, corresponde una vida moral más íntegra, que saber más significa también ser más sabio y, por tanto, mejor. La Universidad católica, si quiere sobrevivir en medio de la despiadada competencia de nuestro tiempo, no necesita sólo de expertos, sino sobre todo de maestros.

12. Queridos amigos: nuestra misión en el mundo de la Universidad, como en el mundo, es ser portadores del Evangelio de la espe-

P Iuris 60 bien 38 25/11/05, 5:56 PM

ranza. Sabemos que hay muchas cosas que no van bien, o no tan bien como quisiéramos. La paz y la convivencia pacífica, la justicia social, en esta tierra argentina y en el mundo entero aparecen tan frágiles o tan lejanas, que cunde el desánimo. Pero Dios no deja de actuar, no ha abandonado el mundo a su suerte. Es necesario saber leer los signos de los tiempos y descubrir, en medio de las convulsiones de nuestro mundo, las esperanzas y los anhelos de los hombres de nuestro tiempo, que constituyen puntos de anclaje para el anuncio del Evangelio. Es necesario redescubrir la virtud de la esperanza, la hermana menor de las virtudes, como decía Péguy. La Constitución Pastoral *Gaudium et spes* sigue conservando plena actualidad y debe constituir una guía segura para orientar la misión del laico en el mundo, y en particular en el mundo universitario. Quisiera concluir precisamente estas reflexiones tomando unas palabras de *Gaudium et spes*, que constituyen un desafío y un llamado a la esperanza: "Se puede pensar con toda razón que el porvenir de la humanidad está en manos de quienes sepan dar a las generaciones venideras razones para vivir y razones para esperar" (*Gaudium et Spes*, 31).

Apéndice

Carta exhortatoria a fray Juan.

"Puesto que me preguntaste, Juan carísimo en Cristo, de qué modo debes aplicarte para adquirir el tesoro de la ciencia, este es el consejo que te doy:

1º Que por los riachuelos y no de golpe al mar procures introducirte, ya que conviene ir a las cosas difíciles a través de las más fáciles.
2º Por tanto, este es mi consejo y tu instrucción. Sé tardo para hablar e incorpórate tarde a los coloquios;
3º Depura tu conciencia;
4º No abandones el tiempo dedicado a orar;
5º Ama permanecer en tu celda, si quieres ser introducido donde está el vino añejo;
6º Muéstrate amable con todos;
7º No pretendas conocer con todo detalle las acciones de los demás.
8º Con nadie te muestres muy familiar, porque las familiaridades

P Iuris 60 bien 39 25/11/05, 5:56 PM

originan desprecios y suministran materia para sustraerse al estudio;

9º En lo que dicen o hacen los mundanos no te impliques de ninguna manera;

10º Apártate del discurso que pretende explicarlo todo;

11º No dejes de imitar los ejemplos de los santos y hombres buenos;

12º Sin importarte a quién oigas, encomienda a la memoria lo que se diga de bueno;

13º Lo que leas y oigas, esfuérzate en entenderlo;

14º Acerca de los asuntos dudosos, cerciórate;

15º Y preocúpate de guardar cuanto puedas en el cofre de la mente, como quien ansía llenar un recipiente;

16º No pretendas lo que es más alto que tú.

Siguiendo esas indicaciones, echarás ramas y darás frutos útiles en la viña del Señor Altísimo, mientras vivas. Si sigues estos consejos, podrás alcanzar aquello a lo que aspiras".

SANTO TOMÁS DE AQUINO

P Iuris 60 bien 40 25/11/05, 5:56 PM

RAZÓN Y FE

Diálogo entre Habermas y Ratzinger
(Perspectivas político-jurídicas)

EDUARDO MARTÍN QUINTANA

Comentario a la exposición de Jürgen Habermas[1]

La Academia Católica de Baviera realizó un encuentro en Munich, el 19 de enero de 2004 entre el por entonces Cardenal Joseph Ratzinger, actual pontífice Benedicto XVI, y el filósofo alemán Jürgen Habermas, publicado entre nosotros por el diario *La Nación* bajo el título *Diálogo entre la razón y la fe.* Se trató de dos exposiciones con un considerable margen de autonomía la una respecto a la otra, pero a la vez relacionadas por un espacio temático común. Además, la cuestión desarrollada por ambos no asumió las características de un debate entre las diferencias y/o relaciones gnoseológicas de aquellas verdades conocidas por la sola razón natural y las que sólo se accede por la fe en una revelación sobrenatural. El tema tratado en la academia fue presentado como *Las bases morales prepolíticas del Estado liberal*. Por mi parte comentaré sólo la exposición de Jürgen Habermas y por ello me ceñiré a una perspectiva política y jurídica, sin perjuicio de alguna mención tangencial a otros niveles epistemológicos. La del Cardenal Joseph Ratzinger se encuentra a cargo del Dr. Daniel A. Herrera.

[1] Conferencia pronunciada el 30 de junio de 2005 en la Corporación de Abogados Católicos, Buenos Aires.

P Iuris 60 bien 41 25/11/05, 5:56 PM

Para un mejor ordenamiento, *primero* encuadraré el planteo inicial, que será a su vez el epicentro de las subsiguientes reflexiones, o sea delimitaré la "cuestión disputada". En *segundo* lugar, se mudará el escenario para dedicar la necesaria atención a la trayectoria y orientación filosófico-político de ese autor. En *tercer* término se indicarán los puntos básicos –no siempre explícitos– que desarrolla en la exposición de la Academia de Baviera, y el *cuarto,* desde la misma perspectiva habermasiana, se efectuarán algunas reflexiones conclusivas.

1. Planteo de la cuestión

La cuestión (para nada ociosa) que Habermas plantea y que será el eje de su reflexión se encuadra en la pregunta respecto a si la única fuente de legitimación del Estado secularizado descansa en la voluntad ciudadana expresada mediante determinados procedimientos con el fin de lograr consenso, o si por el contrario, es justificada la sospecha según la cual tácita u ocultamente, en última instancia las normas se incardinan en tradiciones cosmovisionales éticas o religiosas que trascienden cualquier acuerdo circunstancial[2]. Si así fuere, considera que quedaría comprometida la neutralidad del mismo Estado frente a lo que denomina el "pluralismo cultural", actitud que lleva implícita que no hay ninguna convicción moral o de los bienes o de la formas de vida que goce de preeminencia respecto a otras.

A este planteo "marco", Habermas añade otros aspectos: aún en el supuesto que la respuesta fuere afirmativa, o sea que los procedimientos racionales fueran suficientes para legitimar al Estado, aspecto que denomina *"cognitivo",* agrega otra faceta del problema, pues ese fundamento sería sólo producto de un consenso "formal" y por lo tanto habría que investigar si los ciudadanos deben recurrir a otros lazos solidarios que superen la fría administración, lazos que a su entender pueden abrevar en fuentes distintas a las convencionales o contractuales sobre las que se edificó la ciencia política moderna a partir del siglo XVII. A este aspecto lo denomina *"motivacional"*, otorgándole una importancia significativa. Podemos anticipar que es aquí

[2] Según Habermas esta cuestión fue planteada en la década del sesenta del siglo veinte por Ernst-Wolfgang Böckenförde. Respecto a esta referencia puede agregarse que también ha sido patrimonio de innumerables autores contemporáneos.

P Iuris 60 bien 42 25/11/05, 5:56 PM

por donde se abriría una ventana a tradiciones no precisamente positivizadas.

De esta manera elípticamente han hecho su aparición otros cauces sociológicos como la religión, tradiciones morales, etc., que ocupan un lugar muy distinto en la formación y desarrollo del Estado secular cuyas bases descansan en procedimientos racionales y discursivos, pero que para Habermas no por ello resultan desdeñables.

Como resumen del planteo sobre el que girarán los restantes aportes, Habermas ha expuesto en forma hipotética la tesis central que luego intentará sostener: el Estado pluralista contemporáneo no requiere otro fundamento que los procedimientos libres producidos por sujetos racionales cuya meta es arribar a sucesivos acuerdos, sin recurrir a ningún fundamento ético o religioso. Pero como suele ocurrir en los discursos habermasianos, una vez que arribó a una conclusión, se interroga si desde una perspectiva diferente, es posible otro cauce que también pueda contribuir a la solución de la cuestión. El caso a resolver es la innegable presencia social de costumbres tradicionales como de la religión, respecto a la cual, lejos de proponer o presuponer su extinción, su permanente disposición consensualista lo mueve a "*entender la secularización cultural y social como un doble proceso de aprendizaje que obligue tanto a las tradiciones de la Ilustración como a las doctrinas religiosas a reflexionar acerca de sus límites*". Frente a la marginación que suele padecer la religión en los ámbitos seculares, cuando no el hostigamiento, la propuesta de Habermas resulta, al menos conciliadora. Analizaremos en la última parte de este trabajo los alcances con que puede ser visualizada y finalmente, cuales son las premisas que sustentan su razonamiento que a nuestro juicio no dan respuesta acabada al tema en debate.

2. La trayectoria de Jürgen Habermas

2.1. Biografía y orientación filosófica-política.

Para una mayor comprensión de la exposición que se comenta, resulta ineludible una breve referencia biográfica y los lineamientos principales de su pensamiento. Jürgen Habermas nació en Düsseldorf, Alemania, en 1929; estudió desde 1949 a 1954 en Gotinga y Bonn, en el contexto de la filosofía alemana del neokantismo, sin perjuicio que la influencia mayor provenía del primer Heidegger. Durante el tra-

P Iuris 60 bien 43 25/11/05, 5:56 PM

bajo de su tesis doctoral sobre Schelling, leyó al joven Marx y a otros hegelianos; también a Luckács de *Historia y conciencia de clase*. Su por entonces estrecha vinculación con la intelectualidad de izquierda, motivó que completara la tesis con una introducción que relacionaba al idealismo tardío con Marx. Posteriormente se dedicó a estudiar *El Capital*, el marxismo hegeliano, y luego se interesó por la sociología del conocimiento. Tomó contacto con Adorno, de quien fue ayudante desde 1956 a 1959, e influyó en él la obra conjunta de su maestro y Horkheimer, *Dialéctica de la Ilustración*, ambos fundadores de la Escuela de Frankfurt. Interesado vivamente por la sociología, estudió a Durkheim, Weber y Parson. Luego en Heidelberg contactó con Gadamer, ayudándole *Verdad y método* a encontrar nuevamente el camino de la filosofía académica. Luego se interesó por la filosofía del lenguaje y el pragmatismo de Pierce, Mead y Dewey, como también el segundo Wittgenstein. En una entrevista concedida a *New Left Review* en la década de los ochenta expuso: "mis intereses teóricos están permanentemente determinados desde el principio por aquellos problemas que surgen del movimiento intelectual que va de Kant a Hegel. Mis intenciones y convicciones fundamentales se fraguan a mediados de los años cincuenta en la lectura de Lukács, Korsch, Bloch, Sartre y Merleau-Ponty y por supuesto, de Horkeimer, Adorno y Marcuse". Como se señalará luego, Habermas modificará esta perspectiva sociológica para adentrarse en la filosofía del lenguaje como clave de la interpretación social. En la década de los noventa su preocupación fundamental estuvo orientada por el afianzamiento de su teoría de la acción comunicativa trasladada a la política y al derecho. En esta línea se hallan tanto sus discusiones como encuentros con Karl Otto Apel, en orden a perfilar la teoría del discurso desde la perspectiva una pragmática universal como también con John Rawls, respecto a la respuesta que debe brindarse desde una teoría de la Justicia a las sociedades pluralistas.

La lectura de Habermas significa sumergirse en amplísimo espectro bibliográfico, sobre todo desde la modernidad, que abarca y a veces confronta a autores de diversas extracciones que van de Hobbes a Kant, de Marx a Horkheimer y de Marcuse a Arendt, y a los sociólogos de Weber a Parson y Luhmann, entre tantos nombres importantes de la filosofía moderna y contemporánea. Capítulo aparte merece respecto a sus obras posteriores, su preocupación por mo-

P Iuris 60 bien 44 25/11/05, 5:56 PM

mentos reiterada, por un lado por el lenguaje, desde el segundo Wittgenstein y la pragmática de Pierce, a la hermenéutica y, por otro, los postmodernos (como asimismo otros autores afines a esta corriente): Lyotard, Baudrillac, Rorty, Derrida, y Vattimo, polemizando con ellos en torno a los alcances de la razón.

Si bien no resulta sencillo señalar "etapas" en el desarrollo del pensamiento de Habermas, puede indicarse, luego de su graduación universitaria, que su primer período (que puede llamarse crítico) estuvo signado por la influencia de la Escuela de Frankfurt, en el que incorpora las líneas de la revisión crítica al pensamiento de Marx, del que efectúa una "reconstrucción". El segundo, que algunos denominan "comunicativo", se desarrolla desde la publicación de la *Teoría de la acción comunicativa* (1981). A partir de entonces su trabajo se orienta en esta dirección asumida como vía del reencuentro con la razón, cuyo uso considera que había sido reducido a su funcionalidad instrumental por la modernidad tecnocrática. Desde la década de los ochenta la razón "procedimental" y la dimensión pragmática del lenguaje serán sus soportes etico-socio-político-jurídicos, o sea de todo el ámbito de la filosofía práctica, sin perjuicio de una permanente recurrencia al neokantismo[3].

Al recorrer la extensa obra de Habermas se advierte la influencia dialéctica de muy diversos autores. Por una parte, es un agudo crítico de la filosofía moderna ya que el ideal emancipatorio (de la metafísica y de la religión) de la Ilustración terminó en una catastrófica frustración. En efecto, siguiendo en estos a los frankfurtianos, la razón moderna, traicionó sus objetivos y de liberadora de todas las ataduras y alienaciones, se convirtió en una razón instrumental, calculadora y dominante no sólo de la naturaleza sino del propio hom-

[3] Entre sus principales obras se deben mencionar *Teoría y praxis* (1963), *Ciencia y Técnica como ideología* (1968), *Conocimiento e interés* (1969), *Problemas de legitimación del capitalismo tardío* (1973), *La Reconstrucción del materialismo histórico* (1976), *Teoría de la acción comunicativa* (1981), *La relación entre la Política y la Etica* (1986), *El discurso filosófico de la modernidad* (1985), *Pensamiento posmetafísico* (1988), *Facticidad y Validez* (1992), *La necesidad de revisión de la izquierda* (1991), *Debate sobre el liberalismo político. Jürgen Habermas/John Rawls* (1995), *El futuro de la naturaleza humana ¿hacia una eugenesia liberal?* (2001), *Israel o Atenas* (2001), *Verdad y justificación* (2002), sin perjuicio que en la última década se encuentran publicadas decenas de conferencias y debates recopilados junto a otro autores, siendo Habermas el principal protagonista.

P Iuris 60 bien 45 25/11/05, 5:56 PM

bre, circunstancia que se traslada a las relaciones sociales mediante el connubio del poder político con el económico, y a la desaparición de la actitud filosófica como consecuencia del positivismo utilitarista. Pero concomitantemente frente a las diatribas de los postmodernos y de las posiciones escépticas, propone la reconstrucción de la racionalidad o relanzamiento de los ideales ilustrados; para él, *"la modernidad es un proyecto inacabado",* título de una famosa conferencia que pronunció al recibir el premio Adorno discernido por la Universidad de Frankfurt en 1980.

Es por ello, uno de los autores actuales que posiblemente mejor conjuga la herencia moderna, con diversas corrientes del pensamiento contemporáneo; pretende trascender el paradigma de la razón productora de ideas absolutas y universales propia de la modernidad ilustrada, (incluido el marxismo) pero a la vez evitar el irracionalismo contestatario de la razón de los autores comúnmente denominados "postmodernos" o "antimodernos" y, también del inhumano funcionalismo y sistematismo que se adueñó de la sociología con Lhuman.

2.2. La teoría de la acción comunicativa: su traslado a la moral, derecho y política

Habermas encuentra la vía superadora del agotamiento de la razón moderna, en el lenguaje, entendido pragmáticamente como comunicación intersubjetiva, mediante el cual se rehabilita la razón preterida por los antimodernos, pero a la vez limitada a una funcionalidad distinta a la propuesta de los ilustrados e iluministas. Considera que existe una razón o "logos" inmanente al uso del lenguaje, no ya como un mero instrumento lingüístico a la manera de la filosofía analítica, sino para encontrar la clave que permita el verdadero encuentro del hombre con el hombre. Así como antes las contradicciones sociales debían liberarse mediante la depuración de las desigualdades económicas, ahora estas aparecen encubiertas por una distorsión de las comunicaciones. Aquí está para Habermas el problema, que debe ser resuelto mediante la liberación de las trabas que impiden una comunicación libre de dominios. Su propuesta se concreta en una nueva intersubjetividad, cuya imagen más ilustrativa es el hombre que se "comunica". Por tanto recurre a las renacidas fuentes contemporáneas que han hecho del lenguaje el nuevo "lugar" de la filosofía. La comunicación intersubjetiva mediada por el lenguaje, será

P Iuris 60 bien 46 25/11/05, 5:56 PM

entonces el filón desde donde debe abrevar todo conocimiento tanto teórico como práctico, culminando en el emancipatorio que es la base filosófica de la sociología, la ética, la política y el derecho.

Habermas, que considera a la Ilustración como un momento inseparable de la filosofía moderna pretende, como lo advierte Leocata, llevar a ambas a una nueva etapa evitando o amortiguando la dialéctica de la Ilustración: confía en que la modernidad puede ser conservada y llevada a su natural paso progresivo mediante la transfiguración de una razón centrada en el sujeto en un modelo de *razón comunicativa*, que es al mismo tiempo *acción comunicativa*, la cual no se basa ni en una ontología ni en una autorreferencia de la razón en un hipotético "yo trascendental", sino que encuentra su justificación en la marcha argumentativa de la acción comunicativa entendida como procedimiento hacia un mayor entendimiento, que en el diálogo sólo cede ante el mejor argumento. El anclaje en lo metafísico es visto por Habermas como un anclaje en épocas pasadas, como un llamado a un pensamiento convencional y en el fondo ideológico[4]. En el contexto de su especial interpretación de la pragmática y de la teorías de la argumentación más en boga, expresa que "sobre si un estado de cosas es el caso o no es el caso, no decide la evidencia de la experiencia sino el resultado de una argumentación", y que "sólo se puede atribuir a un predicado un objeto si también cualquiera que pudiera entrar en la discusión atribuyese el mismo predicado al mismo objeto; ...la condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás ...La verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho" *(Teoría de la acción comunicativa: Complementos y estudios preliminares)*. Habermas propone una pragmática universal del lenguaje que apunta a una síntesis de la interpretación de los signos linguísticos, o sea que el conocimiento implica una interpretación unitaria de los interpretes para gozar de validez.

Moral, Derecho y Política. En los puntos precedentes se ha bosquejado los lineamientos principales del pensamiento habermasiano; y sobre esta base, ahora se describirá, también resumidamente, la

[4] Francisco Leocata, S.D.B., "Modernidad e Ilustración en Jürgen Habermas", *Sapientia,* vol. LVII, fascículo 211, Buenos Aires, 2002.

P Iuris 60 bien 47 25/11/05, 5:56 PM

proyección de esas líneas sobre la moral, el derecho y la política, para entonces si, abordar su posición frente al tema desarrollado en la Academia Católica de Baviera y efectuar luego una sintética crítica desde las mismas conclusiones habermasianas.

Desde una perspectiva legitimatoria, considera que la historia del derecho occidental recorre tres etapas bien definidas: iusnaturalismo clásico ya sea con fundamento cosmológico o sacro; iusnaturalismo racionalista y positivismo. Los dos primeros quedaron hundidos en el pasado al superarse la metafísica e imponerse la ilustración y el iluminismo. A su vez el positivismo es la expresión jurídico-política de la instrumentación de la razón con fines de dominio y utilitarios que pretendió autolegitimarse mediante la construcción de un subsistema autónomo de las restantes ciencias sociales, al estilo de la *Teoría pura* de Kelsen, pero que en los hechos no dió respuesta a los problemas de justicia que se plantean en las conflictuadas relaciones sociales de hoy día. A partir de este breve pantallazo histórico, Habermas considera que las notas dominantes en la sociedad contemporánea son el pluralismo y su complejidad sistémica, sin perjuicio de encontrarnos desde hace tiempo en una edad posmetafísica, por lo cual no hay retorno ni al iusnaturalismo, ni por lo dicho al positivismo.

Ante este panorama, Habermas propone restablecer la relación derecho – moral, ya que es el único camino de justificación por sobre las aspiraciones autoritarias del poder: *un derecho que queda totalmente al servicio del poder político pierde su fuerza legitimadora. Tan pronto como la vigencia del derecho pierde toda relación con la moral (y por tanto toda relación que vaya más allá de la decisión del legislador) con los aspectos de justicia se torna difusa la identidad del derecho mismo.*

Para Habermas la moral se refiere exclusivamente a las relaciones de justicia, o sea las relaciones intersubjetivas. La justificación del procedimiento reside en que las sociedades pluralistas han superado las éticas colectivamente vinculantes, ya que "la moral postradicional se basa sólo en la conciencia individual y por lo tanto no hay cabida para una apelación al derecho natural y a ideales totalizantes". En consecuencia, la única fuente de legitimidad la constituye el procedimiento democrático de producción del derecho. La fuerza legitimadora de este procedimiento deriva de que él "posibilita el libre flotar de temas y contribuciones, de informaciones y razones, asegurar a la formación política de la voluntad su carácter

P Iuris 60 bien 48 25/11/05, 5:56 PM

discursivo fundando con ello la sospecha falibilista de que los resultados obtenidos conforme al procedimiento sean más o menos racionales".

3. La respuesta de Habermas respecto al tema abordado en la Academia de Baviera: "Las bases prepolíticas del Estado liberal"[5]

Se ha descripto brevemente en el punto precedente los lineamiento fundamentales del pensamiento filosófico-político de Habermas con el objeto de lograr un mejor entendimiento de la respuesta que él desarrolla en la exposición bajo análisis, ya que la ambivalencia de muchos de sus argumentos puede conducir a equívocos o cuanto menos a una interpretación ambigua. En efecto, desde una perspectiva estrictamente "ilustrada" y "postmetafísica" en más de una oportunidad se refiere al aporte de la religión y de las tradiciones en la formación de la cultura occidental, específicamente en la modernidad. Sin embargo, la cuestión planteada en el punto primero, no se refiere simplemente al "aporte" religioso o al de una moral fundada en principios universales con el fin de mejorar la convivencia, sino si alguno o ambos de estos aportes son en realidad los verdaderos "soportes" *("bases prepolíticas")* del Derecho y del Estado. En consecuencia, lo que debe analizarse es la respuesta de Habermas a esta cuestión, en la que deben distinguirse dos niveles que describimos por separado, siendo de definitoria importancia el segundo.

3.1. la religiosidad y las tradiciones culturales aportan solidaridad a la sociedad civil

Con su peculiar estilo, en varios párrafos de esta exposición Habermas enfatiza la trascendencia de constitutivos sociales de cuño diferente al "procedimiento racional consensuado", tales como la "memoria histórica", la "solidaridad", el "trasfondo religioso", entre otros, que desglosamos en los siguientes puntos:

a) una de sus preocupaciones se encuentra expresada en el nivel sociológico que denomina "*motivacional",* cuestionándose si partiendo de la base de una legitimación autónoma fundada

[5] Todas las citas de J. Habermas corresponden al texto publicado en *La Nación* el 14/5/05, salvo expresa remisión a otra obra.

P Iuris 60 bien 49 25/11/05, 5:56 PM

solamente sobre el consenso o sea libre de presupuestos metafísicos, cosmológicos o religiosos, no faltaría algún elemento que amalgamara a los integrantes de la comunidad en una actitud superadora de un procedimiento formal, pues considera que los ordenamientos políticos contemporáneos dependen "de la solidaridad de sus ciudadanos, cuyas fuentes podrían secarse si se produjera una desencaminada secularización de la sociedad en conjunto." Para evitar esta consecuencia negativa propone "asumir la secularización como un doble proceso de aprendizaje que obligue tanto a las tradiciones de la Ilustración como la las doctrinas religiosas a reflexionar acerca de sus límites".

b) Habermas también reconoce el legado cultural transmitido históricamente pues "vemos que un trasfondo religioso común, una lengua común, y sobre todo la conciencia nacional recién despertada, fueron elementos importantes para el surgimiento de esa solidaridad ciudadana altamente abstracta". Sin perjuicio de ello agrega: "Pero mientras tanto, nuestras mentalidades republicanas se han disociado profundamente de ese tipo de anclajes prepolíticos". Por tanto, concluye que no encuentra objeciones en amalgamar la estructura abstracta de los principios constitucionales contemporáneos logrados por un procedimiento formal, con una memoria histórica, lo que constituye el llamado por Habermas "patriotismo constitucional".

c) Estima que los presupuestos procedimentales en los que descansa el estado contemporáneo padecen de peligros externos, entre los que menciona los que provienen de una "modernización descarrilada", o sea ajena a la sociedad en su conjunto entendida culturalmente, lo cual puede acarrear un aflojamiento en los lazos solidarios y transformar a sus miembros en "mónadas aisladas" que compiten mediante sus diversos derechos subjetivos. Esta consecuencia se hace evidente en la "dinámica de la economía mundial" y de una sociedad global que "aún carecen de un marco político adecuado desde el que pudieran ser controladas". En consecuencia, "para que los contenidos morales de los derechos fundamentales sean asumidos plenamente no basta un

P Iuris 60 bien 50 25/11/05, 5:56 PM

proceso cognitivo ya que entre los miembros de una comunidad política solo se produce una solidaridad si los principios de justicia logran penetrar e impregnar la trama más densa de orientaciones culturales concretas". Por ello la propia sociedad y la organización estatal deben tener especial respeto a las fuentes que alimentan la conciencia solidaria de los ciudadanos, pues de los contrario "el equilibrio conseguido en la modernidad entre los tres grandes medios de integración social (el dinero, el poder y la solidaridad) corre el riesgo de desmoronarse, porque los mercados y el poder administrativo expulsan cada vez mas la solidaridad; es decir, prescinden de coordinar la acción por medio de valores, normas y un empleo del lenguaje orientado a entenderse".

d) La religión deja de ser la hydra de múltiples cabezas que había que cortar de cuajo, de acuerdo a algunos ilustrados del siglo dieciocho, ni "el opio de los pueblos" pregonado por el marxismo. Habermas reconoce que "en las Sagradas Escrituras y en las tradiciones religiosas hay intuiciones sobre la culpa y la redención, sobre lo que puede ser una salida salvadora... En consecuencia en las comunidades religiosas permanece algo que en otros lugares no existe y que no puede realizarse por la vía científica o filosófica". "A partir de la asimetría de pretensiones epistémicas (la filosofía no puede pretender saber aquello que la religión se presenta sabiendo) se puede fundamentar la disposición de la filosofía al aprendizaje con respecto a la religión y no por razones funcionales, sino por razones de contenidos…Con esto quiero decir que la mutua compenetración de cristianismo y metafísica griega no sólo dio lugar a la configuración espiritual que cobró la dogmática teológica, no sólo dio lugar a una helenización del cristianismo –que no en todos los aspectos fue una bendición– sino que, por otro lado, fomentó también una apropiación de contenidos genuinamente cristianos por parte de la filosofía. La traducción de que el hombre es imagen de Dios, la idea de una igual dignidad de todos los hombres, que hay que respetar incondicionalmente, es una de esas traducciones salvadoras (que salva el contenido religioso traduciéndolo a filosofía)".

P Iuris 60 bien 51 25/11/05, 5:56 PM

3.2. Pero para Habermas el Estado liberal cubre su legitimación administrando recursos cognitivos independientes de las tradiciones religiosas y metafísicas. El procedimiento argumentativo es un método autosuficiente "carente de déficit que haya que rellenar mediante eticidad o normas prejurídicas"

Sin dejar de tener en cuenta la importancia de las reflexiones precedentes, que implican una apertura a compartir coincidencias desde perspectivas diferentes, respecto al meollo de la cuestión, la posición de Habermas expuesta en el punto segundo de este comentario permanece inalterada: el Estado tiene su justificación en los procedimientos racionalmente consensuados, y por lo tanto no se funda en otros parámetros, que si bien pueden ser instrumentalmente beneficiosos, en última instancia son ajenos a esa legitimación.

Habermas explícitamente funda su respuesta sobre la innecesidad de recurrir a *las bases prepolíticas del Estado (morales o religiosas)* mediante los siguientes argumentos:

a) Parte de su adhesión a lo que denomina "liberalismo político" en su versión "del republicanismo kantiano", que ofrece una justificación no religiosa y postmetafísica del Estado democrático constitucional. Iusfilosóficamente se remite al denominado "derecho racional" o racionalismo jurídico-político, que intenta encontrar una fundamentación normativa al margen de los presupuestos cosmológicos o religiosos asumidos por la filosofía griega y luego el cristianismo, agregando que si bien el origen de los denominados "derechos del hombre" se remonta a la escolástica, "los fundamentos legitimadores del poder estatal neutral proceden de fuentes profanas de la filosofía de los siglos XVII y XVIII". La justificación de esta teoría se apoya en dos premisas, la primera en que en el proceso democrático se realiza una creación legítima del derecho ya que cumple con las condiciones "de una formación inclusiva y discursiva de la opinión y de la voluntad fundadas el supuesto de una aceptabilidad racional de los resultados". En segundo lugar, resalta que la democracia y los derechos del hombre son las dimensiones normativas básicas que aparecen siempre entrelazadas desde el origen en nuestras constituciones las que tienen "por fuente a los mismos ciudadanos asociados y no la

P Iuris 60 bien 52 25/11/05, 5:56 PM

domesticación de un poder estatal ya existente, o sea un poder estatal "constituído" y no sólo constitucionalmente domesticado". A partir de esas premisas concluye que "si se concibe el proceso democrático como método para crear legitimidad a partir de la legalidad no surge ningún déficit de validez que hubiera que rellenar recurriendo a la eticidad o sea a normas prejurídicas".

b) Luego de manifestar que la "sociedad civil" (no la "sociedad política") se nutre de fuentes espontáneas y por tanto, prepolíticas, sostiene contundantemente que "de ello no se sigue que el Estado liberal sea incapaz de reproducir sus presupuestos motivacionales a partir de su propio potencial secular, no religioso". El verdadero y cardinal fundamento se encuentra según Habermas en que "el Estado de Derecho al desatar las libertades comunicativas moviliza también la participación de los ciudadanos en una disputa pública acerca de los temas que conciernen a todos en común. El lazo unificador, es el proceso democrático en si mismo, en el que, en última instancia, lo que queda a discusión es la comprensión correcta de la propia constitución".

c) Si bien rechaza tanto al positivismo al estilo de Kelsen o Luhmann, entiende que la legalidad puede legitimarse como lo sostuvo en *Facticidad y Validez,* mediante el proceso discursivo como método. En esta dirección afirma que debe recurrirse al modelo inspirado por Kant que implica una fundamentación autónoma del contrato que puede ser razonablemente asumido por todos los ciudadanos.

d) Frente a los que se preguntan si no sería precisamente la secularización europea el camino equivocado que necesitaba de una corrección y que en consecuencia sólo la orientación religiosa hacia un punto de referencia trascendente puede sacar del atolladero a una modernidad que se siente culpable", (recordándose así "al estado de ánimo de la República de Weimar, a Carl Schmitt, a Heidegger, a Leo Strauss"), responde que "es mas productivo no exagerar en términos de una crítica de la razón, sino quitarle dramatismo y tratarla como una mera cuestión empírica no resuelta". Por ello, para Habermas "la constitución del Estado liberal puede cubrir su necesidad de legitimación en términos autosuficientes, es decir administrando, en lo que argumentación se refiere, recursos cognitivos que son independientes de las tradiciones religiosas y metafísicas". "La naturaleza secular del Es-

P Iuris 60 bien 53 25/11/05, 5:56 PM

tado constitucional democrático no presenta pues ninguna debilidad interna inmanente al proceso político como tal que en sentido cognitivo o en sentido motivacional pusiese en peligro su autoestabilización".

4. Reflexiones sobre la teoría habermasiana y conclusión

Teniendo en cuenta la brevedad de este comentario, resumimos algunos de las observaciones que desde perspectivas diversas han sido dirigidas al "procedimiento imparcial que justifica las normas"[6] del cual se generan (¿o suponen?) "derechos fundamentales". Al desarrollar los elementos del discurso argumentativo, para Habermas "la condición para la verdad de los enunciados es el potencial asentimiento de todos los demás"; asimismo "la verdad de una proposición significa la promesa de alcanzar un consenso racional sobre lo dicho" y que "en una situación ideal de habla" son siempre los mejores argumentos los que prevalecen. Al respecto Belardinalli manifiesta que "tales supuestos, sin embargo, van más allá de los límites de una teoría consensual de la verdad, es más, diría que sólo son plausibles sobre la base de una determinada teoría de la verdad, precisamente aquella que podríamos llamar realista y que Habermas, sin embargo, intenta explícitamente de refutar. Y sólo desde una perspectiva de este tipo es posible y tiene sentido comprobar si "en realidad las cosas están exactamente como suponemos", es decir, determinar el valor de la verdad de un argumento, y evitar que quede abandonado a la simple capacidad de persuadir".[7]

Otro de los pilares de la construcción habermasiana se sustenta en que la *moral procedimental* carece de contenido material, ya que las normas son creadas según determinadas "formas" o "reglas de juego" y sus conclusiones derivan del consenso ciudadano. Sin embargo, aparecen varias contradicciones dado que al analizar las condiciones exigidas para brindar legitimidad al discurso, surgen elementos de una moral que excede a la formalidad, que exigen *comprometerse* con *sinceridad* al diálogo intersubjetivo y *asumir obligaciones* que implican la *aceptación* de las conclusiones que integran el consenso. Sin

[6] Conf. J. Habermas, *Escritos sobre moralidad y eticidad,* p. 161; idem *Facticidad y Validez*.

[7] Sergio Belardinalli, *Scienza e filosofía pratica. Saggio su Jürgen Habermas*, La Nottola, Urbino, 1983, p.82.

P Iuris 60 bien 54 25/11/05, 5:56 PM

perjuicio también que todo ello pone de manifiesto el ejercicio de la *libertad,* noción que supera lo fáctico. Asimismo, emerge otro interrogante: ¿estas "obligaciones" no suponen un contenido moral, cual es el de sujetarse al consenso? Y si esto es así, ¿no hay acaso o bien un retorno al formalismo kantiano (imperativo categórico) o bien a un principio moral previo al consenso derivado de una antropología ontológicamente fundada, concepciones ambas rechazadas por Habermas? Estos y tantos otros interrogantes, son demostrativos que el procedimiento es inoperante para alcanzar un acuerdo intersubjetivo, si previamente no está basado en un contenido normativo de la moral que no deriva del mismo procedimiento.

En cuanto a la presunta justificación de los derechos fundamentales en la teoría expuesta, Garcia Amado pone al descubierto que si por una parte se supone que existen contenidos normativos como la libertad, la igualdad, y otros derechos, que en cuanto presupuestos en el lenguaje, han sido válidos desde siempre, nos encontraríamos en una situación análoga al iusnaturalismo, pero por otro si negamos esa conclusión sosteniendo que sólo en un determinado momento histórico (edad moderna), se reconstruyen los postulados normativos como inmanentes a las instituciones que en esa época surgen por la comunicación lingüística, se introduce un peligroso elemento relativístico que aproximan a posiciones como la de Rorty, que Habermas rechaza terminantemente. La tensión habermasiana en la búsqueda de un punto medio entre cognitivismo e historicidad, acaba desembocando en una síntesis un tanto equivocada, pues siempre podemos preguntarnos que queda de esos derechos si de los mismos sólo caben lecturas históricas condicionadas por el contexto.[8]

4.1. Conclusiones

Frente al tema planteado en la Academia de Baviera, según Habermas la racionalidad procedimental es autosuficiente para justificar la normativa estatal, sin que sea necesario recurrir a otros premisas. Pero la forma en que la cuestión es encarada encierra un equivoco, ya que no se trata de una opción entre un *procedimiento racional fundado en el consenso* por una parte y *una normativa revelada a la que se*

[8] Juan Antonio Garcia Amado, *La Filosofia del Derecho en Habermas y Luhman*, Bogota, 1997.

P Iuris 60 bien 55 25/11/05, 5:56 PM

debe adhesión mediante la fe por otra, sino que primeramente hay que interrogarse si existe algún parámetro objetivo al que pueda accederse mediante el conocimiento natural y que sea el fundamento de las normas éticas y jurídicas. No dudamos en responder afirmativamente a esta cuestión[9] ya que la explicación procedimentalista no agota las respuestas filosóficas; por el contrario es un reduccionismo racionalista aplicado a lo sociológico, fiel expresión de la dialéctica en que quedó atrapada la modernidad desde el nominalismo.

En la parte primera de su exposición bajo el título "Justificación no religiosa, posmetafísica del Derecho", Habermas se refiere a que el pensamiento católico siempre ha asumido la existencia del *lumen naturale* o sea la luz natural, refiriéndose obviamente a la razón. Pero por su parte no comparte el significado clásico de esos términos, ya que su perspectiva es "posmetafísica" y por lo tanto no supera el limitado horizonte de la concepción moderna de la razón *(ratio)* como simple facultad discursiva.

Por el contrario, la *intelligentia* permite una visión en especial y para ello se torna necesario la "luz natural". *Intelligere* equivale también a "percibir" o "entender". Esta perspectiva de concebir el conocimiento obedece a otra percepción de la verdad, como adecuación a la objetividad, relación para la cual el ser humano está específicamente capacitado, pues como lo explica Palacios, "para que haya formalmente verdad es preciso que las cosas intuibles del mundo de la experiencia se vean, miren, divisen y columbren bañadas en *luz intelectual*, dotadas de relación al entendimiento".[10]

Sin perjuicio de sus diferencias, estas conclusiones son compartidas, en distintos niveles de intelección y origen, tanto por la teología como la filosofía, pero a la vez ambas abrevan en la misma fuente. Desde la primera, San Agustín, mediante la doctrina de la "iluminación" considera que lo que posibilita el conocimiento de lo inteligible es la irradiación divina o luz eterna de la razón, *lumen rationis aeterna*, que procede de Dios y por la cual se accede a la verdad. Por su parte para Santo Tomás, Dios participa al alma humana su luz intelectual conforme lo expresa el Salmo*: Señor, marcada está en nosotros la luz de tu*

[9] Estas reflexiones se limitan a la exposición de Habermas. Por ello me remito a la del Cardenal Ratzinger y al estudio del Dr. Daniel A.Herrera que se publica en este mismo número de *Prudentia Iuris.*

[10] Palacios Leopoldo Eulogio, *Filosofía del Saber*, Herder, Madrid, 1952, p.41.

P Iuris 60 bien 56 25/11/05, 5:56 PM

rostro (Suma Teológica, I, 79, 1 y 4). Pero muchos siglos antes la filosofía, con su diferencia epistemológica con relación a la teología y su diferencia cognitiva con respecto a la fe, había recorrido parecidos caminos. Según Platón, la idea de Bien, sol del mundo inteligible, ilumina el mundo sensible y mudable, sujeto a la opinión, permitiendo así el encuentro con *el ser* o sea la verdad (*Cratilo, La República*) y más explícitamente sostiene que todo lo que existe obedece a la participación de las realidades del mundo suprasensible al cual se asemeja (*Fedon).* Aristóteles, explica en la *Metafísica* que el Acto Puro (Dios) ejerce su causalidad final mediante la atracción e imitación y que el espíritu es un atributo divino *(Etica a Nicómaco*). La inteligencia por ser *"lumen"* puede discernir los principios del ser y del obrar humano, tanto individual como social (políticos y jurídicos)[11] que por integrar cada uno la misma especie, no son artificio ni de los individuos ni de la mudable voluntad de una comunicación intersubjetiva, ya que obedecen a los parámetros de una naturaleza común a todos.

Como lo expresa Leocata en el estudio ya mencionado, Habermas al rehuir los fundamentos últimos socava en cierto modo sus mismas raíces y de esta manera la razón queda suspendida en un devenir sin apoyo; por el contrario si superara el dogma antimetafísico de la Ilustración, la razón podría ser restituida a sus fuentes genuinas, conservando las mejores riquezas de la experiencia de la modernidad.[12]

Debe admitirse el esfuerzo de Habermas en reivindicar la racionalidad en épocas dominadas por el empirismo, emotivismo e irracionalismo, como también el reconocimiento del alto valor sociológico de la religión y su influencia en la filosofía occidental. Pero los argumentos sintetizados en los párrafos precedentes apuntan a la ausencia de justificación de su teoría al carecer de apoyatura ontológica y encerrarse en los limites de una razón intersubjetiva autoproductora de ideas.

[11] Desde una perspectiva católica, la política no tiene autonomía respecto a la moral, pues las exigencias éticas están radicadas en el ser humano y pertenecen a la ley natural (*Nota doctrinal sobre algunas cuestiones relativas al compromiso y la conducta de los católicos en la vida política*, Congregación para la Doctrina de la Fe, 24/11/02). Agrega este documento que no se puede negar que la política debe hacer también referencia a principios dotados de valor absoluto, precisamente porque están al servicio de la dignidad de la persona y del verdadero progreso humano.

[12] Conf. Francisco Leocata, S.D.B., op.cit.

P Iuris 60 bien 57 25/11/05, 5:56 PM

RAZÓN Y FE

Diálogo entre Habermas y Ratzinger
(Perspectivas político-jurídicas)

DANIEL ALEJANDRO HERRERA

Replica de Joseph Ratzinger[1]

La estatura intelectual y la investidura y dignidad del comentado me obliga a realizar algunas aclaraciones (de orden metodológicas) previas al contenido propio del comentario:

En primer lugar, el entonces Cardenal Prefecto de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe, hoy Papa, *es teólogo* (uno de los más importantes de los últimos tiempos), en cambio yo no. En consecuencia, como dice el subtítulo del presente ciclo me voy a centrar en las perspectivas político-jurídicas (insertadas dentro de una concepción filosófica práctica centrada en la ética) y no voy a entrar específicamente en cuestiones estrictamente teológicas para las que no estoy debidamente capacitado. Sin perjuicio, haré algunas necesarias referencias a la Teología, porque el autor comentado las hace dado que su perspectiva es esencialmente teológica, pero en este caso, las reflexiones no serán mías, sino que me limitaré a indicar y/o citar el pensamiento de nuestro autor y del magisterio de la Iglesia, especialmente de aquel en el cual ha participado como prefecto para la Doctrina de la Fe.

En segundo lugar, la intervención comentada se da como réplica en un debate que sostiene en la Academia Católica de Baviera con el filósofo contemporáneo, Jürgen Habermas (brillantemente comenta-

[1] Conferencia pronunciada el 7 de julio de 2005 en la Corporación de Abogados Católicos de Buenos Aires.

P Iuris 60 bien 59 25/11/05, 5:56 PM

do por el Dr. Eduardo Quintana en el artículo precedente), lo que hace necesario una referencia al planteo de aquel, en el marco de la cuestión de fondo que constituye el problema del diálogo entre la Razón y la Fe. Dentro de esta perspectiva, Habermas encarnaría a la Razón y Ratzinger a la Fe, aunque en este último, más bien correspondería decir a la Razón y a la Fe, que necesariamente van juntas, siendo complementarias, dado que ambas están ordenadas a la verdad que es una y cuyo fundamento último es Dios mismo, pues toda verdad, en última instancia procede de Dios y por tanto no puede haber auténtica contradicción entre lo que la razón conoce y lo que la fe revela. Esta es la perspectiva del Cardenal Ratzinger en concordancia con el magisterio de la Iglesia, explícitamente indicado sobre este tema en la encíclica *Fides et ratio.*

En tercer lugar, si bien el comentario se va a centrar sobre el *texto* de la conferencia dictada en la Academia Católica de Baviera, no se puede dejar de referirlo al *contexto* general de su vasto y riquísimo pensamiento teológico y filosófico, tanto personal como institucional desarrollado como prefecto de la Doctrina. Esto nos va a llevar por una parte del *texto* comentado al *contexto* general para insertar al primero en el marco del segundo y por otra parte, del *contexto al texto* a fin de interpretar debidamente cada una de las partes del mismo.

Habiendo realizado estas aclaraciones, voy a iniciar el presente comentario al que siguiendo la estructura del texto comentado podemos dividir en cuatro partes: 1) *Biografía;* 2) *Planteo de la cuestión;* 3) *Desarrollo de la respuesta;* 4) *Algunas conclusiones.*

1. Biografía

La conferencia que comentamos es presentada con una pequeña biografía sintetizada en el siguiente párrafo: “Nació en Marktl am Inn, diócesis de Passau, en abril de 1927. El actual papa Benedicto XVI fue ordenado sacerdote en 1951 y en 1953 completó su doctorado en teología, en la Universidad de Munich. Junto con su desarrollo teórico e intelectual, Ratzinger cumplió una larga carrera en el Vaticano, junto a Juan Pablo II. Fue Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, presidente de la Comisión Teológica Internacional y decano del Colegio Cardenalicio. Ratzinger es doctor honoris causa por las universidades de Lublin, Navarra y Lima, entre otras”.

P Iuris 60 bien 60 25/11/05, 5:56 PM

Por su parte, en otra oportunidad el propio Ratzinger se autopresenta como es de estilo cuando ingresa como miembro de la Academia Pontificia de las Ciencias el 13 de noviembre de 2000, lo que nos da algunas claves de su pensamiento: "Se pide a los nuevos académicos que se presenten. Señor presidente, estimados colegas, nací en 1927 en Marktl, en Baviera del Norte. Cursé mis estudios filosóficos y teológicos inmediatamente después de la guerra, desde 1946 a 1951. En este período, la formación teológica de la facultad de Munich estuvo esencialmente determinada por el movimiento bíblico, litúrgico y ecuménico del tiempo entre las dos Guerras Mundiales. El estudio bíblico fue fundamental y esencial en nuestra formación, y el método histórico-crítico ha sido siempre muy importante para mi propia formación y trabajo teológico.

En general, nuestra formación se orientó históricamente, y por eso, aunque mi área de especialidad fue la teología sistemática, mi disertación doctoral y mi trabajo postdoctoral presentaron argumentos históricos. Mi disertación doctoral se centró en la noción de pueblo de Dios de San Agustín; en este estudio, me fue posible observar como Agustín mantuvo diálogo con diversas formas de Platonismo, el Platonismo de Plotino por un lado y de Porfirio por el otro. (...) El vio la fe cristiana, no en continuidad con las religiones anteriores, sino mejor aun en continuidad con la filosofía, entendida como victoria de la razón sobre la superstición. (...) Mi trabajo postdoctoral se centró en San Buenaventura, un teólogo franciscano del siglo XIII. Descubrí un aspecto de la teología de Buenaventura no basado en la literatura previa, a saber, su relación con una nueva idea de historia concebida por Joaquín de Fiore en el siglo XII. Joaquín entendió la historia como una progresión desde un período del Padre (un tiempo difícil para los seres humanos bajo la ley), a un segundo período de la historia, el del Hijo (con más libertad, más franqueza, más fraternidad), a un tercer período de la historia, el período definitivo de la historia, el tiempo del Espíritu Santo. Según Joaquín éste debió ser un tiempo de reconciliación universal, de reconciliación entre el este y el oeste, entre cristianos y judíos, un tiempo sin ley (en el sentido paulino), un tiempo de verdadera fraternidad en el mundo. La interesante idea que descubrí fue que una significativa corriente entre los franciscanos estaba convencida de que San Francisco de Asís y la Orden Franciscana marcaron el principio de este tercer período de la historia, y fue su ambición actualizarlo; Buenaventura mantuvo un diálogo crítico con

P Iuris 60 bien 61 25/11/05, 5:56 PM

esta corriente. Tras finalizar mi trabajo postdoctoral me ofrecieron un cargo en la Universidad de Bonn para enseñar teología fundamental, y en este período la eclesología, la historia y la filosofía de la religión eran mis principales áreas de trabajo.

Desde 1962 a 1965 tuve la maravillosa oportunidad de estar presente en el Concilio Vaticano II como un experto; éste fue un tiempo muy grato de mi vida, en el cual me fue posible formar parte de esta reunión, no sólo entre obispos y teólogos, sino también entre continentes, distintas culturas, y distintas escuelas de pensamiento y de espiritualidad en la Iglesia

Luego acepté un cargo en la Universidad de Tubinga (Tubingen), con la intención de estar más cerca de la 'escuela de Tubinga', la cual hizo teología de una manera histórica y ecuménica. En 1968 se produjo una explosión sumamente violenta de teología marxista, y por eso cuando me ofrecieron un cargo en la nueva Universidad de Ratisbona, acepté no sólo porque pensé que sería interesante colaborar con el desarrollo de una nueva universidad, sino también porque mi hermano era el director del coro de la Capilla de la Catedral. Durante mi tiempo libre allí escribí un libro acerca de la escatología y un libro acerca de los principios de la teología, tales como el problema del método teológico, el problema de la relación entre la razón y la revelación, y entre la tradición y la revelación. La Biblia fue también un punto de principal interés para mí.

Cuando comenzaba a desarrollar mi propia visión teológica, en 1977 el Papa Pablo VI me nombró arzobispo de Munich, y por eso, al igual que el cardenal Martini, tuve que interrumpir mi trabajo teológico. En noviembre de 1981, el Santo padre, el Papa Juan Pablo II, me pidió que me desempeñara como Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe. El Prefecto de la Congregación es también el presidente de dos importantes comisiones, la Comisión Teológica Internacional y la Pontificia Comisión Bíblica".

Su vida posterior en la Curia Romana es por todos conocida, siendo artífice de importantísimos documentos doctrinales del magisterio de la Iglesia, como ser la Instrucción "*Donum Vitae"*sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*;* la Instrucción "*Libertatis Nuntius"* sobre algunos aspectos de la Teología de la Liberación*;* la Instrucción "*Libertatis Conscientia*" sobre libertad cristiana y liberación; y finalmente la Declaración "*Dominus Iesus*"

P Iuris 60 bien 62 25/11/05, 5:56 PM

sobre la unicidad y la universalidad salvífica de Jesucristo y de la Iglesia, entre otros numerosos e importantísimos documentos del magisterio eclesial.

Como él mismo dice, si bien su especialidad es la teología sistemática, su perspectiva teológica es específicamente histórica. O sea, de una *teología de la historia* (de la salvación) de evidente raíz agustiniana (y según algunos, de inspiración baltasariana). En efecto su reflexión teológica va desde el mismo misterio de Dios (en su unidad trinitaria) y la Creación, hasta la cristología, la eclesiología y el ecumenismo.

2. Planteo de la cuestión

Como decía el Dr. Quintana, la cuestión tal como fuera presentada por Habermas tenía dos aspectos: 1) *cognitivo;* 2) *motivacional.* Dice Habermas*:* "En el *aspecto cognitivo*, la duda se refiere a la cuestión de si, después de la completa positivación del Derecho, la estructuración del poder político sigue admitiendo una justificación o legitimación secular, es decir, no religiosa sino posmetafísica. Pero aun en el caso de que se acepte esa clase de legitimación, en el *aspecto motivacional* se mantiene la duda de si es posible estabilizar a una colectividad de cosmovisión pluralista desde lo normativo (es decir, más allá de un mero modus vivendi) sobre la base de un consenso de fondo que no pasaría de ser, en el mejor de los casos, un consenso meramente formal, limitado a procedimientos y principios".

Por su parte, Ratzinger antes de abordar la cuestión de fondo señala dos factores relacionados con la misma, por un lado la formación de una sociedad global*,* donde los distintos poderes políticos, económicos y culturales son cada vez más interdependientes y por otro lado, el desarrollo de las posibilidades humanas tanto para crear, como para destruir, que plantea el problema del control ético y jurídico del poder.

Respecto al primer factor, cita el proyecto de *ética global* de Hans Küng (criticado especialmente por Robert Spaemann), que pretende superar la ruptura de las certezas éticas que se ha producido en el encuentro y la interpenetración de las culturas, dado la indiscutible modificación fundamental de la imagen del mundo y el ser humano a consecuencia del incremento del conocimiento científico.

P Iuris 60 bien 63 25/11/05, 5:56 PM

Por su parte, sobre el segundo factor señala el peligro de que el hombre actual es capaz de destruirse a si mismo y al planeta a través de una guerra nuclear, evitada por la limitación reciproca del poder y el temor por la propia supervivencia. Poder de destrucción que actualmente se expresa por el fenómeno del terrorismo internacional, (muchas veces unido al fanatismo religioso), que puede golpear eficazmente en cualquier momento y lugar.

También agrega: "En los últimos tiempos, ha pasado a primer plano otra forma de poder que, en principio, aparenta ser de naturaleza plenamente benéfica y digna de todo aplauso, pero que en realidad puede convertirse en una nueva forma de amenaza contra el ser humano. Hoy, el hombre es capaz de crear hombres, de fabricarlos en una probeta, por así decirlo. El ser humano se convierte así en producto, y con ello se invierte radicalmente la relación del ser humano consigo mismo. Ya no es un regalo de la naturaleza o del Dios creador: es un producto de sí mismo. El hombre ha penetrado en el sancta sanctorum del poder, ha descendido al manantial de su propia existencia. La tentación de intentar construir ahora, por fin, el ser humano correcto, de experimentar con seres humanos, y la tentación de ver al ser humano como un desecho y en consecuencia quitarlo de en medio no es ninguna creación fantasiosa de moralistas enemigos del progreso".

Tanto el cambio de la imagen del mundo y del hombre, como el problema del incremento del poder, especialmente científico y tecnológico, que coloca el problema crucial del hombre actual en su control ético y jurídico, es un planteo típico del también alemán Romano Guardini (aunque no lo nombre): "Mientras el poder sigue creciendo y alcanza una forma definitiva (en la medida en que es posible decir esto con respecto a condiciones históricas), la conciencia percibe al mismo tiempo este carácter como un peligro y el dominio del poder mismo aparece entonces como el núcleo del sentido de la futura imagen del mundo" (Romano Guardini, *El poder,* cap. IV, "La nueva imagen del mundo y del hombre", Madrid, 1977, p. 73).

Al que sí cita (en la misma línea) reiteradamente en otras partes de su vasta obra, es al escritor inglés C.S. Lewis, especialmente en su conocida obra *La abolición del hombre,* donde dice: "La conquista de la Naturaleza por el dominio de unos pocos cientos de hombres sobre billones y billones (...) Cada nuevo poder ganado por el hombre es también un poder sobre el hombre (...) No estoy aún considerando sí el re-

P Iuris 60 bien 64 25/11/05, 5:56 PM

sultado de tales ambivalentes victoria es cosa buena o mala. Solo expongo lo que en verdad significa la conquista de la Naturaleza por el hombre y especialmente su estadio final, tal vez no muy distante. El estadio final llega cuando el hombre mediante la eugenesia, condicionamiento pre-natal y una educación y propaganda basada en la Psicología aplicada, ha obtenido el control de sí mismo. La llamada naturaleza humana será la última parte de la Naturaleza en rendirse al hombre. Entonces estará ganada la batalla. Habremos arrebatado la hebra de la vida y seremos en adelante libres para hacer de nuestra especie lo que queramos. La batalla estará ganada. ¿Pero quien, precisamente, la habrá ganado?" (C.S. Lewis, *La abolición del hombre,* traducción, prólogo y notas de Jorge N. Ferro, FADES Ediciones, Buenos Aires, 1983).

Al respecto agrega nuestro autor en *Iglesia y modernidad*: "*La 'abolición del hombre'* (tomando la expresión de Lewis)*, que es consecuencia de atribuir carácter absoluto a un solo modo de conocimiento, constituye al mismo tiempo la evidente falsificación de esta visión del mundo*" (Joseph Ratzinger, *Iglesia y modernidad*, Buenos Aires, 1992, Ediciones Paulinas, pág. 29).

En el mismo sentido señala el n° 2 de la "*Donum Vitae*": "La investigación científica fundamental y aplicada, constituye la expresión significativa del señorío del hombre sobre la creación. Preciosos recursos del hombre cuando se ponen a su servicio y promueven su desarrollo integral en beneficio de todos, la ciencia y la técnica no pueden indicar por sí solas el sentido de la existencia y del progreso humano. Por estar ordenadas al hombre, en el que tienen su origen y su incremento, reciben de la persona y de sus valores morales la dirección de su finalidad y la consecuencia de sus límites. Sería por ello ilusorio reivindicar la neutralidad moral de la investigación científica y de sus aplicaciones. Por otra parte, los criterios orientadores no se pueden tomar ni de la simple eficacia técnica, ni de la utilidad que pueden reportar a unos a costa de otros, ni, peor todavía, de las ideologías dominantes. A causa de su mismo significado intrínseco, la ciencia y la técnica exigen el respeto incondicionado de los criterios fundamentales de la moralidad: deben estar al servicio de la persona humana, de sus derechos inalienables y de su bien verdadero e integral según el plan y la voluntad de Dios. El rápido desarrollo de los descubrimientos tecnológicos exige que el respeto de los criterios recordados sea todavía más urgente; *la ciencia sin la conciencia no conduce sino a la ruina del hombre*".

P Iuris 60 bien 65 25/11/05, 5:56 PM

En última instancia, afirma que es la perenne cuestión sobre el bien y el mal, sobre la existencia de cosas que siempre son buenas y justas y otras que nunca pueden ser buenas y justas, pues, por su naturaleza son irremediablemente malas e injustas (como matar al inocente) y por tanto no pueden estar sujetas a ningún tipo de consenso o decisión mayoritaria.

Por eso, luego de todas estas precisiones, el cardenal propone un nuevo planteo de la cuestión: "En este punto se plantea de nuevo la cuestión de cómo, en una sociedad global con sus mecanismos de poder y con sus fuerzas desencadenadas, así como con sus diferentes puntos de vista acerca del derecho y la moral, es posible encontrar una evidencia eficaz con suficiente capacidad de motivación y autoridad para dar respuesta a los desafíos que he apuntado y ayudar a superarlos".

3. Desarrollo de la cuestión: Los fundamentos del derecho y la interculturalidad

En definitiva, frente al planteo y sobre todo a la respuesta posmetafísica o más bien antimetafísica de Habermas, exponente y defensor de la razón iluminista de la modernidad como fundamento ético y jurídico-político de la sociedad secular pluralista, Ratzinger (en la conferencia y en el resto de su obra) contrapone un planteo y una respuesta claramente metafísica y trascendente que encuentra su expresión natural en la esencia misma del hombre (en su naturaleza) y su fundamento último en Dios como su creador (y redentor).

En primer lugar, indica que ya la antigua Grecia tuvo su propia ilustración (el iluminismo no sería un invento moderno), expresada por la sofistica, que rompe con el vinculo del orden político con lo divino, de la physys con el nomos, coronando el individualismo y el subjetivismo radical del *homo mensura* de Protagoras, del hombre como medida de todas las cosas. Contra esta posición surgió el rescate de la verdad y la filosofía realizado por los clásicos (especialmente Sócrates, Platón y Aristóteles, aunque no los nombra), que señalan que "frente al derecho positivo, que podía ser injusto, debía existir un derecho que surgiera de la naturaleza, de la esencia del hombre y que había que encontrarlo y usarlo para corregir los defectos del derecho positivo". Así frente al homo mensura de Protagoras se opone el Dios mensura de Platón, aunque sea todavía impersonal (a diferencia del

P Iuris 60 bien 66 25/11/05, 5:56 PM

Dios Judeocristiano) y no alcance a trascender los límites del cosmos que en toda la concepción antigua precristiana es de una u otra manera divinizado.

Volviendo a la modernidad (el tema y la época de la que más se ocupa), Ratzinger señala que en sus comienzos se produjo una doble fractura: 1) *El descubrimiento de América,* que extendió las fronteras del mundo europeo-cristiano hacia el nuevo mundo; 2) *El cisma* producido en el corazón de Europa por la reforma protestante, que produjo no solo la ruptura de la unidad religiosa de la cristiandad, sino también de la unidad política del continente.

Frente al primer caso, expone la respuesta de Francisco de Vitoria (y en él, de toda la segunda escolástica o escolástica española) que reflota la idea de *ius gentium* (literalmente, derecho de los pueblos), como una concepción del derecho previa a la concreción cristiana del mismo y que debe regular la correcta relación entre todos los pueblos (por eso a Vitoria se lo considera uno de los padres del moderno Derecho Internacional). En efecto, Vitoria indica que por encima del estado existe un orden, fundado en la naturaleza racional y social del hombre, que él llama *orbe* y que lo concibe como una familia de pueblos, en la que todos participan de la común naturaleza humana, sin perjuicio de reconocer a Dios Creador como fundamento último de todo el orden natural.

Frente al segundo caso que dividió a la comunidad cristiana y a Europa en dos: *la Europa católica y la Europa protestante*, enfrentadas incluso en forma armada (hasta que a mediados del siglo XVII con la Paz de Wetsfalia se alcanza una especie de tolerancia religiosa y convivencia pacifica), dice Ratzinger: "De nuevo fue necesario desarrollar una noción del Derecho previa al dogma, o por lo menos una base jurídica mínima cuyos fundamentos no podían estar en la fe, sino en la naturaleza, en la razón del hombre. Hugo Grotius, Samuel Von Puffendord y otros desarrollaron la idea del derecho natural como una ley basada en la razón, que otorga a esta la condición de órgano de construcción común del Derecho, más allá de las fronteras entre confesiones".

Aquí nos encontramos con otra variante del iusnaturalismo, como es la escuela moderna del Derecho Natural, de cuño racionalista (cartesiana), fundada por Grocio (otro de los padres del Derecho Internacional moderno) y continuada por Puffendorf y Wolff entre otros. Escuela que constituye el epicentro de la moderna ciencia del Dere-

P Iuris 60 bien 67 25/11/05, 5:56 PM

cho natural. La misma está basada en dos ideas: 1) La hipótesis "etiamsi daremus" de Grocio; 2) La construcción de un sistema de derecho natural.

La primera se refiere a la hipótesis de Grocio de que el derecho natural existiría aún en el supuesto de que Dios no exista o no se ocupe de los negocios humanos (*etiamsi daremus non esse Deum, aut non curari ab eo negotia humana*). Ahora bien, la originalidad de Grocio no es el planteo de la hipótesis sino su respuesta a la misma. La hipótesis como tal ya había sido planteada por algunos autores de la Escolástica decadente de los siglos XIV y XV (como Gregorio Novelli de Rimini y Gabriel Vázquez) y en los más importantes autores de la Segunda Escolástica española (Vitoria, Soto, Molina y Suárez) pero siempre había sido calificada como *falsa* (porque Dios existe) e *imposible* (porque todo orden e incluso la propia razón humana es –y sólo puede ser– reflejo de la razón divina).

Lo nuevo a partir de Grocio es que si bien se siguió considerando a la hipótesis falsa (Grocio era protestante y por tanto creyente), ya no se la tenía por imposible. Como dice Hervada: "lo nuevo reside en que Grocio no establece ninguna relación de ejemplaridad causal –analogía y participación– entre la naturaleza divina y la naturaleza humana, entre la razón de Dios y la razón del hombre (...) Ciertamente Dios quiso libremente –al crear libremente al hombre– que de la naturaleza humana fluyesen esos principios, pero esos principios no aparecen como reflejo –analogados– de la razón ni de la naturaleza de Dios; por lo tanto, la naturaleza humana aunque no aparece desvinculada de Dios, aparece positivamente desvinculable de Dios. Roto el principio de ejemplaridad y analogía –el principio de participación–, no se establece un nexo de necesidad ontológica entre Dios y la naturaleza humana. En consecuencia, la hipótesis etiamsi daremus ya no se considera imposible, sino falsa, pues la naturaleza humana no es participación y reflejo de la naturaleza de Dios (dígase lo mismo de la razón), resulta ser no sólo imaginable, sino incluso plenamente inteligible en la hipótesis si Deus non esset (...) El resultado es una concepción del derecho natural, en la que éste aparece como plenamente inteligible, en sí y en sus fundamentos, sin referencia necesaria –ontológicamente necesaria– a Dios" (Javier Hervada, *Escritos sobre Derecho Natural*, Pamplona, Eunsa, pág. 445).

De esta manera, estaban sentadas las bases de un derecho natural puramente terrenal y de la autonomía de la razón humana, pues

P Iuris 60 bien 68 25/11/05, 5:56 PM

sin la *analogía entis* por la cual el derecho (ley) natural es un analogado de su analogante, Dios (Ley eterna), que el derecho natural sea o no un mandato de Dios se transforma en un hecho, no en una necesidad ontológica.

Paradójicamente el que confirma la imposibilidad de la hipótesis (contrariamente a lo afirmado por Grocio) es Sartre que por la vía de la negación, afirma que no hay esencia, ni naturaleza humana, porque no existe Dios para concebirla (Cfr. *El existencialismo es un humanismo,* Buenos Aires, Ediciones del 80, p. 16), en el mismo sentido Dostoieewsky en *Los hermanos Karamasov* dice*:* "Todo está permitido si Dios no existe". Y esto es verdad, pero también es verdad (como dice Santo Tomás), que Dios existe, o más bien *ES,* luego hay esencia, hay naturaleza, hay verdad y hay ley.

La segunda idea es la construcción de un sistema completo y cerrado de derecho natural, que partiendo de los principios claros y distintos de la naturaleza racional del hombre y por aplicación de un método puramente deductivo (matemático) podamos racionalmente (o mejor dicho racionalisticamente) regular todas las consecuencias, desde lo más general a lo más particular, de una vez y para siempre, cristalizando el derecho y el orden natural en una inmutabilidad que no existe solamente en un núcleo de principios (como era el caso del iusnaturalismo clásico y escolástico, que después tiene que completarse y complementarse con un sin fin de determinaciones prudenciales tanto generales como particulares que constituyen el derecho positivo y a través de las cuales todo el derecho adquiere historicidad y vigencia), sino que se extiende a todo el sistema normativo derivado deductivamente y que el derecho positivo solo tiene que copiar. Es la coronación de una ciencia exacta del derecho natural, que tiene su inicio en Grocio y su culminación en Wolff que pretendió construir el sistema en su versión más acabada.

Contra esta noción de derecho natural arremete nuestro autor: "el derecho natural ha dejado de ser una herramienta fiable, de modo que en este diálogo renunciaré a basarme en él. La idea del derecho natural presuponía un concepto de naturaleza en el que naturaleza y razón se daban la mano y la naturaleza misma era racional. Pero esta visión ha entrado en crisis con el triunfo de la teoría de la evolución. La naturaleza como tal, se nos dice, no es racional, aunque existan en ella comportamientos racionales: ése es el diagnóstico evolucionista, que hoy en día parece poco menos que indiscutible".

P Iuris 60 bien 69 25/11/05, 5:56 PM

Como contrapartida, –señala– en la modernidad aparece un nuevo elemento, la teoría científica de la evolución. Respecto al evolucionismo dijo S.S. Juan Pablo II el 22/10/96 en un mensaje a los miembros de la Academia Pontificia de Ciencias: "la encíclica Humani Generis consideraba la doctrina del *'evolucionismo'* como una hipótesis sería, digna de una investigación y de una reflexión profundas (...) Hoy, casi medio siglo después de la publicación de la encíclica, nuevos conocimientos llevan a pensar que la teoría de la evolución es más que una hipótesis. En efecto, es notable que esta teoría se haya impuesto paulatinamente al espíritu de los investigadores, a causa de una serie de descubrimientos hechos en diversas disciplinas del saber. La convergencia, de ningún modo buscada o provocada, de los resultados de trabajos realizados independiente unos de otros, constituye de suyo un argumento significativo a favor de esa teoría(...)más que de la teoría de la evolución conviene hablar de las teorías de la evolución. Esta pluralidad afecta, por una parte, a la diversidad de las explicaciones que se han propuesto con respecto al mecanismo de la evolución y, por otra, a las diversas filosofías a las que se refiere. Existen también lecturas materialistas y reduccionistas al igual que lecturas espiritualistas. Aquí el juicio compete propiamente a la filosofía y luego a la Teología (...) las teorías de la evolución que en función de las filosofías en las que se inspiran, consideran que el espíritu surge de las fuerzas de la materia viva o que se trata de un simple epifenómeno de esta materia, son incompatibles con la verdad sobre el hombre".

En consecuencia, no puede oponerse *per se* creación y evolución. Corresponde sí discernir dentro del evolucionismo aquellas teorías materialistas para las cuales el alma humana es un fenómeno culminante de la evolución de la materia (Monod, ¿Teilhard de Chardin?) y no creada directamente por Dios en cada hombre (Pío XII), de aquellas teorías espiritualistas que sí resguardan el origen causal divino del proceso evolutivo (dependencia radical de la creatura respecto al Creador) y la intervención directa de Dios en la creación del alma humana. Por eso, la verdadera oposición no es entre creacionismo y evolucionismo, pues se trata de niveles epistemológicos distintos (Teológico y metafísico el primero, científico el segundo), sino entre creación y eternidad del mundo en el plano teológico y metafísico por un lado y entre evolucionismo y fijismo (los seres naturales siempre han sido como son hoy) en el plano científico por el otro.

P Iuris 60 bien 70 25/11/05, 5:56 PM

Así lo entiende el propio Ratzinger: "No podemos decir: Creación o Evolución; la manera correcta de plantear el problema debe ser: Creación y Evolución, pues ambas responden a preguntas distintas. La historia del barro y del aliento de Dios, que hemos oído antes, no nos cuenta cómo se origina el hombre. Nos relata que es él, su origen más íntimo, nos clarifica el proyecto que hay detrás de él. Y a la inversa, la teoría de la evolución trata de conocer y describir períodos biológicos. Pero con ello no puede aclarar el origen del 'proyecto' hombre, su origen íntimo ni su propia esencia. Nos encontramos, pues ante dos preguntas que en la misma medida se complementan y que no se excluyen mutuamente" (Joseph Ratzinger, *Creación y pecado*, Pamplona, 1992, Eunsa, p. 75).

Así llegamos al nudo del problema, que es la noción misma de naturaleza, tanto la que se maneja en la actualidad que la reduce a la de las ciencias naturales que estudian las leyes evolutivas de los seres y fenómenos naturales por un lado, como la que manejan las distintas doctrinas iusnaturalistas por otro.

La primera reduce la noción de naturaleza a lo empírico-fenoménico, no distinguiendo entre leyes de la naturaleza (físicas, biológicas, químicas, etc.) y ley natural (moral), y aquí está el problema. Como señala Juan Pablo II en *Veritatis Splendor*: "En este contexto han surgido las objeciones de *fiscismo y naturalismo* contra la concepción tradicional de la ley natural. Esta presentaría como leyes morales las que en sí mismas serían sólo leyes biológicas. Así, muy superficialmente se atribuiría a algunos comportamientos humanos un carácter permanente e inmutable, y en base al mismo, se pretendería formular normas morales universalmente válidas (*Veritatis Splendor,* 47). Tal sería la falacia denunciada por Hume (que cae en este reduccionismo), que consistiría en el paso indebido de proposiciones descriptivas en el orden fenoménico, a proposiciones prescriptivas en el orden moral, muchas veces mal llamada "*falacia naturalista*" (nombre que lleva la supuesta falacia de las éticas naturales denunciada por Moore y basada en la imposibilidad de definir el bien).

Por eso señala nuestro autor que (conforme esta concepción reduccionista de la naturaleza) de las distintas dimensiones del concepto de naturaleza en que se fundamentó el derecho natural (teleológica, racional), solo permanece la de Ulpiano (biológica) común a todos los animales incluido el hombre, pero esta idea no basta para nuestra indagación, en la que no se trata lo que afecta a todos los animales,

P Iuris 60 bien 71 25/11/05, 5:56 PM

sino a cuestiones que corresponden específicamente al hombre. En otra parte dice: "La naturaleza, como ya se ha dicho, no solo tiene leyes evolutivas como las que estudian las ciencias naturales, sino que lleva en su seno un mensaje más profundo. Nos proporciona orientación. Y cuando la Iglesia habla de ley natural, no se refiere a leyes en sentido científico, sino a la indicación interna que nos ilumina desde la creación" (Joseph Ratzinger, *Dios y el mundo*, Buenos Aires 2005, Sudamericana, p. 154).

Por eso, de la noción de naturaleza (humana), *natura hominis,* en que se fundan las distintas doctrinas del derecho natural, ya hemos visto que la moderna noción racionalista de una razón autosuficiente y autónoma no es sostenible. Tampoco lo son las distintas concepciones individualistas del estado de naturaleza, *homo in natura.* Pero también serían insuficientes (más allá de la verdad que contienen por fundarse en la realidad), la concepción iusnaturalista romana (ya nos hemos referido a la de Ulpiano), y la propia de Aristóteles, que es verdadera en cuanto concibe a la naturaleza como la esencia misma como principio de operación en orden a su fin o entelequia (*operari sequitur esse*), pero como dice Gómez Robledo carece de un fundamento último absoluto, por faltarle la noción de creación y por tanto de participación (ejemplarismo trascendente) en el ser y en el conocer que sí aparece en el iusnaturalismo cristiano, tanto en San Agustín, como específicamente en Santo Tomás. Aún sin alcanzar la meta final al no poder romper la caparazón del propio cosmos, en este punto estuvo más cerca Platón con su doctrina de la participación de los modelos arquetípicos por un lado y Cicerón con la noción de ley natural de raíz estoica, por el otro, que en el caso de ésta última será purificada de sus elementos panteistas por San Pablo en la epístola a los Romanos y por la patristica (especialmente San Agustín) y la escolástica (sobre todo Santo Tomás). En la nota 3 Ratzinger deja a salvo tanto la noción tomista con las tres dimensiones (dinámica del ser, común a los animales y específica humana), como a la cita del decreto de Graciano: "el género humano se rige por dos cosas, a saber, el derecho natural y las costumbres. Derecho natural es el que se contiene en la ley y el Evangelio, por el que se manda a cada cual no hacer a otro sino lo que quiere que se le haga a él, y se le prohíbe infligir a otro aquello que no quiere que se le haga a él".

Respecto de la veracidad de la concepción escolástica, en otra parte dice: "La principal corriente de la Escolástica expresó los dos

P Iuris 60 bien 72 25/11/05, 5:56 PM

planos de la conciencia mediante los conceptos sindéresis y conscientia. La palabra sindéresis (synteresis) procede de la doctrina estoica del microcosmos y es recogida por la tradición medieval de la conciencia. Su significado exacto sigue siendo confuso, y por eso se convirtió en un obstáculo para el desarrollo esmerado de este plano esencial del problema global de la conciencia. Por eso quisiera, sin embarcarme en una disputa sobre la historia de las ideas, sustituir esta palabra problemática por el más claro concepto platónico de *anamnesis,* que no sólo es lingüísticamente más claro y filosóficamente más puro y profundo, sino que, además, está en armonía con motivos esenciales del pensamiento bíblico y con la antropología desarrollada a partir de la Biblia. Con la palabra anamnesis expresamos aquí exactamente lo que dice San Pablo en el segundo capítulo de la Epístola a los Romanos: 'En verdad, cuando los gentiles, guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia' (2,14-15) ...Eso significa que el primer estrato, que podemos llamar ontológico, del fenómeno de la conciencia consiste en que en nosotros se ha insertado algo así como un recuerdo primordial de lo bueno y de lo verdadero (ambos son idénticos), en que existe una íntima tendencia ontológica del ser creado a imagen de Dios a promover lo conveniente a Dios. Su mismo ser está desde su origen en armonía con unas cosas y en contradicción con otras" (Joseph Ratzinger, *Verdad, Valores, Poder*, pp. 65 a 72).

Ahora bien, hechas estas aclaraciones tanto respecto a la noción moderna que reduce el concepto de naturaleza al de leyes naturales, excluyendo a la ley natural y el concepto clásico que como vimos lo identifica con la esencia como principio operativo en orden al fin, que el hombre por su naturaleza racional puede conocer a través del hábito natural (sindéresis-anamnesis) y expresarlo formalmente en una ley moral natural. Finalmente dice Ratzinger: "El último elemento que queda en pie del derecho natural (que en lo más hondo pretendía ser un derecho racional, por lo menos en la modernidad) son los derechos humanos, los cuales no son comprensibles si no se acepta previamente que el hombre por sí mismo, simplemente por su pertenencia a la especie humana, es sujeto de derechos, y su existencia misma es portadora de valores y normas, que pueden encontrarse, pero no inventarse. Quizás hoy en día la doctrina de los derechos

P Iuris 60 bien 73 25/11/05, 5:56 PM

humanos debería complementarse con una doctrina de los deberes humanos y los límites del hombre".

En otra parte de la conferencia agrega: "La era contemporánea ha formulado, en las diferentes declaraciones de los derechos humanos, un repertorio de elementos normativos de ese tipo y los ha sustraído al juego de las mayorías. La conciencia de nuestros días puede muy bien darse por satisfecha con la evidencia interna de esos valores. Pero esa clase de autolimitación de la indagación también tiene carácter filosófico. Existen, pues, valores que se sustentan por sí mismos, que tienen su origen en la esencia del ser humano y que por tanto son intocables para todos los poseedores de esa esencia".

Como vemos, cuando habla de especie humana o de esencia del ser humano se está refiriendo al concepto clásico de naturaleza, como aquella ley (moral) que el hombre descubre (en su propio ser ontológico) pero no inventa. Por otra parte cuando habla del hombre como sujeto de derechos y deberes, se está refiriendo a la persona humana como supositum, sustancia o subsistencia individual de esa naturaleza (*esencia*) racional.

En otras palabras, por una parte, el sujeto y fundamento inmediato del derecho y del orden moral y político es el hombre, es la persona humana, con su naturaleza y dignidad, que conoce y expresa a través de la ley natural moral, en la que se fundan tanto sus derechos como sus deberes fundamentales. "La ley moral natural evidencia y prescribe las finalidades, los derechos y los deberes, fundamentados en la naturaleza corporal y espiritual de la persona humana. Esta ley no puede entenderse como una normatividad simplemente biológica, sino que debe ser concebida como el orden racional por el que el hombre es llamado por el Creador a dirigir y regular su vida y sus actos y más concretamente a usar y disponer del propio cuerpo" (*Donum Vitae,* Introd., 3).

De la misma manera sostiene Juan Pablo II en *Veritatis Splendor*: "El verdadero significado de la ley natural, la cual se refiere a la naturaleza propia y originaria del hombre, a la 'naturaleza de la persona humana', que es la persona misma en la unidad de alma y cuerpo, en la unidad de sus inclinaciones de orden espiritual y biológico, así como de todas las demás características específicas, necesarias para alcanzar su fin" (*Veritatis Splendor, 50).*

En lo que respecta a este último aspecto (uso y disposición del propio cuerpo) es necesario un legítimo diálogo con las ciencias posi-

P Iuris 60 bien 74 25/11/05, 5:56 PM

tivas (física, biología, genética, etc.) para conocer los secretos del organismo humano, que no es una cosa, sino que es el hombre mismo (no podemos escindir el cuerpo del alma, por eso de alguna manera el hombre es su cuerpo y es cuerpo en tanto tiene su forma que es el alma), como ser vivo o animado, pero "me parece evidente –dice Ratzinger– que la ciencia como tal no puede generar una ética y que por lo tanto, no puede obtenerse una conciencia ética renovada como producto de los debates científicos".

Es necesario que por encima de la visión científica positiva, exista una concepción ética fundada en una verdadera concepción antropológica y metafísica del hombre como unidad substancial de cuerpo y alma, cuerpo animado y alma incorporada*:* "Cada persona humana, en su irrepetible singularidad, no está constituida solamente por el espíritu, sino también por el cuerpo, y por eso en el cuerpo y a través del cuerpo se alcanza a la persona misma en su realidad concreta. Respetar la dignidad del hombre comporta, por consiguiente, salvaguardar esa identidad del hombre *corpore et anima unus,* como confirma el Concilio Vaticano II *(Const. Gaudium et Spes, 14,1)*. Desde esta vision antropológica se deben encontrar los criterios fundamentales de decisión, cuando se trata de procedimientos no estrictamente terapéuticos, como son, por ejemplo, los que miran a la mejora de la condición biológica humana" (Juan Pablo II, *Discurso a los participantes en la 35° Asamblea General de la Asociación médica Mundial,* del 29 de octubre de 1983, AAS76 -1984-, 393, transcripto en *Donum Vitae,* Introd. 3).

Por otra parte, el fundamento último no sólo del orden moral, político y jurídico, sino del hombre mismo, de su naturaleza, de su ley natural y de su dignidad, es Dios como creador. Al respecto dice Ratzinger: "La naturaleza, efectivamente, no es –como lo afirma un cientificismo totalizante– una obra del azar y de las reglas de su juego, sino una creación. En ella se expresa el *Creator Spiritus* (el 'Espirítu creador'). Por eso, no existen solamente leyes naturales en el sentido de dinamismos psico-físicos: la ley natural verdadera y propiamente dicha es al mismo tiempo (también) ley moral. La creación misma nos enseña como podemos ser hombres de la manera que corresponde" (Joseph Ratzinger, *Iglesia y modernidad*, op. cit., p. 32).

Por eso, habiendo afirmado la existencia y posibilidad de conocimiento de la ley natural, como fundamento de los derechos y deberes

P Iuris 60 bien 75 25/11/05, 5:56 PM

de la persona humana, y que como tal se encuentra al alcance de todos los hombres, en todas las culturas, en tanto sean abiertos a la propia realidad del hombre mismo, a su naturaleza y dignidad; ahora se presenta el problema de su reconocimiento (que no es lo mismo), "sobre todo teniendo en cuenta que hoy en día esa evidencia no está reconocida ni mucho menos en todas las culturas.".

En efecto –continúa Ratzinger– "Antes de tratar de llegar a alguna conclusión, quisiera transitar brevemente por la senda en la que acabo de adentrarme. A mi entender, hoy la interculturalidad es una dimensión imprescindible de la discusión en torno de cuestiones fundamentales de la naturaleza humana, que no puede dirimirse únicamente dentro del cristianismo ni de la tradición racionalista occidental. Es cierto que ambos se consideran, desde su propia perspectiva, fenómenos universales, y lo son quizá también de iure (de derecho); pero de facto (de hecho) tienen que reconocer que sólo son aceptados en partes de la humanidad, y sólo para esas partes de la humanidad resultan comprensibles. Con todo, el número de las culturas en competencia es en realidad mucho más limitado de lo que podría parecer. Ante todo, es importante tener en cuenta que dentro de los diferentes espacios culturales no existe unanimidad, y todos ellos están marcados por profundas tensiones en el seno de su propia tradición cultural. En Occidente, esto salta a la vista. Aunque la cultura secular rigurosamente racional, de la que el señor Habermas nos acaba de dar un excelente ejemplo, ocupa un papel predominante y se concibe a sí misma como el elemento cohesionador, lo cierto es que la concepción cristiana de la realidad sigue siendo una fuerza activa. A veces, estos polos opuestos se encuentran más cercanos o más lejanos, y más o menos dispuestos a aprender el uno del otro o rechazarse mutuamente".

Ahora bien, ¿esto quiere decir que todas las culturas y todas las respuestas son iguales en verdad? ¿en el orden religioso significa que todas las religiones son caminos alternativos para la salvación?. La respuesta a estos interrogantes es no, y la da el propio Ratzinger en la Declaración *Dominus Iesus:* "El perenne anuncio misionero de la Iglesia es puesto hoy en peligro por teorías de tipo relativista, que tratan de justificar el pluralismo religioso, no sólo de facto sino también de iure (o de principio). En consecuencia, se tienen superadas, por ejemplo, verdades tales como el carácter definitivo y completo de la revelación de Jesucristo, la naturaleza de la fe cristiana con respecto

P Iuris 60 bien 76 25/11/05, 5:56 PM

a la creencia en las otra religiones, el carácter inspirado de los libros de la Sagrada Escritura, la unidad personal entre el Verbo eterno y Jesús de Nazaret, la unidad entre la economía del Verbo encarnado y del Espíritu Santo, la unicidad y la universalidad salvífica del misterio de Jesucristo, la mediación salvífica universal de la Iglesia, la inseparabilidad —aun en la distinción— entre el Reino de Dios, el Reino de Cristo y la Iglesia, la subsistencia en la Iglesia católica de la única Iglesia de Cristo *(Dominus Iesus, 4)*.

Por su parte en el nº 22 amplía*:* "La misión ad gentes, también en el diálogo interreligioso, " conserva íntegra, hoy como siempre, su fuerza y su necesidad". En efecto, " Dios quiere que todos los hombres se salven y lleguen al conocimiento pleno de la verdad" (1 Tm 2,4). Dios quiere la salvación de todos por el conocimiento de la verdad. La salvación se encuentra en la verdad. Los que obedecen a la moción del Espíritu de verdad están ya en el camino de la salvación; pero la Iglesia, a quien esta verdad ha sido confiada, debe ir al encuentro de los que la buscan para ofrecérsela. Porque cree en el designio universal de salvación, la Iglesia debe ser misionera ". Por ello el diálogo, no obstante forme parte de la misión evangelizadora, constituye sólo una de las acciones de la Iglesia en su misión ad gentes. La paridad, que es presupuesto del diálogo, se refiere a la igualdad de la dignidad personal de las partes, no a los contenidos doctrinales, ni mucho menos a Jesucristo —que es el mismo Dios hecho hombre— comparado con los fundadores de las otras religiones. De hecho, la Iglesia, guiada por la caridad y el respeto de la libertad, debe empeñarse primariamente en anunciar a todos los hombres la verdad definitivamente revelada por el Señor, y a proclamar la necesidad de la conversión a Jesucristo y la adhesión a la Iglesia a través del bautismo y los otros sacramentos, para participar plenamente de la comunión con Dios Padre, Hijo y Espíritu Santo. Por otra parte, la certeza de la voluntad salvífica universal de Dios no disminuye sino aumenta el deber y la urgencia del anuncio de la salvación y la conversión al Señor Jesucristo" (*Dominus Iesus*, 22).

En consecuencia, si bien de hecho, la Iglesia Católica no es universalmente reconocida, pues hay un pluralismo religioso *de facto*; de derecho es universal y es la única Iglesia que *de iure* constituye camino auténtico de salvación ("Yo soy el camino, la verdad y la vida", dice el Señor), porque es la única que descubre el misterio profundo del hombre que solamente se esclarece en el misterio del verbo encarna-

P Iuris 60 bien 77 25/11/05, 5:56 PM

do, muerto y resucitado (cfr. *Gaudium et Spes* 22). Donde el orden natural como orden creado se extiende en un orden de la gracia que sana (el desorden producido por la "ley" de la concupiscencia o pecado, inscripta en nuestra naturaleza caida y que Santo Tomás llamaba la "ley" de Fomes) y eleva a un orden sobrenatural que es el único y verdadero fundamento, incluso del propio orden natural, pues como dice Chesterton: "Quitad lo sobrenatural y solo quedará lo que no es natural". Por eso la ley moral natural se extiende y plenifica en la ley del Espíritu, por la cual en lenguaje paulino dejamos el hombre viejo *somático* para transformarnos en un hombre nuevo *pneumático.*

4. Algunas conclusiones

4.1. La relación entre Razón y Fe

El marco de fondo en el cual se debate el problema de la fundamentación del orden jurídico-político en las sociedades contemporáneas, es la relación entre Razón y Fe. Relación que especialmente a partir de la modernidad nunca fue fácil por la marcada separación producida por el proceso de secularización y que además se encuentra amenazada por *patologías* tanto de la Religión, como de la Razón. Por un lado, la existencia de fanatismos irracionales en las Religiones, que alimenta el terrorismo y por el otro una desmesurada arrogancia de la razón que resulta incluso más peligrosa debido a su potencial eficiencia, marcada por dos hechos al mismo tiempo reales y paradigmáticos*: la bomba atómica y el ser humano entendido como producto.* Por eso, sostiene, que la primera patología necesita el control de una racionalidad fundada en la verdad y la segunda debe ser conciente de sus límites y escuchar a las grandes tradiciones religiosas de la humanidad, porque cuando se emancipa totalmente se vuelve destructiva.

"Hace poco, Kurt Hübner formuló una exigencia similar, afirmando que esa tesis no implica un inmediato "retorno a la fe", sino "que nos liberemos de la idea enormemente falsa de que la fe ya no tiene nada que decir a los hombres de hoy, porque contradice su concepto humanista de la razón, la Ilustración y la libertad". De acuerdo con esto, yo hablaría de la necesidad de una relación correlativa entre ra-

P Iuris 60 bien 78 25/11/05, 5:56 PM

zón y fe, razón y religión, que están llamadas a depurarse y redimirse recíprocamente, que se necesitan mutuamente y que deben reconocerlo frente al otro".

En suma, como enseña la encíclica *fides et ratio*, no hay oposición de iure entre Fe y Razón (podrá haber oposición de facto debido a incorrectas concepciones de la Fe y de la Razón). Por el contrario hay (y tiene que haber) una necesaria complementación y en última instancia una unidad en la verdad sin perjuicio de la distinción de niveles o perspectivas. *Credo ut intellegam* y *Intellectus ut Credam,* o sea, como decía Juan Pablo II una *fides quarens intellectus*, una fe que exige ser pensada y como desposada con la inteligencia del hombre por un lado, y un *intellectus quarens fides,* una inteligencia que para recuperar la recta confianza en sí misma debe abrirse confiadamente a una verdad mayor que ella misma: Jesús, el Cristo, la Palabra de la Verdad eterna que la Iglesia anuncia para alcanzar el conocimiento de la verdad en su medida plenaria.

4.2. La primacía de la Fe cristiana y la racionalidad secular occidental

Dice Ratzinger: "Esta regla básica debe concretarse en la práctica dentro del contexto intercultural de nuestro presente. Sin duda, los dos grandes agentes de esa relación correlativa son la fe cristiana y la racionalidad secular occidental. Esto puede y debe afirmarse sin caer en un equivocado eurocentrismo. Ambos determinan la situación mundial en una medida mayor que las demás fuerzas culturales. Pero eso no significa que las otras culturas puedan dejarse de lado como una especie de quantité négligeable. Eso representaría una muestra de arrogancia occidental que pagaríamos muy cara y que, de hecho, ya estamos pagando en parte. Es importante que los dos grandes integrantes de la cultura occidental se avengan a escuchar y desarrollen una relación correlativa también con esas culturas. Es importante darles voz en el ensayo de una correlación polifónica, en el que ellas mismas descubran lo que razón y fe tienen de esencialmente complementario, a fin de que pueda desarrollarse un proceso universal de depuración en el que, al cabo, todos los valores y normas conocidos o intuidos de algún modo por los seres humanos puedan adquirir una nueva luminosidad, a fin de que

P Iuris 60 bien 79 25/11/05, 5:56 PM

aquello que mantiene unido al mundo recobre su fuerza efectiva en el seno de la humanidad".

En otras palabras, en el contexto de una dimensión intercultural como la planteada, existe *de iure,* una primacía de la Fe cristiana y de la razón secular occidental, aunque no necesariamente signifique que suceda lo mismo *de facto.* Respecto de la primera, hemos visto en la Declaración *Dominus Iesus* la unicidad y la universalidad salvífica de Jesucristo y de la Iglesia. En cuanto a la segunda, podemos decir que lo que tiene de unidad y universalidad le viene de la deformación de una verdad cristiana, de la pretendida sustitución del Logos divino trascendente por la Ratio humana autónoma e inmanente reeditando el pecado del hombre adámico que pretende ser Dios, robando el "fuego sagrado" del "bien" y del "mal", de la "vida" y la "muerte", cuan nuevo Prometeo, desconociendo que solamente nos divinizamos por herencia (por la redención de Cristo nos hacemos hijos de Dios) y no por usurpación. "*En ese sentido* –dice Ratzinger– *la pregunta del colega de Teherán, a la que el señor Habermas ha hecho referencia, me parece de verdadera entidad; se preguntaba si desde el punto de vista de la sociología de la religión y la comparación entre culturas, no sería la secularización europea la anomalía necesitada de corrección*".

4.3. La ley natural frente al relativismo ético

Por último, la conclusión final no la tomo de la conferencia comentada, sino de su última homilía como Cardenal, antes de ingresar al conclave que lo eligió Papa, donde expone en un solo párrafo una síntesis perfecta de la situación y el drama contemporáneo: "Cuántos vientos de doctrina hemos conocido en estas últimas décadas, cuántas corrientes ideológicas, cuántas modas del pensamiento(…)La pequeña barca del pensamiento de muchos cristianos con frecuencia ha quedado agitada por las olas, zarandeada de un extremo al otro: del marxismo al liberalismo, hasta el libertinismo; del colectivismo al individualismo radical; del ateísmo a un vago misticismo religioso; del agnosticismo al sincretismo, etc. Cada día nacen nuevas sectas y se realiza lo que dice San Pablo sobre el engaño de los hombres, sobre la astucia que tiende a inducir en el error (Cf. *Efesios* 4, 14). Tener una fe clara, según el Credo de la Iglesia, es etiquetado con frecuencia como fundamentalismo. Mientras que el relativismo, es decir, el de-

P Iuris 60 bien 80 25/11/05, 5:56 PM

jarse llevar "zarandear por cualquier viento de doctrina", parece ser la única actitud que está de moda. Se va constituyendo una *dictadura del relativismo* que no reconoce nada como definitivo y que sólo deja como última medida el propio yo y sus ganas".

Como vemos, el problema de fondo llámese agnosticismo, cuando no ateismo por un lado o sincretismo religioso por otro; escepticismo filosófico o pensamiento ideológico de distinto signo, es el *relativismo* que niega la existencia de la verdad objetiva y trascendente y la reemplaza por "tu verdad", "mi verdad", subjetiva e inmanente. En otras palabras, es la coronación del pensamiento antimetafísico, del cual uno de los Popes es justamente el señor Habermas. Frente a esto solo queda oponer el conocimiento, reconocimiento, proclamación y defensa de la *Verdad.* De una ley moral natural que se funda en el ser del hombre y se ordena a su destino trascendente. En última instancia, una moral que se arraiga en una concepción antropológica y metafísica realista y cristiana.

Ahora bien, esto no es una simple cuestión teórica o académica, sino que se refiere también a problemas muy concretos e importantes. Aquí está en juego como ya dijimos el discernimiento entre el Bien y el mal, y en algunos casos entre la vida y la muerte, llámese despenalización del aborto (caso Tejerina de infanticidio, aborto terapéutico, informe Human Rights Watch); anticoncepción (incluso en algunos casos abortiva); experimentación científica que no respeta la vida y dignidad del ser humano (sea por manipulación embrionaria, crioconservación, clonación –tanto reproductiva como terapéutica–, investigación con células madre, etc.); uniones "civiles" o "matrimoniales" antinaturales (nuevo proyecto); "salud reproductiva" que no respeta la dignidad de la persona, ni de la procreación y tampoco la objeción de conciencia de los profesionales de la salud; educación sexual totalitaria que no respeta el derecho-deber de los padres como primeros educadores de sus hijos, etc., etc.

Termino con las palabras de Juan Pablo II a los participantes en la sesión plenaria de la Congregación para la Doctrina de la Fe del 6 de febrero de 2004: "Otro tema importante y urgente que quisiera presentar a vuestra atención es el de la ley moral natural. Esta ley pertenece al gran patrimonio de la sabiduría humana, que la Revelación, con su luz, ha contribuido a purificar y desarrollar ulteriormente. La ley natural, de por sí accesible a toda criatura racional, indica las normas primeras y esenciales que regulan la vida moral. Sobre la base

P Iuris 60 bien 81 25/11/05, 5:56 PM

de esta ley se puede construir una plataforma de valores compartidos, en torno a los cuales es posible mantener un diálogo constructivo con todos los hombres de buena voluntad y, más en general, con la sociedad secular.

Hoy, como consecuencia de la crisis de la metafísica, en muchos ambientes ya no se reconoce una verdad inscrita en el corazón de toda persona humana. Así, por una parte, se difunde entre los creyentes una moral de índole fideísta y, por otra, falta una referencia objetiva a las legislaciones, que a menudo se basan sólo en el consenso social, de modo que es cada vez más difícil llegar a un fundamento ético común a toda la humanidad.

En las cartas encíclicas *Veritatis Splendor* y *Fides et ratio* quise ofrecer elementos útiles para redescubrir, entre otras cosas, la idea de la ley moral natural. Por desgracia, no parece que estas enseñanzas hayan sido aceptadas hasta ahora en la medida deseada, y la compleja problemática requiere ulteriores profundizaciones. Por tanto, os invito a promover oportunas iniciativas con la finalidad de contribuir a una renovación constructiva de la doctrina sobre la ley moral natural, buscando también convergencias con representantes de las diversas confesiones, religiones y culturas".

P Iuris 60 bien 82 25/11/05, 5:56 PM

EL DERECHO ANTE LAS NUEVAS CUESTIONES DE LA BIOÉTICA

JORGE NICOLÁS LAFFERRIERE

1. La irrupción de la biotecnología

En el final del siglo XX y el comienzo del siglo XXI somos testigos de la irrupción de nuevas y poderosas posibilidades tecnológicas de "dominio" sobre la vida humana. Como nunca antes el hombre ha adquirido un "poder" sobre la vida que ha significado un importante aumento en la "expectativa" de vida y nuevas capacidades terapéuticas, pero también que ha puesto a la misma vida en situaciones donde se avasallan de manera mucho más directa y arbitraria sus derechos, e incluso surgen nuevas formas de eugenesia y discriminación.

Si repasamos las aplicaciones de este nuevo "poder" constatamos que ellas abarcan todo el arco de la vida. Comenzando por la transmisión de la vida, las tecnologías aplicadas a la procreación humana han generado la posibilidad de concebir seres humanos sin recurrir a la unión física entre hombre y mujer, incluso "in vitro". En este caso, la tecnología ha avanzado sobre el terreno de la generación de un nuevo ser, de modo que la relación paternidad-maternidad-filiación se escapa del terreno propio de la "gratuidad" y entra en el campo de lo técnico y mensurable, quedando atrapada bajo cierta lógica de la "producción industrial". Además, estas técnicas no sólo son cuestionables por su incompatibilidad con la dignidad de la transmisión de la vida humana, sino que también se advierten los daños que causan a la vida de los que son concebidos extracorpóreamente, que incluso llegan a ser calificados como simples "pre-embriones" para negarles el carác-

P Iuris 60 bien 83 25/11/05, 5:56 PM

ter de personas. Otras complicaciones inherentes a las técnicas vienen dadas por la aplicación de la crioconservación, que afecta el derecho al desarrollo del embrión, o por el recurso a gametos de terceros que importan un desdoblamiento deliberado de la paternidad y maternidad.

También la tecnología ha logrado dominar la fertilidad humana y los anticonceptivos han posibilitado la ruptura de la íntima relación entre la unión entre hombre y mujer y la procreación. Ello ha sucedido con no pocas consecuencias, tanto a nivel personal como social. Pedro Morandé considera que una "visión tecnológica sobre la vida humana se impone masivamente en la cultura actual a partir de la comercialización masiva de la píldora anticonceptiva en la segunda mitad de los años sesenta. Ella permite separar la actividad sexual de la dimensión ontológica de la paternidad y filiación, transformando la sexualidad propiamente en un juego".[1] Con esta transformación, la transmisión de la vida se vuelve funcional a otros intereses y pierde su nota propiamente humana, que se une a la dignidad de la persona humana y el amor conyugal. El Estado, por su parte, no permanece ajeno a este proceso de transformación de la sexualidad humana, y se involucra a través de los "programas de salud reproductiva", que promueven la anticoncepción en todos los niveles, en una inaceptable injerencia sobre la vida de las personas y la familia. En el origen de estos programas encontramos motivaciones demográficas y de control de la población, que, sin embargo, aparecen hoy disimuladas bajo forma de "derechos de la mujer" o derechos de los más pobres.[2] También asistimos a campañas por la legalización y aplicación masiva de la esterilización, que en lugar de ser vista como una forma de mutilación y privación de una capacidad, es presentada como el remedio para el "problema" de la fecundidad humana, particularmente en el caso de las personas de menores recursos económicos.

En el inicio de la vida irrumpe la cuestión del aborto, que se pretende presentar como un tema de "decisión personal". Lo peculiar de

[1] Pedro Morandé, "Vida y persona en la posmodernidad", en AA. VV., *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Arequipa, Universidad San Pablo, 1999, p. 115.

[2] Ver nuestro artículo "Análisis Integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable" en *El Derecho*, t. 201, p. 770 a 788, Buenos Aires, 13 de febrero de 2003.

P Iuris 60 bien 84 25/11/05, 5:56 PM

este tema en el cambio de milenio está dado porque este delito contra la vida es presentado como un "derecho" y como una "práctica médica" más y se quiere poner el aparato estatal al servicio de la realización de este crimen. El aborto, vinculado con la anticoncepción, asume nuevas formas, como pueden ser dispositivos y pastillas que actúan como abortivos en las primeras fases de desarrollo de la persona humana. En todos los casos, estamos ante la muerte provocada de una persona y ello resulta inaceptable porque la vida es el primero de los derechos, sobre el que se asientan todos los demás. Dramáticamente, la legalización de este crimen introduce en la sociedad dinamismos de exclusión y selección de personas y el Estado coloca a los más débiles a merced de los más poderosos.

Otra cuestión bioética de actualidad son los descubrimientos vinculados con la genética. Aquí nos encontramos con nuevas posibilidades de diagnóstico de enfermedades, que abren no pocas esperanzas en la búsqueda de las causas y posibles soluciones para enfermedades graves y hasta hoy incurables. Sin embargo, la acumulación de información sensible sobre las personas crece con mucha mayor rapidez que las posibilidades terapéuticas, de modo que se ciernen oscuras amenazas a la dignidad personal, ya sea por la aparición de nuevas formas de discriminación como así también por la tentación eugenésica.

Los trasplantes de órganos han significado un avance para las posibilidades terapéuticas y se presentan como un valioso servicio a la vida cuando se realizan según parámetros éticamente aceptables.[3] Las posibilidades de ablación de órganos provenientes de cadáveres también han puesto en debate la cuestión del fin de la existencia de las personas y la necesidad de evitar cualquier tipo de abuso de poder que pudiera significar la eliminación deliberada de las personas "menos útiles" para la "disposición" de sus órganos.

Un tema sensible para la bioética lo constituye la relación médico-paciente, sobre la cual la transformación tecnológica vinculada con la vida humana ha tenido no pocas consecuencias: crecimiento de los conflictos jurídicos, necesidad de "seguros médicos por mala praxis", intervenciones inconsultas y sin el debido consentimiento informado,

[3] Cfr. Juan Pablo II, *Discurso con ocasión del XVIII Congreso Internacional de la Sociedad de Trasplantes*, martes 29 de agosto de 2000; Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 86.

P Iuris 60 bien 85 25/11/05, 5:56 PM

invasión a espacios de intimidad, encarnizamiento terapéutico, etc. En verdad, para el médico "el paciente no es solamente un caso clínico –un individuo anónimo sobre el cual aplica el fruto de los propios conocimientos– sino siempre un "hombre enfermo", hacia el cual adoptar una actitud sincera de simpatía en el sentido etimológico del término".[4]

Otro campo de la bioética lo constituye la experimentación e investigación sobre seres humanos. En este sentido, se verifican enormes avances, con grandes beneficios para la sociedad, pero también una intensa discusión sobre la finalidad de tal investigación, las condiciones de licitud y sus aplicaciones terapéuticas. En este campo, y proyectando sus efectos sobre otros temas de la bioética, aparece el tema del consentimiento informado y sus condiciones y la necesidad que toda intervención se ordene al bien de la persona.

En el fin de la vida, la bioética enfrenta la cuestión de la eutanasia, que es la eliminación deliberada de quienes sufren enfermedades terminales. Se impulsa su legalización por diversos intereses, tales como el aumento de los costos de salud por el crecimiento de la expectativa de vida, una cultura que rechaza el sufrimiento y el dolor o una visión utilitarista de la persona que la valora sólo por lo que produce o hace. Las tecnologías aplicadas al final de la vida, con todo, conllevan la cuestión de evitar el llamado encarnizamiento terapéutico y las condiciones moralmente aceptables para que una persona pueda renunciar a ciertos tratamientos.

En definitiva, la misma noción de persona humana está en juego en la bioética. En un contexto cultural que ha perdido el horizonte trascendente, el hombre privado del Creador se convierte para sí mismo en un misterio indescifrable. Ganan así terreno visiones antropológicas que equiparan la vida humana con cualquier otra vida y sólo conceden "personalidad jurídica" a los seres humanos que tengan dominio de sí y sean útiles socialmente. Tales reduccionismos desconocen la peculiar y única dignidad del ser humano, única creatura que Dios ha querido por sí misma y que es una unidad de cuerpo y alma.

[4] Pontificio consejo para la pastoral de los agentes de la salud, *Carta de los Agentes de la Salud,* n. 2.

P Iuris 60 bien 86 25/11/05, 5:56 PM

2. El surgimiento de la bioética

Este "poder" del hombre sobre el misterio de la vida, que se expresa fundamentalmente en la medicina, suscita no pocos interrogantes en orden a determinar si tales adquisiciones sirven al verdadero bien de la persona humana. Son estas cuestiones las que están en el origen de la bioética,[5] como reflexión sobre la licitud moral de estos adelantos científicos que afectan a la vida humana. En palabras de Juan Pablo II, la bioética es la "reflexión ética sobre la vida" (*Evangelium Vitae*, n. 27).

Aún cuando parece bastante extendido el acuerdo sobre la importancia de la bioética en este tiempo, no hay acuerdo sobre qué bioética debe realizarse. Al contrario, se difunden formas de reflexión bioética que no contribuyen al bien de la persona humana. Es una de las consecuencias de la crisis de la cultura, que padece un relativismo que mina los fundamentos del conocimiento humano, privando al hombre de verdades absolutas desde las que pueda realizar su vida.

Así, algunos aplican a la bioética el llamado "pensamiento débil", de modo que sustentan una ética que no puede tomar decisiones, que no puede formular juicios de contenido universal y se limita a "regular" procedimientos para una decisión correcta. En otros casos, se recurre a un modelo que Mons. Sgreccia llama sociobiológico.[6] Es una ética descriptiva, que se limita a un reconocimiento justificativo de los valores existentes en la sociedad. Así, por ejemplo, se ha dicho que los conflictos bioéticos deben resolverse "a partir del real sentir de la comunidad". Otro modelo es el subjetivista. La moral no se fundamenta en los hechos ni en valores objetivos o trascendentes, sino en la opción autónoma del sujeto y por ello, se exalta el llamado "principio de autonomía". Tal postura tiene dramáticas consecuencias, como afirma Juan Pablo II: "un concepto de libertad que exalta de modo absoluto al individuo, y no lo dispone a la solidaridad, a la plena acogida y

[5] "Una primera característica para configurar la bioética la constituye el nacimiento de una preocupación específica debido al poder que el progreso de las nuevas ciencias biomédicas ha puesto en las manos de algunos hombres" (Cfr. Livio, Melina, "Reconocer la vida. Problemas epistemológicos de la Bioética", en AA. VV., *¿Qué es la vida? La bioética a debate*, Arequipa, Universidad San Pablo, 1999, p. 65).

[6] Seguimos en este punto a Elio Sgreccia, *Manual de Bioética*, Diana, México, 1996, p. 60 y ss.

P Iuris 60 bien 87 25/11/05, 5:56 PM

al servicio del otro".[7] "Si la promoción del propio yo se entiende en términos de autonomía absoluta, se llega inevitablemente a la negación del otro, considerado como enemigo de quien defenderse".[8]

Lo que hemos llamado "pensamiento débil" nos deja sin respuesta frente a los conflictos bioéticos. Por otra parte, el subjetivismo radical se torna lucha de todos contra todos. Algunos intentan superar esta situación a través del "modelo pragmático-utilitarista", que toma como principio el calcular las consecuencias de las acciones con base en la relación "costo/beneficio". En verdad, este modelo equipara factores que no son homogéneos y sigue sin brindar una referencia objetiva.

En estas posturas "desaparece toda referencia a valores comunes y a una verdad absoluta para todos; la vida social se adentra en las arenas movedizas de un relativismo absoluto. Entonces todo es pactable, todo es negociable: incluso el primero de los derechos fundamentales, el de la vida".[9]

Ahora bien, en esta situación aparece como imprescindible una bioética "personalista". La persona debe ser el centro de las instituciones sociales. Como afirma el Concilio Vaticano II: "El orden social, pues, y su progresivo desarrollo deben en todo momento subordinarse al bien de la persona, ya que el orden real debe someterse al orden personal y no al contrario".[10]

Para abordar cualquier cuestión bioética, el hombre en su dignidad personal se presenta como necesario punto de referencia. La persona es el criterio moral intangible. Cuando no se parte de una noción de persona humana y de su dignidad y derechos fundamentales, las decisiones "bioéticas" se "construyen" desde una "puja de fuerzas", donde el más fuerte se impone siempre sobre el más débil.

Ello supone que esta reflexión del hombre no parta de cualquier lugar, sino que se fundamente en la ley natural, que es participación

[7] Juan Pablo II, *Evangelium Vitae*, 19.

[8] Juan Pablo II, op. cit., n. 20.

[9] Juan Pablo II, op. cit., n. 20.

[10] Concilio Vaticano II, *Gaudium et Spes*, n. 26. Juan Pablo II dirá: "El hombre en la plena verdad de su existencia, de su ser personal y a la vez de su ser comunitario y social … es el camino primero y fundamental de la Iglesia, camino trazado por Cristo mismo, vía que inmutablemente conduce a través del misterio de la Encarnación y de la Redención" (*Redemptor Hominis*, n. 14).

P Iuris 60 bien 88 25/11/05, 5:56 PM

de la ley eterna. Es la ley natural la que señala la bondad o la maldad de las conductas humanas con fundamento objetivo y se convierte en referencia segura para la vida personal y social.

3. La respuesta desde el derecho

El derecho no permanece al margen de estos nuevos desafíos. En efecto, las cuestiones bioéticas en tanto entran en el ámbito de la virtud de la justicia, pasan a estar dentro de la consideración jurídica, que tendrá como objetivo la determinación de lo justo, con sujeción a las reglas dadas por la ley natural y la ley humana dictada de conformidad a ella.

Si consideramos al derecho en su dimensión "normativa" también descubrimos que su intervención en materia bioética no es puramente "reactiva" sino que le corresponde regular las conductas humanas vinculadas con la vida para que expresen la justicia merecida por la persona humana y se ordenen al bien común. Esta necesidad de intervención jurídica supone la existencia del derecho natural, como expresión de la recta razón que brinda los primeros principios al obrar práctico y el marco en el que luego se despliega el derecho positivo.

Sentada la ley natural como principio general en el abordaje de los temas bioéticos, tenemos que ir hacia una mayor concreción, en un movimiento que busque la "verdad práctica" a la que las conductas han de ajustarse. En este movimiento desde la ley natural hacia la concreción más singular de lo justo, creemos que es muy aplicable en materia bioética la distinción que realiza Santo Tomás entre las normas que se derivan por conclusión necesaria de la ley natural y las que se derivan de la ley natural por determinación (ver *Summa Teologica*, I-II, c. 95 a. 2). Partiendo de esta división, tienen especial relevancia los preceptos morales negativos que obligan en todo tiempo y lugar. Santo Tomás destaca esta relación cuando afirma que "hay normas que se derivan de los principios comunes de la ley natural por vía de conclusión; y así, el precepto 'no matarás' puede derivarse a manera de conclusión de aquel otro que manda 'no hacer mal a nadie'" (I-II, c. 95 a. 2).

Juan Pablo II, al resaltar la universalidad de la ley moral, distingue entre preceptos positivos y preceptos negativos: los "preceptos positivos, que prescriben cumplir algunas acciones y cultivar ciertas actitudes, obligan universalmente; son inmutables; unen en el mis-

P Iuris 60 bien 89 25/11/05, 5:56 PM

mo bien común a todos los hombres de cada época de la historia, creados para "la misma vocación y destino divino". Estas leyes universales y permanentes corresponden a conocimientos de la razón práctica y se aplican a los actos particulares mediante el juicio de la conciencia. El sujeto que actúa asimila personalmente la verdad contenida en la ley; se apropia y hace suya esta verdad de su ser mediante los actos y las correspondientes virtudes. Los preceptos negativos de la ley natural son universalmente válidos: obligan a todos y cada uno, siempre y en toda circunstancia. En efecto, se trata de prohibiciones que vedan una determinada acción "*semper et pro semper*", sin excepciones, porque la elección de ese comportamiento en ningún caso es compatible con la bondad de la voluntad de la persona que actúa, con su vocación a la vida con Dios y a la comunión con el prójimo. Está prohibido a cada uno y siempre infringir preceptos que vinculan a todos y cueste lo que cueste, y dañar en otros y, ante todo, en sí mismos, la dignidad personal y común a todos".[11]

Pondera también Juan Pablo II la importancia de los preceptos morales negativos en los casos concretos, al comentar las teorías que propugnan una moral utilitarista y que "creen poder justificar, como moralmente buenas, elecciones deliberadas de comportamientos contrarios a los mandamientos de la ley divina y natural. Estas teorías no pueden apelar a la tradición moral católica, pues, si bien es verdad que en esta última se ha desarrollado una casuística atenta a ponderar en algunas situaciones concretas las posibilidades mayores de bien, es igualmente verdad que esto se refería solamente a los casos en los que la ley era incierta y, por consiguiente, no ponía en discusión la validez absoluta de los preceptos morales negativos, que obligan sin excepción".[12]

Finnis sostiene que las enseñanzas de Santo Tomás sobre la conexión entre ley positiva justa y ley natural que se encuentran en el pasaje citado de la *Summa* constituyen una "contribución excelente al pensamiento jurídico y a la filosofía del derecho".[13] Para este autor, "la teoría de la *determinatio* enseña que muchos de los problemas

[11] Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 52.

[12] Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 76.

[13] J. Finnis, "A propósito del derecho a la Vida", en AA.VV., *El Derecho a la Vida*, Navarra, EUNSA, 1998, p. 235.

P Iuris 60 bien 90 25/11/05, 5:56 PM

para la elección y/o decisión legislativa, no están completamente establecidos por los preceptos de la ley natural. En relación con estos problemas, una aplicación consciente de esos preceptos deja aún a la persona que delibera o a la sociedad, con más de una opción razonable. La teoría de la ley positiva como un todo, sin embargo, enseña que muchos problemas, o muchos aspectos de muchos problemas, están verdaderamente establecidos por los requerimientos intrínsecos de la moral (ya sean afirmativos y por tanto sujetos a excepciones o contingencias, o negativos, y por tanto racionalmente capaces de ser inexcepcionables y absolutos)".[14]

A modo de ejemplo, podemos ver que el precepto "no matarás" que se deriva del principio de "no hacer mal a nadie", supone la prohibición, en todos los casos, tanto del aborto como de la eutanasia, como de otras conductas que importan la muerte de seres humanos.

Así, habiendo establecido que la legislación sobre temas bioéticos debe respetar la fuerza vinculante de los preceptos morales negativos, nos queda un número de cuestiones en las que la ley positiva puede actuar "determinando" lo justo en el margen de decisión que deja la ley natural, estableciendo modos de obrar en orden al bien común. Aquí entran en juego otros elementos y consideramos que es importante redescubrir el valor de la ley positiva, ante los intentos de dejar la solución de las cuestiones bioéticas a un derecho entendido como mero componedor de intereses. Por otra parte, esta búsqueda de leyes positivas que concreten mejor los modos de obrar en bioética obedece a la función docente que tiene la ley, como reconoce Juan Pablo II: "si las leyes no son el único instrumento para defender la vida humana, sin embargo desempeñan un papel muy importante y a veces determinante en la promoción de una mentalidad y de unas costumbres".[15] Esta búsqueda de lo justo en lo legislativo no es una mera negociación entre sectores con intereses opuestos.

No podemos negar la crisis de representatividad que existe y que recae sobre todos los que ejercen una responsabilidad pública, ya sea gubernativa, legislativa o judicial. En este sentido, la situación es particularmente grave y no pocas veces la ley positiva se aparta de la

[14] Op. cit., p. 236.
[15] Juan Pablo II, *Evangelium Vitae,* 90.

P Iuris 60 bien 91 25/11/05, 5:56 PM

ley natural. En estos casos, la objeción de conciencia se convierte en legítimo camino para hacer valer el derecho natural.[16]

Vale aclarar que no creemos que, en materia bioética, sea conveniente ni posible que todo sea fijado con alcance general por la ley positiva. En este sentido, actúa también la prudencia judicial para determinar lo justo en cada caso concreto, con sujeción a la ley natural y en orden al bien común. En definitiva, está en juego la virtud de la prudencia, que ordena al hombre a encontrar lo justo en el nivel legal, en el judicial y en el de las conductas concretas.[17]

Otro elemento interesante en el abordaje jurídico de las cuestiones bioéticas está dado por la interdisciplinariedad. Si la bioética en sí misma es "interdisciplinaria",[18] cuando trata cuestiones jurídicas encontramos que también son varias las ramas que convergen para resolver los problemas bioéticos. Este enfoque "jurídicamente interdisciplinario" se puede advertir en los distintos proyectos de ley sobre las tecnologías de procreación humana artificial. Sin perjuicio

[16] En el plano de las conductas concretas, actúa la conciencia que emite un juicio práctico, según enseña Juan Pablo II: "mientras la ley natural ilumina sobre todo las exigencias objetivas y universales del bien moral, la conciencia es la aplicación de la ley a cada caso particular, la cual se convierte así para el hombre en un dictamen interior, una llamada a realizar el bien en una situación concreta. La conciencia formula así la obligación moral a la luz de la ley natural: es la obligación de hacer lo que el hombre, mediante el acto de su conciencia, conoce como un bien que le es señalado aquí y ahora. El carácter universal de la ley y de la obligación no es anulado, sino más bien reconocido, cuando la razón determina sus aplicaciones a la actualidad concreta. El juicio de la conciencia muestra en última instancia la conformidad de un comportamiento determinado respecto a la ley; formula la norma próxima de la moralidad de un acto voluntario, actuando la aplicación de la ley objetiva a un caso particular" (Juan Pablo II, *Veritatis Splendor*, 59).

[17] Podemos decir que en la aproximación jurídica a los temas de bioética está en juego la "aporía" entre generalidad y singularidad del derecho, a la que alude Félix Lamas: "en la experiencia común, sin prejuicios, de cualquier hombre, aparece esta doble exigencia que se formula el Derecho: de una parte, se reclama un tratamiento igualitario, general, en función de leyes que rijan para todos; de otra, se exige el reconocimiento de lo singular de cada situación; y ambos reclamos se formulan en nombre del Derecho y la justicia" (Félix A. Lamas, *La experiencia jurídica*, Buenos Aires, Instituto de Estudios Filosóficos Santo Tomás de Aquino, 1991, p. 397).

[18] Livio Melina, habla de "multidisciplinariedad", considerando a la bioética "una disciplina de frontera por su estructura íntima: un puente entre la ciencia y la ética" (loc. cit., p. 67).

P Iuris 60 bien 92 25/11/05, 5:56 PM

de aclarar que para nosotros estas técnicas no pueden ser autorizadas por el legislador, en los proyectos presentados en el Congreso encontramos normas que conciernen al derecho civil, en lo relativo a la misma licitud de las técnicas y al reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona por nacer. También está implicado el derecho de familia en la determinación de la filiación, y el derecho penal, que debe tipificar las nuevas conductas que infringen derechos fundamentales y bienes jurídicos y que deben ser perseguidas punitivamente, estimando en coherencia con las restantes normas sobre el bien "vida humana" las penas correspondientes. También le importa el tema al derecho administrativo, en la regulación de los servicios médicos y en la autorización de acciones que podrán llevar adelante los profesionales de la salud, bajo qué condiciones y con qué equipamientos y habilitaciones y qué conductas están prohibidas desde un plano administrativo. Así podríamos analizar otros temas bioéticos y veríamos cómo resulta difícil un único encuadre en función de las ramas del derecho. De este modo, constatamos cómo la "novedad" de la bioética irrumpe excediendo un único encuadre sistemático en la ciencia jurídica.

A su vez, los temas de bioética pueden ser abordados desde diferentes niveles. En el plano constitucional se verifica un intenso debate sobre la noción de persona, sobre los derechos fundamentales y sobre la jerarquía de esos derechos, fundamentalmente a partir de la incorporación con rango constitucional de algunos Tratados Internacionales de Derechos Humanos. En el plano legislativo, tanto el Congreso Nacional como las Legislaturas Provinciales tienen a consideración proyectos de ley sobre temas bioéticos. En este punto, se constata alguna confusión de competencias entre la Nación y las Provincias, particularmente en materias sensibles como puede ser la de "aborto" (ley 1044 de la Ciudad de Buenos Aires) o "salud reproductiva". Las intervenciones de los Poderes Ejecutivos, ya sean nacional o provinciales, también tienen relevancia bioética, especialmente en ciertas materias administrativas a través de decretos o resoluciones ministeriales que, en algunos casos, entran en temas de fondo que son competencia propia del Poder Legislativo. Por su parte, los tribunales crecen en su intervención bioética, fundamentalmente a instancia de los interesados médicos que recurren a la Justicia en busca de certezas que prevengan eventuales juicios de responsabilidad civil. En el nivel hospitalario, aunque sin una clara delimitación de sus atri-

P Iuris 60 bien 93 25/11/05, 5:56 PM

buciones, los Comités de Bioética resuelven muchos conflictos que parecen tener importancia "menor" pero que pueden ser decisivos sobre la vida o la muerte de una persona. En el derecho de integración todavía no hay muchas normas que entren en cuestiones bioéticas, aún cuando es de esperar una tendencia a dar regulaciones uniformes en los países asociados. Finalmente, la doctrina bioética y el estudio del derecho comparado han tenido un sostenido crecimiento en estos últimos años.

Todas estas consideraciones permiten advertir la complejidad de la bioética en su enfoque jurídico y la importancia de una reflexión profunda y a fondo sobre las cuestiones en juego.

4. Algunas cuestiones más urgentes

Con estas consideraciones de fondo sobre la relación entre bioética y derecho, parece oportuno presentar algunas de las cuestiones bioéticas que se presentan como más urgentes para el derecho, aclarando que excede a los alcances del presente trabajo hacer un tratamiento exhaustivo de cada una de las mismas.

a) Persona

La noción jurídica de persona humana está presente en las más diversas cuestiones de la bioética, pues en todas ellas subyace una visión sobre la persona humana. En lo jurídico, se verifica una tensión entre quienes pretenden establecer arbitrarias distinciones entre vida humana, ser humano y persona humana y quienes sostienen que el ser humano desde la concepción hasta la muerte natural debe ser reconocido como persona. El tema aparece explícitamente en los proyectos de ley sobre procreación artificial, dado que el primer involucrado es el embrión humano. En algunos de estos proyectos encontramos intentos de categorización del embrión según ciertas etapas de desarrollo. En realidad, el tema del comienzo de la existencia de la persona está resuelto por las claras normas del Código Civil (arts. 63, 70 y 264) y algunos textos de la Constitución Nacional (art. 75, inc. 23) y de Tratados Internacionales (especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos). En este sentido, nuestro país puede considerarse como privilegiado en la clara orientación personalista de su derecho positi-

P Iuris 60 bien 94 25/11/05, 5:56 PM

vo, que procura brindar la máxima protección jurídica a los seres humanos, en concordancia con el derecho natural.

Para ejemplificar esta tensión a la que hacíamos referencia, cabe citar lo sucedido en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) donde la Comisión nº 1 trató el tema del comienzo de la existencia de la persona: mientras la mayoría, que suscribimos, decía que "la existencia de la persona humana comienza con su concepción, entendida como fecundación y a partir de ese momento tiene derecho a que se respete su vida, integridad física, psíquica y moral. El inicio de la vida humana coincide con el comienzo de la persona humana", el dictamen de minoría considera que "hay que realizar una distinción entre el comienzo de la vida humana y el reconocimiento de la calidad de persona. El inicio de la vida humana no coincide con el comienzo de la persona. Resulta importante conferir protección a la vida humana antes de reconocerle personalidad jurídica".

Evidentemente que esta cuestión del comienzo de la existencia no se resuelve sin una clara noción de persona. En este sentido, será necesario estudiar qué modificaciones correspondería realizar en el art. 30 del Código Civil para que la noción de persona no quede reducida a la "capacidad" para adquirir derechos y contraer obligaciones sino que se identifique en primer lugar con la de ser humano.

b) Aborto

Como es bien conocido, el Código Penal considera al aborto un delito y sólo contiene en el art. 86 dos situaciones de "no punibilidad". En este sentido, en los últimos años han crecido considerablemente los proyectos de despenalización presentados en ambas Cámaras del Congreso Nacional, que proponen la despenalización en los casos de "anencefalia" o "inviabilidad de vida extrauterina del feto", en caso que el embarazo sea producto de una violación, por pedido de la mujer cuando corra riesgo su salud física o psíquica, o directamente por libre determinación de la mujer.

En este contexto, algunos están propugnando la "reglamentación", ya sea por ley nacional, provincial, por decreto o por resolución ministerial, de los casos de abortos no punibles. Al respecto, sin perjuicio de aclarar que el art. 86 adolece de "inconstitucionalidad sobreviniente" en atención a la incorporación del derecho a la vida desde la concepción en la reforma constitucional del año 1994, debe-

P Iuris 60 bien 95 25/11/05, 5:56 PM

mos cuestionar esta pretensión de transformar en un "derecho" lo que es un delito. En efecto, la no punibilidad no significa que esas conductas sean un "derecho subjetivo". Estos proyectos intentan generar mecanismos para otorgar auténticas "licencias para matar", lo que repugna a un Estado de Derecho.

Desde una óptica de defensa de la vida se han presentado en el Congreso Nacional proyectos tendientes a la penalización del llamado "aborto farmacológico" (píldora del día después). Aquí se presentan nuevas cuestiones desde el punto de vista penal, vinculadas con las formas de participación de los distintos sujetos que intervienen en la conducta delictiva. También hay proyectos que propugnan considerar como delito la muerte deliberada de embriones concebidos extracorpóreamente, con una pena similar a la del aborto.

Las estrategias ordenadas a la despenalización del aborto no se limitan a la vía legislativa, sino que también se intenta este objetivo a través de fallos judiciales. Entre ellos, tuvo mucha repercusión la decisión de fines de junio de 2005 de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, por la que se autorizó la realización de un aborto, invocando que de esta manera se preservaba la salud de la madre, con fundamento en el mencionado art. 86 del Código Penal.

Pese a no ser uno de los "temas nuevos", es el aborto uno de los principales desafíos de la bioética pues está en juego el derecho a la vida, sobre el que se cimientan los demás derechos. Su despenalización supone un retroceso en la vida jurídica, que torna a los derechos humanos en meros recursos retóricos desprovistos de fuerza vinculante universal.

c) Procreación artificial

Ya hemos hecho referencia a la situación que se plantea en torno a las técnicas de procreación artificial. Lo más urgente, en este campo, es la desprotección que sufre el niño por nacer que es concebido por técnicas que se realizan fuera de todo marco legal.

En el Congreso Nacional existen más de 42 proyectos presentados a lo largo de los últimos 20 años para regular estas técnicas. En 1997, el Senado de la Nación aprobó un proyecto que legitimaba las técnicas y ponía algunos límites, pero nunca llegó a ser tratado por la Cámara de Diputados de la Nación. En este sentido, creemos que el legislador debe prohibir las técnicas, dictando las normas penales que

P Iuris 60 bien 96 25/11/05, 5:56 PM

protejan al por nacer desde la concepción, dentro o fuera del seno materno. Particularmente graves son las técnicas extracorpóreas, que importan un grave riesgo para el derecho a la vida y muchas veces tienen un carácter abortivo, aún cuando no aparezca explícito. Otro atentado contra la persona por nacer lo constituye la posibilidad de crioconservar embriones. Esta situación significa, además, una alteración en el tiempo de las relaciones de paternidad y maternidad, con graves consecuencias a nivel sucesorio. Además, en las técnicas que recurren a gametos de terceros, se produce un desdoblamiento de la paternidad, que vulnera el derecho a la identidad del niño.

Las técnicas extracorpóreas, en tanto suponen la generación de un alto número de embriones, conllevan serios riesgos de experimentación sobre aquéllas "personas por nacer" que no sean transferidas al seno materno. De esta manera, se generan seres humanos que quedan "disponibles" como "material" de investigación, lo que supone una inaceptable instrumentalización de la persona. Estas y otras objeciones son aplicables a los procedimientos de clonación.

d) Salud reproductiva

De la mano de cuantiosos fondos remitidos por organismos internacionales, se han multiplicado en los últimos años las iniciativas de "salud reproductiva", "procreación responsable" o "salud sexual". Se trata de leyes, decretos o resoluciones ministeriales que promueven la entrega masiva de métodos anticonceptivos y acciones de capacitación con una clara ideología anticonceptiva.

En esta materia, a nivel nacional se sancionó en octubre de 2002 la Ley 25.673, que merece muchas críticas,[19] pues se enmarca en esta difusión del control poblacional. Su reglamentación, a través del decreto 1282/03, agudizó los problemas del programa nacional[20] y aumentó la desprotección de la familia. En el nivel provincial existen leyes que presentan redacciones muy parecidas, con leves diferencias en los puntos críticos (métodos abortivos, derechos de los padres, obje-

[19] Ver el artículo ya citado "Análisis Integral de la Ley de Salud Sexual y Procreación Responsable".

[20] Ver nuestro artículo "Patria Potestad y Salud Reproductiva", en *El Derecho Legislación Argentina*, t. 2003-A, pp. 1285 a 1290, Buenos Aires, 27 de junio de 2003.

P Iuris 60 bien 97 25/11/05, 5:56 PM

ción de conciencia personal e institucional).[21] Es llamativo, en este sentido, la obsesión por impulsar la anticoncepción en un contexto social de carencias básicas, particularmente en materia de salud. Ello sólo es explicable por las motivaciones demográficas de fondo y los condicionamientos que imponen organismos internacionales de crédito.

Parece interesante reseñar que, curiosamente, el tema no se presenta en sus verdaderos motivos demográficos, sino que aparece como una cuestión de supuestos "derechos reproductivos" de la mujer. Además, un contexto cultural de relativismo e individualismo constituye un terreno propicio para la difusión de estos programas, que tanto afectan a la dignidad de la persona y la familia. En este tema, uno de los más difíciles de tratar, se verifica un profundo oscurecimiento de la conciencia y enormes dificultades para proponer caminos de respeto a la verdad profundo sobre el matrimonio y la familia.

En el contexto de estos programas de salud reproductiva, algunos propugnan la legalización de la esterilización. Así ocurre, por ejemplo, en Neuquén, donde la ley 2.431 del 2 de julio de 2003, incluyó la esterilización o contracepción quirúrgica entre las prestaciones de salud reproductiva. En este caso, se violentan las claras normas del código penal sobre lesiones (art. 91). Además, la experiencia internacional demuestra dolorosas experiencias de esterilizaciones masivas y forzosas, que incluso han sido denunciadas por instituciones feministas (caso Perú).

e) Eutanasia

En cuanto a la eutanasia, existen algunos proyectos de despenalización presentados en Congreso Nacional. En especial, el debate se ha centrado en iniciativas de "muerte digna" que pretenden regular la situación de los enfermos terminales. En estos casos, aún cuando hay legítimos intentos de evitar el "encarnizamiento terapéutico", los proyectos responden a intereses económicos preocupados por "bajar" los altos costos sanitarios que significa atender estas situaciones extremas. En este tema, la campaña en favor de la despenalización vino

[21] Puede verse una compilación de estas normas en el siguiente sitio de internet: *http://www.movimientofundar.org/servicios_sevi_salud_reproductiva.htm*

P Iuris 60 bien 98 25/11/05, 5:56 PM

acompañada de fuertes presiones desde los medios masivos de comunicación social, a partir de resonantes casos como el de Terri Schiavo.

f) Otras cuestiones

En el primer apartado de este trabajo hemos hecho referencia a otras importantes cuestiones bioéticas. Todas ellas pueden ser abordadas desde una perspectiva jurídica. Sintéticamente, podemos mencionar las nuevas causales de discriminación por razones genéticas, que conllevan la necesidad de congeniar las posibilidades terapéuticas, la capacidad de diagnóstico, la seguridad y el derecho a la no discriminación. También la experimentación en personas humanas debe ser considerada por el derecho, de modo que se realice según criterios éticos que respondan al bien de la persona y que sean conformes a la ley natural.

5. Conclusión

Creemos que este recorrido por las "cosas nuevas" de la bioética en su enfoque jurídico permite advertir la complejidad del tema y la importancia de una consideración desde la ley natural, para que las adquisiciones tecnológicas que se vinculan con la vida humana encuentren un cauce seguro en el respeto al bien y derechos de la persona humana.

Está en juego la persona y la sociedad. En medio de visiones que conciben a la persona "como individualidad absoluta, edificada por sí misma y sobre sí misma, como si sus características propias no dependieran más que de sí misma" o "como mera célula de un organismo dispuesto a reconocerle, a lo sumo, un papel funcional dentro de un sistema",[22] hace falta volver a proponer, especialmente en el campo jurídico, la verdad sobre la persona humana. Verdad que nos habla de su unidad de alma y cuerpo, abierta a la trascendencia, única e irrepetible, con una dignidad que exige no ser instrumentalizada.[23]

Sólo de esta manera, la convivencia humana se fundamenta en principios sólidos e inconmovibles, que permiten un pleno desarrollo de las potencias de la persona para el bien común.

[22] Cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 125.
[23] Cfr. *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, n. 127, 130, 131, 133.

P Iuris 60 bien 99 25/11/05, 5:56 PM

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO PRIVADO: UN APORTE DESDE EL REALISMO JURÍDICO

GABRIEL LIMODIO

El principio que me ha guiado en mi compromiso es que la persona humana es el fundamento y el fin de la vida social, a la que el derecho civil debe servir.

JUAN PABLO II

Discurso durante el acto académico de concesión del título de Doctor "Honoris Causa" en Derecho. Universidad de La Sapienza 17/05/03.

I. Preliminar

En la Facultad de Derecho de la Universidad Católica, durante el período que abarcó los años 2001/2004 se trabajaron temas vinculados a la enseñanza del Derecho Privado.

Esto último se hizo fundamentalmente en el ámbito de las Jornadas de conmemoración del bicentenario del Código Napoleón, donde se debatieron cuestiones vinculados a la formación del *Code* como asimismo la formulación de los códigos americanos.

En el ámbito de las tres Jornadas Anuales que se propusieron para estudiar *El Código Napoleón Raíces y Prospectiva*, se trabajó intensamente en una propuesta destinada a formar un criterio para la enseñanza.

Lo que se buscó definitivamente fue trazar un diagnóstico sobre la diversas modalidades de proponer la formulación del derecho pri-

P Iuris 60 bien 101 25/11/05, 5:56 PM

vado, su enseñanza, y de alguna forma saber dentro de que proyecto se encamina una adecuada presentación del derecho para que lo comprendan los alumnos.

Se propuso una instancia de diálogo donde los resultados fueron menos predecibles, la prospectiva de la codificación en el derecho privado. El tema no ha sido menor en cuanto a que se invitó a reflexionar sobre el ordenamiento jurídico, y las respuestas se orientaron a la forma de pensar y de enseñar para lograr que efectivamente nuestro ordenamiento privado guarde coherencia con aquellos principios que le dan sentido y que tienen que ver con la noción de justicia conmutativa y con criterios de objetividad que es posible discernir en el entramado de las concretas relaciones jurídicas en las que se hallan inmersas las personas en la vida social.

Si se trata de proponer una respuesta, aunque la misma resulte provisoria al problema de la enseñanza del derecho privado, nunca es desdeñable partir de los datos de la realidad. Quizá uno de los mayores problemas en los temas vinculados a la enseñaza es que no siempre se acepta el dictado de la realidad de las cosas, por lo cual se proponen soluciones que distan mucho de realizar razonables aportes para resolver las cuestiones.

Una adecuada respuesta al problema de la enseñanza no puede sino partir de un adecuado análisis de la realidad. Asimismo debe ponderarse el marco cultural desde el cual cabe hacer el análisis.[1] Así

[1] Como puede advertirse desde el inicio se hará referencia a los tres tomos de esta obra colectiva que quedan mencionados con la siguiente nomenclatura AA.VV. *La Codificación Raíces y Prospectivas. El Código Napoleón*, t. I, Educa, Buenos Aires, 2003. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas. La Codificación en América*, t. II, Educa, Buenos Aires, 2004. AA.VV., *La Codificación Raíces y Prospectivas,* t. III, Educa, Buenos Aires, 2005. Por otra parte, en varios lugares de este trabajo se vuelve sobre uno de los temas que se presentaron para la confección del tercer tomo de la serie referida que será citado como "La enseñanza del derecho privado en la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad".

Asimismo para el tema cosmovisional puede consultarse Eduardo Quintana, *Visión de la cultura y de la historia*, Cooperadora F.D.S.C., Buenos Aires, 1975. AA.VV. *Un diagnóstico para la nueva evangelización –Los orígenes de la Postmodernidad Fundar*, Buenos Aires, 1995. Kenneth Clark, *Civilización*, Alianza Editorial Madrid 1979. Finalmente en lo que hace al problema del realismo puede verse Etienne Gilson, *El realismo metódico,* Rialp, Madrid, 1974. Pieper Josef, *El descubrimiento de la realidad*, Rialp, Madrid, 1974.

P Iuris 60 bien 102 25/11/05, 5:56 PM

es necesario partir de una noción general del momento histórico en el cual se forjan los modelos de estudio que todavía padecemos, y por otra parte el momento cultural dentro del cual estamos obligados a diseñar un nuevo modelo. De allí que sea necesaria una breve referencia a la modernidad, a la modernidad ilustrada y a la posmodernidad. En este aspecto, si bien el tema del trabajo gira en torno a una respuesta a la enseñanza desde el realismo jurídico, se entiende necesario volver a plantear el problema de la tensión modernidad ilustrada-posmodernidad, como se ha hecho en otro trabajo.[2]

Esto es así porque al ser el derecho un saber práctico –prudencial y eminentemente relacional se necesita ubicarlo en un contexto cultural. Estas ideas son las de universalidad y orden que razonablemente se refieren a una actitud que debe trascender a las mismas.

Así el concepto de cultura abarca una dimensión humanística y socio-histórica. Con la palabra genérica cultura se indica todo aquello con lo que la persona desarrolla sus innumerables cualidades espirituales y corporales.[3]

No pueden dejar de citarse aquí dos trabajos que arrojan luz sobre esta cuestión por lo menos a partir del marco conceptual como son la obra de Karol Wojtyla en *Memoria e identidad*, Planeta, 2005, y la de Joseph Ratzinger, *Iglesia y Modernidad,* Paulinas, 1991, traducción del original *Wendenzeit für Europa*?.

En este mismo sentido cobra vigencia la formulación que ha hecho el Cardenal Ratzinger en su conferencia sobre " Fundamentos espirituales de Europa", acerca de la herencia cultural que forma a Europa y presenta su tema diciendo "Europa no es un continente netamente determinado en términos geográficos sino más bien es un concepto cultural e histórico" (conf. Joseph Ratzinger, *Fundamentos espirituales de Europa*, puede consultarse en la página Zenit ZSI04052201).

Dentro de esta mismo plexo de lecturas puede consultarse Pedro Morande, " Balance de un siglo y perspectivas para una nueva fase histórica", en Revista *Humanitas,* nº 24, pp. 597 y sgts., Santiago de Chile, 2001.

Giandomenico Mucci, " La postmodernidad buena" en Revista *Humanitas,* nº 9, pp. 14-23, Santiago de Chile, 1998.

Pedro Morande Court, "Claves para una comprensión cristiana de la crisis de la Modernidad", en revista *Vertebración*, nº 40, p. 29, Puebla, México 1997.

Fabio Duque Jaramillo, *Cristianismo y Mundo Contemporáneo,* idem anterior p. 10 Puebla México 1997.

[2] "La enseñanza...", citado en AAVV, "La Codificación...", t . III.

[3] Conf. Concilio Vaticano II, Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* n. 53, AAS 58 (1966) 1075.

P Iuris 60 bien 103 25/11/05, 5:56 PM

De esta manera se considera que si de alguna manera no se pueden explicar ese desarrollo de potencialidades dentro de un marco cosmovisional será muy difícil entender porque se ha enseñado el derecho dentro de determinados parámetros.

La cultura significa, en un medio social determinado, el modo de expresión y de realización de la persona. Así, si por trabajo que es acción transformadora de la naturaleza, el hombre se perfecciona y expresa su personalidad, es necesario que este trabajo represente tanto por su esfuerzo como por sus resultados, una imagen que permita al trabajador reconocerse a si mismo.[4]

Puede entonces concluirse desde esta perspectiva que la cultura es el factor que marca a un pueblo, al permitirle expresarse y fortalecer su conciencia colectiva.[5] Por otra parte en esta línea de pensamiento debe recordarse que es prácticamente imposible ofrecer una respuesta al problema de la enseñanza sino se la inserta dentro de un ámbito espacial y existencial.

Se debe una vez más fijar un punto de referencia para plantear la cuestión que se quiere resolver, y esto es así porque el fin del siglo XX ha permitido observar el derrumbe de las denominadas ideologías antropocéntricas, lo cual por una parte obliga a referirse a cual ha sido el origen de las mismas, y por otra parte cuando se busca la respuesta deberá formulársela desde un humanismo que signifique una superación de la mismas.[6]

Difícilmente exista otro momento en el cual se advierte la clara convicción de la dificultad por la cual atraviesa la cultura de la humanidad producto de la fragmentación a que se ha visto sometida por el fracaso del proyecto ilustrado.

Es claro que en el siglo XX se verificó la derrota del positivismo jurídico, que fue el que inspiró el modelo a partir del cual se ha enseñado el derecho privado basado en la Escuela de la Exégesis, por lo cual la cuestión cobra una vigencia aún mayor si se trata de la formulación del derecho y la enseñanza del mismo. En este sentido la derrota del positivismo merece ser analizado desde la pers-

[4] Paul Poupard, *Iglesia y Culturas*, EDICEP , Valencia, 1985, traducción del libro *Chiesa e cultura vita e pensiero* versión por Manuel Ureña Pastor.

[5] Paul Poupard, idem anterior, p. 17.

[6] Alejandro Llano, "Actualidad del humanismo clásico", en *Humanitas,* Chile, 2001, nº 21, pp. 21 y sgts.

P Iuris 60 bien 104 25/11/05, 5:56 PM

pectiva que el mismo fue el modelo que para el derecho diseñó la Ilustración.

Lo dicho obliga a realizar una referencia a lo que significó la modernidad como proyecto y sobre todo la diferencia que debe hacerse respecto del proyecto de la ilustración que es el que con toda propiedad sustenta la manera de estudiar a la que aquí se hace mención.

Cabe entonces referirse primeramente al modelo en el cual se desarrolla la denominada "cultura del código", por lo cual es ineludible hacer una análisis de la tensión modernidad-posmodernidad para partir de un marco conceptual.

Esto es así si se toma en cuenta que el proyecto de la modernidad ilustrada debe ser analizado como el momento en el cual apareció la figura de la codificación.[7]

II. El modelo que se abandona

La tensión modernidad posmodernidad

Como se ha dicho más arriba es necesario presentar ciertos sistemas de pensamiento para explicar determinadas consecuencias en materia de formación y deshechar modelos que sólo presentan una sociedad acéntrica en la cual sólo cabría resignarse al hecho de que no existe más centro, como de alguna manera sostiene cierta parte de la posmodernidad. Como se verá al final de este trabajo lo más razonable será adherir a una visión que pretende recuperar la idea de unidad y de jerarquización, pero eso deberá hacerse descubriendo primero donde radica el origen del modelo que pretende formular una utopía abstracta fundada en el dominio de la razón radicalmente emancipadora, y esto ha sido lo que llamamos la modernidad ilustrada.[8]

Resulta menester aclarar que no se insistirá en la distinción entre modernidad y modernidad ilustrada, ya que es un tema que

[7] Eduardo Ventura, Prólogo a la obra *Codificación Raíces...* ya citada, en su t. I. En el mismo sentido y en mismo tomo los trabajos de Leocata y de Quintana, titulados, respectivamente, "Las Ideas Filosóficas de la Ilustración", "El Código Civil Francés", "La Ilustración y el Positivismo Jurídico", p. 115 y sgts.

[8] Robert Spaemann, *Crítica de las utopías políticas*, EUNSA, Pamplona, 1980.

Pedro Morande Court, "La unidad de la persona en un mundo secularizado", *Humanitas,* nº 33, 2004, p. 10 y sgts.

P Iuris 60 bien 105 25/11/05, 5:56 PM

excede largamente la intención de este trabajo que lo único que pretende es proponer una alternativa al modelo que ya está agotado y presentar la respuesta desde el realismo jurídico, para la enseñanza del Derecho Privado.

Es por eso que se evitará hablar de la que se ha denominado tensión modernidad-posmodernidad, para no incluir una referencia al verdadero sentido de la modernidad, ya que a fin de cuentas lo que importa es enjuiciar al modelo de enseñanza que se traduce en el inmanentismo del pensamiento ilustrado.

Para comprender el verdadero sentido del humanismo quizá lo que hace falta es entender que la modernidad bien pudo ser conducida dentro de un proyecto trascendente y con reconocimiento a la objetividad de los valores sin tener que ser leída desde el presupuesto de la "minoría de edad" estigmatizada a partir de la fórmula kantiana. El vigor demostrado por la revolución que significó la Escolástica del siglo XIII había puesto el germen de una cierta secularización, aceptando lo que luego bien pudo llamarse la legítima autonomía de los saberes temporales, lo cual no implica que se analizasen todos esos elementos a la luz de una verdad trascendente.[9]

Puede decirse que de alguna manera "el drama" del mundo moderno ha consistido en que este proceso de comprensión de la cultura no se haya producido como un desarrollo no conflictivo a partir de la rebelión de la razón radicalmente emancipadora.[10]

Dentro de este contexto es que debe leerse lo que sigue respecto de la modernidad y la modernidad ilustrada.

A. La modernidad

La modernidad ha sido entendida generalmente como un proceso de mundanización o secularización, así cabe analizar la aparición de los humanismos renacentistas, una mayor reflexión sobre la razón

[9] Ver Francisco Leocata, "Dimensión temporal y dimensión trascendente del hombre", en AA.VV., *Recrear el humanismo cristiano*, Buenos Aires, Paulinas, 2005. pp. 75 y sgts.

[10] Además de la obra de Leocata mencionada en el punto anterior, puede analizarse el capítulo de la obra de Michel Sciacca, *La Hora de Cristo*, Luis Miracle, Barcelona, 1961, "Laicismo y humanismo laico", pp. 37 a 58.

P Iuris 60 bien 106 25/11/05, 5:56 PM

del hombre y el dominio sobre el mundo que abre la ciencia positiva, lo cual permite pensar en una interpretación de la cosas como una toma de conciencia de su singularidad en contraste con la filosofía medieval.[11]

Algunos autores creen ver en este proceso una suerte de distinción de la conciencia frente al mundo. En el inicio programático de la modernidad se ubica la crítica como herramienta, de suerte tal que cabe concebir la misma como un proceso de racionalización encaminado al desencantamiento del mundo, tras haberse agotado en la edad media las concepciones metafísicas y religiosas que daban explicación acerca de éste y permitían abarcarlo en su totalidad.

Sin abrir juicios de valor sobre esta corriente de pensamiento cabe consignar que sin duda la modernidad es una vía de reflexión a partir del hombre, pero entendiendo al hombre no como creatura sino como centro del universo, y siguiendo el proceso de la misma puede identificarsela con una suerte de racionalización de la subjetividad.[12]

A. 1. Desarrollo histórico

Hecha una semblanza acerca de lo que entendemos por modernidad cabe ahora situarla en el momento histórico.

Por lo general y a partir de la necesidad de identificar a la historia en diversas etapas, podríamos decir que la modernidad comienza a fines del siglo XV. Es en esa época en la que se producen determinados cambios históricos tales como los avances de la ciencia, los descubrimientos geográficos, la aparición de la filosofía racionalista, la ruptura del orden de la Cristiandad. Lo cierto es que a nuestro entender todos esos hechos no marcan sino una tendencia que se produjo por lo menos un siglo antes, de allí que nos parece adecuado determinar el origen de la modernidad en la Edad Nueva.

Desde esta perspectiva podemos decir sin que pretenda esto ser una definición pacifica que la modernidad, que la misma comienza a

[11] Florencio, Hubeñák, *Formación de la Cultura Occidental*, Ciudad Argentina, 1999, p. 420/421. Carlos Valverde, *Génesis, Estructura y Crisis de la Modernidad*, BAC, 1996, cap. II, pp. 25 y sgts.

[12] En este tema resulta de interés la lectura de la obra de Daniel Innerarity, *Dialéctica de la Modernidad*, Rialp, Madrid.

P Iuris 60 bien 107 25/11/05, 5:56 PM

plasmarse casi dos siglos antes que el inicio cronológico de lo que dio en llamarse la Edad Moderna desde la perspectiva de estudio de los historiadores.[13]

Siempre se debe observar como clave de bóveda de lo que se está diciendo la síntesis que se expusiera más arriba respecto de la distinción tratada por Leocata respecto a la modernidad y la modernidad ilustrada.

A.2. Características

Tal como se dijo más arriba esta edad nueva presenta una serie de caracteres, entre los mas destacados encontramos el subjetivismo, el laicismo y una revalorización del individuo.

En cuanto al laicismo no debe entenderse esta referencia como un sinónimo peyorativo, sino tal como se expuso en el punto anterior es decir una reafirmación de la subjetividad.

En lo que hace a las otras dos características, para una mejor comprensión cabe analizar que contra la autoridad y la jerarquía se levanta la razón individual, que busca en si misma y en la naturaleza de las cosas los fundamentos de su propia filosofía. El individuo vive más para si que para la comunidad, supeditando el bien ajeno al propio, en la vida religiosa se empieza a buscar la relación del hombre con Dios directamente, sin intermediarios humanos, se ve la propensión a una piedad o devoción más individualista. Por otra parte se hace del individuo el criterio de todos los valores y se exalta la personalidad humana. Así se abre camino al subjetivismo religioso, al racionalismo y finalmente, al naturalismo. En otro orden de ideas, los

[13] Respecto de esta aseveración siempre es prudente analizarla desde la perspectiva que se ha mencionado más arriba, en cuanto a que es probable que deba distinguirse dentro del proceso de la Modernidad el que ha correspondido a un verdadero humanismo pero si es altamente probable que la edad nueva signifique el comienzo de la Modernidad. A este respecto, para formar criterio es interesante analizar el libro de Ernest Cassirer, *Filosofía de la Ilustración*, *Fondo de Cultura Económica* México, 1950, las obras de Leocata ya mencionadas y también Del iluminismo a nuestro días, panorama de las ideas filosóficas en relación con el cristianismo, Ediciones Don Bosco, Buenos Aires 1979. En el mismo sentido también resulta de interés la colaboración de Alfredo Zecca, *"El despertar de un nuevo humanismo"*, en AA.VV., *Recrear el humanismo cristiano*, Buenos Aires, Paulinas, 2005, pp. 7/48.

P Iuris 60 bien 108 25/11/05, 5:56 PM

filósofos del siglo XIV se rebelan contra los grandes sistemas metafísicos, que admitían conceptos universales e indagaban la ciencias de las causas, y en su lugar propugnaban el nominalismo que niega realidad objetiva a los conceptos y estudia el mundo subjetivo mas que el mundo objetivo.[14]

Hasta aquí un somero análisis de lo que ha significado la modernidad como proyecto, en si para analizar el modelo de enseñanza del derecho privado que aún nos rige lo que corresponde es situarse en lo que ha sido la modernidad ilustrada. No escapa a estar breves líneas que no es pacífica la polémica acerca de si la modernidad debe ser juzgada como un conjunto monolítico o por el contrario es posible hablar de modernidad "clásica" y modernidad "ilustrada".

En este sentido cabe citar los trabajos de Leocata y Quintana en las Primeras Jornadas sobre la Codificación a los cuales se hizo referencia más arriba y dar por sentado que existe un momento que distingue a la modernidad de la modernidad ilustrada, sin perjuicio que no puede dejarse de reconocer que en los orígenes de dicha modernidad existen elementos que permiten advertir cual será el resultado final del pensamiento.

A salvo debe dejarse entonces la opinión de Leocata cuando dice "por lo general esta diferencia no suele reconocerse, y muchas veces se habla indistintamente de pensamiento moderno y de pensamiento ilustrado. En el campo de la ontología, de la teoría del conocimiento y aún de las ideas morales, muchas investigaciones han confirmado ya que el pensamiento moderno es más amplio y más rico que la mentalidad de la Ilustración, por ejemplo que muchas ideas nacidas en el Renacimiento o en el siglo XVII no tuvieron el carácter vehemente-

[14] Conf B. Llorca, J.I.R. García Villoslada, S.I.F.J. Montalban, *Historia de la Iglesia Católica*, t. III, BAC, 1967, pp. 8 y sgts.

Asimismo puede consultarse el capitulo pertinente a la Edad Nueva en la obra de Etienne Gilson, *La Filosofía en la Edad Media*, Gredos, Madrid, 2da. edición 1982.

A este respecto cabe citar un texto del Papa Wojtyla que se mencionó en notas anteriores en cuanto propone la explicación ciertas raíces del mal en el occidente actual y se remonta al pensamiento ilustrado y antes al racionalismo asi dice, "Para esclarecer mejor este problema hay que remontarse al período anterior a la Ilustración y, específicamente, a la revolución que supuso el pensamiento de Descartes en la filosofía, el cogito ergo sum (pienso luego existo) comporta una inversión en el modo de hacer filosofía...". *Memoria e Identidad*, Planeta, 2005.

P Iuris 60 bien 109 25/11/05, 5:56 PM

mente crítico de la tradición cristiana, ni el rechazo programático de la metafísica, que fueron dos de los recursos programáticos de la Ilustración.[15]

En suma es importante tener en claro lo que significa este momento de la modernidad, porque ha sido a partir del mismo en que se ha generado el modelo dentro del cual se forjó la manera de enseñar que fue diseñada a partir del modelo denominado exegético-dogmático-iuslegalista.[16]

A.3. Síntesis

Corresponde entonces hacer una suerte de síntesis de lo que se ha dicho hasta aquí en cuanto a lo que significa la modernidad ilustrada y su influencia en el modelo que entendemos es necesario desentrañar en el marco de la enseñanza.

Desde este punto de vista, la modernidad ilustrada generó el modelo que se ha mencionado más arriba.

Este fue el modelo que empieza a prepararse a partir del racionalismo del siglo XVII y termina con la formulación positivista de principios del siglo XX.

Sin embargo es necesario hacer dos consideraciones, en primer lugar la importancia del modelo exegético dogmático, y por otro lo que ha significado el mismo como paradigma de la modernidad ilustrada.

Se tratarán ambas ideas por separado, pero siempre observando que el problema de fondo radica en la versión realista que puede darse a la enseñanza del derecho, sobre lo cual se tratará en la conclusión del trabajo.[17]

[15] Francisco Leocata, "La Ilustración...", en AA.VV., *La codificación...*, citado.

[16] Si bien el proyecto puede ser nominado de diversas maneras, se elige la que propone Rodolfo Vigo, en este caso si bien el autor la desarrollas en varias de sus obras, se ha tomado la que sugiere en *De la ley al derecho*, Porrua, México, 2002.

[17] A este respecto resulta de interés citar desde ya el libro de Alascair MacIntyre *Justicia y racionalidad*, que en versión española publicó EUNSA en 1994, (aquí se ha trabajado con la edición de 2001). A este respecto cabe recomendar la lectura del capítulo "La racionalidad de las tradiciones" en el que aborda el pensamiento liberal y su origen crítico cuando dice "y así el liberalismo que comenzó como un repudio de la tradición en nombre de los principios abstractos y universales de la razón, se volvió el mismo un poder políticamente incorporado, cuya incapacidad de llevar adelante sus debates sobre la naturaleza y el contexto de estos principios universales a una conclusión ha tenido el efecto no-intencionado de transformar el liberalismo en una

P Iuris 60 bien 110 25/11/05, 5:56 PM

III. El modelo exegetico dogmatico iuslegalista.

Cabe recordar que en materia de derecho privado, el pensamiento de la modernidad ilustrada sin lugar a dudas se ve reflejado en la impronta de la Codificación. Cuando se menciona el término codificación no puede olvidarse que estamos hablando de un neologismo al decir de Guzman Brito, ya que no se compadece con los cánones de la idea de Codex, desde la perspectiva clásica.[18]

Ya se ha hablado de la manera en que se plasmo el proyecto de la modernidad ilustrada. Es decir que ha llegado el momento de preguntarse como este modelo alcanzó su punto culminante y ha servido para formular una manera de enseñar, que de alguna forma perdura hasta estos días.

Se ha hablado ya del itinerario de la modernidad y de su influencia a partir de un momento especial de la historia en la cual la subjetividad provoca un desplazamiento que hará que las soluciones jurídicas dejen de verse objetivamente y el centro de la cuestión se desplace a favor del individuo.

Ya se ha visto, en otra parte de este trabajo, como a partir de la Edad Nueva se generó una filosofía que primero con el nominalismo, luego con el contractualismo de carácter hobbesiano, logró modificar la estructura de la sociedad política, haciendo que el hombre se transforme en el actor principal y por momentos excluyente de esta nueva sociedad, que mucho tiene de artificial.[19]

---

tradición" (p. 333). Resulta interesante la mención a este autor porque se considera al mismo como un tomista "particular", pero coinciden los que han estudiado su pensamiento en cuanto que el mismo es el que ha llegado a la conclusión de que el relato más aceptable sobre como se justifican los primeros principios se encuentra en el tomismo. (Desde esta perspectiva es interesante la consulta del trabajo "El tomismo de Alasdair MacIntyre", de Juan Carlos Pablo Ballesteros, en *Philosophia*, revista publicada por el Instituto de Filosofía de la Facultad de Filosofía y Letras de Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza 2000, p. 11-20).

[18] Alejandro Guzmán Brito, "Codex", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* nº 10, Valparaíso, Chile 1985.

[19] Sin intención de avanzar sobre temas, que superan el presente trabajo cabe recordar de que manera Aristóteles inaugura su libro sobre la Política al decir "Toda ciudad se ofrece a nuestros ojos como una comunidad, y toda comunidad se constituye a su vez en vista de algún bien...si pues todas la comunidades humanas apuntan

P Iuris 60 bien 111 25/11/05, 5:56 PM

Este modelo político necesitó generar una herramienta jurídica, que fue precisamente creada a partir de la noción de derecho subjetivo que ocupó el centro de la escena en todo lo que tiene que ver con una primera explicación respecto de que es el derecho.[20]

Cuando este modelo buscó consolidarse miró a la razón y concluyó que mediante la misma puede formularse totalmente el derecho. Aquí subyace la idea del positivismo y de la codificación, entendida esta última como solución de todos los problemas jurídicos.

De esta manera, se produce un proceso de racionalización que se compadece con este nuevo sistema, en el cual no importa tanto la realidad sobre la cual se trabaja. Así dice Wieacker "la alianza del derecho natural con la planificación política de la Ilustración produjo, a comienzos del siglo XIX, la primera oleada de codificaciones modernas en los grandes estados autoritarios del centro de Europa y en el occidente europeo, siguiendo el ejemplo de la Francia Revolucionaria. Esta contiene, junto a toda la diversidad de sus condiciones, comunes rasgos intelectuales y de estilo. Se distinguen de todas las anteriores fijaciones escritas del Derecho en que no pretenden consignar el derecho existente, ni recopilarlo o mejorarlo, ni continuarlo, como las reformas alemanas o las ordenanzas de los reyes franceses, sino que tiende a planear extensamente la sociedad mediante nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras. El supuesto íntimo de estas empresas políticas era la convicción propia de la época de la Ilustración, de que la actividad libre, conforme a razón y ética del gobernante (esto en el centro de Europa) o la común voluntad nacional (en Francia) podían construir una sociedad mejor..".[21]

---

a algún bien es manifiesto que al bien mayor entre todas estará enderezada a la comunidad suprema entre todas y que comprende a todas las demás, ahora bien esta es la comunidad política que comprende a las demás (se toma la traducción de Gomez Robledo para la edición de Porrúa, México, 1967, pág. 157). Dentro de la misma reflexión puede ubicarse a Hobbes, quien desde las antípodas se refiere a si mismo como el fundador de la ciencia política corresponde consultar un interesante texto de Bobbio (Conf. Norberto Bobbio, *Thomas Hobbes*, Paradigma, Madrid, 1991, traducción de Manuel Escriva de Romani, p. 150).

[20] Para decirlo desde la perspectiva del realismo lo que cabe es presentarlo como un corrimiento de la identificación del analogado principal en favor de la subjetividad y no de aquello que es justo.

[21] Franz Wieacker, *Historia del Derecho Privado en la Edad Moderna* (traducción del alemán por Francisco Fernández Jardón), Comares, Granada, 2003, p. 303.

P Iuris 60 bien 112 25/11/05, 5:56 PM

La generalidad derivada de la racionalidad formal de la ley convierte al derecho codificado en algo necesario y universal, frente al "caos" presumible de lo particular y concreto que no garantiza la ausencia de contradicción y el azar. Además, el formalismo racionalista vincula a la característica de generalidad la de abstracción, que hace posible la regulación de situaciones típicas, y que da al derecho una apariencia de regulación técnica, ausente de valores, e igualitaria.

La abstracción era ya una característica lógica de las teorías del derecho de los juristas-filósofos racionalistas; pero se le suma ahora, un fundamento político: la destrucción de los derechos feudales y comunitarios. Esto es importante para releer el tema de la codificación a la luz de la última enseñanza, haciendo aquí abstracción de las virtudes o defectos que acarrea el hecho de reunir toda la legislación vigente en un cuerpo normativo. Como queda claro entonces, más allá de la figura de la Codificación y de su necesidad, de lo que se está hablando es de una manera de utilizar al derecho como herramienta política, sin perjuicio de lo necesario que sea un repertorio de normas, y a continuación utilizar también el modelo para enseñar a partir de él.

Aquí vuelve a aparecer la noción de codificación como neologismo ideológico en cuanto que no importa referirse a la misma desde la perspectiva de la recopilación ordenada de normas sino que la mirada debe posarse sobre el "espíritu innovador" que ella comporta.[22]

[22] Para un comprensión del término codificación más allá de lo que significa un conjunto de normas, sino en su sentido ideológico y su exacta ubicación histórica puede consultarse Alejandro Guzmán Brito, en su trabajo "Codex" publicado en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos,* nº 9, (Valparaíso), 1984, pp. 107 y sgts. Así concluye el autor citado diciendo "durante la alta edad media, la palabra continuó siendo utilizada en su significación de libro, pero jamás con el sentido de "libro compilador de leyes". En la baja edad media sucede lo propio, pero el último sentido indicado quedó reservado para el Codex Iustiniaus, considerado el codex por antonomasia. En la época moderna recuperase el sentido de codees como compilación de leyes, pero normalmente reservado para las compilaciones privadas y raramente para las oficiales. Paralelamente, la palabra empieza a adquirir el sentido de un cuerpo sistemático, no recopilador de leyes preexistentes, sino de materiales jurídicos reelaborados y refundidos en una unidad nueva, sobre todo bajo la inspiración del yusnaturalismo racionalista. Iniciado el nuevo uso en la doctrina, en el siglo XVIII es adoptado por los legisladores para intitular sus obras legislativas más o menos obedientes a este ideal (p. 144).

P Iuris 60 bien 113 25/11/05, 5:56 PM

Lo dicho, da la idea que no es estrictamente la codificación lo que impide una adecuada mirada del derecho, sino el modelo que intenta explicarlo como un todo hermético y autosuficiente.[23]

Cabe recordar los postulados del método de la exégesis, en cuanto a que su sustento es más político (o ideológico) que jurídico, basado en los principios de la soberanía popular y en el de la división de los poderes.

Tomando pie en esos fundamentos, el método de la exégesis realizó una notable reducción de los predicados jurídicos mediante la creación de figuras jurídicas abstractas, las mas significativas de las cuales son el de la propiedad y el contrato. Se produce de esta manera una gran simplificación técnica del propio derecho privado, lo cual pasa a ser considerado como una de las principales características de los códigos.

Pero la igualdad formal tiene también otra consecuencia técnica importante. La "ideología igualitarista" ilustrada, sobre todo cuando se complementa con el desarrollo revolucionario de estas ideas, va a manifestarse sustancialmente como una igualdad formal, la igualdad del "hombre abstracto", del "hombre en general". Aquí no puede sino recordarse una vez más todo lo que se ha hablado acerca del mito del "derecho como prisionero de las palabras".[24]

[23] A este respecto resulta interesante citar un párrafo de un trabajo del Profesor Xavier Martín cuando establece: El código Napoleón, cuando nace en 1800-1804, tiene en el espíritu de sus autores una acentuación política marcada. Este fenómeno tiene dos niveles 1) La redacción del Código Civil pretende ser, por una parte, una respuesta directa a problemas de orden concreto nacidos del descalabro psico-político de gran envergadura ocasionado por la Revolución después de muchos años. El Código Civil constituye entonces, a los ojos de los que legislan (empezando por Bonaparte) un elemento determinante para la recuperación eficaz, por parte de la entidad social francesa de bases políticas estabilizadas. 2) En sus grandes líneas, la redacción del código civil está mentalmente teorizada, por sus autores, a partir de categorías que hay que señalar que son menos jurídicas que políticas. Estas categorías son evidentemente el legado de las Luces, con apenas algunas inflexiones nacidas del desconcierto revolucionario". En "Fundamentos Politicos del Codigo Napoleón", en AA.VV., t. I, *La Codificación,* citado, p. 158.

[24] Marcel Thomann, *Histoire de l' Ideologie Juridique au XVIII siecle ou le droit prisionner des mots*, en *Archives de Philosophie du droit*, nº 19, Sirey, Paris, 1974. Del mismo autor resulta sumamente importante a los fines que se está tratando analizar su tesis de doctorado titulada "Christian Wolff et son temps (1679-1754) Aspects de sa pensee morale et juridique", edición policopiada de la Universidad de Estrasburgo del año 1963, especialmente pp. 238 y sgts., "La methode juridique et son application", pp. 262 y sgts., donde el autor hace una conclusión respecto de la influencia de Wolff sobre los enciclopedistas y, a su través en la codificación de Babiera, Prusia, Austria, etc.

P Iuris 60 bien 114 25/11/05, 5:56 PM

Aparece una vez mas el fuerte contenido ideológico que ha motivado todo el proceso que empieza con la Edad Nueva y alcanza su punto más alto en la Modernidad Ilustrada.[25]

El método que propicia este modelo se vale, de una herramienta que permite la simplificación unitaria del sujeto de derechos sobre la que se apoya la generalidad de las leyes; pero al mismo tiempo facilita el recurso que permite identificar plenamente esa igualdad formal como una mera "igualdad ante la ley".

El formalismo jurídico contribuye, así, a dotar definitivamente al derecho que emana de las construcciones de los siglos XVII, XVIII y XIX, de su carácter ideológico, esto es, lo convierte en una forma capaz de enmascarar la realidad social presentándola como un reino "juridificado" y carente de conflictos o compromisos materiales. Una instancia neutral que garantizaría el libre juego de las leyes naturales de la vida social. La racionalidad formal de los Códigos contribuye definitivamente a crear la imagen de un derecho abstracto y formal, carente de valores y encaminado a garantizar el libre juego de los intereses privados de una forma segura. La abstracción y generalidad de las leyes, los conceptos de ley y persona jurídica, mas concretamente, constituyen la base del "estado de derecho" sobre el que se asienta la transformación definitiva de la sociedad medieval en un sistema social "moderno": la sociedad capitalista. Un sistema social que garantiza la seguridad jurídica y la igualdad formal que instauran definitivamente las condiciones válidas del calculo como fundamento de las relaciones económicas y jurídicas; un sistema que garantiza, en definitiva, la libertad y la propiedad desde una particular visión, que se puede llamar liberal.[26]

[25] Cabe recordar aquí en que sentido se utiliza el término ideología, tal como se ha señalado al citar la obra de Marcel Thomann.

[26] No puede dejarse de señalar aquí la interesante y novedosa teoría de Villey cuando analiza el pensamiento de Hobbes, y resalta que su figura no debe ser tomada como el pensador del absolutismo sino por el contrario como uno de los fundadores del derecho liberal, asi dice el autor citado: "y Yo pienso que tocamos aquí el fin mismo del sistema de Hobbes, él está esencialmente dirigido hacia la consolidación efectiva de los poderes del individuo. Los que leen a Hobbes desde el punto de vista de las ideas políticas, dicen que su fin es la instauración de la Paz, y yo así lo deseo, pero desde el punto de vista de la Historia del pensamiento jurídico y en un sentido más positivo, nosotros diremos más bien: promoción, realización, seguridad de los

P Iuris 60 bien 115 25/11/05, 5:56 PM

Como puede advertirse sin demasiada dificultad el sustento del modo que se ha denominado como dogmático es esencialmente racionalista e ideológico.

III. A. Los componentes del modelo. La aparición del sistema

Ha señalado Vigo que "aquel iusnaturalismo que confió en una razón de ideas claras y distintas exigida por Grocio antes que Descartes, encontrará en la Revolución su alianza con el poder de la burguesía y confiará en el derecho la concreción de un nuevo orden".[27] En suma este modelo exegético–dogmático esconderá detrás del Código el racionalismo en su triple dimensión, un racionalismo utópico que apuesta a crear, sin condicionamiento alguno, un racionalismo político posibilitador de la unificación de la nación y de la edificación del Estado y un racionalismo burgués preocupado por una sociedad profana, libre e igualitaria.[28]

En esta misma línea cabe recordar que la ciencia jurídica moderna, configurada en el siglo XIX aspiró a una comprensión del derecho

---

derechos subjetivos de cada uno…". Ver *Estudios en torno a la noción de derecho subjetivo*, en especial el trabajo "El derecho del individuo en Hobbes", Ediciones Universitarias de Valparaíso, Santiago de Chile, 1976, p. 191 y sgtes.

En el mismo sentido puede consultarse un capítulo de la obra citada de Norberto Bobbio, dentro del trabajo que se ha mencionado *Tomas Hobbes*, Paradigma, Barcelona, 1991. Así dice, en el capítulo "modelo iusnaturalista y sociedad burguesa", el descubrimiento del estado de naturaleza como centro de las relaciones más elementales, más simples, más inmediatas, entre los hombres, que son las relaciones económicas, a través de las cuales los hombres proveen a su sustento, luchando por los bienes que sirven para su supervivencia, lleva al de la esfera económica, como distinta de la esfera política... el descubrimiento de la esfera económica, como distinta de la esfera política... representa a su vez el momento de emancipación de la clase destinada a convertirse en económicamente dominante con respecto al estado existente, mediante la individualización de una sociedad política de una sociedad prepolítica y antipolitica, que se rige por sus leyes naturales y que constituye la base sobre la que se erige la sociedad política como ente artificial producido por la voluntad de los poseedores de los bienes para la protección de su propiedad...", ob. cit., pp. 29.

[27] Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, ob. cit. en especial el "Trabajo descodificación y reforma al título preliminar del código civil", p. 172.

[28] Rodolfo Vigo, "Los principios jurídicos y su impacto en la teoría actual", en *Persona y Derecho*, EUNSA, Navarra, nº 44, p. 66.

P Iuris 60 bien 116 25/11/05, 5:56 PM

sin contaminación de ninguna índole, es decir la perfección que luego se configurará con la teoría pura en el siglo XX.

Queda así delimitado cuanto tiene este modelo exegético-dogmático de pensamiento ilustrado. Si hubiese que buscar un denominador común cabe hablar de un fuerte componente de subjetividad y la utilización del método matemático capaz de concentrar todo el derecho en un orden lógico inexpugnable a la realidad.

Hasta aquí entonces aquello que hace al modelo que puede identificarse con la racionalidad que se apodera de la ciencia jurídica moderna a partir de la edad nueva y que traza un derrotero a través del racionalismo del siglo XVI y del iusnaturalismo de los siglos XVII y XVIII.

Sin embargo falta un elemento que han puesto de manifiesto los autores, que es lo que puede explicar que este modelo haya prevalecido hasta hace pocas décadas. Lo que cabe destacar aquí es la noción de sistema que se pone de manifiesto en el hecho que haya perdurado en el positivismo de raíz kelseniana. Aquí es donde debe ponerse especial énfasis en lo que se ha llamado la parte dogmática del modelo, que ayuda a formular la noción de sistema.

Con todo es siempre necesario realizar una serie de precisiones, ya que en el vasto movimiento que se refiere a la historia del derecho han existido momentos necesarios de sistematización. Lo que aquí se busca es distinguir la necesidad de un sistema con la "ideologización del mismo" que es precisamente una de las consecuencias del pensamiento jurídico de la modernidad ilustrada. Para decirlo en términos poco académicos primero debe analizarse lo que demuestra la realidad de las cosas y luego referirse a la posibilidad de sistematizarlas, haciendolo solamente cuando ello sea necesario para la legislación o para la enseñanza.[29]

[29] En cuanto a este tema resulta importante la consulta del t. 31 de los *Archives de Philosophie du Droit* (Sirey, París, 1986) dedicado al tema "Le systeme juridique". Allí resulta interesante la consulta del trabajo de Jean Gaudemet "Tentatives de systematitation du droit a Rome", p. 11, en igual importancia el trabajo de Rene Seve " Systeme et code", p. 77. En ambos trabajos se hace referencia a partir del derecho romano la línea que justifica o no la sistematización. En otro de los trabajos como el de Patrick Nerhot, "Le fait du droit" (pp. 261/279), se pueden analizar distintos presupuestos como los que surgen de los nº 13 (p. 264), 18 y 19 (p. 265) y 36 (p. 269), cuando por ejemplo el autor analiza la visión de sistema en la Ilustración y luego cuando recuerda la aguda frase de Gèny cuando decía que el derecho parte de los hechos.

P Iuris 60 bien 117 25/11/05, 5:56 PM

III. B. Los prolegómenos del sistema

Se debe aquí hacer especial referencia al hecho que no debe confundirse la idea de dogmática jurídica como ciencia, de lo se ha llamado la dogmática como ideología, para tomar la interpretación de Theodor Viehweg, quien también la denomina como exclusivamente legalista o "positivista legal". Precisamente lo que pertenece al proyecto de la modernidad ilustrada es esta segunda parte, la que se ha denominado ideológica.[30]

En cuanto al primero de los temas y la falta de sistematización en el derecho romano puede consultarse el trabajo el Dr. Alfredo Di Pietro "La ciencia del derecho romano", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, nº 18, p. 39 y sgts., Buenos Aires, 1998. En el mismo sentido puede consulatrse la introducción a las " Institutas" de Gayo texto traducido y anotado por el mismo autor en especial la Introducción, en especial pp. 33 y 35.

[30] En su clásico libro Viehweg titula el tema Sobre la relación entre filosofía del derecho, teoría del derecho y dogmática jurídica, y asi dice " En lo que sigue se formularán algunas consideraciones acerca de la relación entre filosofia del derecho, teorìa del derecho y dogmática jurídica. En la sección I partiendo de la dogmática jurídica, utilizaré el viejo concepto de teoría del derecho, en la sección segunda II, el nuevo. En ambos casos intentaré presentar sugerencias para aproximar recíprocamente las distintas formas de pensamiento que aquí se presentan. En la sección III, expondré algunas observaciones finales sobre una deseable ciencia completa del derecho. Por lo pronto veamos la dogmática jurídica.Para evitar aquí el enfoque exclusivamente legalista (positivista legal), no parto de las leyes o de sus equivalentes, sino que me remonto un poco más atrás, al conformarme para nuestros fines con una perspectiva sociológica. Ella permite afirmar que toda agrupación social de personas que aspira a persistir en el tiempo, a fin de posibilitar su cohesión, tiene que crear y fijar una opinión acerca de lo que considera como justum. Una opinión jurídica así fijada- cualquiera que fuese su fundamentación- tiene que ser entendida como una respuesta vinculante a una problemática social y cumple una función social al posibilitar la coordinación del comportamiento de una pluralidad de personas. Para nuestro razonamiento es indiferente la forma como se exprese una tal opinión jurídica, es decir, que se lo haga a través de un oráculo, de máximas transmitidas de generación en generación, de sentencias judiciales, decisiones administrativas, leyes, ordenanzas o de alguna otra forma. Sin embargo debe tenerse en cuenta que una tal opinión jurídica así establecida con carácter de obligatoriedad puede, en menor o mayor medida, ser racionalizada. Es decir puede ser colocada bajo el control del pensamiento. Si ello es realizado en una medida suficiente nos encontramos con una opinión jurídica racionalmente desarrollada. Como una opinión fijada y establecida se llama dogma y el correspondiente esquema de pensamiento dogmática, es correcta la forma habitual de designar como dogmática jurídica a una opinión jurídica racionalizada (*Tópica y Filosofía del Derecho*, Gedisa, Barcelona, 1991, pp. 15 y sgts.).

P Iuris 60 bien 118 25/11/05, 5:56 PM

Este sistema es en el que terminará explicándose todo el derecho desde el punto de vista académico (poco útil para el que opera con las cosas jurídicas), que se presenta como una visión ingenua de la estructura jurídica con plenitud hermenéutica, jerárquico, sin contradicciones ni redundancias normativas fácilmente comprobable como una unidad.

Precisamente aquí es donde aparece la idea de sistema, no debe olvidarse que este modelo reconoce, como se ha expresado repetidamente más arriba un componente dogmático que los autores creen encontrar en la "laicización" del ámbito científico–jurídico, la separación de los conceptos de derecho y moral y la lucha de la escuela de la dogmática por la "ontologización" del derecho positivo.[31]

Como sostiene Larenz "en el siglo XIX, sobre todo, se intentó bajo la impresión de los éxitos de las ciencias naturales elevar la ciencia del derecho al rango de una ciencia, postulando para ella un método análogo a los científicos naturales".[32]

La expresión dogmática conceptualista o conceptualismo dogmático significa a la par, el positivismo normativista y el cientificismo de tipo lógico conceptual, característico de la metodología a la cual da su nombre.[33] Objeto del mismo son exclusivamente las normas de derecho (costumbre o ley) y por ello constituirían la parte dogmática que serviría al conceptualismo de punto de partida, pues las normas constituyen la materia bruta de su elaboración.

Cabe recordar que las expresiones dogmática conceptualista y conceptualismo dogmático comparten su empleo con la denominación "jurisprudencia formal de conceptos", en la cual el adjetivo formal denota el formalismo que, además del positivismo, caracteriza a esta dirección. Este formalismo, para el debido conocimiento del derecho, trata de

[31] Luis Legaz y Lacambra, *Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1943, p. 76. Rodolfo Vigo, *Las causas del derecho*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 13.

[32] Karl Larenz, *Metodología. de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1966, p. 19.

[33] Debe recordarse aquí como se hizo más arriba cual es todo el proceso que lleva a este modelo de carácter matemático que termina imponiéndose en el campo de las ciencias sociales, y que finalmente reemplazará a la concepción clásica en cuanto al origen de la sociedad. Pero no sólo se puede advertir lo dicho en el espíritu contractualista, sino que también se verá alterado el concepto de ciencia. Sobre este tema ver Gaston Grua, *La justice humaine selon Leibniz*, PUF, París, 1956, en especial pp. 231 y sgts.

P Iuris 60 bien 119 25/11/05, 5:56 PM

construir un sistema poniendo en relación sus elementos en una conexión lógica lo más rigurosa posible. En este sentido el formalismo es anterior al positivismo, ya que su pretensión se halla en los iusnaturalistas racionalistas de la segunda mitad y finales del siglo XVIII.

Cabe recordar que los primeros pasos desde el formalismo al positivismo fueron dados por autores iusnaturalistas wolfianos como el caso de Nettelblandt y Putter, al plantear la teoría general del derecho desde el punto de vista positivista, sustituyendo la filosofía jurídica por la ciencia y haciendo preceder el estudio del derecho positivo por una parte general. Esta labor fue continuada por los juristas de inspiración kantiana (Anselmo Feuerbach, Thibaut, Hesse, Zacarías), siguiendo la vía racionalista, en un intento de sistematizar el derecho positivo en base a una construcción lógica.[34] Esta misma tarea la asumirán Savigny y Puchta, desde distintos momentos y con distintos resultados pero lo cierto es que cabe mencionar desde un principio que el racionalismo es la idea directriz de todo pensamiento dogmático.[35]

[34] Chaim Perelman, *Le probleme des lacunes en droit*, Bruxelles, E. Emile Bruylant, 1968. Ver en especial de Amedeo G. Conte, "Decisión, complétude, clouture" en la p. 67. Asimismo Rene Savatier, "Les creux du droit positive au sytheme des métamorphoses d une civilisation". Estos trabajos se encuentran en la obra colectiva citada en primer término.

[35] En lo que hace a la obra de Wieacker es interesante el largo capítulo que el mismo dedica a los orígenes de la Escuela Histórica. El autor propone una completa reflexión que dedica a los orígenes de la Escuela Histórica asi dice "esa repercusión de un movimiento tan exclusivo sobre la nación explica también su influencia determinante sobre la ciencia del derecho y la actuación personal de Savigny. Pues en su monumental exposición, en su acrisolado sentimiento de la forma y en su mérito cultural respira el ideal de personalidad de Weimar, gracias a ello se cuenta entre los pocos juristas cuyo nombre figura incluido en la historia general de la educación de nuestro país ...el nacimiento de la escuela histórica ocurre en el instante en que esa ascensión prende también y arrastra consigo la ciencia del derecho romano. La ciencia del derecho común, en decadencia en la época del derecho natural e inhabilitada por el legislador de la Ilustración, volvió a adquirir su general prestigio cultural por su unión con las ciencias de la Antigüedad" (Franz Wieacker, ob. cit., p. 345).

En similar sentido expresa Vallet en cuanto dicen que "el formalismo es anterior al positivismo, ya que su pretensión se halla en los iusnaturalistas racionalistas de la segunda mitad y finales del siglo XVIII. Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología de la determinación del derecho*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, p. 861.

En similar sentido Guido Fasso, *Historia de la Filosofía del Derecho*, Biblioteca Eudema, Pirámide, Madrid, 1996, pp. 156 y sgts.

P Iuris 60 bien 120 25/11/05, 5:56 PM

Aquí cabe hacer un comentario en cuanto el nombre de Savigny es asociado a la escuela histórica y se lo ha tomado como un crítico de todo el proceso que conduce a identificar el derecho con la ley positiva. Sin embargo su nombre es necesariamente asociado al de la dogmática.

En una obra de juventud, Savigny describe lo que puede tomarse como representación del sentido originario del sistema dogmático de comprensión del derecho. Así explica la metodología de la aplicación del derecho como la tarea de la subsumisión del hecho –caso– a la norma jurídica, reductivamente concebida como enunciado. Así puede verse que sin pretender ser positivista, su visión depende de una concepción articulada sobre la base de un sistema complejo, cerrado y axiológicamente neutro, así la ley es un dogma a partir del cual deben deducirse las consecuencias aplicables al hecho con prescindencia de cualquier actividad valorativa de parte del juez.[36]

Dentro del pensamiento de Savigny el mismo reconoce que "el contenido del sistema es la legislación, es decir, los principios generales del derecho. Necesitamos un medio lógico de la forma, esto es, de la condición lógica del conocimiento de todo el contenido de la legislación para conocer esos principios, en parte en su conexión. Todo lo que es formal tiene por objeto desarrollar la determinación de los principios particulares del derecho –generalmente esto se llama definiciones y distinciones–, ordenar la vinculación de varios principios particulares y su conexión. Esto es lo que se denomina habitualmente verdadero sistema".[37]

Pero aún más clara es la influencia de Puchta, el cual al decir de Wieacker realizó "el tránsito ineludible para el positivismo científico desde el romántico espíritu del pueblo, a la soberanía del especialista en derecho, en una teoría de las fuentes del derecho que se vale, como de un artificio, de la filosofía de la historia de Fichte y Hegel".[38] Este profesor, sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín, es quien convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia de conceptos en principio metódico de ésta.

[36] A este respecto puede consultarse *Metodología Jurídica*, Depalma, Buenos Aires, 1994, traducción de J.J. Santa Pinter del título original en alemán *Juristische Methodenlehre*.

[37] Karl Savigny, *Metodología Jurídica*, ob. cit., ed. cit., p. 37.

[38] Franz Wieacker, *Historia...*, citado, pp. 356 y sgts.

P Iuris 60 bien 121 25/11/05, 5:56 PM

A su vez Karl Larenz explica el alcance e importancia del paso del método sistemático-orgánico de Savigny al lógico-conceptual de Puchta "la unidad del sistema radica en la insuprimible relación de todos sus miembros con un centro, que descansa en si mismo... En cambio, el sistema conceptual según las reglas de la lógica formal se asemeja, por así decir, a una pirámide. El concepto supremo, la cúspide de toda la pirámide, está a gran altura de la base, pero le permite, justamente por ello el más amplio panorama. Si se sube desde la base, se deja debajo de si, en cada paso, un corte transversal. De corte en corte, la pirámide pierde anchura y gana altura. Cuanto mayor sea la anchura, es decir, la cantidad de materia, tanto menor es la altura, es decir la posibilidad de panorama, y a la inversa. La anchura corresponde al contenido, la altura a la extensión (ámbito de aplicación) de un concepto abstracto. El ideal del sistema lógico se consigue plenamente cuando en la cúspide está un concepto generalísimo, bajo el cual es posible subsumir todos los demás conceptos, es decir, los de clases y subclases, al que, por lo tanto, se puede ascender desde cualquier punto de la base a través de una serie de escalones intermedios eliminando cada vez lo especial...".[39]

Cabe consignar asimismo que Puchta denomina genealogía de los conceptos a ese sistema, piramidal en su forma, construido según las reglas de la lógica formal, y considera conocimiento sistemático "al que es capaz de seguir hacia arriba y hacia abajo la desviación de cada concepto a través de todos los escalones intermedios que han participado en su formación".[40]

Aquí cabe recordar, siguiendo a Rodríguez Paniagua que "Savigny no logró explicar con claridad la relación existente entre las dos dimensiones o aspectos a que constantemente hace referencia: entre la institución y la regla o norma jurídica, entre la contemplación global de las instituciones y la modelación categorial o elaboración de conceptos entre la conexión o consecuencias orgánicas y la conexión o las consecuencias lógicas, no es extraño que sus inmediatos sucesores y continuadores se quedaran perplejos ante la doble perspectiva y se vieran obligados a una opción ante lo que no pudieron ver más que como una alternativa, la línea de las normas, de lo

[39] Karl Larenz, *Metodología...*, ya citado Parte I, cap. II, pp. 39 y sgts.
[40] Juan Vallet de Goytisolo, *Metodología...*, p. 862 y sgts.

P Iuris 60 bien 122 25/11/05, 5:56 PM

conceptos, de la lógica es que va a dar lugar a la llamada jurisprudencia de conceptos".[41]

Así es como en el siglo XIX se forma la ciencia del derecho civil, a partir de una visión muy particular del derecho romano, a esta escuela se la llamó Pandectismo.[42]

De esta manera para corroborar aún más la visión racionalista de sistema basta con citar el propósito que se traza Savigny al emprender su monumental obra Sistema de Derecho Romano Actual. Así puede leerse: "nos llevan el reconocimiento de una sola y única necesidad para la ciencia, la revisión periódica de los trabajos de nuestros antepasados, la crítica de sus errores, la confirmación de sus verdades, y una nueva toma de posesión que en la medida de nuestras fuerzas nos haga dar un paso hacia el objeto definitivo. Someter la época actual a la aplicación de estos procedimientos es el fin de mi obra".[43]

Finalmente para que no puedan quedar dudas acerca de la posibilidad que el modelo es el ilustrado, resta sólo citar la importancia que otorga el fundador de la Escuela Histórica a la noción de subjetividad en el derecho. Corresponde consultar la explicación que el mismo autor da también en su obra cumbre al referirse a la naturaleza de las fuentes del Derecho en general, así al mencionar a la relación jurídica dice "el derecho, considerado en la vida real, abrazando y penetrando por todos lados nuestro ser, nos aparece como un poder del individuo. En los límites de este poder, reina la voluntad del individuo, y reina con el consentimiento de todos. A tal poder o facultad lo

[41] José Rodríguez Paniagua, *Historia del pensamiento Jurídico...*, t. II, pp. 431 y sgts.

[42] Franz Wieacker, *Historia...*, citado en pág. 368. Así este autor al referirse a la influencia e Puchta destaca la importancia de su obra *El derecho consuetudiario*, y dice que el mismo llevó a término el tránsito ineludible para el positivismo científico "desde el romántico espíritu del pueblo a la soberanía del especialista en Derecho". Dice también "mediante sus Pandectas, Puchta convirtió plenamente la herencia iusnaturalista de la jurisprudencia conceptualista en principio metódico de la ciencia pandectística. El tratado, que influyó antes y quizá más duraderamente que el "Sistema" de Savigny, es uno de los más claros testimonios de lo que la Escuela histórica debe al método deductivo, tanto del Derecho racionalita más reciente como al de Cristian Wolf, apenas atenuado por el empirismo y la observación", cit. p. 368.

[43] F.K. Savigny, ob. cit., edición citada, p. 2.

P Iuris 60 bien 123 25/11/05, 5:56 PM

llamamos nosotros derecho, y algunos, derecho en sentido subjetivo. El derecho no se manifiesta nunca más claramente que cuando, negado o atacado, viene la autoridad judicial a reconocer su existencia y extensión...".[44]

De esta manera se demuestra claramente que no existe otra posibilidad que el modelo racionalista haya inspirado esta particular manera de entender la relación jurídica que como puede advertirse del texto citado no se compadece con una visión realista. Esto no debe olvidarse en tanto y en cuanto la cuestión de la relación jurídica es de vital importancia en la parte sistemática de la enseñanza del derecho privado en lo que hace a sus nociones elementales, lo cual se vera con mayor claridad al tratar el tema de la estructura que se propone para la materia.

En tal sentido, la tradición a la que se ha hecho referencia, puede formularse diciendo que al trasladar sus premisas al ámbito jurídico, las ideas claras y distintas, desde Descartes a Wolf, serán la génesis del legalismo, producto del cambio surgido por el concepto desligado de la experiencia y por lo tanto de la justicia, con lo cual el paso queda expedito para el voluntarismo.[45]

La paradoja a la que antes se hacía referencia es que el último eslabón de esta cadena que es el positivismo es la resultante de postulados en principio contradictorios, como el racionalismo y el empirismo, pero que quedan "redimidos" en la dialéctica de la modernidad ilustrada.[46]

[44] F.K. Savigny, ob. cit., p. 25.

[45] Vincent Andre Ph., "Genesis y desarrollo del voluntarismo jurídico", Ghersi, Buenos Aires, 1978, p. 13.

Michel Villey, *Los fundadores de la Escuela Moderna del Derecho Natural*, Ghersi, Buenos Aires, 1978, pp. 11/12.

Eduardo, Quintana, *El Código Civil Francés, La Ilustración y el Positivismo Jurídico*, p. 122.

[46] Daniel Innerarity, *Dialéctica de la Modernidad*, ya citado, al cual corresponde remitirse.

Asimismo resulta de gran interés el análisis del pensamiento de Andre Jean Arnaud en dos libros *Critique de la raison juridique* a cuyo primer tomo publicado por la Libraire General de Droit et Jurisprudence" en 1981 le ha seguido recientemente el t. II (entre mundialisation y posmundialisation) editado por la misma editorial en Paris, 2004.

P Iuris 60 bien 124 25/11/05, 5:56 PM

De esta manera puede sintetizarse que la razón tomada abstractamente se torna irracional y que la libertad individual sin finalidad objetiva y comunitaria se convierte en conducta arbitraria y autoritarismo político.[47] En este sentido no deben perderse de vista las críticas que ha realizado el pensamiento posmoderno, en cuanto a la existencia de un intento por alcanzar un nuevo estado de definiciones.

El Iluminismo y la Ilustración que generan el positivismo, tienen sus raíces en el siglo XVII, a través de vertientes opuestas, pues por un lado van de Hobbes a Locke y a Hume y por otro de Descartes a Spinoza. Pero ya en el siglo XVIII, se evidencian las contradicciones, pues en lo que hace a la teoría del conocimiento se reduce todo a sensación, en moral y política apelan a la razón universal y al derecho absoluto, pero no ya a la razón cartesiana sino a la razón inductiva cuya única finalidad es el descubrimiento de las leyes reguladoras del gobierno de los hombres y de las cosas.

En suma, con el fin de completar este derrotero que se ha trazado, cabe recordar los puntos fundamentales de la construcción kelseniana, a saber a) la neutralidad de la ciencia, b) la condición descriptiva de la ciencia jurídica c) el escepticismo ético d) la crítica radical de la metafísica.

III. C) La formulación del sistema

Para concluir con este punto, y poder ya afrontar la parte final de este trabajo parece necesario conceptuar la noción de sistema, que de alguna manera explicará paradigmáticamente el proyecto de la racionalidad ilustrada.

En el siglo XIX se produce una contracción de la metodología para la determinación del derecho volcándose a un positivismo normativista que desemboca en una aplicación del derecho como sinónimo de norma positiva, circunscribiéndose así la función del jurista práctico a la aplicación puramente mecánica.

En este sentido el principio de la subalternación de los saberes permitió que durante muchos siglos la manera de resolver las cuestiones jurídicas se nutrieran de los principios que provenían

[47] Eduardo Quintana, *El Código...*, p. 123.

P Iuris 60 bien 125 25/11/05, 5:56 PM

de otras ciencias. La observación que hacían los juristas de aquello que sucedía a su alrededor permitía dictar normas, o bien decir el derecho dentro de parámetros que respetaban el orden de la naturaleza.[48]

El proceso iniciado por el nominalismo obturó el paso al saber metajurídico, proceso que se había iniciado en los siglos XVI al XVIII, en su lugar se incorporó un material ya elaborado por teólogos, filósofos o políticos, los cuales de alguna manera limitaban al proyecto jurídico.

De esta manera, la gran elaboración del método llamado exegético dogmático (siempre siguiendo la nomenclatura propuesta por Vigo), derivará en un sistema que será aquel que se apoderará de la enseñanza hasta mediados del siglo XX en el cual ante las consecuencias de la aplicación a rajatabla del proyecto iuspositivista, renacerá una manera distinta de mirar las cosas y resolver las cuestiones jurídicas.

Debe advertirse primeramente la existencia de un sutil hilo conductor que puede notarse en Europa en todo el período prerrevolucionario que intenta hacer valer el mito racionalista a través del derecho utilizando el mismo como herramienta.[49]

Como se ha dicho en otro trabajo, si debiera presentarse un ejemplo para demostrar como es el modelo de enseñanza por el cual se explica el proyecto de la modernidad ilustrada éste es sin duda el de la escuela de la exégesis.[50]

Cabe explicar, tal como se ha dicho, que elegir el método de la exégesis es una cuestión paradigmática, ya que difícilmente puede encontrarse en la historia de la enseñanza del derecho, un ejemplo mas claro de lo que significa adherir a un modelo de sistema que pretende encerrar la enseñanza en un conjunto de fórmulas.

[48] En especial Robert Spaemann, *Lo natural y lo racional*, Rialp, Madrid, 1989. Puede recorrerse a este respecto el prólogo que prepara Rafael Alvira para la edición española cuando dice " el pensamiento moderno ha abandonado progresivamente el concepto de naturaleza en general, pero sobre todo el concepto de naturaleza humana", p. 13.

[49] Una vez más aquí cobra vigencia la frase que popularizó Thomann en cuanto que el derecho ha sido en ese período el prisionero de las palabras.

[50] Aquí cabe hacer referencia al trabajo publicado en el t. III de la obra *Codificación...*, ya citado, "La enseñanza del derecho en la tensión...".

P Iuris 60 bien 126 25/11/05, 5:56 PM

Con todo debe siempre recordarse que no es acertado identificar los principios inspiradores del Código con un modelo de enseñanza, ni tampoco con el momento histórico en el cual adquirió vida. Simplemente cabe hacer la acotación que este método, que como se dijo nació a la sombra de un código determinado rigió en un lugar determinado durante casi un siglo, incluso hasta puede pensarse que si se lo mira de manera abstracta en su implicancia existen ya razones para suponer una ampliación al método llamado dogmático.

A partir de esta idea es necesario plantear que la ciencia moderna ha buscado explicar el derecho a partir del derecho positivo y es así como adquiere cierta unidad sistemática, que sigue el siguiente derrotero: análisis, síntesis y sistema.[51]

De esta manera, la razón del legislador (exégesis), o la razón del científico (jurisprudencia de conceptos) contarán con niveles de perfección, previsión y clarividencia que las tornaran insospechadas de silencios o incoherencias.[52]

De lo que se ha dicho más arriba ha quedado planteada la razón por la cual el modelo se constituyó en un verdadero sistema, resta ahora analizar como se ha llegado a la influencia de este modelo en las llamadas partes generales. Para ello no debe olvidarse un paso previo que ha sido el de las teorías generales.

Si se hace esta acotación es porque invariablemente la enseñanza del derecho privado ha tenido como base las partes generales, lo cual ya desde su perspectiva epistemológica demuestra cual es la filiación de la misma ya que existe aquí una necesaria referencia al hilo conductor que va desde la idea de sistema a las teorías generales que informan las partes generales.

Así dice Hernández Gil "concluida la construcción jurídica, su resultado es el sistema, preguntarse por el valor y la utilidad de éste es preguntarse asimismo por el valor y la utilidad de la propia construcción... la transformación de la materia en sistema representa una perfección de la misma. Es lo que la hace más visible, lo que le da una forma plástica, se agrupa en cuerpos modelados plásticamente. El

[51] Rodolfo Vigo, "La interpretación jurídica"..., ob. cit., p. 17.

[52] Rodolfo Vigo, ídem nota anterior.y asimismo del mismo autor en "De la ley al derecho", también citado, en especial el capítulo que se refiere a "Algunas tesis actuales sobre la interpretación jurídica judicial", pp. 26 a 55.

P Iuris 60 bien 127 25/11/05, 5:56 PM

sistema es, además la forma más rápida y concertada de mostrar la materia".[53]

El principal fruto de este método es el que derivará en la construcción de las partes generales, tan comunes en el campo de la filosofía jurídica a mediados del siglo XIX y principios del XX, que han venido a suplantar a la tradicional filosofía del derecho, siendo entonces estas teorías generales las que con el material que aportan las partes generales se transforman en las "introducciones" del saber jurídico a manos del positivismo.[54]

Retomando la hipótesis de trabajo propuesta más arriba, lo que se advierte es una influencia del método racionalista que privilegia un orden metodológico al que podría llamarse el ámbito de la justicia concreta.[55]

A partir de esta idea se refleja el orden de la exégesis en cuanto a que pretende que el derecho se encuentra contenido dentro de los textos legales.

Lo importante para resaltar es que abarca todo el siglo XIX y de alguna manera se transforma en el paradigma del derecho continental

En cuanto a la estructura e implicancias puede decirse que el derecho está estrictamente contenido dentro de los textos legales de tal suerte que la tarea del jurista no consiste más que en extraerlo de

[53] Antonio Hernández Gil, *Metodología*, ya citada, pp. 142 y sgts.

[54] Mario Losano, *Los grandes sistemas jurídicos*, lug. cit., pp. 172 y sgts.

[55] A este respecto cabe leer con atención la formulación de Wieacker cuando desarrolla dentro de los distintos modelos de codificación la que él llama la ilustrada y por otro el de la cientificación del derecho. Así dice " comparados con el anglosajón todos los derechos del continente europeo y de los países europeizados de otras partes del mundo acusan concordancias que dependen de la permanente comunidad de desarrollo político y espiritual. Se remontan a la cientificación del derecho con el redescubrimiento del Hábeas Iuris y del Derecho común, a la Teoría y el sistema del Derecho racionalista, a la humanización y racionalización de la esencia del Derecho mediante la Ilustración y al fundamental y abstracto ideal del estado de Derecho impuesto ya en el Derecho privado por el tardío Estado autoritario alemán y en el Derecho penal por la Revolución Francesa. Los mayores servicios de esta cultura jurídica fueron la humanización del Derecho Penal por la Ilustración Prusiana, la superación del proceso inquisitivo por la Revolución Francesa y la penetración conceptual y sistemática del Derecho Común por la ciencia de las Pandectas" (*Historia del Derecho Privado en la Edad Media*, citado, p. 464).

P Iuris 60 bien 128 25/11/05, 5:56 PM

allí. Esto implica el postulado de la suficiencia y por lo tanto de la plenitud de la ley escrita, lo cual ya deja entrever una clara disposición iluminista en cuanto pretende que la razón del hombre es capaz de resolver todas las cuestiones en una suerte de mirada sobre el progreso indefinido.

La conclusión es que debe resaltarse que este modelo tiene un espíritu de escuela ciertamente esotérico, hay un claro interés en encerrar el derecho en un conjunto de palabras, lo cual ciertamente es un fenómeno que ha comenzado en la imagen del iusnaturalismo moderno.

IV. Propuestas de reformulación

IV. A. Una mirada desde la posmodernidad

Como se ha sostenido en otro trabajo, se hace necesaria una mirada sobre la posmodernidad como momento en el cual se debe replantear la enseñanza del derecho, por lo menos desde la perspectiva del derecho privado.Esto es así una vez que se ha superado la fragmentación que ha significado la modernidad, que necesariamente al explicar el derecho lo hace desde una óptica puramente dogmática.

Cabe decir que si esta nueva manera de explicar el problema se presenta en la segunda mitad del siglo XX, es necesario referirla al proceso de la posmodernidad. Ya ha quedado claro que es necesario plantear el tema desde este ángulo porque es el momento en el cual se ha producido la crítica al positivismo.

Dicho de otra manera, no puede eludirse el momento de la posmodernidad como cosmovisión ya que en el mismo es en el que se formula el proyecto de modificación que se propone.

El problema no se presenta tan sencillo, toda vez que la enseñanza muestra otros retos, que no necesariamente se vinculan al campo de las ideas, sino que pasan por los modelos de vida que han ido cobrando vigencia en el mundo occidental, dentro de las últimas dos décadas. En verdad se ha tratado de reflejar el problema, que sin duda se ha producido en el derecho continental, desde una parcela de la realidad que es la enseñanza en el campo del derecho privado. La elección de la parcela a la que se hace referencia, es además la experiencia jurídica y docente que ha llevado a proponer una alternativa a la enseñanza del derecho, por otra parte se elige el ám-

P Iuris 60 bien 129 25/11/05, 5:56 PM

bito en el cual, por antonomasia, se estudian las relaciones de justicia conmutativa.

Con lo dicho entonces queda claro que la solución debe darse superando también la mirada que sobre el tema puede arrojar la posmodernidad.

De acuerdo a lo que se ha dicho más arriba se acepta entonces la tesis de la posmodernidad como diagnóstico y a partir de allí construir sobre aquello que se ha desarticulado, esto implica aceptar desde un principio que el momento de la posmodernidad sirve para alejarse de la modernidad ilustrada pero no para instalarse en la misma, ya que este momento puede ser analizado desde distintas perspectivas.

Puede decirse que no resulta unívoca la definición que se da sobre el momento de la posmodernidad, así la misma es susceptible de distinguirse de la tardoposmodernidad que resulta ser una acentuación de lo moderno.

De esta manera Jesús Ballesteros diez años después de haber reflexionado sobre la posmodernidad como decadencia o resistencia sostiene que a partir de la década de los 90 se ha acentuado la visión de la posmodernidad como decadencia a través del movimiento de lo llamado políticamente correcto, y a este momento es al que identifica como tardoposmodernidad. Por otra parte no debe dejarse de resaltar por ejemplo la opinión de Nucci cuando habla de la "posmodernidad buena" que se asimila a la noción de posmodernidad como resistencia.[56]

Es importante dejar en claro desde un principio que si no se considerase a la posmodernidad como un diagnóstico debiera pensarse a la misma como una solución lo cual de alguna manera se muestra como un contrasentido.

Como puede advertirse, en algún lugar, las dos coordenadas propuestas se tocan ya que uno de los ataques de la posmodernidad al modelo anterior se centra en la pérdida de noción de sujeto, el cual debe ser sustituído por estructuras anónimas e inconscientes en las que ese sujeto se difumina hasta desaparecer. Las corrientes de la posmodernidad sustituyen el trascendentalismo de la conciencia por

[56] Jesús Ballesteros, "Modernidad y Posmodernidad", en *Persona y Derecho*, EUNSA, Navarra, 2000, nº 43, pp. 15 y sgts. Giandomenico Mucci, *La posmodernidad buena*, ya citado.

P Iuris 60 bien 130 25/11/05, 5:56 PM

el del inconsciente bajo la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales lingüísticas o simbólicas.[57]

Sea como fuere y cualquiera sea la terminología lo cierto es que la posición desde la posmodernidad presupone por una parte aceptar la imposibilidad de volver a reunir aquello que se ha dispersado o aprovechar estar circunstancia para recomponer a partir de lo que se ha disgregado.

Una frase de Innerarity puede ayudar a entender lo que se está diciendo " tomaré el término postmodernidad para tener algo a lo que atenernos, sin pretender ocultar la manifiesta ambigüedad de esta denominación. La postmodernidad es una manera de celebrar la diversidad y la diferencia, una preferencia por el fragmento y la emancipación individual, frente a los sistemas, las totalidades y las ambiciones racionalizadoras. Pero también es una filosofía del casuismo histórico, la sustitución de la categoría del poder por el agotamiento".[58] Esto implica que ante la evidencia del fracaso de la idea del progreso indefinido, no necesariamente se cae en esa suerte de disgregación que provoca el relativismo, en el cual el hombre deja de estar en el centro del mundo, porque sencillamente ya no existe ese "centro del mundo".

Superada esta primera mirada de la posmodernidad, cabe la otra, que significa no aceparla en su faz de relativismo, sino mirarla desde la óptica de la oposición a la injusticia, creyendo en la razón, pero no como reguladora de todas la cosas, sino como descubridora de la verdad. En esta misma línea es un pretendido progreso, pero partiendo de la convicción que los problemas de este tiempo no son técnicos, sino éticos, se trata en suma de defender lo inalienable de la persona. Para decirlo en los términos que lo hace Ballesteros se trata de defenderla no sólo frente al estado sino tam-

[57] Dentro de los trabajos que pueden arrojar luz sobre la tensión modernidad posmodernidad, resulta de interés el de Raúl Madrid Ramírez "Deconstrucción y antirepresentacionismo", el cual al abordar el tema específico y reconocer cierta crítica acertada sobre la modernidad entiende que el proyecto posmoderno resulta de una absoluta inviabilidad operativa, precisamente se coincide en cuanto a que la posmodernidad como se dijo en el cuerpo del trabajo debe ser tomada como un diagnóstico (conf. *Ius Publicum*, nº 10, año 2003, revista de la Escuela de Derecho Universidad Santo Tomás, pp. 21/33).

[58] Innerarity, *Libertad como pasión*, EUNSA, Pamplona, 1992, p. 14.

P Iuris 60 bien 131 25/11/05, 5:56 PM

bién frente a toda forma de explotación, y todo intento de abolición y alienación.[59]

Aquí es donde aparece el problema del derecho entendido como una solución a las controversias desde un criterio de justicia. Por eso el mismo debe ser enseñado desde una postura distinta ya que ha quedado en claro la falta de respuesta del modelo llamado exegético dogmático.

Lo importante será buscar un punto equidistante del racionalismo extremo de la modernidad y el pretendido irracionalismo radical de la posmodernidad.[60]

Sin perjuicio de ello debe reconocerse con honestidad que el ámbito o nuevo paradigma de la posmodernidad abre mayores perspectivas para una comprensión de fenómenos jurídicos ya que no se muestra como un sistema hermético y autosuficiente.

No es vano recordar aquí que la idea de sistema sólo puede ser mirada desde la modernidad, cabe recordar que los autores se refieren al proceso de la modernidad como el fin de las grandes narraciones y el comienzo de los pequeños relatos, lo cual depende el ángulo desde el que se lo mire puede generar soluciones o no.

Es aquí donde aparece el gozne sobre el cual gira el problema, que es buscar la re-unión a partir de lo despedazado. Para avanzar en este camino es necesario repensar la relación del hombre con la realidad. La modernidad es la época de la escisión del hombre y la naturaleza, de la conversión del hombre en sujeto y de la realidad en problema. El proyecto moderno ha estado presidido por el objetivo de mantener la soberanía del hombre sobre el mundo, reduciendo lo real a su relación con una subjetividad constitutiva. La concepción del mundo como pura contingencia explica la primacía de los artefactos de la sociedad moderna, mentalidad funcionalista como carácter de una época.

[59] Jesús Ballesteros, *Posmodernidad: Decadencia o resistencia*, Tecnos, Madrid, 1997.

[60] Se vuelve aquí a señalar la obra de Innerarity *Tras la posmodernidad*, ya citada, y el trabajo de Madrid Ramírez, citado. En este punto es importante volver sobre la tesis de Ballesteros acerca de la posmodernidad como decadencia o resistencia y la reflexión sobre la posmodernidad o la tardoposmodernidad, en el mismo sentido cabe citar a Francesco D'Agostino, en su trabajo "Modernidad y Postmodernidad" (*Persona y Derecho*, nº 42, pp. 17 y sgts., Navarra, 2000).

P Iuris 60 bien 132 25/11/05, 5:56 PM

Precisamente en este punto es en el que se quiebra el sistema como mito, más allá de que aquello que se construya sea o no suficiente para reemplazarlo.

A partir del descubrimiento de la insuficiencia del juridiscismo va apareciendo la necesidad de buscar otras soluciones, muchas de las cuales aparecerán de la mano de la rehabilitación de la razón práctica.

Así señala Vigo "los ámbitos académicos jurídicos durante el siglo anterior y en buena parte del presente, optaron entre un irracionalismo o una noción cientificista de la racionalidad. Sin embargo a instancias de ciertas experiencias vividas y de la superación por distintas vías en el campo de la ética del escepticismo predominante acerca de los enunciados normativos y axiológicos, fueron apareciendo autores y escuelas que coincidían en reconocer la viabilidad de una razón capaz de justificar preferencias o directivas de la praxis humana".[61]

Así, cabe señalar que para el pensamiento moderno, el concepto de mundo no indica cosmos, la articulación ordenada y necesaria de todo lo existente, el horizonte donde se encuentran todos los significados constitutivos que sirven para orientar el pensamiento y la acción, indica por el contrario, la contingencia misma, dentro de la cual se ha convertido en un problema encontrar la necesidad, la verdad, la belleza los valores. De esta manera la modernidad no atiende al tema de los valores sino que se refiere a El Valor, así con mayúsculas.[62]

Del mismo modo se advierte que subyace un mundo totalmente contingente en el cual la autonomía de lo real es sólo aparente, el conocimiento absoluto exige que el objeto no sea nada más que su relación a la subjetividad.

En la filosofía moderna y contemporánea, las fronteras entre la filosofía, la ética y la estética están excesivamente señalizadas, esto es debido a que la idea moderna de racionalidad, formada a partir del modelo de la ciencia positiva, no tiene vigencia en la moral o el arte, estas dos actividades no son compatibles con una concepción mecánica de la naturaleza, sino por el contrario lo son con una visión teleológica.

[61] Rodolfo Vigo, "Nuevos vientos de la filosofía del derecho", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 119 a 129.

[62] Daniel Innerarity, "Dialéctica de la Modernidad", en especial p. 125.

P Iuris 60 bien 133 25/11/05, 5:56 PM

La superación de las rupturas que se han mencionado otorgan a la posmodernidad la posibilidad de abrir una instancia, lo cual no quiere decir que necesariamente esto se de en un solo sentido, precisamente el trabajar con el pensamiento crítico hasta sus últimas consecuencias puede conducir a una situación en la cual ya no se encuentre retorno para recomponer lo que se ha dispersado.

En este sentido, recobra renovada vigencia lo sostenido por Leocata en cuanto que la posmodernidad no debe ser entendida como una propuesta sino como un diagnóstico, pues si fuese una propuesta o intentanse ser una respuesta estaría faltando, por decirlo de algún modo, a su razón de ser, que es la permanente crítica más allá de los modelos de la modernidad.

Cabe aquí concluir que la filosofía, la ética, el arte, no pueden seguir artificialmente separados: el saber ilumina y aclara la realidad al tiempo que instala al hombre en su contexto vital, la ética tiene que ver con la verdad (cabe acotar que esta no es una preferencia arbitraria), y es en buena medida una cuestión de buen gusto, así se advierte que el arte no es independiente de la moral y tiene un indudable valor cognitivo. Lo mismo puede decirse acerca de la relación entre el derecho, la política o la economía.

En este sentido la interelación verdad-justicia es señalada muy agudamente por Pieper al mencionar en su estudio de la justicia, que la misma no consiste sino en la vida vivida en verdad con los demás.[63]

De esta manera, si la modernidad propuso como lema "la experiencia contra la autoridad" las posmodernidad debería recuperar el valor de lo que puede ser comprobado experimentalmente, de lo que sólo puede ser contado. En el mismo sentido para que la posmodernidad no sea un mera queja por la marcha del mundo, de un mundo totalmente administrado, debería dirigir la mirada hacia la realidad, hacerse cargo de aquella alteridad que excede las perspectivas individualistas.[64]

Se trata de desenmascarar pero a partir de una propuesta que implique enseñar un saber práctico prudencial cuyos principios se encuentran en otros saberes por eso cuando se habla de principios

[63] Josef Pieper, *Las virtudes fundamentales*, Rialp, Madrid, 1976, p. 85.

[64] Edith Stein, *La pasión por la verdad*, Bonun, Buenos Aires, 1994, en especial capítulo VI, "Metafísica de la comunidad".

P Iuris 60 bien 134 25/11/05, 5:56 PM

generales del derecho no se hace referencia a lo que la doctrina ha entendido como tales desde su mirada decimonónica moderna ilustrada, sino una perspectiva distinta.

La posmodernidad, en cierto sentido es el crepúsculo de la modernidad, y también la posibilidad de una nueva era de síntesis. Como ha señalado Taussig "en cuanto crepúsculo conviven en ella las sombras de todas la realidades que brillaron en la modernidad. En cuanto posibilidad puede alumbrar una esperanza. Aunque tampoco deba descartarse que puede resultar también, en su concreción histórica, un momento más del proceso de la modernidad, implícito o germinalmente presente en su inmanentismo metafísico o su automomía insubordinada, que como tal aún no ha llegado a plasmar su diversidad".[65]

Lo que quiere decir todo esto es que se abre con la posmodernidad una instancia, que todavía no tiene un final claro, no es más que una propuesta para salir de las trampas y los enmascaramientos de la modernidad, de esta manera los autores que han vislumbrado el tema, utilizan la noción de posmodernidad como un ámbito de respuesta al proyecto de la Ilustración. Por lo general se parte de la coincidencia respecto al desarrollo exagerado del racionalismo iluminista que en nombre del método produjo un reduccionismo peligroso en el análisis de la realidad del ser humano, opacando la capacidad de comprensión de la totalidad del mismo.

De esta forma la desaparición del modelo de la Modernidad Ilustrada se muestra en el campo del derecho como el abandono del modelo exegético dogmático iuspositivista.

Hasta aquí, entonces la referencia sobre la posmodernidad, la cual corresponde que sea analizada como un diagóstico y no como una respuesta, tal como se dijo más arriba. Por lo pronto resulta satisfactoria como crítica de la modernidad ilustrada, y en el campo jurídico esto se trasluce en una mirada distinta sobre la realidad, la cual presupone un punto de partida y nada más que eso, pero por lo pronto es suficiente.

De esta manera, también en el campo de la enseñanza, este alejamiento del modelo del racionalismo que generó la utopía

[65] Eduardo Taussig, "Posmodernidad y universidad", en AA.VV., *Un diagnóstico para la nueva evangelización. Los orígenes de la posmodernidad*, Fundar, Bs. As., 1995.

P Iuris 60 bien 135 25/11/05, 5:56 PM

iuspositivista, puede dar lugar a una exacerbación del nihilismo o por el contrario presentar una realidad dentro de la cual se construya a partir de la realidad, así como hay autores que desde el punto de vista religioso sostienen que el fin de las expectativas utópicas abren una instancia a la pregunta religiosa.[66]

En este mismo orden de ideas puede citarse a Innerarity cuando sostiene que lo más valioso de la posmodernidad es el abandono de la crítica en sentido enfático, de la utopía (en el sentido moderno) y lo definitivo, de las legitimaciones absolutas, y a su vez propone atender a las condiciones de la finitud humana, tomar en cuenta la contingencia en la cual se encuentran inmersos los seres humanos y el escaso control que el mismo tiene sobre "contingencias históricas, acontecimientos irreversibles, destinos ineludibles, facticidades inevitables, escaseces de variada índole".[67]

IV. b. Una mirada desde el realismo

Cabe por fin, avanzar en un intento de respuesta acerca del problema que se plantea al profesor de derecho privado ante casi dos siglos de enseñanza en un modelo racionalista. Se habla de intento ya

[66] Resulta aquí interesante la opinión de Peter Koslowski cuando refiriéndose a esta alternativa dice " la Antigüedad tardía reaccionó con la religión cristiana ante el desmoronamiento de las religiones paganas y ante el hecho de que las expectativas para el futuro se cumplieran. Lo que observamos hoy es que después del derrumbe de las expectativas utópicas para el futuro, el nihilismo y la mitología están predominando, en lugar de la religión. Lo que estamos experimentando es una modificación del fenómeno que ocurrió en la Antigüedad tardía. Las expectativas utópicas para el futuro del marxismo no se han cumplido, como tampoco se ha cumplido la expectativa apocalíptica del fin del mundo. Sin embargo el nihilismo, que ha desplazado al cristianismo amenaza con predominar en forma de pluralismo total y de la noción desconstructivista de que "todo está permitido". El nihilismo ya no es el invitado siniestro que golpea a la puerta, como comentó Nietzsche al referirse al siglo XIX sino que ya ha entrado. En lugar de volver al nihilismo o a la mitología en vista de que no se han cumplido ni la utopía ni el apocalipsismo, deberíamos tomar nuevamente el modelo de la Antigüedad tardía y superar el nihilismo con la religión cristiana" (conf. "Razon e historia, La modernidad del posmodernismo", en *Anuario de Filosofía de Navarra*, vol XXVII/3-1994).

[67] Daniel Innerarity, "Tras la postmodernidad", en *Anuario de Filosofía de Navarra*, vol. XXVIII/3, 1994, cit., p. 963.

P Iuris 60 bien 136 25/11/05, 5:56 PM

que en temas como los que se abordan lo peor que puede hacerse es pretender alcanzar una solución definitiva, ya que lo que se está proponiendo es una alternativa a un modelo de enseñanza que pretendió ser una respuesta definitiva. Debe reconocerse que asistimos a una renuncia gradual, pero efectiva a los grandes discursos dogmáticos de la razón instauradora o descriptora de realidades apodícticas. Como bien ha señalado Innerarity[68] el momento en el cual nos toca vivir no es una era de titanes sino de héroes, lo cual implica que no se trata de volver a caer en la tentación de pensar todo el derecho privado a partir de definiciones que nada tienen que ver con la realidad.

Se recuerda entonces que el motivo de este trabajo tiene que ver con la manera en que es posible edificar una enseñanza del derecho privado a la luz del realismo jurídico, lo cual no implica olvidar la cuestión del derecho público, pero lo cierto es que en el ámbito del derecho privado se registran los intercambios propios de la actividad de las partes, en las que no siempre interfiere el poder público.

IV. b. 1. El realismo jurídico

Una primera aproximación al realismo jurídico, es una definición clásica que lo ubica en la terminología de la res iusta, pero lo cierto es que al decir realismo jurídico se quiere decir más,es una respuesta a los problemas jurídicos desde el respeto por la realidad de las cosas.

Puede parecer un poco amplia y omniabarcante esta definición pero es la que nos permite referirnos a la parcela de realidad que le corresponde a aquellos que operan con las cosas jurídicas.

Para entender mejor esta referencia a "la parcela jurídica" cabe recordar lo que se dijo más arriba en cuanto se propuso establecer la clara diferencia entre lo que fue el pensamiento ilustrado y la superación del mismo, visto ya como una nueva mirada de la realidad e interpretando a la posmodernidad no tanto como un irracionalismo sino como una nueva mirada sobre las cosas, trasladándose de las ideas, o a las cosas, a los hombres concretos, o la

[68] Daniel Innerarity, *Libertad como pasión*, EUNSA, Pamplona, 1992, en especial el capítulo II.

P Iuris 60 bien 137 25/11/05, 5:56 PM

historia y para decirlo en los términos de Guardini, todo objeto para ser realmente conocido, necesita un comportamiento hacia él.[69]

Precisamente esta mirada sobre la realidad de las cosas con la cual se iluminará luego la realidad jurídica es la que lleva a enfrentar el paradigma iuspositivista.

A este modelo es al que se opone el realismo, al modelo que puede nominarse bajo la forma de la dogmática jurídica, como forma propia de la ciencia del derecho, con predominio de la teoría sobre la práctica, axiológicamente neutral y marcadamente descriptiva, que es lo que se pone en tela de juicio.

Pero previo a incursionar en el tema del realismo jurídico es necesario referirse al realismo jurídico como postura que reconoce y afirma lo real como el principio mismo del quehacer filosófico.

Si se pretende plantear la cuestión del realismo como marco de referencia, es posible dar una definición, para lo cual puede decirse que es una doctrina según la cual el ser es independiente del conocimiento actual que de él pueden adquirir los sujetos conscientes.[70]

Así siguiendo a Pieper cabe decir que "el principio de que la realidad objetiva es la medida de nuestro conocer quiere decir, pues, lo siguiente : las cosas reales son las formas previas y modelos de lo que nuestro entendimiento configura al conocer y constituirse como tal entendimiento. El mundo del conocimiento está "preformado" en el mundo objetivo del ser, este es el modelo, aquel la réplica. El entendimiento en acto es esencialmente algo conformado con posterioridad, pues presenta una relación esencial a algo anterior según la naturaleza, este algo según la naturaleza que precede a todo conocimiento es la realidad".[71]

Entre muchas definiciones cabe citar la de Hervada al prologar la tesis de Schouppe al decir que la concepción realista del derecho es la más clásica de todas las que la ciencia jurídica ha conocido, iniciada por Artistóteles, se reflejará en los juristas romanos y en los juristas europeos hasta la aparición del nominalismo. Completa el tema Hervada cuando dice que es la que mejor explica la práctica judicial,

[69] Respecto a esta reflexión de Romano Guardini puede consultarse el capítulo "El realismo cristiano de Romano Guardini" en el libro de Massimo Borghesi, *Posmodernidad y Cristianismo*, Encuentro, Madrid, 1997.

[70] Etiene Gilson, "El realismo...", citado.

[71] Josef Pieper, "El descubrimiento de la realidad", citado, p. 29.

P Iuris 60 bien 138 25/11/05, 5:56 PM

desde sus orígenes hasta nuestros días, la tarea del juez es buscar, determinar lo propio de cada uno en las partes en litigio, lo suyo de cada uno.[72]

Si bien el tema se presenta como inagotable, tal como se dijo más arriba, para comprenderlo mejor cabe adherir a una explicación que ofrece Vigo. El mismo identifica el realismo jurídico con tres nombres, "aristotélico tomista", también el de "realismo jurídico clásico" o "iusnaturalismo ontológico". Sea cual fuera el tema, como se dijo más arriba pueden sintetizarse en los siguientes caracteres "1. Tesis de la no positividad de todo el derecho: hay un lago jurídico que vale como tal no obstante que sea rechazado o ignorado por la sociedad o sus autoridades. 2. Cognitivismo ético-jurídico: la razón puede conocer dimensiones valiosas o exigencias ética-jurídicas implicadas en las conductas humanas. 3. Tesis epistemológica: rechazo en la materia de la praxis humana a un descriptivismo absolutamente desvinculado de lo justificativo o prescriptivo 4. gnoseología realista: no hay ideas innatas sino que el comienzo empieza en los sentidos, y en el plano de las conductas humanas esa referencia a lo concreto es necesaria e insoslayable y 5. tesis ontológica: el fundamento de la juridicidad natural o indisponible remite a dimensiones o posibilidades intrínsecas al ser humano y a la naturaleza de las cosas en general.[73]

Lo cierto es que para comprender el realismo jurídico no hace falta más que continuar con la línea trazada por el realismo filosófico en cuanto el mismo es el nombre genérico de la doctrina que admite que el conocimiento cierto de las realidades verdaderas de las cosas tienen una existencia independiente del pensamiento.[74]

De esta manera queda trazado un panorama de aquello que se quiere significar cuando se habla de realismo jurídico.[75]

[72] Javier Hervada, Avant –propos en *Le realisme juridique*, de Jean Pierre Schouppe, E.Story-Scientia, Bruxelles, 1987, p. VII.

[73] Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo actual de M. Villey a J Finnis*, Fontamarra, México, 2003.

[74] Etienne Gilson, *El realismo metódico*, citado.

[75] Un desarrollo pormenorizado del tema también se encuentra en la obra de Schouppe ya mencionada, pp. 149 a 176.

P Iuris 60 bien 139 25/11/05, 5:56 PM

IV. b. 2. Una vision del derecho privado

Seguramente una exhaustiva explicación del significado del derecho privado supera ampliamente la intención de este trabajo, sin embargo con el fin de llegar a una mejor conclusión de lo que se está planteando, cabe referirse a una aproximación a aquello que se entiende por derecho privado. Metodológicamente cabe advertir que todos los tratados de derecho civil invariablemente se refieren a la división entre derecho público y privado.

Ya en el *Corpus Iuris Civile* se encuentra esta separación cuando se habla de "quos ad statum rei romanae spectat" y " quo ad singulorum utilitatem". Buscando una traducción vulgar podemos decir que en el primer caso el derecho público se refiere al modo de ser (status) de la organización del pueblo romano, y en el otro caso es lo que atañe a los particulares (singulorum utilitatem).[76]

Si se analiza la cuestión desde una perspectiva filosófica, o para mejor decirlo desde su "espesor filosófico" se advierte que se trata de una división del derecho visto desde el punto de vista de su forma o estructura inmanente. La división puede corresponderse con lo justo particular visto desde la perspectiva de distributivo o conmutativo. Es una división del concepto de derecho en partes subjetivas y por lo tanto da lugar a dos especies distintas de derecho.[77]

Existen sin duda otras explicaciones, una primera tesis ha distinguido entre la fuente creadora, otra se ha inclinado por el interés protegido, otra ha hecho radicar la distinción en la naturaleza del sujeto y por fin en la posición de las partes en la relación jurídica.

Con todo debe reconocerse que dentro de las actuales estructuras la cuestión no aparece tan claramente delimitada, pero debe decirse que si bien en la actualidad existen avances del ámbito del derecho público sobre el privado, no es menos cierto que esto no empalidece la distinción que debe hacerse a partir de los ámbitos de la justicia general y particular, ya que si algo es claramente delimitado es que el derecho privado atiende al ajuste que debe existir en los cambios, o para decirlo de otra manera la reciprocidad necesaria que debe haber en este ámbito, a esto es a lo que se debe hacer referencia

[76] Alfredo Di Pietro, D*erecho Privado Romano*, Depalma, 1999, Buenos Aires, cap. I.

[77] Félix Lamas, *La experiencia jurídica*, IEF, Buenos Aires, 1991, pp. 530 y sgts.

P Iuris 60 bien 140 25/11/05, 5:56 PM

cuando se menciona la concepción del derecho privado pero vinculado a la visión del realismo.

Sin perjuicio de ello, no cabe dejar de resaltar que en la actualidad existe una notable influencia de los ámbitos de derecho público sobre el privado sobre todo en cuanto se trata de observar la importancia de los valores jurídicos, y la interpretación que hace la doctrina y en especial los tribunales, de las normas y su aplicación. Como puede advertirse de lo dicho lo que corresponde es considerar claramente la importancia de los principios jurídicos como sustento del derecho privado.

Corresponde volver sobre el tema de la enseñanza, sin antes dejar de recordar que en la aplicación del derecho corresponde contemplar una estructura más dinámica de la que está acostumbrado a verse en el sistema legalista, por lo cual los principios jurídicos obran como verdaderas pautas rectoras de la interpretación, lo cual a su vez implica que no procede observar una división tajante entre orden público y orden privado, todo es así porque esta división del concepto de derecho es resultado de una abstracción legítima, con fundamento real, pues en concreto cada situación jurídica (cada norma o facultad considerados derecho de manera análogo) en tanto fenómenos complejos realizan en una medida diversa ambas formas o especies del derecho, integrándose en la totalidad de éste por su referencia al bien común.[78]

V. La enseñanza de las instituciones del derecho privado y la reflexion sobre los principios

De alguna manera, la mejor forma de acceder a lo que es la enseñanza del derecho privado, vinculado por definición a la forma de justicia conmutativa, es ubicarlo en el discernimiento de lo justo en la ciudad. Así se evita caer en las excesivas abstracciones que se han compadecido con una forma de reinterpretar la realidad por parte de la modernidad ilustrada que tiene su correlato en la posibilidad de racionalizar el mundo y la sociedad mediante la ciencia y el mito del progreso indefinido.[79]

[78] Félix Lamas, *La experiencia...*, citado, pp. 530/1.
[79] Giandomenico Mucci, *La Posmodernidad Buena*, ya citado.

P Iuris 60 bien 141 25/11/05, 5:56 PM

Pero antes de proponer una lectura para una manera de introducir el estudio del derecho privado, nunca será suficiente resaltar que esta necesidad no parte de un interés de escuela sino simplemente de la propia realidad de la manera en que el derecho se manifiesta en la sociedad, como explica Hervada cuando los juristas romanos consiguieron transformar el derecho en un arte no introdujeron algo radicalmente nuevo en la vida de la sociedad humana, sino que perfeccionaron lo que siempre fue una necesidad para la convivencia humana, el saber dar a cada uno lo suyo.[80]

Así cabe advertir que la manera de enseñar el derecho privado ha surgido del modelo de las universidades decimonónicas que adoptaron en derecho una currícula signada por el proceso codificador. De ese modo cada materia remite a un código o a una parte del mismo y un ejemplo significativo es la materia Introducción al Derecho concebida desde esta perspectiva como una información sintética de las distintas asignaturas-ramas que el alumno debía estudiar con más detalle.[81]

Es por eso que una nueva lectura de este fenómeno debe apuntar a la búsqueda del principio del derecho privado en la dignidad de la persona y no ya en la razón constructiva o en la ley positiva.

Así dice Vigo "el llamado permanente de la escuela es no perder de vista la persona humana con su intrínseca dignidad, dado que si se pierde de vista al hombre y a su sociedad nos quedamos con estructuras ininteligibles al perder de vista el porque y el para que de las mismas".[82]

En si el problema de la enseñanza se inscribe en un proceso de una nueva fundamentación del derecho, la propuesta será analizar la cuestión desde un nuevo humanismo al cual podría dársele el

[80] Javier Hervada, *Introducción crítica al derecho natural*, EUNSA, Pamplona, p. 15.

En el mismo sentido explica Schouppe en la obra citada que el jurista está volcado por la naturaleza de su función espontáneamente a las relaciones sociales, a su vez con mucha claridad expresa que al abocarse un juez a dictar una sentencia, al plantear un abogado litigante una defensa o al tener que pagar una compañía de seguros un siniestro ninguno analiza cuestiones puramente racionales sino realidades (conf. obra citada, Introducción, p. 30).

[81] Resulta interesante la lectura del capítulo del libro de Vigo "De la enciclopedia a la unidad del derecho", en el libro ya citado, *De la ley al derecho*, p. 21.

[82] Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo*, citado, p. 199.

P Iuris 60 bien 142 25/11/05, 5:56 PM

nombre de realista. La concepción antropológica es el elemento nuclear de las diferentes disciplinas sociales, puesto que de diversas maneras, con distintos acentos, todos ellos se ocupan del ser humano. Así, uno de los problemas más destacados de la cultura moderna es el error antropológico que se ha difundido, quizá una de las más claras debilidades de la civilización actual esté en una inadecuada visión del hombre.

Paradójicamente ha sido ésta, nuestra época, en la que más se ha escrito y hablado sobre el hombre, la época de los humanismos y los antropocentrismos y sin embargo se ha atacado su identidad y destino y se lo ha rebajado a niveles insospechados, época de valores humanos conculcados como jamás lo fueron antes.

Ya desde el principio de este trabajo se habló de la imposibilidad de sacar conclusiones acerca de un tema que por decirlo de una manera un tanto pueril " está sucediendo" en estos momentos, y es precisamente asumir el problema de la enseñanza frente a una generación de alumnos que necesitan otra manera de enfrentarse a los problemas jurídicos.

Por eso es que no es posible generar una respuesta contundente sino acercar soluciones propias para el tiempo que toca vivir, sin olvidar que aún hoy se discuten ciertas formas de modernidad ilustrada que intentan hacer frente a la crítica que se ha ejercido sobre la misma, llevando al campo de la Escuela Crítica, el neoestructuralismo, el neomarxismo y el neoliberalismo.[83]

Debe tenerse en claro que el problema de la enseñanza en tiempos necesariamente posmodernos tiene que partir de la comprensión de este elemento antropológico como fundamento de lo pedagógico, y a su vez lo antropológico no puede desconocer el marco cosmovisional en el cual se encuentra inserto.

Es por eso, que tal como se ha sugerido en varias oportunidades durante este trabajo, antes de plantear una respuesta es necesario saber que actitud debe tomarse frente a la posmodernidad.

A este respecto parece pertinente asumir tres posturas frente al problema cosmovisional que se presenta.

El primero será aceptar la "irracionalidad" de la posmodernidad y no tratar de avanzar más allá de los "márgenes" en los cuales ha sido

[83] Pedro Morande Court, "Claves para una comprensión cristiana de la crisis de la modernidad", citado.

P Iuris 60 bien 143 25/11/05, 5:56 PM

colocada la cultura. El proyecto es entonces mantener el estado de desintegración en que ha quedado la cultura después de la crítica que le ha hecho a la modernidad la posmodernidad. Aquí puede decirse entonces que el diagnóstico se transforma en proyecto, esto quiere decir que se acepta esta suerte de repliegue de la razón reflexiva a una posición de resignada impotencia ante la marcha del mundo.[84] Sin duda la mejor manera de reflejar esta actitud es la de hablar del "pensamiento débil".

Una segunda mirada sobre la cuestión nos ofrece una solución que consiste en "reconstruir" la realidad a partir de un nuevo modelo ilustrado, es decir aprovechar la crítica pero volver sobre la razón del hombre como creadora de todas las cosas, esto se encuentra claramente expresado en una obra de Habermas que habla de la Ilustración como un proyecto inacabado. Y aquí está precisamente la clave de la reformulación del sistema, que consiste en aceptar las críticas pero reconstruir a partir de la subjetividad. En si este proyecto se advierte en varios niveles como ser por ejemplo el político, el religioso, el jurídico, y sobretodo tiene su apoyatura en lo cultural, la clave en cada uno de estos está en el consenso, en el acuerdo, en lo que los hombres dicen que las cosas son.

La tercera respuesta (que es a la que en lo personal se adhiere) consiste en observar la realidad después del despedazamiento de la posmodernidad y la reconstrucción no ya a partir de la racionalidad antojadiza del hombre sino a partir de los valores.

Para decirlo en los mismos términos que lo propone el Cardenal Bergoglio en su conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de nuestra Universidad se trata de recuperar a partir del naufragio, los valores que han quedado después de la modernidad que se despide.[85]

Lo importante aquí es recuperar una cultura que no tenga elementos relativistas, ni nihilistas y que supere la inmanencia propia de la modernidad.[86]

De la misma manera las superación del "irracionalismo" al que se ha hecho referencia más arriba permite generar un nuevo modelo que tenga sustento en el realismo con una mirada teleológica, citan-

[84] Francisco Leocata, "El perfil…", ya citado, p. 55.

[85] Jorge Bergoglio, "Algunas reflexiones sobre el ejercicio de la justicia hoy", desgrabación de la conferencia del Sr Arzobispo pronunciada en la UCA el 31 de agosto de 2004, publicada en *El Derecho*, diario del 29 de octubre de 2004, pp. 1-2. Asimismo se incluyó el trabajo en AA.VV., *La Codificación...,* t. III, pp. 13/20.

[86] Idem anterior, p. 1, in fine.

P Iuris 60 bien 144 25/11/05, 5:56 PM

do al autor mencionado "en una situación así, donde priva la fragmentación sobre la unidad el alambique del sofisma sobre el talento de la reflexión, se nos pide coraje para salir de esta trampa que nos pone en proceso de involución. Esta crisis no puede ser superada por ningún tipo de retorno de los que la modernidad agonizante ensayó a porfía, sino que se supera por vía de desbordamiento interno en el núcleo mismo de la crisis asumiéndola en su totalidad sin quedarse en ella, pero trascendiéndola desde adentro y hacia el fin, de donde es necesaria la dirección teleológica, salir hacia el horizonte reivindicar las utopías, y no uso la palabra marxista, sino en la acepción humana que da lugar a la esperanza."[87]

Parece razonable entonces encarar la prometida reflexión final, desde la perspectiva de esta tercera respuesta que es la de "la utopía realista".[88]

Para esto entonces, toda perspectiva de enseñanza deberá superar la equívoca dicotomía entre la ciencia del derecho y el objeto del saber jurídico actuado por sus operadores, sino que se trata de mostrar lo que efectivamente significa ejercer las cosas jurídicas enlazándolas con las experiencias que cada uno tiene y dirigir la atención reflexiva a lo básico de lo valioso.[89]

De esta manera la enseñanza parte de la base de una reflexión posible sobre las cosas jurídicas y no sobre conceptos abstractos, sobre todo, como ya se ha dicho más arriba en un momento en el cual se ha redescubierto la razón práctica, se ha dado su verdadera importancia al tema de los principios, se ha logrado diferenciarlos de las normas, e indudablemente se ha vuelto a ponderar la axiología jurídica.[90]

Finalmente se insiste en lo provisorio de muchas de estas conclusiones, pero precisamente, se estima que en esta aparente debilidad está la fortaleza de la respuesta, ya que se ha recusado a la moderni-

[87] Idem ant., p. 2.

[88] Daniel Innerarity, *Ética de la hospitalidad*, Península, Barcelona, 2001, en especial el prólogo, pp. 11 a 19.

[89] Arthur Utz, "Sobre la experiencia y la formación de las normas", en AA.VV., *El iusnaturalismo actual*, ya citado, pp. 399 y sgts., en especial capítulo II El problema de la obtención de normas morales partiendo de la realidad.

[90] Robert Alexy, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1994, en especial capítulo 1.

Carlos Massini Correas, "La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno", *Doxa* (Alicante), 1998, 21, vol. II, p. 289.

P Iuris 60 bien 145 25/11/05, 5:56 PM

dad ilustrada por pretender dar una solución racional y hegemómica a todos los problemas, cuando de sólo mirar los matices y aristas que éstos presentan se descubre que es imposible lograr una respuesta uniforme.

El desafío es inmenso, pero la solución que se busca merece el intento, debe enseñarse a los jóvenes que se acercan al derecho privado los principios que el mismo encierra para que en caso que deban actuar sepan alcanzar el sentido del derecho desde una explicación que se compadezca con la realidad jurídica. Por tal motivo se ha recusado el modelo que surge a partir de la dogmática jurídica ya que el mismo presupone uno de las últimas demostraciones del racionalismo jurídico.

De esta manera la experiencia jurídica, demuestra que la tarea encomendada a los juristas no puede hacerse desde conceptos vacíos de contenido. Por supuesto que no es inadecuada cierta tarea de conceptualización, pero esto no implica que toda la realidad pueda estudiarse a partir de términos a los cuales se les otorgue un contenido antojadizo.[91]

La aceptación de la perspectiva realista supone una visión opuesta a la modernidad ilustrada en cuanto resulta la negación del conocimiento metafísico de la realidad objetiva, ya anticipada por el nominalismo medieval. En el mismo sentido la adhesión a esta perspectiva realista presupone alejarse tanto del racionalismo como del reduccionismo empirista. En si ambas concepciones tratan de evitar, sin éxito, las consecuencias de esta fractura, y por ello, se inscriben de lleno en la perspectiva del iluminismo ilustrado.

Cabe recordar aquí que lo esencial en el realismo es precisamente ese reconocimiento del ser ente. Así para el realismo la inteligencia para conocer en acto necesita algo sensible, es decir las cosas, si

---

Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, ya citado en especial prólogo, pp. IX y X, y el cap. "De la cultura de la ley a la cultura del derecho", p. 3.

Guillermo, Yacobucci, "Razonamiento Práctico y dogmática jurídica (dos modos de argumentación judicial)", en *Revista Philosophica Del Instituto de Filosofía de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, nº 21, pp. 123 a 138.

[91] Michel Villey, *Lecons d'histoire de la philosophie du droit*, Dalloz, París, 1962, en especial caps. XII y XIII, pp. 221 y sgts.

P Iuris 60 bien 146 25/11/05, 5:56 PM

estas no existieran, no habría conocimiento. Como dice Gilson, el sujeto en vez de encontrar su objeto en el análisis del conocimiento, encuentra su conocimiento y se encuentra a si mismo, en el análisis de su objeto. Esto conduce a convertir la existencia del mundo exterior en una evidencia, pero en la evidencia concreta y directa de la intuición sensible, que se traduce abstracta y directamente en un juicio. En cuanto a las filosofías rigurosamente consecuentes consigo mismas, son edificios admirables, magníficas construcciones intelectuales, pero cuyo defecto también es inmenso en cuanto que no pueden aplicarse a la realidad.[92]

Precisamente enfocar la enseñanza desde esta perspectiva de encuentro de valores presupone que puede descubrirse una forma distinta al modelo exegético dogmático. De lo que se trata entonces es de comprender que una mirada sobre la realidad en la que actúan jueces, abogados, intérpretes y demás operadores es posible en un marco más amplio que sobre el que ha pretendido trabajar el modelo ius-positivista.

Es por eso que esta nueva oportunidad que se abre en el diagnóstico de la posmodernidad permite proponer una reinterpretación de los textos a partir de los principios jurídicos.[93]

Queda claro que desde la visión del positivismo no es posible generar esta respuesta, ya que desde su dualismo la "producción del derecho" estaría determinada meramente por la voluntad creadora y el " conocimiento del derecho" dependería directamente de la reflexión racional., por lo cual normación y ciencia del derecho se reconducen a dos facultades del espíritu humano entre las que no existiría ningún nexo de unión.[94]

Por lo tanto cae por su propio peso el andamiaje que pretende un sistema cerrado, autosuficiente, en el cual sólo es posible resolver cuestiones a partir de la ley vigente y la interpretación que se haga

[92] Etienne Gilson, *El realismo metódico*, Rialp, Madrid, pp. 121-123.

[93] A este respecto cabe analizar por ejemplo los trabajos de Robert Alexy y de Andre Jean Arnaud en el t. 33 de los *Archives de Philosophie du Droit* dedicados a "la philosophie du droit aujourd'hui", en especial el segundo de ellos "La tradition francaise dans la théorie du droit des civilistes", donde el autor analiza la estructura del paradigma de las raíces iusnaturalistas y axiomáticas modernas dentro de la estructura del derecho civil para luego proponer una lectura del derecho privado desde la perspectiva de la teoría del derecho. Asimismo respecto de este último autor (conf. *Archives de Philosophie du droit*, t. 33, Sirey, París, 1988, pp. 261 y sgts).

[94] Gustavo Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1995, 120.

P Iuris 60 bien 147 25/11/05, 5:56 PM

de la misma a partir de cánones tan cerrados como el exegético. Porque debe repetirse hasta el cansancio que el modelo que se ha llamado exegético-dogmático no sólo es tal porque parte del presupuesto de negar otra solución al problema que no emane del texto legal, sino porque propone una interpretación no menos cerrada, en la cual está definido de antemano el método dentro del cual se interpretará la ley, las formas de hacerlo y poco menos que las soluciones.

De esta manera, el proyecto de la modernidad ilustrada apunta a lograr a partir del ideal de la codificación una noción de autosuficiencia del sistema que no se compadece con una adecuada solución de los casos concretos sino que privilegia las abstracciones.

En suma la propuesta que deberá hacerse como alternativa al modelo en el cual todavía se enseña derecho privado es el que cabe presentar desde el realismo.

Para ello corresponde proponer una superación del modelo que distingue entre la ciencia del derecho y el objeto sobre el cual trabajan los operadores e insistir que se trata de una misma realidad sobre la que se tiene que trabajar haciendo propuestas razonables para aquellos que se acercan al mundo del derecho.

Es interesante analizar que el iuspositivismo se mueve más cómodo en el mundo académico que entre los operadores jurídicos y la concreta realidad jurídica, acierta Vigo al decir que "muchos rasgos e institutos que hoy exhibe el derecho vivo que circula diariamente entre la ciudadanía, abogados y jueces resultan muy difícil de entenderlos, explicarlos o justificarlos desde convicciones iuspositivistas centrales, o dicho de otro modo, la actualidad jurídica exhibe una gran variedad de características que remiten a explicaciones típicas o afines al iusnaturalismo".[95]

Se llega así a la propuesta, que muchos autores han trabajado en los últimos años, acerca de la importancia de los principios jurídicos. Así Esser observaba que en el derecho privado existen principios generales del modo más efectivo y amplio, que presentan una semejanza sustancial entre instituciones de las más diversas estructuras nacionales y raíces históricas que permiten encontrar un lectura más allá de las codificaciones particulares en lo que hace al derecho continental.[96]

[95] Rodolfo Vigo, *El iusnaturalismo...*, p. 200.

[96] Esser, obra citada, capítulo "Principio y norma en el derecho civil codificado", pp. 183 y sgts.

P Iuris 60 bien 148 25/11/05, 5:56 PM

No resulta entonces desacertado incorporar una crítica general al modelo de las fuentes desde la perspectiva exegética dogmática, toda vez que se incorpora una importante labor jurisprudencial que permite reflexionar hasta que punto es posible ampliar el campo de las llamadas fuentes, tal como fue concebido por el modelo codificador. Así Vigo refiriéndose a la noción de las fuentes dice cuanto tiene de influencia en las formulación de las mismas el modelo decimonónico ya que la juridiscicidad no depende tanto de su contenido sino de los modos o formas de producción jurídica que se reconoce en ciertos centros con poder para ello.[97]

Cabe dejar sugerido entonces, ya que no es motivo de este trabajo, cuales pueden ser las líneas de acción dentro de un modelo que supere el dogmatismo, ya que se torna más palpable el proceso de descodificación y la necesidad de incorporar los principios jurídicos ya sea a través de la interpretación constitucional o de la tarea prudente de los jueces.

En este sentido cabe comprender que la filosofía del derecho, la ciencia del derecho y la actividad jurisprudencial están llamadas a tener estrechas y fructíferas relaciones entre si. Esto demuestra claramente la vigencia del realismo iusnaturalista, para el cual el derecho es ante todo la solución justa del caso concreto, podría también decirse que el derecho es una obra colectiva cuyo primer impulso de jurisdicidad corresponde a la realidad y que sucesivamente desarrollan y perfeccionan el constituyente, el legislador y el juez.

Cobra vigencia en todo lo que se ha dicho hasta ahora, lo mencionado más arriba en cuanto a que saliendo del modelo legalista lo que resta es una adecuada mirada sobre la realidad, y reconocer en la misma, existencia de valores, es aquí donde reaparece la tensión entre el cognoscitivismo ético o la negación del mismo.

De esta manera, se retoma la critica que se hiciera al positivismo de la escuela de la exégesis cuando se abrieron las compuertas a una enseñanza más allá del modelo del código, lo que es necesario es recusar la formulación del sistema, y reconocer que adecuadamente el derecho puede ser completado por otros saberes en esta integración

[97] Rodolfo Vigo, *De la ley al derecho*, citado capítulo "Descodificación y la Reforma al Título Preliminar del Código Civil", p. 188.

P Iuris 60 bien 149 25/11/05, 5:56 PM

necesaria que ya había sido propuesta un siglo atrás, lo cual implica que en materia de derecho privado además de reconocer la tarea que iniciaron los tratadistas es necesario incorporar los avances de otros saberes en cuanto se ha podido descubrir que existe una tendencia del hombre a vivir en sociedad y de acuerdo a los dictados de una naturaleza que reconoce la existencia de valores.[98]

Se ha hecho especial hincapié en el transfondo cultural que nutre el entramado en el cual se desarrollan las cuestiones jurídicas. Desde este ángulo se ha buscado presentar el tema desde la perspectiva del abogado que ejerce su profesión, por lo cual no fue casual incorporar una referencia desde los problemas del operador jurídicos, toda otro proyecto de enseñanza que sólo piense en la ciencia jurídica desgajada de la realidad naufragará como lo hizo el positivismo decimonónico y el del siglo XX que quedó ensombrecido y finalmente descubierto en su falacia luego de la segunda posguerra.[99]

Se alcanza el fin de este trabajo, el cual ciertamente no tiene un final tal como corresponde a una investigación, sino que resulta ser una propuesta provisoria para superar en el ámbito de la enseñanza del derecho privado la tensión modernidad ilustrada posmodernidad a partir de la comprensión del realismo jurídico.

En suma, desde lo provisorio de todo pensamiento en una época de crisis, el presente trabajo pretende ofrecer una alternativa desde la enseñanza universitaria, en la cual enfocando una parte del saber jurídico, se pueda abordar la totalidad de la realidad, con espíritu cristalino, con conciencia del lugar donde a cada uno le toca actuar, proponiendo a los jóvenes profesores y alumnos una alternativa para enseñar una disciplina que se ocupa de lo justo en la ciudad, haciendoles saber que en la medida en que esto se cumpla y sólo si se cumple, se podrá vivir singularmente como personas con un destino que se construye en lo cotidiano.[100]

[98] Eduardo Quintana, "El derecho saber subalternado a la moral", *El Derecho*, t. 150-963.

[99] En este sentido resulta muy interesante la lectura de la obra de Rodolfo Vigo "La extrema injusticia no es derecho", en el cual el autor a partir de los recientes fallos contra los llamados guardianes del muro analiza la recuperación del iusnaturalismo (conf. FDCS, 2004).

[100] Puede consultarse " Aportes para pensar un itinerario formativo", en revista *Consonancias*, año 3, nº 10, Publicación del Instituto para la integración del Saber de UCA, p. 4, diciembre 2004.

P Iuris 60 bien 150 25/11/05, 5:56 PM

De esta manera una lectura de la orientación jurídica nos habla de una superacion del normativismo, lo cual implica apartarse del juridicismo, el reconocimiento de ciertos ordenamientos supraestatales, una visión que se incorpore al humanismo que ayudará a la validez intrínseca, practicidad, realización de la filosofía contraria al dogmatismo, y un momento judicial que supera la exégesis a favor de la argumentación y por lo tanto se debilita la figura del sistema.

Reaparece aquí el tema del cual se ha hablado más arriba acerca de las nociones de naturaleza y cultura, como ha sostenido Llano que " todas las realidades humanas están mediadas por la cultura, pero que esas mismas realidades no se reducen a su mediación cultural. En toda expresión cultural hay un recuerdo de la naturaleza humana que en ella se manifiesta....en último análisis siempre nos encontramos con la propia naturaleza, por más oculta que parezca tras las construcciones y deconstrucciones culturales. Así que el relativismo ético de corte culturalista responde a una defectuosa concepción de la naturaleza humana y de la propia índole de la cultura".[101]

Comentando este texto y refiriéndolo al tema del realismo clásico dice Massini Correas " toda expresión o manifestación de la naturaleza humana reviste carácter cultural, con su necesario particularismo e historicidad, pero a la inversa, es también evidente que no hay expresión cultural que no tenga inexorablemente un fundamento natural".[102]

Desde esta óptica entonces y tomando las palabras del Papa Juan Pablo II cuando dice que el derecho debe servir a la vida social[103] y ubica el fundamento del mismo en la persona humana es necesario proponer una lectura distinta a la enseñanza del derecho privado, toda vez que el paradigma en el cual el mismo se sitúa sigue girando en base a la noción de ley positiva y en la racionalidad entendida como autónoma del valor.

Por fin entonces corresponde enfatizar que la solución podrá darse a partir de la mirada sobre los paradigmas de una determinada época, es decir, los esquemas generales de interpretación. Estos pa-

[101] Alejandro Llano, *Humanismo Cívico*, Ariel, Barcelona, 1999, p. 154.

[102] Carlos Massini, "Multiculturalismo y derechos humanos", en *Persona y Derecho*, nº 48 (2003), p. 63/ 95.

[103] Juan Pablo II, discurso del epígrafe.

P Iuris 60 bien 151 25/11/05, 5:56 PM

radigmas, que sin negar la libertad personal, constituyen un factor determinante del modo de expresar, pensar y afrontar la vida, se forman lentamente y es muy probable que se esté asistiendo a la formación de un nuevo paradigma, un paradigma posmoderno, caracterizado por elementos positivos que lo hacen seguro y realizable.[104]

Para que esta última circunstancia se vea efectivamente cumplida deberá atenderse al concepto de posmodernidad como toma de conciencia de la crisis de la primera modernidad y propuesta de nuevos modelos intelectuales y políticos, desechandose la tardomodernidad como intento de retrasar el final de la Ilustración, que al prolongarla inercialmente se acoge al relativismo ético y cultural que es el llamado pensamiento débil.

En este sentido se espera de la posmodernidad una verdadera integración de las distintas capacidades de la persona humana, que necesariamente especificará la integración de los saberes, lo cual generará los límites que se muestran necesarios para comprender la esencia de las cosas. Esto es precisamente lo que debe distinguir al nuevo pensamiento del iluminismo supérstite, para el cual pensar significa producir un orden científico unitario y entiende los principios como axiomas determinados arbitrariamente como abstracciones supremas.

Por fin aquí cobra vigencia el realismo jurídico en cuanto el mismo puede considerarse como un descubrimiento del valor de los fines del derecho, y en este sentido cabe decir que si el derecho pretende mantener su legitimidad debe ser fuente permanente de invocación y de reclamo por aquello que es lo justo, y para ello deberá redescubrirse que el sentido legitimador del derecho por antonomasia se encuentra en el respeto por la naturaleza humana.

[104] Joseph Ratzinger, *Ser cristiano en la era neopagana*, Encuentro, Madrid, 1995, p. 145.

P Iuris 60 bien 152 25/11/05, 5:56 PM

¿EXPRESIONES DEL *IUS COMMUNE* EN LA APOTEOSIS DE LA CODIFICACIÓN?

Las notas de Dalmacio Vélez Sársfield o de cómo un código decimonónico pudo no ser la mejor manifestación de la *cultura del código*[1]

EZEQUIEL ABÁSOLO

Introducción

Frente a una historia del derecho que en lo relativo al fenómeno de las *continuidades* se suele concebir como la mera reconstrucción de cadenas de argumentos que presuntamente se han ido eslabonando en forma reiterada a lo largo del tiempo –enfoque que, como bien da a entender António Manuel Hespanha, conlleva el riesgo de pretender "descubrir" parentescos intelectuales en lo que sólo constituyen meras semejanzas terminológicas formales–,[2] aquí me detengo en el examen de un aspecto de la metodología del quehacer jurídico an-

[1] Artículo publicado originariamente en la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Valparaíso), n° 26 (2004), reproducido aquí con autorización de los editores. Cabe señalar, además, que este trabajo integra el Proyecto de Investigación "Nuevos campos de investigación en la historia del derecho indiano: el derecho indiano provincial y local y la pervivencia de la cultura jurídica indiana después de la emancipación iberoamericana", que dirige el doctor Víctor Tau Anzoátegui y que obtuvo una subvención por parte del Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos de la Fundación Carolina (España).

[2] António Manuel Hespanha, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia,* Lisboa, Publicaçôes Europa-América, 1997, en especial, pp. 18 y 19.

P Iuris 60 bien 153 25/11/05, 5:56 PM

tes que en el de los meros contenidos normativos. Dicho de otro modo, mis interrogantes de la hora no pasan tanto por la detección de vínculos entre experiencias jurídicas cronológicamente distintas –hayan sido éstas de índole doctrinaria o legal–, sino por identificar algunos aspectos de la integración de las mismas en el contexto de la codificación. Así las cosas, de lo que me ocuparé en particular será de las conocidas notas con las que Dalmacio Vélez Sársfield acompañó a su proyecto de código civil; esas mismas notas que los juristas enfrentamos a diario desde los tempranos días de la formación universitaria, y que, quizás, precisamente, como lastre de la contemplación cotidiana, no han merecido hasta el presente el tipo de atención que pienso dispensarle aquí, en función de su reconocido "atractivo dialéctico".[3]

Dicho lo anterior, debo advertir que en la elaboración de este trabajo –que se integra en un vasto proyecto colectivo que pretende sentar algunos lineamientos respecto de cómo y cuándo se produjo el definitivo agotamiento del derecho indiano, ordenamiento cuya subsistencia secular, según resulta comúnmente aceptado por la actual historiografía jurídica, se prolongó en la América española hasta muchos años después de consolidada su independencia política–[4] parto de considerar al *código* más que como el producto intelectual de uno o varios individuos, como el derivado de una cierta cultura jurídica, concepto, este último, bajo el cual entiendo un vasto conjunto de conocimientos, valores, principios e ideologías compartidos que, vinculados con el derecho, imperan en una época y en un lugar determinados.[5] Vale decir, entonces, que considero a la codificación como la peculiar expresión de la nueva *forma mentis* de concebir al derecho que se fue imponiendo en Occidente desde las postrimerías del siglo XVIII. Así las cosas, esta investigación tuvo por norte específico reconstruir parte de los elementos que estuvieron presentes en

[3] Quien se refiere en estos términos es Jorge Horacio Alterini en "Domat y Pothier en el código civil argentino"; trabajo incluido en *La codificación: raíces y prospectiva. I. El código Napoleón*, Buenos Aires, Educa (colección *Prudentia Iuris*), 2003, p. 197.

[4] Véase, v.gr., Bernardino Bravo Lira, "Pervivencia del derecho común en Hispanoamérica. El derecho indiano después de la independencia. Legislación y doctrina"; en Bernardino Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1989, p. 313.

[5] Sigo en este punto a André-Jean Arnaud, *Pour une pensée juridique européene,* París, Presses Universitaires de France, 1991, p. 23.

P Iuris 60 bien 154 25/11/05, 5:56 PM

el peculiar "clima ideológico"[6] de un mundo signado por el proceso de substitución de una cultura jurídica hasta entonces hegemónica –en este caso la antigua del *ius commune*– por otra –la de la *codificación*–. En este sentido, pues, intenta establecer cómo fue posible que, extinguido su dominio, ciertos resabios del *ius commune* pudieran sobrevivir marginalmente incardinados en los "pliegues" de la *cultura del código*, o, lo que es lo mismo, cómo es que, una vez sepultados éstos bajo el imperialismo de las opciones jurídicas entonces "oficiales", siguieran subsistiendo en los estratos más recónditos de la reflexión doctrinaria y de la praxis forense.[7]

Una primera aproximación a las notas velezanas al código civil

Explicitados los objetivos de esta investigación, inicio mi itinerario tratando de desentrañar no tanto lo que las notas al código civil diseñadas por Vélez Sársfield significan hoy, como lo que ellas representaron inicialmente respecto del conjunto de la obra codificadora. Al respecto, considero oportuno señalar –aún a riesgo de caer en obviedades– que las concepciones jurídicas velezanas originadoras de las notas sólo pueden ser cabalmente comprendidas una vez vinculadas con los valores y los principios de la cultura jurídica dominante en la Argentina de los años 1860 y 1870 –expresión, por cierto, de arraigadas creencias colectivas–, buena parte de los cuales parecen haber sido aplicados acríticamente por Vélez. De lo referido deriva que, más allá de la consideración de ciertos testimonios formales del codificador y/o de sus allegados –ora interesados, ora descontextuados–, lo que haré aquí será detenerme especialmente en el análisis de otros mensajes del pasado, los cuales, aún cuando no siempre resulten fácilmente accesibles a la interpretación, sospecho que contribuirán mejor a la comprensión de los rasgos de un pasado jurídico que todavía no se llega a percibir del todo en su auténtica compleji-

[6] Tomo esta expresión de Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina (1810-1870). Mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 1977, p. 367.

[7] Debo buena parte de esta reflexión a las enseñanzas que Paolo Grossi ofrece en su *Historia del Derecho de Propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986, particularmente en la p. 38.

P Iuris 60 bien 155 25/11/05, 5:56 PM

dad. De este modo, incluso, no faltará la oportunidad en la que, confrontada con documentación de época, el valor de la mismísima palabra del codificador deba ser, cuando menos, relativizada.

Sentado lo anterior, y lejos, entonces, de las preocupaciones prácticas de los operadores jurídicos del siglo XX –interesados vivamente en determinar si las notas formaban o no parte de la normativa legal,[8] en tanto que de esta circunstancia derivaba su mayor o menor importancia como argumento forense–,[9] debo recordar ahora que los hombres de la decimonovena centuria no se preocuparon demasiado por indagar en la valía atribuible a estas notas. Al respecto, parece que para ellos, salvando algunas pocas y circunspectas reflexiones sobre el particular –de las que hablaré en el párrafo siguiente–, resultó suficiente la explicación formal que en torno a las mismas ofreció el codificador al ministro Eduardo Costa. De acuerdo con lo expresado en esa oportunidad, las notas se habrían limitado a concordar "los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América, para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto".[10] No sorprende, pues, que, incorporadas luego –pese a lo que en un principio concibió el mismísimo codificador–, a las sucesivas ediciones oficiales del código,[11] las

[8] Véase al respecto Luis Moisset de Espanés, "Reflexiones sobre las notas del código civil argentino"; en Sandro Schipani (ed.), *Diritto romano, codificazione e unita del sistema giuridico latinoamericano*, Sassari, 1981, p. 448.

[9] Un ejemplo de este tipo de inquietudes se ve en la obra de Guillermo Borda, autor que sostuvo, en la parte general de su *Tratado de Derecho Civil,* que las notas del código no formaban parte de la ley, y que no tenían "otro valor que el simplemente doctrinario". Atento lo dicho, Borda preceptuó, además, que, ante el dilema de interpretar o no un artículo del código civil de la "manera más justa", y si fuese necesario, los jueces no debían "vacilar en dejar de lado" la solución que surgiese de la nota correspondiente. Téngase presente, además, que este criterio fue seguido por la Sala I de la Suprema Corte de Mendoza, en la sentencia que dictó el 23 de octubre de 1967 en autos "Felipe Forsta e hijos S.R.L. contra Ricardo Sanz y otro"; fallo reproducio en *La Ley,* t. 129 (1968), p. 204.

[10] Dalmacio Vélez Sársfield, nota del 21 de junio de 1865, elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil; transcripta en Héctor José Tanzi, "Nota del Dr.Dalmacio Vélez Sarsfield, elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil", en *Revista Jurídica de San Isidro*, n° 9 (1975), p. 120. Esta nota también fue publicada por Luis V.Varela, en sus *Concordancias y fundamentos del Código Civil Argentino*, t. I, Buenos Aires, H. y M. Varela, editores, 1873, pp. 27 a 34.

[11] En 1865 Vélez pensaba que la publicación del código debería hacerse con supresión de todas "las citas, concordancias y notas". Cfr. "Nota del Dr.Dalmacio Vélez Sarsfield...", cit., p. 126.

P Iuris 60 bien 156 25/11/05, 5:56 PM

notas terminaran siendo tomadas como un cuerpo de doctrina "precioso" para interpretar el sentido de la ley a partir del pensamiento del legislador,[12] e impulsaran a los juristas vernáculos a proveerse de la literatura jurídica en ellas mencionada. Fue así, por ejemplo, que las notas indujeron, al decir de Víctor Tau Anzoátegui, a la "reducción práctica del mundo libresco del derecho civil a los autores que aparecían en las notas del codificador".[13]

Ahora bien, dije arriba que la existencia de las notas acabó siendo aceptada sin mayores sobresaltos por parte de los juristas argentinos, y que se las tuvo por explicaciones "ilustrativas del doctor Vélez",[14] postura que, a juzgar por el parecer del codificador en la materia, no deja de suscitar alguna sorpresa retrospectiva. Es que, según se impuso por tradición oral tras su fallecimiento, el jurista cordobés habría afirmado que la inteligencia del código sólo debía surgir del texto de su articulado, "que es propiamente la ley", y no de las notas.[15] Al margen de esto, y volviendo al tratamiento del asunto que venía examinando, debo señalar aquí que de la doctrina nacional que se suscitó en torno al código poco tiempo después que éste entrara en vigencia Luis Varela y Lisandro Segovia fueron de los pocos estudiosos que, bien que en forma discreta, dijeron algo sobre las notas. Así, en lo atinente al primero –quien dio cuenta, aunque sin efectuar mayores precisiones, que tras la sanción del código no faltaron las voces que sostuvieran públicamente la conveniencia de suprimir las notas en las ediciones oficiales del mismo– debo indicar que éste afirmó que las citas hechas por el codificador constituían valiosas "referencias", que habían convertido al código "no sólo [en] la ley imperativa en la República Argentina, sino también [en] una obra notabilísima de jurisprudencia".[16] Por su parte,

[12] Juan Carlos Rébora y Carlos M.Grünberg, "Modificaciones en las notas del Código Civil"; en Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, *Contribución a la obra preparatoria de la reforma del código civil. Estudios críticos y proyectos*, La Plata, 1935, p. 69.

[13] Víctor Tau Anzoátegui, "La «cultura del código». Un debate virtual entre Segovia y Sáez"; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 26 (1998), p. 542.

[14] Palabras del senador Manuel D.Pizarro reproducidas en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 5 de julio, pp. 125 y 126.

[15] Abel Cháneton, *Historia de Vélez Sársfield*, Buenos Aires, Eudeba, 1969, nota 43, pág. 419. Esta anécdota fue referida por el senador Aureliano Argento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, Buenos Aires, 1910, sesión de 5 de julio de 1879, p. 136.

[16] Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 15.

P Iuris 60 bien 157 25/11/05, 5:56 PM

y amén de concebirlas como un repertorio de fuentes y de criticar su "ningún sistema", Segovia sostuvo, consecuente con su concepción de que el código debía ser interpretado sólo por sí mismo, que "las opiniones del codificador" no podían "valer sino como doctrinas más o menos autorizadas, según aparece de los artículos 22 y 16" del código.[17] Amén de lo anterior, también puedo decir aquí algunas cosas acerca de la repercusión de las notas en el extranjero. Así, al tiempo que éstas fueron elogiadas por Rollin Jacquemyns, de la *Revista de Legislación,*[18] en 1873 el profesor holandés T.M.C.Asser, de la *Revista de Derecho Internacional y de Legislación Comparada,* no pudo ocultar su perplejidad frente a ellas. "Sea cual fuere el valor de tal comentario bajo el punto de vista científico –sentenció el referido autor, en la que quizás haya sido la más meditada reflexión elaborada en torno a las notas velezanas–, no es quizá sin inconvenientes que se incluye como parte integrante en la edición oficial de un Código". Es que identificadas con una interpretación legislativa "auténtica dada *a priori*", su reproducción podría derivar en muchos casos –según entendía el jurista europeo– en un menoscabo a la "libertad, y la independencia del poder judicial en la interpretación de la ley".[19]

Haya sido producto de una cierta apatía de los círculos forenses y universitarios patrios, o de la tácita aceptación de una técnica jurídica inveteradamente aplicada –criterio, este último, por el que me inclino, como trataré de ir explicando en el curso de este trabajo–, lo cierto es que la más o menos pacífica admisión de las notas velezanas por parte de los operadores jurídicos argentinos contemporáneos a la sanción del código civil derivó en la curiosa situación de que, a despecho de su frecuente empleo, no se advirtiese que lo que genéricamente se identificaban como notas eran, en realidad, distintos tipos de apuntes. En efecto, como bien lo explica en nuestros días Luis Moisset de Espanés, el mismo codificador no se redujo a hablar de notas, sino que distinguió en-

[17] Lisandro Segovia, *El Código Civil de la República Argentina con su explicación y crítica bajo la forma de notas*, Buenos Aires, Imprenta de Pablo E.Coni, editor, 1881, t. I, pp. XXV y XXVI.

[18] Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 10, nota al pie.

[19] Transcripta parcialmente en Abel Cháneton, ob. cit., p. 374.

P Iuris 60 bien 158 25/11/05, 5:56 PM

tre concordancias, citas y notas.[20] Así, bajo la primera denominación cabía comprender la alusión a normas del derecho romano, del español o de los códigos contemporáneos vigentes, análogas a las del código argentino; bajo la segunda, las reflexiones de la doctrina –representada mayoritariamente por los exégetas del código civil francés–; y bajo la tercera las opiniones propias de Vélez Sársfield, que bien podían referirse a un artículo o a todo un libro, sección, título o capítulo del código, y reforzarse, por añadidura, con citas y con concordancias.

Genealogía de las notas

Si la simultánea existencia de notas de distinta tipología no deja de tener su interés para determinar los motivos por los cuales el codificador recurrió a su empleo, a esta altura de mi exposición ello poco revela, sin embargo, acerca de su "significado profundo". Al respecto y según entiendo, lo conducente para dilucidar este interrogante es ahondar en la genealogía de las notas.

En este orden de cosas, y descartada –por su discutible solidez– la hipótesis planteada en su momento por Abel Cháneton, quien propuso vincular la redacción de las notas a una pretendida aceptación por parte de Vélez del ideario de Jeremy Bentham –pensador que aspiraba a que las leyes fuesen acompañadas de comentarios razonados escritos por los mismos legisladores–,[21] en lo que hace el origen de las notas lo primero que viene a la memoria es el contenido del mensaje que el ministro Eduardo Costa le dirigió a Dalmacio Vélez Sársfield, poniendo en su conocimiento la decisión del Ejecutivo en virtud de la cual se le encargaba la redacción de un proyecto de código civil para la República. Es que en éste se manifestaba el interés gubernamental de que el proyecto fuese acompañado, para "su ma-

[20] Así, por ejemplo, en la nota al artículo 544 del código civil Vélez Sársfield habla de "las citas y concordancias del artículo anterior".

Sobre todo lo dicho aquí, véase Luis Moisset de Espanés, "Reflexiones sobre las notas del código civil argentino", art. cit., p. 448 y sigs. Cabe recordar que en este trabajo se profundiza lo dicho por el mismo profesor Moisset en su artículo "Reflexiones sobre las notas del código civil argentino y la publicidad registral", publicado en *Jurisprudencia Argentina*, t. 1977-II, pp. 755 a 761.

[21] Abel Cháneton, ob. cit., nota 41, pp. 418 y 419.

P Iuris 60 bien 159 25/11/05, 5:56 PM

yor inteligencia", por "las correspondencias o discrepancias con las disposiciones del derecho establecido en los códigos vigentes de la Nación, como así, su conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo".[22] Sin embargo, Vélez fue más allá, y dispuesto a componer un nuevo código civil que, además de la legislación extranjera tuviese en cuenta el "estado actual de la ciencia, comparando cada una de las fórmulas con las disposiciones de los códigos de Europa y América", comenzó a poblar sus borradores con notas explicatorias de "la jurisprudencia de [la] que partía",[23] y en las que se concordaban "los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América", todo ello con el confesado objeto de estimular "la más fácil e ilustrada discusión del proyecto".[24] De análoga manera –aunque sin mayor éxito, ciertamente–, el codificador también propuso insertar en este último el contenido de aquellas observaciones que los juristas planteasen a la obra y los motivos que lo llevasen a aceptar o no dichas objeciones.[25]

Si lo referido hasta el momento resulta más o menos relevante para esclarecer la fuente inmediata de las notas, ello, empero, no alcanza, a mi entender, para ilustrar adecuadamente sobre sus causas mediatas. En este orden de asuntos –que estimo esenciales para explicar, entre cosas, el por qué de la posterior aceptación de las notas por parte de la mayoría de los operadores jurídicos argentinos– me parece adecuado pensar en un origen de mayor hondura que el que puede ofrecer una circunstancial preferencia gubernativa. Vale decir que lo que me parece que gravita como esencial es un fenómeno que, pese a ser suficientemente conocido, por el momento no ha sido muy tenido en cuenta por parte de los estudiosos. A lo que me refiero es a que en la época en la que Vélez comenzó a redactar su obra la práctica de "anotar" los códigos civiles –al menos en su etapa proyectiva– no sólo no era desconocida en el ambiente jurídico iberoamericano,

[22] Idem ant., p. 418.

[23] Carta de Dalmacio Vélez Sársfield a M.J.O. de Vigne, de la redacción de la *Revista de la Asociación de Jurisconsultos*, Buenos Aires, diciembre de 1871. Transcripta en Dalmacio Vélez Sársfield, *Páginas Magistrales*, Buenos Aires, Jackson (colección "Grandes Escritores Argentinos", dirigida por Alberto Palcos), s/f., p. 171.

[24] "Nota del Dr.Dalmacio Vélez Sarsfield…", cit., p. 120.

[25] Palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 17 de junio, p. 49.

P Iuris 60 bien 160 25/11/05, 5:56 PM

sino que, por el contrario, se la empleaba con relativa asiduidad. De este modo, entre los proyectos que, coetáneos al argentino, influyeron en su redacción, sabemos que, con sus diferencias, estuvieron acompañados por notas el de Acevedo, los de Bello, el de Freitas y el de García Goyena.[26] Así, y en cuanto al primero de los mencionados, puedo decir aquí que, "prácticamente concluído hacia fines del año 1848",[27] el proyecto de código que Eduardo Acevedo diseñó para la República Oriental del Uruguay fue enriquecido por notas colocadas "al pie de cada artículo",[28] en las cuales se reproducía "la ley vigente o, en su defecto, la opinión generalmente recibida por los autores más comunes entre nosotros".[29] Además, estas notas se beneficiaron con la incorporación de alrededor de doscientas observaciones que destacados juristas uruguayos le hicieron llegar a Acevedo y que éste no se decidió a aceptar.[30] En cuanto a los de Bello –que posteriormente derivaron en la sanción del código civil chileno de 1855–, cabe referir aquí que de los mismos resultaron acompañados por notas el de 1841-1842 y el de 1853,[31] y que respecto al de 1855 el humanista venezola-

[26] Respecto del particular, cabe señalar que Vélez Sársfield estaba tan consciente de esta práctica que en la redacción de sus propias notas al código llegó a recurrir a las de varios de los juristas recordados. Así, por ejemplo, en su nota al artículo 1264 menciona una nota del venezolano Andrés Bello. Asimismo, hace lo propio con dos de Freitas en sus notas a los artículos 679 y 2311 del código, y con una de García Goyena en su nota al artículo 3602 del mismo cuerpo.

[27] Cfr. Jorge Peirano Facio, "Noticia prelimitar sobre el proyecto"; en Eduardo Acevedo, *Proyecto de código civil para la República Oriental del Uruguay, publicado en Montevideo en 1852. Edición conmemorativa dispuesta por el Consejo Nacional de Gobierno*, Montevideo, 1963, p. XLIII.

[28] Eduardo Acevedo, "Advertencia" fechada el 10 de septiembre de 1851 en Paso del Molino; en Eduardo Acevedo, ob. cit., p. 10. No está de más recordar algo que es ampliamente conocido pero que interesa mucho para lo que se dice en este trabajo: que durante la década de 1850 Vélez Sársfield y Acevedo mantuvieron una intensa relación intelectual con motivo de la redacción del código de comercio del Estado de Buenos Aires.

[29] Cfr. el aviso aparecido en el diario montevideano *La Constitución,* año I, n° 48, del viernes 27 de agosto de 1852. Reproducido en Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 29, pág. XLII.

[30] Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 39, p. XLV.

[31] Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile,* Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1982, t. I, p. 408. Véase también la advertencia de Andrés Bello al *Proyecto de Código Civil de 1853*, transcripta en la misma obra de Guzmán Brito, t. II, documento n° 208, p. 332.

P Iuris 60 bien 161 25/11/05, 5:56 PM

no llegó a redactar las notas correspondientes a los primeros setenta y seis artículos.[32] Por su parte, las dos primeras entregas del *Esboço* elaborado por Augusto Texeira de Freitas también estuvieron provistas de su correspondiente aparato de notas.[33] Finalmente, y en lo atinente al proyecto del español Florencio García Goyena –que en mi opinión es el que más influyó, metodológicamente hablando, en la forma con la que Vélez Sársfield encaró la redacción de las notas de su código–, puedo referir que el recordado jurista peninsular, preocupado por estimular la crítica constructiva de "tribunales, colegios de abogados y demás corporaciones y personas competentes" sobre el proyecto, lo integró con unas "*concordancias*" o resumen de las disposiciones análogas provenientes del derecho romano, del derecho español y del derecho comparado; con unos "*motivos*", en los que explicaba las causas y fines de la ley; y con unos "*comentarios*", con los cuales trataba de aclarar "los puntos hasta ahora dudosos y que dejan ya de serlo por el artículo".[34]

Ahora bien, aunque lo dicho hasta aquí resulte de todo punto de vista relevante, ¿basta con decir que los códigos iberoamericanos coetáneos estaban anotados para explicar definitivamente cuál fue el referente cultural que gravitó en la redacción de las notas del código civil argentino, y, lo que todavía es más importante, para desentrañar a carta cabal el genérico criterio jurídico aplicado por Vélez en la redacción de las mismas? O formulando lo anterior de otra manera, ¿no será que lo que se debe indagar todavía es qué fue lo que motivó que en la Iberoamérica de mediados del siglo XIX, integrada por derecho propio a un ámbito jurídico como el occidental –que por aquel entonces mostraba pleno entusiasmo por la *cultura del código*–, los operadores jurídicos se volcaran, aquí y allá, a favor de la idea de anotar los códigos? Al respecto, mi posición, que, cumplo en confesar, aquí no puedo demostrar de un modo absolutamente categórico, en tanto que por el momento me veo impedido de reconstruir en todos sus detalles la prolija e ininterrumpida concatenación de causas y

[32] Alejandro Guzmán Brito, ob. cit., t. I, p. 384.

[33] Cfr. A. T. de Freitas, *Codigo civil. Esboço*, Rio de Janeiro, Typographica Universal de Laemmert, 1860. Véase, además, Lisandro Segovia, ob. cit., t. I, p. XX.

[34] Florencio García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del código civil español*, Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, pp. 9 y 10.

P Iuris 60 bien 162 25/11/05, 5:56 PM

efectos que sería de rigor, es que en esta región asumió particular relevancia la acendrada pervivencia de la cultura del *ius commune*. De este modo, y siempre hablando de su método más que de su contenido, las notas velezanas no vendrían a ser sino una de las más tardías expresiones del saber glosado, impulsado desde siglos atrás por los cultores del *mos italicus*.

Las notas como tardía expresión de la cultura del *ius commune*

Atento lo expuesto en el último párrafo del apartado anterior, a continuación me ocuparé de tres asuntos distintos que convergen en abono de mi tesis. De este modo y primero, aceptado el hecho –que aquí no discutiré– de que, al igual que el resto de sus contemporáneos rioplatenses, el criterio jurídico de Vélez Sársfield fue producto, en parte no desdeñable, de la matriz jurídico cultural indiana,[35] trataré de establecer las implicancias metodológico–jurídicas que derivan de la circunstancia de que el derecho indiano haya permanecido inescindiblemente adherido a la cultura del *ius commune*.[36] Segundo, me ocuparé de explicar las variadas formas mediante las cuales la metodología del *ius commune* aparece una y otra vez en las notas velezanas. Asimismo, por último intentaré demostrar, aunque sin ánimo de exhaustividad, que entre los operadores jurídicos de la Argentina de los años 1860 a 1880 –formal y resueltamente volcados hacia la *cultura del código*– es posible detectar la supervivencia de nítidos rasgos propios de la cultura del *ius commune*, con lo cual vendría a comprobarse, implícitamente, que la posición adoptada por Vélez en sus notas no fue algo ajeno al ambiente cultural de la época.

1. *El derecho indiano y el* ius commune. Extendida su existencia más allá de la emancipación, no debe perderse de vista que el derecho indiano se integró en plenitud en la esfera jurídica de Occidente, razón que explica por qué el *ius commune* se erigió, al decir de

[35] Al respecto, véase Ricardo Zorraquín Becú, "La formación intelectual de Vélez Sársfield"; en *Revista del Instituto de Historia del Derecho ´Ricardo Levene´*, nº 15 (1964), pp. 169 y 174.

[36] Sobre este tema, puede verse Eduardo Martiré, "El derecho indiano, un derecho propio particular"; en *Revista de Historia del Derecho,* nº 29 (2001).

P Iuris 60 bien 163 25/11/05, 5:56 PM

Bernardino Bravo Lira, en su "marco de referencia constante".[37] Aceptado lo anterior, lo que me interesa destacar es que ello implicó la inconsciente adhesión de los juristas indianos a una cierta *forma mentis* de concebir el derecho,[38] una muy distinta a la contemporánea y en la cual las leyes del rey no se concebían aplicables en solitario, sino acompañadas por el prestigioso comentario de los juristas. Dicho de otro modo, por aquel entonces un derecho reducido a la enunciación legal resultaba "inexpresivo", necesitando "ser animado, explicado e iluminado por esa ciencia que poseía el jurista, [y] que se encerraba en el arte de la jurisprudencia".[39] Consecuentemente, resultó que durante todo el período indiano, pero sobre todo durante los siglos XVI y XVII, los juristas, sin eludir a la ley sino operando sobre ella, asumieron un insustituible papel directivo en el ámbito jurídico,[40] de modo tal que la jurisprudencia de los autores llegó a constituir el "elemento vertebral en la sensibilidad jurídica".[41] Respecto del particular, cabe indicar, además, que el eje del prestigio de los juristas reposaba en la *autoridad* atribuida a sus *opiniones*, las cuales eran tenidas en más a medida que obtenían la adhesión de otros autores, apoyo que, incluso, podía derivar en la consagración de las mismas una vez tenidas por *communis opinio doctorum*.[42] En cuanto a esta última, corresponde que recuerde ahora, apoyándome para ello en la solvencia de Alejandro Guzmán Brito, que se trataba de un mecanismo mediante el cual "la pluralidad, heterogeneidad y descentralización de principios y soluciones" propias de la cultura del *ius commune* podía ser finalmente "reconducida" a la unidad.[43]

[37] Bernardino Bravo Lira, "El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla". En Bernardino Bravo Lira, *Derecho común y derecho propio…,* ob. cit., p. 10.

[38] Javier Barrientos Grandón alude a esto en "*Mos italicus* y praxis judicial indiana"; en *Ius Fugit*, n° 5-6 (1996-1997), p. 373.

[39] Víctor Tau Anzoátegui, "Entre leyes, glosas y comentos. El episodio de la Recopilación de Indias"; en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo*, t. III, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, 1996, p. 275.

[40] Víctor Tau Anzoátegui, "La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano"; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 17 (1989), p. 359.

[41] Víctor Tau Anzoátegui, "Entre leyes, glosas y comentos", art. cit., p. 269

[42] Víctor Tau Anzoátegui, "La doctrina de los autores…", art. cit., pp. 360 y 361.

[43] Alejandro Guzmán Brito, "Decisión de controversias jurisprudenciales y codificación del derecho en la época moderna"*;* en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. L (1980), p. 854.

P Iuris 60 bien 164 25/11/05, 5:56 PM

Considerado, pues, un "derecho de juristas", y respetuoso, además, de la tradición y de la experiencia, el indiano resultó ser, por natural inclinación, un derecho "disputado" y fecundamente abierto a las controversias doctrinarias, razón por la cual sus cultores se vieron precisados a invocar, expresamente y con cierto detalle, los basamentos de sus opiniones.[44] Dicho de otro modo, la prodigalidad en aducir los criterios de otros juristas y la frecuente acumulación de argumentos en favor y en contra de las propias posiciones[45] no fueron el fruto de una vacua erudición, vanidosa e innecesaria, sino un requisito excluyente para demostrar la fortaleza de las posiciones asumidas en cada caso.[46] Vale decir, pues, que la abundancia de citas y de notas resultaba clave para concitar el respeto de colegas y de magistrados.[47]

En este orden de cosas corresponde indicar ahora que los insistentes embates dieciochescos contra la *autoridad* de los juristas –expresados en un tipo de discurso que, recostado sobre precedentes humanistas y racionalistas, acentuó su virulencia durante la segunda mitad de la centuria–, no lograron alterar demasiado la concreta praxis forense indiana, coexistiendo, de este modo, en los ambientes letrados de la época, argumentos en pro y en contra del imperio de la *opinión.*[48] Ahora bien, en concreto, y precisando un poco el panorama en lo relativo a las críticas dirigidas contra la cultura del *ius commune*, cabe recordar aquí que desde mediados del XVIII se acentuó la censura contra una invocación de textos y de autores que, "considerada anteriormente como signo de laudable erudición", pasó a ser tenida por no pocos –como bien señala el Maestro Mariluz Urquijo–, "como muestra de [un] estilo farragoso y pedante".[49] Empero, si du-

[44] Javier Barrientos Grandón, art. cit., p. 380.

[45] Bernardino, Bravo Lira, "El derecho común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica"; en *Ius Commune* (Frankfurt am Main), n° XV (1988), p. 27.

[46] Víctor Tau Anzoátegui, "La doctrina de los autores…", art. cit., p. 361.

[47] Alberto David Leiva, "Uso y abuso del derecho común en la literatura jurídica"; en *El Derecho*, t. 198 (2002), p. 1021.

[48] Víctor Tau Anzoátegui, "La doctrina de los autores...", art. cit., pp. 362 y 382. Carlos Tormo Camallonga, "El fin del *Ius commune*: las alegaciones jurídicas en el juicio civil de la primera mitad del XIX"; en *Anuario de Historia del Derecho Español*, t. LXXI (2001), pp. 491 y 492.

[49] José M. Mariluz Urquijo, "Maziel, jurista del setecientos"; en *Revista de Historia del Derecho,* n° 16 (1988), pp. 177 y 188.

P Iuris 60 bien 165 25/11/05, 5:56 PM

rante aquellos días no escasearon las condenas a los autores –en tanto que "corruptores del sentido de las leyes"–[50] ni las severas admoniciones regias contra las glosas y los comentos particulares,[51] la doctrina de los juristas demostró gozar de un arraigo superior al empuje de sus criticos.[52] Dos ejemplos, entre muchísimos posibles, nos lo demuestran. Uno es el caso de esos letrados hispánicos que, frente a la necesidad de modernizar la *Recopilación de Leyes de Indias* no encontraron mejor expediente que proponer para ello, en pleno siglo XVIII, la redacción de una glosa.[53] Otro, el de las ordenanzas castrenses de 1768, cuerpo normativo que originó la redacción de una obra de universal aceptación en toda la monarquía –los famosos *Juzgados Militares,* de Félix Colón de Larriátegui– pese a la expresa prohibición regia en lo relativo a su comento.[54]

2.*Presencia de la metodología del* ius commune *en las notas.* Si en sus esporádicas alusiones autobiográficas Vélez Sársfield no dudó nunca en caracterizarse como un abogado[55] atento a las enseñanzas brindadas por la experiencia,[56] no puede sorprendernos que en su

[50] Alberto David Leiva, art. cit., p. 1024.

[51] Cfr., v.gr., José M.Mariluz Urquijo, "Las glosas a la ordenanza". En José María Mariluz Urquijo [dir.], *Estudios sobre la Real Ordenanza de Intendentes del Río de la Plata*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1995.

[52] Víctor Tau Anzoátegui, "La doctrina de los autores...", art. cit., pp. 352 y 393.

[53] Cfr. Antonio Muro Orejón, *Lecciones de Historia del Derecho Hispano-Indiano,* México, Miguel Ángel Porrúa, 1989, pp. 125 a 128.

[54] Cfr. Ezequiel Abásolo, *El derecho penal militar en la historia argentina*, Córdoba, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2002, pág. 107.

[55] Cfr. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires,* año 1858, sesión de 14 de agosto de 1858, pág. 175. *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1862, sesiones de 5 y 28 de 1862, pp. 24 y 78.

[56] Véanse al respecto las palabras que pronunciara el 28 de agosto de 1826, como convencional constituyente; en *Asambleas Constituyentes Argentinas, seguidas de los textos constitucionales, legislativos y pactos interprovinciales que organizaron políticamente la Nación*, t. II (1825-1826), Buenos Aires, Instituto de Investigaciones Históricas de la Facultad de Filosofía y Letras, Universidad de Buenos Aires, 1937, pp. 474. También su dictamen de 1° de enero de 1856; reproducido en Dalmacio Vélez Sársfield, *Dictámenes en la Asesoría de Gobierno del Estado de Buenos Aires* (edición de José M.Mariluz Urquijo y Eduardo Martiré, con la colaboración de Alberto David Leiva), Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho ´Ricardo Levene´ (colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, n° XII), 1982, p. 116.

P Iuris 60 bien 166 25/11/05, 5:56 PM

itinerario intelectual el codificador haya abrevado recurrentemente a la varias veces secular tradición jurídica indiana,[57] ni siquiera cuando ello pudiese ir en desmedro de lo que por aquel entonces se consideraba "políticamente correcto". Así, por ejemplo, puedo traer a colación aquí aquella participación suya en la legislatura bonaerense en el curso de la cual afirmó que la la Ley nunca podía llegar a ser perfecta,[58] o algunos de sus escritos en los que, como asesor del Estado de Buenos Aires, no dudo en recurrir al examen de las controversias doctrinales existentes como paso previo y necesario a la emisión de un dictamen.[59] De este modo, resulta que, pese a su clara conciencia acerca de lo que la idea de "sistema" implicaba en la *cultura del código*[60] y fiel a un estilo jurídico del que nunca abjuró del todo, Vélez Sársfield asumió sus encargos codificadores con un fuerte respeto hacia la jurisprudencia de los autores. Así, entre los abundantes ejemplos existentes pueden recordarse ahora algunas anotaciones de trabajo, incorporadas por Vélez a los manuscritos del código, en las que éste recordaba la necesidad de reforzar su criterio en los escritos de los autores;[61] su preocupación por apoyarse en el prestigio suministrado por las "obras de los primeros jurisconsultos",[62] para la cual se decidió a justificar "las re-

[57] Palabras pronunciadas por Dalmacio Vélez Sársfield el 7 de mayo de 1860, durante la séptima reunión ordinaria de la Convención del Estado de Buenos Aires. En Universidad Nacional de la Plata, *Reforma constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales* (con introducción del Director del Instituto de Historia Argentina "Ricardo Levene", Profesor Carlos Heras, y del Doctor Carlos F.García), La Plata, 1961, p. 142.

[58] Palabras pronunciadas por Dalmacio Vélez Sársfield el 3 de junio de 1853 en la legislatura bonaerense. En *Diario de Sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires*, año 1853, p. 43.

[59] Véase, por ejemplo, el dictamen de 24 de enero de 1856, conservado en el Archivo General de la Nación, legajo X-28-8-11, expediente 11587. El mismo ha sido reproducido en Dalmacio Vélez Sársfield, *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino "Ricardo Levene" (colección de Textos y Documentos para la Historia del Derecho Argentino, IX), 1971, pp. 315 a 317.

[60] Cfr., por ejemplo, Dalmacio Vélez Sársfield, nota elevando al gobierno nacional el proyecto de código civil, cit., p. 126.

[61] Cfr. B.Otero Capdevila, "Los manuscritos del código civil argentino. Libro segundo, de los contratos"; en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), t. III, 3era. Serie (1917), p. 207.

[62] Jorge Cabral Texo, *Historia del Código Civil Argentino*, Buenos Aires, Librería y Casa Editora de Jesús Menéndez, 1920, p. 127.

P Iuris 60 bien 167 25/11/05, 5:56 PM

soluciones del código con los escritores más conocidos de todas las Naciones";[63] su idea de que el hecho de que "los jurisconsultos más competentes de la Alemania y de la Inglaterra" sirviesen de sustento al articulado del código de comercio que él redactara junto a Eduardo Acevedo constituía una verdadera "garantía moral";[64] o sus expectativas frente a las opiniones que los juristas pudiesen formarse sobre su código.[65]

Ahora bien, lejos el código civil de divorciarse de las preocupaciones velezanas arriba indicadas, sus notas inocularon enn el mismo rasgos muy al gusto de la *cultura del ius commune*. Así, por ejemplo, y a despecho de la aparente condena a los lineamientos del derecho común que aparece en la nota al artículo 495 del código, en el grueso de ellas se mantuvo un diálogo fluido con unos *autores* cuyas *opiniones* se entremezclaban, con sorprendente promiscuidad, con la alusión a leyes de distinta índole,[66] e incluso llegaban al punto de imponerse a los presuntos errores de los códigos.[67] Al respecto, corresponde aclarar aquí que no importaba tanto el tipo de autores de los que se tratara –vale decir, anteriores o posteriores a la codificación, grupo, este último, al que no gratuitamente se lo identificó como el de los "comentadores"[68] o "*autores* del código"–,[69] sino la forma en la que sus obras eran invocadas. De este modo, fuese que se hablase de "autores", de "jurisconsul-

[63] Dalmacio Vélez Sársfield, "El folleto del Dr.Alberdi"; en *El Nacional,* n° 6659, 25 de julio de 1868. Parte del texto que reproduzco fue citado por Enrique Martínez Paz en su prólogo al *Catálogo de la Biblioteca de Dalmacio Vélez Sársfield*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1940, nota 14, p. XVIII.

[64] Palabras del senador Dalmacio Vélez Sársfield pronunciadas en el recinto el 19 de agosto de 1862. En *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1862, pp. 341 y 342.

[65] Véase la carta de Dalmacio Vélez Sársfield a Manuel Rafael García, Buenos Aires, 11 de octubre de 1865. Transcripta en Manuel R.García-Mansilla, "Las alteraciones al texto del código civil. Intervención de Vélez y Sarmiento"; en *Anales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales* (Buenos Aires), t. III, 3era. Serie (1917), pp 373.

[66] Véanse ejemplos en las notas a los artículos 570, 1997, 2182, 2316, 2571, 2611, 2940, 2975 y 3217 del código civil argentino.

[67] Notas a los artículos 2594, 2898 y 2899, 2965 y 3028 del código civil argentino.

[68] Notas a los artículos 778 y 1572 del código civil argentino.

[69] Nota al artículo 2241 del código civil argentino.

P Iuris 60 bien 168 25/11/05, 5:56 PM

tos",[70], de "juriprudencia"[71] –expresión que en Vélez Sársfield remitía a la jurisprudencia de los autores y no a la de los tribunales–, de "escritores de derecho", o simplemente de "escritores",[72] al igual que en los viejos tiempos del régimen indiano no pocas veces su *doctrina* era la que sostenía lo dispuesto en los artículos.[73] Ello así en la medida en que constituía un valor aceptado que fundados en diversas *razones*[74] y *buenos*[75] y *diversos argumentos,*[76] los autores "enseñaban",[77] "demostraban",[78] "sostenían" o "imponían" criterios jurídicos.[79] En este mismo orden de cosas cabe recordar acá que la *autoridad*[80] de las distintas *opiniones*[81] de la jurisperitos tenidos en cuenta en las notas velezanas[82] –a veces reforzada con alguna alusión a la "sabiduría" de su creador–,[83] dependía, en buena medida, de la mayor o menor *conformidad* prestada a las mismas por el resto de los autores.[84] Es que, ora "excelentes",[85] ora "débiles"[86] –en tanto que adoleciesen de "confusión de principios"–,[87] se asumía como regular que las *razones* u *opiniones*[88] *pretendidas* por los autores[89] pudiesen

[70] Notas a los artículos 857, 923, 1137 y 2587, y al título II, sección III, libro II, del código civil argentino.

[71] Nota al artículo 2312 del código civil argentino.

[72] Nota al artículo 3430 del código civil argentino.

[73] Nota al artículo 2864 del código civil argentino. Véase también la nota al artículo 2370.

[74] Nota al artículo 2096 del código civil argentino.

[75] Nota al artículo 2902 del código civil argentino.

[76] Nota al artículo 3821 del código civil argentino.

[77] Notas a los artículos 1316, 2130, 2587, 2719 y 2872 del código civil argentino.

[78] Nota al artículo 2374 del código civil argentino.

[79] Nota al artículo 2235 del código civil argentino.

[80] Se habla de *autoridad* en la nota al artículo 854 del código civil argentino.

[81] Cfr. notas al título II, libro III; a los artículos 1873 y 1874; y a los artículos 1951, 1952 y 1953 del código civil argentino.

[82] Véase un ejemplo en la nota al artículo 3291 del código civil argentino.

[83] Nota al artículo 3059 del código civil argentino.

[84] Esto se percibe en la nota al artículo 3198 del código civil argentino. Lo mismo surge, también, de lo que se dice en las notas a los artículos 1842, 3254 y 3613 del código civil argentino.

[85] Nota al artículo 2965 del código civil argentino.

[86] Nota al artículo 3813 del código civil argentino.

[87] Nota al artículo 3038 del código civil argentino.

[88] Nota al artículo 2499 del código civil argentino.

[89] Nota al artículo 2505 del código civil argentino.

P Iuris 60 bien 169 25/11/05, 5:56 PM

colisionar entre sí,[90] o resultar objeto de oportuna refutación.[91] En consecuencia, para el codificador, a quien le era comprensible que los "escritores de derecho" discutiesen sus opiniones[92] bajo la forma de *cuestiones,*[93] las notas constituyeron el vehículo ideal para explicar la adopción de soluciones con las se "resolvían antiguas y graves cuestiones entre los jurisconsultos".[94] De análoga manera, en el transcurso de sus notas tampoco eludió referirse a los argumentos que la doctrina sostuviese "en contra" de sus propias decisiones.[95] De allí, pues, que, para sostenido asombro de los juristas del siglo XX, y al igual que sucediera en Chile con la obra de Bello, en la de Vélez las fuentes citadas en las notas no siempre correspondieran con la solución adoptada en el cuerpo del código.[96]

3. *Subsistencia de rasgos del* ius commune *bajo el imperio de la* cultura del código. Sabido es que, durante los años en los que Vélez Sársfield concibió y desarrolló su obra, la *cultura del código* se fue asentando en la Argentina, aún antes de consolidar definitivamente su posición hegemónica con la entrada en vigencia del código civil. Lo señalado implica tener presente que a partir de ese entonces se consagró la idea de que las leyes en general, y que los códigos en particular, se habían convertido en el objeto excluyente del estudio y de la reflexión de los operadores jurídicos, todo lo cual derivó en la apari-

[90] Notas a los artículos 707 y 859 del código civil argentino.

[91] Cfr. nota al artículo 2719 del código civil argentino.

[92] Nota al artículo 3609 del código civil argentino.

[93] Notas a los artículos 784, 787, 878, 1465, 1981, 2168, 2298, 2499, 3379, 3446 y 3506 del código civil argentino.

[94] "Nota del Dr.Dalmacio Vélez Sarsfield...", cit., pág. 120.

[95] Al respecto, véanse las notas del código civil argentino a los artículos 33 y 34; al 270; al 287, al 548; al 556; al 557; al 578; al 594; al 854; al 859; al 1465; al 1622; al 1640; al 1651; al 1659; al 1744; al 1920; al 1926; al 1981; al 2024; al 2044; al 2084; al 2096; al 2109; al 2179; al 2303; al 2335; al 2361; al 2370; al 2398; al 2412; al 2425; al 2502; al 2541; al 2719; al 2824; al 2852; al 2854; al 2867; al 2870; al 2872; al 2902; al 2940; al 2965; al 3023; al 3118; al 3126; al 3127; al 3136; al 3217; al 3239; al 3254; al 3291; al 3307; al 3316; al 3331; al 3382; al 3477; al 3503; al 3615; al 3656; al 3666; al 3676; al 3708; al 3725; al 3744; al 3803; al 3827; y al 3868.

[96] Respecto del caso chileno, véase Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador*…, ob. cit., t. I, p. 409.

P Iuris 60 bien 170 25/11/05, 5:56 PM

ción de formas cerradas y reduccionistas de trabajar con el derecho. Vale decir, pues, que lo que paulatinamente se impuso fue una nueva mentalidad, de acuerdo con la cual el jurista pasó a ser un mero exégeta que, constreñido a transitar por los estrechos andariveles que los enunciados legislativos admitían casi a regañadientes, tenía vedada toda posibilidad de desplegar un ejercicio intelectual que fuese más allá de lo dispuesto expresamente en los preceptos codificados.[97] De este modo, así como ya en el Chile de la década de 1820 se habían elevado voces contra el hasta entonces tradicional comento e interpretación de las leyes,[98] y en el Uruguay de mediados de la centuria se había manifestado alguna alarma respecto de la posibilidad de conceder a los jueces la facultad de interpretar las leyes "apartándose del rigor de los preceptos positivos",[99] en la Argentina de los años previos y posteriores a la codificación civil no faltaron las reflexiones dirigidas a precisar lo que debía ser el nuevo perfil de los juristas. Al respecto, un caso paradigmático fue el de un Lisandro Segovia, quien al tiempo que se animó a criticar la obra de Troplong –a la que le achacó un presunto casuismo y una excesiva adhesión a doctrinas antiguas–, tras las huellas de Zachariae se preocupó enormemente por "organizar, tejer y amalgamar los valiosísimos materiales" de la obra velezana, "formando un cuerpo de doctrina más lógico, y así más homogéneo y compacto … procurando que para su cabal inteligencia y saludable aplicación a los negocios civiles, el Código se baste a sí mismo".[100]

Empero, el triunfo de la cultura del código no fue inmediato, y al igual que sucedía contemporáneamente en España, también en el Plata "la práctica forense vigente hasta estos momentos, heredera de usos seculares, se resistía a morir".[101] Tanto fue así que no falto el caso en el que destacados corifeos de la codificación patria se refiriesen a la notable gravitación que los jurisconsultos seguirían teniendo en la "inteligencia, reforma y progreso" del derecho nacional,[102] y en

[97] Víctor Tau Anzoátegui, "La "cultura del código"…, art. cit., págs. 539 y 540.

[98] Véanse los proyectos legislativos que reproduce Alejandro Guzmán Brito en *Andrés Bello codificador…,* ob. cit.,, documento n° 12, p. 24, y documento n° 16, pág. 31.

[99] Jorge Peirano Facio, ob. cit., nota 38, p. XLIV.

[100] Lisandro Segovia, ob. cit., t. I, pp. XVIII, XIX y XXII.

[101] Carlos Tormo Camallonga, art. cit., p. 473.

[102] José María Moreno, prólogo a Luis V.Varela, ob. cit., t. I, pp. VI y VII.

P Iuris 60 bien 171 25/11/05, 5:56 PM

la tarea de "armonizar los principios generales de la ciencia, con el texto de la ley vigente, para aplicar ésta siempre bien".[103] De análoga manera y aunque parezca paradojal, en la enseñanza universitaria del nuevo derecho codificado subsistieron las explicaciones que se hacían eco de "las controversias y opuestas escuelas en que se dividían las opiniones de los jurisconsultos" y de las "opiniones y comentarios" de los autores "más acreditados".[104] Es que, indudablemente, fue éste un tiempo de inconsecuencias hacia los postulados de la codificación. Así, mientras que un jurista con apego a la tradición, como el cordobés Manuel Pizarro, pudo seguir hablando de la *autoridad* de un Freitas,[105] no faltó tampoco el reconocido paladín de la codificación que, como Segovia, recurriera a una terminología análoga para referirse a Zachariae, y que, en tren de plantarse como severo exégeta, apelase a la regla *odia restringi*[106] –aunque sin mencionarla por este nombre– para aseverar que "las disposiciones que se aparten de los principios bien establecidos o sea del derecho común de las naciones civilizadas, son de derecho excepcional, y lejos de extenderlas fuera de sus términos precisos, deben aplicarse restrictivamente al caso legislado".[107] De este modo, lo que se ve es cómo la arraigada vigencia de las formas mentales de la *cultura del ius commune* se aplicaba a nuevas expresiones jurídicas, situación que se advierte, por ejemplo, en los planteos de un José Francisco López quien si en los años ´60 del siglo XIX aplaudía que los viejos escritores del derecho común fueran desplazados por los exégetas de la hora, no parece haber estado muy avisado del secundario papel que el mundo de la codificación le tenía reservado a la jurisprudencia de los autores.[108]

[103] Luis V. Varela, ob. cit., t. I, p. 1.

[104] Rafael García, *Fallos. Apuntes biográficos*, Buenos Aires, 1888, pág. 41. Transcripto en Alberto David Leiva, "El código civil como objeto didáctico en la Argentina de fines del siglo XIX"; en *Revista de Historia del Derecho*, n° 16 (1988), p. 326

[105] *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 3 de julio, p. 108.

[106] Sobre la aplicación de esta regla en el ámbito hispanoamericano, puede verse Bernardino Bravo Lira, "Odia restringi. Forma y destino de una regla del derecho en Europa e Iberamérica, durante la Edad Moderna"; en *Ius Commune* (Frankfurt am Main), n° XIX (1992).

[107] Lisandro, Segovia, ob. cit., t. I, pp. XX, XXVI y XXVII.

[108] Cfr. Víctor Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina…,* cit., p. 372.

P Iuris 60 bien 172 25/11/05, 5:56 PM

Ahora bien, al parecer esta rara coexistencia de concepciones encontradas se extendió hasta varios años después de sancionado el código. De esta manera, si en 1869 desde la Presidencia de la Nación pudo asegurarse que las obras de los juristas citados en el código constituían una "indicación de las fuentes" de las que aquél derivaba "su autoridad",[109] diez años después, en el curso de la discusión del proyecto de la ley de fe de erratas al código civil, todavía se aludiría con naturalidad a un mundo jurídico caracterizado por la disputa de *razones* entre los jurisconsultos.[110] Pero esto no es todo, ya que en esas circunstancias también se harían referencias a los juristas en tanto que encargados de consolidar la intepretación de las leyes[111] y de "fijar la verdadera inteligencia del código" merced a la formación de "un cuerpo de doctrina que haga autoridad".[112] Incluso más, en el curso de estos debates el senador Gerónimo Cortés reflotaría rancios conceptos, como aquel en virtud del cual "si la opinión de los autores no es una autoridad decisiva, en jurisprudencia, por lo menos, es sumamente respetable", de modo tal que "en un juicio, ante un tribunal cualquiera –según sostuviera–, vale más la opinión de un autor acreditado, que mil argumentos de imaginación que pueda aducir cualquiera como abogado; porque necesariamente esos autores son grandes jurisconsultos, que han estudiado muchísimo, que poseen los secretos de la ciencia, y que, sobre todo, hablan siempre con imparcialidad".[113] Señalado lo anterior y ya cerrando con el examen de este apartado, no puedo evitar pensar que en este peculiar contexto cultural, vale decir en el de una época en la que los juristas de prestigio aún eran tenidos por "autoridades",[114] la entonces mentada tendencia a

[109] Nota del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso, solicitando la aprobación del código civil; Buenos Aires, 25 de agosto de 1869. Transcripta en Jorge Cabral Texo, ob. cit., pp. 131 y 132.

[110] Palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 17 de junio, p. 49.

[111] Palabras del senador Benjamín Paz en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1878, Buenos Aires, 1910, sesión de 22 de junio de 1878, p. 113.

[112] Palabras del senador Manuel D.Pizarro en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 17 de junio, p. 59.

[113] Palabras del senador Gerónimo Cortés en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores,* año 1879, sesión de 5 de julio, p. 129.

[114] Cfr. las palabras del senador Domingo Faustino Sarmiento en *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, año 1879, Buenos Aires, 1910, sesión de 17 de junio de 1879, p. 49.

P Iuris 60 bien 173 25/11/05, 5:56 PM

"ocurrir al derecho científico"[115] encerró un sentido mucho más tradicional que el que hasta el momento le ha venido adjudicando la historiografía.

Conclusiones

Difícilmente asimilables no sólo para los operadores jurídicos del siglo XX –algunos de los cuales ya en los años ´30 bregaron por hacerlas "desaparecer de las ediciones del código"–,[116] sino también para aquellos juristas europeos que, contemporáneos a su aparición, les costaba penetrar en el sentido de ellas en la medida en que hacía más de medio siglo que venían conviviendo intensamente con la codificación y con sus paradigmas, todavía hoy las notas velezanas suscitan, al igual que lo han hecho sus parientas chilenas, la perplejidad del iushistoriador,[117] quien debe disponerse a aplicar un enorme esfuerzo de interpretación si es que pretende comprenderlas. En este sentido, la "modernidad" del código de Vélez respecto de antecedentes como el que brindó el proyecto de un Marcelino Ugarte[118] no debe hacernos olvidar que el codificador fue un jurista que estuvo a caballo entre dos épocas, o, en las agudas palabras de Nicolás Avellaneda, que fue un hombre "nuevo, sin haber dejado de ser viejo".[119] Cabal expresión, pues, de la simultaneidad de elementos conservadores y reformistas que impregnan todo el código,[120] de la contemplación de las notas surge la actitud ambivalente de un codificador que, como abogado formado en una varias veces secular tradición jurídica, paradójicamente no pareció compartir plenamente los ideales de la codificación. Ahora bien, si no puede discutirse lo dicho, no sería del todo inteli-

[115] Puede verse el empleo de esta expresión en "Nota del Dr.Dalmacio Vélez Sarsfield...", cit., p. 121

[116] Abel Cháneton, ob. cit., p. 422.

[117] Alejandro Guzmán Brito, *Andrés Bello codificador…*, ob. cit., t. I, p. 408.

[118] Ricardo Zorraquín Becú, *Marcelino Ugarte. 1822-1872. Un jurista en la época de la organización nacional*, Buenos Aires, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, Instituto de Historia del Derecho Argentino ´Ricardo Levene´ (colección de Estudios para la Historia del Derecho Argentino, V), 1954, p. 83.

[119] Nicolás Avellaneda, "El Doctor Vélez Sársfield (reminiscencias)", en *La Biblioteca* (revista mensual dirigida por Paul Groussac), año II, t. VI, Buenos Aires, 1897, p. 188.

[120] Ricardo Zorraquín Becú, "La formación intelectual de Vélez Sársfield", art. cit., p. 176.

P Iuris 60 bien 174 25/11/05, 5:56 PM

gente que me limitase aquí a ofrecer una explicación de las notas restringida a la persona del codificador. De este modo, aún cuando pueda admitirse una discusión acerca de las posturas de Vélez Sársfield en cuanto a esta o a aquella nota, o incluso respecto de ciertas características genéricas de todas ellas, lo que a esta altura de la investigación no creo que pueda objetarse seriamente es que las ideas del codificador en la materia obtuvieron una abrumadora aceptación como consecuencia de que el grueso de los operadores jurídicos patrios, lógicamente educados en los lineamientos hasta entonces tradicionales de la cultura jurídica indiana, compartió los criterios por él desplegados. Viene a resultar así que, aplicando lo que Alejandro Guzmán Brito ha dicho genéricamente respecto de las codificaciones hispanoamericanas –oportunidad, empero, en la que el maestro trasandino se refirió al "contenido" antes que al "continente" del derecho, como yo lo hago aquí–, la admisión de las novedades codificadas tuvo mucho que ver con la circunstancia de que éstas se basaran en el derecho tradicional más de lo que habitualmente se suele indicar.[121]

Típico producto, pues, de la tensión suscitada con motivo de la colisión entre la persistencia y la innovación jurídicas,[122] el fenómeno de las notas velezanas demuestra que la paulatina desaparición de un derecho indiano adherido a la *cultura del ius commune* no obedeció tanto a la "vigencia formal" de nuevas normas sino a la infiltración de una cultura jurídica alternativa que, si a la postre resultó victoriosa, también fue vigorosamente resistida mediante el empleo de procedimientos no carentes de una fina sutileza.[123] Dicho de otro modo, frente a lo que se ha venido diciendo desde tiempo atrás el quid de la cuestión no pasa por ver si una determinada normativa –o algunos de sus fragmentos más o menos significativos– se siguieron aplicando o no, sino por detenerse a observar en qué medida se mantuvo una forma de pensar y de concebir el derecho.

[121] Alejandro Guzmán Brito, "Puntos de orientación para el estudio histórico de la fijación y codificación del derecho en Iberoamérica"; en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2da. época, año CXXXII, t. LXXXVI (254 de la colección), n° 1 (enero de 1983), p. 20.

[122] Se alude a esta idea en Víctor Tau Anzoátegui, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del Derecho Indiano,* Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, p. 175.

[123] Sobre este tema, véase Víctor Tau Anzoátegui, "La "cultura del código"…", art. cit., p. 543.

P Iuris 60 bien 175 25/11/05, 5:56 PM

A tenor de lo dicho hasta aquí cabe atender ahora a la paradojal situación de un código como el de Vélez Sársfield, que en pleno imperio de un auténtico *mos geometricus* ofreció el panorama de un articulado poroso a la doctrina de los autores. En este sentido, se trató de la obra de un codificador ajeno a principios tan caros a la codificación "clásica" como los ideales de predominio absoluto de la legislación, de simplicidad y racionalidad interpretativa, y de facilidad de acceso por parte de los legos,[124] y que, por el contrario, levantó un peculiar sistema que, plagado de grietas, resultó tolerante con el policentrismo jurídico, intrínsecamente complejo y, por ende, reservado al exclusivo manejo de los juristas profesionales. Así las cosas, la obra de Vélez Sársfield brinda el ejemplo de un código cuyo entendimiento no pudo abroquelarse tras las sólidas defensas suministradas por un sistema jurídico cerrado, o, lo que es lo mismo, de un código que, a juzgar por los preceptos del movimiento codificador, no llegó a cumplir con todo lo que debía esperarse de un código. Ahora bien, como derivación del referido panorama, me atrevo aquí a plantear una nueva heterodoxia: la de pensar si el sentido del artículo 17 del código original, según el cual las leyes no podían "ser derogadas en todo o en parte sino por otras leyes", restringiéndose considerablemente, de este modo, la vigencia de los usos y de las costumbres, significó realmente en el pensamiento de Vélez y como se ha dicho en nuestros días, "un cercenamiento total de cualquier otro modo de creación jurídica que no fuese la ley".[125] Es que luego de lo que he venido diciendo en este trabajo me parece oportuno plantear el interrogante de la validez de esta interpretación, y preguntar si todavía puede suponerse que el enfrentamiento del codificador con el derecho consuetudinario implicó la simultánea condena de la doctrina de los autores. Ahora bien, convencido de que a esta altura de mi trabajo ya no necesito sentar el por qué de mi discrepancia con el enfoque tradicional –en este sentido, me parece que basta con los argumentos que vengo esgrimiendo y que el lector atento habrá ido recolectando a lo largo de la lectura de

[124] Luis Díez-Picazo y Ponce de León, "Codificación, descodificación y recodificación", en *Anuario de Derecho Civil,* Madrid, t. XLV (1992), p. 475 y sigs. Helmut Coing, "Sobre la prehistoria de la codificación: la discusión en torno a la codificación en los siglos XVII y XVIII"; en *Revista Chilena de Historia del Derecho*, n° 9 (1983), passim.

[125] Víctor Tau Anzoátegui, "La "cultura del código"…", art. cit., p. 559

P Iuris 60 bien 176 25/11/05, 5:56 PM

este artículo–, también creo oportuno confesar mis dudas acerca del grado de conciencia que el codificador pudo tener sobre la naturaleza ecléctica del método aplicado en la redacción de su código. No creo, empero, que ello importe demasiado. Es que, impregnado intensamente de tardías expresiones de una cultura jurídica varias veces secular, tras poco más de una década de su sanción el código civil argentino terminaría siendo interpretado, de manera más o menos monolítica, de acuerdo con el baremo de una nueva cultura jurídica, esencialmente incapaz de advertir y de asimilar aquellas formas abiertas y permeables del *ius commune* que se cobijaban en los pliegues de la no tan apretada malla de la codificación.

P Iuris 60 bien 177 25/11/05, 5:56 PM

LA AUTORIDAD CRISTIANA EN EL MEDIOEVO: CONFIGURACIÓN DEL RÉGIMEN POLÍTICO EUROPEO EN LA CRISTIANDAD. PRINCIPIOS DE FILOSOFÍA POLÍTICA: JERARQUÍA, NECESIDAD Y EJEMPLARIDAD

DÉBORA RANIERI DE CECCHINI

"Si el Señor no guarda la ciudad,
en vano vigilan los centinelas".[1]

La primera biografía sobre San Agustín, escrita por su hermano de monasterio y discípulo llamado Posidio,[2] cuenta que cuando numerosas tropas de vándalos, alanos, godos y otras gentes venidas de Hispania, dotadas con toda clase de armas y avezadas a la guerra, desembarcaron e irrumpieron en África, dejando en todas partes huellas de su crueldad y barbarie, asolándolo todo con incendios, saqueos, pillajes y despojos, el obispo Honorato pidió consejo a San Agustín sobre qué debían hacer en aquellos tiempos difíciles, ante lo cual el obispo de Hipona respondió: "*dondequiera que nuestro ministerio sacerdotal es necesario para los feligreses, sean los que fueren, del lugar en que residimos, no conviene queden privados de nuestra presencia*".[3]

[1] Salmo 127, 1.

[2] V. Capánaga refiere que San Posidio fue no sólo el más antiguo biógrafo de San Agustín, sino que estuvieron unidos con el vínculo de una "*amistad ejemplar, sostenida a lo largo de cuarenta años de comunicaciones, de luchas y victorias comunes*", cfr. *Obras completas de San Agustín,* Madrid, BAC, 1994, p. 295.

[3] *Vita Sancti Augustini Scripta a Possidio,* XXX, 1. Unos párrafos más adelante, luego de aconsejar a los obispos que no se retiren de las ciudades invadidas por los bárbaros, expresa su razón fundamental con las siguientes palabras: *"los que, habiendo podido librarse con la fuga, abrazan la desgracia ajena para asistirle en su*

P Iuris 60 bien 179 25/11/05, 5:56 PM

Este consejo inspirado en la caridad cristiana –paradigma de toda misión y conciencia de la necesidad del anuncio de la verdadera y única salvación para todos los hombres– y signo del temple viril cristiano puede tomarse, legítimamente, como la pintura de un cuadro que refleja el período comprendido entre el surgimiento de la Europa cristiana, con la conversión al cristianismo del Imperio Romano y de aquellos pueblos que se fueron incorporando a lo largo de los siglos III a VI d.C., principalmente por la labor de los obispos y por las conversiones acaecidas dentro de los claustros monacales, antecedidas por el testimonio martirial,[4] sumadas las conversiones de varios reyes, tales como Clodoveo entre los francos y Recaredo entre los visigodos, hasta la aparición de la figura de Carlomagno, de la dinastía carolingia, quien le expresó al Papa Adriano I la conocida frase "*Ego rex, tu pater*",[5] acontecimiento que imprimió la conformación política medieval de Papado e Imperio.

Lo acontecido en los siglos posteriores ha sido, en sus grandes lineamientos, el afianzamiento de la cristiandad en el centro de Europa;[6] la primacía del poder papal en el orden sobrenatural; la existencia de emperadores cristianos, ungidos y consagrados por la Iglesia; la unidad espiritual, política y cultural que permite la justa calificación de *Imperio Cristiano*.

Además no debe olvidarse la conformación espacial caracterizada por la clara distinción entre tres clases de territorios: los habita-

---

necesidad (...) se prueba bien la caridad recomendada por el apóstol San Juan cuando dice: 'Como Cristo expuso su alma por nosotros, así nosotros debemos exponerla por los hermanos'", Ibid., XXX, 3.

[4] El martirio siempre ha sido considerado como la máxima manifestación de la caridad por ser la manera más adecuada de imitar al Señor y de estar realmente unido a Él; cfr. G. Thils, *Existencia y santidad en Jesucristo,* Salamanca, Sígueme, 1987, p. 97.

[5] Cfr. S. Corsi, "Medioevo e potere: storia, politica e teologia", en *Per me reges regnant. La regalità sacra nell'Europa medievale*, Siena, Cantagalli, 2002, p.171.

[6] En este sentido puede considerarse con bastante acierto la tesis de H. Pirenne quien atribuyó a la expansión del Islam -en el norte de África y sur de España- un efecto decisivo en la ruptura de la unidad mediterránea y en el desplazamiento hacia el norte del centro de gravedad del naciente mundo carolingio, constituyendo Carlomagno la figura central que produjo la unidad política entre Papado e Imperio, cfr. H. Pirenne, *Mahoma y Carlomagno,* Madrid, Alianza, 1979 [1ra. edición póstuma en 1937].

P Iuris 60 bien 180 25/11/05, 5:56 PM

dos por pueblos paganos no cristianos –territorios abiertos a la misión cristiana y adjudicados por el Papa a un soberano cristiano–; los ocupados por el Islam, lugares que ante la profanación de los espacios santos legitimaron el envío de cruzadas–;[7] y las moradas de los pueblos cristianos ordenados de manera jerárquica en casas regias y coronas, iglesias, conventos y fundadores, soberanos, castillos, marcas, ciudades, comunidades y, a partir del siglo XI universidades de distinto tipo.[8] Si bien excede el objeto del presente escrito, no podemos dejar de mencionar, siguiendo el criterio histórico, que dicho ordenamiento del derecho público continuó en toda Europa, hasta el quiebre de la unidad de la cristiandad acontecida con el Tratado de Paz de Westfalia en 1648, escisión entre príncipes católicos y protestantes, siendo la conquista y evangelización de Hispanoamérica, la última gesta medieval, animada por el mismo espíritu y poblada con los mismos principios de aquella Europa cristiana.[9]

Esa unidad cultural cimentada en las virtudes teologales y morales no puede comprenderse sin el estudio indispensable de los Padres de la Iglesia,[10] quienes desde los primeros siglos del cristianismo

[7] Como lo ha demostrado de manera suficiente J. Heers la imposibilidad de los cristianos de acceder a Tierra Santa, teniéndose que someterse a costosos impuestos y a peligros diversos fue el fundamento inmediato de la primera gran cruzada en la que se unieron desde el Papa , reyes, condes hasta los fieles, acontecimiento imposible de comprender fuera de los principios que legitiman a toda guerra justa. Cfr. J. Heers, *La primera cruzada,* Chile, Andrés Bello, 1997.

[8] Como ha señalado C. Schmitt estos asentamientos y ordenaciones claras configuraron la amplia unidad basada en el derecho de gentes europeo medieval, siendo el imperio y el sacerdocio "*sus formas adecuadas de ordenación, y el emperador y el Papa sus portadores visibles".* Cfr. C. Schmitt, "El nomos de la tierra en el derecho de gentes del 'Jus publicum europaeum'", en H. Orestes Aguilar, *Carl Schmitt, Teólogo de la política*, prólogo y selección de textos, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 478.

[9] Nótese que desde entonces, la conformación occidental mundial no ha cambiado: encontramos, por una lado, los estados nacionales de raíz latina y católicos, y por otro lado, los estados nacionales de raíz germana y anglosajona, protestantes y anglicanos.

[10] Numerosos documentos de la Iglesia han puesto de relieve la importancia del estudio de los Padres de la Iglesia para la comprensión de la formación de la cultura católica que pervivió de manera hegemónica hasta la modernidad, tales como el que ha expresado que "*en los Padres hay algo de especial, de irrepetible y de perennemente válido, que continúa viviendo y resiste a la fugacidad del tiempo*", Congregación para la Educación Católica, *Instrucción sobre el estudio de los Padres de la Iglesia en la*

P Iuris 60 bien 181 25/11/05, 5:56 PM

fueron dando forma a la civilización cristiana, a través de la defensa de la verdadera fe en los diferentes Concilios frente a las herejías, en las catequesis pastorales impartidas a través de los sermones frente a los problemas de los fieles que vivían en un ambiente adverso, y en las vidas ejemplares de aquellos monjes que –retirados del mundo– buscaban la verdadera adoración del único Dios, tal como ha expresado recientemente M. Borghesi "la evangelización cristiana de la cultura clásica no sólo dio resultado debido a las aptitudes intelectuales de los Padres, sino también gracias a la persuasión existencial provocada por el amor cristiano...la evangelización de la cultura no fue sólo producto del trabajo intelectual, sino además, y en medida esencial, resultado de la «conversión» no sólo de hombres sencillos, sino también de intelectuales animados por el espectáculo del testimonio cristiano".[11]

En el presente estudio intentaremos ver cómo precisamente en aquellos siglos la noción de "autoridad" que había sido objeto de especulación en el Antiguo Testamento en los libros referidos principalmente al rey David[12] y en los salmos, al pasar más tarde por la impronta cristiana de las cartas de San Pablo y San Pedro, unida la tradición greco-romana y la experiencia del arte político logrado durante la República romana –quienes habían conjugado las nociones de *auctoritas* y *potestas*–,[13] sintetizadas en las dilucidaciones de los

---

formación sacerdotal, Roma, 1989, nro. 2. El Card. Poupard en el mismo sentido expresó que "*la época patrística fue el teatro de una inmensa actividad intelectual y espiritual, donde el raciocinio y la contemplación se complementaron para hacer que el hombre pudiera llegar a la comunión con Dios*", Card. P. Poupard, *Novedad y tradición de la evangelización de las culturas*, Roma, 2000, nº 5.

[11] M. Borghesi, *"La nueva evangelización de la cultura",* en *Humanitas,* Revista de la Pontificia Universidad Católica de Chile, nº 34, año IX, 2004, p. 237.

[12] Cfr. J. García Trapiello, *La autoridad política en la Biblia. Origen y desarrollo en el antiguo testamento,* Madrid, BAC, 1997, pp. 69-76.

[13] H. Arendt ha señalado que en Roma "*los provistos de autoridad eran los ancianos, el Senado o los patres, que la habían obtenido por su ascendencia y por transmisión (tradición) de quienes habían fundado todas las cosas posteriores, de los antepasados, a quienes por eso los romanos llamaban mayores...La autoridad, a diferencia del poder (potestas), tenía sus raíces en el pasado, pero en la vida real de la ciudad ese pasado no estaba menos presente que el poder y la fuerza de los vivos",* cfr. H. Arendt, *Entre el pasado y el futuro. Ocho ejercicios sobre la reflexión política,* Barcelona, Península, 2003, *¿Qué es la autoridad?*, pp. 193-194.

P Iuris 60 bien 182 25/11/05, 5:56 PM

Padres, plasmadas en las reglas monásticas y encarnadas, primero en los reyes convertidos hasta que San Gregorio Magno, el primer Papa monje, conformó la real contextura del gobernante cristiano, delineando su temple y misión, llegando a informar toda la literatura sobre la realeza, denominada "*espejo de príncipes*",[14] cuyo momento paradigmático fue la identificación del rey o emperador con el santo. Esta evolución puede nítidamente comprobarse en las fuentes de aquellos siglos, en las que la intuición sobre aquellos principios que informan al verdadero gobierno se presenta con un lenguaje e ideas comunes–, encontrándose entre las principales protagonistas los *Discursos* de Gregorio Nacianceno en Oriente, la *Regla* de San Benito de Nursia y la *Regla Pastoral* de Gregorio Magno en Occidente, documentos que hallaron en las *Etimologías* de San Isidoro de Sevilla la síntesis perfecta.[15]

Dada la particularidad de tal época, la mayoría de las investigaciones se han especializado en tal o cual fuente, a veces de Oriente, otras de Occidente, escaseando hasta mucho después de mediados del siglo pasado una obra de conjunto que uniese a todos esos escritos dispersos con el objeto de delinear una concepción esencial sobre el arte de gobernar cristiano, subyacente de algún modo en aquellos protagonistas insignes. Dos grandes obras han intentado realizar tal tarea. Un primer esfuerzo ha sido realizado en la tesis doctoral de Marc Reydellet (1977),[16] quien en un voluminoso

[14] Se denomina "*espejo de príncipes*" a un género particular de escritos o tratados políticos dedicados a la tarea de educar al gobernante en aquellas cualidades esenciales que constituyen a todo príncipe; obras que, en breves capítulos de ágil lectura o en cartas dirigidas a personajes relevantes en un momento histórico, contenían una reseña de las virtudes necesarias a todo soberano que buscase gobernar con rectitud y prudencia a la sociedad política. Tal denominación encuentra su primera formulación en dos textos de San Agustín: *Civitate Dei,* V, XXIV, y *Enarrationes in Psalmos,* Salmo 103, Sermón I, 4.

[15] Por razones de espacio omitiremos algunas fuentes de la misma relevancia que las mencionadas tales como, en Oriente, *Los seis libros sobre el sacerdocio* de San Juan Crisóstomo, las *Colaciones* de Juan Casiano; y en Occidente, la *Vida de San Martín de Tours* de Sulpicio Severo, y las obras de San Avito de Viena, Casiodoro y Gregorio de Tours.

[16] M. Reydellet, *La royauté dans la literature latine de Sidoine Apollinaire á Isidore de Séville*, Roma, Ecole Francaise de Roma, 1981 (tesis doctoral presentada en la Universidad de la Sorbonne en 1977).

P Iuris 60 bien 183 25/11/05, 5:56 PM

tratado, analiza las obras desde Sidonio Apolinario hasta San Isidoro de Sevilla, abarcando los siglos V y VI en las Galias, Italia e Hispania mostrando cómo en este período se forjó la idea de realeza cristiana, tema que siendo "*de meditación típicamente romana*"[17] perduró hasta los albores de la modernidad. Siendo un estudio desde una perspectiva esencialmente literaria, su riqueza es inapreciable para poder comprender, de acuerdo a las formas de expresión, cuáles fueron los grandes interrogantes del momento, qué sentimientos inspiraba la realeza para los hombres del siglo VI, y cómo delinearon la figura del gobernante ideal.

Un segundo intento más reciente de abarcar la cuestión desde una perspectiva más general lo constituye un estudio realizado por Michel Senellart (1995),[18] donde analiza el régimen medieval cristiano en sus fundamentos, para llegar a comprender la mutación en los presupuestos, en las máximas y en los fines operada en la misma genealogía del estado moderno, donde se produjo una tajante diferenciación entre la acción y la contemplación, la teoría y la praxis, las esferas política y religiosa para citar los cambios más relevantes. La obra es valiosa porque además de detenerse en fuentes poco frecuentadas por los historiadores, remite constantemente a la teoría que les sirve de alimento, cuyo objetivo fue "*ver a través de la diversidad de retratos del príncipe una esencia de la política*".[19]

De ese modo podemos ver cómo aquellos cristianos comenzaron exhortando dentro de la misma iglesia sobre cómo debían ser los presbíteros, dentro de los monasterios cómo debía ser el abad y en las diócesis cómo debían ser los obispos, autoridades de la Iglesia que al mismo tiempo aconsejaban y exhortaban a las autoridades temporales –principalmente a reyes y a emperadores– a transformar el carácter antiguo de autoridad cristianizándolo. Como ha señalado S. Corsi la relación entre los dos poderes debe interpretarse como el ejercicio de un solo poder sobre la tierra que consiste, por un lado, en la justicia iluminada de lo alto y de la cual la Iglesia permanece directamente responsable en cuanto "*columna y fundamento de la verdad*" (1 Tim

[17] Ibid., Introducción, p. XVIII.

[18] M. Senellart, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.

[19] Ibid., Introducción, p. 16.

P Iuris 60 bien 184 25/11/05, 5:56 PM

3, 15) y, por otro lado, la autoridad secular, que custodia y guarda el bien natural de la sociedad.[20]

El modo metodológico que seguiremos –intentando sortear todo anacronismo– es el de explicar aquellos principios y figuras que sirvieron para dibujar la real dimensión de lo político, nombrados como principio de jerarquía, de necesidad y de ejemplaridad; nombres que sintetizan los criterios medulares de la filosofía política medieval, incorporados al acervo intelectual y considerados como "piedras de toque" para el discernimiento de las cuestiones prácticas. Intentaremos compararlos con los principios que informan –sólo a pie de página y de manera marginal– a la política contemporánea en Occidente, siguiendo la perspectiva mencionada por M. Borghesi al expresar que "el espíritu de nuestro tiempo no se vuelve hacia el ateísmo, sino hacia un paganismo postcristiano, que reactualiza en una nueva forma rasgos de la religiosidad antigua. En comparación con la condición de los siglos II y III, en que los paganos se convertían en cristianos, en la actualidad asistimos a un movimiento inverso: son los cristianos quienes viven como si fuesen paganos. Este retorno documenta la actualidad de la posición y el pensamiento de los Padres".[21]

Principios de jerarquía y de necesidad

El gobierno de las almas como el "arte de las artes".

La delineación de las condiciones espirituales y éticas del gobernante adquirió en la Edad Media un sentido político sólo tardíamente,[22] ya que apareció en el contexto de un vocabulario de dirección espiritual. Común a aquella literatura es la comparación con otras figuras de la realidad, entre las cuales –descendiendo de lo más general a lo más particular–, distinguimos: la relación entre la parte y el todo (análoga a la de cuerpo y alma o materia y forma); las reglas del arte médico (y la necesidad de la medicina para la salud del cuerpo) y, la figura por excelencia, la relación entre el pastor y las ovejas.

La primera figura comparativa nos sitúa en un plano más general, en la gran caracterización de la conformación de toda comunidad: la jerarquía ineludible de las partes que componen un todo. Un trozo

[20] S. Corsi, ob. cit., p. 171.
[21] M. Borghesi, ob. cit., pp. 243-244.
[22] Cfr. M. Senellart, ob. cit., p. 27.

P Iuris 60 bien 185 25/11/05, 5:56 PM

de uno de los Discursos de Gregorio Nacianceno pronunciado en el año 362, expresaba: "Como en los cuerpos, hay por un lado un elemento que dirige, y el cual, por así decirlo, preside, y por otro lado hay otro elemento que es dirigido y guiado[23] ...unos son guiados a los pastos y conducidos...dirigidos por la palabra y por el gesto hacia lo que deben cumplir, mientras que los otros son pastores y maestros... tales son aquellos que se elevan por encima de la multitud por su virtud y su familiaridad con Dios, teniendo la misma función que tiene el alma con relación al cuerpo o del pensamiento con relación al alma,[24] con el fin de que los dos elementos, aquel que es deficiente y aquel que es superabundante, sean unidos el uno con el otro y se compenetran como dos miembros, los cuales reciben cohesión y consistencia de la armonía del espírit para producir un solo cuerpo conforme y verdaderamente digno del mismo Cristo, nuestra cabeza".[25]

La concepción jerárquica de la sociedad obedece a un conocimiento realista que respeta la ontología de la comunidad,[26] que busca imitar en las instituciones aquello que ya está presente en la misma esencia o razón de ser de los seres. Un ejemplo extraordinario de tal

[23] Sobre la jerarquía natural Aristóteles, al comenzar por la célula primaria de la que se compone la ciudad, la familia, analizando su conformación natural expresó que "ante todo conviene reunir aquellos elementos que no pueden estar el uno sin el otro, como ocurre con el macho y la hembra, para conseguir engendrar, lo cual no es en ellos cosa voluntaria, sino que les es natural, así como a los demás animales y plantas el apetecer que quede algo semejante a ellos. Entre éstos, pues, para su conservación, hay uno que gobierna y otro que es gobernado. Porque aquel que con su entendimiento puede prevenir las cosas, naturalmente, es el señor y por naturaleza tiene el gobierno y regimiento, y aquel que con el cuerpo lleva las cosas a cabo, sirve y es esclavo; por esto, al señor y al siervo un mismo bien conviene"; Aristóteles, *Política,* I, 5, 1.

[24] Cfr. *Carta a Diogneto, VI: "así como el alma está dentro del cuerpo, los cristianos están dentro del mundo".* Sobre la subordinación del cuerpo al alma cfr. Aristóteles, *Política*, I, 5, 4 y 6; Platon, *Fedón*, 80 a.

[25] Gregorio Nacianceno, *Discours I-III,* Paris, Du Cerf, 1978, II, 3, pp. 90-91.

[26] San Agustín ha expresado "este es el orden que exige la naturaleza; así ha creado Dios al hombre: Que tenga dominio –le dice- sobre los peces del mar, sobre las aves del cielo y sobre todos los reptiles de la tierra. Al ser racional, creado a su imagen, no lo ha querido hacer dueño más que de los seres irracionales. No ha querido que el hombre dominara al hombre, sino el hombre a la bestia. Los primeros justos fueron puestos más bien como pastores de rebaños que como regidores de hombres. Trataba de insinuarnos, incluso por este medio, cuáles son las exigencias del orden natural...", San Agustín, *Ciudad de Dios,* XIX, 15.

P Iuris 60 bien 186 25/11/05, 5:56 PM

criterio lo constituye la III parte de la *Regla pastoral* de Gregorio Magno dedicada a enseñar de qué modo el prelado debe adoctrinar y amonestar a los súbditos, distinguiendo treinta y seis condiciones diferentes en los individuos que componen a la sociedad, enumeración que vislumbra la diferenciación ineludible que obliga a la prudencia del gobernante a obrar y discernir como medio más apto para el bien, aquellas peculiaridades individuales, siendo las más importantes la de hombre y mujer; anciano y joven; pobre y rico; alegre y triste; sabio y rudo; pertinaz e inconstante; benévolos y malévolos; sencillos y con doblez de corazón; sanos y enfermos, etc.[27]

Puede advertirse que tal ordenación escalonada ha sido una de las ideas que impregnó al pensamiento político clásico y medieval, teniendo su expresión más sistemática en dos temas centrales para la filosofía política de la Escolástica: la idea de bien común como preeminente frente a los intereses particulares y la concepción de la justicia distributiva cuyo criterio de igualdad "geométrica" permite distribuir los bienes de la sociedad conforme a los méritos, las condiciones y las virtudes de los individuos que componen la sociedad.[28]

La segunda figura comparativa ha sido la del arte de la medicina, considerando que así como el médico prescribe la medicina más adecuada para la dolencia o enfermedad del paciente, el gobernante debe conducir al ser humano. Aquí nos encontramos con el segundo principio: el de la necesidad de la autoridad para la "salud" de la comunidad.[29] El arte de conducir las almas, tiene por objeto las mismas almas como la medicina del cuerpo se aplica al organismo. De ahí la variedad de diferencias en cuanto a los métodos empleados. La medicina prescribe sus remedios según un cierto número de criterios generales (lugar, circunstancias, edad, momento) y vigila por que los deseos del enfermo no contrarresten el régimen impuesto. En cambio,

[27] Gregorio Magno, *Regla Pastoral, en Obras de San Gregorio Magno*, Madrid, BAC, 1957.

[28] En las conformaciones políticas contemporáneas tales nociones medulares son objeto de refutación permanente tanto en la doctrina, jurisprudencia como legislaciones de los estados: el individualismo arraigado en la cultura, obliga a pensar al estado como a un "protector" de los derechos individuales, siendo el bien común negado y vaciado de existencia, constituyendo a los "intereses individuales" el único objeto de protección jurídica.

[29] Cfr. M. Senellart, *ob. cit.,* pp. 28-29.

P Iuris 60 bien 187 25/11/05, 5:56 PM

en el gobierno de las almas la materia sobre la que se obra no es pasiva, sino que reacciona, se excusa, usa de astucias (sutilezas) y de estrategias, y se rebela contra los cuidados que se le procuran.[30] Principio de necesidad de la autoridad que se fundamenta no sólo en una noción cosmología sino también en una noción del hombre necesitado de educación y guía, a la manera del enfermo que necesita la prescripción del médico. Sin autoridad es imposible que todo conjunto de individuos pueda transformarse en una sociedad armónica y con posibilidad de subsistencia.[31]

Frente a las conocidas teorías modernas sobre la autoridad –tanto de raíz liberal como marxista–, negadoras de toda autoridad ya sea por considerar al poder como objeto de delegación de las libertades individuales (Hobbes y Rousseau) o por desprestigiarla considerándola como una creación de las elites dominantes para explotar al proletariado, se ha presentado –en las últimas décadas– una teoría de la misma índole pero con mayores sutilezas, que consiste en negar la realidad ontológica de la autoridad y sustituirla por una teoría del "consenso de la verdad", cuyo exponente más citado ha sido J. Habermas. Al respecto, ya hace dos décadas en una discusión con el filósofo R. Spaemann ha señalado Habermas una argumentación –que por ser muy representativa del imaginario común en estas cuestiones merece ser reproducida:

"La filosofía moderna, no sólo la nominalista, ha roto de una manera tan radical los puentes hacia la metafísica que no es posible renovar la filosofía práctica simplemente apelando a la tradición clásica. En este contexto se encuentran los intentos de una teoría del consenso de la verdad, que utiliza con bastante amplitud el concepto de verdad y muestra la pretensión de validez tanto de afirmaciones como de normas. Según esta teoría, el sentido de la validez de una norma consiste en la pretensión de que todos los interesados deben asentir a una recomendación análoga cuando toman parte en un discurso prác-

[30] "La inteligencia y el egoísmo, así como nuestra incapacidad y nuestra negativa de abandonar y vencer nuestro gusto, constituyen los principales obstáculos para la virtud. Una suerte de movilización se desencadena contra aquellos que vienen a nuestra ayuda", Gregorio Nacianceno, *Discours,* p. 115.

[31] La peculiaridad de ciertas sociedades actuales gobernadas por la anarquía no puede explicarse fuera de la negación de este principio, negación que puede tener su génesis varios siglos atrás.

P Iuris 60 bien 188 25/11/05, 5:56 PM

tico. Esta teoría no clásica de la verdad debe evitar las dificultades (entre otras) de las teorías ontológicas de la verdad".[32] Tesis considerada por R. Spaemann como representante de una política de transición que aspira a la democratización cuyo "*objetivo utópico de la abolición del poder sirve justamente para el poder incontrolado de quienes se denominan a sí mismos ilustradores de la legitimación*".[33]

Principio de ejemplaridad

La tercera figura que ha servido de paradigma ha sido aquella de la relación entre el pastor y las ovejas. En el segundo capítulo de la regla benedictina se expresa que "sepa también el abad que el pastor será culpable de todo lo defectuoso que el padre de familia pueda encontrar en el provecho de las ovejas".[34] Si el pastor debe cargar con las debilidades, defectos y vicios de las ovejas, sin duda debe ser revestido de un temple magnánimo y virtuoso que lo coloque como ejemplo para los demás. Esta noción de ejemplaridad, cuya única finalidad es suscitar el desarrollo del bien y de la virtud en el sujeto a guía, ha sido el principio más ahondado y repetido en la literatura medieval sobre el buen gobernante.

La preocupación por esta ejemplaridad, a la manera de un padre que debe formar a los demás en la virtud,[35] está presente en la mencionada literatura sobre "espejo de príncipes": El gobernante debe contemplar en un espejo el modelo que debe esforzarse en semejar. Debe ser un espejo para los hombres que conduce. El es el espejo para la claridad que resplandece. Es la virtud, en efecto, que gobierna directamente a través de sí mismo, por el estudio y el examen de sí, ante

[32] R. Spaemann, *Crítica de las utopías políticas,* Pamplona, EUNSA, 1980, p. 227.

[33] Ibid., p. 235.

[34] San Benito, *Regla*, II, 7. La Regla continúa diciendo: "Pero también, si ha agotado toda la diligencia de pastor por el rebaño inquieto y desobediente, y ha aplicado toda suerte de remedios a sus enfermedades, el pastor, absuelto en el juicio del Señor, podrá decirle con el profeta: "No he guardado tu justicia en mi corazón, he manifestado tu verdad y tu salvación; pero ellos me desdeñaron y despreciaron". Y entonces, finalmente, que la muerte misma triunfe como castigo sobre las ovejas rebeldes a sus cuidados", *Ibid.,* II, 8-10.

[35] Cfr. Gregorio Nacianceno, *Discours,* II, p. 108.

P Iuris 60 bien 189 25/11/05, 5:56 PM

aquellos que gobierna, de tal suerte que "*presenta su vida a sus conciudadanos como una ley*".[36] Según Senellart de la ejemplaridad del abad, centrada en una disciplina de la carne, se pasó a la ejemplaridad real, ocupando "*un lugar central en la economía de la gobernación, ligada a la función directiva del príncipe como una parte de su visibilidad*".[37]

Esta doctrina patrística ha sido resumida por una frase de San Isidoro de Sevilla donde expresa en sus *Etimologías*[38] que "reino" deriva de "rey" y el término "rey" deriva de "regir", como "sacerdote" de "sacrificar". No "rige" el que no "corrige". El nombre de "rey" se posee cuando se obra "rectamente"; y se pierde cuando se obra mal. De aquí aquel proverbio que corría entre los antiguos: "Serás rey si obras con rectitud; si no obras así, no lo serás".[39] Debemos destacar el rol de la etimología en la Edad Media como forma de pensamiento[40] y la influencia considerable hasta el siglo XIV de la obra de Isidoro. La etimología, parte de la gramática, no se enfoca tanto a reconstituir los orígenes (filiaciones) como a devolver el sentido auténtico de los términos. Al remontarse al origen, no es por un interés histórico, sino descubrir una verdad infundida entre las redes complejas de combinaciones de léxicos, que permita desplegar nuevamente sus múltiples dimensiones éticas y ontológicas.

Conclusión

De acuerdo con los tres principios explicados podemos concluir que la idea de autoridad conformada en la Edad Media difiere substancialmente de la concepción elaborada en la modernidad. Hasta el siglo XII, según la concepción ministerial del poder secular (el rey como ministro de la Iglesia), la noción de autoridad precedía a la noción de reino en sentido territorial. El rey era confiado por Dios, a través de sus vicarios inmediatos, porque usaba su fuerza al servicio

[36] "Suma vitam ut legem praefert suis civibus", cfr. M. Senellart, ob. cit., p. 48.

[37] Ibid., p. 48.

[38] San Isidoro de Sevilla, *Etimologías,* IX, 3.

[39] Horacio nos ha conservado ese proverbio, pero en forma más breve: "At pueri ludentes, rex eris, aiunt / si recte facies" (*Epist.* 1, 1, 59-60). Isidoro la ha completado con la segunda parte.

[40] Cfr. E. R. Curtius, *La Littérature européenne et le Moyen Age latin*, p. 602.

P Iuris 60 bien 190 25/11/05, 5:56 PM

de las almas. La realeza, entonces, era un oficio que debía desempeñarse subordinado a la perspectiva religiosa de la salud. Desde el punto de vista de la historia del Estado, lo político se encontraba absorbido por lo espiritual. Desde la óptica de una historia del gobierno, es más exacto decir que las finalidades gubernamentales, espirituales (salud de las almas) y temporales (disciplina de los cuerpos), condicionaban la acción estatal. Más que la negación de la política, era la finalización de la fuerza lo que constituía el carácter original de tal período. En un sentido, el gobierno del rey era más que reinar porque su título dependía de la rectitud de sus actos.[41]

[41] Según la fórmula de Isidoro de Sevilla: "rex a recte agendo".

P Iuris 60 bien 191 25/11/05, 5:56 PM

SOBRE LA PAZ

Juan Pablo Magno y Santo Tomás [1]

María Fernanda Balmaseda Cinquina

Al gran Papa Juan Pablo II,
Siervo de Dios

> "Jesucristo –el Hijo de Dios hecho hombre, el hombre perfecto– perfecciona, restaura y manifiesta en sí mismo la insuperable dignidad que Dios desea dar al hombre desde el principio. Él es el único que realiza en sí lo que el hombre debe ser por vocación: el único que está plenamente reconciliado con el Padre, plenamente uno en sí mismo, plenamente entregado a los demás. Jesucristo es la paz viviente y la justicia viviente... En lo más profundo de nuestro ser nos ha vuelto a crear; en lo más íntimo nos ha reconciliado con Dios, nos ha reconciliado con nosotros mismos, nos ha reconciliado con nuestros hermanos y hermanas. Él es nuestra paz".[2]
>
> Juan Pablo II

I

Cuando en 1981 exigía que lo volvieran a operar, a pesar de la voluntad contrapuesta de sus médicos, el Siervo de Dios Juan Pablo

[1] Los resultados de este trabajo de investigación científica han sido realizados en el marco del *Programa de Becas de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica Argentina.*

[2] *Homilía en la Misa en el Yankee Stadium*, n.1.

P Iuris 60 bien 193 25/11/05, 5:56 PM

II no dudó en argumentar: "Toda mi vida he defendido al hombre, ahora el hombre soy yo". Ya en su primera Encíclica –*Redemptor Hominis*– audazmente afirmaba que "el hombre es el camino de la Iglesia". Pero la centralidad de la persona humana a lo largo de todo su prolífico magisterio debe ser entendida en su justa dimensión: la relación del hombre con Dios y su plenitud en Cristo. Su preocupación por la paz no está exenta de esta consideración.

Podemos presentar dos líneas de textos en torno a la paz: a) la paz está condicionada por la justicia y b) la paz es causada por la caridad.

a) Paz y dignidad humana. La paz de los hombres: paz social

Ciertamente, hay que afirmar que "todo lo que hiere a la persona es ya un acto de guerra que comienza".[3] "Mientras existan injusticias en cualquier campo que afecte a la dignidad de la persona humana, bien sea en el campo político, social o económico, bien sea en la esfera cultural o religiosa, no habrá verdadera paz".[4] "La justicia social sólo es verdadera si está basada en los derechos del individuo. Y esos derechos sólo serán realmente reconocidos si se reconoce la dimensión trascendente del hombre, creado a imagen y semejanza de Dios, llamado a ser su hijo y hermano de los otros hombres, destinado a una vida eterna. Negar esa trascendencia es reducir el hombre a instrumento de dominio, cuya suerte está sujeta al egoísmo y ambición de otros hombres, o a la omnipotencia del Estado totalitario, erigido en valor supremo".[5]

"La causa de la paz mundial se promueve cuando queda salvaguardada la dignidad de la persona humana".[6] "Donde no hay justicia, no puede haber paz. La paz sólo es posible donde hay un orden justo que garantice los derechos de todos y de cada uno. La paz mundial es posible solamente cuando el orden internacional es justo".[7] En

[3] Mensaje para la XXI Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, n.8, 31/5/1987.

[4] Homilía durante la celebración de la liturgia de la palabra, Killineer, Irlanda, 29/9/1979, n.8.

[5] Homilía a los Jóvenes en Belo Horizonte, Brasil, 1/7/1980.

[6] Discurso al Colegio de Defensa de la OTAN, 8/2/1979.

[7] Homilía en Singapur, 20/11/1986.

P Iuris 60 bien 194 25/11/05, 5:56 PM

realidad, sólo "se llega a la paz a través de la justicia completa y universal: *opus iustitiae pax*".[8]

b) Paz y reconciliación. La paz de Cristo: paz personal

Si bien es cierto que tenemos el deber moral de ser constructores de una paz humana, más cierto aún es que "somos antes que nada humildes beneficiarios de la vida misma de Dios, que es justicia y paz en el vínculo de la caridad".[9] "Para construir una paz verdadera y duradera en nuestro planeta ensangrentado, es necesaria una fuerza de paz que no retroceda ante ninguna dificultad, que el hombre por sí solo no consigue alcanzar ni conservar: es un don de Dios. Cristo vino precisamente para ofrecerla al hombre. Nosotros estamos invitados a ser instrumentos activos de la misma".[10]

"Para dar al mundo la paz a la que aspira la humanidad, se necesita algo más que las conferencias de los políticos, se necesita algo más que tratados, y más que una política de distensión lograda con medios humanos –aunque éstos sean importantes y necesarios–. El mundo afligido por los conflictos necesita ante todo la Paz de Cristo. Y ésta es más que una mera paz política. La paz de Cristo sólo puede encontrarse allí donde haya hombres dispuestos a apartarse del pecado. La causa más profunda de toda discordia en el mundo es el alejamiento de Dios por parte del hombre. Quien no vive en paz con Dios, difícilmente puede vivir en paz con sus semejantes".[11] De ahí que, "la primera forma de paz que los hombres necesitan es la paz con la superación del obstáculo del pecado. Es una paz que sólo puede venir de Dios, con el perdón de los pecados mediante el sacrificio de Cristo".[12]

En sus *Mensajes para la Jornada Mundial de la Paz* de cada 1º de año integra ambos aspectos. Procede rescatando los valores comunes a toda la humanidad, presentes en la naturaleza humana, exigentes para todos los hombres. Y luego, aprovechando el área temática en el que desarrolló el mensaje, lo presenta ya en toda su dimensión

[8] Audiencia General, 8/8/1979.
[9] Homilía en la Misa en el Yankee Stadium, n.2, 2/10/1979.
[10] Discurso al Cuerpo Diplomático acreditado ante la Santa Sede, 10/1/2005.
[11] Alocución en Kevelaer, Alemania, 2/5/1987.
[12] Audiencia General, 29/5/1991.

P Iuris 60 bien 195 25/11/05, 5:56 PM

a la luz del Evangelio. Así, lo expresó el año último: "Al comienzo de cada nuevo año, he exhortado a las personas de buena voluntad a reflexionar a la luz de la razón y de la fe, sobre los diversos aspectos de una convivencia ordenada" (n. 3).

En general, la primera parte de sus *Mensajes* –la más extensa– trata acerca de algún aspecto, pero sobre todo promueve, la *paz social*. En primer término suele hacerlo por vía negativa, clamando a todos los hombres de buena voluntad –incluso, enérgicamente– por la remoción de los obstáculos que la impiden. Guerra, violencia, amenaza nuclear, carrera de armamentos, no dejan de ser mencionados, pero tampoco, opresión, falta de libertad, consumismo, materialismo, sin olvidar la desinformación o la falta de educación. Como ejemplos, entre otros, son citados los proféticos anuncios de Pablo VI: "Si quieres la paz, defiende la vida" [13] o "El desarrollo es el nuevo nombre de la paz".[14] Todas son violaciones de un derecho inalienable de la persona humana, desde el más elemental del respeto a la vida como el más fundamental de la relación con Dios. En la base de cualquiera de estos atropellos a la dignidad humana y, a su vez, de francas embestidas contra la paz, siempre están la mentira y la injusticia. En otros contextos especifica diversos grupos –comunicadores, gobernantes, diplomáticos– a los que, ya positivamente, va dirigido el mensaje como responsables de la paz de las naciones o entre ellas.

Luego, en una parte más breve, pero no por eso menos importante, se dirige a los cristianos. A la grave responsabilidad que tienen en la construcción de la paz –la misma paz social a la que se había referido–, se suma la urgencia de su intervención para lograr una vida más fraterna, es decir, en último término, más humana. Ellos, y no otros, tienen el enorme compromiso de arraigar la paz en su verdadero fundamento, Cristo. Es que no puede haber una paz duradera, menos aún verdadera, sin la paz del corazón, sin la paz interior, sin una *paz personal*. Por esta paz clama el Santo Padre especialmente a los creyentes, en general, y a los cristianos-católicos, en particular: para que la paz social no sea una "paz fría", como decía Pío XII,[15] hay

[13] Cfr. X Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz, 1/1/1977.
[14] Encíclica Populorum progressio, n.76, 1967.
[15] Cfr. XXI Jornada Mundial de las Comunicaciones Sociales, n.3, 31/5/1987.

P Iuris 60 bien 196 25/11/05, 5:56 PM

que llegar a un "desarme de los espíritus", como audazmente proponía Juan XXIII.[16]

De ahí que, en repetidas oportunidades, se refiera a la paz como una conquista cotidiana recíproca entre los seres humanos: es el resultado de una acción interpersonal con graves consecuencias sociales e, incluso, internacionales.[17] Esta paz, va más allá de la justicia. Compromete a la consideración del otro como prójimo, como hermano, por ser hijo del mismo Padre. Y es en esta relación de cada ser humano con Dios, en la que estriba el fundamento de aquella dignidad por cuyo respeto social imploraba. Esta es la principal dimensión de la persona, su unión con Dios, en cuya relación se sustenta el orden de la persona consigo misma y con los demás. Entonces, principalmente, la paz personal es paz con Dios: la paz de la persona es tranquilidad del orden con Dios.

En su sentido más profundo, es un don de Dios, fruto del amor con el que Dios nos ama, caridad de Padre con sus hijos. Nuestra responsabilidad consiste en acordar nuestra voluntad a la suya, nuestro corazón a la irradiación de su bien. Un cristiano sabe que "caridad y justicia no se oponen ni se anulan recíprocamente: la caridad, deber primero de todo cristiano, no sólo no hace superflua, sino que exige y completa la justicia, que es virtud cardinal para todo hombre".[18] Lo confirma en una cita de su predecesor, Pío XI: no puede haber "verdadera paz externa entre los hombres y entre los pueblos donde no hay paz interna, o sea, donde el espíritu de paz no se ha posesionado de las inteligencias y de los corazones…; las inteligencias, para reconocer y respetar las razones de la justicia; los corazones, para que la caridad se asocie a la justicia y prevalezca sobre ella; ya que si la paz … ha de ser obra y fruto de la justicia ...; ésta pertenece más bien a la caridad que a la justicia".[19]

A los Estados y Organismos internacionales les recuerda que no olviden mantener vigente la aplicación de los principios jurídicos, muchas veces establecidos por sus mismos representantes. Aspirando siempre a una mayor justicia, se hace imprescindible contar con políticas nacionales e internacionales que promuevan los derechos del

[16] Cfr. Discurso a los periodistas del Concilio, 3/10/1962.
[17] Cfr. Homilía en Fiesole, 18/10/1986.
[18] Alocución en la Plaza del Plebiscito, Nápoles, 21/10/1979.
[19] Discurso del 24/12/1930.

P Iuris 60 bien 197 25/11/05, 5:56 PM

hombre, para que la vida de los pueblos y entre las naciones sea más humana. En un famoso Discurso a los miembros de las Naciones Unidas no dejó de recordarles que "la paz es posible, si está basada en el reconocimiento de la paternidad de Dios y de la hermandad entre todos los hombres" (2/10/1979).

Por tanto, más hondamente aún, como el fundamento de la paz, primero y fundamentalmente, está en la relación del ser humano con Dios, para que haya paz, incluso social, más que descansar en los tratados internacionales –tantas veces transgredidos o no cumplidos–, en los acuerdos políticos –muchas veces espurios–, en las alianzas económicas –reiteradamente unilaterales–, propone confiar en la sana relación entre las religiones y entre los creyentes, gozando todos, grupos e individuos, del derecho a la libertad religiosa.

Convoca a las personas de distintas confesiones religiosas, también a través de sus representantes más destacados, a vivir con los hombres de otros credos, no sólo en la tolerancia, sino en el respeto y, cuando sea necesario, también en el perdón que conduce a la reconciliación. Expresión de esta férrea convicción, ha sido la convocatoria interreligiosa de la *Jornada Internacional de Oración por la Paz* de Asís (27/10/1986): "El hecho de que tantos líderes religiosos estén aquí juntos con el fin de orar es ya en sí una invitación al mundo para que tome conciencia de que existe otra dimensión de la paz y otro camino para promoverla, ya que no es el resultado de negociaciones, compromisos políticos o económicos, sino resultado de la oración que, en la diversidad de religiones, expresa la relación con un poder supremo que está por encima de nuestras posibilidades humanas".

De aquí la principalidad que otorga a la libertad religiosa como "una condición indispensable para la construcción de una nación, así como para la colaboración y amistad entre los pueblos"[20] y el acento reiterado en la exigencia de los Estados y diversos grupos sociales de respetar y promover ese "derecho con el que todos los demás se relacionan, porque la dignidad de la persona humana tiene su primera fuente en la relación esencial con Dios".[21] En este sentido, la discri-

[20] Mensaje en el II Centenario de la muerte de Pío VI.

[21] Discurso durante el Acto Académico del concesión del título de Doctor "Honoris Causa" en Derecho, 17/ 5/ 2003.

P Iuris 60 bien 198 25/11/05, 5:56 PM

minación que sufren los creyentes "constituye una hipoteca negativa para la paz".[22]

La justicia y la vigencia de los derechos disponen a una convivencia pacífica. La justicia es condición para la paz: para la paz social. Pero, por su mismo contenido, el derecho a la libertad de conciencia y la libertad religiosa, que encierra lo más sagrado del hombre en su relación con Dios, se comporta como puente que lleva desde la paz personal hacia la paz social, desde la serenidad del cristiano que intenta vivir según la paz de Cristo en la caridad, hacia el respeto de la dignidad humana y la tranquilidad del orden entre los hombres. La paz es fruto del amor: la paz personal y la paz social. Esto es lo que ya expresaba Wojtyla en la poesía *Salvación*:[23] "la paz: unidad de la existencia". Y lo que enseñaba a los jóvenes en sus Ejercicios espirituales: "Si se trata de privar al hombre de su relación con Dios, se disgrega la vida interior de cada individuo y a la par se destruye la vida colectiva de los hombres y de la humanidad, que no alcanza la unidad e integridad a la que sólo puede llevarla aquella relación".[24]

II

Estas dos perspectivas a través de las cuales el Santo Padre considera el tema, en el Doctor Angélico corresponden a tipos de paz, todas ellas formas de "tranquilidad del orden",[25] como reposo en el bien propio poseído. Mientras en el Pontífice la paz es vista a la luz de las implicancias del Magisterio y con una intención primordialmente pastoral, en el Aquinate resulta una presentación muy exhaustiva y rica desde la casuística.

Todas las distinciones que contempla responden a formas de orden –de las creaturas con el Creador, del hombre consigo mismo (In 2 Thes., 3, 2), del hombre con su prójimo, de la fuente de toda paz (In De Div. Nom., 11, l.1). Y estos órdenes, a su vez, se diversifican según su principio de orden o fin al cual se refieren: voluntad divina (In .Joan., 14, 7) o fin último (In De Div. Nom., 11, l.1), la vida según la razón (In Mat., 5, 9) sin perturbación de las potencias del hombre (In

[22] Mensaje en la Jornada Mundial de la Paz, introducción, 1 de enero de 1988.
[23] Cfr. *Poesías,* B.A.C. Madrid, 1993, en La Verónica, pp. 69-70.
[24] *Ejercicios espirituales para jóvenes 1962.* BAC, Madrid, 1986, p. 6.
[25] San Agustín, De Civitate Dei, l.19, c.13.

P Iuris 60 bien 199 25/11/05, 5:56 PM

Joan., 14, 7) y algún bien común (In De Div.Nom., 11 y l.1) por el que concuerdan las voluntades entre sí (In Joan., 14, 7). Luego, tiene en cuenta si ese bien es poseído plenamente o no –paz terrena o imperfecta y paz celestial o perfecta (In Mat., 5, 9 y In Joan., 14, 7)– y si es verdadero bien o sólo lo parece –paz verdadera y paz falsa (II-II, 29, 1 ad. 3)–, en cuyo caso, por tanto, merecen un juicio moral: paz en los hombres justos y paz en los pecadores, paz de Cristo o de los santos y paz del mundo o de los pecadores (In Mat., 10, 34), paz santa o según Dios y paz mala o deshonrosa (In 2 Cor., 13, 3), paz secular y paz propia de la Iglesia (In 1 Tim., 2, 1).[26]

Así, implicando siempre una forma de amor y de bien, hay: a) paz en las cosas de la naturaleza, por el apetito natural o del fin último; b) paz en las criaturas racionales, entre sus potencias y afectos, y concordia entre voluntades, y c) paz de las criaturas racionales, respecto de Dios a cuya ordenación se someten, todas ellas inseparables de la verdadera felicidad; y, por último, d) paz de Dios, unitiva de todas las cosas, caridad perfecta.

Una clasificación que sintetiza y combina estas formas de paz, se encuentra en el *Comentario al Evangelio de San Juan* (c.14, l.7), cuando Santo Tomás distingue la paz de Cristo de la del mundo: "Primero, en cuanto al fin, ya que la paz del mundo se ordena a la quieta fruición de los bienes temporales, mientras que la de Cristo a los bienes eternos (que no disminuyen esencialmente por la privación de los temporales); y segundo, porque la paz del mundo es simulada, por ser solamente externa, en cambio la paz de Cristo es verdadera, por ser simultáneamente interna y externa".

Como queda claro, el tema alcanza real dimensión en su impostación teológico-moral. Afirma el P. Basso: "La paz sólo encuentra su realización en el orden moral. Es una *noción moral,* y una de las primeras, porque está ligada a la idea misma de fin último. Es esencial al fin último ser único, por tanto unificador, pacificador, porque sólo él permite realizar el verdadero orden. Existirán muchas clases de paz aparente, donde la unificación se hace sobre algo distinto al verdadero fin, mas no será paz verdadera, porque no podrá darse sino excluyendo las tendencias más profundas y más auténticas de las

[26] Puede encontrarse una buena selección de textos en: Marcos Manzanedo, O.P., *La paz según Santo Tomás*. En *Studium*, vol. XLIV, fasc.3. Institutos Pontificios de Filosofía y Teología, O.P. de Madrid, 2004.

P Iuris 60 bien 200 25/11/05, 5:56 PM

personas, por consiguiente creando una situación de conflicto al menos latente".[27]

De ahí que, aunque en sus consideraciones naturales trate de la paz en obras filosóficas,[28] en general el tema es desarrollado en sus obras teológicas, tales como los *Comentarios a las Sagradas Escrituras* (Evangelios de Mateo y Juan, Hechos y Cartas de San Pablo) o su *Suma de Teología*, en ocasión de la relación entre las bienaventuranzas y los dones del Espíritu Santo (I-II, 69, 3 y 4), correspondiendo a la bienaventuranza de los pacíficos con la que se relaciona el don de la Sabiduría,[29] o en su tratamiento más sistemático a propósito de la virtud de la caridad (II-II, 29), como uno de sus actos.

En esta misma *Cuestión*, por un lado, distingue a la paz de la concordia que en su noción privilegia el acuerdo –con otros– por encima del bien que une, quedando excluidas la unificación de las propias tendencias en vistas del verdadero bien y la armonía con Dios. Sin embargo, como la concordia –en sentido lato– es necesaria para que haya paz, ésta no puede ser fruto de la justicia "porque *no une*; no se considera en ella al otro como unido, sino precisamente como otro, en sus derechos que hace valer ante nosotros".[30] Sólo el amor la puede causar –y asegurar–.

En el cumplimiento de los derechos que la justicia exige, se va generando un terreno propicio para el logro de la paz, pues "la destrucción del orden lleva consigo la destrucción de la paz".[31] En realidad, no sólo la justicia es causa dispositiva de la paz, sino, de alguna manera, todas las virtudes morales.[32] Este concurso de virtudes, ¿no es, acaso, el sustrato con el que el Papa desea contar al dirigirse a "todos los hombres de buena voluntad"?

[27] Domingo Basso, O.P., *La paz, ¿amor o justicia?* En *ACTAS de la XVII Semana Tomista*, Sociedad Tomista Argentina, Buenos Aires, 2002.

[28] Por ej. *De Ver*., q.22, a.4, ad 12: "La paz implica la remoción de lo que perturba e impide la consecución del bien", o *In De Div. Nom*., 11, l.1 : "En la noción de paz concurren dos elementos: que varias cosas estén unidas y que concuerden en algo uno".

[29] Cfr. Domingo Basso, O.P., *Por el heroísmo a la felicidad*, Educa, Bs. As.

[30] Domingo Basso, O.P., *La paz, ¿amor o justicia?. Actas de la XXVII Semana Tomista,* Sociedad Tomista Argentina, Buenos Aires, 2002.

[31] In Philip., 4, 1.

[32] Cfr. II-II, 180, 2 ad 2. La prudencia para ver y actuar, la justicia para dar a cada uno lo que se le debe (paz con los demás), la fortaleza para eliminar o evitar impedimentos con los que se presenta el bien, la templanza para equilibrar la afectividad (paz con uno mismo).

P Iuris 60 bien 201 25/11/05, 5:56 PM

Ahora bien, para que esto se realice, no basta con la "buena voluntad", ni con la naturaleza. Es más, hace falta la caridad, porque "donde no hay caridad, hay pecado y el efecto propio del pecado es dispersar hacia los bienes particulares".[33] Para que haya verdaderamente paz, es necesario el orden sobrenatural. Por esto, el P. Andereggen, citando a Santo Tomás en la misma *Cuestión*, decía en aquella *Semana Tomista*,[34] que "no puede haber verdadera paz sin la gracia santificante",[35] que sana y restaura esa naturaleza.

III

El reparo que pueda generar que Santo Tomás ponga la paz como fin del "Reino, comunidad de la consumación",[36] se basa en el error de concebirla según su significado "moderno", identificándola con concordia voluntarista, tibieza social e indiferentismo religioso. Es confusión por reducción de la paz verdadera con la paz que propone el "mundo".

Pero no por no prestar adhesión a *esta* globalización a la que las naciones, las familias y las personas nos vemos arrastradas, pasa a resultar conveniente el recurso a otras formas sociopolíticas y culturales también invasivas y no menos omnimodas.

En este sentido, considero particularmente significativas las reflexiones de Juan Pablo en su último libro, *Memoria e identidad*: "el patriotismo, en cuanto amor por la patria, reconoce a todas las otras naciones los mismos derechos que reclama para la propia y, por tanto, es una forma de amor social ordenado".[37] Sin embargo, continúa más adelante, "la historia de todas las naciones está llamada a entrar en la historia de la salvación… La Iglesia, el Pueblo de Dios… se presenta con un carácter de universalidad: cada nación tiene en ella el mismo derecho de ciudadanía". "El misterio de la Encarnación, fun-

[33] Domingo Basso, O.P., *La paz, ¿amor o justicia?* En *Actas de la XXVII Semana Tomista*, Sociedad Tomista Argentina, Buenos Aires, 2002.

[34] Ignacio Andereggen: *"No puede haber verdadera paz sin la gracia santificante"*. En *Actas de la XXVII Semana Tomista*, Sociedad Tomista Argentina, Buenos Aires, 2002.

[35] II-II, 29,3 ad 1: "sine gratia gratum faciente non potest esse vera pax".

[36] Cfr. Reportatio Evangelium Mathaeum 12. 2/78.

[37] Cfr. *Memoria e identidad*, Planeta, Buenos Aires, 2005, p. 89.

P Iuris 60 bien 202 25/11/05, 5:56 PM

damento de la Iglesia, forma parte de la teología de la nación. El Hijo consustancial al Padre al Padre, haciéndose hombre, dio comienzo a un 'generar' de otro orden: el generar 'por el Espíritu Santo'. Su fruto es nuestra filiación sobrenatural… Los nacidos 'de Dios' se convierten en miembros de la 'nación divina'" (pp. 93-94). Consiguientemente

"el cristianismo es la religión de la paz universal".[38] *"El Evangelio de la paz llegará a las instituciones pasando por el corazón de las personas, y no pacificará la sociedad si antes no ha pacificado las conciencias, librándolas del pecado y de sus consecuencias sociales. Cuando se logre esa transformación interior se engendrarán nuevas formas de relaciones sociales y culturales, y se abrirá paso en el mundo a la 'civilización de la paz'"*,[39]

que no deja de ser otra forma, pero la adecuada, de "globalización", la cual sólo puede estar, principalmente y por naturaleza, en manos de la Iglesia de Cristo…

[38] Homilía en la Jornada especial de oración por la paz en Bosnia Herzegovina, 23/1/1994.

[39] Discurso en Mendoza, Argentina, 7/4/1987.

P Iuris 60 bien 203 25/11/05, 5:56 PM

EL PUNTO DE VISTA REALISTA SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA MEDIACION EN LA CARRERA DE DERECHO

JORGE PORTELA

I. Una introducción al tema

El tópico referido a la relación existente entre mediación, negociación y abogacía es sin duda uno de los más apasionantes con los que se encuentra hoy en día el jurista, porque su tratamiento otorga directa respuesta a la pregunta acerca de las funciones del Derecho. En efecto, la pregunta por las funciones puede sintetizarse en la más radical y fundamental interrogación:– ¿para qué sirve el Derecho?

Y esto nos conduce, inevitablemente, no sólo al estudio de las relaciones existentes entre el arte del ejercicio de la abogacía, de la mediación y de la negociación, sino también a meditar acerca de las necesidades que demanda en la actualidad el noble desempeño de la profesión de abogar.

Lo expuesto, nos llama a plantear algunas cuestiones centrales. Así, la mediación ¿es un medio apto de resolución de conflictos? En el caso que la respuesta sea positiva, ¿qué papel podemos cumplir los docentes en su difusión ? Finalmente, si introducimos la importancia de la mediación y de la negociación en la dinámica de la gestión del conflicto, ¿qué rol le cabe al abogado en el proceso mismo de mediación? ¿para que serviría –lo ponemos ahora en potencial– entonces el Derecho?

P Iuris 60 bien 205 25/11/05, 5:56 PM

II. Un poco de historia

El que existe un contacto entre mediación, abogacía y negociación, no es ninguna novedad. De hecho, el elemental punto de unión que vincula a estas tres artes es –como ya se dijera–, el conflicto. La mejor confirmación de ello es advertir que, en el ejercicio de las profesiones liberales, quizás nadie esté más vinculado a la disputa, que el abogado, a quien se entrena especialmente para afirmar o controvertir la posesión de algún derecho. El estudiante de abogacía es educado entonces, del mismo modo como se forma a un soldado. Le ponemos en su mochila las normas –los códigos–, llenamos su canana con reglas y máximas de derecho constitucional, le damos unos buenos borceguíes que tengan en su suela algún buen tratado de derecho procesal, para que pueda recorrer todo el edificio de los Tribunales , y le proveemos de un casco. El casco es la palabra...¡oh infeliz abogado, aquel que no hable bien ni escriba mejor! Y una vez que nuestro soldado-abogado tiene completo su equipamiento, con el título profesional (que funciona muchas veces como una patente de corso), lo largamos al campo de batalla... Concluído el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota, aconseja con lenguaje propio de lo bélico, el jurista Couture en su recordado opúsculo "*Los Mandamientos del Abogado*".

Esa ha sido la mentalidad imperante en la formación del abogado, digamos que en los últimos trescientos años. Tan poderosa ha sido esta idea, que prácticamente ha sido concebida como algo imperativo, que no puede dejar de suceder, pues de lo contrario se cometería un acto de mala praxis docente. Podríamos preguntarnos, empero, si esa manera de ver la abogacía en particular y el Derecho en general, lejos de ser algo a priori, necesario, es más bien un concepto histórico y contingente.

Valdría la pena detenernos aquí, por ejemplo, en la lectura de un texto de aproximadamente unos dos mil años de antigüedad: el Evangelio según San Lucas. Leemos allí que el evangelista, parafraseando a Jesús, escribe: "¿Por qué no juzgáis por vosotros mismos lo que es justo? Cuando vayas con tu adversario al magistrado, procura en el camino arreglarte con él, no sea que te arrastre ante el juez, y el juez te entregue al alguacil y el alguacil te meta en la cárcel. Te digo que no saldrás de allí hasta que no hayas pagado el último céntimo" (Lc, 12, 58-59). De una manera absolutamente anticipatoria y profética,

P Iuris 60 bien 206 25/11/05, 5:56 PM

se sugiere aquí arreglar personalmente las diferencias, reconciliarse con el otro, en fin, ponerse enseguida "a buenas con tu adversario mientras vas con él por el camino".[1]

Podemos obtener de esta lección evangélica, datos preciosos que ayudarán a comprender cómo y de qué manera debe ser formado un abogado, porque vemos que éste –si se le enseña la técnica correctamente–, es perfectamente idóneo para el ejercicio de la mediación. Puede entenderse aquí, que no importa tanto el estudio memorioso de las normas jurídicas, sino que, además cabe entrenar al estudiante en técnicas que hagan más a la correcta y más fructífera comunicación con los demás, y a partir de allí, a la detección temprana de los intereses y las necesidades ,no sólo de las partes a las que se representa, sino también los del adversario. Debemos aquí compenetrarnos con una regla de oro del ejercicio profesional de la abogacía del futuro: *para comprenderse a sí mismo, el hombre necesita que otro lo comprenda. Para que otro lo comprenda, necesita comprender al otro.* En la enseñanza de la abogacía, sobre todo a partir del siglo XVIII, como consecuencia de la racionalización de los estudios, ha habido, en cambio, una verdadera preterición de los antiguos métodos de autocomposición de conflictos.

La "comprensión" del otro, es la piedra de toque de la autocomposición del conflicto. Estos medios autocompositivos, siempre existieron. En la antigüedad, se recurría a las personas sabias, al hombre bueno –generalmente el de mayor edad–, del pueblo: siempre advertimos la presencia de un tercero cuya función consistía en ayudar a llegar a un acuerdo; y se acudía a esos individuos porque se partía de la base de que la experiencia era la mejor maestra de la vida. Un hombre con "experiencia" podía ayudar a las partes a reflejarse mutuamente el uno en el otro, y a partir de allí posibilitar un acuerdo que pusiera fin al diferendo.

Repetimos una idea de base: para esta nueva formación del abogado, no bastan sólo las normas jurídicas, el pleno conocimiento de las leyes. Leemos en Vico: "...nadie tiene por jurista a quien, gracias a su feliz memoria, sabe el derecho convencional, o sea lo más importante y general de las reglas sino a quien, con juicio penetrante, ve en las causas las perístasis, es decir, *las circunstancias últimas*

[1] Evangelio según San Mateo, 5, 25-26.

P Iuris 60 bien 207 25/11/05, 5:56 PM

de los hechos que merezcan justicia o sea excepción, para eximirse de la ley universal".[2]

Podemos notar aquí una coincidencia entre el dato evangélico que nos sugiere "juzgar por nosotros mismos lo que es justo" y las enseñanzas de Vico, que indicaba en todo caso que el buen jurista era el que buceaba en los hechos, para encontrar finalmente la "justicia del caso". En ambas referencias se abre la puerta a la participación activa del abogado y de las partes en la búsqueda de un acuerdo que permita solucionar satisfactoriamente el conflicto. Podemos entonces, a partir de este "racconto" histórico, partir del supuesto que la mediación puede definirse como el modo de autocomposición de un conflicto interpersonal acerca de lo justo del caso, facilitado por la intervención de un tercero imparcial, neutral y aceptable, que ayuda a las partes contendientes a elaborar de mutuo acuerdo una regla *ad hoc*, para el reparto de lo disputado.[3]

III. Las habilidades propias del mediador. La enseñanza de la mediación

Para el profesional del derecho se hace indispensable hoy en día el aprender a escuchar, a negociar, a tener creatividad para generar alternativas que ayuden a poner fin a los problemas que se presentan a diario.

Una guía, publicada en EEUU ya en 1985, para directivos de empresa que se enfrentan a conflictos legales, definió la mediación como "el gigante dormido" de la resolución de conflictos y el medio más poderoso, en potencia, para que las partes alcancen un acuerdo. De hecho, ya es un lugar común que las empresas, en sus contratos, prevean una cláusula en virtud de la cual se comprometen a recurrir, como instancia previa, a esta vía. Esto plantea a los docentes y a los técnicos que diseñan los planes de estudio de las carreras de abogacía, en consecuencia, un verdadero desafío pedagógico.

[2] Juan Bautista Vico, *Sabiduría primitiva de los italianos*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1939, pp. 43.

[3] Jorge Guillermo Portela y Luis María Bandieri, "La formación del abogado y la aptitud para la mediación ¿sirven los abogados para la mediación?", *El Derecho*, 10 de noviembre de 1998, p. 2.

P Iuris 60 bien 208 25/11/05, 5:56 PM

En efecto, no estamos hablando ahora de capacitar a abogados ya formados, sino de comenzar a modelar, desde la enseñanza universitaria, a un profesional apto para lo que implica el ejercicio de la abogacía en nuestros tiempos.

Esto no nos puede hacer perder de vista, sin embargo, que no cualquiera puede ser mediador. Ha sido a nuestro juicio Jean-François Six , el autor que más se diera cuenta de este afán de formar mediadores por doquier, que no conduce en realidad a ninguna parte: "Es una irresponsabilidad, justamente, hacer creer, en efecto, que la mediación funciona por sí misma, que todo el mundo es naturalmente capaz de ella (...) Uno se da cuenta cruelmente, tras haber sido invitado en toda Francia para dar conferencias o sesiones sobre mediación, de que algunos, que se inspiran en los métodos norteamericanos, corren un poco por todas partes para anunciar la buena noticia: 'Ustedes ya son mediadores, usted es un artista sin saberlo. Proclámese mediador, ya que lo es'. Públicos entre los que figuran psicólogos y trabajadores sociales, ávidos de 'jornadas de información' sobre la mediación: en esas jornadas es fácil hacerles creer, demagógicamente, que su trabajo es, por sí mismo, el de mediador, que son mediadores desde siempre, o de distinguirles de entrada con el título de mediadores".[4]

[4] Jean-François Six, *Dinámica de la Mediación*, Paidós, 1997, p. 188. La cita parece haber sido hecha a medida de la realidad argentina, cuando a mediados de 1993, tuvimos que asistir al deplorable espectáculo de cierto "fundamentalismo mediador", en el que proliferaron decenas de institutos que "enseñaban" las técnicas, y que luego otorgaban los certificados de mediador. De allí surgió el grueso de los mediadores que practican hoy la mediación, un cuantioso proletariado de individuos teóricamente "formados" en el arte, pero que no tiene la menor idea de cuales son los pasos más elementales del proceso, y que por ello ha contribuído al descrédito de esta técnica. Como aprecia bien Six, todo el mundo puede hablar y escribir, pero no todo el mundo es escritor; eso requiere un cierto don que debe desarrollarse arduamente; también todo el mundo dibuja, y no todo el mundo es pintor: eso requiere, aquí también, un don y una educación. *Ser mediador en el sentido estricto pide una verdadera formación, una formación continua: un verdadero mediador no cesa, a lo largo de su vida, de afinar su arte, al igual que un escritor o un pintor* (autor y ob. cit., pág. 189). Por su puesto, lo mismo cabe para el abogado: cualquiera puede estudiar abogacía, pero muy pocos llegan a ser verdaderos abogados, contra la conocida opinión de Unamuno ("no sirves para nada: estudia para abogado").

P Iuris 60 bien 209 25/11/05, 5:56 PM

Tenemos entonces aquí un verdadero problema: por una parte, el fundamentalismo mediador, que ha hecho aparecer docentes que se dicen aptos para su enseñanza por todos lados, y por otra parte la importancia que reviste el desarrollo de la mediación. En efecto, la misma realidad nos muestra que las diferencias comparativas entre la mediación, la negociación, el arbitraje y el juicio son muy superiores en el caso de las dos primeras, por la sencilla razón de que se les devuelve a las partes la posibilidad de decidir por sí mismas, pudiendo lograr de esa manera una solución mutuamente aceptable al conflicto. Esto no significa negar el rol que le cabe en toda sociedad bien ordenada a la justicia, ni pregonar imprudentemente su disolución: el juez debe seguir existiendo, sin duda, y su función deberá ser –perogrullada aparte– la de *juzgar*, simplemente.

Pero la justicia funciona con una lógica *binaria:* hay dos partes, y el juez está tan arriba de ellas, que finalmente una terminará prácticamente devorándose a la otra. La mediación, en cambio, ayuda a sobrepasar todos los binarismos que están en el origen mismo de los conflictos. La cifra-clave de la mediación es el 3 porque el mediador funciona como un verdadero *catalizador*, al posibilitar a las partes descubir por sí mismas lo mejor de ellas. En cierto sentido, si la mediación está bien llevada, actúa como una catálisis: transforma a las conductas.[5]

Ello genera la necesidad de transferir, por parte del docente al alumno, ciertas técnicas específicas en torno de la actuación del futuro abogado, en el ámbito de la mediación y de la negociación . En primer lugar, la creación de canales de comunicación, generando un punto de confianza en el que las partes puedan hablar y escuchar, y nosotros también podamos explicar el problema utilizando palabras neutras.

[5] Jean-François Six, ob. cit., p. 80. Al hablar, por ejemplo, de la mediación empresaria, nuestro autor precisa:- "Quizás haya que encontrar, para el trabajo de mediación, alguna analogía con la estrategia del go, ese juego chino que enseña que el éxito no se obtiene mediante la iniciativa individualista, sino por una multitud de intentos, una serie continua de acciones modestas, siempre interdependientes. El mediador serías ese juego en sí mismo, ese terreno, ese tercero con el que los participantes de una empresa pueden entrenarse, el garante de una interdependencia incesante, *el catalizador*, desde ese momento, de adaptaciones y rebotes continuos" (la cursiva es nuestra).

P Iuris 60 bien 210 25/11/05, 5:56 PM

En segundo lugar, estudiar ciertas habilidades propias del negociador: buscar los intereses que hay tras el conflicto y separarlos de las posiciones. Esto implica un giro copernicano en la práctica profesional, en donde se privilegiaba la posición, en desmedro del interés y de la necesidad. ¿No es acaso la demanda judicial un inventario de posiciones? En la medida en que enseñemos a realizar esta separación, notaremos la ventaja que posee un abogado preparado en la técnica de la mediación, ya que incluso sabrá discernir ni más ni menos , algo elemental pero increíblemente soslayado hasta ahora: el verdadero interés del cliente. De suyo, entonces, el mundo de la actividad jurídica y el mundo de la mediación es el mismo mundo de los conflictos y de la procura de su gestión y composición, explorando los intereses y necesidades de los involucrados en el conflicto.

Esto nos lleva al análisis de un tercer aspecto: la búsqueda de opciones que den solución a los intereses contrapuestos. Desde luego, antes de generar soluciones posibles para solucionar el conflicto, es necesario analizar todas las partes del problema. Y para ver a esas partes, resulta necesario contestar algunas preguntas como estas: ¿quiénes son las partes, es decir, las personas involucradas? ¿qué ve cada una de las partes? ¿ve las cosas de manera diferente? ¿de qué manera? ¿qué es lo que la parte pide? ¿qué es lo que cada parte quiere realmente? ¿porqué? Por último, ¿de qué maneras podrían llegar a un acuerdo?

Por supuesto, lo expuesto nos conduce a plantearnos el punto de unión existente entre los objetivos de la mediación, y las habilidades propias del mediador. Hay evidentemente una relación entre destrezas y finalidades, ya que sin las primeras es imposible llegar a buen puerto y alcanzar las últimas. En efecto, los objetivos de la mediación son, en primer lugar, *la preparación de un plan y de acuerdos que miren al futuro, que los participantes puedan aceptar y cumplir;* en segundo término *la preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones,* y en tercera instancia *la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una solución consensuada.*

Adviértase que para la consecusión de estas finalidades, se requieren ciertas habilidades. Indudablemente, hay personas que poseen una determinada capacidad innata para la mediación, pero también existen técnicas que deben aprenderse. Las habilidades, se

P Iuris 60 bien 211 25/11/05, 5:56 PM

consiguen tras un entrenamiento en el que se conjuga la teoría y la práctica, y en donde el alumno es el verdadero protagonista, porque él cumple un papel central en el juego de roles desde donde se construye cada uno de los casos que se practican en las clases, como ya lo veremos.

Se genera así un fértil intercambio pedagógico, que se realiza sobre un terreno propicio, el de la mediación, y en el que el alumno comprende que ella es un proceso a corto plazo, interactivo, no referido a historias personales. La mediación, en efecto, mira al futuro, no al pasado. En él, las personas no constituyen el problema: el problema se pone del otro lado de la mesa, y es el verdadero desafío a vencer. Por eso en este proceso, enseñamos a reducir los obstáculos a la comunicación entre participantes, a maximizar la exploración de alternativas y a atender las necesidades de todos los que en ella intervienen. La mediación, al mismo tiempo, proporciona un modelo para la futura resolución de conflictos.

Esto se realiza desde la práctica. Los alumnos trabajan, en pequeños grupos, múltiples y diversos casos de mediación. Por supuesto, no cabe aquí el facilismo ni la falta de participación activa del alumno. El estudiante que cursa mediación sabe que su intervención será central en el proceso de aprendizaje.

IV. La comunicación. Los pasos más importantes del proceso

Resulta indudable que, tal como hemos visto, el conflicto es el punto central de la mediación. Comprender el conflicto y su manejo implica que el mediador deba conocer determinadas técnicas de comunicación para crear ese clima de tranquilidad y confianza que haga que las partes vean en el mediador un referente, y que posibilite que puedan mirarse entre ellas sin dudas, sin temores, creando de esa manera las bases que posibiliten una solución mutuamente beneficiosa.

Resulta necesario saber –y esta es una de las primeras enseñanzas que les impartimos a nuestros jóvenes alumnos–, que es imposible no comunicar, y que desde el momento en que abrimos la puerta para que las partes compartan las mesa de mediación, se comienza con este proceso de comunicación y con nuestra tarea como mediadores.

¿Cómo hacemos para crear este clima tan necesario para la mediación? A través del “rapport”, que es el establecimiento de la empatía y de la sintonía, de la observación precisa del comportamiento de

P Iuris 60 bien 212 25/11/05, 5:56 PM

las partes y de la denominada “escucha activa”. Así estamos en condiciones de comprender a las partes involucradas en en el conflicto. Si las partes advierten que las comprendemos, nos será más fácil preguntarles el “porqué” y el “para qué” propios de los intereses y de las posiciones y llevarlos así, como hemos visto al comienzo, a descubrir sus intereses y necesidades.

En efecto, la “escucha” es una actitud que nos permite entrar en comunicación con el otro poniendo nuestra atención en lo que dice y en lo que siente. Observamos así, atentamente, el lenguaje no-verbal, su cuerpo, sus gestos, su rostro, su mirada. Así, la totalidad corporal del otro nos demanda una lectura inteligente. Los gestos, muchas veces, valen más que mil palabras. Desarrollamos la empatía, que consiste en identificar dentro de mis propias vivencias el sentimiento del otro, ponerse en los zapatos del otro.

Desde luego, mal puedo ponerme en los zapatos del otro si previamente no advierto la presencia de ese otro, y lo percibo como un “prójimo”. Así, la empatía es el reverso psicológico de la denominada “regla de oro ética”: no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti.

Finalmente, escucho pero sin juzgar ni aconsejar. Busco comprender y acompañar, pero no hago indicaciones. Esto no significa que el mediador no valore. Desde luego, el mediador , mientras escucha, hace mentalmente una composición de lugar del conflicto, reconstruye en su espíritu el motivo de la disputa, arriesga hipótesis, *pero no las explicita* . Hacerlo implicaría perder su neutralidad y su imparcialidad, y eso atentaría fatalmente contra la confianza en sí mismo, que trabajosamente había logrado trabar entre las partes. Las reglas propias del denominado “parafraseo”, apuntan a cerrar como un broche de oro esta primera parte de la mediación: debo repetir lo que cada parte expresa del conflicto en la sesión inicial, pero quitándole las adjetivaciones y los elementos hostiles, aunque sin desvirtuar el sentimiento que ellas han volcado en ese relato. Así empleado, el parafraseo es un instrumento útil ya que: a) la otra parte escucha la misma narración, pero de un modo totalmente neutro; b) la parte que efectuó el relato se siente legitimada y comprendida, porque he captado los elementos más importantes de su discurso; c) le brindo confianza a las partes, desarrollada a partir de mi propia capacidad de ser neutral e imparcial. En consecuencia, la “reexpresión” clarifica, porque consiste en una especie de síntesis, es un asegurarse de que

P Iuris 60 bien 213 25/11/05, 5:56 PM

he comprendido a la otra persona. Luego de parafrasearla, le pregunto: ¿es esto lo que usted quería decir?

Por ello, el rol "comunicador" que debe poseer el mediador, ha de complementarse con el carácter "legitimador" con el que debe contar, es decir, la tarea de activar compromisos entre las partes y, desde una perspectiva más formal, el acuerdo que ha de lograr al comienzo de la misma mediación sobre ciertas reglas que tendrán vigencia mientras dure el proceso. Así, hay que fomentar que las partes continúen con su relato, diciéndoles palabras amigables, de las del tipo "esto es interesante"; "entiendo". La escucha activa, en consecuencia, y tal como ya lo hemos visto, ocupa un lugar fundamental en la mediación.

Entre estas reglas sobre las que las partes deben ponerse de acuerdo, figura centralmente uno de los pilares de la mediación: la confidencialidad. Ella debe estar presente en dos instancias diferentes: una es la confidencialidad a la que tanto el mediador como las partes deben comprometerse desde el inicio del proceso, es decir, la firma de un convenio en donde todas las parte se obligan a guardar sigilo sobre lo tratado en las sesiones. Por cierto, el mediador no podrá ser citado como testigo en el caso de que el proceso continuase por la vía judicial. Se debe aclarar, empero, que hay dos excepciones a la confidencialidad: si el mediador ha detectado casos de abusos de menores, o cuando existe la convicción de que se ha cometido algún delito penal grave.

Debe además tenerse presente que la mediación puede desarrollarse en dos tipos de sesiones (y esto también forma parte de los acuerdos inciales, porque la posibilidad de su realización y funcionamiento debe ser informada por el mediador a las partes en el discurso incial): las denominadas "conjuntas", en donde todas las partes, con sus abogados, están presentes en torno a la mesa , y las "privadas", también llamadas "caucus". Aquí el mediador, al advertir que debe avanzar en la búsqueda de los intereses y necesidades a satisfacer, o cuando percibe que por algún motivo el proceso se "estanca", puede llamar a un caucus y tener sesiones privadas con cada una de las partes, siempre –claro está–, acompañados por sus abogados. Aquí también debe imperar la simetría: el mediador no podrá estar más tiempo con una de las partes que con la otra. Y la confidencialidad también se extiende, desde luego, a esas sesiones privadas, a menos que las partes autoricen al mediador a revelar lo que se ha dicho en el ámbito del caucus.

P Iuris 60 bien 214 25/11/05, 5:56 PM

Este “acuerdo” temprano , en donde se pactan todas las reglas de funcionamiento, también resulta útil porque les demuestra a las partes su capacidad de generar compromisos, aunque ello se efectúe de un modo incipiente. Ello se une a su función de “facilitador”, entendiendo por tal el asesoramiento sobre el orden de abordaje de los temas, la estructuración de la agenda de la mediación. –

Tenemos entonces sentadas frente a frente a las partes, y a sus abogados. Se han fijado las posiciones y el mediador ha efectuado el parafraseo. ¿Qué hacer ahora? No olvidemos que la mediación es un proceso informal, pero si queremos que salgan bien las cosas, debemos respetar ciertas reglas que forman parte, precisamente, de la estructura misma de ese proceso. Este es un aspecto verdaderamente fecundo de la actividad del mediador, porque debe ir armando ese gran rompecabezas que es el conflicto, de a poco, con la escasa información con la que cuenta hasta ese momento. En este tramo, el mediador debe ir lentamente, tratando de conocer no sólo lo que realmente ocurrió, sino los intereses y las necesidades de las partes involucradas, los que, como hemos visto, no siempre son explicitados por las personas. Es la hora de comenzar a interrogar a dichas partes, con preguntas lo suficientemente abiertas como para que su respuesta nos de un panorama amplio de los aspectos del conflicto que nos parezcan relevantes. Si queremos, en cambio, confirmar determinadas situaciones puntuales, haremos preguntas cerradas, de las del tipo que sólo puedan contestarse por un sí o por un no.

No nos olvidemos que las preguntas sirven para conocer el problema, explorarlo y redefinirlo, por lo tanto las usaremos como herramienta principal a lo largo de todo el proceso. El preguntar es un arte, por lo que consideramos que el mediador no debe nunca inquirir simplemente para satisfacer su curiosidad. En efecto, siempre la interrogación debe tener un objetivo; siempre se pregunta desde algo: palabras, gestos, algún dato del contexto y apuntan hacia algo, hacia una meta. No debemos olvidar, en consecuencia, que interrogo a las partes pero para lograr algo positivo y fructífero para la marcha de la mediación.

Por otra parte, si uno sabe preguntar va a tener claro *desde* donde parte y hacia *donde* quiere conducir el proceso, es decir, va a poder averiguar el porqué y el para qué, que en definitiva nos van a dar la respuesta de cuales son los intereses y necesidades qué son la clave para ayudar a las partes a negociar y encontrar la solución al conflicto.

P Iuris 60 bien 215 25/11/05, 5:56 PM

En otros términos, el mediador debe pasar de las posiciones a las necesidades. Si se quedara en la posición, la mediación se estancaría puesto que no habría ningún avance relevante. Si el mediador conoce las necesidades, mayores oportunidades tendrá de ayudar a las partes, éstas podrán pensar en que hay que ser duro con el problema y blando con las personas, y a partir de las respuestas que éstas den a las preguntas formuladas por el mediador, podrá tener mayor información, más material y mejor conocimiento. He aquí los tres pilares sobre los cuales se cimenta la mayor oportunidad de generar opciones .

Entramos aquí en una parte crucial del proceso de mediación: el replanteo. En efecto, en el planteo original, la posición de la parte "A" choca con la posición de la parte "B". Pero sabemos que detrás de esas posiciones, se encuentran los intereses o las necesidades subyacentes. El replanteo es así como un "embudo", una criba que me permite desechar lo inútil de la posición originaria, sobre la que si soy un buen mediador nunca debo volver. La fórmula clásica del replanteo podría enunciarse de este modo: ¿cómo podemos hacer para lograr satisfacer la necesidad prioritaria y subyacente de las partes "A" y "B"?. Nuestro embudo, nuestra criba, me ha dejado ni más ni menos que lo que necesito: los intereses. Por lo tanto, ¿cómo hacer para satisfacer ambos intereses simultáneamente?

Esa pregunta propia del replanteo provoca un cambio de clima. Hay un reencuadre del conflicto porque es la primera vez que las partes se encuentran con los intereses de ambas frente a frente, y perciben que esa pregunta efectuada por el mediador, efectuada sobre la base de las necesidades, apunta a satisfacerlas integralmente. Desde luego, en esta etapa el mediador debe lograr que las partes acepten la información acerca de los intereses, más que concentrarse en la obtención de un acuerdo. El compromiso en este punto es básico: las partes pueden aceptar que otros tienen intereses que son distintos que los que corresponden a aquéllas, y aun así buscar soluciones mutuamente aceptables. Por otra parte, el mediador deberá proceder a "filtrar" las opciones que puedan generarse a través de los denominados estándares objetivos (la ley, pericias, tasaciones) e incluso también (no nos olvidemos que la mediación es un proceso en el que participan personas) investigando cuales son los estándares subjetivos que las partes puedan tener (pautas sociales, morales, alternativas fuera de la negociación) y que puedan influir en los acuerdos.

P Iuris 60 bien 216 25/11/05, 5:56 PM

En consecuencia, una vez definidos los intereses, el objetivo de la mediación consiste en la generación de opciones y soluciones. Existen diversas técnicas para ayudar a las partes a generar propuestas de acuerdo, como las reuniones a puerta cerrada para concebir ideas conjuntas, al margen de lo poco realistas que puedan parecer (brainstorming = tormenta de ideas). En esta técnica, no se debe permitir a las partes que rechacen las opciones en el momento que se le ofrecen. El mediador debe asegurarse de ofrecer más de una sugerencia y presentar las opciones con frases como "Y si..." u "Otros en situaciones similares han intentado..." Otra técnica es ofrecer una solución inaceptable para ninguna parte; esto motiva a éstas para considerar propuestas más a su gusto[6]. Si una parte es continuamente negativa hacia las opciones sugeridas, se le debe pedir que reemplace una opción rechazada por otra. Una vez que están sobre la mesa varias opciones que pueden someterse a consideración, el mediador se debe asegurar de nuevo de que las partes están evaluando soluciones para los intereses, no para las posiciones.

Es importante aquí que el mediador eluda el negativismo que puedan expresar las partes, sobre su propia capacidad para resolver el caso. El mediador aquí puede tomarse unos instantes para recordar que un porcentaje muy elevado de individuos que participan en la mediación, logra resolver sus disputas. Este también puede ser un momento apropiado para comentar las alternativas al no acuerdo. Esta generación de confianza que parte del mediador y se dirige hacia las partes se denomina "empowerment" : fortalecer su propia conciencia de todo lo que pueden y son capaces. La mediación, que como vemos es un proceso que se va desarrollando a lo largo de reuniones, parte de una idea: *el concepto de estructura de confianza*. Ciertamente, los problemas que no podemos solucionar, minan la confianza en nosotros mismos. Si los individuos que participan en una mediación son los que tienen que tomar decisiones respecto de sus problemas,

[6] Melinda Ostermeyer, "Realizar la mediación", en *La mediación y sus contextos de aplicación*, AAVV, Paidós, 1996, p. 137. La autora precisa que a lo largo de la etapa de "regateo" y negociación, el mediador debe proceder a redefinir las posiciones. Por ejemplo, si se demandan cantidades específicas de dinero, podría decirle al requirente: "Necesitamos entender la cantidad de dinero que considera justa". En todas las ocasiones, el mediador intenta desarrollar propuestas globales y satisfactorias para los intereses de ambas partes.

P Iuris 60 bien 217 25/11/05, 5:56 PM

ellos deben sentirse capaces de tomar esas decisiones. Esta conciencia de la propia capacidad, es el empowerment.

Finalmente, en esta apretada síntesis de lo que constituyen los aspectos más salientes del proceso de mediación, hemos de mencionar el acuerdo. Se trata aquí de insistir en que las partes son las dueñas de ese acuerdo. Por ese motivo, el mediador no debe imponer soluciones. Como se trata de producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones, su conducta futura, el mediador debe reflejar, con sus actitudes y su conducta, que él no tiene interés en el resultado, más allá de que sea un deber profesional facilitar las sesiones en la forma más competente posible. Este convenio o acuerdo, debe redactarse de forma que las partes lo puedan leer con facilidad, con un lenguaje que sea comprensible para ellas, no sólo para sus abogados. Por lo demás, el acuerdo de mediación puede incluír no sólo las medidas que se convinieran mutuamente, sino también una declaración que se refiera a su posibilidad de revisión y los procedimientos que deban seguirse cuando se presenten cambios que requieran una nueva redacción del documento.

Si la firma de un instrumento que refleje los acuerdos alcanzados y el plan para el futuro, es en sí mismo un símbolo de cooperación y cierre, el aspecto del mediador, como la persona que ayuda a los abogados a la redacción de ese convenio, posiblemente constituya el papel menos dramático, pero uno de los más importantes que ha de desempeñar en la culminación del proceso de mediación. Se ha de partir de la base, por supuesto, de que el acuerdo ha de mirar *al futuro.* Por ello, no sólo ha de reflejar las condiciones que las partes puedan aceptar, sino también las obligaciones que ellas puedan cumplir *y las consecuencias que puedan asumir.*

Hemos arribado a un acuerdo, al aplicar una regla básica de la mediación: *si uno se olvida de las posiciones y se preocupa por los intereses, generando opciones pasadas por el filtro de criterios objetivos, no habrá ningún obstáculo para lograr la autocomposición del conflicto.*

V. Conclusiones

Podemos efectuar, a esta altura de nuestra exposición, varias precisiones. En primer lugar, la tarea del mediador no es fácil: nece-

P Iuris 60 bien 218 25/11/05, 5:56 PM

sita del manejo de muchas habilidades y conocimiento de diversas técnicas, dada la complejidad de los temas y de las personas que intervienen en el conflicto. El trabajo del mediador-abogado, sería menos complicado si se adoptase el trabajo en equipo, en forma interdisciplinaria. Daríamos paso aquí a la interesante experiencia de la co-mediación. En el transcurso de una sesión, resulta a veces difícil para una sola persona percibir y procesar toda la información que se presenta. La interaccción entre el mediador y las personas involucradas en el conflicto, y con estas entre sí, es mucho más fácil de observar con la presencia de un co-mediador, lo que permitirá confeccionar la agenda de trabajo más fácilmente, comenzando a indagar rápidamente sobnre los intereses ocultos de cada participante. En efecto, el equipo formado por profesionales de distintas disciplinas, permite intervenir eficazmente sobre los aspectos legales, emocionales y técnicos que se presentan en toda mediación. Ello indica, de todas maneras, una falla en la formación del abogado, al que se lo entrena para trabajar desde la posición y sólo desde la posición. La abogacía del futuro requiere necesariamente atender intereses y necesidades: no debemos perder una oportunidad única. Devolver a las partes la posibilidad de resolver ellas el conflicto implica el estudio de cómo llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que en una escuela de abogacía, *lo que se forman son abogados*. Ello no resulta tarea fácil: debemos suministrarles el conjunto de herramientas que posibiliten el correcto ejercicio de la profesión en un mundo cada vez más complejo. El abogado de hoy en día, como ya lo adelantáramos, no podrá ser nunca un mero "repetidor" de leyes. Por ese motivo consideramos imprescindible la enseñanza de la mediación en el grado, no después. Todos los que somos mediadores –al menos esa es la realidad argentina–, hemos aprendido la actividad en cursos de posgrado. Incluso en nuestro país, se requiere tener tres años de ejercicio profesional para comenzar la actividad como mediador. ¡Qué equivocación! Se le suministran al abogado los principios propios de la actividad, cuando ya tiene la mente formada en el litigio. En este sentido, podemos decir con orgullo que nuestra tarea docente , al enseñar mediación el el grado, se ve ampliamente recompensada, porque le otorga al estudiante una perspectiva distinta: no sólo puedo atacar o defender algún derecho discutido en el contencioso. *También puedo ayudar a que las partes re-conozcan empáticamente a los demás. Les enseño a*

P Iuris 60 bien 219 25/11/05, 5:56 PM

ver que ellos tienen capacidad de resolver sus conflictos, lo que no es poca cosa.

Por eso Carnelutti, ese gran jurista, advertía que la composición conflictual, posee a su vez una influencia sedativa y difusiva, que no puede ejercerse en sí y por sí, sino sólo en cuanto sea idónea para satisfacer la necesidad de justicia.

Por último, el método. Hay aquí también una diferencia importante con el case method de influencia anglosajona. Allí, el estudiante practica sobre un caso ya hecho, que ya fue decidido jurisprudencialmente. A partir de allí, se analizan todos los principios particulares de las diversas instituciones jurídicas en estudio. En la mediación, hay una diferencia: el caso lo construímos entre todos. Los alumnos, trabajan a partir de un caso que les ha dado el profesor, lleno de matices, complejo, para que el juego de roles sea más productivo. Y el alumno, ya en su papel de parte, ya en el de abogado o en el de mediador, interactúa con sus compañeros y también interviene en la construcción de ese caso. En las clases de mediación, nosotros y nuestros alumnos construímos el caso. En el llamado "método del caso" , éste viene ya fabricado, conocemos de antemano cómo y de qué manera ha sido decidido.

Cobra aquí sentido lo que enseñaba Vico –volvemos a citarlo ahora como ya lo hiciéramos al comienzo– cuando decía que los términos *verum* y *factum*, lo "verdadero" y lo "hecho" se toman el uno por el otro, se convierten. Lo verdadero es lo "hecho mismo", pero no basta afirmar que "lo que hago es verdadero", es necesario demostrar que "puedo hacer". Y en este sentido, debemos decir con verdadera satisfacción, que nuestros alumnos "pueden hacer" el caso, porque ayudan a construírlo de una manera responsable. En las clases de mediación, el protagonista es el alumno y el profesor cumple hasta en el plano de la pura pedagogía una función "intermediaria" entre el saber y el estudiante: actúa como un "puente" (función terciaria) entre el conocimiento y el aprendiz. La mediación, al decir de Six, requiere ir de la teoría a la práctica y de la práctica a la teoría, de la reflexión a la acción y de la acción a la reflexión, sin que ninguno de esos dos términos se separe o predomine sobre el otro; una verdadera mediación nace de uniones, renovadas sin cesar, de esos términos[7] .

[7] Jean-François Six, ob. cit., p. 192.

P Iuris 60 bien 220 25/11/05, 5:56 PM

Ello ayuda, en fin, a que se medite sobre el Derecho desde una perspectiva diferente. La misma que permitió ni más ni menos que a Ghandi decir: "*Aprendí la práctica de la ley, aprendí a poner de manifiesto el mejor lado de la naturaleza humana y a penetrar en el corazón de los hombres. Me di cuenta de que la verdadera función de un abogado era unir a las partes que se habían partido en trozos. La lección se aprendió tan indeleblemente en mí, que una gran parte de mi vida, de mi tiempo, de los veinte años en los que ejercí como abogado, la dediqué a lograr compromisos privados en cientos de casos. A consecuencia de esto, no perdí nada, ni siquiera dinero, y mucho menos mi alma*".

P Iuris 60 bien 221 25/11/05, 5:56 PM

¿ABORTO TERAPÉUTICO?

MARÍA INÉS MONTESANO

A raíz de la lectura del fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, del 27 de junio de 2005 (causa Ac. 95.464, C.P.d.P.A.K. Autorización) por el que se resuelve la autorización para interrumpir un embarazo a partir del recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto en representación de la persona por nacer, procuraré efectuar algunas consideraciones acerca de los argumentos que se han esgrimido para justificar el aborto. Ello en el entendimiento que nos es posible acercarnos al conocimiento de la verdad por medio de la razón y a través del diálogo.

Por ello intentaré mostrar los argumentos por los que entiendo que algunos de los que se desprenden del fallo son erróneos, y por los que se arriba a una solución que no resulta justa por no estar adecuada a derecho.

El presente trabajo pretende sistematizar algunos de los argumentos[1] que se han dado en cuanto a la cuestión del aborto en general y del "aborto terapéutico" en particular y se intentará confrontarlos con otros, que surgen del mismo fallo y del ordenamiento jurídico para luego sistematizarlos de modo que no quede conculcado ningún derecho fundamental de las partes intervinientes en la controversia. De lo contrario, si algún derecho fundamental queda excluido por no haberse armonizado los bienes jurídicos en conflicto, la determinación de lo justo, o sea, del derecho, habrá fracasado para el caso concreto.

[1] Advertencia: los argumentos son tomados de los votos relativos a la "segunda cuestión planteada" (el recurso de inaplicabilidad de la ley).

P Iuris 60 bien 223 25/11/05, 5:56 PM

En primer lugar, haremos una somera mención de los hechos: la actora por sí y en representación de sus hijos menores requirió autorización para interrumpir su embarazo con motivo de "alto riesgo de morbilidad materno fetal" con certificaciones médicas que así lo aconsejan.

El fallo, con relación al recurso de inaplicabilidad de la ley interpuesto en representación de la persona por nacer trata cuestiones de fondo acerca de las que intentaré reflexionar a continuación.

1. Derecho a la vida de la persona por nacer vs derecho a la vida y dignidad de la mujer:

El primer argumento que tratamos, contrapone el derecho a la vida del nasciturus con el derecho a la vida y dignidad de la mujer.

En este sentido, afirma el Dr. Genoud en su voto: "En casos como el presente "la vida del nasciturus, como bien constitucionalmente protegido, entra en colisión con derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación como la vida y la dignidad de la mujer"".[2] Respecto de la dignidad afirma el juez: "... la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás."[3]

Contra este argumento, afirma también el Dr. Genoud: "El principio pro homine del derecho internacional de los derechos humanos configura una directiva que indica al intérprete que, frente a uno o varios textos normativos que puedan afectar derechos humanos, se debe tomar siempre una decisión a favor del hombre."[4]

Consideramos los derechos que entran en conflicto en un caso como el presente en que una madre se presenta a solicitar autorización judicial para interrumpir su embarazo por considerar que se encuentra en riesgo su salud o su vida. Los derechos en conflicto son, el derecho a la vida o salud de la madre (que se encuentran en riesgo en caso de continuarse el embarazo) vs. el derecho a la vida del nasciturus (que se dejará de lado de modo absoluto en caso de inte-

[2] Dr. Genoud, pto. IV.3.
[3] Dr. Genoud, pto. IV. 3.
[4] Dr. Genoud, pto. IV.6.

P Iuris 60 bien 224 25/11/05, 5:56 PM

rrumpirse el embarazo). Nos proponemos arribar a una solución que los pudiera armonizar, en lugar de permitir prima facie la supresión de alguno. Para ello, analizaremos el contenido y protección jurídica de los derechos a la vida y a la dignidad.

Comenzamos con el análisis del derecho a la vida. Este derecho está explícitamente reconocido en el art. 29 de la CN según el cual *la vida de los argentinos no puede quedar a merced de gobierno o persona alguna*. La Corte Suprema en "Saguir Dib", lo considera el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva y que resulta admitido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes (*Fallos*, 302: 1284).[5] El derecho a la vida es un derecho fundante y pesonalísmo, ya que posibilita el ejercicio de todos los demás derechos.[6] No se puede dejar de advertir que el derecho a la vida protegido en la Constitución Nacional incluye a la vida de la persona por nacer. Ya antes de tener jerarquía constitucional el Pacto de San José de Costa Rica[7] y otros pactos que protegen el derecho a la vida desde la concepción, éste se consideraba protegido por la Constitución Nacional, como derecho implícito (no enumerado) en el art 33.[8] O sea que nuestra Norma Fundamental y los pactos con jerarquía constitucional reconocen y protegen el derecho a la vida tanto de la madre como el del niño por nacer.

En cuanto al derecho a la dignidad, postulamos la igualdad de jerarquía del derecho a la dignidad tanto de la madre como de la persona por nacer. Ello porque la Constitución Nacional consagra el derecho a la vida desde la concepción, reconociéndose que desde ese momento nos encontramos frente a la existencia de una persona, o sea de un sujeto de derecho y no de un objeto de derecho; en este sentido se ha dicho que "no compartimos que la madre pueda tener una suerte de poder de vida o muerte sobre su hijo".[9]

La Constitución Nacional y los pactos con jerarquía constitucional, reconocen el derecho a la vida tanto de la madre como del niño

[5] N. P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional,* t II*,* Astrea, p. 37.

[6] N. P. Sagüés, op. cit, p 38.

[7] En la 2º enmienda del Pacto de San José de Costa Rica, la Argentina hace reserva en el sentido que la vida comienza desde la concepción en el seno materno.

[8] Sagüés, N. P., op. cit., citando a Martínez Delfa que conforme al techo ideológico cristiano de la Constitución Nacional, hay un derecho constitucional del gestante, p. 41.

[9] Dr. Pettigiani, pto. II.

P Iuris 60 bien 225 25/11/05, 5:56 PM

por nacer. Lo mismo debe decirse del derecho a la dignidad que corresponde a la persona por el hecho de serlo (o sea desde el momento de la concepción). Por la identidad de jerarquía que corresponde al derecho a la vida tanto de la madre como la de la persona por nacer, no puede decirse de modo justificado que se afirme que el derecho a la vida y dignidad de la madre deba prevalecer.

Entonces en cuanto se contrapone el derecho a la vida de la persona por nacer al derecho a la vida y dignidad de la madre, debemos tener presente que la Constitución Nacional, los tratados con jerarquía constitucional y las leyes de la Nación protegen el derecho a la vida de todas las personas que habiten en el suelo argentino. Asimismo, y como derivación del derecho a la vida que se define como personalísimo y fundante, encontramos el derecho a la dignidad de la persona. Debemos tener presente que el derecho a la vida y dignidad de la madre, reconocidos por nuestro sistema jurídico no pueden resultar absolutos. Deben armonizarse con el derecho a la vida y a ser tratado con dignidad también corresponde a la persona por nacer.

Se impone como necesaria una interpretación armonizante de los derechos teniendo en cuenta que son de igual jerarquía (el derecho a la vida de la madre tiene la misma e idéntica jerarquía que el derecho a la vida de la persona por nacer; y el derecho a la dignidad de la madre tiene la misma e idéntica jerarquía que el derecho a la dignidad del hijo).

En este sentido afirma el Dr. Pettigiani en su voto que en el caso el pedido de autorización para realizar el aborto procura como única solución terminar con la vida del menor y justamente por ello, como juez, se ve compelido a intervenir en defensa de la vida de la persona por nacer, que es la que se encuentra inmediatamente amenazada.[10]

Se puede válidamente afirmar que en la situación de la madre hay un riesgo de vida, lo que no significa que por llevar el embarazo a término muera. En cambio en el caso de realizarse el aborto, el niño muere con certeza. Entonces frente al riesgo de muerte de la madre se contrapone la certeza de la muerte del hijo y es justamente por ello que no se puede aceptar como argumento racional que sea jurídicamente lícita la autorización por un órgano estatal para suprimir la vida de una persona por nacer. En cambio, el Estado debe velar para

[10] Dr. Pettigiani, pto. V.

P Iuris 60 bien 226 25/11/05, 5:56 PM

que sea posible el desarrollo de la vida y dignidad de las personas (no sólo de la madre sino también la del niño por nacer).

2. El art. 86, inc. 1: ¿es aplicable? ¿es constitucional?

Se analiza también en el fallo si resulta aplicable al caso el art. 86 inc. 1 del Código Penal, por el que resulta impune el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios.

Además, afirma el Dr. Roncoroni que no hay incompatibilidad entre la norma del Código Penal que autoriza la realización del llamado "aborto terapéutico" y las convenciones internacionales. Citando a Sebastián Soler se señala que el artículo: "... tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad"[11] y por ello se afirma "que es desde esta premisa que debe analizarse la validez constitucional de la norma."[12]

Ahora bien, el Dr. Roncoroni no se hace eco de la explicación –que de su afirmación– hace el mismo Sebastián Soler. En efecto, el penalista a renglón seguido de expresar que la norma tiene en el fondo su justificación en el estado de necesidad, explica que la misma no se corresponde con un supuesto de "estado de necesidad" sino que exige más requisitos ya que impone que quien practique el aborto sea un médico, y que éste proceda con el consentimiento de la mujer. El penalista agrega: "Esta es una cuestión delicada, que tiene en el fondo su justificación en la necesidad."[13] Sin embargo, advierte que: " ...(en) este caso se trata del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por el interés social. En caso de peligro para la vida de la madre, la ley …respeta …la decisión de aquella, respeta su derecho heroico si se quiere a la maternidad y le reconoce a ella, y solo a ella, el derecho de optar entre su vida y la del hijo. Nada tiene que hacer esto tampoco con el estado de necesidad a que se lo pretende reducir. Hallándose la madre en caso extremo y urgente, puede salvar su vida dando su consentimiento a

[11] Dr. Roncoroni, pto 2.
[12] Dr. Roncoroni, pto 2.
[13] Sebastián Soler, *Derecho Penal Aregentino,* t. III, TEA, Buenos Aires, 2002, p. 112.

P Iuris 60 bien 227 25/11/05, 5:56 PM

cualquiera, y entonces se aplicarán los principios del estado de necesidad y del conflicto entre dos vidas. Pero no siendo esa situación, es lógico que esa situación practicada en frío reúna los extremos prudentemente fijados por la ley."[14]

El problema que surge evidente de la aplicación de la norma considerando el "aborto terapéutico" como un supuesto de estado de necesidad es que no cabría la posibilidad de solicitar la autorización judicial para realizar la práctica abortiva dado que la misma situación de necesidad haría imposible la pervivencia de una o ambas personas durante el tiempo que dura el proceso judicial, que rara vez es breve.

Siguiendo la tendencia de la doctrina que no concibe el art. 86 inc. 1 como un supuesto de estado de necesidad el Dr Pettigiani, en su voto afirma citando a Cuello Calón, *Derecho Penal, Parte General*, 3° edición, Bosch, Barcelona, 1935: "El acto del que para salvar su vida causa la muerte de otro no es un acto justificado ...".[15] El derecho del sacrificado es tan legítimo como el del sacrificador. En este caso el sacrificado es por completo inocente.[16] "El acto realizado no es justo y sin embargo no es punible (…) ¿cuál es la razón?". Dice el autor "… la verdadera razón de su impunidad estriba en que estos hechos no son ni justos ni injustos, ni ilícitos ni permitidos, se hallan fuera del derecho penal; hay que aceptarlos como un hecho que la fatalidad acarrea, como una desgracia inevitable".[17]

Contra esto podemos decir con el citado Soler que el acto de la mujer que consiente y del médico que realiza un aborto "terapéutico" es ilícito[18] pero la ley penal, una vez realizado y si se cumplen todos los requisitos que enuncia lo exime de pena. No se trata de que sea un acto permitido ni autorizado sino ilícito. Sólo que en este caso la ley exime la imposición de la pena a la madre y al médico que realiza la práctica cuando se dan todos los supuestos que contempla el art. 86, inc. 1, del Código Penal. No compartimos que se trate de una "des-

[14] Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino,* t. III, TEA, Buenos Aires, 2002, p. 113.
[15] Dr. Pettigiani, pto. III.
[16] Dr. Pettigiani, pto. III.
[17] Dr. Pettigiani, pto. III.
[18] Sebastián Soler, op. cit., cuando afirma que "en este caso se tarta precisamente del consentimiento dado para la destrucción de un ser concebido e indudablemente protegido por un interés social", p. 112/3.

P Iuris 60 bien 228 25/11/05, 5:56 PM

gracia inevitable". Se trata de una acto ilícito –causar la muerte de una persona por nacer– (que se llama delito de aborto). El acto es ilícito porque la vida del sacrificado también está protegida por el derecho. El hecho es antijurídico porque está en juego el derecho a la vida de la madre y del niño por nacer, ambos protegidos por el ordenamiento jurídico.

Habiendo delineado el sentido que tiene el art. 86, inc. 1, consideramos necesario plantear dos cuestiones. La primera es si éste resulta constitucional a la luz de la posterior incorporación de los pactos internacionales con jerarquía constitucional que protegen expresamente el derecho a la vida desde la concepción. La otra es si corresponde a un juez o a algún órgano estatal conceder una autorización para interrumpir un embarazo.

En cuanto a la primera cuestión el Dr. Soria en su voto[19] afirma: "… no advierto que el régimen legal que concierne al caso (…) (art 86 2º párrafo inc 1 del Código Penal) presente tal incoherencia en su adecuación sistemática con las normas consagradas en ese tratado internacional (se refiere al Pacto de San José de Costa Rica), que conduzca a su modificación por una inconstitucionalidad sobreviviente".

Y frente a ello afirmamos por un lado, que el Pacto de San José de Costa Rica no es el único pacto con jerarquía constitucional que protege la vida de la persona por nacer desde la concepción. Y el art. 86 inc. 1 no autoriza a un juez, ni a ningún otro órgano estatal a autorizar la práctica abortiva. Sino que exime de pena sólo a la madre y al médico interviniente en la realización del acto.

En cuanto a la segunda cuestión preguntamos. El juez ¿con qué atribuciones autoriza la realización de un acto que está en oposición con las normas que en la Constitución Nacional y Tratados con Jerarquía Constitucional que se ha comprometido a aplicar, y que se reputa ilícito por atentar contra la vida de una persona por nacer? No sólo Dios. La Patria, ¿no lo demandará?

El art. 86, inc. 1, no resulta aplicable. En efecto, la norma no autoriza la realización del acto abortivo, sino que contempla el caso en el que ocurra por decisión de la madre y exime la imposición de las penas. El supuesto tipificado es un acto ya acaecido. Y ello por la misma naturaleza del asunto que no puede ser dejado en las manos de

[19] Dr. Soria, pto. f, iii.

P Iuris 60 bien 229 25/11/05, 5:56 PM

los órganos judiciales. No es propio del ámbito jurídico sino del médico considerar si se dan las condiciones médicas para realizar la práctica a la que el ordenamiento jurídico exime de la imposición de una pena. El juez no conoce la técnica médica. Además deberá velar por la vida de la persona por nacer, no pudiendo autorizar su muerte.

3. El derecho no exige el heroísmo

Se dijo también en el fallo: "Podemos sostener que la vida empieza con la concepción, y sin embargo dejar sin castigo al que la toma como medio necesario para evitar un grave riesgo a su vida o su salud. Y esto, no porque la ley quite valor al heroísmo, sino porque no puede exigirlo".[20]

Ahora bien, la ley puede no exigir el heroísmo. No lo exige. Lo que no puede hacer el juez es entrometerse en esa decisión. Si se le solicita intervención deberá aplicar las normas. Y en primer lugar deberá advertir que el art. 86, inc. 1 no es aplicable (aún no se ha producido el supuesto eximido de pena). Y si se propusiera hacer el ejercicio teórico de analizar si fuese o no aplicable en el caso de haberse realizado la conducta descripta en el art. 86, inc. 1 no podría menos que analizar si el mismo no ha devenido inconstitucional. En efecto, el derecho a la vida del niño se ha reconocido explícitamente en los pactos que ahora tienen jerarquía constitucional. Además, en su caso, la elección no está en manos del juez sino sólo de la madre. El juez no puede elegir, sino que deberá arbitrar los medios para que los derechos de la madre y del niño sean protegidos. No podrá permitir ninguna conducta que implique una acción directa de aniquilación sobre el menor. Tampoco sobre la madre. No puede ordenar que se le quite la vida a alguno, debe velar por la vida de ambos. Y entonces el juez no podrá prima facie autorizar la práctica y deberá velar por la vida de ese niño que se encuentra inminentemente amenazada.

4. Los profesionales médicos tenían el deber de actuar según lo recomienda su ciencia

Afirma el Dr. Lázzari, justificando la interrupción del embarazo, que los profesionales médicos tenían el deber de actuar según lo reco-

[20] Dr. Roncoroni, pto. 2.

P Iuris 60 bien 230 25/11/05, 5:56 PM

mienda su ciencia. Y para el caso de haberse negado a hacerlo, desde que forman parte de un hospital público su actuación pudo exigirse mediante el amparo respectivo.[21] Por otro lado afirma que la hipótesis en juzgamiento se encuentra en el terreno de lo permitido. Y agrega: *"así se desprende del conjunto de normas y principios aplicables"*.[22]

No coincidimos con la identificación: "permitida" = "obligada". Debemos advertir que entre una conducta permitida y una "obligada" existe un largo trecho. Pero, ni siquiera puede afirmarse que la conducta resulte permitida. Nadie está obligado a realizar la conducta abortiva. Ningún juez, ningún órgano del Estado tiene la facultad de exigir esta conducta, porque es ilícita. Nadie puede ser obligado a matar a una persona nacida ni por nacer. Nuestro ordenamiento jurídico, las normas de nuestro país no permiten esta interpretación.

En consonancia con el argumento del Dr Lázzari, e insistente con la teoría del "deber médico", el Dr. Sal Llargués agrega en su voto "... los principios más elementales de la lógica .... impiden que una conducta que está ordenada o fomentada por el Estado pueda al propio tiempo estar prohibida."[23] Insiste "los médicos tienen deberes profesionales que cumplir ... El deber primordial es el de conservar la vida y salud del paciente ... Cuando se presenta un caso de conflicto el profesional procede, de acuerdo con los imperativos de su fuero interno no pudiendo incurrir en delito cuando obra en cumplimiento de un deber."[24]

Coincidimos con el Magistrado en que es deber de los médicos velar por la vida y salud de sus pacientes. Pero no coincidimos con la exclusión que se hace "a priori" de su deber de velar por la vida y/o salud también del niño. ¿Puede todavía hoy desconocerse el derecho a la vida de una persona por nacer al punto de no considerar deber médico velar por ella? Paciente no es sólo la madre, también la criatura que en este caso está en su vientre. ¿O acaso, el médico no vela por la vida del niño durante todo el embarazo y este es deber suyo, derecho de la persona por nacer, regulado por las normas de nuestro país?

[21] Dr. Lázzari, pto. 5.
[22] Dr. Lázzari, pto. 2.
[23] Dr. Sal Llargués, 3º párrafo.
[24] Dr. Sal Llargués, su voto, citando en la última parte a Rodolfo Moreno (h), *El código penal y sus antecedentes,* t. III, Tomassi, Buenos Aires, 1923, p. 422.

P Iuris 60 bien 231 25/11/05, 5:56 PM

El derecho reconoce la existencia del niño por nacer. El médico "debe proteger" la vida y salud de la madre y las del feto; "debe proteger" la vida y salud del feto y las de la madre. Insistimos: no es "deber del médico" realizar un aborto sino velar por la vida de sus pacientes: madre e hijo. Y el Estado no ordena ni fomenta la comisión de "abortos terapéuticos". Adviértase que no sólo no debe hacerlo, sino que además no lo hace. El Estado reconoce la existencia del derecho a la vida de la madre y el niño; ordena su cuidado; y sólo exime de pena a la madre y al médico en el caso de encontrarse en la situación de tener que juzgar la conducta descripta en el art. 86, inc. 1, porque no exige el heroísmo de la madre.

5. Necesidad de que el proceso judicial sirva

El Dr. Lázzari utiliza entre otros, el presente argumento para autorizar la interrupción de la gestación: "…no es posible renunciar a resolver la cuestión, antes que por un imperativo jurídico por exigencias provenientes de la urgencia, del avance minuto a minuto de la gestación ... de la necesidad de que el proceso judicial sirva, en suma." Y añade: "Y puesto que tal resolución deberá tener un fundamento normativo, no nos queda sino realizar una interpretación integrativa de la totalidad del sistema de manera de obtener un principio o regla que autorice una solución racional para el caso".[25]

Como punto de partida de esta argumentación se considera a la persona por nacer como una amenaza para la vida de la madre, subordinando el derecho a su existencia al derecho a la vida de la madre. Se intentará demostrar que el planteo del problema resulta arbitrario.

A continuación se expondrán los argumentos encontrados en el fallo por los que se intenta demostrar que la vida de la madre vale más que la de la persona por nacer, y por los cuales el derecho a la vida del feto sólo renacería en caso que no se encuentre en peligro la vida o salud de la madre. La asunción del problema en estos términos resulta arbitraria.

[25] Dr. Lázzari, pto. 5.

P Iuris 60 bien 232 25/11/05, 5:56 PM

5.1. Opción a priori por la vida de la madre

El Dr. Lázzari justificando su opción a priori por la vida de la madre afirma que "... de existir una aberrante balanza en donde sopesar vidas, ésta podría tal vez inclinarse a favor de la madre por su instalación en el mundo y porque de ella dependen otros hijos."[26]

Se advierte una preferencia por la vida de la madre. Sólo por ello se considera imperioso que "el proceso judicial sirva". ¿Que sirva para qué? Bien, para proteger la vida de la madre. Como parte de una "preferencia" por la vida de la madre, considera al "tiempo" como una "amenaza" –resulta obvio que para la madre–, y por conclusión de este razonamiento debe autorizarse la interrupción del embarazo.

Después que ha partido de esta opción, y ha encontrado la respuesta, pretende justificar su posición desde el ámbito jurídico. Y, entonces, el Dr Lázzari contrapone el derecho a la vida del niño con el Preámbulo de la Constitución Nacional que indica "promover el bienestar general". Ante este argumento nos permitimos preguntarle si el bienestar general que promueve la Constitución Nacional no sería compatible con la existencia de la persona por nacer; también funda su postura en el art. 86, inc. 1, del Código Penal –ya nos expresamos en el sentido que consideramos que el mismo no es aplicable al caso dado que no contempla la hipótesis de solicitarse autorización judicial para la interrupción de un embarazo además del eventual análisis acerca de la constitucionalidad del mismo atento los tratados con jerarquía constitucional que protegen el derecho a la vida desde la concepción–; además basa su solución en el "consentimiento informado". Frente a esa afirmación preguntamos: ¿el consentimiento de la madre alcanza para que un juez autorice la interrupción de un embarazo?; funda también su postura en los principios jurídicos de la ley vigente y en los principios generales de derecho, (pero éstos, ¿en qué consisten si se excluye prima facie la consideración del derecho a la vida de la persona por nacer?).[27] Esta postura no ha estado fundada en derecho. Claramente el voto se basa en una preferencia personal que lo torna arbitrario.

[26] Dr. Lázzari, pto. 5.
[27] Dr. Lázzari, pto. 5.

P Iuris 60 bien 233 25/11/05, 5:56 PM

5.2. Argumentos por los cuales la vida de la madre valdría mas que la de la persona por nacer:

Afirma el Dr. Soria: "Los derechos reconocidos desde los más personalísimos hasta los patrimoniales, tales como la vida, la libertad, la integridad física (...) si bien reciben protección jurídica no necesariamente reclaman una protección igual (...). Incluso en situaciones extremas (...) el ordenamiento jurídico tolera que un bien menor o de igual jerarquía ceda ante otro mayor o de igual rango",[28] refiriéndose a los de estado de necesidad y legítima defensa. Además agrega: "Con menor y diversa gravitación completaban –y terminan de delinear en la especie– el marco ponderativo del sub lite, tanto la existencia de dos hijos menores para quienes la vida de la actora es nutriente fundamental, y ... el acuerdo prestado por el cónyuge...".[29] En el mismo sentido, afirma el Dr. Piombo*:* "...el bien que se debe sacrificar ... no tiene la misma jerarquía, toda vez que una madre de familia ha anudado relaciones de educación, cuidado y protección en relación a los hijos que anteriormente ha traído al mundo…".[30]

Ante estas palabras sólo diré que la muerte de la persona por nacer que es lo único que aparece como seguro de interrumpirse el embarazo, no se protege. Y resulta arbitrario, y fuera del orden jurídico argentino considerar con mayor jerarquía a la vida de la madre. Ya nos referimos al reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico tanto del derecho a la vida de la madre como de la persona por nacer. De aceptar el argumento inaceptable del mayor valor de la vida de la madre porque ya ha anudado relaciones de educación cuidado y protección en relación con los hijos que ya ha traído al mundo: ¿cómo se entiende la responsabilidad de la madre con respecto a su hijo, también traído al mundo, aunque por nacer? ¿Cómo se puede aceptar la mayor jerarquía de la vida de la madre por lo que hizo (traer al mundo hijos), y condenar a muerte a otro ser humano porque aún no ha podido mostrar lo que podía hacer? ¿Vamos a establecer relaciones de jerarquía por los resultados actuados? Nosotros por nuestra parte insistimos que se debe reconocer identidad de jerarquía a ambas vi-

[28] Dr. Soria, pto. f V.
[29] Dr. Soria, pto. g.
[30] Dr. Piombo, párrafo 5.

P Iuris 60 bien 234 25/11/05, 5:56 PM

das porque así lo establece la ley, por identidad de dignidad para ambas vidas, porque son idénticas en esencia, y por ello, no está de más decir, la ley resulta justa al proteger a ambas.

5.3. El derecho a la vida del por nacer queda subordinado a la inconveniencia de la interrupción del embarazo

En este sentido se ha dicho: "Nos colocamos en el supuesto de que no subsistieran esas condiciones; esto es que en el tiempo transcurrido haya sucedido un cambio tal de la misma que revele como inconveniente la interrupción del embarazo. Recobrará entonces total operatividad el derecho a la vida de la persona por nacer". Y se agrega: "... cabe concluir que todas estas disposiciones (las que se relacionan al derecho a la vida desde la concepción) reafirman que la protección a la vida de la persona por nacer comienza desde su concepción; por lo tanto de no constatarse las circunstancias y extremos médicos indicados en la sentencia de grado, debe prevalecer el derecho a la vida del por nacer."[31]

En contra de este argumento reiteramos como se dijo más arriba que adolece del vicio de la falta de consideración de los derechos a la vida y dignidad de la persona por nacer los que de modo arbitrario aparecen subordinados a la inconveniencia de la interrupción del embarazo.

6. Peligro de perder dos vidas

La Dra. Kogan en su voto afirma: "... si bien el quejoso invoca la falta de certeza respecto del fallecimiento de la actora de continuar con el embarazo, no se hace cargo del argumento de la sentencia por el que se afirma que "resulta materialmente imposible que un profesional de la medicina hable de certeza (...) pues la medicina no es una ciencia exacta...".[32]

Contra esto se dijo que la cuestión debió decidirse en base al criterio médico quien debió determinar la decisión médica, según el cuadro evidenciado, a partir del juramento hipocrático, teniendo en cuenta el idéntico valor de las dos vidas humanas.[33] Además afirma

[31] Dr. Lázzari, "complemento", pto 3.
[32] Dra. Kogan, párrafo 12.
[33] Dr. Pettigiani, ptos. II y VIII.

P Iuris 60 bien 235 25/11/05, 5:56 PM

el Dr Pettigiani que la vida del hijo no es menos que la vida de la madre y particularmente para el médico ambas deben ser consideradas igualmente valiosas, y continúa: *"por qué optar, por qué no intentar salvar a ambas?"*.[34] Y en otra parte afirma que dado que existen riesgos tanto de continuar con el embarazo como en el caso de procederse al aborto, preferir la última opción que conlleva de manera segura a la muerte de una persona por nacer, por sobre la que la conserva la advierte como insostenible.[35]

7. Creación de una regla

Justificando la interrupción del embarazo, se ha dicho: "El aborto solo puede ser realizado como una medida terapéutica ante la necesidad de evitar un grave y eminente peligro para la vida, la salud o la integridad de la madre, siempre que no haya otro medio rápido y eficaz recomendado, contando con el consentimiento informado de ambos progenitores, debiendo ser aprobada la decisión por una junta médica de por lo menos tres miembros...". El Magistrado expresa que se basa en el art. 86, inc. 1, Códigos de Ética Médica y Pactos con Jerarquía Constitucional.[36]

Contra esta regla se dijo que ante la *"certeza actual de producción del riesgo"* y no ante su *"posibilidad"* el médico debe moverse con tiempos absolutamente perentorios cuando ante el concreto peligro para la subsistencia de dos seres humanos que dependen del avance de un embarazo debe intervenir (o no) ante la inevitabilidad de un desenlace que puede afectar irreversiblemente a uno o ambos sujetos involucrados. De allí que no puede hacerse depender este tipo de intervenciones de permisos o venias judiciales.[37]

Encontramos que la primera regla no tiene sustento en nuestro orden jurídico. La Constitución protege el derecho a la vida desde la concepción. La ley protege también el derecho a la vida desde la concepción. El legislador ha querido eximir de sanción penal a la madre y al médico que realicen un "aborto terapéutico", en la inteligencia que el derecho no exige el heroísmo. Sin perjuicio que la constitucionali-

[34] Dr. Pettigiani, pto. VIII.
[35] Dr. Pettigiani, pto. VII.
[36] Dr. Lázzari, pto. V.
[37] Dr. Pettigiani, pto. II.

P Iuris 60 bien 236 25/11/05, 5:56 PM

dad de este artículo debería realizarse conforme los criterios que ya fueron expuestos más arriba.

Insistimos: no surge de nuestro ordenamiento jurídico que algún juez pueda autorizar la interrupción de un embarazo ni eximir de responsabilidad al médico ni a la madre si el aborto se ha realizado fuera del tipo previsto en el art. 86 inc. 1 del Código Penal. Sí en cambio surge de nuestro sistema jurídico la obligación para el juez de velar por la vida de las dos personas que se encuentran en situación de riesgo.

8. Conclusión: se deben armonizar los bienes jurídicos en juego

En los casos en los que se encuentran en juego dos o más bienes jurídicos debe procederse en primer lugar a su armonización; sólo en el caso que esta sea imposible se procurará salvar el bien de mayor jerarquía. Pero si ambos tienen igual jerarquía deberá velarse por la salvación de ambos. En el caso, como bien lo afirma el Dr. Pettigiani se encuentran en juego dos vidas humanas a las que cabe otorgar idéntico valor.[38]

El juez, como órgano del Estado debe garantizar el derecho a la vida de la persona por nacer, debe intervenir en defensa de su vida que es lo único que se encuentra de modo cierto amenazado en su existencia, dada la solicitud de interrupción del embarazo. En este sentido, y siguiendo el razonamiento del Dr. Negri, en su voto, no hay norma en el derecho argentino que autorice a un juez a disponer la muerte de una persona.[39] Que además la persona existe desde el momento mismo de la concepción. No resulta del conjunto de normas y principios del derecho argentino (incluido el derecho internacional) que un juez pueda autorizar la muerte de una persona.

Así, los pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción: (art 4.1 del Pacto de San José de Costa Rica, art 6.1 de la Convención de los Derechos del Niño). Ello, sin perjuicio que siempre se consideró reconocido el derecho a la vida desde la concepción por el art 33 de la CN. Y es además lo que surge de las normas de nuestro ordenamiento jurídico (art. 70 y 63 CC y delitos contra la vida

[38] Dr. Pettigiani, pto. II.
[39] Dr. Negri, pto. III.

P Iuris 60 bien 237 25/11/05, 5:56 PM

del CP) y que se fundamenta en la naturaleza misma de las cosas. Por lo que parafraseando al Dr. Pettigiani afirmamos que hay una consideración esencialísima que encuentra sus bases en la naturaleza del hombre: ninguna vida es superior a otra.[40]

En cuanto a la posibilidad de considerar aplicable al caso la figura del "aborto terapéutico" hacemos nuestro el argumento del Dr. Negri para quien si se ha procurado llegar del art. 86, inc. 1, a un principio del cual derivar una respuesta, la construcción ha sido paralógica. Y ello porque un principio no puede inferirse sólo de una norma sino de todo el conjunto de normas. Y el razonamiento no puede preterir aquellas disposiciones constitucionales y legales que declaran el comienzo de la existencia desde la concepción en el seno materno, ni las que protegen la vida y la personalidad.[41] Y no resulta que pueda autorizarse la muerte de una persona, que además existe desde el momento de la concepción. Además como lo recuerda el Dr Pettigiani citando a Bidart Campos la autorización para interrumpir un embarazo no puede concederse por tratarse de una conducta que encuadraría prima facie en un tipo penal.[42]

Es más, ante la equivalencia de ambas vidas, nos preguntamos con el Dr. Pettigiani por qué los médicos toman partido y proponen sacrificar sin más la vida del niño. Con la opción ab initio de preservar a ultranza la vida de la madre se sacrifica sin más la vida del niño por nacer.[43] Y esto es lo que no podemos aceptar por no resultar avalado por el ordenamiento jurídico. Ello, sin perjuicio del deber de los médicos de retornar al juramento hipocrático en virtud del cual se les impele a orientar sus tratamientos "como único objetivo" hacia "el bien de sus pacientes" y nunca hacer daño a nadie, aconsejar nada que pueda causar la muerte ni proporcionar un pesario a una mujer para que aborte.[44]

Entonces, es al médico a quien le corresponde agotar todos los medios tendientes a preservar la vida de la madre durante el curso del embarazo y la del feto. El juez deberá velar porque el médico aplique la terapia de esa manera no resultando admisible la "elección" la

[40] Dr. Pettigiani, pto. III.
[41] Dr. Negri, pto. IV.
[42] Dr. Pettigiani, pto. II.
[43] Dr. Pettigiani, pto. VIII.
[44] Dr. Pettigiani, pto. II y cc.

P Iuris 60 bien 238 25/11/05, 5:56 PM

vida de alguna de las personas en riesgo de muerte. Y sólo ante el fracaso de todas las terapias empleadas y la inminencia del resultado letal podrá resignarse a la actuación del principio del doble efecto: salvar uno de los bienes en juego aunque sea a costa de producir un mal no deseado en el otro.[45]

Finalmente un órgano del Estado no puede autorizar una conducta ilícita como es la muerte de una persona por nacer, cuya vida debe proteger; y al mismo tiempo, tener la pretensión de haber realizado el derecho.

[45] Dr. Pettigiani, pto. VIII. Véase también Daniel Herrera, "Aborto ¿de qué se trata? ¿de que se habla?", *El Derecho,* 31 de diciembre de 2004. En el artículo se refiere el A. a la situación en que el aborto no querido se produzca en forma indirecta al intentar salvar la vida de la madre. Sto Tomás lo expplica así: "Nada se opone a que una misma acción tenga dos efectos, de los que uno es intentado y otro queda fuera de la intención. Ahora bien, las acciones morales reciben su especie de lo que está en la intención, y no de lo que le es ajeno a ella , ya que esto le es accidental" conf. *Suma Teológica,* II-II, q. 64, art. 7. Y continúa: "En lo que respecta a la aplicación del principio en materia de aborto, señala Pío XII: "si la salvación de la futura madre ... requiriese urgente una intervención quirurgica u otra aplicación terapéutica que tuviera como consecuencia secundaria, en ningún momento querida, ni intentada, pero inevitable, la muerte del feto, tal acto no podría ya llamarse un atentado directo contra la vida inocente. ... siempre que se trate de un bien del alto valor como es la vida y no sea posible diferirla hasta el nacimiento del niño ni recurrir a otro remedio eficaz". Conf. Pío XII, *Discurso dirigido al Congreso del Frente de la Familia y de la Federación de las Asociaciones de las asociaciones de las familias numerosas,* del 28 de noviembre de 1951.

P Iuris 60 bien 239 25/11/05, 5:56 PM

¿QUÉ VALORES DEFIENDEN LOS IUSNATURALISTAS?

MILAGROS OTERO DE PARGA

1. Introducción

El intento de definición del Derecho es uno de los problemas que preocupa a la ciencia jurídica desde tiempo inmemorial. Parece que es necesario definir algo a fin de que el estudio de su objeto se considere científico. Asumida esta premisa, en torno al intento de definición se han agrupado multitud de juristas de todos los tiempos. Todos ellos pretendieron aportar algún elemento distintivo claro y rotundo que por lo mismo pudiese configurar una definición de derecho que no pudiese ser contestada. Todos estos intentos resultaron al fin y a la postre vanos porque el término "derecho" no es un término unívoco sino "equívoco". Y por lo tanto las definiciones que pueden producirse, que de hecho ya se han producido a lo largo del tiempo, pueden ser tantas como definidores. Y es más, todas ellas pueden ser correctas si las consideramos desde el punto de vista de quien las emplea.

Este hecho produjo en algún momento histórico, especialmente en el siglo XIX, una gran desazón. Parecía que un saber en relación con el cual no era posible alcanzar una definición no podía ser, por lo mismo, científico. Y todo saber del cual no pudiera predicarse la consideración de científico era de inferior categoría. Un simple divertimento en el que pasar el tiempo dedicado al estudio contemplativo, pero no un verdadero saber. Estas consideraciones, junto con las consecuencias que producían de infravaloración del conocimiento jurídico, incitaron si cabe con mayor intensidad, la necesidad de encontrar definiciones universales o universalizables. Vano intento de nuevo. Personalmente entiendo con Celso, el célebre jurista romano

P Iuris 60 bien 241 25/11/05, 5:56 PM

recogido en el Digesto que el derecho más que una ciencia es un arte "ars boni et aequi",[1] y como arte de lo justo y de lo equitativo puede ser definido. No obstante soy consciente de que esa definición no es suficiente para los afares cientificistas. Precisamente por eso los juristas siguen buscando en la actualidad definiciones de Derecho que satisfagan la necesidad que sienten algunos de encerrar el saber dentro de los límites de unas palabras.

No obstante lo dicho, lo cierto es que definir siempre es útil en sí mismo y no una tarea estéril tal y cómo opinan aquellos que defienden que por lo que al derecho se refiere, lo verdaderamente importante es lograr su efectiva realización y no malgastar el tiempo en tratar de definirlo. Para lograr la realización de algo es preciso amarlo, y para amarlo es necesario conocerlo, y para conocerlo, es útil tratar de definirlo. Esta utilidad de la que hablo se muestra con mayor intensidad en el caso de la definición del término "Derecho" puesto que cada autor es deudor de la escuela jurídico-política y filosófica a la que pertenece. De manera tal que nunca daría la misma definición de derecho un iusnaturalista, que un positivista, que un realista, un sociólogo etc. Ni dentro de estos grupos genéricos, cada escuela más concreta.

En este sentido no es a mi juicio aventurado afirmar que de las definiciones de derecho, ley y justicia, es posible extraer la filiación de cualquier jurista. Y así debe ser entiendo, porque éstos tres conceptos son los troqueles fundamentales que determinan y moldean en sus incontables combinaciones el ser único e irrepetible de cada ser humano jurista.

Precisamente por eso es importante que cada jurisconsulto se cuestione sobre estos conceptos, a fin de tratar de conocerse a sí mismo, antes de darse a conocer a los demás. Cada persona en uso de su libertad, puede y debe tomar sus propias decisiones y vivir de acuerdo con ellas, pero para poder hacer esto de la forma más adecuada, es preciso ser consciente de su presente y de la importancia que tiene su pasado en la configuración del mismo. El futuro se dará por añadidura, pero siempre es fruto de las vivencias y experiencias de cada cual. Los caminos a elegir en el Derecho, como en la vida, son muchos. Pero

[1] *Digesto*, 1, 1, 1, dice que "conviene que el que ha de dedicarse al derecho conozca primeramente de dónde deriva el término *ius*, o derecho. Es llamado así por derivar de *justicia* pues como elegantemente define Celso, el derecho es el arte de lo bueno y lo justo".

P Iuris 60 bien 242 25/11/05, 5:56 PM

creo que por respeto a uno mismo y a los demás, es preciso conocerlos y asumirlos.

Desde este punto de vista yo soy iusnaturalista, formada y en formación en una escuela iusnaturalista bajo la dirección del Prof. Puy. Esta escuela hunde sus raíces más profundas en el pensamiento tradicional del iusnaturalismo clásico. Pero no está anquilosada, sino viva y en constante movimiento. No vivimos del pasado rechazando el presente y olvidando el futuro sino que, por el contrario, buscamos nuevas vías de conocimiento, nuevas posibilidades de estudio que sirvan mejor al entendimiento entre los seres humanos en la búsqueda de la justicia.

Y he dicho que soy iusnaturalista con una opción moderada, abierta y no excluyente. Por eso creo que debo ahora explicar qué significa esta afirmación. Es decir ¿qué significa ser iusnaturalista? O dicho de otra manera ¿qué rasgos identificativos distinguen a un iusnaturalista de un jurista que no lo es? La respuesta no es fácil. Creo que es bastante complicada pero trataré de darle alguna solución a lo largo de las páginas que siguen.

2. Iusnaturalismo versus positivismo. Una lucha secular

Es habitual que se trate de aprehender la historia de la Filosofía jurídica, o al menos de un cierto período de la misma, a través de la oposición iusnaturalismo iuspositivismo. O dicho de otra manera, muchos estudios del derecho se esfuerzan en tratar de comprender la evolución del mismo reduciéndolo en gran parte a dos concepciones opuestas sobre el mismo. Las de los llamados iusnaturalistas, frente a las de los iuspositivistas. En una primera aproximación al tema y con el objeto de situarlo, podríamos decir que los primeros, es decir los iusnaturalistas, entienden que el derecho es un fenómeno social basado en la naturaleza humana,[2] que trata de organizar la vida de

[2] Cuando decimos "naturaleza humana" no entendemos por supuesto todo lo que espontáneamente se le pueda ocurrir o incluso apetecer a cada ser humano sino como dice José Corts Grau, *Curso de Derecho Natural,* 4ª ed., Editora Nacional, Madrid, 1970, p. 259, "la naturaleza humana es fundamentalmente racionalidad y libertad". De manera tal que las referencias a la naturaleza están siempre en relación con la esencia misma del ser humano, y con su tendencia hacia la búsqueda de la justicia y del bien común, y no con los simples caprichos.

P Iuris 60 bien 243 25/11/05, 5:56 PM

los seres humanos en sociedad, persiguiendo unos valores. La base sobre la que se asienta esta organización es la naturaleza humana y por eso el Derecho no lo crea el poder político sino que éste sólo lo reconoce, porque es previo a su propia existencia. El poder político debe positivizar las reglas de conducta a fin de que sean realmente efectivas. Pero nada más.

Frente a esta concepción que he expuesto de forma sucinta, los defensores del iuspositivismo opinan que el derecho está en las leyes estatales, vive en las normas jurídicas. De manera tal que todo lo que está fuera de ellas no es Derecho. Entienden que hay un orden normativo y otro moral, y el estudio de los valores, de cualquiera de ellos, corresponde a la moral, no al Derecho, si bien admiten que, algún valor concreto como la "justicia" puede ser y de hecho es adecuado que sea tenido en cuenta por las leyes. No obstante dicen, si eso no es así, se produce una ley injusta que no por eso deja de ser ley. El Derecho para los iuspositivistas es el "ser", para los iusnaturalistas es también el "deber ser".

Esta primera aproximación al tema resulta excesivamente obvia y por lo tanto debe ser matizada, como se hará a lo largo del presente trabajo. Sirvan estas líneas iniciales a modo de simple planteamiento.

Hoy en día existen muchas voces que entienden que el estudio de la evolución del derecho no debe situarse en una lucha (aunque solo sea dialéctica) entre iusnaturalistas y iuspositivistas porque "dentro del sistema jurídico vigente, lo natural y lo positivo suelen estar unidos, conformando conjuntamente los distintos derechos".[3] En realidad y como dice Puy, "las reglas de derecho natural son normas fundamentales, y las otras, las del derecho positivo son normas accidentales, pero unas y otras están en el mismo sitio y constituyen la misma cosa genérica: el derecho realmente vivido por las comunidades políticas humanas, cuyo elenco hace la historia del

[3] Javier Hervada, *Introducción crítica al Derecho Natural*, EUNSA (Ediciones de la Universidad de Navarra, S.A.), Pamplona, 1981, p. 81. Y continúa diciendo "el arte del derecho es a la vez arte del derecho natural y arte del derecho positivo sin que quepa desglosar como dos artes o ciencias distintas...en la solución del caso concreto no hay mas que un arte, el arte de derecho, el cual utiliza en parte criterios naturales y en parte criterios positivos...la exclusiva utilización de criterios positivos conduce, de uno u otro modo, a la injusticia".

P Iuris 60 bien 244 25/11/05, 5:56 PM

derecho; el derecho norma, el derecho conducta y el derecho idea incardinada en los hombres".[4]

Lo adecuado es tratar de buscar unas normas que respeten la naturaleza del ser humano y organicen la vida social de forma no solo válida sino también eficaz. Las normas jurídicas pueden ser válidas por estas legalmente constituidas, pero éstas no serán nunca eficaces si no respetan lo que el ser humano considera justo, porque está en su conciencia, en su naturaleza, moral o como se prefiera denominar. Por eso el derecho natural y el positivo deben respetarse y coayudar a fin de que el resultado social sea deseable.[5] Tanto es así que su relación debe ser íntima a fin de que las normas positivas no encuentren obstáculos en su realización, lo cual las convertiría en simple ejercicio de la fuerza y por lo tanto inútiles.[6]

De hecho la ley natural, que se produce siempre en términos generales, necesita del concurso del derecho positivo.[7] Lo general, lo

[4] Más información en Francisco Puy, *Lecciones de Derecho Natural*, Dirosa, Barcelona, 1974, p. 617.

[5] Decía de Felice en su obra *Lecciones de Derecho Natural y de gentes,* Librería de Gracia, Madrid, 1841: "He aquí el escollo en el que han chocado la mayor parte de las legislaciones humanas: porque habiendo perdido de vista las leyes naturales que no debían hacer más que comentar, han pretendido dar reglas de conducta a los hombres sacadas de su propio fondo, sin hacerse cargo de que el hombre no es susceptible de otra regla más que la que está fundada en su naturaleza, y que le conduce clara y directamente a su felicidad. El legislador sensato debe referir a sus leyes, en cuanto sea posible, a los principios de las leyes naturales, y proponerlas como consecuencias evidentes de sus decisiones siempre falibles", pp. 339-340.

[6] Esta misma afirmación fue realizada por R. Cepeda, *Derecho Natural*, Establecimiento tipográfico Domenech, Valencia, 1908, que en la página 11 afirma que "el enlace del Derecho Natural con todas las ramas del Derecho Positivo es también íntimo, porque todas ellas se buscan en los principios sentados por aquél, sin que pueda haber, por lo tanto, contradicción entre la ciencia del Derecho Positivo y la del Derecho Natural". En la misma obra, más adelante afirmaba en la misma línea que "la ley jurídica positiva es dada por la libre voluntad de los hombres. Orden jurídico positivo es el formado por las leyes jurídicas positivas, y por los derechos y deberes que ellas dimanan. Es necesario que existan leyes jurídicas positivas y un orden jurídico positivo", p. 86.

[7] Más información en Jorge Guillermo Portela, *Derecho Natural*, Legislación ordenada S.R.L., Buenos Aires, 1985, p. 121. Y continúa diciendo que "el derecho natural y el derecho positivo forman un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo...el derecho positivo debe estar subordinado frente al derecho natural; esta subordinación a su vez implica una coordinación armónica ya que la existencia del positivo es una exigencia de la misma realidad social".

P Iuris 60 bien 245 25/11/05, 5:56 PM

inmutable, necesita ser concretado y cerrado para que pueda hacerse realidad palpable, y sobre todo exigible. De hecho "la asunción del deber moral de obedecer las leyes positivas no es iusnaturalista ni positivista, porque procede de la comprobación, tan antigua como el derecho, de que ningún orden jurídico puede sostenerse si exclusivamente confía en la obediencia arrancada por el temor a las sanciones".[8]

De lo dicho podría concluirse que la deferencia e incluso pugna ideológica entre el iusnaturalismo y el positivismo no es tan rigurosa como parece, sino que ambos son distintos modos de enfocar la realidad jurídica llamados a colaborar entre sí. Eso es cierto pero niega el hecho de que realmente hay diferencias profundas e importante entre ambos grandes grupos que pasaré a comentar. Diferencias que justifican la pregunta que nos hacemos en cuanto tratar de localizar rasgos diferenciadores entre una y otra de ambas posturas generales. Diferencias, en suma que hacen posible la afirmación antes realizada en el sentido de que un jurista pueda considerarse con razón perteneciente o no a una de estas dos grandes clasificaciones. Y desde luego entiendo que una de ellas, quizá la más importante, se concreta en el tipo de valores que ambas corrientes defienden.

Para probar mi aserto seguiré con el método tópico de mostrar posturas a favor y en contra de ambas posibilidades para tratar de dar al final una postura propia extraída del conocimiento empírico aportado.

3. La cuestión de los valores

Hasta aquí hemos presentado el ámbito del problema a tratar. Es decir, tratamos de situar el asunto en sus circunstancias concretas de tiempo y lugar. Soy consciente de que al hablar de positivismo y iusnaturalismo estoy reduciendo excesivamente los términos porque no0 existe un único tipo de iusnaturalismo ni de positivismo sino muchos. Sin embargo el análisis que quiero iniciar en este momento no trata de cada uno de ellos por separado. No trata de ver los rasgos que identifican cada una des estas corrientes. Tampoco trata de ana-

[8] Más información en Eduardo García Maynez, *Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* Fontamara, México, 1999, p. 18

P Iuris 60 bien 246 25/11/05, 5:56 PM

lizar el desarrollo o evolución de estas posturas a lo largo del tiempo. Esos estudios podrían hacerse y sin duda sería muy interesante conocer los resultados que se obtendrían, pero no se trata ahora de eso. Lo que se pretende tiene otro alcance. Lo que se busca es analizar la cuestión de los valores en el ámbito de estas dos corrientes generales estudiándola de forma general sin más. No nos fijamos en el iusnaturalismo racionalista ni en la escuela positivista del derecho libre, por citar algún ejemplo. No buscamos los valores que cada una des estas opciones busca o trata de obviar. Nuestra pretensión tiene carácter general. Tratamos de determinar si existen unos valores concretos que diferencien el iusnaturalismo en general con todas sus variedades, del positivismo también general, de las distintas escuelas. Y además queremos encontrar esos valores de forma intemporal.

La pregunta que nos hacemos la consideramos pertinente, ya que no es habitual que los juristas en general se interroguen acerca de los valores. Ahora son excepción los constitucionalistas como consecuencia del actual artículo 1 de la Constitución española de 1978,[9] y en algunos casos los penalistas, cuando se interrogan sobre la justificación de la pena. Los demás juristas suelen aceptar o rechazar las normas tal cual están redactadas, entendiendo que las mismas son simplemente pautas de conducta que regulan la vida de los seres humanos en sociedad en un momento determinado y que deben se respetadas cómo tales, y siempre que estén legalmente constituidas.

Y aquí aparece la primera gran distinción entre iusnaturalistas y positivistas que creo justifica por sí misma, la totalidad del estudio emprendido. Los iusnaturalistas defienden que la ley encierra dentro de sí un problema de valores;[10] y de la misma manera, que todos los operadores jurídicos están continuamente moviéndose en el mun-

[9] El artículo 1 de la Constitución española de 1978 actualmente en vigor dice: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecha que *propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico* la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político".

[10] En este sentido son muy ilustrativas las palabras de Gustav Radbruch que en su obra *Filosofía del Derecho*, que en la traducción que hace Cabral publicada en la editorial Almedina dice en la p. 45 que "el Derecho es un hecho o fenómeno cultural, o sea, un hecho referido a valores. Así pues, el concepto de derecho no puede ser determinado, ni definido, de otra manera salvo ésta: conjunto de datos de experiencia que tiene el sentido de pretender realizar la idea de Derecho".

P Iuris 60 bien 247 25/11/05, 5:56 PM

do de los valores. El juez busca unos valores, distintos a su vez de los que persigue el abogado, el notario, el registrador, el legislador o el gobernante por mencionar algunos ejemplos. La labor de todos ellos tiene un contenido axiológico claro y distinto aún admitiendo que al final todos ellos converjan en un último valor común, la justicia.

Esta afirmación que hago se sustenta en las definiciones de iusnaturalistas de la historia de la filosofía jurídica que he traído a colación.[11] Algunos de ellos, como Recanséns, afirman que "el derecho se presenta como un conjunto de normas elaboradas y vividas por los hombres bajo el estímulo de las necesidades de su existencia colectiva y con el propósito de realizar determinados valores".[12]

Estudiándolas puede observarse que no sólo hablan de valores en general, sino que además mencionan concretamente cuáles de entre los posibles, deben ser buscados y protegidos por el Derecho. Veamos algunas de ellas para contrastarlas con otras de marcado carácter positivista y tratar al fin de extraer algunas conclusiones.

a) Los valores y el iusnaturalismo

Antes de iniciar el repaso de algunas de las posturas y definiciones aportadas por autores iusnaturalistas, debo recodar de nuevo que la muestra es atemporal y no se refiere a ningún tipo concreto de iusntauralismo sino a éste tomado como corriente genérica.

Con carácter general los iunsaturalistas defienden que la experiencia jurídica encierra y protege valores, o lo que es lo mismo, se cimenta sobre ellos. Por eso el jurista iusnaturalista hace más que describir la realidad: la valora, buscando formar una simbiosis perfecta entre hechos, valores y normas. De manera tal que el jurista

[11] Antes de mencionarlos debo aclarar que como la muestra es tan grande he hecho una selección puramente subjetiva que procura además aportar ejemplos actuales.

[12] Luis Recanséns Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Porrúa, México, 1986, p. 154. En esta definición podría parecer al principio, que su autor se inclina por una tendencia positivista, pero la referencia a los valores, aún sin especificar directamente cuales, es señal de que no es así. Este autor gusta de moverse en estos límites. En la misma obra, p. 159, vuelva a afirmar que "el derecho es norma, con especiales características, elaboradas por los hombres con el propósito de realizar unos valores". Y dentro de los valores que considera que debe realizar el derecho sitúa a los clásicos de justicia, seguridad y bienestar social, p. 157.

P Iuris 60 bien 248 25/11/05, 5:56 PM

observa la realidad, los hechos, valora los mismos así como el resultado que quiere obtener en relación con su intervención y conjugando todos estos elementos elabora una norma. La norma no es producto de la casualidad, y su contenido, menos. Responde a una demanda social y defiende unos valores concretos que pretende proteger.[13] La realidad del derecho se ve en este caso como una experiencia jurídica y se reivindica como "la necesidad de captar el derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos".[14] Desde esta perspectiva se apunta a uno de los valores que persigue el iusnaturalismo, el del *pluralismo*, porque la experiencia jurídica y la forma de entender el derecho por cada uno de los operadores sociales es necesariamente plural. Y ahí está precisamente uno de sus más importantes méritos. El derecho está vivo, está en permanente movimiento porque sirve a la sociedad, que nunca se para. Y para poder hacerle el servicio adecuado, debe ser dúctil y caminar junto a los cambios sociales, analizando las distintas perspectivas y tratando de encontrar la mejor solución en cada caso.

El *pluralismo* se muestra así como uno de los valores más claros y primeros que protege el iusnaturalismo, pero no es, desde mi punto de vista el más importante. Este lugar debe ser reservado, a mi juicio, a la *justicia*. Abundando en esta idea Puy entiende que la ciencia derecho natural es la ciencia del fundamento del derecho y su objeto de estudio son la justicia, la ley y el derecho. Y a continuación define el derecho natural como "un intento de limitar de algún modo científico la arbitrariedad de los que pretenden imponer las leyes o acciones en nombre exclusivo de la fuerza física que controlan según el principio de razón suficiente práctico, a tenor del cual, una ley o una

[13] Este esquema sintoniza bien con la teoría tridimensional de Reale expuesta en su obra *Teoría tridimensional del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 72. En esta página se afirma que "hecho, valor y norma están siempre presentes y correlacionados en cualquier expresión de la vida jurídica...la correlación ente dichos tres elementos es de naturaleza funcional y dialéctica, dada la "implicación-polaridad" existente entre hecho y valor de cuya tensión resulta el momento normativo". Pero la sobrepasa.

[14] Más información en Antonio-Enrique Pérez Luño, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 41.

P Iuris 60 bien 249 25/11/05, 5:56 PM

reivindicación no puede valer en cuanto arbitrarios, sino solo en cuanto racionalmente justificados, incluso si esta razón suficiente no suscita un acuerdo unánime o pacífico".[15] En estas palabras, aunque no se menciona expresamente el término justicia, se habla de la limitación de la arbitrariedad y del uso de la fuerza a través de la razón justificada. Es decir de una razón cimentada sobre la base de la justicia. Y a mayor abundamiento, el Profesor afirma que esto es así con independencia de que no exista acuerdo unánime o pacífico. La justicia es justicia aunque no todos lo vean así y *sensu* contrario, la injusticia es injusticia aunque pueda ser establecida coyunturalmente por una norma jurídica con rango de ley. La definición aportada es claramente valorativa y el *valor que defiende es la justicia.*

En otras obras Puy defiende otros valores en relación con el derecho natural. Lo hace utilizando su método tópico y lo sintetiza de la siguiente manera: La posición que yo defiendo debe prevalecer porque está amparada por "1) el derecho que emana de la sabiduría piadosa, o 2) el derecho que crea la ciencia incrédula, o 3) el derecho que resulta de la experiencia repetida, o 4) el derecho que se desarrolla en la línea del progreso, o 5) el derecho que deriva de la dignidad de la persona humana, o 6) el derecho que brota de los grupos colectivos o sociales, o 7) el derecho que mana de las fuerzas materiales irresistibles y 8) el derecho que surge del hontanar de la moral o la ética".[16] Todos estos motivos son valores que defiende el derecho natural en sí mismo y que otorgan fuerza de convicción en una hipotética disputa argumentativa a quien los utiliza. Siempre, claro está, que sean previamente aceptados por los dos "contendientes" puesto que de otra manera pueden funcionar como "contratópico".

No obstante el conjunto de valores presentados *creo que el de la justicia, como valor por excelencia del derecho, es el más utilizado como objeto del derecho por los juristas iusnaturalistas.* Presentaré algún ejemplo más. Ferreira da Cunha afirma que "la fuerza motora del Derecho Natural es la idea de justicia",[17] no sin antes concretar

[15] Esta definición está extraída de Francisco Puy, *Lecciones de Derecho Natural,* op .cit., p. 648

[16] Más información en Francisco Puy, *Tópica jurídica*, Paredes, Santiago, 1984, pp. 137-138

[17] Paulo Ferreira da Cunha, *Filosofía do Direito***,** Almedina, Coimbra, 2004, p. 119.

P Iuris 60 bien 250 25/11/05, 5:56 PM

que los tres elementos de la descripción del Derecho son al final simples y claros: atribuir a cada uno lo que es suyo, su cosa, por lo tanto su derecho o lo justo.[18] Y continúa explicando que atribuir se refiere tanto a lo que se debe dar como a lo que no se debe otorgar; cada uno implica el arte de lo concreto; de la justicia concreta y no de lo abstracto o utópico; y lo suyo se refiere a que hay que dar cada cosa a su dueño. No se trata de una justicia vaga, puesto que lo suyo de cada uno puede ser todo lo que se refiere o interesa al ser humano y es susceptible de transacción jurídica. Lo que es de cada un se determina por un título que debe ser interpretado por los juristas, ya que constituye su derecho.

Esta definición y las sucesivas acotaciones del profesor portugués, no son originales sino deudoras de la definición de justicia de Santo Tomás, por no por ello son menos interesantes en tanto en cuanto expresan una manera concreta de entender el derecho en general, de raigambre iusnaturalista.

También Cathrein hablaba del derecho como lo recto (rectum) y entendía que su fin primordial es la justicia,[19] de manera que para él, el derecho es lo recto y lo razonable, además de lo conveniente. Y esas características coinciden con el contenido de lo que se obtiene practicando la justicia.

Otros autores, en mayo o en menor medida representativos de teorías de defensa de valores aportan contenidos axiológicos distintos. Henkel por ejemplo entiende que "el derecho no es ya una regulación de las relaciones sociales humanas porque mediante esta regulación se establezca un orden. Para que aparezca como regulación "correcta" es preciso que se cumpla una doble expectativa: 1) que esté de acuerdo con los datos previos que, provenientes del lado del ser y de la realidad, se

[18] La traducción es propia.

[19] Mas información en Víctor Cathrein, *Filosofía del Derecho,* 7ª ed., Reus, Madrid, 1958, pp. 73 ss. En cuanto al concepto de derecho entiende que las consideraciones hechas hasta ahora sobre ese concepto determinan tres clases de Derecho: "el derecho significa en primer término, lo que corresponde a alguien como suyo exclusivamente, y lo que a todos debemos en justicia. Significa en segundo lugar la ley jurídica (derecho en sentido objetivo) y ordena dar a cada cual lo suyo, y es la medida del derecho en su primera aceptación. Tercero, significa la facultad o poder jurídico (derecho en sentido subjetivo) que asiste a cada uno legalmente sobre una cosa o trabajo suyo. Las tres especies de derecho son entre sí distintas y no se pueden comprender bajo una definición común", p.70

P Iuris 60 bien 251 25/11/05, 5:56 PM

hacen sentir como "naturaleza de las cosas" y 2) que esté dirigido hacia una idea que llamamos "idea de Derecho". Y continúa diciendo, "con la designación de "idea de Derecho" expresamos que el Derecho debe realizar ciertos valores que sobrepasan el mero momento ordenador, valores jurídicos que se expresan en la positivación del Derecho siempre que en los datos de la realidad social lo permita el material jurídico. Estos valores no existen como factores reales; como ideas valorativas de la conformación del Derecho, establecen un fin, y con ello, una tarea que ha de ser cumplida en el acto de la creación o de aplicación del derecho".[20] Esa "idea de derecho" la concibe el autor como aquella que debe impulsar el derecho hacia su finalidad que es el mejoramiento del derecho positivo dentro de lo posible.

Por lo que se refiere al contenido de la "idea de derecho", "está muy extendida la opinión de que consiste en una única tendencia de realización de Derecho, a saber: en la justicia. Pero esta concepción no es correcta; notamos a faltar en ella, dice el autor, una amplia contemplación de la cual se deduce que estamos ante diversas tendencias de la idea de Derecho; a saber ante tres tendencias fundamentales: 1) la justicia, 2) la oportunidad y 3)la seguridad jurídica".[21]

Henkel, aunque dice que no es justicia el valor fundamental a perseguir por el derecho, en realidad lo incluye como tal dentro de la trilogía que establece, pero le añade otros dos valores efectivamente muy importantes que son la *oportunidad y la seguridad jurídica*.[22] Con lo cual el elenco de valores que debe proteger el derecho se va

[20] Heinrich Henkel, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, pp. 489-490

[21] Idem, p. 491

[22] En el concepto de este autor la justicia consiste en dar a cada uno lo suyo (suum cuique tribuere) y tratar lo igual de igual manera y lo distinto de manera diferente. Puede ser conmutativa, que iguala, y distributiva, que diferencia en función de méritos y capacidades. Cerca del concepto de justicia siguiendo una inspiración de corte aristotélico, se encuentra la equidad, que es la expresión de la justicia en el caso concreto. A su vez la oportunidad se refiere a la conformidad con el fin. O dicho de otra manera, a la correspondencia con los fines previamente fijados. Y por lo que a la seguridad respecta dice que este concepto cumple una función necesaria e la aprehensión y realización de la idea de Derecho, como elemento o parte integrante de la misma. Es una exigencia ideal que nunca podrá realizarse plenamente. Como certeza de orden, la seguridad jurídica se opone a la incertidumbre o al azar, así como a la arbitrariedad.

P Iuris 60 bien 252 25/11/05, 5:56 PM

ampliando, pero siempre dentro de la idea fundamental defendida por los pensadores iusnaturalistas de que el derecho tiene que realizar valores, puesto que además de perseguirlos en sí mismos, debe asentar las bases para su efectiva realización por el ordenamiento jurídico.

De manera tal que un pensador que se considere a si mismo como inserto dentro del grupo de los iusnaturalistas no será nunca indiferente al contenido de las leyes ni muchos menos a la búsqueda general y abstracta hacia la que tiende el Derecho. Un pensador iusnaturalista persigue fines que se concretan en valores y se traducen en normas.

Otro valor incluido dentro de este elenco y citado por diversos autores es el *bien común*. Ejemplo de la búsqueda del mismo es que aportaba Luño Peña cuando afirmaba que "el Derecho es la medida de las relaciones sociales. La rectitud como tendencia y dirección a un fin, presupone la idea de orden, en cuya esfera de acción se desenvuelve el Derecho. De ahí que el Derecho es la rectitud que surge del orden y se dirige a un fin. El Derecho es un orden vivido que produce la paz, como resultado práctico de la actividad colectiva y de su concorde aspiración al bien común".[23]

Este autor recogía los valores de bien común y el orden ya apuntados, pero añadía otro, *la paz,* valor que todavía no había surgido en este estudio y que debe ser considerado a mi juicio, como uno de los valores que debe perseguir el derecho al organizar la vida de los seres humanos en sociedad.

El mismo Luño Peña aportaba en su obra otro valor que me parece interesante en gran medida aunque no es tradicionalmente considerado como tal. Me refiero a la característica que tiene el Derecho Natural de servir de *instrumento oportuno, o sea eficaz y permanente de crítica y consecuentemente de reforma del derecho establecido.* Digo que es un valor porque considero que es muy importante que el derecho sepa adaptarse a la sociedad a la que sirve. Y esta adaptación no sería real si no tuviese en cuenta el conjunto de elementos que constantemente deben ser variados a fin de alcanzar una más adecuada y justa regulación de un problema. Se acusa muchas veces al derecho

[23] Enrique Luño Peña, *Derecho Natural,* 2ª ed., La Hormiga de Oro, Barcelona, 1950, p. 11.

P Iuris 60 bien 253 25/11/05, 5:56 PM

de ir detrás de la sociedad. Yo creo que eso es correcto, debe ir detrás porque de otro modo correería el riesgo de pretender y en muchos casos conseguir dirigirla hacia un fin determinado que no fuera libremente elegido por sus miembros, pero el hecho de que deba ir detrás no quiere decir que deba demorarse en el tiempo, debe situarse inmediatamente detrás y por eso es tan importante la labor de crítica y reforma constante y hecha en tiempo oportuno.

El orden, por el hecho de estas establecido, no tiene que resultar siempre el mejor posible y por eso debe ser variado cuando sea necesario hacerlo. El derecho debe estar al servicio de lo que la sociedad demanda ordenando la convivencia, pero su servicio debe ser eficaz y efectivo. De ahí que considere que esta labor de crítica y motor de continuo cambio, respetando asimismo el valor de la estabilidad y consiguiendo un justo equilibrio, es de suma importancia.

De forma similar se expresaba Ahrens cuando decía que "el derecho es el conjunto de condiciones dependientes de la acción voluntaria del hombre, y necesarias para la *realización del bien y de todos los bienes individuales y sociales que forman el fin racional del hombre y de la sociedad*".[24]

La variación introducida en relación con los valores hasta ahora estudiados no es muy significativa. Ahrens hablaba del bien de los individuos y de cuantos integran la sociedad. Y de alguna manera se refería al bien común aunque no podemos considerar éste como la suma de los bienes individuales, sino como un concepto que surge con fuerza de forma independiente y se refiere a la sociedad en su conjunto, y no a la suma de todos sus miembros.

Por último Giorgio Del Vecchio introdujo un nuevo elemento. Me refiero a la *variabilidad histórica.* Según su punto de vista "la historia no puede presentarnos el derecho, sino tantos derechos cuantos han sido y son sistemas jurídicos positivos y los momentos de su respectivo desarrollo".[25] Y una vez afirmado esto defendió que "el derecho natural se diferencia del positivo, cabalmente en esto, es decir, en que se afirma como principio deontológico: indica lo que debe ser, aunque de hecho haya sido violado".

[24] Más información en H. Ahrens, *Derecho Natural*, 5ª ed., Librería Extranjera y Nacional, Científica y Literaria, Madrid, 1864, p. 131.

[25] Giorgio Del Vecchio, *Filosofía del Derecho,* Bosch, Barcelona, 1980, p. 300.

P Iuris 60 bien 254 25/11/05, 5:56 PM

Podríamos seguir ofreciendo muestras pero creo que ya estamos en condiciones de recapitular el resultado de este apartado. En función de los datos aportados parece posible afirmar que *el jurista de tendencia iusnaturalista se diferencia del que no lo es en la defensa de un derecho que busca y protege la existencia de valores.* Dicho de otro modo, *los iusnaturalistas defendemos la necesidad de un derecho que persiga una serie de valores* y además *valore la realidad existente tratando de mejorarla*. De entre estos valores el mas importante, el que define en esencia la forma del ser iusnaturalista, es la búsqueda permanente de la justicia. Pero además existen otros valores dignos de ser tenidos en cuenta. Me refiero al orden, a la estabilidad, a la seguridad, a la paz, al pluralismo y a la crítica continua en busca de un cambio realizado con oportunidad que de nuevo tienda hacia la justicia.

Además el jurista iusnaturalista se diferencia del que no lo es en su concepto de la realidad y de la experiencia jurídica, a la que considera no sólo de forma plural sino variable en función de la historia y del momento, así como del tipo de operador jurídico que la relate o pretenda analizarla, valorarla o regularla.

Consecuentemente el derecho que estudia el iusnaturalista es un derecho en constante movimiento pero con unas bases firmes. Un derecho pendiente y dependiente de la historia, de la gran historia universal y de las pequeñas historias locales y personales porque bebe de todas ellas. El jurista iusnaturalista defiende que las fuentes del derecho son plurales como lo es todo tipo de experiencia de lo jurídico. Y de todas ellas se puede sacar partido en la búsqueda de la justicia. Y precisamente por eso, por la búsqueda continuada de la justicia como máxima preocupación, el jurista iusnaturalista tiene que tocar y analizar otros valores como la igualdad, la libertad, la certeza, la solidaridad, el orden, el pluralismo, etc. Porque en función de ellos, del conjunto de todos ellos, se podrá testar el grado de justicia de un sistema jurídico.

Con esta afirmación no quiero prejuzgar que los juristas que no son iusnaturalistas no participen de algunos o de muchos de estos elementos. Sería osado reclamar la esfera o la preocupación de los juristas en torno la justicia y otros valores, únicamente hacia el feudo de los iusnaturalistas, Yo no afirmo eso. Afortunadamente la justicia es la preocupación fundamental o el valor fundante de todo el sistema jurídico iusnaturalista. Las demás se ocupan de ella, pero no

P Iuris 60 bien 255 25/11/05, 5:56 PM

le otorgan este status. Y algunos positivistas como por ejemplo Peces Barba en España, defienden que la justicia no es un valor superior del ordenamiento jurídico.

b) Los valores y el positivismo

Veamos a continuación, tal y como se había anunciado al comienzo de este trabajo, algunos ejemplos de juristas positivistas. Dejémoslos hablar con sus propias voces para tratar de averiguar sus propuestas, tratar de proporcionar una propia.

Antes de iniciar esta parte del estudio es preciso advertir de nuevo que el positivismo no se una única corriente jurídica filosófica. Muy al contrario, bajo esta denominación se engloba una serie de posturas, de las cuales no puedo ocuparme en este momento, pero que presentan una postura similar en lo referente a los valores, y a la repercusión de éstos dentro del ordenamiento jurídico de un país. Para analizar este extremo procederé con la misma metodología que utilicé en el apartado anterior al referirme al iusnaturalismo. Esto es, mostraré alguno ejemplos de insignes positivistas para obtener su concepción acerca de los valores y del papel que éstos juegan en el Derecho, a través de sus propias palabras.

Kelsen, uno de los más célebres positivistas de todos los tiempos, afirmaba que la ciencia jurídica se limita al conocimiento de las normas, y para clarificar más su postura continuaba diciendo que "la teoría jurídica pura en cuanto ciencia específica del Derecho, enderézase al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas".[26]

En cuanto a los valores y especialmente a la justicia, afirmaba que "la teoría del derecho aspira a exponer el Derecho tal como es, sin legitimarlo por su justicia ni descalificarlo por su injusticia, pregúntase por el Derecho real y posible, no por el Derecho justo. En ese sentido, en una teoría radicalmente realista. Rechaza toda valoración, todo juicio en torno al derecho positivo.[27]

[26] Hans Kelsen, *La teoría pura del Derecho*, 1ª ed., Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, p. 15

[27] Idem, p. 20

P Iuris 60 bien 256 25/11/05, 5:56 PM

Esta afirmación no deja lugar a dudas para Kelsen y sus infinitos seguidores que lo colocan como uno de los positivistas con más influencia en la actualidad, el derecho es únicamente un conjunto de noemas con independencia de los valores que estas normas defiendan o ataquen. Da igual que sean justas o no lo sean: constituyen de igual manera el derecho porque has sido puestas por alguien con poder para hacerlo. Los valores a perseguir no cuentan. Supongo que serán deseables pero nada más. La ciencia jurídica sólo se ocupa del derecho real. Las referencias a la justicia corresponden a la moral, no al derecho, y entiendo que los demás valores en igual medida. Es la moral a su juicio, la que puede determinar el deber ser de lo jurídico. Pero el derecho, que debe estar absolutamente diferenciado de la moral, sólo estudia el ser, sea cual sea éste. Y por eso la Teoría pura de derecho es una teoría del puro positivismo jurídico.

De forma similar se expresan otros positivistas ulteriores. Entre ellos Bobbio que afirmaba que "la materia sobre la que actúa el jurista es un conjunto de reglas de comportamiento".[28] De manera tal que todo lo que no ser refiera expresamente al estudio de las reglas concretas, todo lo que está antes o después de las mismas explicando su contenido y dando su razón de ser, no pertenece al estudio del jurista. Este, por el contrario sólo se debe dedicar "al estudio de la regla en cuanto constituye la llamada teoría general del Derecho que, a mi juicio, se debería llamar con mayor propiedad teoría formal del derecho. El estudio del contenido de la regla, del supuesto de hecho jurídico, constituye jurisprudencia propiamente dicha".[29] Y la jurisprudencia no es ciencia. Por eso según él, las personas dedicadas al derecho que se ocupan de estudiar la historia de las instituciones, los conceptos del derecho o las influencias de todo tipo que pueden darse en los ordenamientos jurídicos de un determinado tiempo y lugar proporcionan una imagen borrosa y poco clara del jurista.

No hay nada, a excepción de la norma concreta, que deba ser analizado por el jurista ni por la ciencia jurídica, porque ésta se limita a esto, al estudio de las normas dadas en un lugar y tiempo determinados. Dicho con otras palabras, la ciencia jurídica estudia el

[28] Norberto Bobbio, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, Valencia, 1980, p. 184

[29] Idem, p. 185.

P Iuris 60 bien 257 25/11/05, 5:56 PM

derecho que es, con independencia de cualquier otro tipo de consideración de cualquier otro tipo de consideración razonable de por qué es así o de otra manera, y de por qué ha llegado a ser como es, o cómo podría mejorar en el futuro.

En la actualidad están teniendo bastante predicamento, especialmente en algunos sectores, las opiniones de Hart, otro positivista. Cuando se pregunta a este autor por su concepto de derecho, él dice preferir no dar una respuesta directa, sino tratar de identificarlo a través de su contenido. En su obra *El concepto del Derecho*, dice que el Derecho debe ocuparse de "normas jurídicas, diversidad de normas jurídicas y soberano y súbdito".[30]

A continuación aporta su noción de lo que debe ser el derecho entendiendo que es la unión de las reglas primarias y secundarias. Las reglas primarias son las que prescriben lo que los seres humanos deben hacer o evitar. Las secundarias dependen de las primarias y determinan lo que los seres humanos pueden establecer, haciendo u omitiendo ciertos comportamientos, introduciendo nuevas reglas de tipo primario, extinguiendo o modificando reglas anteriores, o determinando, de diversas maneras, el efecto de ellas a través del control de su actuación. Así las reglas de primer tipo, las primarias, imponen deberes, mientras que las de segundo tipo, las secundarias, confieren potestades públicas o privadas. De la misma manera que las primarias se refieren a acciones que implican movimientos o cambio físicos, las de segundo tipo, esto es las secundarias, prevén actos que conducen a la creación o modificación de deberes ya existentes.[31]

Sea como fuere, que queda claro es que si el derecho surge únicamente de la combinación de reglas primarias y secundarias se obvia toda referencia a los valores, o principios. El derecho está constituido exclusivamente por normas, si bien éstas pueden ser de distintos tipos. Concretamente en relación con la justicia este autor manifiesta que constituye un segmento de la moral que no se refiere a la conducta individual sino a cómo son tratados las clases de individuos. Y por eso tiene especial relevancia para la crítica del derecho y de otras ins-

[30] H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho,* 2ª ed., Editora Nacional, México, 1980. De las normas jurídicas, mandaros y órdenes se ocupa en las páginas 23-26; de la diversidad de normas jurídicas den las páginas 38 a 56 y por último del soberano y los súbditos, en las páginas 63 a 89.

[31] H. L. A. Hart, *El concepto de Derecho,* op. cit., p. 101.

P Iuris 60 bien 258 25/11/05, 5:56 PM

tituciones públicas o sociales. Sea como fuere, la justicia, no afecta al contenido del derecho y es un concepto que debe ser analizado fuera de la ciencia jurídica y totalmente independiente de misma.

Por eso, para los autores positivistas el derecho se reduce a la organización de la fuerza. De modo que "la técnica socia que llamamos "Derecho" consiste en hacer que el individuo, utilizando unos medios específicos, se abstenga de interferir mediante la fuerza en los intereses de los demás. En caso de que se dé esta interferencia. La comunidad legal misma reacciona con una interferencia semejante en los intereses de los individuos responsables de la interferencia anterior".[32]

Abundando más en esta cuestión de la separación entre las normas en sí mismas y su justicia o validez, otros positivistas afirman que la crítica sobre la justicia o injusticia de una norma sólo tiene sentido en cuanto la norma existe y por tanto es independiente en sí misma del derecho. El derecho es únicamente un sistema de normas complejo y autónomo que forma parte del engranaje de la estructura normativa del orden social.[33]

De nuevo falta cualquier referencia a nada que no sean las simples normas. Sólo interesa el derecho que ha sido puesto y por tanto es válido. Ninguna otra cosa preocupa a los defensores del positivismo. No se cuestionan sobre lo adecuado o válido de lo establecido. No

[32] Más información en Hans Kelsen, *¿Qué es la justicia?*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 161. Los individuos se comportan de la forma establecida por el derecho no porque sea la más justa o la mejor para la colectividad, sino por la existencia del llamado "orden coactivo" que en la obra de referencia se define como el "orden social que intenta hacer que los individuos se comporten del modo deseado poniendo en funcionamiento medias coercitivas", p. 157

[33] Más información en Manuel Calvo García, *Teoría del Derecho*, Tecnos, Madrid, 2002. Afirma este autor que "el derecho es un sistema normativo autónomo y complejo en que coexisten normas primarias y normas de segundo grado, las normas jurídicas primarias representan el tipo básico de las normas creadas o reconocidas por los preceptos jurídicos. Son guías explícitas de comportamiento que indican como deben o no deben, o como pueden comportarse en determinadas situaciones los miembros de la comunidad. Las normas jurídicas de segundo grado o normas secundarias, son normas sobre normas. Al igual que las normas primarias establecen obligaciones, prohibiciones o permisos; pero a diferencia de aquéllas, sólo tienen sentido por su referencia a otras normas...las normas de segundo grado sirven para remediar las limitaciones y las situaciones de ineficacia características de cualquier sistema simple de normas de obligación", p. 57.

P Iuris 60 bien 259 25/11/05, 5:56 PM

piensan cómo podría mejorarse o adaptarse a la situación. No valoran la realidad, ni desde el punto de vista de la justicia, ni de desde ningún otro. Simplemente no les interesa la valoración, que no es lo mismo que decir que no les interesa la justicia, y por tanto no se ocupan de ella en esta sede.[34] No se interrogan sobre su razón de ser o contenidos. El Derecho es lo que, y es así porque quien tiene el poder en un momento determinado así ha decidido que sea. Es un punto de vista muy simple: pero muy poco satisfactorio.

Quizá por eso existen también algunas posturas de autores de talante positivista que pretenden endulzar un poco sus contenidos. De manera tal que podemos encontrar definiciones del tenor de las que siguen: "el derecho es un sistema normativo eficaz con institucionalización de la coacción-sanción (de su conocimiento se ocupa de manera muy específica la ciencia del derecho), sistema que opera como factor de organización social y como un no neutro instrumento o mecanismo para la instauración de una u otra idea de justicia (y de cuya investigación empírica se ocupa la sociología del derecho)".[35]

En esta definición de derecho se puede apreciar la afirmación básica y típica del positivismo en el sentido de que el derecho es un sistema normativo, pero luego añade, como queriendo pasas por encima y de puntillas, que ese conjunto de normas deben ser eficaces, deben servir para la organización o el orden social y deben preocupar una idea de justicia. En este momento ya introduce, aunque sea de forma algo sesgada, la idea de que el ordenamiento jurídico debe perseguir valores. En este caso se nombra y por este orden, la eficacia, el orden y la justicia. No es el orden tradicional de los iusnaturalistas, que suelen colocar en primer lugar a la justicia, pero al menos la nombra como elemento esencial.

[34] En este sentido, son interesantes las palabras de Carlos Santiago Nino que en su *Introducción al análisis del derecho,* Ariel-Derecho, Barcelona, 1991, p. 43, afirma que "asumiremos la propuesta positivista de autores como Bentham, Austin, Ross, Hart y con ciertas salvedades Kelsen, de definir "derecho" como un sistema normativo que presenta rasgos fácticos distintivos, sin tomar en cuenta propiedades de índole valorativa".

[35] Elías Diaz, *Curso de filosofía del Derecho,* Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 20. este mismo autor en esta obra, página 19, afirma que el "derecho es un sistema normativo eficaz, con alguna pretensión de legitimidad dotado de mecanismos de coerción institucionalizada".

P Iuris 60 bien 260 25/11/05, 5:56 PM

Otras fórmulas más atemperadas en cuanto al concepto de derecho que ahora se está exponiendo, se refieren a éste como producto humano de naturaleza normativa. Y en relación con las normas jurídicas añaden que de ellas se puede predicar su validez (o invalidez), eficacia (o ineficacia) y justicia (o injusticia). Validez, eficacia y justicia que son los tres parámetros que sirven para analizar las normas jurídicas y el ordenamiento jurídico en su conjunto.[36] Parecería de una definición de este tipo que pretende hacer algún contenido valorativo situando a la justicia en algún lugar. Sin embargo, en la misma obra y un poco más adelante, los autores que defienden esto, al referirse a las funciones del derecho sostienen que son "control social, resolución de conflictos, organización social y legitimación del poder".[37] Indudablemente ésas son funciones del derecho pero echan por la borda cualquier referencia a un iusnaturalismo del tipo que estamos analizando al preferir el valor justicia como el fin y función que debe realizar en primer lugar el derecho.

Para terminar con esta muestra positivista aportaré únicamente un ejemplo más. El de Atienza que afirma que "el derecho puede considerarse como un sistema (muy complejo) de control social". Y añade que con esto no está dicho todo sobre la función del derecho que en realidad son funciones. Según él deben ser tenidas en cuenta las siguientes: 1) resolución de conflictos, 2) orientación del comportamiento a dirigir y regular la conducta de los miembros del grupo, 3) legitimación y organización del poder social, 4) configuración de las condiciones de vida y 5) cuidado y mejora del derecho.[38] Aquí no aparece la justicia, sin embargo no es porque el autor no la tenga en cuenta. De hecho, afirma que la justicia es el valor jurídico por antonomasia, y aunque no es el único que debe procurar el derecho, debe considerarse como factor de totalidad.[39]

De estas palabras suele deducirse la importancia que para el autor tiene la justicia como último referente al que debe atender el

[36] Más información en Gregorio Peces Barba, Eusebio Fernández & Rafael De Asis, *Curso de Teoría del Derecho*, M. Pons, Madrid, 2000, pp. 18 ss.

[37] Idem, pp. 47 ss.

[38] Manuel Atienza, *El sentido del Derecho,* Ariel-Derecho, Barcelona, 2001, pp. 158 y 159

[39] Idem, p. 173

P Iuris 60 bien 261 25/11/05, 5:56 PM

derecho. Sin embargo, en otro lugar de su obra añade que "una de las condiciones para poder utilizar con éxito el derecho como instrumento para promover la justicia consiste en ser conscientes de sus límites: y uno de ellos, quizá el mas importante, es que el derecho nunca podrá sustituir a la moral".[40] Aquí parece observarse de nuevo una cierta tirantez entra la consideración de la justicia como valor superior y eje sobre el cual gira el ordenamiento jurídico, que sería una visión mas iusnaturalista, y el papel que a los valores en general, y a la justicia en particular, reservan los positivistas. Papel que como he dicho no puede simplificarse diciendo que no la consideran en absoluto, pero sí que la trascendencia que le otorgan a la misma es muy diferente.

De nuevo y como ya dije en el epígrafe de este trabajo destinado a estudia los valores y el iusnaturalismo, sería posible seguir ofreciendo muestras casi *ad infinitum* de definiciones de derecho salidas de las plumas de los autores positivistas. Creo que no es preciso hacerlo porque me parece haber aportado ya pruebas suficientes. En función de ellas afirmo que existen muchas corrientes distintas de iuspositivisitas. Que aquí no se han analizado más que las características generales de las mismas, tomando como base de estudio pensadores pertenecientes a distintas escuelas y pensamientos. Que en función de sus opiniones es posible afirmar que los positivistas no analizan el derecho como una experiencia jurídica plural y atemporal. Lo que les preocupa es el derecho como conjunto o sistema más o menos complejo de normas. Eso y nada más. Y por ese motivo no se preocupan de valorar el derecho. Solo les interesa conocerlo tal cual es. Por lo que a la justicia en concreto se refiere no es correcto afirmar que no le preocupe, pero sí que sólo les afecta en cuanto algo separado del derecho, y más propio de la ciencia moral. En su visión es conveniente que el derecho sea justo, pero no es imprescindible: y desde luego, la justicia no es una característica *sina qua non* del mismo.

4. Conclusiones

Una vez realizado el análisis precedente creo que estoy en condiciones de ofrecer algunas conclusiones que es por otro lado lo que se

[40] Manuel Atienza, *Tras la justicia*, Ariel, Barcelona, 1993, p. 60.

P Iuris 60 bien 262 25/11/05, 5:56 PM

pide a todo trabajo que pretende tener alguna utilidad en el marco jurídico. No en vano, cuando se estudian problemas de índole teórica, el esfuerzo para aportar soluciones que sirvan para mejorar la práctica del derecho y acercarla cada vez más a la consecución de la justicia. Animada al menos por ese interés ofrezco las siguientes conclusiones.

1) No es posible hablar de un único iusnaturalismo ni de un único positivismo porque ambas corrientes genéricas se subdividen en diferentes escuelas que aportan matices diferentes al estudio de los problemas jurídicos.
2) La división entre iusnaturalismo y positivismo como mundos irreconciliables que fundamentan la inquina secular entre pensadores que piensan el derecho de distinta manera, debe ser superada en la actualidad, porque ambas posturas buscan lo mismo, esto es, el estudio del derecho, aunque lo hacen con fundamentos y métodos diferentes.
3) No obstante lo dicho, sí existen distinciones claras entre los pensadores que se sienten deudores de cada una de estas corrientes. Diferencias que deben ser valoradas en su justo punto porque son importante cara al conocimiento y desarrollo de la ciencia jurídica, así como de base de la forma libre y responsable a través de la cual cada autor decida defender su visión del derecho.
4) Una de esas diferencias es la importancia que se da al mundo de los valores en cada una de estas corrientes.
5) Los iusnaturalistas valoran el derecho y la experiencia jurídica que consideran plural y universal. Los positivistas por el contrario no lo hacen. Describen el derecho que es, y en el momento que es, y no les preocupa averigua lo que vale.
6) Los juristas iusnaturalistas no aceptan que algo sea bueno o malo, protegible o sancionable porque lo diga una norma, sino que buscan la adecuación del contenido de la misma a la naturaleza de las cosas. Los positivistas no. Para ellos algo es legal o no legal y por tanto debe realizarse o no, por una justificación que está dentro de la norma y no fuera de ella. Esa justificación se refiere únicamente a la voluntad del legislador o del operador jurídico del que se trate. Para los iusnaturalistas en cambio, pueden existir leyes injustas en si mismas porque aunque sean válidamente construidas pueden tener un contenido que viole la naturaleza de

P Iuris 60 bien 263 25/11/05, 5:56 PM

las cosas, y por tanto deben ser valoradas negativamente y variadas.

7) Dentro del mundo de la axiología jurídica o del plexo de los valore jurídicos, los iusnaturalistas conceden el papel primordial a la justicia, a la que sitúan como el centro de sus preocupaciones y el fin fundamental a cumplir por el derecho. Los positivistas no lo hacen así, no porque desconozcan la justicia, sino porque aunque la consideren en un plano deseable moralmente, la sitúan fuera de la exigencia jurídica.
8) Los iusnaturalistas buscan constantemente no sólo el derecho que es, sino el que debe ser, y por eso defienden además valores como la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, el orden, el cambio, la crítica, etc. Los positivistas se preocupan sólo del derecho que es, y aunque analizan otros valores como el orden, la paz o la solidaridad no lo hacen con criterios de generalidad y universalidad sino atendiendo en cada momento concreto a aquello, a aquel valor que puede ser más necesario proteger.
9) Los valores están insertos en la naturaleza de las cosas, del ser humano y de la sociedad, y por eso deben estar presentes en el derecho. El iusnaturalista entiende y defiende esta realidad, el positivista no la considera.
10) No es por tanto irrelevante que in jurista sea iusnaturalista o positivista porque esta opción inicial marcará de forma indeleble su concepto de derecho, así como su actividad como operador jurídico. El iusnaturalista abogado, juez, notario, registrador, profesor, etc. piensa el derecho de una manera distinta que el positivista y por tanto lo utiliza y defiende con armas diferentes. De ahí la trascendencia de la opción.

Concluido el trabajo que se quería ofrecer debo aclarara, por último, que el estudio comparativo que se ha pretendido aportar entre iusnaturalismo y positivismo es necesariamente parcial. No abarca todas las posibles diferencias sino que se refiere exclusivamente al papel que juegan los valores dentro de cada gran grupo de referencia. El resultado por tanto debe valorarse únicamente desde ese punto de vista. Y aún dentro de este, soy consciente de no haber ofrecido todas las posibilidades. Pero sé que un trabajo científico del tipo que ahora se presenta, nunca pude hacerlo. La muestra es subjetiva y necesariamente breve. Lo sé. Pero he ofrecido, o al menos eso espero, algu-

P Iuris 60 bien 264 25/11/05, 5:56 PM

nas evidencias de por qué el iusnaturalismo es en mi apreciación, una corriente genérica más plural, más crítica, más universal, más dinámica y más proteccionista de valores y especialmente de la justicia. En buena lid tengo que admitir que se podría hacer también un estudio de sesgo contrario, pero no seré yo quien lo haga porque me he manifestado deudora de la escuela iusnaturalista y de mi Maestro el Dr. Puy. Pero cada uno, cada jurista, debe extraer sus propias conclusiones y buscar su propia manera de servir al Derecho, la del positivismo es mas sencilla y mas simple en sus planteamientos porque no se problematiza sobre lo que "debería ser" poro "no es". La forma de ser jurista iusnaturalista es más incómoda porque supone una constante búsqueda y una crítica permanente de lo que hay para intentar mejorarlo.

Yo ofrezco mis conclusiones, desvelo mis fuentes y aclaro mi punto de partida. Ojalá estas reflexiones sirvan a otros como acicate de sus propias investigaciones.

P Iuris 60 bien 265 25/11/05, 5:56 PM

¿QUIÉNES SON IUSNATURALISTAS HOY?

FRANCISCO PUY

1. Planteamiento

¿Quiénes son iusnaturalistas hoy?[1]

Al formular la pregunta ¿quiénes son iusnaturalistas hoy? no indago nombres de personas individualizadas, ni busco hacer ninguna lista de ellas. Indago la cuestión teórica previa del criterio necesario para poder responderla con racionalidad. Busco establecer los

[1] A estas alturas de mi carrera académica, los colegas mayores saben bien lo que represento en la Academia. Algún joven alumno universitario sin embargo me pregunta de vez en cuando a qué corriente doctrinal me adscribo. Mi respuesta entonces es simple: Soy iusnaturalista. En general, ahí se acaba su curiosidad o su valor para preguntar. Los alumnos universitarios de hoy preguntan poco, incluso cuando se les ruega que pregunten. No sé si es que no sienten necesidad de saber, o si es que ya creen saberlo todo, puesto que nacen y crecen entre periódicos, radios y televisiones. En este caso, si no preguntan más ¿será porque ellos creen saber lo que significa ser iusnaturalista? La hipótesis me maravilla, porque mi propia experiencia y mis lecturas me certifican de que la mayoría de los maestros, ahí incluidos algunos grandes maestros, no parecen saber qué es ser iusnaturalista. Por tanto, cada vez que me hacen aquella pregunta, suelo aguardar expectante, tenso quizá, que un alumno más atrevido que la media de ellos me repregunte: ¿Y qué es un iusnaturalista? La repregunta no recuerdo que se haya producido nunca. Es más, imagino la razón. Desde su etapa de alumnos, los juristas que me rodean en general tienen una noción de iusnaturalista que estiman suficiente, y que es la que puede expresar este simple juicio: *un iusnaturalista es un jurista que no es positivista*. ¡Si las cosas fueran tan sencillas! De cierto que si a esos mismos alumnos les preguntaran qué es un positivista, caerían ingenuamente en la respuesta circular: *Un positi-*

P Iuris 60 bien 267 25/11/05, 5:56 PM

rasgos definitorios de quienes puedan o deban ser considerados como tales *hoy*, vivan ahora o hayan vivido en el *pasado*. Y así planteada no es una pregunta fácil de contestar, porque no lo es ninguna pregunta por el ser de algo. Pero esta tiene la dificultad añadida de su tecnicismo, puesto que iusnaturalismo y iusnaturalista son términos técnicos.

Anótese de entrada esta paradoja. La lengua castellana nació como una evolución del latín popular que en la etapa final medieval de su predominio sociológico era básicamente un latín documental jurídico civil y un latín doctrinal jurídico canónico. Además, los clérigos juristas que crearon la lengua castellana escrita eran todos iusnaturalistas. Pues bien, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia no ha incluido todavía, y va por la vigésimo segunda edición (2001), los términos *iusnaturalismo* ni *iusnaturalista*. El desconocimiento generalizado de lo que señala este término técnico es tal, consiguientemente, que ni siquiera sabemos de cierto los especialistas cómo se debe escribir su letra inicial: si con *i* latina (como creo yo que debe ser), con *y* griega, o con *jota*; que de las tres formas se ve escrito el vocablo.[2]

---

vista es un jurista que no es iusnaturalista, dirían. No trato de ridiculizar a los alumnos jóvenes. Conozco doctores canos que incurren en sus escritos en esa petición de principio, y ni se enteran. Dentro de la Filosofía del Derecho, por ello, la pregunta *quién es iusnaturalista* podría ser considerada una de esas denominadas "preguntas del millón", porque debería existir un premio de un millón para quien les diera una respuesta que lograra un consenso en la comunidad universitaria. Por supuesto tal premio no existe, ni creo que yo lo fuera a ganar, aunque existiera. Pero sí puedo ganar el premio de calmar el apetito de saber que tengo a este respecto... y quizá también el de otros que sientan la misma apetencia por la causa que sea. Por lo menos hay un motivo de curiosidad universalizable: La respuesta a la pregunta ¿quién es iusnaturalista? puede ofrecer un criterio con el que poder identificar a un jurista como iusnaturalista, a los efectos ulteriores que sea. Sea para aplaudirlo ¡ojalá! sea para denostarlo ¡cosa harto frecuente desde el siglo XIX! Pero una u otra, que se hagan con algún rigor. Recientemente, con ocasión de haber sido rechazada mi petición para participar en un congreso de temática iusnaturalista, he decidido que era buen momento para hacerme a mí mismo la pregunta ¿qué es un iusnaturalista?, o ¿quiénes son iusnaturalistas hoy?

[2] Y he aquí otra paradoja más: Tampoco vale la introspección. Como yo me reconozco y siento iusnaturalista desde el comienzo de mis estudios jurídicos, y en ello permanezco, debería poder contestar nuestra pregunta sin vacilación. Sin embargo,

P Iuris 60 bien 268 25/11/05, 5:56 PM

Pero vamos al grano. Ante todo, va de suyo que buscamos un tipo de jurista que se debe distinguir de otros por los tres factores que connotan tal distinción. Pues cada jurista tiene *una visión* de la experiencia jurídica distinta a la que tienen otros juristas; *la juzga* de acuerdo con unos determinados valores, no coincidentes con los que hacen suyos otros juristas; y en fin *pretende ordenarla* con unos determinados criterios, diferentes asimismo a los que proponen otros juristas. Y anótese que esos son los tres campos que pueden diferenciar a un iusnaturalista, no sólo de otros juristas, sino también de otros iusnaturalistas. Esos tres criterios son *una visión, una valoración, y una normación de la experiencia jurídica propias y distintas*. ¿Cuáles? Habrá que contestar a esas tres preguntas subsidiarias para poder responder a la principal.

Pero advirtamos también, antes de entrar en ellas,[3] que el iusnaturalista es una figura humana que se da en el tiempo. Existe hoy, pero no es una invención de hoy. El iusnaturalista es una figura multisecular. Baste recordar que el topos del *derecho natural*, antes *ius naturae*, antes *fysis dikaion,* está descubierto y funcionando en Occidente por lo menos desde el siglo V antes de Cristo; y que en principio podemos considerar iusnaturalista a todo jurista que "hable" del derecho natural.

---

el hecho de que se me rechace en una reunión del gremio me pone sobre aviso de que la cosa no es tan fácil. De hecho, me encuentro en situación análoga a la que se halló San AGUSTÍN, cuando viviendo en su tiempo se preguntó qué es el tiempo: "Si no me lo preguntan, anotó, sé lo que es; pero si me lo preguntan, no sé decir lo que es". San Agustín salió de ese atolladero reflexionando sobre el asunto desde fuera de él mismo. El resultado de dicha reflexión fue su conocida *descripción del tiempo como una duración compuesta por un pasado que se recuerda, un futuro que se espera, y un presente que se atiende, formando una duración fraccionada y compleja que se desarrolla dentro de la duración simple y simultánea que es la eternidad*. Bien, pues, reflexionemos sobre quién es iusnaturalista desde fuera de nosotros mismos.

[3] La pregunta quién es iusnaturalista lleva el verbo en ser, y no en deber ser. Por tanto, implica que no se refiere a un futurible, ni a un ente de razón o de fantasía. No quiero hablar de una quimera o de un personaje de teatro. Por el contrario, me estoy refiriendo al jurista iusnaturalista existente en la realidad, para describirlo con el mayor verismo posible. Hablo, pues, de un ser humano que existe ahora en la realidad, y que ha existido ya a lo largo de la historia de las dos jurisprudencias, la canónica y la civil.

P Iuris 60 bien 269 25/11/05, 5:56 PM

Ahora bien, ese hecho patente permite anotar otro no menos palmario, que es el de *la variedad de iusnaturalismos*. Una somera información del panorama actual pone de manifiesto que no todos los iusnaturalistas coincidimos en la descripción, la valoración y la regulación de los casos jurídicos que se nos ofrecen. Por pura inducción y sin necesidad de experiencia podríamos afirmar que lo mismo ha tenido que ocurrir en los siglos precedentes. Pero es que la crítica histórica confirma de plano esa inferencia lógica. Y eso le plantea a este discurso otra dificultad más, a saber: la conveniencia de determinar el sujeto de imputación. Si no fijo el sujeto de imputación, en vano esperaré alguna solidez para las respuestas a las cuestiones apuntadas. Por tanto, tengo que anteponer esta última cuestión a las tres anteriores: ¿De qué iusnaturalista hablamos? A reserva de analizar la cuestión conviene desechar la posibilidad de mirar a un personaje o escuela determinados. Para que este ensayo alcance una cierta validez general es necesario que me refiera a los iusnaturalistas en general, y no a ninguno en particular.

Entonces voy a intentar realizar el análisis del rol actual del iusnaturalista por estos pasos. *a) Primero* intentaré *describir* el prototipo. *b) A continuación*, trataré de determinar su *visión de la experiencia jurídica*. *c) Después* trataré de computar *su forma de valorarla*. Y *d) por último*, trataré de establecer *su modo de regularla*.

Lo que significa contestar a estas cuatro preguntas en que se puede subdividir bien la pregunta inicial ¿quiénes son iusnaturalistas hoy?

1ª. ¿De qué iusnaturalista hablamos?
2ª. ¿Qué visión de la experiencia jurídica tiene el jurista iusnaturalista, a diferencia del que no lo es?
3ª. ¿Cómo valora la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?
4ª. ¿Cómo regula la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?

2. ¿De qué iusnaturalista hablamos?

Un jurista, iusnaturalista o no, es por definición una *persona*, o sea una sustancia individual de naturaleza racional, como dijo BOECIO.

P Iuris 60 bien 270 25/11/05, 5:56 PM

Subrayo lo primero: un jurista es una sustancia individual, un *individuo*. Como ser humano, un iusnaturalista es un individuo irrepetible, completamente distinto de los otros. ¿Será entonces posible un concepto universal que los abarque a todos? Sí lo es porque esa dura verdad teórica se ablanda bastante en cuanto se la somete a la prueba del cambio histórico. No hay dos iusnaturalistas iguales, pero sí hay muchísimos parecidos, a los que se puede agrupar de alguna manera. Pero ¿con qué criterio se pueden efectuar esas agrupaciones?

Uno bastante socorrido consiste en buscar afinidades expresivas producidas por el seguimiento del mismo maestro, y por ende del mismo corpus doctrinal. Y de ese criterio hay dos versiones, ambas útiles. Una consiste en dejarse guiar por los grandes escritores convirtiendo su nombre en marca escolar. Y la otra consiste en distinguir los planteamientos afines atendiendo a la misma periodización cronológica de los movimientos culturales.

De acuerdo con el primer criterio se puede hablar de iusnaturalistas aristotélicos, tomistas, etcétera. Ese etcétera puede ser muy largo. La aparición en el curso de la historia del pensamiento jurídico occidental de algunos grandes maestros de iusnaturalismo ocasionó la aparición de seguidores, y de ello resultó la constitución de diversos prototipos de iusnaturalistas, identificables por el nombre del maestro original.[4] De donde que podamos hablar sin traicionar la realidad de iusnaturalistas heraclídeos, platónicos, etc.

[4] Entre esos maestros que llegaron a convertirse con el paso del tiempo en prototipos de iusnaturalistas yo quiero recordar ahora sólo a veinte:

a) Heráclito (535-465), Platón (427-347), Aristóteles (384-322), Cicerón (106-43), y Ulpiano (170-228), en la antigüedad.

b) Agustín (354-430), Isidoro (562-636), Graciano (1100-1159), Tomás (1225-1274), y Occam (1295-1350) en el medievo.

c) Suárez (1548-1617), Grocio (1583-1645), Kant (1724-1804), Hegel (1770-1831), Krause (1781-1832), Nietzsche (1844-1900), y Cathrein (1845-1931), en la Modernidad.

d) Y finalmente Rommen (1897-1967), Asís (1930-1984), y Truyol (1913-2003), abriendo la nueva era pluralista.

Hay más maestros, desde luego. Pero yo me quedo con éstos porque también soy deudor de mi propia tradición española y personal. Y me parece lógico que otros iusnaturalistas hagan en esa lista sustituciones *ad libitum*. Pero anótese lo principal ahora: No todos los platónicos por ejemplo son idénticos entre sí; y lo mismo le ocurre por ejemplo a los aristotélicos entre ellos. Pero parece evidente que los platónicos se asemejan entre sí más que los que no lo son.

P Iuris 60 bien 271 25/11/05, 5:56 PM

Atendiendo a la misma periodización cronológica de los movimientos culturales es frecuente distinguir entre iusnaturalismo antiguo, medieval, moderno y contemporáneo, lo que abre pie a otros tantos cuatro tipos de iusnaturalistas: los *antiguos,* cuyo modelo sería Aristóteles; los *medievales,* cuyo modelo sería Tomás; los *modernos,* cuyo modelo sería Grocio; y los *contemporáneos,* cuyo modelo sería Rommen. De nuevo saltan aquí las diferencias entre los individuos de un mismo ciclo cultural. Pero basta leer algunas producciones para darnos cuenta que en la forma y en el contenido los iusnaturalistas coetáneos, aunque fueran, o sean rivales enfrentados, guardan unas similitudes discursivas de fondo y forma que permite identificarlos como socios del mismo club en los correspondientes tipos suficientemente distintos e identificables. Que ello es así lo sugiere el hecho de que sea frecuente reducir el cuarteto a pareja, diciendo que en realidad basta con distinguir entre dos arquetipos iusnaturalistas: el *clásico*, cuyo modelo sería Aristóteles; y el *moderno*, cuyo estándar sería Grocio.[5]

Buscando establecer afinidades económicas y funcionales útiles para los pensadores que nos movemos en el laberinto doctrinal contemporáneo, se ha acudido en nuestro tiempo, o sea, a partir de 1945, a la filosofía. Y de ahí el método de clasificar a los iusnaturalistas atendiendo a la corriente genérica de pensamiento filosófico en que ellos mismos se inscriben, sea de origen antiguo, sea de cuna moderna.[6]

[5] En sede teórica, esos diversos tipos de iusnaturalistas deberían superponerse borrando los de encima el rastro de los de debajo. Pero en la práctica no ocurre tal, sino que muchos de ellos se mantienen vigentes doctrinalmente a partir del momento fundador de cada línea escolar. Es verdad que la masificación que padece la actual orquesta jurisprudencial hace difícil distinguir en ella modulaciones o identificar los instrumentos próximos. Pero están ahí, y mantienen su vigencia actual, aunque no los percibamos a veces. Por tanto, es preciso aguzar el oído, y entrenarse en identificarlos. Y no sólo para saber lo que hay, sino también porque sus enseñanzas nos ayudan a movernos con mayor facilidad dentro del laberinto en que se ha convertido el pensamiento pluralista de nuestra época.

[6] Este fue el primer criterio que yo aprendí, pues me lo enseñó mi maestro Agustín de Asís, según puede verse en su *Manual de Derecho natural* de 1963, donde lo desarrolló ampliamente, apoyándose en una clasificación de los iusnaturalistas europeos de aquellos años realizada por Thomas Würtenberger en varios trabajos publicados a partir de 1955.

P Iuris 60 bien 272 25/11/05, 5:56 PM

A mí me parece un buen criterio de orientación, por tres razones. Primera, porque es muy pertinente para agrupar a las personas por su método de trabajo. Segunda, porque permite fusionar el abigarrado precipitado histórico en un número manejable de grupos dotados de ciertas afinidades basadas en el acontecer histórico, pero también en otras formalidades y contenidos que no son exclusivamente históricos, porque son suprahistóricos o metahistóricos. Y tercera, porque orienta a la jurisprudencia desde la filosofía, o sea desde fuera de ella. Y teniendo todo eso en cuenta pienso que se pueden clasificar los iusnaturalistas de la segunda mitad del siglo XX y actuales en cinco corrientes:

1. Realistas (grupo en el que me incluyo).
2. Irracionalistas.
3. Idealistas.
4. Fenomenólogos.
5. Existencialistas.

Bien, y ¿a cuáles de esos iusnaturalistas me quiero referir? Pues repito que me quiero referir a todos, porque trato precisamente de encontrar la idea que los envuelve a todos, y no de retintar las líneas diferenciales que los individualizan.[7] Así pues, tenemos que sabemos que hay diferencias, y diferencias notables de planteamiento y de resultados, entre los iusnaturalistas actuales y no actuales. Pero si nosotros nos consideramos, o ellos se consideraron iusnaturalistas, o así somos o fueron considerados por los demás, *algo tendremos en común los iusnaturalistas todos, o casi todos, en nuestra visión de la experiencia jurídica, en nuestra valoración de la experiencia jurídica, y en nuestra normación de la experiencia jurídica*. Pues eso común es lo que se trata de establecer.

Y bien, lo primero que tenemos en común todos los iusnaturalistas es ese término que es realmente un adjetivo en la expresión "jurista iusnaturalista", pero que por apócope se convierte en el sustantivo "iusnaturalista". ¿Qué quiere decir iusnaturalista? Por la

[7] ¿Y para qué me he entretenido en diferenciar especies de iusnaturalistas, si digo que me interesan todos indiferenciadamente? Pues para que conste que me hago cargo de la variedad, pero que quiero encontrar en ella la unidad, no negando las diferencias, sino subsumiéndolas intelectualmente.

P Iuris 60 bien 273 25/11/05, 5:56 PM

pura lógica del lenguaje, y teniendo en cuenta lo que ya hemos ido desbrozando, podemos decir que *un iusnaturalista es un jurista que emplea el tópico del derecho natural en sus juicios, en sus razonamientos y en sus argumentaciones atribuyéndole un cierto contenido material y formal coherente, un juicio de valor positivo, y alguna virtud normativa*.

La definición que acabo de ofrecer deja abiertas por eso las tres variables que reclaman determinación, según vimos antes. A saber: ¿Qué contenido material y formal coherente? ¿Qué juicio de valor positivo? ¿Qué virtud normativa? He ahí porqué hay que contestar a tales preguntas antes de acabar de perfilar el concepto que nos permita obtener un criterio bastante sólido con el que cualquier jurista pueda autoexaminarse o ser examinado por otro, a efectos de razonar su pertenencia o no al conjunto de los iusnaturalistas.[8]

Pero antes de terminar esta primera reflexión conviene enfatizar tres ideas.

Primera idea: *El iusnaturalista de que hablamos es cualquier iusnaturalista en general*. No el antiguo o el moderno por separado. No el tomista o el krausista enfrentados. No el anglosajón y el romano-canónico divorciados. No. Me refiero a todos, buscando lo que tienen todos de común, y para poder distinguirlos de los juristas que no son iusnaturalistas por no poseer la nota o notas distintivas, o por rechazarlas.

Segunda idea: *Cabe la afirmación de la vocación o adscripción iusnaturalista en bloque*. Porque los que lo somos nos autoidentificamos así con toda naturalidad. Y porque nuestros adversarios coinciden en eso con nosotros. En efecto, los juristas que no son iusnaturalistas por no poseer la nota o notas distintivas, o por rechazarlas, normalmente nos discuten o rechazan a todos los iusnaturalistas en bloque bajo ese rótulo.

[8] Procederé a ello, pero con cautela, sabiendo bien que en el campo semántico iusnaturalista nada es simple, porque una elaboración conceptual que dura dos mil quinientos años enriquece mucho los conceptos, pero al precio de complicar muchísimo su manejo. Ahora bien, el que una realidad sea compleja no significa necesariamente que sea ininteligible el concepto que la connota.

P Iuris 60 bien 274 25/11/05, 5:56 PM

Tercera idea: *En este tema no soy juez, soy parte*. Los jueces son ustedes que me escuchan. Y a la otra parte ya llevamos oyéndola dos siglos usando de un cuasi monopolio de los medios de comunicación especializada. Por tanto, esta reflexión no es un análisis científico, sino un discurso retórico, del género *pro*: y trata de la afirmación y defensa de la opción o rol iusnaturalista en la jurisprudencia.

3. ¿Qué visión de la experiencia jurídica tiene el jurista iusnaturalista, a diferencia del que no lo es?

Pasemos a la segunda cuestión: ¿Qué visión de la experiencia jurídica tiene el jurista iusnaturalista, a diferencia del que no lo es?

El jurista iusnaturalista se caracteriza, desde este punto de vista, por tener una visión pluralista y abierta de la experiencia jurídica, que le mueve a rechazar enérgicamente cualquier intento arbitrario o convencional de reducir su extensión real. Desde el siglo XIX la jurisprudencia no iusnaturalista ha caído repetidamente en la tentación de reducir la experiencia jurídica a la norma escrita estatal y como mucho a su aplicación judicial o notarial. El iusnaturalista, sin embargo, no acepta reducir la experiencia jurídica a la ley escrita estatal. Ni siquiera acepta reducir la experiencia jurídica a la normativa, admitiendo que ésta comprenda también las otras clases de normas generales no estatales que son la costumbre, el uso, el tratado, el convenio colectivo, etc.

La tentación de practicar esa reducción es harto comprensible. Cuanto más pequeño es el campo que ha de labrar, menos trabajo tiene el labrador. Pero, ¡qué le vamos a hacer! la campiña jurídica es muy extensa.[9] Ahora bien, el cultivo de una finca muy grande suscita la

[9] Una cosa es renunciar provisionalmente a cultivar una parte del campo propio, y otra cosa es negar la evidencia. En este caso la evidencia se puede negar de varias maneras. Una frecuente es negar la responsabilidad del campo propio, aunque sea propio, cuando lo es. Otra, aún más equivocada es negarle su realidad de campo jurídico a la parte o partes del mismo que no se quieren cultivar. Y otra que aumenta de bulto el error es separar como parte que se rechaza, no un pequeño rincón de difícil acceso y escasa rentabilidad, sino la mayor y mejor parte de la finca, su valle central, o el corazón del que brota todo su manantial. Por lo tanto no se debe caer en esa tentación.

P Iuris 60 bien 275 25/11/05, 5:56 PM

necesidad de parcelación. Y de ahí se sigue otra peculiaridad de la visión iusnaturalista de la experiencia jurídica. El jurista iusnaturalista toma de la naturaleza de las cosas, y no de otro sitio, los criterios para distinguir en la experiencia jurídica global las diversas provincias en que se articula.

En la visión iusnaturalista la experiencia jurídica comprende muchas provincias o parcelas, y señaladamente estas siete:

1ª) Las *conductas individuales*, y especialmente las *reclamaciones individuales, verbales o documentadas* de fijación de los derechos, que hacen nacer, crecer, reproducirse y desaparecer los derechos subjetivos.
2ª) Las *costumbres*, especialmente las *locales*, que aceptan y tipifican aquellos derechos reiteradamente reclamados.
3ª) Las *decisiones jurisdiccionales* que definen o ejecutan los derechos conflictivos.
4ª) Las *doctrinas* que estudian y valoran todo ese conjunto de acontecimientos desde el punto de vista de la justicia y demás valores jurídicos que va estableciendo la ética pública dominante en cada comunidad.
5ª) Las *declaraciones* de derechos fundamentales de los grupos sociales, y en especial las de Naciones Unidas, pero también las de los organismos no gubernamentales ni estatales.
6ª) Las *leyes, constituciones y estatutos* de los estados u organismos paraestatales.
7ª) Y los tratados, convenios y directivas internacionales o emanados de organismos públicos internacionales.

Ahora bien, para el jurista iusnaturalista, estos siete campos principales de la experiencia jurídica no son meramente horizontales o estáticos, sino que son también dinámicos o verticales. La razón de ello es que la naturaleza que le presta sus criterios es el principio del movimiento de las cosas. Por tanto, el jurista iusnaturalista necesita considerar la experiencia jurídica en movimiento, y tiende a sentir aversión por las visiones estáticas o inmovilistas del derecho. Tiene una visión de la experiencia jurídica que se caracteriza por ser empírica y realista, historicista y dinámica. Se mueve como pez en el agua en la casuística, en la tópica,

P Iuris 60 bien 276 25/11/05, 5:56 PM

en la dialéctica, en la retórica. Y gusta expresar sus puntos de vista por dictámenes breves.[10]

La visión casuística y tópica de la experiencia jurídica que caracteriza al jurista iusnaturalista le proporciona una visión circular, semejante a la circularidad de las horas del día, o de las estaciones del año. Y esta perspectiva cíclica le permite analizar la experiencia jurídica en sus flujos comenzando por cualquiera de sus ámbitos o periodos. En mi teoría de los derechos humanos he aplicado esta idea al análisis de las fuentes del derecho, que es la forma antigua de denominar el tema de la experiencia jurídica, proponiendo como ejemplos analógicos dos circuitos: el del agua en el planeta, y el de la vida en los mamíferos.

En el primer caso, el agua va discurriendo por un circuito cerrado y el zahorí, como describió VICO, el mayor iusnaturalista católico del siglo XVIII, la puede encontrar en muchos lugares, pero principalmente, en éstos:

1) En el mar que la deja evaporar.
2) En las nubes que la elevan por la atmósfera.
3) En la lluvia que la baja a la tierra.
4) En la superficie empapada de los campos.
5) En las capas freáticas subterráneas.
6) En el manantial que la devuelve a la superficie (fuente propiamente dicha).
7) Y en los arroyos y ríos que la devuelven al mar, para que reinicie el viaje.

[10] Se me dirá que hay excepciones clamorosas a la regla que acabo de enunciar. Cierto. Es verdad que hubo una escuela iusnaturalista, la llamada escuela Protestante, o Europea, o Racionalista, iniciada por Grocio, que gustó de los tratados, y los sistemas, y las obras con muchos volúmenes. La cantidad no debe engañar. Los grandes volúmenes de derecho natural y de gentes, parecen ser sistemas, pero son más bien diccionarios. Parecen sistemas por presentarse como intentos de reordenar con criterios tomados de la filosofía cartesiana los grandes acopios de tópicos insertos en ambos *corpus iuris*. Pero capítulo a capítulo y sección a sección sus sistemas tienen una estructura tópica y dialéctica más afín a las *summae iuris* medievales, que a los verdaderos sistemas de teoría general del derecho elaborados ya en los siglos XIX y XX. Pero éstos ya no eran iusnaturalistas, sino confesadamente antiiusnaturalistas.

P Iuris 60 bien 277 25/11/05, 5:56 PM

El agua está en cualquiera de esas estaciones de paso, y sería erróneo considerar que sólo existe en una de ellas, en la llamada convencionalmente fuente. Pues lo mismo ocurre con el viaje dinámico del derecho que empieza en las reclamaciones individuales y acaba a en las declaraciones internacionales...

En el segundo ejemplo, el de los mamíferos y la vida podemos encontrar ésta circulando de modo análogo a través de otras siete estaciones:

1) En la fecundación.
2) En la implantación del óvulo.
3) En la gestación del feto.
4) En el alumbramiento (nacimiento o fuente estrictamente dicha).
5) En la infancia.
6) En la juventud.
7) Y en la madurez plena que capacita para el engendramiento, antes de la muerte: es decir, la vuelta a empezar, puesto que la corriente de la vida del antecesor que murió sigue su curso en el descendiente que engendró.

Como puede apreciarse, se repite el esquema. La vida está en cualquiera de esas etapas, y sería erróneo considerar que sólo existe en una de ellas, en la llamada convencionalmente nacimiento.

Bien, pues aplicando las parábolas al caso del derecho, resulta que el proceso de la realidad jurídica tal y como lo constata la percepción iusnaturalista, consta de muchos momentos que yo gusto resumir en los siete que considero sobresalientes. Los adelanté hace un momento y ahora los explico mínimamente, indicando en cada uno los lugares físicos en que hay que buscar la correspondiente presencia de derechos, o la pertinente experiencia jurídica.

La primera aparición de los derechos es aquella en que se pueden aprender en el momento de la fecundación; y ésta ocurre con cada una de las reclamaciones de la conciencia individual que se vocean o se escriben sobre asuntos estimados vitales, las cuales forman como un mar de derechos en ebullición. Las reclamaciones se documentan hoy en los archivos y registros de los abogados, jueces y notarios, principalmente en forma de demandas, testimonios y contratos. Algunos profesionales publican esos documentos en las revistas especializadas, o en monografías sueltas. Informalmente figuran también en todos los

P Iuris 60 bien 278 25/11/05, 5:56 PM

mass media en forma de entrevistas y cartas públicas. Por tanto, *el primer momento y campo de la experiencia jurídica está en las reclamaciones*.

La segunda fuente de los derechos es aquella en que ellos se muestran en el momento de la implantación; y está constituida por la nube de las costumbres creadas por la conciencia social a partir de aquellas reclamaciones. Esta fuente se inventaría en todas las bibliotecas jurídicas especializadas con abundante tratamiento monográfico. Por ende, *el segundo momento y campo de la experiencia jurídica está en las costumbres*.

La tercera fuente de los derechos los muestra en el periodo de su gestación; y está constituida por la lluvia (hoy lluvia torrencial) de las sentencias de árbitros y jueces sobre las iniciales reclamaciones desatendidas. En consecuencia, *el tercer momento de la experiencia jurídica está en las sentencias*.

La cuarta fuente de los derechos los enseña en el momento del alumbramiento y está constituida por el barrizal de las doctrinas de los profesores que explicamos el material anteriormente creado, originando un limo nutriente donde se multiplican los derechos. Por tanto, *el cuarto momento y campo de la experiencia jurídica está en las doctrinas*.

La quinta fuente de los derechos los señala en la etapa de su infancia, y está constituida por las declaraciones de los grupos sociales básicos y de los pueblos y naciones, que funcionan a modo de capas freáticas subterráneas. Así que *el quinto momento y campo de la experiencia jurídica está en las declaraciones* .

La sexta fuente de los derechos los descubre ya en su lozana juventud, y está constituida por los numerosos manantiales bien acotados que forman las leyes, estatutos y constituciones de los Estados. Por lo tanto, *el sexto momento y campo de la experiencia jurídica está en las leyes, estatutos y constituciones*.

Y la séptima fuente de los derechos los mira en su plena madurez reproductora, en forma de pequeños arroyos que van formando caudalosos ríos. Y está constituida por los tratados y pactos provistos de fuerza vinculante propuestos por los organismos internacionales que intentan encauzar todas las poderosas fuerzas jurídicas anteriormente descritas. Por fin, *el séptimo momento y campo de la experiencia jurídica está en los tratados*.

P Iuris 60 bien 279 25/11/05, 5:56 PM

Una visión plenamente iusnaturalista de la experiencia jurídica está dispuesta a reconocerla y acogerla en todos esos momentos o espacios. Y al contrario, en la medida en que un jurista padece ceguera respecto de alguno de esos manantiales, en la misma medida va perdiendo su connotación de iusnaturalista. Y si niega expresamente alguno de ellos, deja de serlo realmente, aunque conserve rasgos de tal, porque la realidad humana es así de proteica.

Recapitulo este segundo tanteo. ¿Qué visión de la experiencia jurídica tiene el jurista iusnaturalista, o que lo es más, a diferencia del que no lo es, o lo es menos? *Los juristas iusnaturalistas tenemos una visión pluralista y abierta de la experiencia jurídica*. Y en contraste con nosotros, los que no lo son tienden a asumir siempre visiones extraordinariamente empobrecidas y recortadas de la experiencia jurídica. Naturalmente, ambas opciones tienen ventajas e inconvenientes, que es necesario valorar. Pero independientemente de ello, y antes, las opciones son las que son, y eso es una cuestión fáctica.

4. ¿Cómo valora la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia del que no lo es?

Paso a la siguiente cuestión. ¿Cómo valora la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?

Un jurista iusnaturalista valora la experiencia jurídica, distinguiendo entre unas experiencias jurídicas como buenas para el ser humano, otras como malas, y otras como indiferentes. A veces se equivoca y valora mal. Pero atención, *valora*, no dejemos pasar desapercibido el dato previo. Porque en este plano de las valoraciones, el jurista iusnaturalista se diferencia netamente del que no lo es, en eso: en que éste último *no valora* las experiencias jurídicas.

Se podrá argüir que eso no es rigurosamente cierto; que todos los juristas, también los que no se consideran iusnaturalistas, valoran los derechos, las conductas, las normas, las doctrinas... Mas yo arguyo contra la veracidad de la réplica, tanto tomada en términos absolutos, como tomada en términos en relativos.

Lo primero, porque hay metodologías jurídicas no iusnaturalistas que no consienten a los operadores jurídicos valorar los casos por su cuenta. Éstos doctrinarios, en efecto, expulsan del reino de la Jurisprudencia la función valorativa como incompatible con la pureza me-

P Iuris 60 bien 280 25/11/05, 5:56 PM

tódica o científica, transfiriéndola a la Moral, la Política, la Economía o la Estética, y a sus respectivos operadores.

Y lo segundo, porque hay metodologías jurídicas no iusnaturalistas que parecen aceptar y practicar la valoración cuando en realidad la reducen a un simulacro. Me refiero a las metodologías que dicen que la única valoración que cabe en la Jurisprudencia es la que establece el legislador, sea cual fuere. Y yo digo que eso no es valorar, porque la valoración auténtica requiere que el bien, el juicio, la doctrina o el código de una persona sean juzgados *por otra persona*, y *desde otro código exterior* a aquéllos.

La tan debatida tesis iusnaturalista de que *una ley injusta no es ley* tiene que ver directamente con lo que acabo de decir, como paso a mostrar. Anótese de entrada que en principio tal proposición comprende algo más que la ley, pues abarca a toda la experiencia jurídica. Así es que ni una ley injusta es ley, ni una sentencia injusta es sentencia, ni una doctrina injusta es doctrina, ni un derecho injusto es derecho. Bien, pues esa tesis, enunciada como se prefiera, lo que quiere decir es eso: que se rechaza el principio que dice que el derecho subjetivo o la sentencia judicial, o la norma particular, o el dictamen doctrinal que concuerdan con cierta ley positiva... ya están valorados y no necesitan de más valoración personal; o sea, ya tienen todo lo que tienen que tener para ser considerados jurídicos de plano.

Bien, un iusnaturalista no acepta eso, y dice que *es esencial a todo derecho, sentencia, ley, dictamen o doctrina el ser valorados de justos o injustos por el individuo o los individuos afectados por ellos, y desde un código externo o ajeno al propio derecho afectado*. En perspectiva iusnaturalista, por tanto, sólo hay derecho pleno, cuando los fragmentos de experiencia jurídica que configuran el caso considerado reciben un juicio individual de valor positivo referente a la justicia, razonado según el patrón de un código externo al caso y sus implicados. Mientras que en la alternativa, habrá caso jurídico, pero no caso real y pleno, sino mutilado o quizá ficticio.

El iusnaturalista sabe que los derechos no se fundamentan a sí mismos, sino que los fundamenta algo fuera de ellos, o anterior a ellos, o superior a ellos. Eso exterior, o anterior, o superior a los derechos es también anterior, exterior o superior a los seres humanos titulares de derechos, decisores de derechos, o normadores de derechos.

Dicho fundamento, mirado desde lejos, recibe diversos nombres en los diversos iusnaturalismos históricos. Los tres más frecuentes

P Iuris 60 bien 281 25/11/05, 5:56 PM

son *Dios*, la *moral*, y la *naturaleza*. De los tres nombres, éste último fue el que tuvo más fortuna histórica, prevaleciendo sin discusión. Por eso hablamos de "iusnaturalismo" y no de "iusmoralismo", o de "iusdivismo" p. e.

El mismo fundamento, mirado desde cerca, o sea, ya en el punto de inserción o sutura entre la cara interior de los derechos y la superficie exterior de sus fundamentos, recibe diversas denominaciones. Pero hay tres nombres clásicos para designar ese enlace, que son los de *derechos naturales* (ahora *derechos humanos*), *justicia* (o *justo natural*) y *ley natural* (o *ley divina*).

Para el iusnaturalista, los derechos que definen lo mío, lo tuyo o lo suyo de cada uno son jurídicos desde que un individuo los reclama y algunos miembros del grupo social se los reconocen, y por tanto, antes de que los inscriba un registro oficial, o los dicte una sentencia, o los sancione una norma positiva. El iusnaturalista sabe que conforme la primera denuncia individual reconocida por el círculo local en que se inserta el individuo va siendo asumida por esas otras instancias, va aumentando su virtud jurídica, y se va robusteciendo, y se va haciendo por así decir un derecho más vigoroso, y más justo. Pero eso no quita para que deba reconocerse que era un derecho justo desde el primer momento, desde que era un recién nacido débil e indefenso. Ya sé que esto le cuesta trabajo reconocerlo a quienes no son iusnaturalistas. También les cuesta trabajo creer que un embrión o un feto de unos días alojado en el útero materno es un ser humano: pero lo es.

El jurista iusnaturalista valora por sí mismo la justicia o injusticia de los derechos, de las sentencias y de las leyes. Y lo hace mirando al ser, a lo que pasa y pasó, a la historia, al curso de los acontecimientos, a los hechos, a la naturaleza de las cosas... a la *naturaleza* en fin. Su gran principio es *ex facto oritur ius*. El racionalismo ilustrado tendió a dejar que la naturaleza física, que es la real existente, fuera campo exclusivo de las ciencias matematizadas, prohibiéndole ocuparse de ella a las humanidades en general, y a la Jurisprudencia en particular. Su gran coartada fue la doctrina de la *falacia naturalista*. Finiquitada la modernidad, nosotros debemos superar ese gran error. El único criterio de bien o mal, de carácter exterior a nosotros mismos, y a nuestros caprichos y pasiones, con que contamos es la *naturaleza expresándose en el devenir de la historia, de los acontecimientos y de las conductas humanas*.

P Iuris 60 bien 282 25/11/05, 5:56 PM

Al hablar de la naturaleza como fuente del valor de bien y mal, y de justo e injusto, debo advertir que pienso en el concepto pleno de la naturaleza que el iusnaturalismo medieval defendía juntando en su imagen de ella la *natura naturans* y la *natura naturata*. La *natura naturans,* o sea, la naturaleza participio activo, causa de un movimiento que comunica su propia virtud: en resumen, una cadena de motores que van degradando su energía, pero que se inician con la energía total, motor primero y padre de las causas, Dios, autor de la naturaleza. Y la *natura naturata,* o sea, la naturaleza participio pasivo, presente en cada bien, cada cosa, cada persona, cada criatura de Dios que recibe de él en su propia estructura óntica los bienes que la constituyen, y las necesidades de otros bienes, y las vías operativas necesarias para satisfacerlas sin romper el orden universal de la propia naturaleza.[11]

Resumo: ¿Cómo valora la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?

El jurista iusnaturalista, en primer lugar, *valora personalmente la experiencia jurídica sin abdicar de ese deber, ni renunciar a ese derecho*. Y eso lo distingue del jurista no iusnaturalista.

En segundo lugar, *la valora desde un código exterior a cada sistema jurídico delimitado en el tiempo, la geografía y el grupo*. Y también eso lo distingue del jurista no iusnaturalista.

[11] No es momento ni ocasión para extenderse en más explicaciones acerca de la naturaleza. Pero la alusión, siquiera breve, era imprescindible, teniendo en cuenta que no pocos iusnaturalistas han debilitado o enfermado esta pieza clave de su método, reduciendo la valoración a ocasiones cada vez más escasas, y su criterio de la naturaleza a objetos cada vez más enanos y fútiles. Les hizo dudar de su valor para el derecho el señuelo cientista y su perversa distinción entre *Naturwissenschaften und Geisteswissenschaften*, trasunto de la vieja tentación diabólica que sonaba *sereis como dioses*, en la nueva que suena *sabreis como dioses*. Pero los descubrimientos de la auténtica ciencia, la que confirma reiteradamente sus inventos y puede aplicarlos con utilidad en las nuevas tecnologías, esos descubrimientos enseñan que el ser humano tiene que comportarse respetando los límites que le marcan las leyes naturales, sean físico naturales, sean jurídico naturales... o sufrir los castigos que las segundas imponen inexorablemente valiéndose de las primeras. Y conviene recordar la rudeza de la ley jurídica natural: es la única que no suprime la pena de lesiones, y ni siquiera la pena de muerte. La gran tragedia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (*sida*) nos lo advera en nuestros días: hay paises africanos en que la expectativa de vida humana se ha reducido de los 57 a los 37 años de vida, a consecuencia de la infracción multitudinaria de la ley natural física y moral sobre relaciones sexuales.

P Iuris 60 bien 283 25/11/05, 5:56 PM

Pero además, en tercer lugar, *el iusnaturalista pleno encuentra ese código externo en la naturaleza, y lo aprende de la tradición jurídica local, regional o nacional de su propio pueblo, empezando por su propio tiempo y remontándose paso a paso por el río de la historia*, al menos hasta las fuentes del llamado derecho romano justinianeo que la consolidó jurídicamente de una forma paladina. Y con eso resalta aún más lo que le distingue del jurista no iusnaturalista.

5. ¿Cómo regula la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?

Y paso a la última cuestión. ¿Cómo regula la experiencia jurídica el jurista iusnaturalista a diferencia de quienes no lo son?

Antes de contestar a esa pregunta debo subrayar la amplitud con que está formulada. Esa amplitud concuerda, desde el punto de vista iusnaturalista, con la exigencia de amplitud antes subrayada al establecer la visión iusnaturalista de la experiencia jurídica. En consecuencia, en la metodología iusnaturalista, el acto normativo excede los límites del acto legislativo o regulativo simple, y se extiende a todos los actos decisorios relativos a la solución de conflictos anteriores, actuales o futuros. Por tanto, lo que digamos del acto de normar, legislar, o reglamentar, vale análogamente para otros actos jurídicos decisorios de enfrentamientos por la posesión de los derechos, como son el acto de sentenciar, el de dictaminar, el de contratar, el de registrar, el de testificar, etc. Pues que todas esas operaciones jurídicas implican el mismo juego de causas y efectos, o una secuencia semejante de procedimientos.[12]

[12] Un caso jurídico es un proceso dinámico que comienza siempre por un conflicto. Las dos o más personas enfrentadas por la pertenencia de un bien o derecho recurren a un tercero para que defina el bien o derecho disputado, y diga a quién le pertenece, bajo el compromiso de acatar su pronunciamiento. El decisor, oídas las partes enfrentadas en sus pretensiones de tener razón, declara su opinión sobre el derecho disputado y el sujeto de su titularidad. Y tal opinión justifica una serie de mandatos o reglas de conducta a ejecutar por los contendientes, que al obedecerlas ponen fin al conflicto. El comunicado en cuestión y la persona que lo emite pueden recibir distintos nombres. Si lo da un juez, será una sentencia. Si lo emite un legislador, será una ley. Si lo crea un grupo social, será una costumbre. Si lo formula un abogado, será un dictamen. Si lo redacta un notario, será una escritura. Si lo construye un académico, será un estudio... Pero en todos los casos hay la misma necesi-

P Iuris 60 bien 284 25/11/05, 5:56 PM

Pues bien, lo que caracteriza al jurista iusnaturalista puesto a decidir, en cualquiera de los roles decisorios, es que al buscar la definición y atribución del derecho debatido, y al arbitrar reglas dirigidas a enderezar el derecho que se torció, o a reponer el derecho que se perdió, *primero interpreta la historia del caso teniendo en cuenta la naturaleza de las cosas, y extrapolando las secuencias de las posibles soluciones*. Y una vez sopesadas ellas, *y seleccionada así la solución que le parece más conveniente o menos mala, o más practicable, entonces busca subsidiariamente el apoyo legal, jurisdiccional y doctrinal que mejor argumente tal solución ya estimada justa y digna de ser mandada*.

En cambio, el jurista no iusnaturalista procede sustancialmente de otro modo, prácticamente inverso. Al analizar el caso trata directamente de valorarlo racionalmente (y sólo así) a la luz de las leyes, los precedentes y la doctrina (nada más); y una vez establecida la decisión considerada lógicamente más pertinente desde esas fórmulas abstractas de deber ser, deduce y manda el nuevo deber ser particular, tanto si su decisión respeta la naturaleza de las cosas, como si ella las deja peor que estaban. El jurista positivista sólo contadas veces siente la necesidad de prevenir resultados malignos. Ello tiene lugar cuando alega una objeción de conciencia legal, cuando la ley autoriza alguna cláusula de conciencia, y raras veces más.

Lo que caracteriza a las posiciones no iusnaturalistas en su método normativo es una consecuencia inexorable de la previa aceptación del principio de que un deber ser sólo se puede funda-

---

dad, el mismo arte y el mismo instrumento para suplirla. *La necesidad es la paz, el arte es la jurisprudencia, y el instrumento la decisión jurídica*. La sociedad es conflictiva por naturaleza, pero necesita de la paz y la cooperación para subsistir y prosperar. La jurisprudencia es el arte principal que se ha inventado hasta aquí para garantizar esa paz. Y la decisión, su instrumento esencial. La necesidad de decisión resolutoria de los conflictos sociales es tan acuciante, que los seres humanos han tenido que aceptar la existencia de alguien a quien se le reconociera el poder decisorio, lo hiciera como lo hiciera. La dura experiencia les mostró que sólo hay una cosa peor que una mala decisión de un conflicto, que es la falta de cualquier decisión... Naturalmente, la experiencia enseñó también que si las decisiones se toman con atención y cuidado, sus efectos beneficiosos y pacificadores son mucho más sólidos. Y a partir de ahí se fueron ensayando y adoptando los diversos métodos de decisión. ¿Qué es lo que caracteriza al método iusnaturalista de decisión?

P Iuris 60 bien 285 25/11/05, 5:56 PM

mentar en otro deber ser anterior; o sea, de la aceptación de la doctrina de la falacia naturalista. Según este enfoque, una decisión sólo se puede apoyar en otra anterior, similar (precedente), o general (ley). Y existiendo ese apoyo la nueva decisión será justa. La experiencia dice que las leyes pueden ser muy injustas: o por error o mala fe de sus autores, o porque el tiempo las haya convertido en obsoletas. Desde Rousseau, sin embargo, la ley es expresión de la voluntad general, y por tanto nunca es injusta. Este enfoque es tan contrario a la naturaleza del proceso mental jurídico, que frente a ese atropello se lleva décadas luchando para que se acepte el principio contrario; aludo al principio que dice que no se debe considerar jurídica ninguna norma, sentencia, dictamen o escritura insuficientemente razonada, justificada o legitimada... más allá de la pura inferencia de legalidad. En eso estamos y tendremos que estar, *rebus sic stantibus*. Pero ¿no sería más prudente reconocer que es la naturaleza, la realidad dinámica, la que enseña la diferencia entre lo justo y lo injusto a todos los juristas, y no sólo al legislador estatal?

Lo que caracteriza el proceso decisor o normador del jurista iusnaturalista es, pues, que razona el acto de voluntad o de imperio que es toda decisión normativa basándose principalmente en los hechos y en las experiencias jurídicas repetidas, y decide del conflicto en función de ellos, y mirando a las consecuencias que tienen para el bien individual en el contexto del bien común del grupo. Y una vez hecho eso, atiende a las leyes, con las que generalmente coincide.

La noción general de la ley enunciada en su día por Tomás de Aquino, el príncipe de los maestros iusnaturalistas de todos los tiempos, ilustra muy bien lo que quiero decir. Dice así en latín, *ordinatio rationis, ad bonum commune*, *et ab eo qui curam communitatis habet promulgata*. Siendo eso la ley, toda norma legal, judicial, doctrinal etc., es decir, toda decisión es *una ordenación de la razón, dirigida al bien común y promulgada por el que tiene el cuidado de una comunidad*. Y de acuerdo con ese principio, *al tomar sus decisiones, sea cual sea la clase técnica a que pertenezcan éstas, el jurista iusnaturalista se caracteriza por llevar a cabo estas cuatro operaciones (sin olvidar ninguna de ellas):*

Primero, *razona cómo le ha sido concedida la competencia resolutoria suficiente por las personas enfrentadas en el conflicto*. Por-

P Iuris 60 bien 286 25/11/05, 5:56 PM

que nadie puede decidir un conflicto si no ha recibido el mandato fiducial de los que forman el grupo de enfrentados actuales o potenciales; es decir, si no le han hecho responsable de ese grupo para ese efecto al menos. Y así cumple la exigencia tomista comprendida en la locución *et ab eo qui curam communitatis habet.*

Segundo, *argumenta con datos fácticos y con inferencias lógicas los porqués de su decisión*; o sea, confiere a su comunicación a los afectados una forma razonable, una ordenación comprensible. Y así obedece la exigencia tomista comprendida en la locución *ordinatio rationis.*

Tercero, entre esas razones no pueden faltar las necesarias para asentar que su decisión, *intenta satisfacer las exigencias enfrentadas de los contendientes, y además promueve o al menos no obstaculiza el bien común de los grupos sociales superiores* en que se insertan todos, contendientes y decisor. Y así respeta la exigencia tomista comprendida en la locución *ad bonum commune.*

Y cuarto, *formaliza un mandato, o sea,* exhibe su voluntad, su poder, su capacidad para promulgar su decisión. Y con ello completa la exigencia tomista comprendida en la locución *promulgata.*

Por tanto, he aquí la forma iusnaturalista típica de regular la experiencia jurídica. *El jurista iusnaturalista regula la experiencia jurídica, o lo que es igual, previene o decide los conflictos jurídicos, argumentando*; o sea, demostrando ser ciertos cuatro argumentos típicos:

a) Que se le encargó que resolviera.
b) Que se apoya en los hechos ocurridos, en los precedentes resolutorios, y en la naturaleza de las cosas.
c) Que sus recomendaciones contentan a los contendientes, no perjudican a terceros, y fomentan el interés general.
d) Y que exige acatamiento a su dictamen y obediencia a sus normas de parte de quien lo comisionó.

Esas condiciones se pueden cubrir en los distintos casos con mayor o menor pulcritud, pero mientras se pretenden cumplir, se está procediendo *more iusnaturalista*.

P Iuris 60 bien 287 25/11/05, 5:56 PM

El jurista no iusnaturalista, al contrario, se caracteriza por negar teóricamente todas o algunas de esas condiciones de la acción resolutoria o normativa, o por negarlas prácticamente, o sea, incumpliéndolas de facto aunque afectando aceptarlas. Y en eso está la diferencia que quería remarcar.

6. Conclusiones

Entonces ¿qué visión, qué valoración y qué normación de la experiencia jurídica es común a los iusnaturalistas de todos los tiempos? Lo explicaré desde la atalaya de la historia, pero con la máxima concisión, para no alargar en exceso este discurso.

Los jurisprudentes indoeuropeos (o sea, prácticamente, los únicos que hay en la historia, hasta nuestros días) han sido iusnaturalistas en una proporción aplastante desde los orígenes iranios en el siglo XVIII a. C. hasta el siglo XVIII d. C. Desde 1800 hasta aquí, también, pero en minoría. Después, la batalla librada en los siglos XIX y XX entre iusnaturalistas y antiiusnaturalistas, englobados como positivistas, ha sido homérica. Pero no novedosa: también hubo antes luchas fratricidas entre iusnaturalistas. Por ejemplo, durante el siglo XVII, en Europa, entre católicos, luteranos, calvinistas, arminianos, socinianos, anglicanos etc. Esas luchas y su desenlace que convirtió en minoritaria a la posición antes siempre predominante nos ha hecho muy desconfiados y polemistas a los iusnaturalistas del siglo XX. En el siglo XXI deberíamos superar ese complejo. Pero ¿cómo?

Desde hace un par de décadas parece abrirse paso una voluntad de armisticio que busca cerrar el enfrentamiento a través del *diálogo*. No creo mucho en esa salida, pues las propuestas de diálogo y las sonrisas de comprensión al adversario ocultan en no pocas ocasiones reales deseos de dominación de la otra parte.[13] Por tanto estimo el diálogo, sea o no polémico, como un camino bastante inútil para defender al iusnaturalismo en nuestro tiempo.

[13] Desconfío, es verdad, de los talantes dialogantes, porque sé que el diálogo es argumentación, y la argumentación lucha racionalizada, pero lucha que persigue la derrota y la humillación del contrario. Prefiero por eso, a la controversia filosófica, el litigio jurídico, donde ningún contendiente necesita esconder sus legítimos deseos de triunfar. Pero la *polémica* simple apenas lleva ya a ningún resultado útil.

P Iuris 60 bien 288 25/11/05, 5:56 PM

Un camino también infructífero a mi parecer es el de buscar *una tercera vía*, mitad positivista mitad naturalista. Ésa vía, o está ya inventada, y es la del iusnaturalismo clásico, el que luego sufrió recorte tras recorte en su amplitud, hasta quedar destrozado. O es algo nuevo y que a la postre resulta ser un híbrido, una semilla que no germina, una mula estéril.

Yo creo que ha llegado el momento de aceptar el pluralismo, de tolerar que cada cual siga su camino, y de seguir nosotros el nuestro. Y sea lo que Dios quiera. Creo que es la hora de ser iusnaturalistas sin agraviar a nadie y sin polemizar con nadie. Hemos perdido demasiado tiempo en polemizar e intentar terceras vías sintéticas.

Cultivemos nuestro método. Se trata de un método ecléctico, abierto, flexible, capaz de integrar cualquier nueva técnica o hallazgo que sea eficiente. Tres son las notas características de tal método, como hemos visto y ahora remacho. Y con esa enumeración respondo a la triple pregunta enunciada al comienzo.

Primera. Los juristas iusnaturalistas tenemos una visión pluralista y abierta de la experiencia jurídica que comprende las reclamaciones, las costumbres, las sentencias, las doctrinas, las declaraciones, las leyes, y los tratados. Y en contraste con nosotros, los que no lo son tienden a asumir siempre visiones de la experiencia jurídica extraordinariamente empobrecidas y recortadas a sólo alguno de esos tramos.

Segunda. Los juristas iusnaturalistas valoramos personalmente la experiencia jurídica sin abdicar de ese deber, ni renunciar a ese derecho. Y eso nos distingue de los juristas no iusnaturalistas. Además, la valoramos desde un código exterior a cada sistema jurídico delimitado en el tiempo, la geografía y el grupo. Y también eso nos distingue de los juristas no iusnaturalistas. Y todavía más, los iusnaturalistas plenos encontramos ese código externo en la naturaleza, y lo interpretamos a través de la tradición jurídica local, regional o nacional de nuestro propio pueblo, empezando por nuestro propio tiempo y remontándonos paso a paso por el río de la historia, al menos hasta las fuentes del llamado derecho romano justinianeo que la consolidó jurídicamente de una forma paladina. Y con eso resalta aún más lo que nos distingue de los juristas no iusnaturalistas.

P Iuris 60 bien 289 25/11/05, 5:56 PM

Tercera. En cuanto a la decisión o normación, los juristas iusnaturalistas regulamos la experiencia jurídica, o lo que es igual, prevenimos o decidimos los conflictos jurídicos, argumentando; o sea, demostrando ser ciertos cuatro argumentos típicos: a) que se nos encargó que resolviéramos; b) que nos apoyamos para resolver en los hechos ocurridos, en los precedentes resolutorios, y en la naturaleza de las cosas; c) que nuestras resoluciones contentan a los contendientes, no perjudican a terceros, y fomentan el interés general; y d) que exigimos acatamiento a nuestro dictamen y obediencia a sus normas de parte de quien nos comisionó como decisores. El jurista que intenta cumplir esas condiciones al resolver, aunque lo haga de forma imperfecta, procede *more iusnaturalista*. Y el jurista que niega teóricamente todas o algunas de esas condiciones de la acción resolutoria o normativa, o que sin negarlas las incumple *de facto* afectando aceptarlas, no es iusnaturalista. Les separa esa diferencia.

Los iusnaturalistas tenemos un método magnífico. Dejémonos de teorizarlo y debatirlo. Utilicémoslo sin más dilaciones.

El ensayo que cierro con estas palabras ha querido ser un homenaje a todos los juristas iusnaturalistas que ejercen su oficio honestamente, y que mantienen sus pautas y convicciones iusnaturalistas, a veces en circunstancias difíciles. Y quiere ser también una llamada de ánimo a los decaídos, y una convocatoria para las nuevas generaciones. Bien entendido que la mejor manera de luchar por el iusnaturalismo es ejercerlo en el trabajo jurídico cotidiano, disculpando a sus ofensores.

P Iuris 60 bien 290 25/11/05, 5:56 PM

JUAN PABLO II "EL GRANDE"

Cuando el 16 de octubre de 1978 el Cardenal protodiacono anunció: "*Habemus Papam, Cardenal Karol Wojtyla",* la mayoría de los habitantes del planeta –con excepción de los polacos seguramente– nos preguntamos quien sería ese misterioso cardenal venido del este, de la siempre católica Polonia. Nadie seguramente pensó en ese momento la dimensión que alcanzaría un papado que abarcaría la última parte del segundo milenio y el comienzo del tercero, y que sin dudas, ha marcado un hito trascendente en la historia de la Iglesia y del mundo.

Este hombre amante de Dios y del hombre por amor a Dios, entregado en cuerpo y alma a su misión apostólica, bajo la protección de la Santísima Virgen María a quien se consagró y le consagró su pontificado bajo el lema "*Totus Tuus"* , nació en Wadowice, una pequeña ciudad a 50 kilómetros de Cracovia, el 18 de mayo de 1920. En 1942, ingresó al seminario clandestino de Cracovia, dirigido por el Arzobispo de Cracovia, Cardenal Adam Stefan Sapieha. Después de la Segunda Guerra Mundial, continuó sus estudios en el seminario mayor de Cracovia, nuevamente abierto, y en la Facultad de Teología de la Universidad Jagellónica, hasta su ordenación sacerdotal en Cracovia el 1 de noviembre de 1946. Seguidamente, fue enviado por el Cardenal Sapieha a Roma, donde, bajo la dirección del dominico francés Garrigou-Lagrange, se doctoró en 1948 en teología, con una tesis sobre "*la fe según San Juan de la Cruz*". En 1953 presentó en la Universidad Católica de Lublin una tesis titulada «*Valoración de la posibilidad de fundar una ética católica sobre la base del sistema ético de Max Scheler*». Después pasó a ser profesor de Teología Moral y Etica Social en el seminario mayor de Cracovia y en la facultad de Teología de Lublin.. El 13 de enero de 1964 fue nombrado Arzobispo

P Iuris 60 bien 291 25/11/05, 5:56 PM

de Cracovia por Pablo VI, quien le hizo cardenal el 26 de junio de 1967. Participó en el Concilio Vaticano II , con una contribución importante en la elaboración de la constitución *Gaudium et spes*. También se destaca entre sus numerosos libros, la obra "*Persona y Acción"* que en su edición original data de 1977 (un año antes de ser elegido Papa), y donde desarrolla su concepción sobre la persona, su conciencia y su obra.

Conoció y padeció el totalitarismo del nacionalsocialismo primero y del comunismo después, perseverando en la fe en tiempos de persecución y profesándola desde la clandestinidad. Paradójicamente, fue quizás, el principal artífice de la caída del gigante soviético y del simbólico muro de Berlín. Todavía hoy se recuerda con intensidad su primer viaje a Polonia recién elegido Papa, con un recibimiento apoteótico que constituyó el principio del fin para el régimen y el comienzo de la liberación definitiva de Polonia. También ha sufrido un atentado contra su vida, que salvó de milagro por intercesión de su protectora la Santísima Virgen, y en demostración de su gran caridad y amor cristiano fue a visitar a su agresor arrepentido a quien perdonó sin condicionamientos, como se perdona de verdad, desde el corazón.

Realizó 104 *viajes pastorales* fuera de Italia, y 146 por el interior de ese país. Además, como Obispo de Roma ha visitado 317 de las 333 parroquias romanas. Entre sus documentos principales se incluyen 14 *Encíclicas,* 15 *Exhortaciones apostólicas*, 11 *Constituciones apostólicas* y 45 *Cartas apostólica*s. Estos documentos abarcan prácticamente todos los temas, tanto teológicos, filosóficos, de doctrina social, etc. Sin perjuicio, de la importancia de todos y cada uno de los documentos, es pertinente señalar algunos especialmente que marcan fuertemente el carácter de su pontificado, desde la primera encíclica *Redemptor Hominis* (1979) hasta la última *Ecclesia de Eucaristía* (2003), pasando por *Veritatis splendor* (1993); *Evengelium vitae* (1995) y *Fides et Ratio* (1998).

El Papa también ha publicado cinco libros: «*Cruzando el umbral de la esperanza*» (octubre de 1994); «*Don y misterio: en el quincuagésimo aniversario de mi ordenación sacerdotal*» (noviembre de 1996); «*Tríptico romano - Meditaciones*», libro de poesías (marzo de 2003); "¡*Levantaos! ¡Vamos*!" (mayo de 2004) y "*Memoria y identidad*" (2005).

Fue el Papa de todos. No solo ha recibido y fue recibido por los más altos dignatarios del mundo, sino por millones de personas en los

P Iuris 60 bien 292 25/11/05, 5:56 PM

cinco continentes, que lo aclamaron a lo largo de su extenso pontificado. Si faltaba algo para ratificar lo dicho, basta recordar su impresionante funeral, sin duda el más grande e impactante de toda la historia, donde el mundo entero le rindió un merecido tributo y le expreso el más profundo y sentido agradecimiento.

Finalmente, luego de su última enseñanza, que fue la cruz de su larga y penosa enfermedad, que llevó con dignidad y esperanza cristiana, ha retornado a la casa del Padre. Él que ha sido sin duda EL HOMBRE de la última parte del siglo pasado y que quedará para siempre en la historia de la Iglesia y del mundo. Parafraseando su último libro, podemos decir que sin duda Juan Pablo II ¡El Grande! quedará por siempre grabado en nuestra *memoria* e *identidad*.

P Iuris 60 bien 293 25/11/05, 5:56 PM

BENEDICTO XVI

Pontífice es una palabra que viene de "puente". El pontífice es el puente a través del cual el hombre puede llegar a lo divino. El Papa es pontífice por ser vicario de Cristo en la tierra, al ser instituido por el propio Cristo: "*tu eres Pedro y sobre esta piedra edificaré mi Iglesia*". Estas palabras: "*tu eres Pedro*" están destinadas a Simón Pedro y a sus sucesores en el ministerio petrino. Hoy su destinatario es el Cardenal Joseph Ratzinger, S.S. Benedicto XVI: "*TU ERES PEDR0 Y SOBRE ESTA PIEDRA EDIFICARÉ MI IGLESIA*". El Papa, obispo de Roma y sucesor de San Pedro, "es el principio y fundamento perpetuo y visible de unidad, tanto de los obispos como de la muchedumbre de los fieles". (*Lumen Gentium,* 23)

Quien es este Cardenal Alemán hoy sentado en la cátedra de Pedro, el puente que nos lleva a Cristo Nuestro Señor. Nació en Marktl am Inn, diócesis de Passau (Alemania), el 16 de abril de 1927 (Sábado Santo), y fue bautizado ese mismo día. De 1946 a 1951 estudió filosofía y teología en la Escuela superior de filosofía y teología de Freising y en la universidad de Munich, en Baviera. Se ordenó sacerdote el 29 de junio de 1951.En 1952 inició su actividad como profesor en Freising. En el año 1953 se doctoró en teología con la tesis: "*Pueblo y casa de Dios en la doctrina de la Iglesia en San Agustín*". Cuatro años más tarde, bajo la dirección del conocido profesor de teología fundamental Gottlieb Söhngen, obtuvo la habilitación para la enseñanza con una disertación sobre: "*La teología de la historia de san Buenaventura*". También desarrolló su actividad docente en Bona, de 1959 a 1963; en Muñiste, de 1963 a 1966; y en Tubinga, de 1966 a 1969. En este último año pasó a ser catedrático de dogmática e historia del dogma en la Universidad de Ratisbona, donde ocupó también el cargo de vicerrector de la Universidad. Entre 1962 y 1965 partici-

P Iuris 60 bien 295 25/11/05, 5:56 PM

pó activamente con importantes aportes al Concilio Vaticano II, donde asistió como "experto", en su carácter de teólogo consultor del cardenal Joseph Frings, arzobispo de Colonia.

El 25 de marzo de 1977, el Papa Pablo VI lo nombró arzobispo de Munich y Freising y el 28 de mayo recibió la Ordenación episcopal. Eligió como lema episcopal: "*Colaborador de la verdad*" y él mismo lo explicó: "*Por un lado, me parecía que expresaba la relación entre mi tarea previa como profesor y mi nueva misión. Aunque de diferentes modos, lo que estaba y seguía estando en juego era seguir la verdad, estar a su servicio. Y, por otro, escogí este lema porque en el mundo de hoy el tema de la verdad es acallado casi totalmente; pues se presenta como algo demasiado grande para el hombre y, sin embargo, si falta la verdad todo se desmorona*". Pablo VI lo creó cardenal, con el título presbiteral de "*Nuestra Señora de la Consolación en el Tiburtino*", en el consistorio del 27 de junio del mismo año. Participó de los conclaves que eligieron a Juan Pablo I y Juan Pablo II y fue decano de los Cardenales en el último conclave que lo eligió a él.

Su actuación en la Curia Romana fue vasta y trascendente. Entre sus numerosos cargos podemos citar que fue miembro del Consejo de la Secretaria de Estado para las Relaciones con los Estados; de las Congregaciones para las Iglesias Orientales, para el Culto Divino y la Disciplina de los Sacramentos, para los Obispos, para la Evangelización de los Pueblos, para la Educación Católica, para el Clero y para las Causas de los Santos; de los Consejos Pontificios para la Promoción de la Unidad de los Cristianos y para la Cultura; del Tribunal Supremo de la Signatura Apostólica; y de las Comisiones pontificias para América Latina, "Ecclesia Dei", para la Interpretación Auténtica del Código de Derecho Canónico y para la Revisión del Código de Derecho Canónico Oriental. Desde el 13 de noviembre de 2000 fue Académico honorario de la Academia Pontificia de las Ciencias.

En noviembre de 1981, Juan Pablo II, lo nombró Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe en donde tuvo su actuación más conocida. Como Prefecto de la Congregación fue también presidente de la Comisión Teológica Internacional y la Pontificia Comisión Bíblica. Bajo su prefectura la congregación elaboró documentos doctrinales claves del magisterio de la Iglesia: la Instrucción "*Donum Vitae*"sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación; la Instrucción "*Libertatis Nuntius*" sobre algunos aspectos de la teología de la liberación; la Instrucción "*Libertatis*

P Iuris 60 bien 296 25/11/05, 5:56 PM

Conscientia" sobre libertad cristiana y liberación, y finalmente la Declaración "*Dominus Iesus*" sobre la unicidad y la universalidad salvífica de Jesucristo y de la Iglesia, entre importantes documentos.

"Colaborador de la verdad". A su defensa y proclamación dedicó toda su vida y también su pontificado. "*Yo soy la verdad, el camino y la vida"*. Solo *"la Verdad os hará libres*". "*El que es de la verdad escucha mi voz*" dice el Señor. Por su colaboración, a través de su puente escucharemos la voz del Señor, la Verdad, el Camino y la Vida que nos lleva a la autentica libertad.

P Iuris 60 bien 297 25/11/05, 5:56 PM

RECENSIONES

Pontificio Consejo Justicia y Paz,
***Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*,**
Buenos Aires, Conferencia Episcopal Argentina,
Oficina del Libro, 2005, 570 pp.

La Doctrina Social de la Iglesia constituye un rico patrimonio surgido del encuentro del mensaje evangélico y de sus exigencias éticas con los problemas que surgen en la vida de la sociedad.[1] En cuanto parte constitutiva de la concepción cristiana de la vida,[2] todo bautizado está llamado a conocerla, hacerla vida en sus relaciones cotidianas y transmitirla. La nueva evangelización de la que el mundo actual tiene una urgente necesidad "debe incluir entre sus elementos esenciales el anuncio de la doctrina social de la Iglesia, que, como en tiempos de León XIII, sigue siendo idónea para indicar el recto camino a la hora de dar respuesta a los desafíos de la edad contemporánea."[3]

Juan Pablo II en 1999 señaló que la Doctrina Social de la Iglesia era la respuesta a los graves problemas de orden social que existen en América y animó a asimilar este tesoro e iluminados por él, leer la realidad y buscar vías de acción. Para ello afirmó: "sería muy útil un compendio o síntesis autorizada de la doctrina social católica, incluso un 'catecismo', que muestre la relación existente entre ella y la nueva evangelización".[4] Ese mismo año encargó al Consejo Pontificio Justicia y Paz su realización.

[1] Cfr. Congr. para la Doctrina de la Fe, *Instrucción Libertatis conscientia* (22-III-1986), n°72.

[2] Cfr. Juan XXIII, Enc. *Mater et Magistra* (15-V-63).

[3] Juan Pablo II, Enc. *Centesimus Annus* (1-V-91) n° 6.

[4] Juan Pablo II, Exh. Ap. *Eclessia in America*, (22-I-1999) n° 54.

P Iuris 60 bien 301 25/11/05, 5:56 PM

Hasta ese momento, el Consejo, fundado por pedido del Concilio Vaticano II[5] para ofrecer a todo el Pueblo de Dios un conocimiento más profundo del propio rol en la promoción del desarrollo de la familia humana, buscando la justicia social entre los pueblos y naciones,[6] había llevado a cabo una importante difusión de la enseñanza social de la Iglesia.

El Compendio de la doctrina social de la Iglesia es el resultado de una intensa labor que se inició cuando el este organismo de la Iglesia era presidido por el cardenal Francois- Xavier Nguyên Van Thuân. La enfermedad y posterior muerte de este prelado y el cambio de presidencia, retrasaron la terminación de la obra que felizmente tenemos en nuestras manos.

En los trabajos preparatorios participaron los miembros y consultores del Consejo, y hubo una amplia consulta a Dicasterios de la Curia Romana, Conferencias Episcopales, Obispos y expertos en las cuestiones tratadas.

Los problemas más complejos afrontados por quienes elaboraron el *Compendio* fueron principalmente el hecho de tener que hacer un texto sin precedentes en la historia de la Iglesia, la formulación de algunas cuestiones epistemológicas inherentes a la naturaleza de la doctrina social de la Iglesia y la intención de ofrecer una enseñanza perenne en un momento histórico caracterizado por los cambios vertiginosos y radicales en los terrenos sociales, económicos y políticos.

Durante la realización de los trabajos se planteó constantemente el tema de la situación de la doctrina social de la Iglesia en el mundo de hoy. Se resolvió evitar hacer un simple análisis sociológico o una enumeración de prioridades sociales o problemas emergentes. Por el contrario, se creyó conveniente elaborar un texto serio y riguroso que sirviera de instrumento para realizar el discernimiento cristiano, que se funda en la lectura de los signos de los tiempos, realizada a la luz de la palabra de Dios y del "corpus" de verdades que el Magisterio ha constituido como doctrina social de la Iglesia, a fin de orientar la praxis comunitaria y personal. [7]

[5] Cfr. Concilio Vaticano II, Const. Past. *Gaudium et Spes*, (7-XII-65) n° 90.

[6] Cfr. Paulo VI, Motu Propio *Chatolicam Christi Eclessiam*, (6-I-1967).

[7] Cfr. Conferencia de Prensa del Cardenal Renato R. Martino en la presentación del *Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia*, Roma, 25 de octubre de 2004.

P Iuris 60 bien 302 25/11/05, 5:56 PM

La finalidad específica de la obra, como su mismo título expresa, es presentar de manera completa y sistemática, aunque sintética, la enseñanza social, que es fruto de la sabia reflexión magisterial y expresión del constante compromiso de la Iglesia, fiel a la Gracia de la salvación de Cristo y la amorosa solicitud por la suerte de la humanidad.[8] A su vez, en la Introducción se mencionan varios objetivos que se articulan con la finalidad expresada. En este sentido, el *Compendio* "se presenta como instrumento para el discernimiento moral y pastoral de los complejos acontecimientos que caracterizan a nuestro tiempo; como guía para inspirar, en el ámbito individual y colectivo, comportamientos y opciones que permitan mirar al futuro con confianza y esperanza; como subsidio para los fieles en la enseñanza de la moral social".[9]

Con este documento, se busca ayudar a afrontar y resolver diversos desafíos que se presentan en la actualidad. Uno de ellos es la verdad misma del ser-hombre. En efecto, "El límite y la relación entre la naturaleza, técnica y moral son cuestiones que interpelan fuertemente la responsabilidad personal y colectiva en relación a lo que el hombre es, a lo que puede hacer y a lo que debe ser". Otro desafío es "el que presenta la comprensión y la gestión del pluralismo y de las diferencias en todos los ámbitos: de pensamiento, de opción moral, de cultura, de adhesión religiosa, de filosofía del desarrollo humano y social." Un tercer desafío es "la globalización, que tiene un significado más amplio y más profundo que el simplemente económico."[10]

También se espera que el *Compendio* inspire y suscite un compromiso renovado por parte de todos los miembros de la Iglesia, en vistas de la evangelización de lo social.[11] Por último, el texto se propone como ocasión de diálogo con todos aquellos que desean sinceramente el bien del hombre[12] , a quienes también se dirige: los hermanos de las demás Iglesias y comunidades eclesiales, los seguidores de las otras religiones y los hombres y mujeres de buena voluntad que se interesan por el bien común.[13] En definitiva, el *Compendio* constitu-

[8] Cfr. *Compendio*, n° 8.
[9] Cfr. *Compendio*, n° 12.
[10] Cfr. *Compendio*, n° 16.
[11] *Compendio*, n° 10.
[12] Cfr. *Compendio*, n° 10.
[13] Cfr. *Compendio*, n° 12.

P Iuris 60 bien 303 25/11/05, 5:56 PM

ye un acto de servicio de la Iglesia a todos los hombres, a quienes ofrece el patrimonio de su doctrina social. En él se coloca al hombre entero (con su cuerpo y su alma, con su corazón y su conciencia, con su inteligencia y su voluntad) como eje de toda la exposición. Y la Iglesia lo hace con el único deseo de continuar, bajo la guía del Espíritu, la obra misma de Cristo, quien vino al mundo para dar testimonio de la verdad y para traer la salvación.[14]

La estructura del libro está constituida por una introducción, tres partes, una conclusión y tres índices.

La primera parte consta de cuatro capítulos y aborda las verdades fundamentales que sirven de base a la Doctrina Social: el designio de amor de Dios para la humanidad, la misión de la Iglesia y la naturaleza de la doctrina social, la persona humana y sus derechos, y los principios y valores de la doctrina social.

La segunda parte se compone de siete capítulos y trata de los contenidos tradicionales de la Doctrina Social: la familia como célula vital de la sociedad, el trabajo humano, la vida económica, la comunidad política, la comunidad internacional, la salvaguarda del medio ambiente y la promoción de la paz.

La tercera parte consta de un capítulo en el que se dan orientaciones para el empleo y transmisión de la doctrina social en la acción pastoral de la Iglesia y en la vida de los fieles, especialmente de los laicos.

La conclusión desarrolla el itinerario a seguir para caminar hacia una civilización del amor, que es el resultado de la aplicación de las enseñanzas evangélicas en el plano personal y social.

El texto se completa con un índice de referencias bíblicas, del Magisterio de la Iglesia, de obras patrísticas y de doctores de la Iglesia y de normas del derecho internacional; con otro índice analítico que permite la búsqueda por palabras; y con un índice general.

Para finalizar, parece oportuno remarcar que el *Compendio*, si bien tiene como primera destinataria a la comunidad eclesial, en todos sus miembros, porque todos en cuanto forman parte de la sociedad deben reconocer y cumplir los deberes de justicia y caridad en la vida social, de manera singular, atañe a los fieles laicos. En efecto, en

[14] Cfr. *Compendio*, n° 13.

P Iuris 60 bien 304 25/11/05, 5:56 PM

cuanto la doctrina social implica responsabilidades en la construcción, la organización y el funcionamiento de la sociedad (obligaciones políticas, económicas, administrativas) los laicos, por su peculiar vocación de buscar la santidad en medio de esas realidades, están llamados a asumir sus responsabilidades poniendo en práctica la enseñanza social a fin de cumplir así, la misión secular de la Iglesia.[15]

BIBIANA NIETO

[15] Cfr. *Compendio*, n° 83.

P Iuris 60 bien 305 25/11/05, 5:56 PM

Joseph Ratzinger, *Fe, verdad y tolerancia. El Cristianismo y las religiones del mundo,* Salamanca, Sígueme, 2005, 237 pp. (traducción del original alemán, *Glaube, Wahrheit, Toleranz. Das Christentum und die Weltreligionen,* Freiburg, 2003).

El conjunto de siete escritos que componen esta obra, provenientes de la pluma del Cardenal Joseph Ratzinger -compuestos entre 1993 y 1999, publicados en varios idiomas en diversas revistas especializadas y compilados en Friburgo en el 2003- han sido traducidos al español recientemente en Salamanca. Una primera lectura por estos manuscritos, nos permite vislumbrar las profundas cuestiones que han suscitado la reflexión del Prefecto de la *Congregación para la Doctrina de la Fe*, actual Papa *Benedicto XVI*, en torno a la fe del cristianismo, a la certeza de la verdad y a la objetividad del bien, cuestiones en las que se hallan íntimamente entrelazadas conocimientos que provienen tanto de la teología como también de la filosofía –especialmente la metafísica-, la historia, la moral y el derecho.

En la Homilía pronunciada por el Cardenal en la misa al inicio del cónclave para la elección del Papa, el lunes 18 de abril de 2005, expresó: "Cuántos vientos de doctrina hemos conocido en estas últimas décadas, cuántas corrientes ideológicas, cuantas modas del pensamiento. La pequeña barca del pensamiento de muchos cristianos con frecuencia ha quedado agitada por las olas, zarandeada de un extremo al otro: del marxismo al liberalismo, hasta el libertinismo; del colectivismo al individualismo radical; del ateísmo a un vago misticismo religioso; del agnosticismo al sincretismo, etc. Cada día nacen nuevas sectas y se realiza lo que dice San Pablo sobre el engaño de los hombres, sobre la astucia que tiende a inducir en el error (Cf. Efesios 4, 14). Tener una fe clara, según el Credo de la Iglesia, es eti-

P Iuris 60 bien 307 25/11/05, 5:56 PM

quetado con frecuencia como fundamentalismo. Mientras que el relativismo, es decir, el dejarse llevar «zarandear por cualquier viento de doctrina», parece ser la única actitud que está de moda. Se va constituyendo una dictadura del relativismo que no reconoce nada como definitivo y que sólo deja como última medida el propio yo y sus ganas". Palabras que sintetizan las principales problemáticas de la contemporaneidad occidental y que justamente se encuentran, amplia y minuciosamente desarrolladas, en la presente colección.

Para una mejor comprensión de la obra y ateniéndonos al título, podemos distinguir tres cuestiones que atraviesan medularmente el pensamiento de nuestro Pontífice: la *fe* del cristianismo relacionada con la cuestión de la absolutidad de la Revelación y por tanto de su universalidad; la cuestión acerca de la *verdad* objetiva negada por el credo relativista de las filosofías anti-metafísicas y las utopías marxistas; y el análisis de la idea de *tolerancia* -como idea impuesta casi por la fuerza- que refuta toda idea de bien conformando a su vez un nuevo concepto de "libertad anárquica", cuestión relacionada con la consideración del consenso (voluntad de la mayoría) o la razón "autónoma" -desvinculada de Dios y , por ende, de la verdad de las cosas- como las únicas fuentes de lo jurídico.

De esta manera, vemos que en un orden descendente y relacionados entre sí, se aborda lo que sustenta propiamente a la Fe y Revelación, lo que atañe a la razón y a la filosofía en la cuestión sobre la verdad, y –por último- la moralidad y noción de bien que se deriva de las posturas antecedentes puesto que "*la ética filosófica no puede renunciar a la idea de Dios y no puede renunciar a una idea de la verdad del ser que tenga carácter ético*" (p. 222).

Si la fe cristiana ve en Cristo la única salvación real y, por tanto, la salvación definitiva del hombre, su universalidad surge de "*la certeza de haber recibido el conocimiento salvador y el amor redentor*" (p. 51), verdad objetiva y exterior al hombre, que permite comprender la situación del cristianismo frente a las demás religiones. Distingue al respecto tres posturas. La primera, en relación con la fe de Israel, afirma su carácter provisional y precursora del cristianismo, pero también considera que la superación del mito existente en el politeísmo griego a través de la filosofía, donde la experiencia racional de la realidad –comenzando por los presocráticos y adquiriendo su forma más rotunda en Sócrates y en el diálogo platónico *Eutifrón*- les hizo vislumbrar la incoherencia de la creencia en varios dioses, pudiendo otor-

P Iuris 60 bien 308 25/11/05, 5:56 PM

gar un carácter "'adventual" a ese paganismo pre-cristiano, hecho que legitima la relación ineludible entre la fe y la filosofía. Coloca como ejemplo los textos patrísticos que hablan de las 'semillas de la palabra" que se relacionan precisamente, no con las religiones, sino con una "piadosa ilustración" que purificó las creencias paganas por la razón, impidiendo toda contraposición entre fe y razón (p. 75 y p. 160).

La segunda postura es frente a la religión de los gentiles que, de acuerdo a la historia espiritual de los profetas, es concebirlas como lo insuficiente, lo contrario a Cristo, lo opuesto a la verdad, en el sentido de salvación ficticia para el hombre. Nuevamente vuelve a citar a los Padres de la Iglesia donde puede leerse la real actitud de los cristianos frente a las religiones paganas –pone como ejemplo la respuesta de San Agustín a la idea de dios del estoico romano Marco Varrón, estudiado en su tesis doctoral (p. 33).

En tercer lugar, señala que el misticismo religioso característico de las religiones asiáticas consiste en una actitud que no tolera por encima de sí ninguna entidad supraordenada considerando como única realidad una experiencia interior de lo divino, desembocando en una idea de divinidad impersonal que niega a su vez la individualidad de la persona humana (el místico se sumerge en el océano de lo Todo-Uno, descripto a veces como la "Nada" –en la teología negativa y en la llamada "Nueva Era"), desembocando en una especie de antigua gnosis (p. 113) o en un irracionalismo o sentimentalismo que imposibilita toda comunicación entre el ámbito subjetivo y el objetivo, desintegrándose lo religioso en lo particularista, donde se busca lo supersiticioso o lo mágico (p. 127).

Ahora bien, precisamente de la negación del cristianismo como fe verdadera y receptora de la salvación querida por Dios para los hombres, se sigue el gran problema contemporáneo respecto de la verdad, problema que se ha situado en el denominado "relativismo", el cual al poner en duda la pretensión de ser la verdad del cristianismo , "*ha cuestionado la capacidad del ser humano para conocer la genuina verdad acerca de Dios*" (p. 143). Esta crisis gnoseológica ha tenido numerosas vertientes que han llegado principalmente a tres ámbitos que se encuentran en crisis en el presente: la confusión generada en la llamada "oración multirreligiosa" , entendiéndose como la equiparación de todas las religiones y sustentándose en la negación de la divinidad de Jesucristo; la filosofía post-metafísica que en sus dos especies, la marxista y la kantiana, ha sustituido la religión (or-

P Iuris 60 bien 309 25/11/05, 5:56 PM

todoxia) por la política (ortopraxis); y la imposibilidad de sustentar una idea de bien objetiva, traducida en una democratización de todas las instituciones, fundamentando lo bueno en el consenso y en una idea de libertad que se opone a todo orden jurídico y moral, sintetizadas en la idea de "tolerancia". Merece que brevemente nos detengamos en cada uno de estos ámbitos para comprender las vías de solución que propone J. Ratzinger.

En cuanto a los fundamentos teológicos de la oración interreligiosa se pregunta si es posible realizar esto con toda verdad y honradez, esbozando tres criterios de discernimiento: orar juntos sólo es posible cuando existe unanimidad acerca de quién o qué es Dios, el contenido de la oración no puede tener una dirección distinta a las peticiones del Padrenuestro y debe evitarse la interpretación que considera a las religiones como intercambiables, sustituibles unas por otras.

Respecto a la filosofía que niega toda metafísica ha señalado principalmente dos consecuencias. En primer lugar a la filosofía kantiana que al querer hacernos creer que nunca podemos ver la realidad en sí misma, sino únicamente su manifestación en nuestra manera de percepción, niega que lo Absoluto pueda darse en la historia por lo que la divinidad de Jesucristo es rechazada como recaída en el mito. Con ello, la Iglesia, el dogma y los sacramentos, pierden igualmente su carácter absoluto, postura que es atacada como de fundamentalismo surgiendo un nuevo concepto de diálogo, que pone a la propia posición al mismo nivel que las convicciones de los demás, concepto que considera la quintaesencia del credo relativista y como antitético a los conceptos de "conversión" y de misión.

En segundo lugar, la primacía de la praxis (ortopraxis) sobre el conocimiento (ortodoxia) es consecuencia de la negación de la metafísica: donde el conocimiento resulta imposible (donde no tiene importancia el misterio), entonces lo único que queda es la acción (la política ha de convertirse en religión). Además la utopía marxista que erigió a la política como redención –encarnada en la teología de la liberación-, sigue estando presente bajo nueva formas, y el fracaso de los regímenes de inspiración marxista, como fracaso del sistema único para la solución de los problemas, fomentó aún más el nihilismo.

En el último de los escritos titulado *"La verdad, la tolerancia, la libertad"* (1995) se pregunta si la tolerancia y la fe son opuestas mostrando que lo verdadero y lo bueno no pueden separarse, que si no

P Iuris 60 bien 310 25/11/05, 5:56 PM

podemos conocer la verdad acerca de Dios, entonces permanece también inaccesible la verdad acerca de lo que es bueno y de lo que es malo, completando esta problemática con la concepción moderna de la libertad concluyendo luego de un recorrido por la historia que "la libertad anárquica, entendida en sentido radical, no redime, sino que convierte al hombre en una criatura malograda, en el ser sin sentido" (p. 211). También señala que la civilización tecnológica no es neutral –aunque aparente serlo- desde el punto de vista religioso y moral, ya que ha transformado las normas y las pautas de comportamiento, modificando radicalmente la interpretación del mundo (p. 69).

De este modo, concluye con la puesta en duda de tres nociones sustentadas como ciertas actualmente: la comprensión de una libertad que considera únicamente como liberación la disolución cada vez mayor de las normas y la constante ampliación de las libertades individuales; el mito del "mundo futuro liberado" sustentado por la idea de un estado absolutamente ideal y de los conceptos de " cambio" y "revolución", el sueño ilusorio de la absoluta autonomía de la razón y de que ésta se baste a sí misma, y a su vez, las religiones patológicas como la enfermedad más peligrosa de la mente humana, ya que "los sistemas ateos de la Edad Moderna son los ejemplos más aterradores de una pasión religiosa alienada en cuanto a su esencia íntima... Donde se niega a Dios, no se edifica la libertad, sino que se la priva de su fundamento y de esta manera se la distorsiona" (p. 222).

DÉBORA RANIERI DE CECHINI

P Iuris 60 bien 311 25/11/05, 5:56 PM

Gregorio Peces-Barba Martinez,
La dignidad de la persona desde la Filosofía del Derecho,
Madrid, Dykinson, 2003, 82 pp.

La obra en recensión es la segunda edición del nº 26 de los cuadernos "Bartolomé de las Casas" que edita el *Instituto de Derecho Humanos "Bartolomé de las Casas"* de la Universidad Carlos III de Madrid, cuyo director es Rafael de Asis Roig. El autor es un miembro destacado de ese instituto y exponente de la Filosofía del Derecho de habla hispana; su participación en la redacción de la constitución española de 1978 le ha dado un prestigio indiscutible en el mundo de la Filosofía del Derecho y del Derecho constitucional.

Gregorio Peces-Barba Martinez nació en 1938, ha ocupado diversos cargos como profesor en la Universidad Complutense de Madrid, en la Universidad Carlos III ya citada de la que es rector, y en *Instituto Internacional de Derechos del Hombre* de Estrasburgo, ciudad donde obtuvo su licenciatura en Derecho comparado. Es miembro de la *Real Académica de Ciencias Morales y Políticas*, y habiendo sido afiliado al *Partido Socialista Obrero Español* desde la clandestinidad fue nombrado el año pasado *Alto Comisionado para el Apoyo a las Víctimas del Terrorismo* por el que ha recibido fuertes críticas por parte de las asociaciones de víctimas de terrorismo y del Partido Popular.

Los referidos datos biográficos circunstancian el contenido de esta obra y de otras que en el futuro pueden darse a la recensión. No debe creerse que por breve –consta de una introducción y dos capítulos– el trabajo no sea enjundioso.

La introducción es toda una filosofía de la historia de occidente. Allí se hace una valoración del Renacimiento como verdadera primavera de la dignidad del hombre. El autor no se sorprende con esta exacerbación del antropocentrismo y de la moral autónoma como punto de partida antropológico de la iusfilosofía de este autor. Pondera

P Iuris 60 bien 313 25/11/05, 5:56 PM

con Kant el hecho de que el hombre "pueda caminar por sí mismo" en materia moral, allí radica según el Prof. Peces-Barba el verdadero fundamento de la dignidad humana.

Pero más allá de esta antropología, que podría considerarse mutilada, de la dimensión espiritual del hombre, se incorpora a esta introducción un –a nuestro criterio– innecesario juicio sobre la Iglesia Romana y la Fe Católica. Se trata de un juicio errado pues se juzga con criterios materiales y de Derecho constitucional aquello que es espiritual y de Derecho divino. Llama a la Iglesia Católica "enemiga de la dignidad humana" por no sostener una "religiosidad individualista" y autónoma. A renglón seguido de Thomas Hobbes escribe "sus construcciones servirán de apoyo a la ética pública basada en la idea de dignidad humana que aparecerá más tarde".

El primer capítulo es un recorrido por la historia universal en busca de la existencia de reconocimiento y respeto de la dignidad humana. La encuentra el autor en el confucionismo y en otros inmanentismos orientales que hablan del "hombre soberano". También refiere al Antiguo Testamento, Grecia, Roma y hasta el Cristianismo. Pero es en el Renacimiento donde –según el autor– comienza alcanzarse la verdadera dignidad, porque esta empieza a ser autónoma. En la autonomía encuentra el autor la verdadera dignidad del hombre. A partir de aquí se cita a gran cantidad de autores de variado origen y tenor con que abonar esta postura: Pico de la Mirándola, Poliziano, Giordano Bruno, Juan Luis Vives, para luego explayarse en Pufendorf , Voltaire y Rousseau, entre varios otros.

El segundo capítulo contiene una relación entre el concepto de dignidad humana con la política y el derecho. Comienza con una referencia a la última obra del canadiense Thomas de Koninck titulada "De la dignité humaine". Aunque laudatorio con el profesor de la Universidad Laval de Québec termina por separase de su planteo. Para Peces-Barba esa dignidad fruto del antropocentrismo y la laicidad constituye el "deber ser" del que se desprende la democracia. Reconoce a la dignidad humana como un concepto prepolítico y prejurídico pero desde la lógica kantiana y en expreso rechazo a la Iglesia Católica como expresión de la heteronomía moral.

La obra expresa de manera trasparente y cabal las ideas de su autor, respecto del cual no podemos evitar el rechazo y los errores conceptuales que se vierte sobre la Iglesia Católica. Se predica en ella el respeto a la diferencia desde una antropología errada y desde el multiculturalismo relativista que prevalece en la Europa actual.

CARLOS ALBERTO GABRIEL MAINO

P Iuris 60 bien 314 25/11/05, 5:56 PM

Jean Flori,
La guerra santa. La formación de la idea de cruzada en el Occidente cristiano,
Madrid, Trotta-Universidad de Granada, 2003, 404 pp.

Jean Flori es indudablemente hoy –conjuntamente con el florentino Franco Cardini, varias veces reseñados en estas páginas– el medievalista más entendido en estas cuestiones, a las que ha dedicado varios estudios eruditos. Doctorado en letras y Ciencias Humanas bajo la dirección de Georges Duby, director de investigaciones del CNRS francés y investigador del Centre d'Etudes Superieures de Civilisation Médievale, es conocido por sus múltiples trabajos sobre la caballería y las cruzadas, últimamente traducidos, en gran parte, al castellano. Tales, por ejemplo, *Caballeros y caballería en la Edad Media* (2001), *Ricardo Corazón de León, el rey cruzado* (2002), *L'idéologie du glaive. Prehistoire de la chevalerie* (1983), *L'Essor de la chevalerie* (1986), *Croisade et Chevalerie* (1998), o *Guerre sainte, jihad, croisade. Violence et religión dans le christianisme et l'Islam* (2002).

En este contexto debemos analizar la traducción que hoy nos ofrece la prestigiosa editorial Trotta, conjuntamente con la Universidad de Granada, analizando las raíces del concepto de "guerra santa" (¿cruzada?) y su vinculación con la "ideología bélica" del Islam.

Esta obra completa importantes –y poco difundidos– estudios sobre la "idea de cruzada" en Occidente desde la Patrística. Baste citar para quienes estén interesados, en esta compleja –y "abaratada"– cuestión: Franco Cardini, *Alle radice della caballería medievale* (Firenze, La Nuova Italia, 1982), Franco Cardini, *Studi sulla storia e sull'idea di crociata* (Roma, Jouvence, 1993), o Carl Erdman Alle, *Origine delle idea di crociata* (Spoleto, Centro di Studi sull Alto Medioevo, 1996).

P Iuris 60 bien 315 25/11/05, 5:56 PM

Pero regresando a este libro, Flori, parte del armado y desarrollo de la primera cruzada –su especialidad– para internarse lenta y eruditamente en las raíces ideológicas, buceando en los orígenes y "construcción" de la misma, especialmente en el anteúltimo capítulo (pp. 293/336) para concluir vinculando –en el último– la yihad con la cruzada, rescatando una antigua concepción de muchos medievalistas.

La primera consideración que debemos tener en cuenta consiste en recordar que estamos estudiando el primer milenio de nuestra era, donde los conceptos de "paz" y "derechos humanos" son totalmente ajenos a nuestra mentalidad actual, sin perjuicio de ser la Iglesia, la primera en afirmar la "tregua de Dios" para "calmar" y encauzar (?) la ferocidad de los "bárbaros" cristianizados. Por otro lado el "peligro" de un belicoso Islam, que ocupaba el Santo Sepulcro y la "guerra justa" contra el Mal, predicada por los Padres de la Iglesia y embebida en un "espíritu escatológico", avivaban la mentalidad de la época, donde la fe se defendía por las armas,, como todos los principios e intereses esenciales del hombre de esos tiempos.

A manera de síntesis conclusiva transcribamos un párrafo del final de esta erudita obra de Flori: "La cruzada no fue, me atrevo a decirlo, un yihad ordinario: para muchos cristianos de aquél tiempo, equivalió a lo que para los musulmanes habría sido una guerra santa destinada a reconquistar la Meca, si hubiera caído en manos de los <incrédulos>, de lo no musulmanes" (p. 348).

Para cualquier lector objetivo es indudable que esta obra implica el estudio más completo en castellano que tenemos obre la relación entre las cruzadas y la guerra santa y nos permite revisar algunos conceptos historiográficos –y jurídicos– sobre la "guerra justa" que han sido sacados de contexto.

FLORENCIO HUBEÑAK

P Iuris 60 bien 316 25/11/05, 5:56 PM

Tariq Alí,
El choque de los fundamentalismos. Cruzadas, yihads y modernidad,
Madrid, Alianza, 2002, 447 pp.

Como ya hemos señalado precedentemente la temática islámica y la cuestión de los fundamentalismos ha adquirido una gran actualidad después del S-11 y directamente relacionada con el notorio avance demográfico del Islam en el continente europeo. Ello ayuda a explicar la importante producción de obras sobre estos aspectos.

El pakistaní Tariq Alí –conciudadano de Rashid– es un musulmán de formación atea europea, prolífico autor de guiones cinematográficos, novelas y ensayos.

La obra que hoy nos ocupa fue publica originariamente en Londres y –dado el interés que despertara– traducida ese mismo año al castellano.

Una vez más el desencadenante fueron los inesperados sucesos del 11 de setiembre en Estados Unidos.

Para el autor no se trata de un problema de "terrorismo", sino de un "choque de fundamentalismos" –coincidente, desde otro enfoque político, con la teoría de Huntington–, interpretando el "imperialismo americano" ("Dios bendiga a América") como un fundamentalismo equiparable al islámico.

La orientación izquierdista del autor –dirigente estudiantil de la "revolución cultural" de 1968 y redactor de la *New Left Review*– se percibe con claridad cuando diferencia el "fundamentalismo americano" como imperialista, expansionista y agresivo frente al "fundamentalismo religioso" (musulmán y terrorista) que califica como "producto de la desesperación frente a las humillaciones del

P Iuris 60 bien 317 25/11/05, 5:56 PM

anterior" (sic). Esto no obsta al interés del libro, a la pluma experta del autor, a sus conocimientos del mundo islámico.

Sus ideas se desenvuelven a través de cuatro partes en que se divide la obra y que incluye temas tan atractivos como "el nacimiento del wahabismo", "el sionismo, la primera guerra del petróleo, la resistencia", "la historia de Cachemira" o "curso breve sobre la historia del imperialismo estadounidense".

Tariq Alí –que se considera "un musulmán no musulmán" (por su ateísmo)– defiende los valores de la Ilustración y estima –creemos equivocadamente– que los valores de ésta, son aplicables en nuestros días a cualquier nación del mundo, cometiendo el mismo error que endilga a los americanos. Ésta es la tesis de su libro, que termina con un apéndice de Isaac Deutscher sobre la guerra árabe-israelí.

FLORENCIO HUBEÑAK

P Iuris 60 bien 318 25/11/05, 5:56 PM