
# PRUDENTIA IURIS

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


DICIEMBRE 1980

# A PROPOSITO DEL ORDEN NATURAL

*...“Entonces se acercó el tentador y le dijo: Si eres Hijo de Dios, dí que estas piedras se conviertan en panes. Mas Él respondió: Está escrito: No sólo de pan vive el hombre, sino de toda palabra que sale de la boca de Dios. —Entonces el diablo le lleva consigo a la Ciudad Santa, le pone sobre el alero del Templo, y le dice: Si eres Hijo de Dios, tírate abajo, porque está escrito: A sus ángeles te encomendará, y te llevaran en sus manos, para que no tropiece tu pie en piedra alguna. Jesús le dijo: También está escrito: No tentarás al Señor tu Dios. —Todavía le lleva consigo el diablo a un monte muy alto, le muestra todos los reinos del mundo y su gloria, y le dice: Todo esto te daré si te postras y me adoras. Dícele entonces Jesús: Apártate, Satanás, porque está escrito: Al Señor tu Dios adorarás, sólo a Él darás culto”. (S. Mat. IV, 3 a 10).*

*Tal fue el reto lanzado contra el Señor al inicio de su vida pública. Triple desafío que se cierne aún hoy sobre la Iglesia, amoldado a las variantes de tiempo y lugar, pero conservando siempre sus características esenciales, la unidad de su trama y su pérfida finalidad. Triple tentación que afecta a los hombres en su moral personal y en el ámbito de sus relaciones sociales, políticas y jurídicas, incitándolos hacia el exclusivo cuidado de las cosas creadas y sensibles, subvirtiendo el orden natural y, en definitiva, apartándolos de Dios.*

*¿Pues qué es lo que propone el tentador? En cada una de las tres tentaciones sugiere una acción precisa, concreta, diferente. Pero las tres atacan decididamente el orden natural, el plan del Creador, la jerarquía de bienes y valores, las leyes de la física y de la ética, a que debe ajustarse la vida de los hombres. Las tres, gradual e hipócritamente, desembocan en lo que se deja entrever con suficiente nitidez en la tercera: la aversión a Dios, implícita en aquella de “si te postras y me adoras”.*

*El Señor habría podido transformar las piedras en panes. ¿Por qué no? Pero prefirió atenerse a la ordenada elaboración del sustento, con todas sus añadiduras e implicancias morales, económicas, jurídicas, con la consiguiente división de tareas y funciones, los trabajos de la roturación de la tierra, de la siembra del cultivo, de las cosechas y hasta de su comercialización... todo ello está en el plan del Creador. ¿Por qué habría de cambiarse? Quiso además el Señor, enseñarnos que no anduviésemos pendientes de la búsqueda de las cosas que se consumen, sino de toda palabra que sale de la boca de Dios.*

*Habría podido, asimismo, arrojarse desde el pináculo del templo, dejando absortos a todos los habitantes de Jerusalén... No quiso hacerlo, como no querría después bajar de la Cruz para probar su divinidad ante los blasfemos que lo injuriaban. Prefirió que los hombres*

*quedasen en franco uso de su libre albedrío, que se acercasen a Él por la Fe y se valiesen de su razón discursiva, iluminada por la gracia, en vez de anularlos bajo el peso de una evidencia abrumadora, impropia de la condición humana e incompatible con una adhesión fundada en el más puro respeto de la Verdad.*

*Habría podido finalmente aceptar la realidad de la dominación demoníaca sobre las naciones, y, en un instante, asumir la plenitud de la soberanía universal hasta sobre los más perversos que le seguirían, exultante como a su caudillo y su cómplice. Prefirió, en cambio, dejar a los hombres en libertad de obedecerle y de servirle por amor, aunque ello equivaldría a someterse al imperio de los malvados, a vejaciones criminales e injustas, y a aceptar de manos de ellos la muerte y la Cruz.*

*Pero, sin inmiscuirnos en el profundo tema teológico planteado en el texto evangélico, querríamos solamente señalar su relevancia en el campo del derecho y de la vida social, tanto por lo que atañe a la sanción, aplicación e interpretación de las leyes, como al ejercicio del gobierno y a los objetivos de la política. Porque, sin perjuicio de necesarias distinciones y de la sideral distancia que va de lo espiritual a lo temporal, cabe afirmar que, aún cuando no sea admisible hablar de pecados sociales, distintos de los pecados personales; conviene, en cambio, no perder de vista que, al fin de cuentas, se trata del comportamiento humano, regido por normas y principios constantes y análogamente válidos en los diversos planos en que el hombre actúa.*

*Es así como los tres principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la vida en sociedad:* 'honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere', *alcanzan su plenitud cuando los hombres comprenden y viven en su dimensión social las respuestas del Salvador a las sugerencias diabólicas. Sugerencias que reúnen los elementos característicos de todo pecado:* 'conversio ad creaturas, inordinatio, aversio a Deo', *que, por cierto, también afectan a las comunidades temporales.*

*En realidad es difícil ocultar la maldad implícita en el amor inmoderado de las cosas sensibles, e imposible es negar la perfidia del ateísmo. Por eso el demonio, que es sutil, suele recurrir al ardid de atacar, más bien, el orden natural, disimulando su perversidad. Con no poca frecuencia promueve el desconocimiento de este orden, logrando que, so color de valoración de lo espiritual y aun de lo sobrenatural, se le quite importancia o se prescinda abiertamente de ello. De tal manera consigue, por un cómodo atajo, desencadenar el consumismo y la apostasía... como se lo propusiera en el desierto.*

*No resulta, pues, extraño que de alguna manera las sociedades humanas hayan de padecer en este mundo, males ligeramente semejantes a las penas eternas que todo pecador merece: una corrosiva y permanente destrucción y bancarrota, como castigo del inmoderado apego a las cosas inferiores que implica el consumismo desenfrenado; una variadísima gama de perturbaciones, molestias e incomodidades y una mutua e intrínseca belicosidad, merecidas por el desprecio del orden; y, en fin la pérdida efectiva de la divina presencia del Reinado Social de Cristo, como justísima sanción del amargo e impío ateísmo profesado.*

S. E.

# TOMAS CASARES JUEZ (*)

## I

### UN RECUERDO PERSONAL

Comenzaremos nuestra participación en este homenaje con un recuerdo. Hace casi una década, nos reunimos también aquí, algunos de los presentes junto al Dr. Tomás Casares, entonces director del Centro de Filosofía del Derecho que hoy lleva su nombre, para rendir otro homenaje. Un sencillo homenaje. Un sencillo homenaje a la memoria del iusfilósofo italiano Giorgio Del Vecchio. Nuestro director se ocupó de su figura y nosotros de su filosofía. Y en esa oportunidad dijo que el pensador italiano fue un "alto ejemplo de vida intelectual rigurosamente fiel a lo que es su objeto propio, es decir la búsqueda y el servicio de la verdad" y que ante nuestro homenaje, "Del Vecchio debía sonreír agradecido y complacido desde su descanso eterno".

Lo mismo pretendemos hoy: que nuestro homenajeado sonría desde su descanso eterno. Pero para que ello sea posible, este homenaje a su venerada memoria debe ser hecho en el "espíritu" del Dr. Casares, espíritu que se difundió en todos los ámbitos de su actuación terrenal, espíritu caracterizado siempre por su firmeza, mesura y objetividad.

## II

### LA OBSERVANCIA Y EL HONOR

Este acto es movido por una virtud, que por desgracia hoy, ha perdido hasta su nombre, recluído en los ámbitos librescos de los diccionarios: la observancia potencial de la justicia, que a través de la dulía nos mueve a honrar la excelencia humana de los otros, allí donde se encuentre, pues como escribe Santo Tomás de Aquino "el honor es un testimonio de la excelencia de la bondad de alguna persona"(1).

No nos debe doblegar, sin embargo, la comprobación de que la "observancia", virtud enriquecedora de toda sociabilidad auténtica y viva, no se encuentre favorecida por los "signos de los tiempos". Estos "signos" no son normas a las que debemos acomodar nuestras conductas, sino realidades que,

(*) El texto corresponde al discurso pronunciado el 17 de junio de 1980 en el acto de homenaje al Dr. Casares realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Pontificia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Se le han agregado los subtítulos y las notas.

(1) "Suma Teológica", 2-2, q. 103, a. 2.

según el Evangelio, hay que discernir. Y enfrentar, navegando contra la corriente, cuando esa corriente nos conduce a nuestra degradación. Es lo que hacemos hoy, en este acto, en el que honramos la memoria de quien fue durante su vida mundanal un arquetipo, una figura ejemplar, como cristiano, como filósofo y como juez. Porque Tomás Casares fue todo esto en serio y a través de sus obras, como expresó en una oportunidad Julio Barberis, se convirtió en una persona en la cual las palabras respondían con exactitud a su preciso significado.

## III

## UN JUEZ-FILOSOFO Y UN JUEZ-CRISTIANO

*El señor Decano nos ha pedido que nos ocupemos en especial del Dr. Casares como juez.* Sin embargo, se hace difícil separar las facetas de una personalidad tan rica e integrada y debemos invadir otros campos para no deformar el perfil judicial de un *juez-filósofo* y un *juez-cristiano.*

En el orden filosófico fue un discípulo agudo de ese gran formador de inteligencias que se llamó Santo Tomás de Aquino. Por ello constituye para nosotros *un ejemplo de virtud intelectual, de hábitos intelectivos incorporados a su existencia, que hicieron que en su persona, el tomismo fuera una filosofía viva* y no un repertorio de conocimientos muertos.

*A partir de esa vivencia, le fue fácil y natural el entronque cotidiano de su filosofía con sus tareas judiciales.* Filosofía que le permitió encontrar fundamentos profundos a sus decisiones y enriquecer la jurisprudencia, mediante juicios prudenciales, donde se encuentran presentes y sintetizados el saber científico —en el sentido moderno de ciencia particular— y el saber filosófico, como ángulos complementarios en la conceptualización de lo real. Porque él nunca fue un aplicador mecánico de normas generales, sino *un juez con corazón de pretor romano y con inteligencia esclarecida por una recta filosofía,* empeñado en proteger a la realidad "indefensa ante las inclemencias del entuerto". *Fue un paradigma de la "justicia animada", el juez ideal según Aristóteles.*

## IV

## MINISTRO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

Después de una larga carrera judicial, el Dr. Casares integró durante más de diez años la Corte Suprema de Justicia. Y su presencia filosófica fue tan destacada que el Dr. Julio Oyhanarte en su ensayo 'Historia del Poder Judicial" la resume en una frase cargada de sentido: *"el pensamiento de un juez tomista"*(2).

Fueron años difíciles y duros, en especial para una personalidad fina y llena de delicadezas. Nos lo imaginamos en la encrucijada trágica entre lo espontáneo y lo difícil, a partir de la cual eligió el camino más difícil: quedarse en un ámbito inhóspito para dar diario testimonio de su independencia y de sus convicciones.

---

(2) En "Todo es historia", Buenos Aires, mayo de 1972, Nº 61, pág. 98.

Su actitud de independencia como juez de la Suprema Corte, se manifiesta antes y después del año 1947, cuando cambia la composición del tribunal. El Dr. Marcelo Pearson en su artículo "Introducción a las enseñanzas jurídicas del Dr. Casares como Ministro de la Corte", publicado en la revista de esta Universidad([3]), señala 85 disidencias y 22 exposiciones propias, según su voto.

## V

### UNA ACTITUD INDEPENDIENTE EN CIRCUNSTANCIAS DIFICILES

*Y esta actitud independiente nadie la puede negar respecto a la finalidad propia de la función judicial: hacer justicia a quien la reclama ante los estrados tribunalicios*

Pero además, quienes hemos tenido el privilegio de conocerlo y de acceder a su intimidad, estamos seguros de que su presencia y su autoridad moral y jurídica han ejercido un permanente influjo en todo el período de su actuación. Influjo que podría haber sido mucho mayor en circunstancias políticas más favorables.

Estas circunstancias influyeron en otras dos tareas propias del Alto Tribunal, pero subordinadas a la de hacer justicia: el gobierno del poder judicial y las funciones de representación que abarca las relaciones con los otros poderes del Estado.

## VI

### LA INJUSTICIA DE UNA SEPARACION

Es importante el distingo efectuado entre las diversas tareas de la Corte Suprema y su jerarquización, por si alguno se preguntara ¿cómo estamos rindiendo homenaje a un juez, que concluyó su carrera judicial separado de su cargo el 4 de octubre de 1955, por decreto del gobierno de la Revolución Libertadora?

No dudamos en la respuesta. *El homenaje es justo porque dicha separación, en el caso del Dr. Casares fue injusta.* Y fue injusta porque se trataba de un juez que antes del primer ciclo de Perón, durante él y después de él, siempre hizo justicia, lo cual se encuentra testimoniado con claridad en cuanta causa judicial le tocó intervenir. Lo que sucede es que para darse cuenta es preciso estudiar los fallos que nos permiten argumentar con razones. Más fácil fue en este caso el papel asumido por ciertos auto-constituídos "fiscales de la República", moderna versión de los "doctores de la ley" que optaron por el camino del insulto o del desprecio. Y por ciertos malos amigos, moderna versión de Poncio Pilatos, que optaron por lavarse las manos(*).

---

([3]) "Universitas", Buenos Aires, marzo de 1976, Nº 39, pág. 23 y ss.

(*) Unos seis meses antes del levantamiento del 16 de septiembre de 1955, el doctor Casares recibió la visita de un antiguo y leal amigo, muy vinculado con el movimiento en gestación, quien, con pleno asentimiento del General Lonardi, Jefe de la Revolución, lo puso al corriente de la situación y le sugirió que renunciase al cargo de Ministro de la Corte. El Doctor Casares, cuya firmeza frente a las arbitrariedades del régimen hacía entrever un próximo e inminente rompimiento, por un escrúpulo de conciencia no quiso asumir una actitud que podría parecer determinada por un hecho al que él era extraño y del cual, como alto magistrado de la República, no podía darse por enterado ni bene-

## VII

### DISCREPANCIA Y COMPRENSION

Respecto a las tareas secundarias de la Corte, en especial en lo que se refiere a sus relaciones con un poder ejecutivo absorbente e invasor de competencias ajenas, civiles y religiosas, que fue desarrollando en forma gradual su vocación totalitaria, discrepamos con los criterios seguidos por el Alto Tribunal en su conjunto en la época en que el Dr. Casares lo integró, en especial a partir de 1947, plasmados en resoluciones, declaraciones y homenajes fuera de lugar, como discrepamos con nuestro maestro y amigo durante su vida respecto a otras opciones políticas concretas.

Pero más allá de la discrepancia, comprendemos las difíciles situaciones de esos momentos y a veces la necesidad de elegir el mal menor y nos sentimos muy contentos de participar en este homenaje, pues es hora que los argentinos con inteligencia de la realidad, sin maniqueísmos, *aprendamos a distinguir lo sustancial de lo accidental, lo principal de lo accesorio*, a rescatar los verdaderos valores y a honrar a los grandes hombres, que como seres humanos han cometido errores y tenido defectos, errores y defectos sepultados por sus aciertos y virtudes. *Por eso la Patria nos convoca a mirarla de frente, sin anteojeras y apoyados en los valores del pasado mirar hacia el futuro desde la perspectiva de las águilas y no desde una perspectiva de reptiles.*

## VIII

### UN PENSAMIENTO ENCARNADO EN LA JURISPRUDENCIA

Dentro de la medida de tiempo a la que debemos ajustarnos, no podemos dejar de considerar un conjunto de fallos que muestran la firmeza del pensamiento del Dr. Casares en torno a una serie de temas fundamentales: la Nación, las funciones de la autoridad judicial, la guerra, los derechos individuales y el bien común, la estructura natural de la sociedad, la familia legítima y la subordinación de la vida económica al bien común.

---

ficiarse de su conocimiento. Rechazó pues la invitación y, haciendo honor a la confianza en él depositada, guardó el más absoluto silencio.

Ocurrido el triunfo de la Revolución, antes de dictarse el decreto de exoneración de los ministros de la Corte, fue nuevamente invitado a renunciar, pues no se deseaba que cayese confundido con los demás integrantes del cuerpo sobre quienes pesaba una imputación de indignidad. Casares agradeció la especialísima consideración que se le dispensaba, pero, consecuente con su anterior negativa y estimando que su deber era seguir la suerte del alto tribunal, respondió, una vez más, negativamente.

El 13 de noviembre, un golpe de palacio provocó la substitución del Jefe de la Revolución por el General Aramburu. Una de las primeras personas que acudió a saludar al General Lonardi y expresarle su solidaridad, fue precisamente el Doctor Casares.

La verdad es que su actitud de 1955 fue perfectamente congruente con la de 1947. Para Casares integrar la Suprema Corte de Justicia de la Nación, implicaba una pesada carga pública, asumida para mejor servicio de Dios y de la patria.

(N. de la D.)

## IX

### LA NACION Y EL REGIMEN INSTITUCIONAL

En el juicio "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/La Nación Argentina" ([4]), el 9 de marzo de 1945, vota en disidencia y afirma que *"nada puede haber en el régimen institucional de la Nación superior a la Nación misma puesto que haberlo importaría poner una parte por encima del todo, lo cual es un modo de negar el todo y concluir con él"*.

La Nación aparece aquí como un "todo de orden", como una sociedad global superior a las "partes" que la integran, que en el sentido del federalismo geográfico son las provincias.

Se trata de una cuestión impositiva y la retención de los tributos correspondientes a un capitalista extranjero, que había operado en el país, por el Banco, constituía la única forma de efectivizar su cobro. Por ello, según el Dr. Casares, *el Banco,* en lugar de pretender eximirse de sus obligaciones, *al hacer de agente de retención debe gozar "del muy alto privilegio de servir a la Nación en el ejercicio de un atributo de su soberanía"*.

## X

### AUTORIDAD JUDICIAL Y GOBIERNOS DE FACTO

Respecto a las funciones de la autoridad judicial en el caso de gobiernos de facto, en su voto, en el juicio "Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires c/Mayer"([5]), el 2 de abril de 1945, sostiene que respecto a los actos de gobierno cuestionados ante *la autoridad judicial,* la posición de éste no es sustancialmente distinta, se trate de un gobierno de hecho o regular, ya que dicha autoridad *"tiene el deber de juzgar de la validez de los actos del gobierno de hecho en orden a su constitucionalidad y a su justicia"*.

Continúa el voto con una clara afirmación iusnaturalista, ya que *"incluso en caso de abrogación revolucionaria de la Constitución sigue recayendo en la autoridad judicial,* en razón de su naturaleza, *la misma misión, que en este último supuesto ejercerá desde el inabrogable derecho natural... El resguardo de los primeros principios del orden jurídico es siempre, en toda circunstancia, y más que en ninguna en las de convulsión, la tarea de ser primera de la existencia de una autoridad judicial"*.

## XI

### LIMITES, FIN Y CARACTER PROVISORIO DEL GOBIERNO DE HECHO

Pero a *la autoridad judicial* no le compete el gobierno político, tarea de la prudencia política arquitectónica, de la cual emanarán las leyes de la República. Por ello, *no juzga,* ni acerca de la licitud de la revolución consu-

---

([4]) Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, t. 201, pág. 149.
([5]) Fallos..., t. 201, pág. 249.

mada ni *de "la elección que, dentro de lo que consientan el orden natural, el bien común y la integridad de la Nación haga de sus fines propios dicha revolución"*.

El gobierno de facto pues, tiene sus límites y su fin no es otro que el de todo gobierno político: "conducción de la comunidad hacia su bien por excelencia".

El régimen de facto es de por sí provisorio y si es ejercido en forma inteligente debe preparar su propia desaparición, teniendo conciencia —como señala Casares— de que el estado de hecho es un riesgo para la vida nacional, "pues la actuación de un *sistema que asegure la expresión fiel de las reales necesidades de la comunidad mediante una representación genuina de todas sus partes*, es garantía fundamental de su paz y recto desenvolvimiento".

## XII

### REPRESENTACION ORGANICA Y VARIABILIDAD DE LAS INSTITUCIONES POSITIVAS

Hablar de representación genuina de todas las partes de la Nación, significa hablar de representación orgánica, que no tiene en cuenta a individuos, sueltos, desligados, atomizados, sino a las sociedades naturales, a la vinculación familiar, vecinal y profesional. Como enseña la Cátedra de Roma, a través de Pío XII, contra el pretendido monopolio de los partidos de constituirse en únicos representantes del hombre contemporáneo: *"hoy la vida de las naciones se encuentra disgregada por el culto ciego del valor numérico. El ciudadano es elector*... Desde el punto de vista de los partidos, el ciudadano no cuenta más que por su valor electoral, por el apoyo que presta su voz; de su posición y de su papel en la familia y en la profesión no se hace cuenta alguna"(6).

En el mismo voto se distingue entre la existencia de la Nación que debe permanecer y la variabilidad de sus instituciones positivas, sujetas a las contingencias políticas y que deben ser modificadas con prudencia en busca de una mayor justicia. Allí se habla del *"imperativo de la existencia de la Nación, cuyo ser, que preexistió al establecimiento de sus actuales instituciones positivas, debe subsistir y subsistirá, con la protección de Dios, como invencible voluntad de justicia a través de cualesquiera eventualidades políticas"*.

## XIII

### LA GUERRA EN EL MARCO DEL DERECHO

Respecto al *problema de la guerra*, aparece su voto en disidencia, en el caso "Merck Química Argentina c/Gobierno de la Nación s/interdicto"(7), el 9 de junio de 1948, donde afirma la juridicidad de la misma, como relación humana y no como lucha animal, pues *"ninguna especie de relación entre los*

(6) "La organización política mundial", en Doctrina Pontificia, Documentos Políticos, Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1958, pág. 982.

(7) Fallos..., t. 211, pág. 212.

*hombres corresponde a la dignidad humana si no reconoce la eminencia de una ley que objetivamente y sobre el mero arbitrio de cada una de las personas* —jurídicas o naturales— *que entran en relación, determine conforme al bien común, lo que es de cada uno. Si no hubiera derecho donde no hay ley positiva sería inútil disertar sobre las facultades de los Estados en el proceso de la guerra; la cuestión se resolvería en los hechos".*

La guerra se encuentra regida por esos principios secundarios del derecho natural normativo, denominados por los teólogos españoles fundadores del derecho internacional, derecho de gentes. En ellos se funda el voto con referencias a Vitoria y a Suárez.

## XIV

### LA ARGENTINA EN LA TRADICION DEL DERECHO NATURAL

Nuestra Patria puede en este campo exhibir con legítimo orgullo una clara tradición iusnaturalista. A ella alude Casares, pues *"la luz de la ley natural hace patente el sentido de la fórmula con la cual la Nación expresó alguna vez, por boca de sus autoridades, su subordinación a la justicia a raíz de una guerra victoriosa: 'la victoria no da derechos'. Lo que con ella se obtiene es la efectiva posibilidad de su ejercicio mediante la reparación del agravio que obstaba".*

De los principios enunciados surge la solución del caso planteado: hay que "subordinar al orden jurídico positivo interno la ejecución de lo que el Estado en guerra haya de hacer con las personas y los bienes que se encuentran bajo la fe de su derecho nacional".

Es la doctrina clásica. Una guerra puede ser justa sólo en la medida que sea jurídica. Y en tal caso debe reconocer límites, estar sujeta a normas. Y no sólo a los límites del derecho natural, sino también en el orden interno, a los límites del derecho positivo, que mejor podríamos llamar derecho concreto, integrado por elementos propios del derecho natural derivados por vía de conclusión y accidentalmente positivos y elementos propios del derecho positivo, derivados por vía de determinación.

## XV

### LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y EL BIEN COMUN

El 11 de mayo de 1950 nos encontramos con una disidencia que revela a las claras la personalidad del Dr. Casares y que acredita su valor e independencia de criterio ante toda persona que tenga inquietud por la verdad y no se encuentre cegada por prejuicios o pasiones. El caso es "San Miguel José s/recurso de amparo" (8) y se trata de la clausura del diario "La República" de Rosario, efectuada por la "Comisión Visca", bajo el pretexto de que el mismo omitió incluir la leyenda "Año del Libertador General San Martín".

La solitaria disidencia se apoya en la reforma constitucional de 1949 y afirma que el recurso de hábeas corpus "tiene en el nuevo precepto constitu-

(8) Fallos..., t. 216, pág. 616.

cional una mayor amplitud a la que corresponde un nuevo espíritu", ya que la renovada redacción del art. 29 "considera especialmente *el amparo de la libertad personal* porque esta *es la condición primera del ejercicio de todos los derechos.* Es así, p.ej. como *una libertad sin que el ejercicio del derecho* de trabajar *esté eficazmente amparado* y sin posibilidad efectiva de acceso al derecho de propiedad *no sería un atributo real sino un espectro*". Como comenta Oyhanarte, en su trabajo ya citado, "*para invalidar una de las clausuras de la Comisión Visca, el ministro Casares fue capaz de proclamar que la libertad, sin garantías que aseguren el ejercicio efectivo de los derechos no es un atributo real sino un espectro*" (9).

Pero esta decisión no desarticula el orden jurídico pues no se funda en errores subjetivistas, individualistas o falsamente personalistas, ya que como destaca con claridad la disidencia "con ello *no se atribuyen a los derechos individuales una primacía absoluta que no tienen. La verdadera primacía es siempre la del bien común,* fruto natural de un orden político justo y condición de todo bien individual". Ya escribía Santo Tomás que "es imposible que un individuo sea bueno si no guarda la debida proporción con el bien común" (10), porque el bien común, según palabras de León XIII es "la suprema ley de la sociedad política".

## XVI

### LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA SOCIEDAD

La defensa de la estructura orgánica de la sociedad, contra el individualismo atomista y contra el colectivismo masificador, aparece en una disidencia compartida con el Dr. Antonio Sagarna, el 29 de octubre de 1945, en el caso "Constantino Sogga y otros" (11).

El tema es la colegiación obligatoria de los abogados. "Se trata de la *agrupación orgánica,* en Colegio, de todos los abogados que se inscriben para ejercer su profesión ante la justicia de un Estado". Aquí la ley no crea nada, sino que se limita a dar una estructura y formalidad legal a una realidad preexistente, integrada por hombres que desempeñan una misma profesión, ante los mismos jueces, con el mismo procedimiento y al servicio de la justicia.

La disidencia apunta a describir una realidad que en el campo forense denunció hace muchos años Piero Calamandrei en su libro "Demasiados abogados". Hay cada vez más abogados y menos justicia debido a los abogados irresponsables.

Como señalan los Dres. Sagarna y Casares "la multiplicación de los profesionales ha hecho que sea cada día menos efectiva y sensible su responsabilidad de tales por obra espontánea de las sociedades en que actúan, como pudo suceder antes de que dicha multiplicación se produjese. *Un contralor superior del ejercicio de las profesiones, siempre que no menoscabe el carácter particular y privado que es de su esencia y de la esencia de un sano orden social, se hace indispensable*".

---

(9) Art. cit., pág. 113.
(10) "Suma Teológica" 1-2, q. 92, a. 1.
(11) Fallos..., t. 203, pág. 100.

Y sólo existen dos modos de control: uno, a través de un órgano estatal; otro, a través de una entidad profesional.

El segundo es mucho mejor, ya "que favorece la estructuración natural de la sociedad, ofrece mayores, más efectivas y más responsables garantías individuales y sociales, tanto positivamente, porque tiene a su alcance posibilidades que no tiene el primero, cuanto negativamente, porque hace innecesaria en este punto la ingerencia estadual inmediata y directa y con ella una hipertrofia de la burocracia que puede llegar a ser el peor enemigo de la autoridad real del propio Estado".

## XVII

### SUBSIDIARIEDAD Y BIEN COMUN

*La doctrina tradicional que destaca el papel de los grupos infrapolíticos en la construcción* ordenada y de abajo hacia arriba *de la sociedad global,* grupos con sus competencias, autonomías, autoridades y libertades concretas *y el verdadero principio de subsidiariedad,* que no puede servir de disfraz a ningún liberalismo o neo-liberalismo, aparecen en esta disidencia, la cual, también refuta el argumento del individualismo subjetivista de que se estaría violando la libertad de asociación, pues como afirman los Dres. Sagarna y Casares "*se tiene el deber de entrar en las estructuras sociales cuya constitución legal es requerida por razones de orden y bien común.* Se trata del estatuto legal de una estructura social preconstituída por la naturaleza de las cosas. No se les impone a los abogados la constitución de una sociedad distinta de aquella a la que se incorporaron por el solo hecho de inscribirse en la matrícula... se formaliza esa comunidad para la disciplina y el mejor resguardo moral del ejercicio de la profesión".

## XVIII

### DESARRAIGO Y CRISIS DE LA SOCIALIDAD

La inquietud por la crisis de la "socialidad" también aparece en el discurso pronunciado el primero de febrero de 1949, con motivo de la iniciación del año judicial, cuando ejercía la presidencia de la Corte Suprema. Allí expresó: "de lo que podríamos llamar la sociabilidad de la condición humana sólo queda en el mundo actual el espectro de una abstracción porque los núcleos sociales se han disuelto y las sociedades son como arenales en los que tanto da que cada uno éste donde está o en cualquier otra parte" ([12]).

En el diagnóstico de los resultados producidos por el desarraigo metafísico y social que a través del antropocentrismo individualista nos ha conducido a la masificación contemporánea.

El problema se encuentra bien planteado en un diálogo de Saint-Exupéry: ¿Tú partes? Sí. ¿Para dónde? Para Melbourne. ¡Qué lejos estarás! ¿Lejos de qué? Porque para el desarraigado, para aquél a quien tanto da estar aquí o

---

([12]) Fallos..., t. 213-I, pág. 5.

en cualquier otra parte, no existen la lejanía, la proximidad, ni por lo tanto la projimidad.

¡Qué distinta es la respuesta del hombre que siente el arraigo a lo que le pertenece y lo singulariza y a una estructura social auténtica de la cual se siente partícipe! Es la respuesta que recogiera en su cancionero ese gran poeta y amigo que fue Rafael Jijena Sánchez:

Cuando salí de mi tierra
de nadie me despedí
las piedras lloraron sangre
y el sol no quiso salir

La crisis de la socialidad trae, según Casares, "funestas consecuencias, tanto para la sociedad como para cada uno de nosotros".

## XIX

### REHACER EL ENTRAMADO SOCIAL

Por eso urge rehacer el entramado social, desarrollar potencialidades sociales debilitadas, vitalizar los grupos infrapolíticos o para decirlo con palabras de Juan XXIII "incrementar los vínculos sociales".

Como el discurso tiene destinatarios especiales —los que imparten justicia y sus colaboradores— se busca poner en práctica, en ese ámbito concreto, la buena doctrina formulada en general.

La justicia tiene que ser una comunidad jerárquica e integrada donde aparezcan articuladas la responsabilidad de cada uno desde sus distintas funciones, el servicio común y la dignidad de sus miembros. Así como el ejército debe cuidar del último soldado y éste sentirse miembro vivo de esa comunidad, también el tribunal debe cuidar del último de sus empleados. Por ello se señala en el discurso que *"la dignidad de la justicia depende de la dignidad de cada uno de sus empleados y debe resplandecer por de pronto en vosotros, pues de vosotros recogen la primera experiencia de esa dignidad quienes acuden a su amparo". Esta función crea como ninguna otra una solidaridad fundamental entre los magistrados y sus auxiliares ¡Guay del juez que no pueda reposar en la lealtad de todos sus auxiliares,* desde el más inmediato al más remoto! No hay disciplina administrativa que ponga a un juez por completo a cubierto de esa infidelidad".

## XX

### LA DEFENSA DE LA FAMILIA LEGITIMA

Dentro de los grupos infrapolíticos el primero y más cercano al hombre es la familia. Este grupo menor no sólo es la base sobre la que se apoyan los grupos mayores, sino que además, como sostiene Emil Brunner, es el modelo de toda construcción social justa, armonizadora de la auténtica jerarquía y de toda legítima igualdad.

La defensa de la familia legítima condujo al Dr. Casares a otra solitaria disidencia, el 6 de septiembre de 1951, en el juicio "Aldorino Nélida Mercedes

c/Instituto Nacional de Previsión Social" ([13]). Contra todo relativismo allí afirma que la esencia del orden jurídico subordinado a la moral no está "a merced de apreciaciones circunstanciales ni subjetivas".

La validez de los principios es universal y el valor de las leyes positivas depende de que se atengan a ellos. *"De no ser así, lejos de constituir las leyes los muros que amparan a la Nación, podrían ser capaces de llevar hasta las entrañas de ella las peores causas de descomposición"*.

Las leyes basadas en la tradición deben constituir las murallas interiores de la República. El fragmento del antiguo Heráclito se encuentra aquí presente: "el pueblo debe luchar por el nomos como por las murallas".

Pero la lucha por el nomos, por los muros interiores, es más sutil que la lucha contra el enemigo físico, visible, que pretende invadir el país a través de la frontera. Es la lucha contra el "extranjero del interior", que pretende destruir las tradiciones que configuran a la Patria y que es capaz de "llevar hasta las entrañas las peores causas de descomposición".

Por eso el Dr. Casares defiende a la familia legítima contra tentativas oblicuas de descomponerla, contra ataques que se realizan en forma solapada con argumentos sentimentales vinculados con cuestiones de asistencia y seguridad social. Y lo expresa con fuerza y claridad: *"todos los caminos están abiertos a la asistencia social, menos el radicalmente anárquico de semejante derogación que concluiría por hacer imposible la subsistencia de la comunidad en las condiciones requeridas por la esencial dignidad de quienes la integran"*.

## XXI

### LA SUBORDINACION DE LA VIDA ECONOMICA AL BIEN COMUN

En todo recto orden, la economía debe subordinarse a la política y la política a la moral. Es el único modo de realizar en los hechos la primacía de los bienes honestos sobre los bienes útiles. El economicismo práctico de los liberales y el economicismo filosófico de los marxistas no entenderán nunca esta verdad; los resultados del error están cotidianamente a la vista para desgracia de los hombres concretos.

La buena doctrina aparece en un fallo de la Corte Suprema el 27 de abril de 1945, en el juicio "Compañía de Electricidad de Corrientes c/provincia de Corrientes" ([14]), el cual, según escribe Oyhanarte, "deja adivinar la pluma y el pensamiento de Casares"([15]).

Dicho fallo no confunde "bien común" con "bien colectivo" o con "suma de bienes individuales", al estilo del capitalismo liberal de Locke. Por eso pueden surgir bienes o intereses individuales incompatibles por su falta de ordenación armónica respecto al bien común político. De allí que la Corte resuelva: *"no hay inviolabilidad de la propiedad que prevalezca contra una urgencia de bienestar general. No hay interés individual verdaderamente legítimo que pueda estar en colisión con las exigencias del bien común, en la plenitud del cual reciben aquellos acabada satisfacción"*.

---

([13]) Fallos..., t. 220-II, pág. 1322.
([14]) Fallos..., t. 201, pág. 432.
([15]) Art. cit., pág. 111.

Estas ideas reciben su complemento en su voto en el juicio "Bustillo, Susana C. Pacheco Santamarina c/Café Paulista" ([16]), el 5 de marzo de 1953, donde *muestra la amoralidad del naturalismo económico*, ya que *"la regulación de la vida económica del país, subordinada como debe estar siempre a superiores principios morales y de justicia no ha de estar anónima y mecánicamente regulada por normas de mera valuación económica, provenientes además, de un juego de intereses que puede ser, y —muchas veces son— ajenos a los principios aludidos"*.

Todo lo expuesto no es más que un pálido reflejo de la gran tarea judicial de este filósofo y juez cristiano.

## XXII

### EL DERECHO CRISTIANO

Como filósofo cristiano nunca pensó que el hombre redimido, en su situación existencial concreta, pudiera prescindir o poner entre paréntesis las verdades de la Revelación.

Y como jurista cristiano tuvo clara conciencia de que "en la sociedad de hombres redimidos debe imperar un derecho superior al derecho natural".

La aplicación de esta tesis lo llevó a elaborar su temática en torno a la "plenitud del derecho" o al "derecho cristiano", que trae consigo un ajuste, un afinamiento y una elevación del derecho natural.

Porque el cristiano que es depositario gratuito de las verdades de la Revelación, que se encuentra por la gracia divina recibida en el bautismo elevado a un orden sobrenatural ([17]), no puede quedarse en el plano natural.

---

([16]) Fallos..., t. 225, pág. 134.

([17]) El orden sobrenatural constituye una verdadera vida. El alma, que es su sujeto actúa a través de sus potencias (entendimiento y voluntad) dispuestas gracias a las virtudes infusas y los dones del Espíritu Santo "a obrar según el dictamen de la razón iluminada por la fe". Ese orden tiene una regla, la ley divina positiva, gracias a la cual el hombre participa de modo más perfecto en la Ley eterna y se orienta hacia su destino supremo.

Tomás Casares vivió en forma intensa esa vida y en él siempre pudimos palpar la presencia de *don de piedad perfeccionando a la justicia y a sus virtudes anexas, incluida la virtud de religión.*

Su ejemplo sirve para ilustrar las palabras de Antonio Royo Marín O. P.: "¡Qué distinto es practicar el culto de Dios únicamente bajo el impulso de la virtud de la religión, que nos lo presenta como Creador y Dueño soberano de todo cuanto existe, a practicarlo bajo el impulso del don de piedad, que nos hace ver en El un Padre!... Las cosas al servicio de Dios se cumplen con exquisita perfección y delicadeza... Y en el trato con los hombres qué nota de acabamiento pone el sentimiento entrañable de que todos somos hermanos e hijos de un mismo Padre, a las exigencias, de suyo ya sublimes de la caridad y de la justicia... La tierra y la creación entera son la 'casa del Padre', en la que todo cuanto existe habla de El y de su infinita bondad y ternura" ("Teología de la perfección cristiana", Ed. Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 1962, págs. 527 y 528).

Tomás Casares que buscó ser perfecto como el Padre celestial, supo asumir en los diversos órdenes de la vida, *la paternidad* como participación en la Paternidad suprema. Y nos dejó escrito: "lo que Dios creador es para nosotros se expresa con plenitud de sentido en la palabra *Padre*".

## XXIII

### CONTRA LOS ERRORES CONTEMPORANEOS

Por eso cuando hoy en ambientes cristianos un *nuevo averroísmo* nos invita a rechazar de hecho el mensaje cristiano y recurrir a la filosofía de Aristóteles o a la autoridad jurídica de los juristas romanos; cuando se nos habla de *"ocaso"* o *"derogación"* de la doctrina social de la Iglesia a la vez que se nos invita a participar en un *mundo tecnocrático* convertido en inmenso hormiguero de productores y consumidores; cuando el *modernismo,* la *evolución* perfectista, el *naturalismo* y el *positivismo* presentan viejos errores con nuevos atavíos lingüísticos *aparece la viril figura de Casares que nos habla de la Realeza Social de Cristo y nos pone como ejemplo* de ensayo de civilización cristiana a la *cristiandad medieval* que "se constituyó jurídicamente con las estructuras del derecho romano, eso es de un derecho positivo exclusivamente fundado en los principios del orden natural, pero operando en él una progresiva transformación entrañable por virtud de la formalidad cristiana, que presidía la actuación cristiana de aquel ordenamiento" ([18]).

## XXIV

### CONTRA LOS ENEMIGOS DE LA INSTAURACION CRISTIANA

Nuestro maestro y amigo a lo largo de toda su vida denunció con claridad a los enemigos contemporáneos de una nueva instauración cristiana: el liberalismo y el marxismo y todos sus derivados, hijos legítimos de la Revolución moderna.

En 1967, con referencia al origen de los males de nuestro tiempo, escribió en la revista de esta Universidad, que el humanismo antropocéntrico del Renacimiento promovió a un hombre desligado "de las subordinaciones que comportaba su condición en el seno de la Iglesia y de la Cristiandad. El protestantismo lo sustrajo al orden de la Iglesia y la Revolución Francesa al orden de la Cristiandad. Al comunismo mediante la Revolución Rusa le incumbió la misión de sacar las últimas consecuencias y sustituir a la Iglesia y a la Cristiandad por dos réplicas invertidas de ellas: un estado de espíritu y un estado social impuestos mediante un régimen que comporta la más radical negación de Dios y de todo orden que tenga una razón de ser cristiana" ([19]).

Ya en 1949, en el discurso antes citado, había revelado con agudeza la religiosidad antropocéntrica y pervertida del marxismo y aludido a la frase de Prometeo: odio a todos los dioses. "Es el apóstrofe —son palabras de Marx, reveladoras del corazón de su doctrina y el signo de su bandera— que se dirigirá contra todos los dioses del cielo y de la tierra que no reconozcan a la conciencia humana como la más alta divinidad".

Pero casi 30 años antes, el 22 de agosto de 1920, el joven Tomás Casares, representando en la Banda Oriental a la juventud católica argentina, daba un

---

([18]) "Sobre la virtud infusa de justicia en la perspectiva de una concepción cristiana del derecho", en "La justicia y el derecho", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974, pág. 248.

([19]) "Plenitud del derecho", en "Universitas", Buenos Aires, agosto de 1967, Nº 1, pág. 22.

panorama del mundo contemporáneo, que después de 60 años conserva su más rigurosa actualidad. Es el panorama de *un mundo materialista liquidándose a sí mismo.* "El *capitalismo,* forma degenerada del legítimo capital, y su adversario el *socialismo,* aspecto económico, parcial y adúltero de la lucha por la justicia, *obedecen a la misma ideología positiva y amoral.* Y el esfuerzo pacificador de transacción intentado por algunos socialistas vacilantes, por los capitalistas atemorizados y los gobiernos liberales es una vana ilusión, *impotente para restaurar la excelsitud sobrenatural* que unos y otros desterraron de la sociedad y del espíritu, y *sin la cual el mundo es una tienda de mercaderes*" ([20]).

## XXV

### LA RESTAURACION DE LO SOBRENATURAL

Para cambiar las cosas hay que comenzar por poner a los mercaderes en el lugar que les corresponde.

Ese lugar es subordinado, por eso los antiguos hindúes los hacían salir de las nalgas de Brahma, en tanto los guerreros salían del pecho y los sacerdotes de su boca.

Pero para ello, teniendo en cuenta que la materia divide y que sólo el espíritu une a los hombres, no hay otro remedio que el señalado por Casares: restaurar en la sociedad la auténtica jerarquía que permita la presencia de lo sobrenatural. La economía tiene que estar al servicio de la política; la política al servicio del hombre y el hombre al servicio de Dios.

Esa es la única estructura que posibilitará entre los hombres la presencia del amor. Pero no de ese amor tan publicitado hoy, producto de una espontaneidad que degrada, sino del amor de Cristo, que es el amor que redime y libera.

El amor que Casares trató de hacer reinar en todos los círculos de su actuación. El amor al cual se refería el noble filósofo Boecio:

¡Oh feliz género humano
si rigiera vuestras almas
el amor que rige el cielo!

BERNARDINO MONTEJANO (H.)

---

([20]) "La realidad social y el ideal católico", en "De nuestro catolicismo", Ed. Coni, Buenos Aires, 1922, págs. 26 y 27.

## LA ESENCIA RACIONAL DE LA LEY SEGUN SANTO TOMAS (*)

En el primer artículo de la cuestión 90 de la Iª IIae, trata Santo Tomás una cuestión fundamental para alcanzar la esencia de la ley. "Utrum lex sit aliquis rationis". Si la ley sea algo de la razón. Su importancia es grande y por ello, seguramente, inicia el Santo Doctor su Tratado de la Ley con la dilucidación de este punto.

Antes de pasar a considerar las fecundas consecuencias de la doctrina que el Angélico sienta en este artículo, vamos a entrar en la médula, digamos así, de la demostración que encontramos en el cuerpo del artículo.

Hemos de decir desde ahora, que la división de la cuestión 90 de la Prima Secundae, que estamos tratando, en cuatro artículos diversos, responde al deseo de estudiar las cuatro causas de la ley: formal y material, final y eficiente, y, por último, la causa sine qua non, que se analiza al hablar de la promulgación de la ley.

En el artículo Primero estudia Santo Tomás las causas material y formal de la ley, vale decir, lo que constituye su esencia en el más estricto sentido de la palabra.

Vayamos al primer intento que nos propusimos más arriba.

Estamos tratando de los *actos humanos*, vale decir, de los actos del hombre como tal, no de aquellos actos que tienen al hombre como causa, simplemente, o que son humanos en cuanto al modo, sino de aquellos que proceden del hombre *como ser libre*, poseedor de inteligencia y voluntad, actos, en suma, *deliberados*, porque proceden de *la voluntad deliberada*. De estos actos trata el Aquinatense en su Prima Secundae, ya sea del fin de estos actos (qs, 1 a 5), ya de estos actos en sí mismos (qs. 6 a 48), ya de los principios *intrínsecos* de los actos humanos, vale decir, de los hábitos, en general, con los buenos y malos —virtudes y vicios— lo cual abarca las cuestiones 49 a 89.

En la cuestión 90 empieza a tratar de los principios *extrínsecos* de los actos humanos, que son dos, según nos dice el Santo, en el Proemio de la cuestión: el diablo, *principium inclinans ad malum*, y Dios, *principium movens ad bonum*. Pero de Dios procede el bien de la creatura racional de dos modos: por *la ley*, mediante la cual se nos instruye, iluminándonos, o por *la gracia* en cuya virtud Dios nos ayuda, fortaleciéndonos.

De este modo, pues, estamos colocados en el terreno donde debemos tratar la cuestión: estudiamos uno de los principios extrínsecos de los actos humanos: la ley.

Ya dijimos que Santo Tomás, analiza en este artículo I de la q. 90, las causas formal y material de la ley. Tiene, pues, él, fundamental importancia para conocer la esencia de la misma. Y comienza por plantearse una cuestión de cuyo total alcance nos vamos a dar cuenta cuando analicemos todas las

(*) Extractado de la revista "Ortodoxia", Nº 1, julio de 1942. Agradecemos al autor la autorización para su publicación. (N. de la D.)

virtualidades que contiene la doctrina que se dé como respuesta a esta pregunta: "¿Es la ley algo de la razón?"

Analicemos el raciocinio de Santo Tomás.

Estamos en el terreno de los actos humanos, por lo tanto, en el terreno *del obrar*. Ahora bien, en este campo del obrar, lo que causa la actividad del ser, es el *"fin"*. En efecto: el hombre obra como tal, siempre, por un *bien*, pues tal obrar, o sea el acto humano, propiamente tal, como acto que es de la voluntad o facultad apetitiva, se distingue precisamente por eso, es "especificado" por el bien —ya que el acto humano, al ser voluntario, deriva de la facultad apetitiva, nos está hablando de "un bien" *objeto de todo apetito*— bonum est quod omnia appetunt. Pero sabemos que todo "bien" es honesto, deleitable o útil. En los dos primeros casos el bien tiene razón de fin; el último es por razón del fin. Luego todo obrar humano es por un FIN.

De todo esto se saca inmediatamente una conclusión que Santo Tomás, siguiendo a Aristóteles, expresa en múltiples lugares, diciendo que el primer principio en el orden del obrar (primum principium in agendis, in actionibus, agibilium, operabilum, in operativis), es el FIN.

El obrar no puede salirse del cuadro del fin, puesto que es su amor, lo que lo produce. "Así, pues, —dice Santo Tomás, en la q. 94, art. II, ad corpus— como el *ser* es lo primero que cae en la aprehensión *simpliciter*, así el bien es lo primero que cae en la aprehensión de la razón práctica, que se ordena a la obra. Porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien. Y por lo tanto, el primer principio en la razón práctica es el que se funda sobre la razón de bien: que es: Bonum est quod omnia appetunt."

Y dice aquí Santo Tomás: según expresa el Filósofo el primer principio in agendis *es el ordenar al fin*. En efecto: el fin es el término querido de la acción, que ha de alcanzarse mediante "algo" "dirigido" a ese fin, "ordenado al fin".

Pero si ese fin es "querido", lo es porque antes es "conocido". La voluntad es una potencia ciega que sólo puede dirigirse hacia un fin mediante la iluminación que es propia de la razón, que conoce lo que la voluntad quiere.

Ahora bien, esto que se dice del fin, que antes es conocido para ser querido —*nil volitum nisi praecognitum*— debe decirse necesariamente también de todo "ordenar" a un fin y por las mismas razones.

Por lo tanto, saquemos la conclusión que de todo esto se desprende: el primer principio en el obrar, que es *ordenar a un fin*, es propio de la razón, facultad que conoce el fin y conoce los medios adecuados para alcanzarlos, porque empieza por ser la única que alcanza con la "luz" que le es propia, la relación de medio a fin y la proporcionalidad del medio para conseguir el fin. Esto lo expresa el Angélico a propósito de la ley, cuando dice: Rationis est ordinare ad finem: de la razón es el ordenar al fin.

Ahora bien; los actos humanos, según ya dijimos, nos traen al campo del obrar. Por eso el primer principio in agendis, será también el primer principio de los actos humanos, "porque todo lo que está en un género, se deriva del principio de ese género" (q. 1, a 1). Y si este primer principio, según hemos demostrado, es de la razón, de otro modo dicho, es la razón misma, como facultad que ilumina y dirige en las relaciones de medio a fin, tendremos que será también la razón el primer principio —*el unde primum aliquid vel est, vel fit, vel cognoscitur*— de los actos humanos. Santo Tomás lo afirma aquí y en diversas otras oportunidades, particularmente cuando trata de los actos humanos en general.

Por otra parte, sabemos que el primer principio de un género es la regla y medida de lo que está en todo ese género, así la unidad en el género del número, el movimiento en el género de los movimientos. Por eso, el primer principio de los actos humanos —que hemos demostrado ser la razón— será la regla y medida de todos esos actos. La razón es la regla y medida de todos esos actos.

Sigamos el raciocinio, considerando ahora la ley misma. Pues ¿qué contemplamos en ella? Vemos que su contenido está dado por su IMPERATIVIDAD, por su IMPERIO, en dos sentidos: o induce a obrar o retraer de obrar. Si esto es así, es evidente que la ley tiene carácter de regla y medida de los actos humanos, porque regula y mide a esos actos según la proporción que ella misma es y ha hallado con relación al fin de sí misma.

Y por último llegamos a la conclusión que se desprende inmediatamente de todo este razonar: si la ley tiene carácter de regla y medida de los actos humanos, y la regla y medida de estos actos es la razón, la ley es evidentemente algo de la razón, algo que viene causado por ella, que de ella se deriva como de su principio formal.

Esto es lo que el Doctor Angélico expresa en el cuerpo del artículo. Pero de lo que él dice en otras partes del mismo artículo y otros lugares de sus obras, podemos llegar a mayores determinaciones sobre la esencia de la ley.

Hemos venido a algo que es fundamental: a determinar el *carácter racional* de la regla que es la ley. Vamos a ver ahora, *cómo* la ley es de la razón.

En primer lugar hemos de decir que la ley tiene propiamente esencia de tal, cuando está en la razón del que regla y mide los actos humanos, porque cuando está en quien es reglado o medido, se manifiesta, entonces, como "inclinación a obrar", que sólo *participative,* dice Santo Tomás, puede ser llamada ley, ya que esa inclinación misma, supone una ley de la cual proviene. Entenderemos esta *inclinación* en todo su sentido, cuando veamos la posición que tiene la ley en la génesis y desarrollo del acto voluntario y su fin.

Y vamos a ello.

Hemos dicho, que nos encontramos en el campo del obrar. La ley es un principio extrínseco de los actos humanos. Ahora bien: ¿cuál es el principio en el orden del obrar? Tanto Santo Tomás como Aristóteles, nos contestan en diversas oportunidades, que no es otro que lo que denominan la *razón práctica.* Porque el intelecto se ordena a la ciencia simplemente y allí se detiene en su contemplación; o bien la ciencia es por razón de la acción, y, entonces, tenemos la realización de la vida civil en el ejercicio de las obras virtuosas. La primera razón es la *especulativa,* la segunda es la *razón práctica.*

¿Y cuál es la manera de proceder de la razón práctica? En la razón práctica, al igual que en la especulativa, nos contestan Santo Tomás y Aristóteles, tenemos, por un lado, la *facultad* del ánimo, con su *acto,* y, por otro, "algo" que es como el término operativo de esa misma facultad, algo es, no su obra —su "opus" como en el primer caso— sino su *producto* —su "operatum". Al igual, pues, que podemos distinguir la edificación —que es la "operatio"— de lo edificado —que es el "operatum"—. El ejemplo es del Aquinatense.

Y así como en la razón especulativa debemos considerar el acto mismo de la razón, que es el inteligir y el raciocinar, y ese "algo" que es producto del acto y que por él se constituye —como la definición, la enunciación y el silogismo—, así también en la razón práctica, debemos separar su acto, de su "operatum", de aquello, que según la misma terminología tomista, queda *constituido* por el acto de esa razón.

¿Y cuál será la naturaleza de ese operatum de la razón práctica?

El Santo Doctor nos contesta, siguiendo al Filósofo, que así como en la razón especulativa existen principios y proposiciones que nos llevan a ciertas conclusiones del orden teórico, así también el operatum de la razón práctica son también *principios y proposiciones* que se comportan respecto de la *acción*, como en la especulativa los principios y proposiciones respecto de la *conclusión*. De ahí pues, que se nos diga que la razón práctica procede, en el orden del obrar, a manera de silogismo, en que las proposiciones, universales de la mente práctica ordenada a la acción, miran a esta acción a la manera *de una conclusión*.

Ahora bien: Santo Tomás nos dice que estos principios y proposiciones de la razón práctica ordenada a la acción, *tienen razón de ley*.

La ley es, para el Angélico un OPERATUM de la razón práctica y no esta facultad misma, ni sus hábitos, ni su acto mismo, operatum con verdadero carácter de principio o proposición, cuya universalidad es mayor a medida que tales "productos" de la razón se acerca y se desprenden más cercanamente del primer principio del orden del obrar —el fin— y su expresión moral más alta en el "seguirás el bien, y evitarás el mal", raíz y principio de toda la ley natural, como se demuestra en el art. 2 de la q. 94.

Y esto que Santo Tomás dice en el ad. 2un. del artículo que comentamos, nos viene a dar la primera norma para una cabal comprensión y distinción de los conceptos de ley natural y ley positiva —y también de la ley de gentes. Pero no es nuestro intento tratar de ello aquí ya que nos haría salir del tema que nos hemos propuesto.

Reviste, pues, la ley de índole de "producto" de la razón, en forma de principio o proposición de carácter más o menos universal.

Pero es necesario llegar a determinar con mayor precisión aún, la esencia de la ley —proposición de la razón práctica, porque hay otros "productos" de esa misma mente, que revisten tal carácter y, sin embargo, son distintas de la ley. Tal sucede con el *Consejo*.

La ley y el consejo tienen algo de común, y que es de grande importancia para aprehender la esencia de la primera: ambas pertenecen al acto de la razón que es el "imperar", el "ordenar".

IMPERAR u ORDENAR, vale tanto como *dirigir*, intimando a hacer o a no hacer alguna cosa. Si "imperar" es dirigir, fácilmente se comprende —como dice Santo Tomás— que tal acto, sea acto de la razón, ya que ésta es la única facultad que podríamos llamar "iluminativa", que vale decir "directiva".

Pero, ¿la ley envuelve efectivamente un acto de imperio? Sobre ello no cabe la menor duda, ya que todo el contenido de la ley misma, no es otra cosa que "praecipere et prohibere" —preceptuar y prohibir. Y Santo Tomás en el "por el contrario" del artículo, lo manifiesta expresamente para venir a probar, con lo que refuérzase su argumento del "corpus", que la ley "es algo de la razón", porque lo es el "ordenar" o "imperar".

Y aquí hagamos la distinción entre la ley y el consejo: ambas ordenan. Pero mientras el consejo lo hace "absolutamente" de tal modo que su modo normal de expresión es el indicativo: tienes que hacer esto —la ley se expresa "exigitivamente": haz esto— o no la hagas —y así, dice el Aquinatense— su intimación se diferencia de la primera en que *mueve* exigitivamente al acto.

Y por aquí se echa de ver qué papel desempeña la voluntad en la ley. Muchos teólogos y juristas, a diferencia de Santo Tomás, han querido ver en la ley un producto de la voluntad. Hemos visto cómo el Doctor Común

refuta acertadamente esas teorías, al sentar con precisión que la ley es algo de la razón: un dictamen de la razón práctica, una proposición universal cuyo todo contenido está dado por el "praecipere et prohibere" exigitivamente. mente.

A diferencia de Suárez, Castro, Escoto, Gregorio de Rémini, Becano, y entre los modernos y de los más manuales, Castelein o Cathrein, —Santo Tomás sólo le da a la voluntad el carácter de *presuponerse* en el acto propio de la razón que es el imperar: "El primer motor —dice, y habla de movimiento porque nos ha dicho que el imperar "mueve" exigitivamente— en las fuerzas del alma para el ejercicio de los actos es la voluntad. Como, pues, el segundo motor no mueva, sino en virtud del primer motor, se sigue que esto mismo que la razón mueve imperando, lo sea por virtud de la voluntad. De donde sigue que imperar es acto de la razón, presupuesto el acto de la voluntad en cuya virtud la razón mueve por medio del imperio al ejercicio del acto" (q. 17, a. 1, ad corp.).

Vemos, pues, que la ley es acto de imperio, que todo su contenido está dado por su imperatividad. Ahora bien: analizando, aunque sea someramente, como lo haremos, la posición que el *imperar* tiene en los actos humanos, tendremos estudiadas otra de las facetas de la esencia de la ley, y no de las menos importantes.

Sigamos a Santo Tomás en su admirable estudio del acto humano.

Lo primero que encontramos en el acto humano, es el FIN, que, como sabemos, *tiene razón de principio* en el orden del obrar.

Y aquí se echa de ver, al analizar los diversos actos del voluntario, cómo la razón y la voluntad van siempre juntas, influenciándose mutuamente y precediendo los actos racionales, a los de la facultad apetitiva.

Todo *"fin"* es primeramente CONOCIDO por la inteligencia, y después QUERIDO *por la voluntad.* Nos hallamos entonces, en el dominio de la ***voluntad del fin***, en el que esta facultad guarda una relación de simple proporción respecto del fin, como se desprende de lo que Santo Tomás enseña en la q. 16, art. 4, 1ª IIae.

Tal es la génesis general de la voluntad del fin, cuyos actos propios son: en primer lugar, la *simple percepción* del fin por la inteligencia pero bajo la razón de bien y no de fin, todavía, a la que se sigue la *complacencia* de la voluntad o su simple querer, al aplicarse al fin en esa misma razón de bien; en segundo lugar, la *percepción intelectual* del fin en su razón de fin, es decir, como término de la facultad apetitiva, a la cual corresponde en ésta *el goce*, si bien *imperfecto* de ese fin, bajo la razón propia de bien deleitable. En tercer lugar, la *percepción intelectual* del fin como término posible de la voluntad mediante la utilización de ciertos medios, a la que corresponde en la voluntad el acto de la *intención* "que como lo indica su propio nombre —dice Sto. Tomás— significa tender hacia alguna cosa", tender hacia el fin que quiere el acto de la facultad apetitiva, empleando los medios necesarios para ello.

Con estos actos terminan los de la voluntad del fin. Ahora bien, si un fin es *querido*, si la voluntad *tiende* a él para llegar a su *posesión*, es preciso que los medios que deben conducir a su consecución con carácter de necesarios, sean también *queridos* por la voluntad.

Nos encontramos, entonces, en el campo propio de la *voluntad de los medios*, en los que esta facultad al igual de lo que sucedía respecto del fin, guarda una relación simple de proporción con los medios queridos.

En efecto, sólo en el tercer momento, que es el de la consecución del término, hay posesión perfecta, ya de los medios, ya del fin, con los actos que en seguida veremos.

Sobre los medios únicamente, en cuanto tales, pueden recaer los siguientes actos, que integran tal voluntad de ellos: en primer lugar, *la deliberación* o "consilium" que "es una investigación necesaria de la razón antes de su juicio sobre lo que es necesario escoger, en las materias dudosas e inciertas" —dice el Angélico en la q. 14, a. 1. En segundo lugar el *consentimiento*, acto de la voluntad "que designa —expresa Santo Tomás (art. 3, q. 15)— la aplicación del movimiento apetitivo a algo preexistente en la potestad del que lo aplica" como es el juicio que concluye una deliberación.

Ahora bien, si el medio requerido para alcanzar el fin es uno solo, es evidente que, descubierto por la deliberación, el consentimiento se adherirá en seguida a él y en ese caso tal consentimiento vale lo que una *elección* que es el acto que al escoger sobre los medios necesarios a un fin, concluye propiamente el momento de la voluntad de los medios.

Pero si al contrario del caso anterior, son varios los medios que se presentan como conductores al fin, y no es posible emplearlos a todos, entonces la razón *delibera* nuevamente y *juzga de nuevo* y su juicio nos dirá del *predominio* de uno de los medios. La ELECCION propiamente dicha, funciona, pues, entonces sobre los medios, dando al juicio de la razón, el carácter del ULTIMO JUICIO PRACTICO, de cuya importancia moral nos instruye debidamente la ética.

Llegamos, así, al tercer momento del acto voluntario y es el que más directamente nos interesa para discernir la posición de ese "operatum" de la razón que en forma de proposición universal de contenido imperativo, es la ley.

Hasta ahora, la voluntad ha presentado sólo cierta proporción tanto con el fin, como con los medios; sin llegar a *apoderarse* de ellos. Los ha conocido, los ha querido, los ha elegido. Ahora va a entrar en la *ejecución* de sus designios. Y lo mismo que para el caso de los momentos anteriores, tenemos que hablar respecto de los medios y respecto del fin. ¿Cómo se apodera la voluntad de unos y otros? Vale decir, ¿cómo llega a su término?

Con relación a los *medios* la razón empieza por IMPERAR, vale decir ordenar o dirigir a otro, preceptuando o prohibiendo la realización de algo. Luego la voluntad USA propiamente el medio escogido para realizar el fin, y que la razón ha imperado. "El uso —dice Santo Tomás— de alguna cosa importa la aplicación de esa cosa a alguna operación, de donde la operación a la cual aplicamos alguna cosa, se dice su uso, como equitar es el uso del caballo, percutir el del bastón". El uso que sufre la cosa, ES LA EJECUCION propiamente dicha del acto.

Relativamente al fin, el momento terminal del acto humano presenta dos aspectos: uno que es la *toma de posesión*, toma de posesión que respecto del fin último del hombre se llama visión beatífica; y otro es la *fruición perfecta* o reposo de la voluntad llegada a su fin.

Vemos, pues la posición que la ley como acto de la razón en su función imperativa que es, ocupa en la consecución del fin.

Pero, ¿de qué fin hablamos cuando hacemos referencia a la ley?

Sabemos que Santo Tomás nos ha dicho que la ley es regla y medida de los actos humanos, bajo la razón de imperio exigitivo *de esos mismos actos*.

Sabemos también que la ley propiamente dicha, la hemos de considerar en la razón del que regla y mide los actos humanos, vale decir, del *legislador*.

Estas dos premisas nos están diciendo de qué fin debe tratarse, ya que la primera viene a expresarnos que con la ley, regla y medida de la *vida humana* se halla involucrada la cuestión de la *dignidad* y del *fin del hombre* mismo en su calidad de *persona.* Y con la segunda venimos a tocar a aquello cuya *dignidad* y cuyo *fin propio* está, precisamente, en manos de aquel que la tiene a su cargo, el "legislador". Hablamos de la "comunidad".

De aquí que el fin que quiere alcanzarse, cuando la ley entra con su "imperio" a ordenar la "utilización" de los medios, no puede ser sino un fin que al mismo tiempo que comprende al del hombre en su carácter de PERSONA, abarca al de la comunidad de la cual el *individuo* humano, es parte. Tal fin, que como todo fin, sólo puede tener razón de BIEN, y en este caso de verdadero bien, es el *bien común*, y que como abarca a la persona y a la comunidad sólo puede llamarse "común".

Y este fin, como fácilmente se comprende, es también el fin de la ley: "De donde se sigue —expresa Santo Tomás, al finalizar el corpus del a. 2 de la q. 90— que llamándose máximamente así la ley según su orden al bien común, es preciso que cualquier precepto sobre algo particular, no tenga razón de ley sino según su enderezamiento al bien común. Y, por lo tanto, toda ley se ordena al bien común."

Este es, pues, el fin de la ley: el bien común; y el fin que el legislador se propone al ordenar los actos humanos, *el fin de su función específica.* Y la ley se presenta a la manera de "imperio", cuando ya comienza la "ejecución" en el proceso del acto voluntario del legislador que persigue su fin específico.

Pero también son los actos humanos la materia propia del "imperio" legal, según se desprende de todo lo que venimos diciendo hasta aquí. Y en este punto es preciso hacer una última observación: la ley impera para que los actos humanos *utilicen ciertos medios.* La ley alcanza, pues, a los actos humanos EN la ejecución de los medios, y estos actos recaen sobre los medios a título de USO de los mismos, y no a título de deliberación, ni de consentimiento ni de elección.

El acto humano que es imperado por la ley, tiene en este momento, según la doctrina expresada más arriba por el Aquinatense, respecto de esa ley, el carácter de USO ACTIVO, porque es un acto de la facultad apetitiva; y los medios sobre que recae ésta la índole de *uso pasivo* o ejecución propiamente dicha.

Creo que no es posible dar con mayor precisión el lugar que la ley ocupa en la consecución propia de la vida social; y tan admirable y fecunda es esta doctrina, como la maravillosa y precisa definición del carácter racional de toda ley, verdaderamente tal.

Y como resumen de esta nota tengamos, pues, por establecido que la ley deriva de la razón como de su principio formal, y representa en la razón práctica del legislador que la promulga un "operatum" o producto de ella, que bajo la forma de proposición universal impera, ya preceptuando, ya prohibiendo, sobre los actos humanos más varios, en orden a la consecución del bien común de la persona y de la comunidad, y que el legislador comienza a percibir por su razón, por medio y a través de las esencias de las cosas, y acaba por perfeccionar con la consideración de lo divino y de lo humano, y la subordinación jerárquica de los valores.

BENITO RAFFO MAGNASCO

# EL DERECHO
## (Aproximaciones a su esencia)

### I. *Definición nominal*

La Justicia —virtud moral— y el Derecho —hábito intelectivo— tienen a *lo justo* por objeto *(to díkaion, jus)*(1).

El adjetivo castellano *justo* proviene del adjetivo latino *justus-a-um*, del cual *jus*, piensan algunos, sería un apócope (2). Según una discutida etimología de Ulpiano *jus* derivaría de *justicia* (3). Aunque tal etimología no fuese correcta, tendría el valor de informarnos sobre el sentido preciso con que el término *jus* fue usado por los jurisconsultos romanos y con el cual pasó a la posteridad. Santo Tomás acepta esa derivación (*jus*, derivado de *justitia*, es decir, de justeza) en razón del uso común: *dicuntur enim vulgariter ea quae adaequantur justari*(3 bis), y está convencido de que los juristas llaman *jus* a la misma cosa que Aristóteles llama lo justo *(to díkaion)* (4).

En castellano y en las demás lenguas europeas modernas esa realidad se llama también *derecho* (*diritto, direito, droit, rigth, recht*, etc.), término que proviene (via *directum*) del verbo *dirigo* compuesto de la preposición *di* (o *dis*) y del verbo *rego*. Este verbo, a su vez, proviene de *regula* (regla), herramienta usada desde antiguo por los artesanos como guía para seguir en la construcción las líneas o planos exigidos por la idea previa de la obra. Según este sentido etimológico el derecho es lo conforme a la ley, que es la regla y medida de los actos humanos(5).

---

(1) Ethic. ad Nic., lib. V, cap. 2, 1129a 30 ss., y 1 Dig., I, 1.

(2) V. gr. Soto, "Tratado de la Just. y el Der.", trad. de Torrubiano Ripoll, ed. Reus, Madrid, 1926, t. II, pág. 192.

(3) 1 Dig. I, 1: (*Jus*) *est autem a justitia apellatum*". Los modernos filólogos hacen descender *jus* de las raíces sánscritas *yu* (de donde vendrían también *iugum* y *iungere*) o de *yoh*. Ver Graneris, *Philosophia* juris, pág. 33 y ss.

(4) "Idem (juristae) nominat jus, quod Aristoteles justum nominat" (In V Ethic., lect. 2, Nº 1016).

(5) "*Lex quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur* (S. Th., Ia. IIae., q. 90 a 1). El problema de la regla y medida (*kanón kai métron*) parece haber sido introducido por Protagoras (cfr. Platón, Eheet., 152a) con su afirmación de que "el hombre es la medida de todas las cosas". A ello responde Platón que "Dios se la verdadera medida de todas las cosas" (Leg., 716c). Aristóteles afirma que "el *virtuoso* ve en cada cosa la verdad como si fuera de alguna manera su regla y su medida" (Ethic. 1113a 33-34). Se trata aquí de la regla y medida próxima de los actos comunes. En cuanto a la regla y medida última, Santo Tomás la pone en la ley eterna, que en cuanto es participada por la creatura racional se llama ley natural.

Esta doble denominación del objeto de nuestra ciencia ("justo" y "derecho") corresponde a las dos notas inteligibles contenidas en su esencia, a que nos referiremos en seguida([5 bis]).

II. *"Legal" e "igual"*

Aristóteles enseña que lo justo *(to díkaion)* es al mismo tiempo legal *(nómimon)* e igual *(íson)*([6]) En esto es seguido por Ulpiano y los demás jurisconsultos que a lo legal llaman *bonum* y a lo igual *aequum*([7]), y por Santo Tomás para quien lo "legal" es lo recto ([8]), lo debido ([9]), y lo "igual", lo adecuado o conmensurado a otro. Estas dos notas inteligibles, razones, o relaciones de lo justo fundan la división de la justicia en general y particular (Aristóteles) y del derecho en público y privado (Ulpiano). Las examinaremos separadamente, pero recordando siempre que en lo justo está de tal manera unidas que si uno de ellas faltara no estaríamos ante el objeto de la justicia sino ante el de otra virtud([10]).

1. Lo *legal (to nómimon) es* lo conforme a la ley *(nómos)*, y como lo propio de la ley es ordenar todas las cosas al bien común, es lo conforme a ese orden. La ley, en efecto, dice Aristóteles, ordena siempre al bien común, de una manera perfecta en los regímenes políticos pura y simplemente justos, o de una manera más o menos imperfecta en los que son justos según algo solamente. Ordena los actos de las demás virtudes morales —templanza, fortaleza, prudencia, justicia particular— al bien común de todos, por lo cual lo que es conforme a la ley es bueno para todos, y lo que le es contrario, malo. Tal es la razón por la cual ULPIANO y los jurisconsultos llaman a lo legal *bonum* ([11]), identificándolo con lo lícito ([12]). Se trata de lo que es bueno para todos en la comunnidad política o civil, que no siempre es honesto ([13]) ya que la ley humana no puede mandar los actos de todas las virtudes ni prohibir todos los

---

([5 bis]) Parece que después del renacimiento del D. Romano por obra de la escuela de Bolonia, en el siglo XII, quienes se oponían al *jus* en nombre de la rectitud evangélica, designada en lengua vulgar con el término *derecho*, originaron la doble denominación de "justo" y "derecho" (ver Villey, "La formation de la pensée juridique moderne", ed. policopiada Montchrestien, París, 1968, pág. 106).

([6]) Ethic. ad Nic., lib. V, cap. 2, 1129a 33: "Lo justo, por lo tanto, es lo que es conforme a la ley y lo que respeta la igualdad, y lo injusto lo contrario a la ley y lo que falta a la igualdad".

([7]) Cfr. nuestro ensayo "Público y Privado" en Sapientia, Nº 125, año XXXII, 1977, pág. 263 y ss.

([8]) Cfr. De Ver., q. 23 a 6. Es curioso que Santo Tomás atribuya a San Anselmo la afirmación de que la justicia es cierta *rectitudo* y a Aristóteles el que es *adaequatio*. Tal vez esto se deba a que está tratando de si la justicia en la creación depende de la simple voluntad divina, de modo que trata de averiguar si la *primera* razón de regla se encuentra en la simple voluntad divina o en la sabiduría divina. Ahora bien, es por lo menos dudoso que el *nómos* de AR. derive de la ley eterna y reconozca en ella la primera razón de regla.

([9]) Loc. cit. "...*ratio justitiae debitum requirit*". Nótese que la *ratio debiti* no se encuentra en el que da sino en el que recibe, y que una cosa puede ser ordenada a otro *ex debito vel ex congruo (ad 3 y ad 6)*.

([10]) S. Th., IIa. IIae., Q. 80 a. *unicus*.

([11]) Op. cit. *supra*, n. 7. Según los estudios filológicos de Carcaterra, el significado de *bonum* en el lenguaje de los juristas romanos es "calidad de lo que es conforme a las normas de derecho positivo relativas a la materia considerada" (cfr. Thomas, Yan, "*Le langage du droit romain*", en Archives de Phil. du Dr. t. XIX, 1974, pág. 103 y ss.).

([12]) Nótese en s 1, 1 Dig. I, 1 el paralelismo entre *aequum-iniquo* y *licitum-illicito*, y la correspondiente del último de estos contrarios al *bonum* y del primero *al aequum*.

([13]) *Non omne quod licet honestum est* (Paulus, 144 pr. Dig. lib. L, tít. XVII).

vicios. Puesto que la rectitud de lo justo jurídico se mide por comparación con la ley política o civil, no por comparación con la ley moral que ordena al bien común universal, el derecho difiere de la moral ([14])".

Además de lo lícito, que es lo permitido por la ley, está lo *debido* en razón de ella o de alguna otra ordenación a la cual ella da validez. Debido proviene de *debitum,* y este del verbo latino *dehibeo,* que en su forma arcaica era *dehabeo,* compuesto de la preposición *de* y del verbo *habeo* cuyo significado es "tener (algo) *de*" (como en inglés *to have from*). La preposición *de* significa pertenencia, porque es natural suponer que pertenece a alguno lo que *de* él ha sido sacado o procede. Esta suposición, empero, fundada en lo que los sentidos perciben, puede fallar (algunas veces los sentidos engañan). Puede ocurrir, por ejemplo, que el sombrero que Juan traía en la mano y dejó colgado en la percha no fuera suyo; que lo hubiera traído para devolvérselo a Pedro que antes lo había olvidado en su casa. Por eso la primitiva presunción de que "suyo de alguno es lo que de él ha sido separado o procede", fue sustituida por esta regla: "suyo de alguno es lo que a el está ordenado" ([15]). Ahora bien, ordenar es propio de la razón, y hay dos clases de ordenación de la razón: la ley y la promesa ([16]). La promesa es en sí misma causa del débito o la obligación; la ley, por razón del bien común, proporciona los medios para hacerla cumplir cuando se dan ciertas condiciones, pero no le da el ser fuente de deber ([17]).

Lo legal o recto comprende, pues, lo debido y lo lícito. Y lo debido es lo "suyo" de otro, con un género de pertenencia que no es necesariamente propiedad.

2. Lo *igual* (*to íson*) es lo adecuado a otro, por cuya adecuación es un bien para el otro. La adecuación al bien común resulta de la determinación de la ley: todo lo que según la ley es debido al todo de la comunidad o es por lo menos permitido, es adecuado; pero la adecuación a un particular (grupo o individuo) debe ser determinado en relación a el, pues, como enseña ARISTOTELES, "no siempre lo que en sí es bueno lo es para un particular"

---

([14]) En cuanto a las relaciones entre la moral y el derecho, hacemos nuestra la tesis de Graneris, "Contribución tomista a la Filosofía del Derecho", trad. de Celina A. Lértora Mendoza, Eudeba, Bs. As., 1973, pág. 58 y ss.). Decimos por eso que lo justo "jurídico" (civil, no canónico) obtiene su rectitud de la ley ordenadora al bien común civil o político. De allí la "politicidad" del derecho.

([15]) *Dicitur enim suum alicujus quod ad ipsum ordinatur.* (S. Th., Ia., Pars, Q. 21, a. 1).

([16]) *Obligat autem homo se homini ad aliquid per modum promissionis quae est rationis actus, ad quam pertinet ordinare; sicut enim homo imperando ordinat quodammodo quid sibi ab aliis fiat, ita promittendo ordinat quid ipse pro alio facere debeat* (S. Th., IIa. IIae, Q. 88 a.1, c.). "El hombre se obliga al hombre a algo por modo de promesa, que es acto de la razón a la cual pertenece ordenar; pues así como imperando el hombre ordena en cierto modo lo que los demás deben hacer a su favor, así prometiendo ordena lo que él mismo debe hacer en favor de otro".

([17]) Santo Tomás piensa que la promesa no puede hacerse sino por palabras o signos exteriores (salvo la promesa a Dios, que ve las secretos del corazón) para dar a otros el consentimiento (*ad alios contestandum*), a fin de que no solo se desista del quebrantamiento por temor de Dios, sino también por reverencia de los hombres (Q. y art. cit. en la nota anterior). Agrega que quien sólo se propone alguna cosa puede desistir del propósito porque todavía no ha hecho nada, pero el que promete ya hace algo, aunque todavía no cumpla lo que promete (ad 3m). La promesa, pues, constituye una actual ordenación al otro de una obra futura, de modo que éste pueda considerarla *suya.*

([18]). A lo que ARISTOTELES llama igual los jurisconsultos le llaman *aequum*, "adecuado", término que deriva de *aequalis*, "igual". La igualdad o adecuación dice cierta conveniencia de lo justo con el otro, que más tarde veremos de dónde surge.

III. *La "cosa"*

Recto, justo, legal, igual, adecuado, notas que, según hemos visto, pertenecen a la esencia del derecho, son accidentes —relaciones— que suponen un sujeto de inherencia. Temerosos de limitar la extensión del concepto, ARISTOTELES y los jurisconsultos le llamaron con un pronombre indeterminado: "lo" (*tò*) justo; "aquello que" (*id quod*) es justo. Los últimos le llamaron también "cosa" (*res*), seguidos por SANTO TOMAS.

El nombre de *res* proviene del verbo latino *reor* y a través suyo del verbo griego, que significa afirmar. El de *res* es un concepto trascendental que se dice de todo ente con el significado de "algo firme". En efecto, sólo lo que es algo firme —la esencia— puede ser dicho o pensado. El término castellano "cosa", también de amplísima significación, se identifica semánticamente con *res* a través del término latino *causa*, que es su antecedente etimológico. *Causa*, antes de significar aquello de lo cual se sigue un efecto, significaba, como participio del verbo *cado-is-cecidi-casum-cadere*, lo acaecido, lo acontecido, lo que está *in factum*, no ya *in fieri*, y es, por lo tanto, algo firme. *Quod factum est, infectum manere impossibile est* dice una ley de las Novelas: "Lo que ha sido hecho es imposible que permanezca no hecho" ([19]). Posteriormente, y porque solo lo que es en acto puede producir efectos (*efficere*), el término *causa* vino a significar también causa.

El término "cosa" es, pues, de amplísimo significado ([20]). Difiere de "ente" solo en que este alude al *esse* mientras que *res* alude más bien a la esencia. En lenguaje jurídico "cosa" es todo lo que para alguno puede ser objeto de interés, como cuando se pregunta: ¿Cómo andan las cosas? ([21]). El término interés parece haberse impuesto primeramente para significar "lo que está entre" una persona y una cosa (*quod inter est*), ese algo que los antiguos no acertaban a definir, pero que surge cuando la persona descubre en la cosa alguna aptitud para satisfacer una necesidad. Hoy sabemos que ese "algo" es una relación de conveniencia de la cosa a la persona por la cual aquella es aprehendida por esta como un *bien*, esto es, como perfectivo de su ser que

---

([18]) Según AR. los bienes que constituyen el objeto de la justicia son "solamente los que interesan a la prosperidad o adversidad y que, siendo siempre bienes en sentido absoluto, no siempre lo son para una persona determinada" (Ethic., lib. V, cap. 3, 1129b 1-5). Aunque la felicidad no pueda identificarse con la prosperidad, ésta, cierta prosperidad al menos, es necesaria para aquélla (Lib. I, cap. 10, 1099b 8), y los bienes que interesan a la prosperidad son los bienes *exteriores* (riquezas, honores...) que en sí mismos son buenos pero se puede hacer de ellos mal uso.

([19]) Nov. 97 c. 1. Hay otros textos reveladores de la preocupación de los jurisconsultos por atenerse a los *hechos* por oposición a lo que todavía está en potencia, aunque esté *in fieri*. V.gr. *Factum lex non sententiam notat* (1. 43 s 12 de ritu nupt), "La ley se atiene al hecho, no a la intención"; *Ex facto oritur jus* (1 52 ad leg. Aquil.), "Del hecho nace el derecho"; etc.

([20]) Cfr. Forcellini, *"Totius latinitatis lexicon"*, Vº *Res*. *"Vocabulum est immensi prope usus ad omnia significanda, quae sunt, aut quae feri, dici aut cogitari possunt. Hinc. universim est id quod est, acto, opus, factum"*.

([21]) Confr. J. L. Vullierme, "La chose, (le bien) et la métaphisique" *apud Archives* de Phil. du *Dr.*, 1979, p. 31 y ss. En este trabajo consideramos de utilidad las observaciones jurídicas y filológicas, más que las metafísicas con las cuales más de una vez disentimos.

mueve su apetito a colocarse, respecto de ella, en una situación favorable a la satisfacción de su necesidad ([22]).

Cuando los jurisconsultos hablan de *res publica, res privata, res litigiosa, res in judicium deducta, res judicata, etc.*, el término *res* consignifica interés y también, muchas veces, la situación jurídica de una persona respecto del objeto de interés.

SANTO TOMAS, considerando la *res* en su formalidad de *justa,* dice a veces que consiste formalmente en una *acción* referida a otro (*ad alterum*); una acción que puede comportar el *uso* de una cosa exterior, de las energías del propio cuerpo, o consistir en un no hacer. Otras veces dice que consiste en una *obra* (*opus*) del que da, hace o no hace algo en favor del otro ([23]). La *res justa* no es, entonces, la cosa exterior (corporal o incorporal; mueble o inmueble; etc.) debida a otro, sino, formalmente, la acción u obra consistente en dar, hacer o no hacer esa cosa exterior. Un *uso* de la cosa exterior en favor del otro ([24]).

Es muy importante tener en cuenta esta precisión porque cuando se dice que una cosa puede ser justa *ex ipsa natura rei,* no se alude solo ni principalmente a la naturaleza de la substancia física en que puede consistir el objeto de la prestación, sino a la naturaleza "física", psicológica, moral y jurídica de la acción u obra humana en que consiste la prestación misma ([25]).

Debe destacarse especialmente también que para la concepción clásica del derecho —la de ARISTOTELES, los jurisconsultos romanos, los juristas y teólogos de la Edad Media, y muchos posteriores, hasta principios del siglo XIX— la "cosa" es un bien para el otro: *pròs eterón, ad alterum.* Es necesario tener en cuenta el significado de la preposición griega *pròs* y de su equivalente latina *ad,* que es "en favor de", para no incurrir en la ligereza de algunos subjetivistas que afirman ser *ad alterum* el derecho subjetivo. El derecho subjetivo es *contra alterum,* y por esa razón entendemos que no es derecho, a no ser en un sentido impropio y analógico, con analogía que no es de semejanza sino más bien de contrariedad. Es de la *esencia* del derecho ser *ad alterum* ([26]).

## IV. *Las personas*

El término *persona* proviene, como es sabido, del teatro antiguo, donde fue primeramente impuesto para significar la máscara que usaban los actores en las tragedias y comedias para representar ([27]). De allí se extendió a la significación de la función o el papel que el representado tenía en orden al desarrollo de la obra y a su desenlace ([28]), y luego a la vida real para designar el papel o función que alguna persona cumple en un orden determinado ([29]). En el teatro solo eran considerados "personas" aquellos que desem-

---

([22]) Cfr. Carnelutti, "Sistema del Diritto Processuale Civile", t. I, cap. I, pp. 7 y ss. (ed. de *Padova,* 1936); este capítulo intitulado "Premisas a la noción del proceso" tiene, en nuestra opinión, el mérito de contener una explicación no subjetivista del derecho subjetivo.

([23]) Cfr. S. Th. IIa. IIae., Q. 58 a. 3 ad 3; a. 8 c.; a. 9 ad 2; a. 10 c.; a. 11 c.; etc.

([24]) Las citas de la nota precedente.

([25]) Cfr. el ensayo cit. en nota 7.

([26]) S. Th. IIa. IIae. Q. 57 a. 1 c.

([27]) Cicerón decía que debían de arderles los ojos a los actores .

([28]) *"Persona de mimo"* (Cic.) significaba "papel de bufón".

([29]) *"Personam petitoris capere"* (Cic.) significaba "asumir el papel de actor o acusador"; *"Tueri personam principis"* (id.) era "desempeñar un papel principal" en la ciudad.

peñaban un papel relevante en orden al desarrollo y desenlace del drama; los que cumplían alguna actividad ocasional, meramente auxiliar o "de relleno", no lo eran. De la misma manera en la vida real consideradas personas solamente aquellas que desempeñaban una función relevante en orden al bien común. SANTO TOMAS recuerda que "el nombre de persona fue impuesto para significar a *algunos* que tienen dignidad, de donde en las iglesias se acostumbró a llamar personas a los que tenían alguna dignidad" ([30]).

Dignidad (*de dii gignitas* = generación de dioses) se atribuye a quienes por su virtud —fuerza, habilidad, inteligencia, etc.— parecen tener una naturaleza sobrehumana, es decir, divina. SANTO TOMAS define la dignidad como "bondad de algunos para sí mismo", por oposición a utilidad, que es "bondad de alguno para otro" ([31]).

Si bien comparados con los irracionales todos los hombres son personas "porque es de gran dignidad subsistir en una naturaleza racional" ([32]), comparados unos con otros no todos tienen igual dignidad, pues tal comparación no puede hacerse sino en base a la mayor o menor virtud para participar en el bien común. "La dignidad de las cosas que están ordenadas al fin se considera principalmente en razón del fin" ([33]). Si cuando se dice que "ante Dios todos los hombres son iguales" se quiere decir que Dios no establece diferencias entre unos y otros según la mayor o menor participación que, por su virtud, hayan alcanzado en el Bien absolutamente último, tal afirmación es falsa, ya que no todos alcanzan la bienaventuranza eterna, ni todos los que la alcanzan participan de ella en la misma medida. Lo que se quiere decir con esa afirmación es que, en el orden sobrenatural, los criterios según los cuales nosotros, los hombres atribuímos a unos mayor dignidad que a otros pueden ser falsos y no ser tenidos en cuenta. El sermón de la montaña y otras enseñanzas del Señor nos informan de que, en ese orden, "los últimos serán los primeros", y que Aquella que dijo "yo soy la esclava del Señor" ha obtenido, por su humildad, el *status* de Reina y Señora de todo lo creado.

No está mal, pues, que nuestro discernimiento de las dignidades sea provisorio y relativo: provisorio, porque las personas no tienen aquí su morada permanente, y relativo a este orden dado que podemos conocer a partir de los sentidos; pero sí lo estaría que, en nombre de la igualdad de naturaleza o de nuestra ignorancia de las desigualdades en el orden sobrenatural, pensásemos en una igualdad moral y jurídica como la que está destruyendo el orden en las sociedades occidentales.

No es verdad que todos seamos iguales ante la ley. La ley reconoce las desigualdades de estado, y precisamente en el *status* de cada uno funda el reconocimiento de las diversas prerrogativas y deberes que a cada uno corresponden. A menos que querramos igualarlo todo por abstracción de las diferencias —y en esto abstraer es mentir— no podemos decir que la ley reconozca iguales prerrogativas y deberes a los padres y a los hijos, a los esposos y a los que no están casados, a los propietarios y a los que no lo son, a las autoridades y a los simples ciudadanos. La Suprema Corte ha interpretado

---

([30]) S. Th. Ia. Pars, Q. 29, a. 3 ad 2: "Impositum est hoc cnomen *persona* ad significandum aliquos dignitatem habentes. Unde consueverunt dici *personae* in Ecclesis, quae habent aliquam dignitatem".

([31]) In III Sent., d. 35, q. 1, a. 4, sol 1.

([32]) S. Th., t. cit. *supra*, n. 30.

([33]) S. Th., IIa. IIae., Q. 174 a. 2 c.

con razón que la igualdad ante la ley prohibe solo las discriminaciones arbitrarias, no las que se fundan en el reconocimiento de verdaderas diferencias ([34]). Tampoco quiere esto decir que los hombres seamos en todo desiguales. Somos iguales en naturaleza y en dignidad ontológica. Sería injusto desconocer que el más humilde de los hombres existe para sí mismo, en cuanto su naturaleza racional le permite alcanzar formalmente el bien de todo el universo. Nadie puede ser tratado como si fuera meramente util, esto es, como si su bondad existiera para otro solamente.

Pero nadie puede lícitamente refugiarse en este "ser para sí", como si el bien que él mismo es no existiera para el bien común en todos sus niveles analógicos. Nadie existe para el bien ajeno, esto es cierto. Nadie existe para el bien personal o individual de otro. Todos los hombres existen para *su* bien. Pero el bien común no es para cada uno un bien ajeno, sino un bien "suyo", y el mejor de todos. Es mejor porque es más perfectivo de su ser que el bien meramente personal, gracias a su mayor virtud perfectiva. El que sea al mismo tiempo el bien de los demás es signo de su elevada perfección, no causa de ella.

No es verdad que todos los hombres sean "hijos de Dios", a no ser en potencia. La revelación divina dice expresamente que Cristo "a los que creen en su nombre les dio la potestad de llegar a ser hijos de Dios" ([35]). Una cosa es ser creatura de Dios y otra ser "hijos de Dios". Los hijos de Dios participan de la naturaleza y de la vida divina de un modo sobrenatural. El signo visible por el cual conocemos a los hijos de Dios es el bautismo, sacramento por el cual el que es mero hombre penetra en el seno de la Nueva Eva (la Iglesia) para ser allí nuevamente engendrado con el "sémen" de la Palabra de Dios, de modo que en adelante no sea puro hombre aunque continúe siendo verdadero hombre, sino que tenga vida divina. Pero ese signo visible nos da un conocimiento meramente opinativo. Certeza solo podemos tener de aquellos a quienes la Iglesia, por declaración infalible, ha "canonizado". Tampoco podemos tener certeza de que alguno haya muerto o vaya a morir sin alcanzar nunca la condición de hijo de Dios, salvo el caso de excomunión pública y nominal. Mas, en ambos casos, esta certeza deriva de la fe, no de la razón.

Solo la de los hijos de Dios es dignidad en el sentido propio del término. Los demás, los que son solo creaturas de Dios hechas a su imagen y semejanza, poseen dignidad en sentido analógico, ya que son creación, no "generación" divina (*Dei gignitas*) ([36]). Empero, esa dignidad analógica permite a los hombres alcanzar la dignidad en sentido propio, y el solo hecho de que puedan alcanzarla nos obliga al reconocimiento de su grandeza y nos prohibe

---

([34]) Esta jurisprudencia del más alto tribunal es constante, como puede verse en cualquier tratado de Derecho Constitucional y en cualquier colección de fallos.

([35]) "Quotquot autem receperunt eum, dedit eis potestatem filios Dei fieri, his qui credunt in nomine ejus" (Joan., I, 12).

([36]) En el versículo siguiente al citado en la nota precedente dice el Evangelio según San Juan que la potestad de llegar a ser hijos de Dios ha sido dada "a los que han nacido no de la sangre ni de la voluntad de la carne, ni de la voluntad de varón, sino de Dios": *Qui non ex sanguinibus, neque ex voluntate carnis, neque ex voluntate viri, sed ex Deo nati sunt* (v. 13). La condición de 'hijo de Dios' no se adquiere, pues, por la generación natural, sino por la regeneración sobrenatural. Al decir que los regenerados por la gracia sobrenatural tienen dignidad en sentido propio, no analógico, no queremos decir que la naturaleza divina que poseen no sea en ellos participada, pues nadie sino Dios posee *per se* naturaleza divina; pero aun siendo participada, no es humana sino divina.

interferir en su libre elección de los medios que a ella conducen. Si bien la fe añade una razón más elevada para este respeto, basta la razón para comprender que si el alma puede devenir todas las cosas según el conocimiento y en esta presencia intencional del universo, en ella consiste el último fin natural del hombre, tal fin no puede ser alcanzado sino mediante el ejercicio de la libertad.

Mas, en vano se esperará de la Revolución en su etapa marxista el reconocimiento de la dignidad humana, como no sea para invocarla a su favor como cuando los infieles se acogen a lugar sagrado. Para los marxistas lo que interesa no es la perfección de la naturaleza ni la dignidad del fin sino la informidad de la materia. Así como en Hegel el movimiento de la razón surge de la contradicción que la dialéctica (tópica) encuentra en el ser, el movimiento del universo surge para los marxistas de la contradicción de la materia. Es en la contradicción, es decir, en el nacimiento por destrucción, donde para ellos resplandece la fecundidad de la privación, del no-ser. ¡Lo que no es, he ahí lo que es! "Para el método dialéctico, dice Stalin, lo que ante todo importa no es lo que en un momento parece estable pero empieza ya a decaer; lo que ante todo importa es lo que nace y se desarrolla, aunque parezca inestable en un momento dado, ya que para el método dialéctico solo es invencible lo que nace y se desarrolla" (37).

"La bestia que has visto *fue y no es;* ella *ha de subir del abismo, y vendrá a perecer*: y los moradores de la tierra cuyos nombres no están escritos en el libro de la vida desde la creación del mundo, se pasmarán viendo a la bestia que *era y no es*. Aquí hay un sentido que está lleno de sabiduría" (38).

Hay que estimular la soberbia de los humildes para que la contradicción de la dignidad que estos tienen a los ojos de Dios acelere el movimiento dialéctico. Que la dignidad sea destruida para que libere sus energías.

ERNESTO PUEYRREDON

(37) Stalin, Joseph, en "Historia del Partido Comunista (Bolchevique) de la U.R.S.S.", Moscú, 1939, cap. IV, secc. 2 (Ediciones en lenguas extranjeras).
(38) Apoc., XVII, 8.

# RAZON PRACTICA E INTERPRETACION

"Las disputas acerca de la palabra 'ciencia' carecen de toda importancia lógica en la medida en que conciernen al prestigio que otorga dicha palabra." — Cohen, M. y Nagel, E.: Introducción a la lógica y al método científico. Ed. cart. Buenos Aires, 1977, t. II, pág. 200.

## I

## SOBRE LA RAZON ESCINDIDA

El anuncio de que el modelo de ciencia jurídica acuñada por el positivismo en el curso del último siglo atraviesa por una situación de crisis radical, apenas si moverá a un escéptico encogimiento de hombros por parte de los partidarios de la "ciencia satisfecha". Estos se encuentran no sólo entre los cultivadores de las disciplinas particulares, que viven de modo naturalmente acrítico la vigencia del paradigma científico heredado sino, sobre todo, en los ambientes científicos tributarios aún de los axiomas y teoremas que, desde el positivismo naturalista del siglo XIX hasta el positivismo lógico actual, conforman el medio ambiente intelectual de la teoría jurídica disponible.

Articulada de modo autónomo y autoconsciente a partir del historicismo, la ciencia del derecho ha llegado hasta nuestros días incólume en sus objetivos y en sus métodos. Podrá discutirse el hecho de si configura o no un bloque de pensamiento único y monolítico; lo que resulta innegable es que sus dilemas, perplejidades, problemas no resueltos y caminos sin salida, son comunes. Y si ello es así, es porque su agenda de cuestiones sin respuesta depende, en el fondo, de una serie de presuposiciones tácitas que deben ser analizadas y cuestionadas en sus raíces más profundas.

En momentos en que la filosofía del derecho, censora tradicional de los excesos de la razón científica, parece ceder a la sociología o a las ideologías su papel de saber fundamentador y crítico, resulta lógico que los juristas prefieran inclinarse hacia la seguridad de la concepción recibida. Esta reafirma y legitima la realidad de un saber reducido, aislado e impermeable a las cuestiones últimas. De la ciencia jurídica actual cabría decir, con justicia, lo que Leo Strauss observaba irónicamente al encontrarse con la ciencia política "empírica", cultivada en los ambientes conductistas americanos: "Está tocando la lira mientras Roma arde". Existen, sin embargo, dos circunstancias atenuantes: no sabe que está tocando la lira y no sabe que Roma arde (1).

Esto impone retomar el sentido de la frase de Cohen y Nagel que encabeza este ensayo. ¿Qué es, en rigor y más allá de las palabras, lo que en verdad se hace cuando se pretende hacer "ciencia jurídica?" ¿En qué se funda la imposición, por parte de la dogmática, de un paradigma único de racionalidad? Como se ha observado respecto a las ciencias sociales en general, aunque estas preguntas hablen por sí solas, "la comunidad científica prefiere renegar explícitamente de algunas tradiciones tanto como de algunas posibilidades y necesidades de la razón, al tiempo que se postula rutinariamente no se sabe muy bien *qué*, no se sabe muy bien *a cambio de qué*" (2).

(1) Strauss, L.: *Epílogo* a Storing, H. J. *Essays on the scientific study of politics*, N. York, 1962, pág. 327 cit. por Strasser, C.: *La razón científica en política y en sociología*. Buenos Aires, 1979, pág. 172.

(2) Strasser, C.: Op. cit., pág. 16.

El cientificismo es, precisamente, el resultado de una noción reductivista de la racionalidad, que reduce la idea de ciencia a una de las alternativas posibles de teoría y práctica racional, con ignorancia de los alcances, límites y costes de tal operación.

El razonamiento convencionalmente aceptado, se articula aproximadamente así:

1) Sólo el "método científico", tal y como es practicado por las ciencias formales y aplicado por las ciencias empírico-naturales, es capaz de generar un saber objetivo, cierto, indiscutible, acumulativo y útil.
2) El paradigma científico de la dogmática se presenta como la única alternativa capaz de garantizar tales objetivos.
3) La dogmática es, en conclusión, la única alternativa de saber objetivo, cierto, indiscutible, acumulativo y útil.

Si se tiene en cuenta que la característica central de todo paradigma, una vez aceptado por una comunidad científica, es precisamente la de cancelar definitivamente la discusión acerca de los fundamentos de la disciplina, al tiempo que define con precisión los problemas de que es legítimo ocuparse, se comprenderá por qué el razonamiento antedicho vaya acompañado, en el caso de la ciencia jurídica, por una actitud de indiferencia y rechazo frente a la tradición científica anterior al positivismo, a la vez que por una reducción del ámbito de preocupaciones de la ciencia y por una debilidad creciente de su capacidad discursiva y argumentativa.

En su versión dogmática, la ciencia jurídica afirma su personalidad a través de una negación dialéctica de la tradición de la filosofía práctica, vigente en el pensamiento occidental desde Platón hasta bien avanzado el siglo XIX.

Los términos de esta negación podrían esquematizarse con el auxilio del siguiente cuadro, propuesto por Strasser([3]).

Conocimiento

| 1... | ...2 |
|---|---|
| Filosófico | Científico |
| Normativo | Empírico |
| No-objetivo | Objetivo |
| No-acumulable | Acumulable |
| Ocioso | Util |

Agregando, por nuestra parte

| | |
|---|---|
| Incierto | Cierto |
| Probable | Necesario |
| Valorativo | No-valorativo |
| Ideológico | Racional |

El cuadro expuesto es parte central del *ethos* científico de nuestro tiempo, y su culto es impuesto como condición indispensable de credibilidad y talante científico. Su afirmación es claramente dogmática, desde que, como se verá, se funda en una visión reductivista, tendenciosa, acrítica e ignorante tanto de las formas de racionalidad propuestas por la tradición de la filosofía práctica, cuanto —y lo que es más grave— de los auténticos modos de operar de la ciencia empírica moderna.

---

([3]) Strasser, C.: Op. cit., pág. 81.

La teoría jurídica moderna no implica la apertura de un capítulo inédito en la historia del pensamiento, sino la inclinación unilateral del trabajo científico hacia una de las posibilidades que se le presentaban. Esto era precisamente lo que indicaba H. Kelsen al prologar la primera edición de su *Reine Rechtslehre*: "Muchas de las ideas que la teoría pura ha desenvuelto ya se encuentran en germen en el positivismo jurídico del siglo XIX del cual también mis adversarios son herederos. En rigor de verdad, lo que los escandaliza no es tanto la circunstancia de que yo haya conducido la ciencia del derecho en una nueva dirección, sino el hecho de que la haya invitado a elegir una de las vías entre las cuales dicha ciencia vacila permanentemente" (4).

Como afirma Habermas, el positivismo marca el fin de la teoría del conocimiento y su reemplazo por una teoría de las ciencias. El conocimiento queda implícitamente definido por la realización de la ciencia, y la cuestión trascendental de las condiciones del conocimiento posible —centro de la especulación post-kantiana— pasa a ser planteada bajo la forma de problema metodológico concerniente a las reglas de estructuración y verificación de las teorías científicas. Lo que hay de filosófico en el positivismo es precisamente lo necesario para inmunizar a las ciencias de toda contaminación filosófica. "La clave de bóveda del positivismo es el principio del cientificismo según el cual el sentido del conocimiento queda definido por aquello que realizan las ciencias y que puede, por consiguiente, ser explicado de modo suficiente a través del análisis metódico de los procedimientos científicos" (5).

La primacía dentro de la ciencia jurídica de los problemas propios de lo que en palabras actuales podría denominarse *contexto de justificación* —modo en que se justifica un resultado científico determinado— o del *contexto de persuasión* —modo en que se expresa inter-subjetivamente la racionalidad de un discurso científico— por sobre los problemas del contexto de descubrimiento —modo en que se llega a dicho resultado— constituye una proyección en el ámbito jurídico de esta concepción propia del ideal científico de la dogmática (6).

Para la tradición pre-dogmática, la relación teoría-praxis está referida fundamentalmente a la posibilidad de que la razón, en su función práctica, suministre unas reglas inmediatas y directas al obrar. A partir de la dogmática, la relación teoría-praxis gira, en cambio, en torno a la idea de "razón instrumental", por poder de disposición técnica de la razón como herramienta de dominio y transformación de la realidad social. Toda tentativa de proponer una orientación racionalmente legítima y objetiva para el obrar es juzgada como una suerte de radicalización dogmática de la conciencia individual. "Conocimiento es poder", y ello en el sentido de que el saber no solamente se mide por las obras, sino que es, esencialmente, *para* las obras y se expresa únicamente a través de las obras. Entre ser y deber ser —entre teoría y praxis—, se abre así una distancia infranqueable, que sólo puede ser ocupada por un "salto irracional" e indeterminado de la voluntad individual.

---

(4) Kelsen, H.: *Reine Rechtslehre*. Viena, 1960, p. IV. Citamos según la fórmula suscinta del autor en la ed. de 1953.

(5) Habermas, J.: *Connaisance et interêt*. París, 1976, págs. 101-102.

(6) Zuleta Puceiro, E.: *System and function in legal dogmatics*. Comunicación al Simposio Internacional sobre teoría de la argumentación, publicada en *Argumentation in legal science. Papers and abstracts*, actas de la reunión celebrada en Helsink, convocada por Finnish Society for Legal Philosophy, 10-12 de diciembre de 1979, Helsinki, 1979.

La teoría de la interpretación reproduce fielmente los rasgos de la situación descripta. La reducción del momento hermenéutico al de una inferencia lógica y semántica orientada a la determinación de los sentidos posibles de un enunciado normativo determinado, cuyo resultado es la norma jurídica en sentido propio, o —en palabras de Savigny— "la norma en su verdad", implica una suerte de absolutización de lo que en la tradición de la filosofía práctica no es otra cosa que un momento instrumental dentro de la totalidad del proceso hermenéutico (7). Si el objeto de la tarea científica de la dogmática son las normas positivas de origen estatal, y si su tarea específica consiste en la construcción de los conceptos y reglas de un sistema capaz de dar cuenta de la totalidad de la experiencia jurídica, la función de la interpretación no puede ser otra que la de una "reconstrucción del pensamiento contenido en la ley", entendido como realidad preconstituída al intérprete. Tanto el sujeto como sus circunstancias existenciales desaparecen del horizonte del acto interpretativo. Lo propio de la ciencia es el conocimiento de la generalidad como tal: la comprensión de un sentido originario, objetivado a través de las normas y abstraído del tiempo, el espacio y los intereses. El único tipo de interpretación posible es, por ello, el *doctrinal*, capaz de aprehender el momento lógico y racional de derecho, con independencia del momento práctico —alógico, irracional— que constituiría el objeto propio de la política, la economía o las técnicas de persuasión.

Una ciencia —escribe en tal sentido Kelsen— "debe describir su propio objeto tal y cual es efectivamente, y no debe prescribir cómo debería o no debería ser, sobre la base de algunos juicios de valor específicos. Esto último es un problema político y, como tal, corresponde al arte del gobierno, una actividad que se ocupa de los valores y que no es objeto de la ciencia, que se ocupa de la realidad" (8). En el ámbito de la interpretación, el problema de la determinación de una solución "justa" entre las diversas alternativas que se ofrecen a la decisión, es ajeno al interés de la ciencia, puesto que la decisión es un "acto de voluntad que incumbe exclusivamente al órgano que tiene la competencia de aplicar la norma, creando otra nueva". Precisamente por ello —agregará Kelsen— "la mayor parte de los comentarios que se consideran teórico-jurídicos, son en realidad, político-jurídicos" (9).

Hay en esta afirmación un postulado implícito de raíz netamente voluntarista, que queda expresado en un texto igualmente claro: "La norma es el significado de un acto de voluntad dirigido al comportamiento de otro; su significado es un "deber ser"; y este "deber ser" es el correlato de un querer. No hay un "deber ser" que sea una norma sin un querer que determine la norma (that posits norm)" ..."Una norma es válida únicamente a condición de que sea "puesta" por un acto de voluntad; si es el significado de tal acto" (10). De allí el carácter necesariamente "creador de derecho" que reviste

(7) Zuleta Puceiro, E.: *Hermenéutica jurídica e historicismo*, en VVAA: *Savigny y la ciencia del derecho* (A. Squella ed.) Valparaíso, 1979, vol. II, pág. 712. Asimismo, nuestro *Savigny y la teoría moderna de la interpretación*, en VVAA: *Savigny y la ciencia jurídica del siglo XIX*, Anales de la Cátedra Fco. Suárez, 18-19 (1979), págs. 212-214.

(8) Cit. por Bobbio, N.: *Kans Kelsen*, en Riv. Int. de Filosofía del Diritto, jul.-sept. 1973, fasc. III, pág. 432. Cfr. asimismo, y en sentido general, *Reine Rechtslehre*, cit. pág. 15.

(9) *Reine Rechtslehre*, cit. pág. 350: ..."ist kein rechtsheoretisches, sondern ein rechtspolitischs Problm".

(10) Kelsen, H.: *Law and logic*, en *Essays in legal and moral philosophy* (O. Weinberger e.) Dodrecht-Boston, 1973, pág. 231. Para una ampliación, cfr. su *Allgemeine Theorie der Normen* (K. Ringhofer y R. Walters eds.) Viena, 1979, págs. 1-4.

la interpretación judicial, desenvuelta a lo largo de tres fases principales:

1) Constatación del esquema normativo aplicable, a través de un análisis del elenco de normas inferiores aplicables al caso y en función de una derivación lógica, a partir de la norma superior vigente;
2) Elección de una de las alternativas posibles, en función de un conocimiento de índole extracientífica;
3) Individualización de la norma, a través de un acto de decisión con fuerza de imperio en el caso concreto ([11]).

La noción reductiva de la racionalidad empleada por Kelsen sustrae a los momentos 2) y 3) del control de la ciencia, en virtud de consideraciones que no tienen por qué no ser válidas respecto al momento 1). El acto soberano de decisión se impone a cualquier tipo de instancia real. En su *On law justice*, A. Ross, afronta el problema desde bases epistemológicas similares. Las premisas de la ciencia jurídica carecen, para Ross, del rigor y certidumbre que es propio de la ciencia natural, ya que existe siempre un margen inevitable de "contaminación" valorativa. Es por ello, que "la ciencia social no puede nunca pretender una "solución", es decir una directiva que brota de una manera inequívoca del objetivo dado en conexión con el conocimiento técnico" ([12]). Según Ross, la ciencia jurídica debería proceder de igual modo que las ciencias naturales, aceptando el científico, a modo de hipótesis, ciertas premisas valorativas, aunque sin tematizar su posible validez absoluta y objetiva. En el caso, por ejemplo, del científico atómico, éste acepta provisoriamente y como condición del progreso de su tarea, ciertos objetivos socialmente vigentes, no neutrales en sí mismos al valor, pero que a efectos funcionales sirven como hipótesis de trabajo, sin necesidad de un compromiso estimativo expreso.

La relación entre argumentos racionales y decisión práctica no es de carácter lógico, sino factural. La decisión no tiene carácter científico o teorético, sino que es expresión de una reacción personal. Este salto analógico e irracional se distingue, además, por el hecho de que la decisión tiene usualmente por causa el peso de consideraciones diferentes, mutuamente inconmensurables ([13]).

Las soluciones de Kelsen y Ross parten de una reducción forzada de la idea de racionalidad. La ciencia debe abstenerse de considerar cuestiones valorativas; su cometido es la descripción de normas y no la prescripción de comportamientos. El problema de la verdad —esto es, de la objetividad y validez autónoma de los contenidos de sentido— de la decisión, escapa del interés primordial de la ciencia. A ésta le interesa, fundamentalmente, la validez formal del proceso lógico que lleva a la decisión, la descripción de situaciones normativas posibles o, en el caso de Ross, el comportamiento previsible de los tribunales. La interpretación no puede ser concebida de otro modo que como la aplicación de un conjunto de cánones o reglas prácticas, destinadas a operar en el nivel de una "jurisprudencia inferior" como la propuesta por el Ihering del *Espíritu*.

La teoría de la interpretación cristaliza así en una forma de conocimiento *técnico*, expresable en definiciones, normas, leyes, principios de exclusión, etc., al que escapan las dimensiones éticas y políticas constitutivas del conocimiento

---

([11]) En sentido similar, Losano, M.: *Il problema de l'interpretazione in H. Kelsen*, en RIFD, 3-4 (1968) págs. 528-529.

([12]) Ross, A.: *Sobre el derecho y la justicia*. (Trad. G. Carrió). Buenos Aires, 1963, pág. 313.

([13]) Ross, A. Op. cit., pág. 327.

*práctico.* Lo que comienza por ser una división del trabajo entre observación empírica y actividad prescriptiva, desemboca en un decisionismo radical para el que "el ámbito genuino de la praxis se sustrae en medida creciente al ámbito de la discusión metódica" ([14]).

En este contexto, vuelve a plantearse la cuestión de la recuperación para la razón de su papel de guía para la acción, capaz de asegurar en el ámbito del pensamiento la unidad integral de lo humano, sin renunciar por ello al rigor metódico prometido por la ciencia moderna. Se trata de responder al dilema que plantea el hecho de que la idea misma de "razón instrumental" presupone ya fines dados de antemano y que en tal sentido escapan al control metódico de la razón. Si esto es así, ¿de qué vale reflexionar racionalmente acerca de los medios, si los fines a que están orientados son en sí mismos irracionales? ([15]).

La cuestión de la fiabilidad racional del discurso práctico abre así el debate sobre el posible aporte actual de la tradición de la filosofía práctica.

## II

## SOBRE LA RAZON INTEGRADA

Como puede advertirse, el interrogante que preside los desarrollos que siguen se formula dentro de un ámbito de pensamiento específico: la tradición de la filosofía práctica, entendiendo por tal la reflexión inaugurada por el pensamiento griego y que, con los resultados de la especulación aristotélica como cuerpo doctrinal básico, se desenvuelve a través de un largo proceso evolutivo hasta nuestros días. Esta precisión resulta esencial, si se tiene en cuenta que el movimiento actual hacia una "rehabilitación de la filosofía práctica" cuenta con expresiones calificadas dentro de tradiciones filosóficas muy diversas, cuya unidad se reconoce a partir de una consideración del conjunto de preguntas a que intentan responder.

Dentro de dichos intentos de revitalizar la noción de razón práctica, no estrictamente ligados a la tradición aristotélica, bastaría con mencionar los actuales análisis empíricos de procesos de decisión en sociología; la teoría de la decisión institucional; las diversas aplicaciones de la teoría de los juegos en ciencia política; la nueva economía del bienestar; la teoría de la elección social; el paradigma del cálculo de utilidades en el ámbito jurídico propuesto por Rawls; el modelo de consulta trans-subjetiva elaborado por Lorenzen, Schwemmer y Kambartel y, en general, el modelo de consulta de la Escuela de Erlangen; la teoría de la comunicación libre de dominación propuesto por Habermas, etc. En un ámbito menos lejano, ligado a lass preocupaciones actuales por el problema hermenéutico, destacan parte importante de la filosofía del lenguaje en el mundo anglosajón, ciertas orientaciones analíticas de base empirista, la fenomenología posterior a Husserl, la hermenéutica existencial de Heidegger a Gadamer, los trabajos en el campo de la exégesis neotestamentaria encabezada por Bultmann y su escuela, los estudios más avanzados en historia de las religiones sobre el mito, el rito y la creencia, ciertas orientaciones predominantes dentro del psicoanálisis, la teoría de la comunicación

---

([14]) Habermas, J.: *Prassi politica e etoría critica della societá* (Ed. it. de *Theorie und Praxis*) Bolonia, 1973, pág. 83.

([15]) En tal sentido, Hoffe, O.: *Estrategias de lo humano.* (Trad. E. Garzón Valdés) Buenos Aires, 1979, pág. 238.

o la nueva retórica, etc., como ámbito donde la preocupación por superar la noción reductivista de racionalidad heredada del positivismo es, sin duda, central.

Ya en una línea de continuidad definida con la tradición aristotélica, y dejando momentáneamente de lado las diversas corrientes de inspiración tomista, el pensamiento jurídico actual se bifurca en una amplia diversidad de expresiones, con nombres como los de J. Ritter, W. Hennis, L. Strauss, E. Voegelin, J. Habermas, J. von Kempski, M. Riedel, H. Kuhn, M. Villey, Ch. Perelman, Th. Viehweg, J. Esser, O. Ballweg, M. Kriele, K. Larenz, A. Kaufmann, F. Wieacker, K. Engisch, E. Wolf, O. Hoffe, G. Kalinowski, etc.

Si se intentara una determinación de los puntos centrales de una rehabilitación de la filosofía práctica, habría que recoger en todos sus alcances una afirmación reciente de A. Kaufmann: "Siendo tan variados estos esfuerzos por fundamentar el derecho más allá del derecho natural y el positivismo jurídico, tienen, no obstante, de manera más o menos explícita un punto de partida común: el rechazo del dualismo metódico kantiano, de la tajante separación de *deber ser y ser*. Y de hecho, sólo puede haber un camino fuera de las viejas vías ya desgastadas, si se supera ese dogma de los dos ámbitos cerrados en sí y faltos de mutuo contacto que late bajo las dos doctrinas" (16). Si se tiene en cuenta que la afirmación de Kaufmann tiene en cuenta, de modo explícito, a la teoría pura del derecho y a los sistemas de derecho natural racionalista como ejemplos de la dicotomía a superar en uno y otro campo, se cuenta ya con una base suficiente para enfrentar el núcleo de la problemática en examen.

El supuesto filosófico central de la estrategia conceptual del positivismo científico, es la distinción en términos de separación entre ser y deber ser, entre hechos y valores. La empresa de constitución de un ciencia jurídica "empírica" y "objetiva", parte así de la consideración del derecho en cuanto "hecho" verificable y de la marginación de todo tratamiento científico de valores y valoraciones. Estas no son otra cosa que una función de situaciones socioculturales determinadas, de deseos, expectativas e intereses no susceptibles de conocimiento objetivo. Si hasta el siglo XIX, la investigación jurídica se encontraba íntimamente ligada a la consideración de cuestiones políticas y éticas, y consideraba en tal sentido lícito su intento de informar acerca del bien y del mal en la conducta social y de las condiciones para una vida mejor, a partir de la consolidación del método científico, tal y como es pensado desde la perspectiva naturalista, dicho cometido es visto como incompatible con el quehacer científico.

Si bien es cierto que el relativismo axiológico latente en el nuevo espíritu científico reconoce raíces profundas en la tradición filosófica varias veces secular del idealismo, sus consecuencias no se harían ver sino con un efecto notablemente retardado. Como nota con acierto A. Brecht el hecho de que el relativismo axiológico científico llamara al principio tan escasamente la atención, tiene que ver con la coincidencia histórica de que hacia fines del siglo XIX reinaba en la cultura occidental una concordancia práctica acerca de valores fundamentales. Esta concordancia se extendía a una serie de principios socio-

(16) Kaufmann, A.: *Entre Iusnaturalismo y positivismo hacia la hermenéutica jurídica*, en ACFS, 17 (1977), pág. 352. Asimismo, su *Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik*, en Kaufmann, A. y Hassemer, W. (eds.) *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*. Heidelberg-Karlsruhe, 1977, págs. 7-8 y 16-20.

políticos estimados como indiscutibles —el respeto a la dignidad humana, la afirmación de la libertad, la primacía del derecho, la visión del Estado como mecanismo de servicio para el mayor bien del mayor número de ciudadanos, etc. "¿Qué importaba entonces el que la ciencia no se considerara competente para reforzar esos principios fundamenales, si estos eran naturalmene aceptados?" ([17]). Con ello, entre la teoría y la práctica se abrió un abismo cronológico, en el que la primera se adelantó en décadas a sus consecuencias prácticas naturales. El vacío científico abierto por la abdicación de la ciencia en el orden de los problemas prácticos sería cubierto por el decisionismo, y la teoría jurídica dogmática recibiría el impacto de la idea totalitaria del poder político, bajo la forma de una crisis de fundamentos aún no superada.

Agotada la concordancia práctica de opiniones dominantes, el destino de la especulación jurídica iría en adelante trágicamente ligado al destino personal de sus exponentes más significativos. De allí que, en adelante, la *reductio ad Hitlerum* (Strauss) pasaría a ser uno de los tópicos más repetidos por una teoría jurídica anémica, contraída, indefensa y temerosa. Una conocida frase de Einstein resume con rasgos notables la situación expuesta: "El que se acepte la extirpación del género humano de la tierra como un fin, no puede ser refutado por motivos racionales"([18]). Tal afirmación resulta plenamente consecuente con el intento de afirmar un modelo de actividad científica capaz de asegurar niveles de rigor, objetividad, certeza, autonomía, acumulatividad y utilidad. Definida como saber "objetivo", verificables e intersubjetivamente transmisible, la ciencia desestima como ilegítima a toda pretendida forma de racionalidad que, en su naturaleza y procedimiento, no se adecue al paradigma definido por el saber empírico-lógico propio de las ciencias naturales. El encadenamiento procesal característico del "método científico" se erige así en pauta indiscutible: descripción, medición, aceptación o recusación de observaciones, explicación por vía de hipótesis, deducción lógica, comprobación, corrección, previsión, nuevas recusaciones, etc. El método científico excluye, por definición, todas las cuestiones metafísicas, y con ello el debate acerca de la propia consistencia objetiva de la realidad.

El relativismo axiológico científico se ve así lógicamene condicionado por la propia estructura y funciones del método. La cuestión de si algo es "valioso" no puede contestarse sino aludiendo, ya sea a un fin u objetivo respecto del cual el "algo" en cuestión sea útil —y en este sentido, "valioso"—, o ya sea acudiendo a sentimientos, ideas o vigencias subjetivas de una persona o grupo determinado. En ambos casos, la posibilidad de una consideración "objetiva" del valor, queda excluída. El relativismo axiológico científico se presenta así —en expresión de Brecht— como "el reverso de la cara sombría del método científico".

La discusión en torno a la noción de "objetividad" —central para el paradigma científico del positivismo en las ciencias sociales— se sitúa así en el punto de partida de todo esfuerzo de rehabilitación de la filosofía práctica. La cuestión cobra relieves de especial importancia en el caso de la teoría jurídica,

---

([17]) Brecht, A.: *Politische Theorie. Die Grundlagen politischen Denkens im 20. Jahrhundert.* Tübingen, 1961, págs. 5 y 6. Argumentación parecida esgrime Reale, M.: *La philosophie du droit et les formes de la connaisance juridique,* en *Arch. Phil. du Droit,* 7 (1962) págs. 46 y ss.

([18]) *Freedom and science,* en Hanshen, R.: *Freedom, it's meaning.* N. York, 1940, pág. 382, cit. por Brecht, A.: op. cit., pág. 8.

puesto que es en ese campo donde mayor radicalidad alcanza la dependencia lógica entre método científico y relativismo axiológico establecida por el positivismo.

En este punto, la referencia al enfoque otorgado a la cuestión por M. Weber resulta obligado. Como es sabido —y frecuentemente olvidado por los científicos sociales—, su visión del problema en ningún momento se centra sobre la necesidad, por parte de la ciencia, de una abstención total de valoraciones. Su esfuerzo tiende básicamente a determinar las condiciones de posibilidad de un tratamiento racional de los juicios de valor. En su ensayo más importante sobre el tema, y luego de afirmar que jamás puede ser tarea de una ciencia empírica proporcionar normas e ideales obligatorios, de los cuales puedan derivarse preceptos para la práctica, Weber afirma: "¿Qué se desprende de esa afirmación? En modo alguno que los juicios de valor hayan de estar *sustraídos* en general a la discusión científica por el hecho de que derivan, en última instancia de determinados ideales y, por ello, tienen origen "subietivo"... Antes bien, la cuestión es la siguiente: ¿Qué significa y qué se propone la crítica científica de los ideales y juicios de valor?" ([19]). Entre otras cosas, la ciencia proporciona ideas claras acerca de puntos tan importantes como la conciencia de que toda acción implica un toma de posición; el conocimiento del significado de aquello a que se aspira y los ideales que se encuentran en la base de tales valoraciones; permite revivir y comprender los fines queridos y, en definitiva, juzgarlos críticamente en su coherencia o contradicción interna ([20]). Lo que ya será materia de fe o de especulación acerca del sentido general del mundo y de la vida, será el juicio acerca de la *validez* de tales valores. En Weber, la negativa a incorporar a la consideración de la ciencia las cuestiones axiológicas, obedece a su convicción acerca de la naturaleza subjetiva de los valores. De lo que se trata es de asegurar a la ciencia el status de saber transmisible inter- subjetivamente, capaz de solventar cualquier debate acerca de la consistencia objetiva de sus objetos.

El relativismo axiológico de Kelsen o Ross obedece, sin embargo, a una noción radicalmente diferente del problema. Los valores son excluídos del ámbito de la ciencia no por ser subjetivos, sino por ser irracionales. Que sea "lo justo" es algo que depende de nuestras convicciones religiosas, nuestros deseos, intereses o prejuicios ideológicos, siempre contingentes y arbitrarios. En tal sentido, su relativismo no es parcial —en cuanto reducido al ámbito de lo científico—, sino absoluto —en cuanto extendido a una posición filosófica general—.

La distinción dogmática entre interpretación y aplicación del derecho, es consecuente con estos presupuestos. La interpretación es tarea de la razón, que analiza ciertos materiales empíricamente verificables y por tanto, objetivos. Su objeto es la "determinación de la norma de su verdad" (Savigny). La aplicación, en cambio, es tarea de la voluntad, donde el arbitrio individual no cuenta con más elementos racionales que el cuadro de alternativas generales propuestas por la tarea interpretativa previa. Los contenidos de la decisión aplicativa sólo pueden extraerse del ámbito de los impulsos subjetivos. A la escisión de la razón, a la ruptura entre teoría y praxis acompaña, como reflejo, una fractura en el proceso de realización del derecho. A la noción

---

([19]) Weber, M.: *La "objetividad" cognoscitiva de la ciencia social y de la política social*, en *Ensayos sobre metodología sociológica*. Buenos Aires, 1973, págs. 41-42.

([20]) Weber, M.: Op. cit., pág. 43.

reductivista del método científico sigue, así, una noción reductivista de los que debe entenderse por "objetividad".

Poco afecto a las profundizaciones sobre el sentido último de sus axiomas, y frecuentemente mediatizado por la circularidad de sus definiciones, el paradigma dogmático deja la cuestión de la noción de ""objetividad"" en suspenso. En principio, parecería que la nota de "objetividad" remite a una validez intersubjetiva universal ([21]) y transmisible ([22]). Desde la perspectiva de la filosofía práctica, sin embargo, independientemente de la cuestión de la naturaleza de los valores y del problema de su validez, parece suficientemente acreditado que también en los juicios de valor juegan los criterios reguladores de racionalidad, justificación y validación lógica o empírica. La propia adscripción de las valoraciones a un cuerpo de creencias subjetivas, no es en modo alguno ajena a instancias racionales que la tornen intersubjetivamente cognoscible y discutible. Lo mismo ocurre con cuestiones tales como la propia verificación de valoraciones socialmente extendidas, con la evidencia de ciertos procesos valorativos, con la determinación del papel de tales o cuales valoraciones en una decisión determinada, con la cuestión de cuáles son las valoraciones que inspiren inmediata o mediatamente conductas determinadas, o de cuáles son los criterios de jerarquía axiológica tenidos en cuenta por un individuo o un grupo.

En todos estos ámbitos, la ciencia puede válidamente efectuar investigaciones relevantes y establecer afirmaciones útiles para la decisión, dentro de un contexto y de un caso determinado, pero siempre a condición de ampliar el ámbito de su idea de lo que por "racionalidad" y "objetividad" debe entenderse. Para ello, habrá de superarse una moción ingenua de lo que en verdad es el "método científico" en la teoría y en la práctica.

A este respecto, M. Bunge explica que por "conocimiento racional", se entiende en primer lugar un saber constituído por conceptos, juicios y razonamientos, y no por sensaciones, imágenes, pautas de conducta, etc.; en segundo lugar, por la posibilidad de combinación de dichas ideas mediante algunas reglas lógicas, con el fin de producir nuevas ideas (inferencia deductiva) y su posterior inserción en conjuntos ordenados de proposiciones (teorías, sistema). En estricta vinculación con estas ideas, un "conocimiento objetivo" sería el que concuerda aproximadamente con su objeto —la verdad fáctica—, a la vez que constata la adaptación de las ideas a los hechos mediante la observación y el experimento, modos controlables y hasta cierto punto reproducibles de verificación ([23]).

Trasladando estas ideas a la consideración de los problemas del método de la ciencia jurídica frente a la cuestión de los valores, no se advierten razones de peso que impongan como inevitable la solución reductivista del positivismo. La propia ciencia empírica es un sistema abierto. Carece de axiomas evidentes y hasta sus postulados más generales y seguros se encuentran sometidos a correcciones y reemplazos constantes ([24]). Esto es así precisamente porque la ciencia es falible y capaz de progresar. Sus avances son siempre tentativos, puesto que sus resultados, no por racionales y objetivos dejan de ser

---

([21]) Strasser, C.: Op. cit., pág. 209.
([22]) Brecht. A. Op. cit., págs. 135 y 362.
([23]) Bunge, M.: *La ciencia. Su método y su filosofía.* Buenos Aires, 1978, págs. 15 y 16.
([24]) Bunge, M.: Op. cit., pág. 33.

siempre esencialmente probables: "la inferencia científica es una red de inferencias deductivas (demostrativas) y probables (inconcluyentes)" ([25]). El método científico —escribe Bunge— es en realidad un arte de formular preguntas y probar respuestas; es cualquier cosa menos un conjunto de recetas, "la moraleja es inmediata: desconfíese de toda descripción de la vía de la ciencia —y en primer lugar de la presente— pero no se descuida ninguna" ([26]).

## III

### *Perspectivas de la Razón Práctica*

Es precisamente desde esta noción realista de lo que en verdad constituye la práctica de la ciencia empírica, que cabe aludir a algunos de los principios y puntos de partida de una rehabilitación de la filosofía práctica. Omitiendo puntos de importancia, cabe referirse a aquellos en que las ideas centrales del paradigma dogmático se ven especialmente cuestionadas.

En primer lugar, la reivindicación del papel de la razón práctica no puede entenderse, sino a partir de una idea más amplia y abarcadora de "racionalidad". Frente a la afirmación dogmática de una noción unívoca de racionalidad basada en el modelo del método de las ciencias empíricas naturales, la rehabilitación de la filosofía práctica postula una noción analógica y, consecuentemente, la posibilidad de una pluralidad de ideas de racionalidad. El propio concepto de "razón, comporta así una doble significación: por un lado, la relativa a la razón "teórica" —en cuanto la misma se aplica receptivamente a las cosas de la realidad que se ofrece ante ella—; por otro lado, la relativa a la razón "práctica", en su doble dimensión según se aplique al obrar o al hacer.

"Praxis" y "Técnica" configuran así dos aspectos de la razón práctica; el primero remite a una actividad que se ejerce dentro del hombre mismo —en el sentido del *agere* o 'práttein' clásicos— y que, por tanto, implica una permanencia de los resultados de la operación en el interior del sujeto operante, bajo la forma de una perfección o degradación de su naturaleza. El segundo se refiere, en cambio, a una actividad que se ejerce sobre el mundo exterior, bajo la forma de una transformación, manipulación o dominio de la materia— el *facere* o 'poieín' clásicos—.

Razón teórica y razón práctica no son ni dos facultades del entendimiento distintas entre sí —como podría deducirse de la postura del cientificismo— ni, como sugiere la tradición kantiana, dos modos de obrar opuestos e independientes de una misma facultad. Se trata de una ampliación del conocer al querer y al obrar. "La razón práctica, conoce la verdad como la especulativa, pero ordenando la verdad conocida a la acción" ([27]). El conocimiento teórico se busca por sí mismo, en tanto que el práctico por causa del obrar justo. En un texto revelador de la *Et. Nic*, Aristóteles declara: "No investigamos para saber qué es la virtud, sino para ser buenos, ya que en otro caso sería totalmente inútil"([28]).

En el campo del obrar prima siempre la razón teórica, en cuanto configura la facultad básica que se "amplía" a la práctica. "La razón —escribe J. Pieper—

---

([25]) Bunge, M.: Op. cit., pág. 14.
([26]) Bunge, M.: Op. cit., pág. 61.
([27]) Santo Tomás de Aquino, *S. Th.* I, 79, 11 ad. 2.
([28]) *Et. Nic.* II, 2, 1104 a.

en cuanto razón práctica, no se aplicaría al querer y al obrar, si no se aplicase antes y al mismo tiempo, en cuanto teórica a las cosas. La razón no podría ser imperativa y decisoria, si antes y al mismo tiempo, no estuviese cognoscitivamente abierta al ser. Aquella no sería la medida del obrar, si no recibiese antes y al mismo tiempo su medida de la realidad objetiva"([29]).

Lo dicho remite —y nuevamente en contraposición al concepto de "método científico" propugnado por el positivismo—, a una nueva noción de "objetividad", cuyo carácter analógico abre también la posibilidad de abertura a una legitimación de formas de saber no estrictamente acordes con el modelo empírico-natural. "Objetividad" no remite ya tanto a la transmisibilidad intersubjetiva de los resultados del discurso científico, sino a lo que, en palabras de M. Bunge podría denominarse "verdad fáctica". La objetividad del conocimiento aludiría al hecho de que su concreción esté determinada por el objeto, en condiciones de primacía sobre aquellas precisiones de contenido introducidas por la voluntad del sujeto cognoscente. "Lo objetivo precede a lo subjetivo"... "Sólo por medio de la irrupción de la realidad objetiva del mundo en nosotros llegamos al terreno de nosotros mismos"([30]).

Las consecuencias de esta noción realista de la objetividad en lo que a la contextura del razonamiento se refiere, preocupa a la tradición de la filosofía práctica de modo especial, como queda evidenciado en el siguiente texto de Aristóteles: "No se ha de buscar el rigor por igual en todos los razonamientos, como tampoco en todos los trabajos manuales; la nobleza y la justicia que la política considera presentan tantas diferencias y desviaciones que parecen ser sólo por convención y no por naturaleza"... "Por consiguiente, y hablando de cosas de esta índole y con tales puntos de partida, hemos de contentarnos con mostrar la verdad de un modo tosco y esquemático; hablando sólo de lo que ocurre por lo general y partiendo de tales datos, basta con llegar a conclusiones semejantes"... "Es propio del hombre instruído buscar la exactitud en cada género de conocimientos, en la medida en que la admite la naturaleza del asunto; evidentemente —concluye el Estagirita— tan absurdo sería aprobar a un matemático que empleara la persuasión como reclamar demostraciones de un retórico"([31]).

Desde esta noción ampliada y enriquecida de lo que por "racionalidad" cabe entender, es posible ahondar en la idea moderna de "objetividad como transmisibilidad inter-subjetiva". Este último carácter, sin duda central para la teoría de la interpretación jurídica, depende, en última instancia, de la posibilidad de que los resultados obtenidos por la investigación científica sean capaces de suscitar consenso y adhesión por parte de la comunidad científica a la que se dirigen. Está claro que entre los motivos de esta adhesión, la nota de "coherencia intransistemática" parece tener una primacía, si no lógica, al menos factual, sobre las constataciones de verdad fáctica, y ello explica que los científicos operen a menudo una selección de hechos relevantes, desechando los que tiendan a desmentir las hipótesis y teorías disponibles. No es menos cierto, sin embargo, que en una segunda fase, la teoría se abre, inevitablemente, a los resultados de una confrontación con la experiencia. Si ello

---

([29]) Sobre el punto, Pieper, J.: *El descubrimiento de la realidad.* Madrid, 1974, págs. 49-52, espec. pág. 51.

([30]) Pieper, J.: Op. cit., pág. 46.

([31]) Et. Nic. I, 3, 1094 b.

ocurre, es precisamente porque su finalidad es dar cuenta, ante todo, de la consistencia objetiva del mundo. Es esta la base fundamental del consenso científico y el presupuesto de toda posible transmisibilidad inter-subjetiva de contenidos racionales.

Esta relación entre entendimiento y realidad objetiva en términos de "adecuación", define el contenido tradicional de la idea de "verdad". Vistas, a su vez, ambas nociones en su doble aspecto teórico y práctico, se entiende por qué del hecho de que el intelecto tenga por cometido esencial el decir la verdad, tanto a través de juicios prácticos como de juicios teóricos, se deriva el que los juicios prácticos puedan ser verdaderos o falsos. "Dado que la verdad moral es un estado habitual que dirige nuestras decisiones y que la decisión es un deseo deliberado, al mismo tiempo es necesario —por esas razones— que el cálculo sea verdadero y el deseo recto" ([32]). Para la tradición de la filosofía práctica, los juicios prácticos —morales, jurídicos— son verdaderos en la medida en que indican los medios más apropiados aquí y ahora, en vista de los fines prácticos de la vida humana. Todo deber se funda en el ser; la realidad es el fundamento del bien. Precisamente por ello, la cuestión de los valores queda plenamente asumida por un saber que, dotado de una noción amplia y pluralista de lo "racional" y "objetivo", se abre a la realidad total.

Desde esta perspectiva, la razón se proyecta hacia una amplia diversidad vocacional. La razón considera al obrar según perspectivas diversas —sindéresis, deliberación, juicio, mandato—. Desde el nivel subjetivo de una contemplación intuitiva del bien hasta el nivel de la decisión prudencial. La verdad de las conclusiones prácticas no es, ciertamente, objeto de ciencia sino de prudencia. Pero es esta orientación constitutivamente práctica la que, en el caso del saber jurídico, imprime a la ciencia la necesidad de una apertura a otras formas de racionalidad que, como la filosofía o la prudencia, completan su visión de la totalidad. No por ello queda cuestionada la idea del método científico, sino todo lo contrario. De propugnarse una noción amplia de ciencia, abarcadora de las perspectivas de la filosofía o de la prudencia, habría que acuñar una expresión para ese tipo específico de saber que cumple con las exigencias del "método científico". Luego, lo que se rechaza no es su existencia y legitimidad, sino su pretensión infundada de ejercer un monopolio de la racionalidad y objetividad en el saber jurídico.

Desde esta noción amplia del saber jurídico, a la vez que se reconoce la fiabilidad racional y pertinencia científica del discurso práctico, se preserva la competencia de un saber empírico-lógico acuñado de acuerdo con el paradigma dogmático. Es posible entender así los alcances de algunas de las posiciones fundamentales de la filosofía práctica. Su concepción del ordenamiento, no como un sistema normativo hermético y autosuficiente, sino como un conjunto de hipótesis problemáticas cuyo alcance es menester dilucidar en cada caso; consecuentemente, su idea del saber jurídico como saber aluvional, nutrido por perspectivas científicas diversas que concurren al análisis y solución de los problemas prácticos; su reconocimiento del carácter central del problema de la decisión y, dentro de ella, de la cuestión de la interpretación.

Desde tal perspectiva, a la vez nueva y permanente, el contenido de la solución jurídica escapa al molde estrecho del texto. No resulta admisible, por tanto, la visión ingenua del silogismo práctico configurada por la Exégesis y sus numerosos aunque embozados seguidores actuales. Tampoco parece ad-

([32]) *Et. Nic.* VI, 2, 1139 a.

misible la idea de la norma como "pista indicativa" u orden de preferencia valorativa que precede a la decisión aplicativa —como parece sugerir un conjunto importante de tendencias antiformalistas inaugurada por la jurisprudencia de intereses. La regla de derecho sería, como indica Villey, no tanto un medio de dirigir la conducta, como un instrumento de investigación del derecho. La regla ofrecería más bien puntos indicadores, fragmentarios, parciales, que ayudan, conjuntamente con otros, al descubrimiento de la solución verdadera —esto es, justa— en el caso concreto (33). El jurista no puede, sustraerse por tanto a la consideración de la totalidad, y para ello necesita el auxilio de la racionalidad en sus más diversas instancias. La ley no es el derecho, sino "cierta razón de derecho". Este no se configura como un *dato* preconstituído al intérprete y anterior a la decisión, sino como un resultado buscado por la decisión prudencial. Esta no aplica, sino que "compone" soluciones concretas.

La rehabilitación del papel de la razón práctica en la teoría de la interpretación, comporta así una reinstalación del sujeto en el centro de la misma. La idea moderna de la interpretación se basa en una noción formalizada y absoluta de la Razón, ligada a las premisas de una ética del deber y a una filosofía centrada en el concepto de "imputación". La tradición de la filosofía práctica propone, en cambio, un pluralismo racional capaz de rescatar la primacía de la noción de razonabilidad —central, incluso en la propia ciencia empírico-natural—. Ello supone la afirmación de una ética de la virtud y una filosofía centrada en la noción de "justificación" (34).

Lejos de caer en el irracionalismo anticientífico, la filosofía práctica no sólo parte de la insatisfacción, sino que la incorpora al núcleo mismo de su actitud cognoscitiva. Si cuestiona la univocidad del método dogmático lo hace precisamente en nombre de la única seguridad posible y consistente: la que proporciona la idea de verdad como "objetividad". Y ello, aunque sea para preservarnos de las consecuencias de aquella irónica y preocupante observación de Abraham Maslow: "Si la única herramienta que uno tiene es un martillo, la tentación es tratar todas las cosas como si fueran clavos" (35).

ENRIQUE ZULETA PUCEIRO
Universidad Complutense de Madrid

(33) Villey, M.: *Prefacio* a *Arch. Phil. du Droit*, XVII (1972), pág. 5.
(34) En sentido similar, Giuliani, A.: *Imputation et justification*, en *Arch., Phl. du Droit*, 22 (1977), pág. 86.
(35) Cit. por Strasser, C.: Op. cit., pág. 80.

# EL VOLUNTARISMO EN DUNS ESCOTO Y LA NOCION DE CONTRATO

Nuestro propósito se centrará en determinar cómo la noción de "voluntarismo" se sistematiza a partir de Duns Escoto y —a la postre— las consecuencias que la referida doctrina plantea en la órbita del derecho.

A esos efectos conviene realizar un bosquejo histórico para posteriormente requerir el auxilio de la filosofía del derecho, cuando nos adentremos propiamente en los efectos que acarrea el voluntarismo jurídico en la interpretación y aplicación de los contratos en general.

## I

### MOMENTO HISTORICO

Juan Duns Scott, "Doctor subtilis", nació al parecer en Maxton, Escocia, en 1266. Siendo adolescente ingresó a la orden franciscana, comenzando sus estudios teológicos bajo la dirección de Guillermo de la Ware en la Universidad de Oxford. "En dicho ambiente intelectual flotaba cierta prevención contra las innovaciones del tomismo, desde los tiempos del franciscano Juan Peckham" (1).

En efecto, es de consignar —como simple dato histórico— que el 18 de marzo de 1277, el Arzobispo de Canterbury, R. de Kilwardby, a cuya jurisdicción pertenecía la Universidad de Oxford, hizo que los maestros de ésta censuraran una serie de proposiciones de gramática, lógica y física, contándose entre éstas las doctrinas tomistas de la generación, de la potencialidad de la materia, de la unidad del alma en el hombre, etc.

Muerto Kilwardby, volvió a arreciar la tormenta en tiempos de su sucesor, J. Peckham, aunque no fue secundada por los dominicos de Oxford, quienes, en virtud del capítulo celebrado en Milán en 1278, habían aceptado el tomismo como la doctrina oficial. Peckham, sin embargo, en 1284 confirmó la censura de su antecesor y dos años después volvió a condenar en ocho proposiciones las doctrinas tomistas más controvertidas: *"istos igitur articulos haereses esse damnatas in se vel in suis similibus... denuntiamos"*. Alza su voz, no sin apasionamiento, contra las profesías "vocum vanitates" de filósofos, a quienes denomina *"elatiores quam capaciores, audaciores quam potentiores, garruliores quam litteratiores"*, oponiendo a ellas la sólida doctrina de los hijos de San Francisco: A. de Halés y San Buenaventura.

---

(1) *Historia de la Filosofía*: P. Dionisio Domínguez, S. I. Bibliotheca Comillensis, 1949, pág. 216.

Este es el marco histórico. Tales diferencias específicas en el tratamiento de algunos temas filosóficos y teológicos debía necesariamente influir en las concepciones y métodos de enseñanza utilizados por las diversas órdenes religiosas. En el caso de Escoto, "como franciscano que era, naturalmente se vió atraído por las tradiciones filosóficas de la Orden"; incluso fue también influído fuertemente por la filosofía aristotélica e islámica, en particular acaso por el pensamiento de Avicena. Pero él aportó, a más de los diversos elementos que contribuyeron a formar su filosofía, el poder de una mente original, constructiva y crítica ([2]).

## II

## INTRODUCCION AL VOLUNTARISMO

Básicamente, podemos caracterizar esta actitud filosófica de Escoto, expresando que consiste en dar a la voluntad la primacía sobre el entendimiento, no en el sentido kantiano de que aquélla descubre verdades que el entendimiento no puede demostrar, sino porque mientras el entendimiento es una de las tantas potencias naturales o determinadas a obrar (necesarias), la voluntad, esencialmente libre (*appetitus liber*) o autodeterminativa, con exclusión de toda causalidad extrínseca o coacción, manda en todas las actividades humanas; es dueña de poner o evitar los actos y, por lo mismo, de comunicarles a éstos el carácter de contingentes.

La voluntad, pues, ocupa en el hombre una categoría única, sobresale entre las demás potencias y constituye el distintivo específico del hombre.

Ahora bien: en su psicología, existe un primado de la voluntad sobre el entendimiento, debido a la *libertad* que le es inherente. El entendimiento no es libre, por cuanto le es forzoso asentir a la verdad cuando se manifiesta claramente. La voluntad, por el contrario, se determina exclusivamente a sí misma y no quiere necesariamente el bien. A la inversa, la perversión de la voluntad es más grave que la del entendimiento.

## III

## LIBERTAD DE DIOS Y VOLUNTAD DIVINA

Trasladado a la voluntad divina, este voluntarismo tiene como consecuencia el que, según Escoto, el orden de la naturaleza no ha sido instaurado por Dios porque su intelecto se lo haya representado bueno en sí, sino que por el contrario, es bueno porque Dios lo ha querido. La voluntad divina no es, en verdad, arbitraria; su elección está limitada por la propia bondad esencial de Dios y por las leyes de la lógica; pero dentro de estos límites y especialmente el de la no contradicción, es causa única de sus voliciones ([3]).

Según Copleston, en esta distinción inteligencia-voluntad, la tradición agustiniano-franciscana favorecía a la última, fundándose en que amar es mejor

---

([2]) *La Filosofía Medieval*: F. C. Copleston, Ed. Huemul, 1934, pág. 95.

([3]) *Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado*: Antonio Truyol y Serra, Ed. Rev. de Occidente, Madrid, 1970, pág. 358.

que conocer. Sobre ello, Escoto siguió la tradición de su Orden, pues si bien expuso las razones tradicionales para su afirmación, colocó el énfasis sobre la *libertad*. Si el intelecto aprehende la verdad, no puede limitar su asentimiento; pero la voluntad *es esencialmente una facultad libre.*

Uno de los rasgos característicos del escotismo, es su insistencia sobre la libertad de la voluntad divina y el carácter contingente de sus efectos. Para Gilson, Duns Escoto no cree que Dios pueda querer lo contradictorio, no puede querer, según él, más de lo que es lógicamente posible. Incluso en el ámbito moral, Dios se encuentra, en cierto modo, ligado por los dos primeros mandamientos del Decálogo, que son expresión de la ley natural y corresponden a una absoluta necesidad. "La libertad divina no es, pues, arbitraria, como la del monarca que decreta las leyes de su reino" (4).

Por consiguiente, Dios crea si quiere y no crea más que porque quiere. Preguntar la razón por la que Dios ha querido tal o cual cosa es preguntar la razón de lo que no la tiene. La única causa por la que Dios ha querido las cosas es su voluntad, y la única causa de la elección que ha hecho es que la voluntad es su voluntad. Las únicas condiciones a que se atiene esta libertad son evitar las contradicciones, no elegir más que "esencias composibles" (5) entre las que ha producido Dios y conservar inmutablemente las leyes, tal como han sido decretadas una vez. Excepción hecha, pues, del principio de contradicción y de su inmutabilidad, la voluntad de Dios es dueña absoluta de la elección y combinación de las esencias; no está sometida a la regla del bien: por el contrario, la regla del bien está sometida a Dios. Si Dios quiere una cosa, esa cosa será buena; y si hubiese querido otras leyes morales distintas de las que ha establecido, estas otras leyes hubiesen sido justas, porque la rectitud es interior a su misma voluntad y porque ninguna ley es recta sino en cuanto ha sido aceptada por la voluntad de Dios.

Ello así, como afirma PIEPER, la palabra clave "libertad" en Duns Escoto quiere decir ante todo libertad de Dios: porque Dios es absolutamente libre, todo lo que Él hace u obra tiene el radical carácter de lo no-necesario, de lo "contingente". Esto es válido tanto para la acción creadora de Dios como para la creación misma. "Resulta evidente en qué dirección apunta esto. En una palabra: no hay razones necesarias para el obrar de Dios. Es más, la razón humana no puede alcanzar a hacer "en sí mismo" atinado o incluso necesariamente razonable algo que ha salido de la acción libre divina, mediante deducciones y argumentos. Hasta donde alcanza la absoluta libertad de Dios no hay posibilidad alguna de especulación filosófica. Pero una obra de la libertad divina es tanto la Creación entera como la Salvación y Redención del hombre; todo esto, pues, no tiene porqué ser en lo más mínimo "así" o de "otra forma" o incluso ser "sin más". Por lo tanto es absurdo querer investigar las "razones" de por qué Dios ha creado algo y por qué esto en lugar de esta otra cosa" (6).

---

(4) *La Filosofía en la Edad Media* E. Gilson, Ed. Gredos, t. II, pág. 280.

(5) *La Filosofía en la Edad Media*: Ed. Gilson, Ed. Gredos, t. II, pág. 280. Bs. As., 1967, pág. 233.) Nótese la semejanza con doctrinas posteriores de Leibniz y de Wolff. (Nota de J. A. C.)

(6) Op. cit., pág. 281.

## IV

### LA VOLUNTAD Y EL HOMBRE

La preocupación por garantizar del modo más completo posible la originalidad del individuo se une estrechamente, en Duns Escoto, con su concepción de la primacía de la voluntad y con su doctrina de la libertad. Para él, igual que para Santo Tomás, es, en efecto, la voluntad la que quiere y la inteligencia la que conoce, pero el hecho de que la voluntad pueda mandar los actos de la inteligencia... le parece decisivo a favor de la primacía de la voluntad. Sin duda, no queremos sino lo que conocemos, y en este sentido el intelecto es causa de la voluntad; pero —como acota Gilson—, es sólo su causa ocasional. Por el contrario, cuando la voluntad manda al intelecto, es efectivamente ella la causa de su acto, aunque este acto, tomado en sí mismo, siga siendo un acto de intelección. Y si consideramos un acto de voluntad tomado en sí mismo, es verdad que el conocimiento del objeto querido es anterior a la volición en el tiempo, pero no por ello deja de ser la voluntad la causa primera del acto. El conocimiento del objeto por el intelecto nunca pasa de ser la causa accidental de nuestra volición.

Esta afirmación de la primacía de la voluntad sobre el intelecto nos permite ya prever una concepción de la libertad más voluntarista que intelectualista y eso es, de hecho, lo que encontramos en el sistema de Duns Escoto. Así como había insistido en la indiferencia radical de la libertad divina, del mismo modo se esfuerza por atribuir a la sola voluntad humana la causalidad total del acto voluntario.

Ello así, por ser formalmente distintos el intelecto y la voluntad, cada cual tiene su operación peculiar: el intelecto conoce la verdad y la voluntad es la facultad más noble del hombre, pues es la que manda en la actividad humana. Hasta manda en el intelecto, pues solo conocemos porque queremos conocer. En cierto sentido, sin embargo, el intelecto causa el acto de la voluntad, pues tenemos que conocer un objeto antes de que lo queramos; pero Escoto considera muy accidental el papel del intelecto en la volición, pues cree que el intelecto sólo es la causa ocasional de la volición cuando le presenta a la voluntad objetos para elegir y amar. En último análisis, *la voluntad es autónoma y responsable de sus propios actos*, pues según Escoto "solo la voluntad es la causa total de las voliciones de nuestra voluntad" (7): *"nihil aliud a voluntate est causa totalis volitionis in voluntate"*. Gilson califica a esta fórmula como "impresionante" (8).

Es decir, es cierto que hemos de conocer un objeto para quererlo, y que el bien, que percibimos en este objeto, es el que nos lo hace querer; pero también es cierto que si conocemos este objeto y no otro, es porque lo queremos. *Nuestras ideas nos determinan, pero nosotros determinamos antes la elección de nuestras ideas.* Aún cuando la decisión del acto parece ser irresistiblemente arrastrada por el conocimiento que tenemos de un objeto, es ante todo la voluntad la que ha querido o aceptado este conocimiento, y finalmente ella sola es la que lleva la responsabilidad total de la decisión.

Para Pieper, "voluntarismo" en sentido estricto significa dos cosas, una doctrina y una actitud. Como doctrina quiere decir que *el último fundamento*

---

(7) *Filosofía Medieval*: Armand A. Maurer, Emecé, t. II, 1967, pág. 241.
(8) *La Filosofía en la Edad Media*: E. Gilson, Sol y Luna, 1940, pág. 231.

*de la realidad se considera como un querer gratuito sin más*, para el cual querer, la palabra "arbitrariedad" es casi una denominación suave puesto que en ella aún se supone una expresa relación, aun cuando negativa, a "motivos". El voluntarismo como actitud se podría describir con la frase "placer por la dinámica ciega" pero —califica el filósofo alemán—, en este sentido Escoto sin duda no es "voluntarista". Sin embargo, no le parece casual que a Escoto se lo haya denominado una u otra vez con este apelativo ([9]).

Para darse cuenta de esto sólo se necesita llevar hasta el final el concepto de "espontaneidad radical" que Duns Escoto adjudica a todo querer, tanto al divino como al humano. "Espontáneo" es un movimiento que se origina no de otra parte, *sino únicamente a partir de sí* mismo. E indudablemente tiene sentido afirmar esto del movimiento de la voluntad; evidentemente pertenece a la naturaleza de las cosas el que yo no pueda ser llevado a querer desde afuera. Pero, ¿qué quiere decir "desde fuera"?. ¿Se constituye en motivo el conocimiento que a mí me mueve a querer? ¿No sería todo esto una limitación a la espontaneidad y a la libertad del querer? Al decir de Pieper, parece que Duns Escoto afirma efectivamente esto cuando dice que el querer de la voluntad no viene determinado por cosa alguna salvo por la propia voluntad. En este sentido ser "libre" es a su parecer más esencial para la voluntad que el hecho de querer, aspirar o desear "algo". Si, pues, "libertad" y "espontaneidad" del querer se identifican de esta forma con "falta de motivación" (y "motivo" significa, y no casualmente, *raison, reason, ratio*), habrá que preguntarse si no surge aquel voluntarismo de la ciega descarga de energía puramente fáctica, al menos como posibilidad mental ([10]). Es más: Escoto hace suyo el pensamiento de Aristóteles, encargándose de remarcar que el entendimiento no mueve sin que concurra el apetito, pues la voluntad es apetito ([11]).

## V

## VOLUNTAD Y RACIONALIDAD

Mucho se han quejado los escotistas modernos con respecto al mote de "voluntarismo" con el cual se suele definir a esa filosofía. Para ellos —en defensa—, este voluntarismo consiste básica y radicalmente en que la voluntad es un principio de actividad específicamente distinto del principio de actividad natural; y la nota específica de esta distinción es que la voluntad obra siempre libremente, sin que nada extrínseco a la misma pueda determinar su acto; mientras que la nota específica del principio natural es que obra necesariamente por necesidad natural, es decir, de una manera determinada.

Entendimiento y voluntad son en todo ser racional los dos principios irreductibles de actividad necesaria y libre. Se trata de dos realidades formalmente distintas, es decir, que cada una tiene su esencia propia y su actividad propia y específicamente distinta. Pero, entendimiento y voluntad son dos realidades esenciales de una misma alma: el alma es la que conoce y quiere. La nobleza del alma humana radica en estas dos facultades de conocer y querer. Para la

([9]) *Filosofía Medieval y Mundo Moderno*: Josef Pieper, Rialp, 1973, págs. 171 y ss.
([10]) Aut. y op. cit., pág. 172.
([11]) Duns Escoto: *Dios Uno y Trino*, Nº 235, pág. 178, B.A.C.

mencionada corriente, el preguntarse por cuál de las dos facultades es la más noble o caracteriza más perfectamente la nobleza del alma, es una cuestión que tiene su relativa importancia y a la que solo se puede contestar de una manera relativa. Una respuesta absoluta sería un absurdo, pues un voluntarismo absoluto, diciendo que la nobleza del alma es debida a su voluntad, es tan absurdo como un intelectualismo absoluto que afirmara lo mismo a favor del entendimiento.

¿Puede ello considerarse en la perspectiva precedentemente expuesta? ¿No nos estaremos acercando ya a la clave de nuestro problema? Para la perspectiva de Santo Tomás, cuya clave sistemática es la teoría aristotélica de potencia-acto que se apoya en la realidad del movimiento y en el principio *quidquid movetur ab alio movetur*, la nobleza del entendimiento con respecto a la voluntad es evidente. En efecto, el agente es más noble que el paciente, el acto más que la potencia, el motor antes que el móvil.

Pero, para Escoto, dichos principios podrán ser valederos dentro de una filosofía natural o física, es decir, dentro del dominio de los principios activos naturales que obran necesariamente; *pero no en el terreno de la actividad espontánea.* No es que la actividad espontánea no necesite de un objeto; pero no es el objeto el que determina la actividad de la potencia o especifica la facultad. Para el escotismo, no cabe duda alguna que el agente es más noble que el paciente, el acto más que la potencia y que el motor es antes que el móvil; *pero el* entendimiento respecto de la voluntad, no es ni agente, ni acto, ni motor. El entendimiento presentará el objeto, sea cual fuere, a la voluntad; pero la voluntad, respecto del entendimiento y de su objeto no es ni paciente, ni potencia, ni móvil. La voluntad solo puede moverse por sí misma, porque es un principio de actividad libre. El entendimiento, además de presentar el objeto concibiéndolo, podrá juzgar, discurrir, deliberar, valorarlo y mostrar su conveniencia práctica o utilidad, y sin esta labor del entendimiento sería imposible todo acto de la voluntad como tal; *pero la decisión o el acto es siempre de la voluntad, que quiere o no quiere libremente o libremente suspende todo querer.*

El entendimiento no puede ni directa ni indirectamente mover la voluntad o producir su acto por muy apetecible que sea el objeto que le presente; en cambio la voluntad, si bien es verdad que no puede determinar directamente un acto del entendimiento, ya que en este acto sólo interviene el entendimiento activo y pasivo y el objeto, puede hacerlo indirectamente ordenado al entendimiento el pensar otra cosa.

Por consiguiente, la voluntad es esencial y contingentemente libre, y sólo esta libertad esencial y contingente hace posible en el hombre el orden moral. La voluntad puede volverse libremente hacia todo objeto, y tomarlo como fin o como medio e incluso negarse a tomarlo de una manera o de otra. La voluntad esencialmente libre hace posible el orden moral, pero ella sola no lo constituye ([12]).

El orden moral lo constituye la conformidad del acto de la voluntad con la recta razón (*"Principaliter igitur conformitas actus ad rationem rectam plene dictamen de circumstantiis omnibus debitis illius actus esto bonitas moralis actus"*). La voluntad conserva su esencia libre y la libertad de su acto lo mismo si se adhiere a la recta razón como si no se adhiere, es decir, no

---

([12]) Fr. Miguel Oromi, *Introducción General* al *Comentario de las "Sentencias"*, de Duns Escoto, B.A.C., págs. 84 y ss.

queda determinada por la recta razón; pero el acto de la voluntad solo puede ser moralmente bueno cuando está de acuerdo con la recta razón. La conformidad o no conformidad del acto de la voluntad con la recta razón es una cualidad del mismo acto que para nada cambia su esencia libre —como tampoco cambia su esencia libre el hábito virtuoso o vicioso—, pero lo coloca en otro orden de cosas distinto del metafásico: es el orden moral.

Para los escotistas, la voluntad no es la irracionalidad, como se ha pretendido afirmar muchas veces, sobre todo en la filosofía moderna. El que la voluntad sea esencialmente libertad, no significa que la voluntad sea irracional ni que lo sea la libertad. La voluntad es tan libre cuando procede racionalmente como cuando procede irracionalmente o contra la recta razón. La distinción radical que pone Escoto entre voluntad y entendimiento o razón, como dos principios activos esencialmente distintos, no da motivo alguno para sospechar que la voluntad en sí sea irracional, sino simplemente que la voluntad es voluntad, y la razón es razón, es decir, otra cosa. Ni siquiera el primado de la voluntad, en el orden de dignidad metafísica respecto del entendimiento, significa que el entendimiento deba sujetarse a la libertad de la voluntad. Por eso, para los escotistas, en el orden moral, no existe primacía alguna ni por parte de una voluntad ni por parte del entendimiento; sino que el orden moral consiste en la relación armónica entre el entendimiento y la voluntad. El entendimiento pone su acto necesario, el juicio; y la voluntad pone el suyo libre: la volición; la racionalidad o irracionalidad consiste en la relación de conveniencia o disconveniencia entre uno y otro acto, y el orden moral nace de esta conveniencia o disconveniencia.

Es verdad que la bondad o malicia de un acto, o la virtud y el vicio, son cualidades de la voluntad, pero no es la voluntad el principio activo de la bondad y de la malicia o de la virtud o el vicio, sino la relación entre dos extremos, es decir el entendimiento y la voluntad. Por otra parte, también es verdad que la conciencia radica en el entendimiento, pero sin la relación con la voluntad no sería conciencia sino simple conocimiento. La voluntad pone libremente el acto de relación en conformidad o disconformidad con el entendimiento, y la conciencia o el entendimiento práctico cualifica el acto de la voluntad de bueno o malo, según sea o no conforme con su dictamen práctico.

Pienso, sin embargo, que los principios sustentados por Duns Escoto no permiten a sus seguidores arribar a las conclusiones precedentemente expuestas. En su sistema, *la volición es totalmente de la voluntad*, y en este sentido hablamos de su "voluntarismo" y de las consecuencias que conlleva esa doctrina en el campo de la iusfilosofía, y más específicamente en el de la interpretación de los contratos en general.

Ello así, algunos de sus seguidores contemporáneos, como el caso de Bettoni, cuando hablan del papel de la voluntad, lo hacen siempre teniendo en cuenta el rol que frente a la misma asume la libertad: *"Parlare di volantá e lo stesso che parlare di libertá: una volontá non libera e un istinto, una inclinazione, non una volontá nel senso preciso della parola"* ([13]).

Por consiguiente, y a fin de terminar con la consideración propiamente filosófica del problema, la voluntad es *"simpliciter activa"* pues se determina

([13]) Efrem Bettoni: *Duns Scotto.* Tipografía Societá "La Scuola", Brescia, 1946, pág. 206

a la acción por sí misma, en tanto que cada una de las demás potencias es *"naturaliter activa"*; por eso aunque es verdad que nada podemos amar si no es previamente conocido (prioridad temporal de la inteligencia) no es menos cierto para Escoto que el acto de la inteligencia se ordena al acto de la voluntad (prioridad de naturaleza de la voluntad); así, mientras la inteligencia está de algún modo *determinada* por su objeto, la voluntad no está determinada por nada pues se autodetermina a la acción, *ab-intrínseco*. De donde se sigue, que la libertad es de la misma esencia de la voluntad ([14]).

Resulta indiscutible apreciar, pues, que en este sistema la voluntad es la verdadera señora en el imperio del alma, y a ella obedece todo. Ella manda a qué percepción sensible ha de dirigirse el entendimiento; sólo ella esclarece por la fijación de la atención conceptos inicialmente oscuros; ella marca a la inteligencia su orientación y fin. Lo que la voluntad no desea, lo hace desaparecer por el desvío de la atención. Si la voluntad está ordenada, todo el hombre está en orden; si falla, síguense "desorden caótico y enfermedad mental". Sólo la voluntad se sale del acontecer forzoso de la naturaleza, sólo ella es libre. El entendimiento tiene que reconocer las cosas como son; pero la voluntad se decide con absoluta libertad ([15]).

## VI

## LOS EFECTOS JURIDICOS

Welzel ha señalado con acierto las consecuencias filosóficas que —en el campo del derecho— puede dar lugar el voluntarismo escotista. En efecto, con Escoto y Ockham se produce el gran vuelco de lo universal a lo particular. Ya no es más lo universal sino lo particular la suprema forma del ser. Ello, pues para Escoto la individualidad es la última *realitas entis*, la suprema realidad del ser. Dios no ha creado el mundo para desarrollar ideas eternas, sino para tener a su alrededor seres que puedan amar con él: *Vult alios condiligentes*. Allí donde la relación fundamental de sujeto a objeto no es, como en el pensamiento griego, el conocer sino el amor, la forma suprema del ser es lo individual, lo único, el tú intransferible.

Por eso, para Welzel, este vuelco hacia lo particular tenía que conceder un lugar completamente diferente a la particularidad histórica y a la relación del derecho natural con el derecho positivo. Su expresión temporal fue la dispuesta acerca del problema de la mutabilidad o inmutabilidad del Decálogo. Para Santo Tomás, el Decálogo era en su totalidad inmutable y, sin excepción, derecho natural válido. Sin embargo esta tesis entraba en conflicto con algunos relatos de la Biblia. Dios habría permitido, en algunos casos, excepciones a la prohibición de matar o al orden de la propiedad, o a la forma monogámica del matrimonio. Según el autor alemán Welzel, Escoto no se conformó con los intentos de armonización que había emprendido Santo Tomás, demostrando —al parecer— que esos relatos eran inconciliables con la aceptación de un derecho natural inmutable y válido sin excepción alguna, y que, por consiguiente, Dios había permitido, en ciertos casos, verdaderas excep-

([14]) Albert Caturelli: *Filosofía Medieval*, Universidad Nacional de Córdoba, 1972, pág. 319.

([15]) J. Fischl: *Manual de Historia de la Filosofía*, Herder, págs. 203 y ss.

ciones a los mandamientos del Decálogo. Pero el rechazo de un derecho natural eterno que obliga también a Dios tenía fundamentos aún más profundos: ningún valor del mundo creado puede dar absoluta validez universal al derecho natural, pues si así fuera, Dios hubiera estado ligado a una determinada formación del mundo en su acto creador, lo que contradiría su omnipotencia. Así, como habíamos visto, llegó Duns Escoto a la conclusión de que ningún mandamiento de la segunda tabla, es decir, ninguna de las normas sociales del Decálogo pertenece al derecho natural en sentido estricto. Solo la prohibición de odiar a Dios tiene validez universal absoluta (Ockham contradice este último principio); las normas sociales de la segunda tabla son de derecho natural secundario, en el sentido de que valen en general pero no de una manera absoluta ([16]). Tienen valor en la medida en que están de acuerdo y "consuenan" con el mandamiento de derecho natural estricto de amar a Dios. Escoto aclara con un principio jurídico este "principio de consonancia": la institución de la propiedad colectiva es en sí tan conciliable con la misión del estado de crear la paz jurídica, como la institución de la propiedad privada. Pero si se agrega el amor propio de los hombres que cuida más la propiedad privada que la colectiva, resulta que aquella sirve mejor a la vida en común que ésta última.

Siguiendo a Welzel, con este "principio de consonancia", se creó entre el derecho natural y el derecho positivo una relación completamente diferente de las que hasta entonces eran conocidas en la teoría del derecho natural. Mientras en la anterior teoría del derecho natural, el derecho positivo tenía sólo una función de complementación de aquél dentro de lo éticamente indiferente, ahora se transformaba en un elemento integrante del orden ético. Pues si el derecho natural estricto del amor a Dios puede concordar con diferentes normas sociales —así como un orden social pueda adoptar tanto la forma de una economía socialista como de una economía privada—, se necesita una decisión de la autoridad para saber cuál de las diferentes formas sociales posibles en las diferentes circunstancias, es la justa.

*Hasta aquí, lo afirmado por Welzel,* al realizar una interpretación *subjetiva* de la doctrina escotista. *Caben, pues, varias aclaraciones.*

En primer lugar, el problema de las mutabilidades o no del derecho natural, dio lugar a una copiosa literatura a partir de Aristóteles, con el consabido ejemplo del depósito y la espada. Si bien se parte de ópticas y métodos diferentes (es decir, objetivos, que parten de una observación directa de la naturaleza de las cosas), Santo Tomás se pronunció sobre la mutabilidad de los preceptos contingentes pero aún universales, del derecho natural. El legislador, toma lo que acaece en la mayoría de los casos, y, no obstante, no ignora que en algunos pocos puede haber falta. Esta falta, según el Aquinate, no proviene de parte de la ley, pues fue estatuida razonablemente, ni tampoco de parte del legislador, que habló según la condición de la materia, sino de la naturaleza de las cosas. Tal es, en efecto, la materia del obrar humano, el cual no es universal de un mismo modo, sino que se diversifica en algunos pocos casos. Esta regulación por "defecto" o "falta", la realiza el juez mediante la equidad ([17]).

---

([16]) Hans Welzel: *Más allá del Derecho Natural y del Positivismo Jurídico,* Universidad Nacional de Córdoba, 1970, pág. 24.

([17]) Santo Tomás: *Comentario al L. V de la Etica a Nicomaco,* C.C.C., lección 16ª, pág. 242.

Welzel se aparta de la verdadera razón histórica de la divergencia; pero nos muestra las consecuencias fácticas del escotismo en el campo de la concreto jurídico-político: "se necesita una decisión de la autoridad para saber cuál de las diferentes formas sociales posibles, en las diferentes circunstancias, es la justa..." Porque habrá que considerar si dentro de esta perspectiva, el comunismo, o el liberalismo pueden ser, en determinadas circunstancias, formas políticas justas... Eso no fue lo que pensaron los clásicos griegos, ni los padres de la Iglesia, con San Agustín a la cabeza y su ideal del estado cristiano, ni Santo Tomás de Aquino. Una vez más los principios sustentados por Escoto, impiden afirmar coherentemente las consecuencias de los postulados argumentados.

Mas esta sobrevalorización de lo individual y jerarquía plena de la voluntad sobre el entendimiento, no sólo es el germen del liberalismo contractual sino que se pierde mediante el mismo todo contacto con la realidad objetiva. Para Massini, a partir del siglo XIV, surge la primera "liberación" del derecho. Comienza a ponerse en tela de juicio la cosmovisión tomista; el orden de las cuatro leyes es atacado en el vértice fundante, la ley eterna, por obra del nominalismo voluntarista. La tarea es comenzada por Escoto, para quien "las reglas del gobierno divino del mundo están determinadas más por la voluntad que por la sabiduría de Dios"". El peligro se agravó cuando la doctrina cayó en manos de los nominalistas, encabezados por Ockham. Si el universal no es nada más que un nombre, resulta vulnerado no sólo el orden lógico y metafísico, sino también el orden ético, pues éste se sostiene sobre los universales, o sea, sobre principios absolutos de vida práctica([18]).

En virtud de su realismo, el conocimiento tomista no se separaba jamás del mundo concreto. En Santo Tomás, como en Aristóteles, los primeros principios son sacados de lo real; su aplicación es necesariamente composición con la realidad concreta antes que deducción. Y la misma deducción no puede ser fiel a los principios sin estar atenta a la realidad concreta que ellos significan. Con el voluntarismo, la ley o el contrato *serán definidos por su método y por su sujeto,* no por su fin. Como afirma Vincent, la realidad del derecho natural supone que la realidad de las cosas es percibida por la razón. Para Santo Tomás, como para Aristóteles, el acto de la inteligencia se termina en lo real ("ad rem"). La naturaleza es la realidad profunda de los seres, su orden esencial. Y la percepción de ese orden natural es una evidencia inmediata. Confusa para el sentido común, clarificada y profundizada para la ciencia, la intuición de este orden constituye un primer principio de todo conocimiento racional.

Para Duns Escoto, el acto de la inteligencia se termina, no en las cosas, sino en el nombre que se les da. Este nominalismo renovado por Ockham en el siglo XIV, domina el pensamiento inglés hasta Hume. Reina sobre Hobbes; y a través de él, sobre Rousseau. La escolástica voluntarista de la que dependen Suárez y Grotius (como Descartes) es solidaria de una escolástica nominalista o idealista([19]).

La voluntad no podría estar afectada por una razón que sólo le transmite nombres (Escoto) o ideas (Descartes). Por impotencia o por auto-suficien-

---

([18]) Carlos Massini: *Liberación y Derecho,* en "Mikael", Nº 10, págs. 65 y ss.

([19]) Fray Ph. I. Andre-Vincent O. P.: *Génesis y Desarrollo del Voluntarismo Jurídico,* Ghersi Editor, 1978, págs. 54 y ss.

cia, la razón encerrada en sí misma no tiene influjo sobre la voluntad. Y en la creación del derecho positivo, la razón permanece en el exterior. La ley no se define como "el orden de la razón para el bien común" sino, "la expresión de la voluntad general".

Del mismo modo, en la interpretación de los contratos, no deberá atenderse a su funcionalidad o sentido de justicia sino a la voluntad imperante en el negocio. Ella conformará la regla a la cual las partes deberán obedecer como a la ley misma.

Esta literalidad abusiva es obra directa de Escoto, aunque el filósofo no haya pensado las consecuencias directas de sus postulados. El "medium rei" el equilibrio prestacional, base justa de toda relación jurídica, se transforma en la voluntad soberana, germen del individualismo contractual.

En efecto, al ser la voluntad y consecuentemente la libertad las potencias superiores del hombre, lo que realmente lo distingue *como persona*, Escoto sigue siendo fiel a las tradiciones de su órden religiosa. Como lo ha hecho notar Villey, la filosofía franciscana, como se expresa en Duns Scotto, se empeña tanto más en insistir sobre la libertad del individuo porque le parece una exigencia de la vida cristiana"(20).

Los puntos de partida interpretativos son radicalmente opuestos: mientras que la ciencia de Aristóteles es de lo general, lanzada en persecución de ideas generales, y se basa en un "orden cósmico" (del que puede inferirse la noción romana de "ius"), la ciencia según el nominalismo gravita alrededor del individuo. Sólo el individuo está dotado de existencia real, él es el único centro de interés, él solo el objeto auténtico de nuestro conocimiento, de suerte que *"no puede haber orden jurídico sino es el orden procedente de la voluntad individual"*(21). Esto es tanto más patente en Escoto, si tenemos en cuenta que afirma que debe ser preciso que cada individuo sea un centro de conducta libre y, por esto, un centro de poderes absolutos.

Por consiguiente, las fórmulas de Santo Tomás, "res iusta"; "id quod justum est", que vienen a significar que lo propio de la justicia será perseguir un justo medio no subjetivo —interior al individuo—, sino situado en el mundo exterior, pues el término "ius" significa el arte mediante el cual está determinada la buena proporción entre las cosas, mientras que Duns Escoto no se

---

(20) Michel Villey: *Estudios en Torno a la Noción de Derecho Subjetivo,* Edic. Universitarias de Valparaíso, 1976, pág. 183.

(21) Aut. y op. cit., págs. 182 y ss. Esta parte de la obra contiene preciosas referencias sobre la filosofía franciscana de Ockham y su eventual influencia en el campo de la iusfilosofía. En otra de sus obras más conocidas, traducida recientemente al castellano, Villey —al hablar sobre la filosofía escotista—, afirma que: "la idea de la naturaleza humana, postulado que afirma la existencia de una naturaleza común para los hombres, parece difícilmente conciliable con un nominalismo radical. Es un legado que se conserva desde la antigüedad griega y cristiana. Y no vemos que el nominalismo haya llegado a suprimirlo. La encontraremos sirviendo de base para las construcciones de la Escuela del Derecho Natural" (aut. cit., *Compendio de Filosofía del Derecho,* EUNSA, Pamplona, 1979, págs. 152 y ss.). Es que en definitiva este voluntarismo será la base de los grandes sistemas de filosofía individualistas, como el de Hobbes. Este nominalismo dará paso a un subjetivismo que no tiene nada que ver con el método creado por el derecho natural clásico, para el cual no sólo existen los individuos singulares, sino que éstos además se integran en una comunidad. La justicia será el re-conocer la existencia del otro y, en tanto ello, darle su derecho.

interesa más que por los individuos; no existen más que individuos en la perspectiva espiritual donde se instala su teología ([22]).

De esa manera, el sentido de la palabra "ius", rico en acepciones valorativas y objetivas, termina transformándose paulatinamente en el origen de la noción de "derecho subjetivo". Este será definido como un centro de poderes (o deberes) que permite regular las conductas de los hombres en sus relaciones jurídicas. Y cerca de él, el derecho objetivo, el conjunto de normas jurídicas, protegerá en la medida de lo posible dichas relaciones jurígenas. Pero la ley se mantendrá con los brazos cruzados, pues la voluntad de las partes es soberana y omnímoda en la celebración de los contratos. Y vendrán —consecuentemente—, todos los vicios de interpretación imaginables, porque los contratantes —que fueron libres para celebrar el negocio jurídico particular—, supieron a qué atenerse; en definitiva, los particulares deberán respetar este contrato, aunque éste sea antifuncional; éste nunca fue el método aplicado por el derecho natural clásico.

El contrato, como todo acto jurídico, no es de pura voluntad, sino un acto de la inteligencia concluso por una decisión de la voluntad, un proceso en el que se registran ciertas fases: una representación mental de los efectos inmediatos y mediatos del acto, una deliberación para juzgar su necesidad o conveniencia y una adhesión voluntaria, expresa bajo diversas formas. En la génesis del contrato, la voluntad se adhiere impulsando prácticamente un juicio: marca la conclusión de unas operaciones de la inteligencia; tiene un poder de resorte propio e irrefragable, *pero lo ejerce traspasada de razón.* Si fuera un simple impulso decisivo, la voluntad no tendría calibre racional ni moral, y cerecería, por tanto, de valor humano([23]).

Hemos expuesto, hasta aquí, los resortes propios del escotismo, del nominalismo y las consecuencias que pueden derivarse de dichos principios en la interpretación de los contratos. Pensamos que a partir de Juan Duns, comienzan a tensarse las dos grandes líneas de pensamiento: una, heredada de los grandes filósofos del siglo de oro del pensamiento ático, y los juristas romanos clásicos; llevada a su máxima expresión por el genio de Santo Tomás. Otra, que se comienza a sistematizar con la línea filosófica escotista, y que es llevada a sus extremos más absolutos con el nominalismo occamista.

Elegimos el estudio de esta vertiente histórica, pues pensamos prudencialmente que el saber cuáles son los orígenes y las causas, nos previene de las consecuencias y los efectos.

JORGE GUILLERMO PORTELA

---

([22]) Michel Villey: *El Derecho, Perspectiva Griega, Judía y Cristiana,* Ghersi Editor, 1978, pág. 72. Creemos que esta posición, más que de Escoto, es de Occam. (Nota de J. A. C.)

([23]) José Corts Grau: *Curso de Derecho Natural,* Editoria Nacional, Madrid, 1970, págs. 383 y ss.

# REALISMO, IDEALISMO Y DERECHO MONETARIO

## INTRODUCCION

1. "Tales cuestiones procuraré estudiarlas en la forma más concreta posible, aún cuando... no es escribiendo poco que se hacen bien las cosas; es haciéndolas bien que se hacen cortas..." (1).

2. La ontología realista, y su correspondiente gnoseología, fundamentan un concepto del derecho —de *"lo derecho"*, según la felicísima expresión de Michel Villey(2)— como un conjunto de normas de conducta, que los juristas *descubren y articulan*, para dar soluciones justas a los conflictos entre los seres humanos.

(En tal cometido de estimar lo justo se comparan las expectativas de los justiciables, cuya frustración provocó el litigio, con las susodichas normas, para apreciar si aquellas eran o no razonables)(3).

Por su parte, el idealismo —menos una metafísica que una epistemología, en sus últimas formulaciones— conduce, en la praxis, al voluntarismo legisferante. Desde ""premisas claras y distintas"", el legislador *quiere organizar* el Estado perfecto *creando* leyes ideales, —corolarios de esos axiomas.

3. Aquel realismo jurídico, y este idealismo voluntarista, conllevan a contradictorias nociones, respectivamente, en los diversos institutos jurídicos.

El objeto de la presente monografía es analizar como tales doctrinas son, en último análisis, presupuestos teóricos del denominado ""valorismo"", de un lado, y del llamado ""nominalismo"", del otro. Es decir, las conocidas teorías de derecho monetario según las cuales, respectivamente, se debe, o no se debe, considerar la discordancia entre el valor económico de la unidad monetaria cuándo nació la obligación, y el que posee al momento de su pago, —prácticamente es lo mismo decir discrepancias entre la "bonitas intrínseca" o poder adquisitivo, y el "valor nominal" o "bonitas extrínseca" que proclamó(4) el gobierno(5).

---

(1) Del voto del Dr. Argentino G. Barraquero, en "Goffre, Enrique v. Casanova, Juan Bautista y otro". L. L., t. 13, pág. 424, col 1ª.

(2) En idéntico sentido a la celebérrima "Quaestio LVII", Michel Villey advierte que las palabras que significan "derecho" —en latín, alemán, francés, castellano, etc.— derivan de un adjetivo, tienen valor adjetivado. "...El Derecho no es tratado como una cosa (sustantivado) sino como un predicado". "Une définition du Droit", en "Archives du Philosophie du Droit", vol. IV, págs 48 y ss.). Es lo opuesto a "lo torcido" o injusto.

(3) Cfr. Friederich A. Hayek, "Derecho, Legislación y Libertad", vol. 1, cap. V.

(4) Cfr. Jorge Federico Knapp, "La teoría estatal del dinero", passim.

(5) "Tratándose de una sola nación resulta innecesario introducir un término tan cargado de contenido metafísico como el vocablo "Estado". Sólo por influencia del pensamiento continental, y en especial de la escuela hegeliana, se ha llegado a lo largo de los últimos cien años a generalizar la costumbre de hablar del "Estado" en contextos en los cuales la palabra "gobierno" resulta más adecuada y precisa." F. A. v. Hayek, op, cit., pág. 81.

4. Por cierto que, en la realidad, los gobiernos no provocan inflación monetaria([6]) porque hayan deducido su conveniencia o legitimidad desde ciertos principios filosóficos o científicos.

Los príncipes ya envilecían la moneda, ordenando a las cecas —como hoy hacen sus sucesores con las bancas centrales— que entregasen a los súbditos monedas con el mismo "no en iuris" pero con menor valor real; muchos siglos antes del nacimiento de, verbi gratia, Hernán Cohen o Hans Kelsen o Jorge Federico Khapp o John Keynes (por citar a los más conocidos autores cuyas teorías, por unas u otras razones, pueden invocarse para justificar la teoría estatal del dinero).

Aristófanes ya describió el fenómeno en "Las Ranas", y esos hechos se conocían muy bien en la Edad Media, —es decir, antes de Descartes, Grocio, Kant, etcétera([7]).

5. En la realidad, los gobiernos producen una hiperplasia legisferante —la "inflación legal con depreciación jurídica", del doctor Marco Aurelio Risolía; la "corruptissima respublica, plurimae leges" de Tácito— para "implementar" políticas económicas dirigistas (aquella contradictoria, cambiante, porque éstas últimas son así).

Entre otras "medidas", el curso forzoso, y su imprescindible correlato: el "principio nominalista".

Tales fenómenos, es obvio, no tienen por causa que las autoridades monetarias hayan repudiado la metafísica o la gnoseología aristotélicotomista. No. El hombre no es el sujeto cognoscente de Locke, Hume o Kant. Por sus vasos circula sangre, no la savia intelectual. Lo motivan múltiples vivencias e intereses, no meramente "ideas".

(Lo advirtió el Libertador: "Los hombres en general juzgan de lo pasado según su justicia verdadera y de lo presente según sus intereses")([8]).

Esto es: este trabajo pretende mostrar fundamentos teóricos del "valorismo" y del "nominalismo", y no analizar la constelación de concausas que conllevó a los dramáticos problemas que angustian al hombre de derecho([9]). Pa-

---

([6]) "Esa revolución semántica, tan típica de nuestra época, ha modificado también el significado de los vocablos inflación y deflación. Son numerosas las gentes que hoy en día denominan inflación o deflación no al señalado incremento o reducción de las existencias monetarias, sino a la inexorable consecuencia de dichos cambios..." Ludwig von Mises, "La acción humana", Madrid, 1968, pág. 528.

([7]) "...no es lícito pagar en moneda de baja ley las deudas que se contrajeron cuando la monera era sana... los aragoneses en particular tomaban al rey juramento, cuando se corona, de que no alterará la moneda...". Juan de Mariana, "Tratado y discurso sobre la moneda de vellón, que al presente se labra en Castilla, y de algunos desórdenes y abusos". Cit. por Juan J. Guaresti (h.), "Las doctrinas económicas", ed. 1963, págs. 79 y ss.

([8]) En carta desde Montevideo, el 14 de abril de 1829, "Correspondencia del General San Martín", Angel P. Carranza, Bs. As., 1911, pág. 153.

([9]) "...El sabe que una pensión alimentaria... está gobernada por su fin... El sabe que las indemnizaciones deben ser integrales... El sabe que el envilecimiento de la moneda rebaja el nivel de vida, porque los salarios y los jornales no aumentan con la misma rapidez que los precios... El sabe que los balances de una sociedad mienten... El sabe por qué motivos se locó o se vendió la única vivienda, se pactó la renta vitalicia, se dio o se tomó dinero prestado, y le duele mucho... consentir la permanencia maliciosa, la ejecución postergada, el pago de la pensión miserable, o la devolución sin compensaciones de un capital mermado... Y no digamos de las aflicciones del hombre de derecho cuando juzga las actitudes del Estado deudor...". Marco Aurelio Risolía, "La depreciación monetaria y el régimen de las obligaciones contractuales", ed. 1960, págs. 37-38.

reció, no obstante, necesario aludir a tales realidades por su gravísima trascendencia.

6. En idéntico sentido a lo inmediatamente antes expuesto, se creyó imprescindible enfatizar que es imposible estudiar el derecho monetario sin considerar la realidad económica al cual se aplica el mismo, so color de "teorías puras". Esto último sería "hablar en prosa" sin advertirlo, como el "bourgeois gentilhombre" de Moliére, porque la teoría estatal de la moneda es —muchas veces preterintencionalmente— "prosa encubierta" que facilita el colectivismo.

"No quiere decir esto que la economía sea la única fuente de principios por los que debe guiarse la legislación; aunque, teniendo en cuenta la inevitable influencia de las ideas económicas, sería de desear que la correspondiente inspiración se derivase de los asertos de una economía solvente, en lugar de la colección de mitos y fábulas que hoy parecen inspirar el pensamiento jurídico"(10).

Incluso Federico Bendixen ha reconocido: "No cabe negar que la teoría de Knapp necesita un complemento. La consideración jurídica del dinero no excluye en modo alguno una consideración económica del mismo, sino que más bien la exige (11).

Esto es, el derecho monetario debe abordarse con explícita "prosa" económica; y, si en la materia no se puede ser poeta, es imprescindible, siquiera, una escritura prolija. (No la ciencia-ficción jurídica, como diría Villey) (12).

7. En último análisis, la médula de los evocados temas de derecho monetario —así como la de las cuestiones genéricas correspondientes, acerca de las funciones, dimensiones y límites de los gobiernos y de las legislaciones— es una querella liminar entre concepciones personalistas y sus antítesis transpersonalistas, desde la cual fluyen sendas oposiciones específicas. Las podríamos "caratular" así: liberalismo(13) vs. democratismo(14); órdenes naturales (kosmos) vs. organizaciones (taxis) o planificaciones; métodos evolutivos vs. métodos revolucionarios de producción del derecho(15); derecho vs. legislación; iusnatura-

---

(10) Hayek, ob. cit., pág. 112.

(11) Federico Bendixen, "La esencia del dinero", Madrid, s. f.

(12) "...pudiera ser que el sabio o el santo vivan ya en un más allá, en un mundo perfecto... Pero le pedimos al jurista que esté en esta tierra, no en el paraíso... La cincia del derecho guarda sus distancias con la literatura de anticipación...". M. Villey- "Abrégé...", págs. 29 y ss.

(13) "...acaece que liberalismo y democracia que son cosas que empiezan por no tener nada que ver entre sí, y acaban por ser, en cuanto tendencias, de sentidos antagónicos... son dos respuestas a dos cuestiones... totalmente distintas. La democracia responde a esta pregunta: ¿quién debe ejercer el poder público?... El liberalismo... responde a esta otra pregunta: ¿ejerza quien sea el poder público, cuáles deben ser los límites de éste?...". José Ortega y Gasset, "El espectador", V, pág. 417.

(14) "...En los años veinte y treinta, importantes expresiones del pensamiento católico procuraron —y lograron— rescatar el término "democracia". Maritain es el ejemplo más conspicuo, y entre nosotros monseñor Miguel de Andrea... en estos años se advierte un esfuerzo similar a aquél para rescatar el término "liberalismo" por parte de pensadores cristianos... Quizá esté tomando forma la expresión "liberalismo cristiano" o algo similar...". Jorge L. García Venturini, "Politeia", 4ª ed., pág. 216.

(15) "... el estudio de las realidades sociales como el lenguaje, la moneda, ... el derecho, lo que permitió formular... en el siglo XVIII, los conceptos paralelos de evolución y formación de un orden... los filósofos... escoceses e ingleses del siglo XVIII..., como las escuelas históricas del derecho y del lenguaje, pueden ser calificados de darwinistas predarwinianos". Hayek, op. cit., pág. 42.

lismo vs. positivismo jurídico o realismo vs. voluntarismo jurídico; economía de mercado vs. economía planificada; contrato vs. estatuto; relación jurídica vs. situación legal reglamentada; derecho privado vs. legislación administrativa; jueces vs. "jueces administrativos"; moneda vs. papel moneda o "moneda-mercancía" vs. "moneda-política"; "banco de la Constitución" vs. "banco del gobierno"; valor de cambio vs. valor nominal; etcétera, etcétera.

El advertir que, en cada una de las precitadas antinomias, se "traba la litis" entre dos visiones, simétricamente opuestas, del hombre y del universo; nos dice de las dimensiones éticas y aún teológicas de aquellas controversias.

El inolvidable Cardenal Manning ha dicho: "All human differences are ultimately religious one"([16]).

Y, con su hermosísima prosa, Francisco Carrara nos expresó la inescindible conexión entre lo jurídico y la "Fuente de toda Razón y Justicia":

*"Il domma su cui si assiede la nostra dottrina è quello della creazione operata dalla mente di un essere eterno e infinito così nella sapienza come nella bontà como nella potenza. Rinnegato questo principio, tutto diviene arbitrario nel diritto; o piuttosto no vi auvi più ragione di diritto: sovrana del mondo è la forza"...* ([17]).

8. Por sus limitaciones personales, el autor no podrá abocarse a todas esas vertientes, antes mencionadas, del tema objeto del presente; sino, tan sólo a algunas de las mismas.

Pero, consideró necesario recordar expresamente tales aspectos polifacéticos para no consentir, tácitamente, ningún tratamiento unidimensional del derecho.

Es que cree que éste no es el hecho que en la sociedad tienen vigencia ciertas normas de comportamiento, como sostiene el realismo sociológico; ni el hecho que el gobierno crea normas y sanciona a quienes las violan, como postula el positivismo normativista.

Como Ulpiano, sostiene que: "...ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi". (Dig. I, 1, 1, pr.). Es *lo derecho*. Por ende, un "derecho-torcido", un "derecho-injusto"; es una absurda contradicción en los términos.

Y este "topos" es piedra angular de esta monografía.

9. Por el fin académico para el cual fue redactado, al presente le es aplicable cabalmente aquello de: "Conviene no confundir esta misión con la puramente investigadora. El trabajo de aquel tipo puede no haber creado nada, como acontece con la mayor parte de las monografías... que sirven para Memorias del Doctorado. En estos trabajos más bien se ordena y compila lo que hasta entonces se hizo en aquel aspecto del saber jurídico. Responden de preferencia a la faena... de ordenación de la cultura, más que a la labor genuinamente investigadora"([18]).

---

([16]) Cit. por Wilhelm Röpke, "Más allá de la oferta y la demanda", Valencia, s. f., pág. 20.

([17]) Francisco Carrara, Prólogo a la 5ª ed. del "Programma del Corso di Diritto Criminale".

([18]) Luiz Jiménez de Asúa, "Tratado de Derecho Penal", 1953, I, pág. 208.

I

## PRESUPUESTOS FILOSOFICOS DEL TEMA BAJO ESTUDIO

10. "Es evidente que para los juristas constituye un problema la Filosofía del Derecho"([19]).

11. No parece superfluo explicitar que este capítulo no es, en absoluto, un ensayo filosófico; sino, simplemente, la evocación de algunas nociones en las cuales se fundamentan argumentos ulteriores en el opúsculo.

12. En el alba de la metafísica, Heráclito de Efeso enseñaba que nada es, porque todo deviene. Le contestó Parménides de Elea —Parménides el grande, según su discípulo Platón— que *el ser es*. Se había fundado, con el principio de identidad, la ontología realista.

(Cuestión diferente es si la ciencia del derecho necesita una lógica distinta de la apropiada para el "ser estático") ([20]).

Aristóteles de Estagira desarrolló —con singularísimo talento que, aún hoy, asombra— aquella teoría del ser, de la substancia.

Sub-stare significa "estar debajo", como el poder adquisitivo "está debajo" del valor de la moneda, por ésto es la substancia de la misma).

Para el eminentísimo estagirita, las ideas no moran —puras, trascendentes— en la mítica caverna de Platón.

(En esos primeros fragmentos del libro VII de "República", parese inspirarse Ihering cuando describe el olimpo donde los juristas contemplaban sólo formas jurídicas puras, abstracciones absolutas. Para ello, debían previamente beber el elixir que les permitía olvidar todo cuanto supieran de la realidad. El autor de "Jurisprudencia en broma y en serio" acota que, a muchos hombres de derecho, les era innecesario tomar ese líquido...).

Aristóteles enseñó que las ideas se realizan en los seres, son sus formas. Al conformar la causa final o "telos" del ser, no sólo determinan lo que éste es, sino también *lo que debe ser*. Es decir, ser se realiza, logra su plenitud óntica, en tanto y en cuanto se adecua a su "telos" o "esencia final".

Por esto, para juzgar la bondad de las conductas debe precisarse si la acción conduce al fin natural, en cuyo caso es justa. (También advirtió como —dicho en términos económicos de nuestros días— los fines "a corto plazo" pueden ser incompatibles con los fines "a largo plazo").

13. Para aplicar el susodicho canon teleológico a la moneda, cabe advertir que el "telos" de ésta es servir como medio de intercambio económico indirecto, —a diferencia del cambio directo, trueque o permuta.

Cuando la valuta cumple su fin señalado, es apta para realizar las funciones —corolarios: módulo de valores heterogéneos, patrón de pagos diferidos, medio de ahorro, etcétera.

Por el contrario, si un ente no es de suyo idóneo para alcanzar esos fines precitados; no es moneda, aunque el legislador así lo quiera.

14. Otro aserto básico del realismo es que *el ser es cognoscible*.

El entendimiento agente penetra en los objetos reales para aprehender

---

([19]) Luis Legaz y Lacambra, "Derecho y Libertad", Bs. As. 1952, pág. 9.
([20]) Cfr. Luis Recaséns Siches, "Filosofía del Derecho", México, 1959, págs. 632 y ss.

la idea –'universale in re' de los escolásticos–, que es objetiva en tanto y en cuanto el concepto concuerde fielmente con la realidad.

En las cosas tangibles su esencia inteligible está en potencia "escondida" en la materia. El entendimiento toma su objeto, por medio de los sentidos, desde los seres reales, por esa abstracción que destaca generalidades. A tales efectos, despojará al objeto de sus notas materiales, individuantes, para llegar a su quiddidad inmaterial, universal, inteligible en acto por aquella abstracción ([21]).

Se llega a la verdad contraponiendo, dialécticamente, conceptos verdaderos y falsos –por la lógica discursiva, no por la intuición emotiva, irracional–, superando "aporías".

("El método tomista, fundado no sobre la intuición vaga que la emoción se forma de los valores, sino sobre el análisis preciso que efectúa la inteligencia... resultaba más adaptable a las necesidades del arte jurídico") ([22]).

En la gnoseología realista, el concepto se considera verdadero cuando se ajusta cabalmente a la realidad, cuando –por decirlo expresivamente– "fotografía" al objeto conocido.

15. Surge de lo antes expuesto que, para el jurista realista, los conceptos acerca del ser y del valor de la moneda serán ciertos o verdaderos si *describen* fielmente *lo qué es* y *por qué vale*, en la realidad, la unidad monetaria, ello según se deduzca, lógicamente, de las opiniones, preferencias, intereses, apetencias, del sujeto cognoscente.

Análogamente, intentará conocer cuál fue, en la realidad, la voluntad de los otorgantes del acto jurídico, qué efectos económicos pretendieron lograr con la celebración del negocio jurídico ([23]).

Es decir: ¿quién transmitió o prometió enajenar un bien a cambio de un precio cierto en dinero, pretendió ser acreedor de una "obligación de dinero"? ¿O, por el contrario, ambas partes tuvieron la intención de intercambiar valores económicos reales, aunque indirectamente atento los conocidos inconvenientes de las permutas, pues los contratantes sabían que el papel moneda "no es un fin o valor en sí mismo, sino un común denominador de valores", –como declaró la Corte en el considerando décimo segundo de su sentencia in re "Vieytes de Fernández"?

Con el doctor Alberto D. Schoo cumple recordar que "...en un negocio jurídico donde interviene el dinero, el fin tenido en cuenta al celebrarse el contrato ...no se refiere a la suma nominal pactada, sino a su valor adquisitivo al tiempo de la celebración del acto, punto de vista... casi unánime entre los autores de derecho monetario"([24]).

Por estas razones en verdad, el llamado "valorismo judicial" ([25]), o la aplicación por el Juzgador –bajo ciertas condiciones– de la teoría de la imprevisibilidad ("imprevisión" es sinónimo de negligencia culposa); no repugna al "pacta sunt servanda", como "prima facie" puede suponerse. Por el contrario, aquellos institutos permiten realizar la *verdadera voluntad* de las partes.

---

([21]) Cfr. Mons. Dr. Octavio N. Derisi, "La doctrina de la inteligencia desde Aristóteles a Santo Tomás", Bs. As., 1945, págs. 144 y ss.

([22]) "Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit", París, 1959.

([23]) "La teoría de la intención empírica, esto es, dirigida a los efectos prácticos o económicos del negocio, es manifiestamente prevalente en la actualidad". Rodolfo O. Fontanarrosa "Doctrina General de los Contratos Comerciales", ed. 1979, pág. 25.

([24]) "La Ley", 1975-B-1369 y ss.

([25]) Ibíd.

16. En la lógica realista, para razonar correctamente, para que el silogismo concluya en un concepto verdadero; no basta respetar la lógica formal en las deducciones o en las inducciones. También es imprescindible partir desde *premisas verdaderas,* o sea fielmente ajustadas a la realidad.

"Apoyándose en Aristóteles y Cicerón (Viehweg) caracteriza a la tópica como aquella técnica del pensamiento dirigida a esclarecer problemas... La tópica se refiere... a la selección de premisas (ars inveniandi) y a la creación de distinciones plausibles; no a la corrección formal del razonamiento" (ars iudicandi)" ([26]).

17. Es sabido que los jueces articulan derecho para aplicarlo a ciertos hechos reales sometidos a su jurisdicción. (Por lo menos, en nuestra Patria no deben pronunciarse acerca de cuestiones abstractas).

Por su lado, los legisladores expresan la norma aplicable a ciertos hechos, por ellos imaginados.

En este orden de ideas, tanto se comete un error o vicio de "tópica" cuando se quiere fallar una causa con una doctrina judicial establecida para un caso con circunstancias diferentes, como cuando se pretende aplicar la sanción prevista en una norma jurídica a hechos diferentes de aquellos que el legislador concibió como presupuesto fáctico de la misma.

Por estas razones —sin perjuicio de volver extensamente sobre el artículo 619 del código civil, en un capítulo especial-- muy probablemente se arribará a inferencias absurdas, injustas, cuando se aplique —con olvido de la "tópica"— dicha ley a supuestos absolutamente distintos a los imaginados por el legislador.

Es que, esta norma se articuló para deudas de dinero específico, y no de dinero genérico; para moneda metálica con valor intrínseco, no para papel moneda continuamente depreciado; para que el deudor de una *especie y calidad* de moneda de curso legal se libere pagando, con otra especie, el *mismo valor económico* (de cambio, corriente, o poder adquisitivo), y no para establecer el nominalismo propio de las fuentes del código de las cuales, en este aspecto, se apartó decididamente el Codificador como se comprueba cotejando el Esbozo y la obra de Vélez.

18. La reforma protestante; los descubrimientos astronómicos, físicos y geográficos, de la época; incidieron decisivamente para poner en crisis, en el siglo XVI, verdades hasta entonces admitidas pacíficamente.

En ese mundo dubitativo, Renato Descartes quiso un conocimiento seguro. Para ésto buscó aprehender directamente el objeto, sin la intermediación del concepto (en la acepción aristotélica).

Es decir, situó el centro de gravedad de su filosofía en sí mismo, en sus pensamientos, en su "ego cogitans".

"¿Quién existe? Yo y mis pensamientos. ¿Es que el mundo no existe? Es dudoso" ([27]).

La filosofía así se hizo antropocéntrica —por ello daría bases a la antropolatría—; no más teocéntrica, ni cosmocéntrica.

---

([26]) Edward Levi, "Introducción al razonamiento jurídico", Bs. As., 1964, págs. 134-136, nota 3 del trad. Genaro Carrió.

([27]) Manuel García Morente, "Lecciones preliminares de filosofía", ed. 1957, pág. 140.

Por lo mismo, el derecho natural ya no se inferirá desde la "natura rerum", desde la "normalidad de funcionamiento" de los seres reales ([28]); sino que se deducirá desde ciertos axiomas que el jurista estima racionales, "more geométrico" como corolarios o teoremas. (Fundamentalmente, desde que el racionalismo logró su apogeo con Godofredo Guillermo de Leibniz).

Es decir, el derecho natural ahora será el derecho racional, desde la "Introducción al Derecho de Holanda", por Hugo Grocio.

Explica Michel Villey: "Al método subjetivo, que pretende deducir la justicia de los principios de la razón interna, se contrapone otro método, que la busca fuera de nosotros mismos, en el mundo exterior. Henos aquí en el corazón mismo de la doctrina del derecho natural. ([29]).

19. A partir del "Discurso del método", fue problemático para los filósofos "extraer" al mundo exterior desde el sujeto conociente.

Básicamente, se intentaron dos soluciones a ese problema.

Unos, psicologistas —por lo general, anglosajones—, buscaron la realidad en los procesos psíquicos del sujeto, en sus vivencias, en sus experiencias sensibles.

Otros, logicistas —por lo común, alemanes—, encontraron la respuesta en los mecanismos lógicos del sujeto que conoce, en sus categorías intelectuales "a priori".

En una u otra de dichas alternativas, el conocimiento depende de la actividad del sujeto: sea de sus vivencias psíquicas, sea de sus categorías intelectuales. (Como los restantes conocimientos, con tales teorías, los juicios éticos, lógicos, jurídicos, etc., están determinados por la actividad del sujeto).

Pero, hasta Manuel Kant, los filósofos admitían la existencia de algunos "seres en sí": Dios, la mónada, la cosa extensa, el yo pensante.

El profesor de Koenigsberg, con sus "Críticas", repudió todo "ser en sí" o "por sí". Sólo reconoció la existencia de objetos de conocimiento, puestos por el sujeto cognoscente, según sus categorías mentales.

Es decir, tras Aristóteles, los realistas definían la verdad como la conformidad del espíritu con el ser. ("Summa contra gentiles", lib. I, cap. 59). De su parte, Kant concretó la "revolución copernicana" de considerar "que los objetos son los que se reglan por nuestros conocimientos". (En páginas muy conocidas, comparó su método con "el primer pensamiento de Copérnico").

Los neokantianos de Marburgo acentuaron aún más ese idealismo: el método empleado —enseñan— crea al objeto conocido.

20. Es sabido que ese apriorismo, con el matiz lógico trascendental del kantismo marburguense, tiene su expresión acabada en la teoría del Estado de Hans Kelsen. En cuanto a su aplicación al problema monetario objeto de la presente, puede enunciarse así: si yo utilizo el método económico, creo el objeto económico moneda, creo el valor económico de la moneda; si, en cam-

---

([28]) "Cualquier cosa existente en la naturaleza... tiene su ley, o sea, la normalidad de su funcionamiento, el modo adecuado en que, por razón de su estructura específica y fines específicos, debería alcanzar la plenitud del ser...". Jacques Maritain, "El hombre y el Estado", Bs. As., 1952, pág. 105.

([29]) "Abrégé du Droit Naturel Classique", en "Archives de Philosophie du Droit", t. VI, págs. 45 y ss.

bio, yo uso el método jurídico, determino el objeto jurídico moneda, determino el valor jurídico de la moneda. Es decir, —con dicha gnoseología kantista—, son absolutamente distintos los conceptos económico y jurídico, respectivamente, de la moneda y de su valor. Cada uno de los mismos, depende del método empleado. Nada interesa al jurista, en cuanto tal, qué es o por qué vale la moneda para los economistas.

21. La concepción idealista de lo jurídico, antes evocada, puede describirse óptimamente con las siguientes palabras de un insigne jurista que prestigia aquella iusfilosofía:

"...esa alteración de significaciones es característica de todos los conceptos jurídicos con respecto a los conceptos naturales correspondientes."

"Así como Midas transformaba en oro todo lo que tocaba, así el derecho imprime un nuevo cuño, conforme a su naturaleza, a todos los conceptos de que se sirve para hacer sus leyes" (30).

En lo específicamente monetario, aquel idealismo logicista conduce a sostener el "nominalismo", con el más célebre expositor de "La teoría estatal del dinero":

"...la moneda debe su condición de tal nada más que a una disposición del Estado ...el valor de la moneda... depende... de la "proclamación" del Estado..." (31).

22. La posición realista, en derecho, puede resumirse con aquello de: "Es una deslealtad científica, es un defecto de probidad, hablar de un instituto para fijar su disciplina jurídica, sin conocerlo a fondo en su realidad. Si el derecho tiene por objeto regular los efectos de una institución, es evidente que el estudio práctico de su naturaleza debe preceder al del derecho" (32).

En lo concerniente al derecho monetario bajo estudio, cabe recordar:

"...la tesis de que el Estado crea y produce la moneda, es completamente errónea, dice Savigny, desde que él no puede actuar a su paladar —arbitrariamente— en la elección de la materia prima y en el valor que le atribuye..."

"...aquella intervención ...del Estado... en realidad se reduce al simple amonedamiento... De la opinión pública, concreta Savigny, depende no sólo que una cosa sea dinero, sino también en que grado, es decir, la cuantía del valor a ella asignado..."

"El valor del dinero, que consiste en las cosas que se dan en cambio por él, es, entonces, extraño a las funciones del Estado que, a estar a su origen, se restringen a certificar el valor de cada signo monetario, siendo casi superfluo recordar... que este sello o certificado en ninguna manera afecta al valor del metal o a la cantidad de cosas que pueden cambiarse por él. Su único objeto es salvar las dificultades de pesar y ensayar el metal en las transacciones comerciales..." (33).

---

(30) Sebastián Soler, "Ley, Historia y Libertad", ed. 1957, págs. 149 y ss.

(31) Jorge Federico Knapp, "La teoría estatal del dinero", cit.

(32) Vivante, Prefacio a la 5ª ed. del "Trattato...".

(33) Del voto del Dr. Argentino G. Barraquero, en ob. y loc. cit.

## II

## ORDENES NATURALES (KOSMOS) Y ORGANIZACIONES (TAXIS)

23. "Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat" ([34]).

24. El jurista realista pretende *descubrir* los órdenes existentes.

El racionalista *quiere crear* organizaciones ideales, en reemplazo de aquellos órdenes naturales, sea porque no crea en su existencia, sea porque los considere deficientes por no haber sido planificados racionalmente.

(También, muchas veces, la rebelión contra la realidad proviene no ya de convicciones sino de sentimientos. En estos supuestos, conviene recordar con Emil Brunner: "...el sentimentalismo, el lirismo, es el veneno que destruye y disuelve todas las ordenaciones de la justicia" ([35]).

25. "Denominaremos "orden" a un estado de cosas en el cual una multiplicidad de elementos de diversa especie se relacionan entre sí de tal modo que el conocimiento de una porción espacial o temporal del conjunto nos permita formular acerca del resto expectativas adecuadas o que por lo menos gocen de una elevada probabilidad de resultar ciertas" ([36]).

26. Los órdenes naturales, endógenos, autógenos, autorregulados, automáticos; son esquemas, sistemas, estructuras no creadas deliberadamente por ninguna persona humana. Son espontáneos o providenciales, según las respectivas convicciones de cada autor.

Ejemplo típico de estos órdenes es el que estudiaron los economistas, desde que se constituyó su ciencia: el mercado.

A órdenes de tal naturaleza —cuyo ejemplo más actual se analiza en la cibernética— se refería Ortega y Gasset:

"Orden no es una presión que desde fuera se ejerce sobre la sociedad, sino un equilibrio que se suscita en su interior" ([37]).

27. El concepto de orden fue introducido en las ciencias políticas por San Agustín de Hipona. Pero la noción es muchísimo más antigua que el célebre diálogo "Ordo".

Según Werner Jaeger, kosmos (orden natural, a diferencia de "taxis" u orden creado artificial y deliberadamente) era, en sus orígenes, el buen orden de la polis.

Para los iusnaturalistas, el derecho regula un orden social natural; considerado en general, o en lo específicamente matrimonial, monetario, etc.

Luego, con Anaximandro de Mileto y sus sucesores, se transfirió el concepto de "diké" —y con él, el de "kosmos"— desde la polis al mundo físico.

Por fin, en curiosa regresión, la eunomía de la polis tuvo como modelo al "kosmos" u orden o equilibrio del universo.

"Un mundo así justificado" podía ser denominado un cosmos... Esta palabra aparece por primera vez en el lenguaje de los filósofos jónicos; y al dar este paso y extender la norma de la diké al conjunto de la realidad reve-

---

([34]) Iulius Paulus, Dig., L, 17, 1.
([35]) "La justicia", trad. L. Recasens Siches, ed. 1961, pág. 161.
([36]) Hayek, ob. cit., págs. 64-65.
([37]) "Mirabeau o el político", "Obras completas", Madrid, 1947, III, pág. 603.

laban claramente la naturaleza del pensamiento jurídico griego y lo mostraban basado en la relación de la justicia con el ser" ([38]).

28. Es que el hombre de la polis era teorético.

Según la imagen del doctor Alfredo Di Pietro, el heleno érase el hombre del ojo o de la vista: su virtud consistía en ver, en observar, en descubrir el cosmos, para adecuarse al mismo.

En cambio, el hebreo vétero testamentario —reaparece teológicamente con la reforma protestante— érase el hombre del oído: su virtud radicaba en escuchar atentamente la voz de Jehová, para conocer la voluntad de su cocontratante en la "Berit", debía atenerse a las palabras de la estipulación, del pacto.

En ese orden de ideas, para el heleno la ley describía un fenómeno natural, fundamentalmente su nexo causal. (Así como cuando hoy, verbi gratia, hablamos de la ley de gravedad).

En cambio, en la concepción israelita, o en la "moderna", la ley es expresión de voluntad del Legislador, un mandato.

29. El equilibrio cósmico debía realizarse en todos los órdenes, en la visión griega.

La justicia general o legal plasmaba una justicia particular. Esta supone el equilibrio, la armoniosa proporción, en la distribución de las cargas públicas y los honores entre los ciudadanos. (Es decir, la justicia distributiva).

La justicia, así concebida, debía también verificarse en el equilibrio de las correspectivas contraprestaciones en los intercambios económicos, o sea el antipeponthos.

Este equilibrio debía existir tanto en los cambios voluntarios, o synalagmata, cuando en el cambio de una pena por un ilícito cometido, o adikémata. (En este último supuesto, el juez, con la pena proporcionada al delito, restablece el equilibrio que alteró el delincuente).

Esto es, en los intercambios debía verificarse la justicia correctiva, —así la llama Aristóteles, mientras que Santo Tomás, o la Corte argentina y, en general, nuestros tribunales y autores, hablan de justicia conmutativa.

30. Aquel concepto de justicia o equilibrio en las conmutaciones, tiene muy conocida aplicación en el tema propio del presente trabajo.

Parece obvio que la justicia conmutativa exige el equilibrio entre el valor económico entregado por un cambista, y el precio abonado por la otra parte, —lo cual supone, evidentemente, muchísimo más que entregar billetes de banco que lleven impresos los mismos guarismos escritos en el contrato.

(Cabe pensar en el equilibrio en la donación, cuando ésta se revoca porque el donatario, con su ingratitud, violó la justicia conmutativa).

Entre muchísimas otras sentencias muy conocidas, a estos respectos, cabe recordar la inolvidable declaración de la Corte, in re "Vieytes de Fernández, Juana, Sucesión vs. Provincia de Buenos Aires":

"En situaciones regidas por los principios de la justicia conmutativa... ha de estarse a la igualdad estricta de las prestaciones recíprocas... y no siendo el dinero un fin ni un valor en sí mismo ...aquella igualdad exige que la equivalencia de las prestaciones recíprocas responda a la realidad de los valores..."

---

([38]) Werner Jaeger, cit. por Hayek, ob. cit., pág. 47.

(Como luego se argumentará, el principio de la justicia conmutativa *también* debe inspirar las sentencias cuando no se configuró la mora del deudor de una suma de dinero).

31. El susodicho principio de justicia conmutativa, inspiró aquella regla básica del pago que prescribe el artículo 740 del código civil: la identidad de la cosa que el deudor entrega al acreedor, con la cosa a cuya entrega se obligó.

Para quienes pensamos que, en el derecho argentino, el principio de identidad del pago *también* se aplica a las "deudas de dinero", en lo concerniente a que el valor económico pagado sea el mismo que el debido según la obligación —y no, simplemente, la identidad de los números—; es relevante advertir que el precitado artículo 740 expresamente se refiere al *valor* de la cosa pagada.

Del mismo modo, el principio susodicho rige taxativamente las obligaciones de dar cantidades de cosas, según disponen los artículos 607, 608, 610 y 613 del código civil —aplicables a las "deudas de dinero" por imperio del artículo 616 del mismo. Aquellos artículos expresamente se refieren a la *"calidad"* y al *"valor"*, —no, meramente, al "nomen iuris" de la cosa pagada.

También se advierte que el principio de la buena fe, que debe presidir el pago, como todo lo jurídico; impone computar la *"calidad"*, según la regla ínsita en el artículo 602. (Me estoy refiriendo, por cierto, al principio general de buena fe en el pago que informa este artículo, y no a la ley en sí misma).

En cuanto al arquetipo de "deuda dineraria", la del mutuario de una suma de dinero, cabe recordar que aquella idea suprema de equilibrio, de identidad, —que impone considerar la *"especie y calidad"*—, ha sido expresamente tenida en cuenta en los artículos 2240 in fine, 2250 y 2251 del código civil.

Parece superfluo explicitar que la "calidad" de la moneda es su valor en cambio, corriente, en plaza, o poder adquisitivo. (No precisamente el guarismo impreso en el billete de banco).

Por tales razones, es razonable concluir que en el derecho monetario argentino el equilibrio o justicia en la conmutación debe *también* verificarse en la obligación de dar sumas de dinero; sea que a éstas, por vía de abstracción, se las estudie 'in vitro" —"disecadas" del plexo contractual, cuasi-delictual, etcétera, que le dio origen—; sea que se las analice en el "contexto" fáctico y jurídico que es su fuente.

32. Cerrada esa digresión acerca de las aplicaciones al problema monetario de las nociones referidas al comienzo de este capítulo, parece ahora conveniente recordar que los órdenes naturales —a diferencia de las organizaciones— no tienen fines propios, distintos de los de sus integrantes, ni suponen tareas de sus miembros en función del todo.

Son el medio gracias al cual sus componentes pueden alcanzar sus fines —individuales, o de las asociaciones que los ligan con otros.

Por ello, en general los órdenes naturales no tienen gobierno, que sí es esencial para una organización.

Respecto de los miembros de un orden natural, los gobernantes actúan como jueces o árbitros —si existen— cuando entre aquellos se plantean conflictos. Entonces, a la luz de las normas de conducta existentes en ese orden, el juez decide si eran o no justas y razonables las expectativas que se habrán creado los justiciables, y cuya frustración provocó la litis.

En modo alguno, ese juez intentará realizar, con sus sentencias, fines del legislador, o la "ragione di stato", ni poner a los miembros del orden al servicio de finalidades colectivas. Pretenderá, nada más y nada menos, que se siga realizando el orden tradicional.

33. Muchas veces los componentes de un orden actúan como integrantes de la organización que —simultánea y paralelamente— integran.

En estos supuestos, la empresa colectiva u organización necesita gobernantes que la administren para lograr los objetivos colectivos, para lograr las metas comunes, según el "plan de gobierno en marcha".

En tales casos, las resoluciones y decisiones que el funcionario dicta para alcanzar los fines comunes —bélicos, cinegéticos, migratorios, etc.— no son sentencias, aunque impropiamente se les dé tal nombre. En estos supuestos —cuando el acto de autoridad persigue realizar los "fines del legislador", la "ragione di Stato" —cabe que, por gozar del prestigio histórico del poder judicial, se de el nombre de "juez" a quien no es tal, porque no es un árbitro sino un administrador.

34. Para que existan órdenes es esencial que sus miembros respeten las normas de comportamiento cuya observancia es condición necesaria de aquellos.

No es, en cambio, imprescindible que conozcan tales normas —algunas se respetan por educación, otras por imitación—, ni mucho menos que sepan articularlas.

35. Desde otro punto de vista, cabe advertir que los órdenes naturales si bien pueden ser muy simples, y aún concretos, por lo general son complejos y abstractos (no perceptibles con los sentidos).

Por su complejidad, exceden los datos que puede abarcar la mente de un hombre o de varios hombres, o las más modernas máquinas. Por ello, muchísimas veces fracasan las planificaciones, a fortiori tanto más cuanto más integrales sean: la complejísima realidad desbordó la inteligencia de los planificadores (así como las "grises teorías" no siempre concuerdan con el "verde árbol de la vida").

Porque son abstractos, muchas veces se ignora que existe un orden natural —o así se le hace creer a los menos eruditos—; y se supone que reinará el caos a falta de reglamentaciones racionales, deliberadas, minuciosas, detallistas.

36. Es relativamente reciente el uso de la palabra "organización" para designar los órdenes creados deliberadamente.

El concepto, en cambio, es antiguo. Así, verbi gratia, los helenos se referían a "taxis" (no a "kosmos") para nombrar el orden que el comandante daba a su ejército.

En verdad, la palabra y el concepto correspondiente se difundieron con la Revolución francesa, —racionalista, intelectualista.

Así, antes que se pusiese de moda la expresión "socialismo", los fundadores modernos de esta ideología (39) llamaban "organización" a su ideal de reor-

(39) "...se ha supuesto que los socialismos significan... una posición friamente ideológica... se piensa que no se es socialista... por influjo del temperamento o del carácter... sino por imposición... de la *ratio*... Semejante simpleza... es denunciada y refutada por von Mises". Raúl Oscar Abdala, "Anatomía y fisiología de una fobia", en "Ideas sobre la libertad", Nº 8, págs. 46-47.

ganizar la sociedad, como una fábrica planificada, según un plan ideal deducido desde los postulados de la sociología.

Precisamente, la imagen que usó Henri de Saint Simon para describir su ideal de sociedad fue la de una "usina", por oposición a la sociedad que calificó de individualista, con expresión que acuñó para designar, peyorativamente, a la sociedad no planificada central e íntegramente.

Por ello, no fue una casualidad que el célebre periódico revolucionario dirigido por ese escritor y por August Comte, se haya llamado "Organisateur"", o que Louis Blanc haya escrito "Organisation du Travail", etc. (40).

Tales puntos de vista, en auge en las épocas del Code del 30 de ventoso del año XII, cuando el "mos gallicum" se impuso a las tradiciones —cuando se quería organizarlo todo, planificarlo todo, para acabar con un orden en cuya existencia no se creía, o que se reputaba irracional— se expresan claramente, por Honorato de Balzac;

"Organiser, par example, est un mot de l"Empire et qui contient Napoleón tout éntier" (41).

37. Desde entonces, por la constelación de concausas aludidas en la introducción a este opúsculo, los pueblos viven, cada vez más, no ya según los órdenes naturales, sino como organizaciones planificadas, como empresas colectivas.

La antes excepcionalísima "economía de guerra" (42), y el consiguiente curso forzoso del papel moneda para financiarla; se han hecho habituales. El derecho, por lo mismo, se "motorizó" (43).

Como juicio de valoración de tales fenómenos, y su incidencia sobre lo jurídico, puede recordarse al Juez James Mc Reynolds.

In re "Norman C. Norman vs. The Baltimore & Ohio Railroad Co." (44), la Corte Suprema norteamericana declaró constitucional —con algunas disidencias, como la de aquel Juez— la "Joint Resolution" por la cual se establecía el nominalismo absoluto en materia monetaria, entre otras "medidas" de dirigismo económico.

(Las influencias de los "poderes políticos" sobre aquella Corte, en esos momentos, son muy conocidas).

Cuando se finalizó la lectura de la sentencia, el precitado Associated Justice, dirigiéndose al público presente en la sala de audiencias afirmó:

"En cuanto a la Constitución no parece demasiado decir que ha fenecido" (45).

En su disidencia, sostuvo: "El caos moral y jurídico que se aproxima es sobrecogedor".

38. Lo antes expuesto permite una inferencia aplicable al controvertido tema de si los jueces argentinos afectan la seguridad jurídica, por hacer justi-

---

(40) Cfr. Charles Gide y Charles Rist, "Historia de las doctrinas económicas", Bs. As., 1949, I, págs. 273 y ss.

(41) "Autre Etude de Femme", en "La Comedie Humaine", cit. por Hayek, en op. cit., pág. 90.

(42) Cfr. Orlando Williams Alzaga, "Curso de Economía Política y Argentina", Bs. As., 1962, págs. 153 y ss.

(43) En ob. cit., pág. 43.

(44) "Jur. Arg.", t. 50, secc. jur. extranjera, pág. 5.

(45) Cfr. C. Herman Pritchett, "La Constitución americana", Bs. As., 1965, pág. 301.

cia, cuando revalorizan deudas dinerarias, reajustan saldos de precio invocando el llamado abuso del derecho, aplican la teoría de la "imprevisión" etc.

No parece procedente tal reproche cuando se piensa que, según lo sostenido en el parágrafo 32, con su sentencia el magistrado no crea derecho, ni pretende revolucionar el orden jurídico existente, vigente, sino —por el contrario— descubrir, en ese orden, una norma congruente con el mismo, con su significación general, y esto para que *siga realizándose el orden prexistente.*

En cambio, la legislación —más exacto sería denominarla legisfacción— quiere reformar el orden existente, a veces revolucionario.

Con tal óptica de la cuestión, parece razonable concluir que la sentencia es inmensamente más previsible que la ley, el decreto, etcétera. Por lo mismo aquella satisface más que éstos los requisitos de la seguridad jurídica.

Verbigracia, los litigantes pueden predecir que el juzgador mandará pagar el justo valor económico, aunque deban efectuarse varios cálculos para fijar guarismos.

39. Lo dicho acerca de las sentencias congruentes con el orden preexistente —por lo mismo, previsibles y, por ende, respetuosas de la seguridad jurídica— vale incluso para los supuestos cuando el juez no encuentra una norma ya explicitada, y debe tomar la norma ya existente, aunque no articulada, y expresarla con sus palabras.

Entonces, con razón, cree que no inventó derecho sino que está aplicando el existente y vigente (aunque aún no articulado).

Verbigracia, con su doctrina legal fijada en el conocido plenario in re "La Amistad S.R.L. vs. Iriarte", la Excma. Cámara Civil no creó derecho —como el legislador podría haber "fabricado" una ley— sino que *descubrió,* y lo declaró así, que en el derecho preexistente, el deudor moroso de una suma de dinero debe indemnizar los daños y perjuicios que sufrió el acreedor por la desvalorización monetaria.

40. Aquella distinción entre normas articuladas y no articuladas no es la misma existente entre leyes escritas y no escritas.

La ley no escrita puede estar perfectamente articulada, y así se trasmite oralmente a través de las generaciones.

Aquel proceso por el cual los jueces —en el sistema romano, en el del Common Law, en el de las "fazañas" de los jueces de Castilla ([46]), o en el nuestro— articulan normas existentes pero no expresadas; fue descripto por Fritz Kern:

"Cuando surge un caso para el cual no es posible aducir norma válida alguna, los miembros de la asamblea o tribunal establecerán una... disposición convencidos de que con ello siguen ajustándose al derecho tradicional, no trasmitido expresamente, pero tácitamente operante. No crean, pues, la ley, sino que la "descubren"..."([47]).

41. Por fin, para concluir el análisis de la seguridad jurídica y las sentencias "valoristas", —con la distinción entre, de un lado, *certeza del derecho a la larga,* o sea poder hacer planes, cuando nace la relación jurídica, por saber

---

([46]) "...Castilla ha vivido sin leyes hasta el siglo XIII. Los jueces castellanos han sido los creadores del derecho de Castilla". L. Jiménez de Asúa, ob. cit., t. I, pág. 675.

([47]) Fritz Kern, "Kingship and Law in the Middle Age", cit. por Hayek, op. cit., pág. 136.

qué norma la rige hasta su extinción; y, por otro lado, la *certeza del derecho a la corta*, o sea la mera publicación en un boletín oficial de las leyes, decretos, resoluciones, y otros actos administrativos que se aplicarán retroactivamente sobre la relación jurídica—; es muy elocuente Bruno Leoni:

"La certidumbre del derecho a la larga es... la ... que existía en Roma... Consideraban ellos a ese derecho privado, como herencia común de todos y cada uno de los ciudadanos... Por tal razón, nadie se consideraba con títulos para cambiarlo de acuerdo con su voluntad personal..."

"Era de igual naturaleza que la de sir Mathew Hale cuando decía: "Es para mí razonable preferir una ley de acuerdo con la cual un reino ha sido gobernado con felicidad durante quinientos años, más bien que aventurar la felicidad y paz de un reino basándome en alguna nueva teoría mía propia."

"...esta certidumbre del derecho se ha entendido en dos formas diferentes y, en último análisis incompatibles: la primera como la precisión de un texto escrito emanado del legislador; y la segunda, como importando la posibilidad para los individuos de hacer planes para un futuro mediato, basada en una serie de normas... adoptadas espontáneamente y en común por la gente; y llegado el caso, confirmada por los jueces a través de siglos y generaciones"(48).

## III

## EL DERECHO Y LA LEGISLACION

42. "...la función legislativa, es decir, la elaboración deliberada de leyes, es el invento humano que ha tenido mayores consecuencias, superiores incluso a las del fuego o a las de la pólvora"(49).

43. Ningún jurista, desde la antigüedad hasta años relativamente muy recientes, supuso posible crear derecho. Los legisladores sólo trataban de sistematizarlo, para facilitar su conocimiento. Así, por ejemplo, Ur Nammu, Hamurabi, Solón, Licurgo, los autores de las XII Tablas, etc.

"La ley en que se basaba (la polis) no era un mero decreto, sino el nomos, que en su origen significó la suma de lo que la costumbre vigente mandaba respetar en cuanto a lo justo y a lo injusto.(50).

En Roma —menos aún que en la Hélade— el derecho no fue el fruto de la voluntad del gobernante.

Las leyes, al menos en principio, sólo publicaban el ius paro, que pudiera leérselo.

"El ius consiste "en el conjunto de relaciones derivadas de la vida de los grupos sociales; es la proyección que resulta del orden vivido por una sociedad interfamiliar. Representaba, pues, una formación natural del derecho", era "la obra del intérprete de una tradición, del jurista que revelaba la norma y la traduce en un instrumento adecuado. La lex... es una "norma impuesta... un simple vínculo para la eficacia del ius", o algo referente "a la organización de la civitas..."

(48) Bruno Leoni, "La libertad y la ley" ,Bs. As., 1952, pág. 68.
(49) Hayek, op. cit., págs. 64-65.
(50) Ibíd., pág. 67, Nº 9.

"Por su misma razón de ser, la lex en Roma y el statute en Inglaterra han tenido en consideración factores advenedizos dentro del sistema tradicional del Derecho... la lex, o facultad publicadora del Derecho, se convertirá lógicamente en la legislación... el ius será el gran cuerpo de reglas y principios jurídicos creados a través de la actividad judicial..."(51).

4. Cuando en los finales de Bizancio, con cultura menos romana que helenística, se codificó el derecho, el Corpus Iuris no fue la voluntad del gobernante. Basta recordar los nombres evocados en la "Tanta Circa".

Tampoco el legislador creó los códigos modernos, "Los códigos de Europa... pueden considerarse, principalmente, como compendios del Corpus Iuris y de las interpretaciones de que ha sido objeto la compilación justiniana por parte de los juristas europeos durante varios siglos..."(52).

Del mismo modo, el Esbozo de Freitas, o el código de Vélez, son genuinos "sistemas de derecho romano actual".

(Ex profeso se recordó este título de la magistral obra de Savigny. Dice elocuentemente de la labor de aquellos juristas actualizando los principios del derecho romano, aplicándolos a las características de la realidad de sus días).

45. También aquellas son las características básicas de la ciencia del derecho en el mundo anglosajón.

"Para la concepción anglosajona del derecho, lo mismo que para la romana clásica, el statute, lex o ley, ha de interpretarse restrictivamente, como si fuera un privilegio, porque lo que constituye propiamente Derecho, ius o law, es el Derecho común formado por las declaraciones de los Tribunales en el Common Law y los responsa de los juristas en Roma".

"Como consecuencia de ello, los juristas ingleses... adoptan frente a los textos legislativos una curiosa actitud, mezcla de sumisión y de desconfianza, que conduce, a veces, a un excesivo apego a la letra de la ley..."

"Por consiguiente, mientras en su campo" (de la common" law) "es posible la construcción sistemática... esta vía es por su naturaleza extraña al statute law, el cual sólo puede recurrir a la "intención del legislador" materializada en la ley."(53).

46. A lo largo de un complicadísimo proceso político y cultural, desde el siglo XIII Europa continental se fue apartando de sus tradiciones jurídicas, hasta llegar a la noción de la ley como fruto de la voluntad omnipotente del soberano, —rey, nación, pueblo, raza, proletariado, mayoría electoral, etc. da lo mismo prácticamente.

Desde el punto de vista de los presupuestos teóricos de tal absolutismo legislativo, fue decisiva la influencia de aquel idealismo evocado en los parágrafos 18 y siguientes.

En efecto, si el ser no existe, o si no puede conocérselo, la voluntad deberá inventar sus propios fines; mal podría descubírselos observando la "esencia final" de las cosas en las cuales no se cree. (Voluntad en acepción muy lata: impulsos, emociones, pasiones, intereses; todo lo irracional, dionisíaco o zooístico).

---

(51) Genaro Carrió, en ob. cit., pág. 141, Nº 9.
(52) Bruno Leoni, ob. cit., pág. 86.
(53) Genaro Carrió, en ob. cit., pág. 141, Nº 9.

Así, cuando se "evaporó" la "natura rerum", y con ella la ahora olvidada o desconocida "lógica de las cosas"; el saber fue fatalmente reemplazdo por el mero desear, por el puro querer. Ya no hubo valores objetivos, sino sólo valoraciones subjetivas utilitarias, prácticas, "pragmáticas", adoxales, "coyunturales".

Es decir, el idealismo racionalista llevó al voluntarismo o decisionismo.

Al no existir las pautas objetivas para juzgar la justicia o la injusticia de las leyes; el derecho se reducirá a legislación divorciada vincularmente —desde Kant— de la ética. (Como Grocio lo había distinguido, absolutamente, de toda consideración "política" acerca de utilidad, oportunidad, solercia, prudencia, etcétera)([54]).

Mientras que para el jurista clásico: Est autem ius a iustitia, sicut a matre sua, ergo prius fuit iustitia quam ius""([55]); para el "moderno" tales "residuos metafísicos" son cuestiones "metajurídicas".

Por otra parte, la difundida convicción contemporánea de que la ley no es sino el fruto exclusivo de la voluntad del gobernante, y de que éste es omnipotente; conlleva a generalizar el mito que, mediante leyes y actos administrativos, el Estado solucionará los problemas económicos de la población. (Si resta pobreza, es porque faltan leyes).

Al respecto, cabe recordar las llamadas "cláusulas programáticas" que proclaman los bienes que se lograrán cuando se sancionen las leyes oportunas.

47. No es ocioso recordar, para precisar las nociones de derecho y de legislación —y advertir recientes desnaturalizaciones—, que ni el Parlamento británico ni sus colegas de Europa o de América nacieron para inventar derecho, sino para controlar a los gobiernos, muy especialmente el manejo de las finanzas públicas: "no con propósitos legislativos, sino financieros. Su función primardial no era hacer leyes, sino aprobar tributos"([56]).

Las primeras leyes que dictaron fueron estrictamente administrativas, para organizar un eficiente servicio al público, no para aplicarse a las relaciones de los particulares entre sí, o de éstos con la administración.

El derecho seguía siendo otra cosa: la common law, la lawyer's law, simplemente el derecho, *"lo derecho"*.

Más sacrílego aún hubiese sido insinuar que podrían existir "jueces administrativos" —ni aún bajo el pío eufemismo de distinguir entre la función jurisdiccional, como género, y la judicial como especie, y afirmar que la administración no puede ejercer esta última pero sí aquella. Tampoco se hubiera remediado el problema porque se previesen "recursos" para ante el poder judicial contra las decisiones de los "jueces administrativos".

48. A estos respectos, parece necesario plantearse el interrogante —cualesquiera fuere la respuesta a que se arribe— acerca de si los problemas de toda índole, propios de la democracia de masas, y de sus sucedáneos intentados, podrán remediarse si no se restituyen los Parlamentos a aquellas funciones

---

([54]) "...la concepción jurídica estatal y su condigno método jurídico tuvieron su precursor más eminente en Hugo Grocio, quien... propugnaba se eliminaran de su estudio todos los elementos ajenos al Derecho que estimaban su bondad y utilidad intrínsecas, por considerar esa valoración como tema privativo de la Política". Arturo Enrique Sampay, 'Introducción a la teoría del Estado", 1951, pág. 100.

([55]) Franciscus Accursius, "Glossa" al Dig. I, 1, 1, 9.

([56]) Coutenay Ilbert, "Legislative Methods and Forms", Oxford, 1901, pág. 208.

originales, y se deja que el derecho sea *descubierto* por los jueces y otros juristas.

Es que, evidentemente, "...el ideal de libertad individual parece haber florecido sobre todo entre aquellos pueblos en los que, al menos durante largos períodos, predominó el derecho como obra de los jueces"(57).

Incluso, la comparación entre las "calidades" respectivas de la legislación y de la jurisprudencia de las últimas décadas, el contraste entre el derecho de los juristas y el voluntarista, trae a la memoria la advertencia de Yahve a Su pueblo cuando éste decidió reemplazar el derecho de los jueces por la voluntad de los reyes(58).

49. Por fin, no está de más precisar que las constituciones de Estados Unidos de América, de la Nación Argentina —y todas las de análoga inspiración humanista— no se escribieron para crear una "norma hipotética fundamental" desde la cual deducir, como teoremas, las leyes, y de éstas las sentencias y los actos administrativos —hasta llegar al vértice de la "pirámide jurídica" o norma individualizada.

Su "telos' fue muy diferente, simplemente organizar los gobiernos y limitar sus dimensiones y atribuciones —así como las de mayorías electorales contingentes— para que no aplastaran a los individuos y a las sociedades.

"...y los padres de la Constitución... se hubieran probablemente horrorizado si alguien se hubiera permitido sugerir que su obra pretendía ser superior a las normas de comportamiento encarnadas en la common lay"(59).

## IV

## EL VALOR DE LA MONEDA SEGUN LA CONSTITUCION NACIONAL

50. "Se convino... en dar o recibir en los cambios una materia que, útil por sí misma, fuera fácil de manejar y aplicable a diferentes usos de la vida... de la que al principio se determinó simplemente el peso y el tamaño, poniéndose una marca para evitar el trabajo de pesarlo y medirlo continuamente. La marca se puso como signo de calidad"(60).

51. Los pueblos adoptaron espontáneamente la moneda, para realizar cambios económicos indirectos. No fue, pues, creación de los gobiernos, ni un abstracto ente jurídico valioso porque así lo quiere el soberano.

Es un bien económico que, por diversas propiedades *naturales* —homogeneidad, durabilidad, relativa escasez, aceptabilidad general— además de otros usos posibles, también se demanda y se ofrece como medio de intercambio económico.

"Los servicios que el dinero proporciona vienen condicionados por el poder adquisitivo del mismo. Nadie pretende poseer específico número de monedas o determinado peso dinerario; lo que pretende es disponer de una cierta cantidad de poder adquisitivo"(61).

---

(57) Hayek, op. cit., pág. 151.
(58) La Santa Biblia, I Samuel, 1: 8, 9.
(59) Hayek., pág. 210, Nº 24.
(60) Aristóteles, "Política", cit. por Guaresti, ob. cit., pág. 27.
(61) Mises, ob. cit., pág. 526.

"El dinero no es una medida simple y abstracta de contabilidad, que puede quedar divorciada de un bien concreto; no es un inútil cuño que sólo sirve para los intercambios; no es un "crédito contra la sociedad"; no es una garantía acerca de un determinado nivel de precios. Es simplemente una mercadería."

"Se diferencia de otras mercaderías en que es buscada, principalmente, como medio de intercambio... Como toda mercadería, su "precio" —en relación con otras mercaderías— queda determinado por la acción recíproca entre la oferta total o "existencia", y la demanda total de la gente... (La gente "compra" moneda, vendiendo sus bienes y servicios a cambio de ella; tal como la "vende" cuando compra bienes y servicios") ([62]).

52. Como por lo general se hace con las demás mercaderías, la moneda se da en cambio según unidades de peso. Incluso algunas unidades de volumen, usadas en el comercio, suponen un peso tipo.

Para evitarse el pesar los tejos y ensayar su fino o ley, en cada intercambio, se comenzó a acuñarla por orfebres privados, sin intervención de los gobiernos, —como "hipótesis de no derecho".

Acuñar moneda es poner en marcha a los tejos de metal noble, como signo de su calidad, certificando su peso y fino. Además, las figuras del anverso y reverso, y la grafila, contribuyen a dificultar las falsificaciones y adulteraciones.

"...cuando el gobierno empezó a monopolizar la acuñación, las monedas reales ostentaban ya la garantía anterior de banqueros privados, en los que el público confiaba más, según parecía, que en el gobierno. Monedas de oro, de acuñación privada, han circulado en California hasta 1848" ([63]).

"En los Estados Unidos circularon, especialmente en California, desde 1830 hasta 1854, monedas de oro "privadas". En 1758 fueron declaradas monedas, por el juez Curd Mansfield en el caso Miller vs. Roce, billetes de banco de carácter "privado" ([64]).

53. Gradualmente los gobiernos comenzaron a monopolizar la función de acuñar moneda —como luego lo harían con la emisión de papel moneda. Incluso llegó a pensarse que tales actividades eran inherentes a la soberanía.

Algunas veces, los gobernantes pretendían, con el monopolio de la acuñación, percibir de los súbditos, por tal servicio, un impuesto llamado "seignorage". (Cuando sólo se cobraba una tasa, por el costo de la acuñación, la misma se denominaba "brasagge").

Pero, por lo común, el móvil de aquellos gobiernos, al acuñar, era garantizar a la población, para facilitar los pagos —por ende, los intercambios económicos—, el peso de cada pieza de metal noble, y su fino, en que consistía cada unidad monetaria.

Es decir, la atribución de acuñar moneda se ejerce *certificando* valores económicos reales, con el sello del Estado. En modo alguno, implica el poder para crear valores o riqueza.

Con esa inteligencia de la acuñación —certificar valores reales, y uniformar las unidades valutarias en uso, para facilitar el comercio— según así enseñan los más prestigiosos constitucionalistas norteamericanos; la sección octava,

---

([62]) Murray N. Rothbard, "Moneda, libre y controlada", Bs. As., 1962, pág. 29.
([63]) Ibid., pág. 41.
([64]) Guaresti, "Economía política", pág. 255.

artículo I, de la Constitución de dicho país dispone: "El Congreso tendrá facultad: ... Para acuñar moneda, fijar el valor de ésta y el de los cuños extranjeros y determinar el patrón de los pesos y medidas".

Es decir, el Congreso legisla sobre *los pesos y las medidas*, entre otros los de la unidad monetaria. No para inventarlos o crearlos arbitrariamente, sino simplemente para decidir cuántas onzas pesará cada moneda de oro, o de plata, etcétera. (El Congreso no puede crear los valores monetarios, como tampoco puede inventar un metro de 90 centímetros o un kilogramo de 900 gramos, para "desarrollar" la economía nacional) ([65]).

Es esencial recordar tal interpretación —la de los más prestigiosos constitucionalistas americanos, o para texto análogo de la Constitución argentina la de los maestros del derecho constitucional patrio—, atento la opinión reciente de que el Congreso podría asignar cualquier valor nominal al papel moneda en virtud de aquella atribución. Cabe, por esto, insistir en que esta no es la inteligencia debida a aquella cláusula constitucional. "Fijar" el valor no es inventarlo arbitrariamente, es decidir qué peso y fino debe tener cada unidad. El valor le será dado por la opinión pública([66]).

En cuanto a lo de "fijar el valor" de las monedas extranjeras, no significa establecer el "control de cambio" o relaciones arbitrarias, sino *declarar*, en función del peso y fino de las sendas monedas, las equivalencias entre las mismas.

54. Coadyuva a interpretar cómo es la moneda de la Constitución nacional y la concepción realista de ésta acerca del valor de aquella, el recordar que los billetes de banco son tratados en el inciso quinto del artículo 67 como una cosa distinta a la moneda, —a ésta se refiere el inciso décimo del mismo artículo.

A diferencia del modelo norteamericano, la Constitución argentina prevé un banco, con sucursales en cada Provincia (el Banco Central no se adecua a esta prescripción) con facultad para emitir billetes.

Pero, en absoluto, tales billetes pueden ser papel-moneda de curso forzoso, sino moneda de papel convertible en moneda metálica. En efecto, acerca del papel moneda y la Constitución es decisivo recordar:

"Las actas del Congreso General Constituyente se limitan a decir que el señor Zenteno pidió explicaciones sobre si el Banco Nacional comprendía la emisión del papel moneda, y el miembro informante de la Comisión expuso que el Banco emitiría billetes, más no de circulación forzosa, con cuya explicación se manifestó satisfecho." (Conf. Convención Nacional, ed. of., año 1898, p. 339" ([67]).

Es decir, en absoluto surge de esta norma constitucional la atribución del legislador de inventar valores nominales monetarios.

---

([65]) "Si nuestro Banco Central continúa en uso de sus actuales atribuciones... será lo que ha sido siempre... será el Banco Perturbador del país... porque al alterar, diaria e intermitentemente... nuestro signo monetario provoca en el derecho y en la economía... el mismo y deletéreo efecto que, si con igual alcance y para "mejorar los cambios" modificara permanentemente las magnitudes asignadas al metro, al gramo, al litro, etc.". Eugenio Andrés Matocq, "Economía y Finanzas Públicas (Transgresiones Constitucionales)", Bs. As., s. f., pág. 32.

([66]) Cfr. Estrada, pág. 474; Montes de Oca, II, pág. 237; González Calderón, III, pág. 158. J. M. Moreno, "Obras Jurídicas", t. I, págs. 60, 63, 66, etc.

([67]) Cit. por A. G. Barraquero, en loc. cit.

55. Es sabido que los constituyentes de 1853, así como sus fuentes, –y, en general, todo economista–, concuerdan en una verdad a lo Pero Grullo: el papel-moneda de curso forzoso no es moneda, es un título de deuda pública encubierta. Es decir, para financiar sus gastos, el gobierno –en lugar, o además, de recurrir a las operaciones de crédito público que sí autoriza la Constitución– ocurre a la emisión de papel y fuerza su curso.

Esto es, un empréstito gratuito encubierto, forzoso, y sin promesa alguna de reembolso, ni a plazo incierto siquiera ([68]).

Por ello, es que la inflación monetaria se califica de impuesto implícito, o encubierto. (Sancionado contra las reglas constitucionales que rigen la creación de tributos).

Como es obvio, el gobierno emisor entrega las unidades de "dinero-fiat" en pago de sus gastos (entre otros, salarios de su personal). Los recipendarios, a su vez, los dan en pago de sus adquisiciones, y así se van difundiendo en el mercado.

Por cierto, tal incremento de la oferta monetaria –muchísimo más amplio que el aumento del producto bruto, en el mismo plazo– produce el alza de los precios, por conocidísimas leyes económicas. (Básicamente, ese nuevo "poder de compra" ha incrementado y acelerado la demanda de bienes reales, cuya oferta permanece invariable).

Ahora bien, no todos los precios aumentan al mismo ritmo, ni con igual velocidad. Por ello, los primeros recipendarios de los "nuevos" papeles impresos todavía compran a precios "anteriores"; a medida que va circulando el "nuevo dinero", y los precios suben, los últimos en recibir esas nuevas unidades adicionales tendrán que comprar a precios superiores –probablemente, ellos ya han vendido sus bienes a los precios anteriores–. Así, por tal inflación, unos habitantes ven enriquecido su patrimonio a expensas de otros, empobrecidos sin causa ética ni jurídica que justifique tal desplazamiento.

Y, va de suyo, tal "redistribución" de ingresos y patrimonios efectuado por el gobierno, aquellos subsidios y subvenciones encubiertas que concedió; no cumplen los requisitos constitucionales en esta materia (ley del Congreso creando tal auxilio financiero, con determinación de destinatarios, su monto, contabilización en el presupuesto nacional, etc.).

56. Cabe recordar, en cuanto a las atribuciones del legislador y sus demasías, aquello de Aristóteles:

"Y parecería crítica razonable el decir que tal democracia no es en modo alguno una constitución; porque donde no gobiernan las leyes" (nomoi) "no hay constitución... y si la democracia es realmente una de las formas de constitución, es evidente que una organización de esta clase, en la que todo es administrado por resoluciones de la asamblea, no es ni siquiera una democracia propiamente dicha" ([69]).

En el "leading case" "Horta vs. Harguindeguy" –"Fallos, CXXXVII, 66– la Corte declaró que: "...la doctrina de la omnipotencia legislativa que se

---

([68]) "...Sus billetes... son meros bonos de deuda consolidada... Puede ser atribución del Gobierno el certificar la ley de la moneda metálica, pero de esta atribución al poder de erigir en moneda del Estado al papel probatorio del empréstito de dinero que el país le hace recibiendo ese papel, hay la distancia que separa el derecho del despotismo... Emitir papel moneda en forma de billetes de banco, es... ocultar el empréstito, la deuda...". Juan Bautista Alberdi, "Estudios Económicos", Bs. As, 1955, págs. 283 y ss.

([69]) Aristóteles, "Política", IV, 4, 1292 a.

pretende fundar en una presunta mayoría del pueblo, es insostenible dentro de un sistema de gobierno cuya esencia es la limitación de los distintos órganos y la supremacía de la Constitución".

57. Por las razones susodichas, puede resumirse la interpretación de los precitados incisos décimo y quinto del art. 67 de la Ley Suprema, afirmando con el doctor Argentino Barraquero:

"De acuerdo con estos principios, descartada la omnipotencia legislativa, necesariamente habrá que concluir que la facultad acordada por el inciso 5º para emitir billetes, debe tener también su necesaria limitación, pues, así, como dentro de las facultades de "acuñar monedas metálicas" y "fijarles valor", no le sería dado al Estado acuñarlas con metales depreciados como plomo y estaño, pretendiendo asignarles el valor del oro y la plata, tampoco puede admitirse que por medio de la emisión de billetes se crearan valores ficticios o artificiosos, en contraposición con los principios de las leyes económicas, o por medio de ellos llegar al aniquilamiento de derechos patrimoniales adquiridos al amparo de la misma Constitución. (Conf. art. 17, Const., Fallos Corte Sup. XCVIII, p. 37; CXXVIII, p. 453; CXXVI, p. 160; CLXXVI, p. 22) (70).

58. Robustece la tesis que la Constitución nacional se informa en una concepción realista del valor de la moneda, como se ha venido sosteniendo en los parágrafos anteriores, el advertir que sólo excepcionalmente, en su centenaria jurisprudencia, la Corte ha admitido la teoría estatal de la moneda.

In re "Bustillo, Susana Carlota Pacheco Santamarina de vs. Café Paulista S.R.L." —puede leerse en "Jurisprudencia Argentina", 1953 - III - pág. 89 y siguientes—, el Alto Cuerpo afirmó:

"El valor de la moneda circulante con fuerza legal en todo el territorio de la Nación se funda en la autoridad del Estado, que es su creador, y es insusceptible de ser regulado directa o indirectamente por la ley de la oferta y la demanda..."

Pero esta "filosofía" (71) fijada cuando estaba en vigencia un texto constitucional (el sancionado en el año 1949) diferente al de los años 1853 y 1860; fue rectificada plenamente por la Corte in re "Bianco, María Bertaina de vs. "La Inmobiliaria" (Cía. de Seguros)" (72).

Es decir, excepto aquel pronunciamiento singular —cuya doctrina, como se dijo, posteriormente desechó el Alto Tribunal— la Corte no reconoce la regla "peso-peso" en el derecho argentino.

Además, es obvio que si el Cuerpo interpretase que el "principio nominalista" rige en el derecho argentino, no podría haber reconocido —al menos con efectos jurídicos— el "paulatino envilecimiento de la moneda", como lo hace en el considerando undécimo de la sentencia recaída in re "Camusso de Marino vs. Perkins S. A." (73), ni en general haber establecido el "valorismo judicial" que informa la decisión dada a "Jürgens vs. "La Franco" (74), y a tantísimos otros pronunciamientos no menos conocidos.

---

(70) Del voto cit. del Dr. Barraquero.

(71) Cfr. José María López Olaciregui, "Justicia conmutativa y derecho monetario", J. A. 1956-IV-389.

(72) J. A. 1956-IV-389.

(73) L. L. 1976-C-74.

(74) Ibíd. 1978-D-501.

Por cierto, no menos evidente es que tampoco los tribunales inferiores a la Corte reconocen que el derecho argentino prohiba debatir en juicio la depreciación monetaria, como sí pretende el "nominalismo".

59. En rigor de verdad, la teoría estatal de la moneda no se encontrará por cierto, como se dijo, en la Ley Suprema —ni tampoco, se argumentará en el capítulo siguiente al presente, en el artículo 619 del código civil— pero sí en la ley orgánica del Banco Central de la República Argentina.

A través de los diversos textos legales que han ido reemplazando la ley 12.155, se ha establecido el curso forzoso. No meramente el curso legal, pues, como es sabido y admitido unánimemente: "El curso forzoso implica, pues, dos circunstancias esenciales: desde luego, la obligación impuesta a los particulares de recibir los billetes de pago; en seguida, la exoneración del reembolso a su presentación para aquellos que los han emitido. Difiere en ésto del curso legal... que no implica sino la primera de estas dos circunstancias... pero no tiene curso forzoso en cuanto el banco queda obligado a su reembolso" ([75]).

Esto es: la moneda de papel de curso legal debe ser recibida por el acreedor, por el importe expresado en la misma, pero su tenedor puede exigir al banco emisor que la redima en moneda, a la vista. El papel moneda, de curso forzoso, es inconvertible.

Por tales razones elementales, no es exactamente el curso legal sino el curso forzoso el atribuído por el artículo 21 de la ley 20.539 cuando dispone: "Los billetes y monedas del Banco" (Central) "tendrán curso legal en todo el territorio de la República Argentina por el importe expresado en ellos..."

60. Los billetes de curso forzoso sí se rigen por el "principio nominalista" o teoría estatal de la moneda.

Al respecto, tras evocar las enseñanzas "valoristas" de Savigny, dice el doctor Alberto D. Schoo: "...esta regla general rige únicamente mientras el legislador no declare el curso forzoso de los billetes... con la importante consecuencia, en virtud del curso legal, de la obligación de los acreedores de recibirlos en pago de sus créditos como si realmente fuesen piezas amonedadas. En igual sentido y con idéntica limitación, se pronuncia Félix Eckstein, considerado como uno de los prominentes representantes contemporáneos del valor monetario..." ([76]).

También la "Cour de Cassation" invocaba las leyes que disponen el curso forzoso del franco de papel —y no el artículo 1895 del Code, cuyo texto, tan distinto del 619 argentino, sí prohíbe discutir en juicio el valor nominal del dinero— cuando afirmaba el principio nominalista nulificando las llamadas cláusulas de valor garantido de los contratos. (Así, en el célebre caso de "Do-Delattre vs. Scouteten", que se lee en el Dalloz Periodique, 1873-I-97 y siguientes).

(Al sólo efecto de ahondar en aquel artículo 1895 francés, tan citado en la doctrina y jurisprudencia nacionales recientes, debe recordarse que —desde "Deschamps vs. New York Life Assurance Co". Dalloz Periodique, 1920-I-137)— la "Cour" reconoció la validez de aquellas cláusulas en los contratos

---

([75]) Amancio Alcorta, "Estudios sobre el curso forzoso", Bs. As., s. f., pág. 90.
([76]) Schoo, ob. y loc. cit.

internacionales. Por fin, el Tribunal viene sosteniendo que el precitado artículo 1895 no es imperativo, sino meramente supletorio de la voluntad de los contratantes, en el derecho interno. Así, en: "Guyot vs. Praquin" (D.P., 1957-649), en "Roland vs. Fournet" (D.P., 1963-698), y en "Colombo vs. Catopodis" (D.P., 1966-497).

61. A pesar de la antes recordada ley orgánica del Banco Central, es "de público y notorio" que las deudas de dinero se revalorizan en el derecho argentino actualmente en vigencia. Es decir, los billetes del Banco se utilizan como instrumento de pago, pero el importe expresado en ellos no determina el quantum de la obligación. (Este aspecto, y no aquel, es lo importante en la cuestión —como recordaba lord Russell of Killowen, in re "Josish Feis vs. Société Intercommunale Belge d"Electricité", cuando la Alta Corte de los Lores declaró válidas las cláusulas de estabilización monetaria en los contratos).

Por tales razones —por lo menos en momentos de extraordinaria emisión de papel—, tal vez podría sostenerse que la recordada ley orgánica es inconstitucional, en cuanto su aplicación quebrante el derecho de propiedad privada del acreedor de una deuda dineraria.

Pero, tal juicio acerca de un "acto de gobierno" —si es que, entre éstos y los actos administrativos hay algo... más... que los separe, que un "modus vivendi" entre el "Conseil d'Etat" y el Ejecutivo francés ([77])— replantearía la apasionante cuestión de si la Corte, y demás tribunales inferiores, son competentes para juzgar cómo los otros poderes del Gobierno federal ejercen sus atribuciones políticas, cuando quien recurre alega que tal ejercicio ha violado, en su perjuicio, derechos garantizados por la Constitución.

(Conocida es la respuesta adversa a tal interrogante, que dio el Alto Tribunal desde "Cullen vs. Llerena", con la notable disidencia del doctor Luis V. Varela —en tesis luego compartida por el doctor Clodomiro Zavalía—) ([78]).

Por ello, parece más prudente sostener, simplemente, que la ley orgánica del Banco Central rige cuestiones de derecho público y no relaciones de derecho privado. Es que los fines de dicha ley no son, precisamente, confiscar bienes del acreedor para favorecer al deudor, ni, en general propiciar la inflación.

(El gran objetivo de la ley 12.155 —artículo tercero, inciso "a"— era "mantener el valor de la moneda". Luego, en sucesivas reformas, se añadieron otros "telos", de suyo incompatibles con aquél. Y, fundamentalmente, la gran meta en el año 1935 —en la realidad— fue contrarrestar los efectos sobre la economía argentina, muy especialmente sobre el valor de las exportaciones, de los conocidos fenómenos económicos y financieros del mundo de esa época).

62. Por fin, parece imposible cerrar este capítulo sin recordar la ley 1130 de la Nación —todavía vigente, porque jamás fue derogada, aunque se la haya olvidado— que establece el régimen monetario argentino, cuyas unidades define, "fijándoles" como valor su peso en metal noble y su ley o fino.

---

([77]) Cfr. Manuel M. Diez, "El acto administrativo", ed. 1961, págs. 509-510.

([78]) Cfr. Clodomiro Zavalía, "Historia de la Corte Suprema de la República Argentina, en relación con su modelo americano", Bs. As., 1920, págs. 300-304.

## V

## EL ARTICULO 619 DEL CODIGO CIVIL

63. "Era lo que Freitas proyectaba por sus artículos 931 y 932. El primero constituye nuestro 619..." ([79])

64. Las numerosas y contradictorias interpretaciones que, en los últimos años, se han dado acerca de la ley bajo análisis aconsejan ahondar su estudio.

Ante todo, parece conveniente advertir que el Código francés no distingue, a pesar que en el derecho de la época era usual hacerlo, entre deudor de dinero genérico y deudas de dinero específico.

En cambio, contienen esta diferenciación otros cuerpos legales que siguen al Code, verbigracia: el código del Reino de Italia, y el holandés. También Freitas trató de esta distinción.

"En la técnica jurídica la obligación de dar una cantidad de dinero específico, implica una combinación de la obligación de dar una cantidad de dinero —deuda de dinero genérico—, con una de procurar determinada especie y calidad de dinero de curso legal y que en la doctrina se la denomina también deuda "cualificada" o deuda de "dinero mixta".

"La diferencia entre deuda de dinero específico y deuda de dinero genérico... aparece claramente reconocida... en los códigos civiles italiano (arts. 1821 y 1822, y holandés (art. 1793). En uno y otro comienza el capítulo del préstamo por una disposición, correspondiente al art. 1895 del cód. francés, sobre las deudas de dinero puras, siguiendo luego una regulación del préstamo de moneda específica que en el código francés no existe."

"Freitas, en los arts. 928 y 930 de su proyecto... legisla acerca de la obligación de dar sumas de dinero genérico. En el primero, que es análogo a nuestro 616, se reglan las disposiciones aplicables..."

"En los arts. 931 y 932 se ocupa Freitas de la deuda de dinero específico y de la mora con respecto al cambio..."

"El doctor Freitas explicaba la disposición del citado art. 931, diciendo que ella contiene una facilidad para el comercio, y para los pagos en general. Se permite hacer, como dice el doctor Pardessus, lo que los jueces harían... y de este modo evítase una condenación" ([80]).

65. Es decir, algunos códigos distinguen entre la deuda de dinero genérico y la deuda de dinero específico. En este último supuesto, las partes han convenido el pago en una determinada *especie y calidad* de moneda, por un motivo que se explica por sí mismo: para evitar que el legislador, al modificar el valor nominal del dinero de su país, altere el valor económico de la deuda, se acordó utilizar cierta moneda en cuyo valor real estable se confía.

Esto es, como la obligación de dar una suma de dinero específico implica —por esencia— pactar cierto y determinado valor real, es imposible que, para esta clase de obligaciones, la ley imponga valores nominales. Por ello, que es tan evidente, aún las legislaciones que sí establecen como regla general, el principio nominalista para las deudas de dinero genérico; en cambio, no pueden hacerlo para las obligaciones de dinero específico. En este último sentido,

---

([79]) Juan Antonio Bibiloni, "Anteproyecto de reformas al Código Civil", ed. 1929 (Abeledo), t. II, pág. 104.

([80]) Del voto cit. del Dr. Barraquero.

los precitados códigos del Reino de Italia, de Holanda, el Esbozo en sus artículos 928 y 930, etcétera. Dicho con otras palabras, las obligaciones de dinero específico pueden ser prohibídas por la ley, pero nunca ser sometidas al principio nominalista —sería una contradicción en los términos, un absurdo. Por esto, es imposible encontrar el nominalismo en las leyes acerca de deudas de dinero específico —como el artículo 619 bajo análisis.

66. Ahora bien, pactado un dinero específico, o sea el pago con moneda de cierta *especie y calidad* (léase determinado poder adquisitivo o valor económico o valor de cambio o valor corriente o valor de plaza), es posible que —por unas u otras causas— el deudor no disponga de aquel dinero específicamente debido, pero sí de otra especie de moneda que posea —no según el gobierno, sino según las estimaciones del mercado económico— *igual valor económico* (de cambio).

Aún a riesgo de ser reiterativo —porque en esta cuestión se centra el meollo del artículo 619— un ejemplo acerca de lo antes dicho: se pactó el pago de cierta cantidad de libras esterlinas, el deudor no las posee, pero sí dispone de ciertos número de francos suizos cuyo valor en plaza es exactamente igual al de aquellas otras, —como si se dijera que no dispone de un billete de 10.000 pesos pero sí tiene dos billetes de 5.000 pesos cada uno.

En tal supuesto, es razonable concluir que el acreedor aceptará el pago de la especie que se le ofrece, pues se le está entregando el mismo valor de cambio.

Pero, es posible que, en esas circunstancias, caprichosamente, el *accipiens* se niegue a recibir el pago ofrecido, insistiendo en que el contrato debe cumplirse literalmente. Este supuesto de "abuso del derecho" del acreedor fue planteado en la doctrina —en épocas cuando el "pacta sunt servanda" regía en forma absoluta— y la solución justa que le encontró Pardessus, según refiere Freitas, fue que el deudor tenía el derecho a pagar con otra especie de moneda si entregaba el *mismo valor real.*

Ese mismo fue el criterio de Freitas, por ello su artículo 931 —que es casi idéntico al artículo 619 argentino.

Es decir, la norma en análisis no significa en absoluto establecer el principio nominalista. Por el contrario, gira en derredor del valor de cambio o poder adquisitivo de las unidades monetarias en cuestión.

67. Una diferencia existe entre el artículo 931 brasileño y el 619 nacional: Freitas escribió que "el deudor tiene derecho", Vélez pone que se "cumple la obligación".

Esa mínima diferencia —que evidencia con cuanto cuidado el codificador argentino examinó el régimen que proyectaba— parece deberse al hecho que el insigne compatriota —en épocas cuando los contratos se cumplían estrictamente— no podía admitir que se "tuviese derecho" a apartarse del texto del contrato, de la literalidad del pacto, a pesar que reconocía conveniente la solución que adoptaba para que se "cumpliera la obligación", aunque al margen del "pacta sunt servanda".

También esas circunstancias —fundamentalmente el extremo que la norma bajo estudio, en cuanto se inspira en la hoy llamada teoría del "abuso del derecho", se aparta de las concepciones de la época en materia del "pacta sunt servanda"— preocupó a los civilistas argentinos clásicos, quienes se pregunta-

ron si el artículo 619 puede ser invocado por el deudor en todo caso, o únicamente cuando prueba que le es imposible obtener la especie de moneda pactada.

68. Y con estos alcances se estudiaba esta ley en la doctrina nacional, y no buscando en ella lo imposible de hallar: la teoría estatal de la moneda o principio nominalista. Tampoco la jurisprudencia dudó, durante años, que el artículo 619 se inspiraba en el valor de cambio (no en el nominal).

Así lo han interpretado, verbi-gratia, Salvat, Colmo, Lafaille. Nuestro Código, en su art. 619 ha consagrado la teoría del valor corriente o valor de cambio, "la que también abrazan los Códigos últimos —alemán, art. 224; suizo, art. 84 y brasileño, art. 97—: se paga en la moneda estipulada, al valor que tuviera en cambio el día del vencimiento de la obligación y en el lugar previsto". (Lafaille, t. 2, pág. 148). Y la razón es que la moneda "vale en realidad lo que le acuerda la confianza pública" ([81]).

"El artículo 619 del código civil consagra la doctrina del valor corriente en cuanto atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación entregando la moneda nacional estipulada u otra especie también de curso legal al cambio que corre en el lugar del día del vencimiento de la obligación" ([82]).

También la Corte ha interpretado con análoga inteligencia el artículo bajo estudio, en "Jürgens vs. La Franco" —publicado en "La Ley"—, 1976-D-501; etc.

"Esta tesis fue propiciada en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho, de San Nicolás (1964), sobre todo en su punto II..." ([83]).

69. En síntesis, el régimen de obligaciones de dar sumas de dinero, en el código civil, puede esquematizarse en dos categorías; la primera, deudas de moneda de curso legal; la segunda, deudas de dinero sin curso legal. A su vez, el primer grupo admite una subdivisión en obligaciones de dinero genérico y en obligaciones de dinero específico, mixto, o cualificado.

Para las deudas de dinero sin curso legal, es imposible imaginar que el legislador —en el artículo 617— haya atribuído valor nominal a monedas extrañas a sus potestades. Son meras mercaderías. Es absurdo pensar el valor nominal si no hay curso legal.

Para las deudas de dinero genérico, o deudas de dinero puro, el artículo 616 no establece el nominalismo —como sí lo hacen el código francés, o el artículo 930 del Esbozo, del cual se apartó Vélez— sino que reenvía a los artículos relativos a obligaciones de dar cantidades de cosas y cosas determinadas por su género, para las cuales —como se demostró en el párrafo 31 de la presente— es evidente que deben computarse los valores económicos reales. (Valga la redundancia, para ser más expresivo).

Para las deudas de dinero específico, mixto o cualificado, del artículo 619 —por las razones dadas en este capítulo— también el código, coherente consigo mismo y con la Constitución en cuya consecuencia se dictó —según dispone el artículo 31 de la misma—, se informa en el valor real de la moneda, en su poder adquisitivo.

---

([81]) Luis María Rezzónico, "Obligaciones", ed. 1956, pág. 244.

([82]) De la sentencia de 1ª inst., in re "Prestía, Salvador c. Cafferata, Esteban Rufino", J. A., 1951-IV-281 y ss.

([83]) Del voto del Dr. Rómulo Vernengo Prack, en el plenario de "La Amistad S.R.L. c. Iriarte, Roberto". J. A. 1977-IV-55.

## CONCLUSIONES

A modo de conclusiones, se intentará ahora resumir en muy apretado esquema para no ser reiterativo —con el riesgo de imprecisión propio de toda síntesis— las nociones fundamentales desde las cuales se infirieron los juicios formulados en el presente trabajo.

En primer término, cabe recordar a las dos posiciones filosóficas cuyos corolarios jurídicos se intentó que recorrieran —como el hilo de Ariadna de la leyenda— los diversos asertos vertidos en las páginas que anteceden: el realismo jurídico, de un lado; el idealismo racionalista, que en la praxis conduce al voluntarismo, del otro lado.

Animado por una u otra de esas doctrinas, respectivamente, el jurista arribará a muy distintas conclusiones respecto de los diversos institutos que estudie.

El realista cree en la existencia del ser, y en la posibilidad de conocerlo, mediante la lógica discursiva —no por intuiciones o captaciones irracionales.

Por tal razón, pretende descubrir los órdenes naturales, lo justo o "lo derecho" según la "esencia final" de los seres. Busca la justicia en el ser, con método objetivo, mediante la "lógica de las cosas": Para dar soluciones justas a los conflictos humanos, según la "normalidad de funcionamiento" propia de la naturaleza de los hombres.

Por lo mismo, considera que el juez debe descubrir y articular la decisión justa de las causas que se le proponen, según derecho —que, lamentablemente,no siempre es sinónimo de legislación.

En tan augusto ministerio, el magistrado compara las expectativas de los justiciables —cuya frustración provocó el litigio— con las normas jurídicas preexistentes, para estimar si aquellas eran o no justas y razonables. Es decir, la sentencia no crea derecho sino que descubre el existente y vigente —aunque, tal vez, nunca había sido articulado— y lo declara, para que con tal acto, congruente con el significado del orden jurídico todo, éste se siga realizando.

Por esta razón, la sentencia es muchísimo más previsible que la ley *ad hoc* y, por lo mismo, no afecta la seguridad jurídica, que es certeza del derecho a la larga —no la mera publicación de actos legisferantes, en un boletín oficial.

Por su parte, el idealista quiere construir racionalmente una organización perfecta, que planificó por deducciones desde sus íntimas convicciones acerca de los objetos de conocimiento con que opera, que cree determinados por sus categorías intelectuales.

En este orden de ideas, considera que el método jurídico que emplea crea lo jurídico, como objeto de conocimiento. Y, lógicamente, debe identificar al derecho con la legislación —que distingue radicalmente de lo político, de lo económico, de lo ético, determinados, según sus convicciones— por otros tantos sendos métodos cognoscitivos distintos del método jurídico.

En el ámbito del derecho monetario, el realista descubre que el "telos" de la moneda es servir como medio de intercambio económico indirecto, que —por ello— se la ofrece o se la demanda por su poder adquisitivo, el cual depende de las valoraciones de la opinión pública.

De su lado, fiel a sus premisas, el racionalista o logicista afirma que el concepto jurídico de la moneda, o su valor jurídico, son radicalmente distintos

de las correspondientes nociones de la ciencia económica. Entiende que, jurídicamente, la moneda es tal porque el gobierno, con sus leyes, le proclama el poder de cancelar obligaciones.

La Constitución de la Nación reconoce el valor real de la moneda. Manda que el legislador la haga acuñar fijando el peso y el fino que considere convenientes para cada pieza, y que —en función de los respectivos pesos y ley del metal noble de cada cuño— declare las relaciones entre la moneda nacional y las extranjeras. En modo alguno, atribuye al Congreso —muchísimo menos al Ejecutivo, o sus dependencias— la potestad de inventar pesos o medidas inexistentes, ni en esta materia, ni en las otras a que se refiere el mismo inciso. (Vergi-gratia, el legislador puede adoptar el sistema métrico decimal, pero no crear un metro de noventa centímetros. Exactamente, la misma norma, según la Constitución, rige la acuñación de moneda).

En cuanto al banco nacional que prevé la Ley Suprema, con sucursales en las Provincias, puede emitir billetes, o moneda de papel, de curso legal, pero no de curso forzoso. En todo caso, el papel moneda no es la moneda de la Constitución, que regula la ley 1130 aún en vigencia. La moneda de la Ley Suprema es "moneda-mercancía", no es "moneda política".

El código civil, para las tres clases de obligaciones de dar sumas de dinero que regula, no se inspira en la teoría estatal de la moneda sino en la doctrina del valor de cambio, corriente o de plaza.

El artículo 619 del código, casi idéntico al artículo 931 del Esbozo —éste inspirado en Pardessus— no impone el llamado "principio nominalista". Para el supuesto que el deudor ofrezca el pago del mismo valor económico (de cambio, corriente, de plaza) entregando una especie de moneda distinta a la pactada, considera cumplida la obligación. Esto es, en esta hipótesis —el artículo no es aplicable a otras— se debe considerar, expresamente, la calidad, el poder adquisitivo, el valor real de la moneda.

La justicia conmutativa, el principio de identidad del pago, el equilibrio armonioso, que deben presidir la relación entre el acreedor y el deudor; exigen que el *solvens* entregue el mismo valor económico que prometió. Además, tal fue la voluntad real de las partes, que quisieron realizar un acto de cambio económico, no meramente trasmitir ciertos guarismos.

En la legislación, la identidad de *calidad* —y de *valor*— fluye de los artículos 740, 607, 608, 610, 613, 2240, 2250, 2251, y concordantes del código civil. (Es también la doctrina que informa al artículo 619).

Es decir, en el derecho argentino el fundamento de que se computen las fluctuaciones del valor real de la moneda, desde que nace la obligación hasta que se la paga, no es la posible mora del deudor sino, simplemente, el hecho objetivo de la depreciación dineraria.

Por esto mismo, lo justo es revalorizar incluso cuando no se configuró la mora del obligado. Esta última circunstancia, no da justo título para enriquecerse a expensas del sujeto pretensor.

También por aquellas consideraciones, lo justo es revalorizar computando la depreciación desde que nació la deuda —no desde que se verificó la mora— hasta el momento de su pago.

En apoyo a este último aserto, cabe recordar que: "El reajuste del crédito a tenor de la depreciación monetaria posterior no significa, en sí mismo,

aumento sino mantenimiento del valor real de ese monto, o sea que verdaderamente no agrava la obligación del deudor ni mejora el crédito del acreedor..." (Suprema Corte de Buenos Aires, causa Acuerdo 24663). Es decir, la repotencialización no es una sanción para castigar la mora.

Las muy solventes nociones filosóficas y científicas, así como las conocidas experiencias de no dudosa interpretación, que poseemos en nuestros días, demuestran la necesidad de clausurar el paréntesis abierto por el voluntarismo, cuyos frutos acibarados son notorios, y regresar al "derecho de los juristas", a la tantas veces olvidada "lógica de las cosas".

Por lo mismo, no parece que la solución de los problemas tratados en la presente pueda provenir del incremento de la legislación. Con el doctor Gastón F. Tobal, cumple propiciar: "Corresponde así a los tribunales, dentro de las facultades que les son propias, arbitrar soluciones legales y equitativas, sin que sea necesario poner al legislador en el trance de dictar leyes de emergencia que contemplen una situación que, creo, puede resolverse dentro de las disposiciones vigentes. Pienso, por lo demás, que ella es preferible, ya que la interpretación jurisprudencial siempre es más cauta. Imponer con soluciones inequitativas, la necesidad de una reforma legal, puede tener el peligro de que ésta vaya más allá de los justos límites". ("Goffre c. Casanova y otros", "La Ley", t. XIII, p. 406).

ANÍBAL A. DE CRISTÓFARO

## LA PIEDAD PATRIOTICA

Santo Tomás de Aquino en la *"Suma Teológica"* refiriéndose a las "virtudes sociales" (2-2, cuestión 101 —"de la piedad"— art. 1) dice: "El hombre se hace deudor de los demás según la excelencia y según los beneficios que de ellos ha recibido. Por ambos títulos, Dios ocupa el primer lugar, por ser sumamente excelente y por ser principio primero de nuestro existir y de nuestro gobierno. Después de Dios, los padres y la patria son también principios de nuestro ser y de nuestro gobierno, pues de ellos y en ella hemos nacido y nos hemos criado. Por lo tanto, después de Dios, a los padres y a la patria es a quien más debemos. Y como a la religión toca dar culto a Dios, así en un grado inferior, a la piedad pertenece rendir un culto a los padres y a la patria".

Para el Santo el patriotismo, por vincularse con el principio del ser, es una virtud superior que sigue inmediatamente a la religión. Ahora bien, además es una virtud en la que sus fundamentos no sólo son sagrados, sino también naturales, ya que derivan de una relación de nacimiento y filiación común a todos los hombres en todos los tiempos históricos; lo que hace que por tratarse de un culto debido a un principio de nuestro ser, sea invariable en su esencia. Es así que podemos afirmar que la obligación humana de practicar el patriotismo ha existido desde los orígenes del hombre y perdurará hasta el fin de los tiempos.

Es ilustrativo sobre este aspecto lo relatado por Fustel de Coulanges sobre la fundación de Roma. Cuenta este autor que en el día de la fundación, Rómulo cavó un pequeño hoyo circular y arrojó en él un terrón de tierra traído de Alba, lo que a continuación fue imitado por sus compañeros, que acercándose por turno, depositaron como él un poco de tierra traída desde el país a que pertenecían. Había sido necesario para estos hombres llevar consigo un pedazo de su suelo, para poder decir: ..."También ésta es la tierra de mis padres, Terra Patrium, patria: aquí está mi patria, puesto que aquí están los manes de mi familia..." (1), pues entendían que llevando con ellos tierra de su país, llevaban también toda la tradición y la sangre de sus antepasados. La sepultura establecía la unión indisoluble y sagrada entre la familia y la tierra.

Este sentimiento de patria desde el punto de vista cristiano es imperfecto, pues le falta subordinación a un ordenamiento preexistente, pues sus dioses son inmanentes. Pero de todos modos "la religación con los progenitores carnales y mortales, objetivada en la tierra en que ellos descansan, no era viciosa. Quizás adolecía de un "naturalismo" exagerado, de un simbolismo excesivo, pero, era también genuina manifestación de la piedad" (5).

---

(1) Díaz Araujo, Enrique "El patriotismo pagano", en "Boletín de Ciencias Políticas y Sociales". Nº 20, Mendoza, República Argentina, año 1977, pág. 49.

(2) Díaz Araujo, Enrique "Un cuestionamiento del patriotismo pagano", en "Boletín de Ciencias Políticas y Sociales". Nº 20, pág. 57. Mendoza, República Argentina, año 1977.

En el cristianismo la patria tiene su razón de ser y su sentido en Dios, las bases naturales "tierra y sangre" son sobrenaturalizadas.

"El patriotismo pertenece a los deberes de orden natural" (cfr. León XIII, enc. *Sapientiae Christianae,* 10 en. 1890) y adquiere con el cristianismo la plenitud de su significado. En el Nuevo Testamento encontramos pasajes en los que se demuestra el sentir patriótico de Nuestro Señor Jesucristo, que "se sometió voluntariamente a las leyes de su nación y quiso llevar la vida que era propia de un artesano de su tiempo y de su país" (conc. Vaticano II, *Const. Gaudium et Spes,* 32), y amó a su patria hasta el punto de llorar por la iminente destrucción de la ciudad Santa (Mt. 23, 37 ss.) y de preocuparse en su pasión por los males que de ahí se seguirán para su pueblo (*Lc.* 23, 27-31).

"Seréis más de vuestro país a medida que seáis más cristianos", decía SS Juan XXIII ([3]).

Por todo lo dicho podríamos definir a la patria diciendo que es el territorio en el que habita una comunidad de hombres con un acervo espiritual y cultural común, hermanados en la sangre de sus antepasados que contribuyeron a formarla.

El patriotismo exige amor, respeto y veneración a la propia patria, lo que no se limita a sentimientos vagos y meramente internos, sino a la obligación de obrar, y de dar —si así lo requirieran las circunstancias—, nuestra propia vida por ella.

Surge entonces claramente la dificultad del hombre común de la segunda mitad del siglo XX, habitante de un mundo prácticamente olvidado de Dios, en el que la institución matrimonial comienza a desaparecer para darle paso a la "relación de pareja", en donde la familia es (según los pensadores progresistas) "un centro de anulación de la personalidad individual", y en el que los impulsos sentimentales determinan lo que es "bien" y lo que es "mal", definir acabadamente la idea de patria y sentir hacia ella un profundo amor "intelectual".

Refiriéndose a este último problema decía un agudo pensador español muerto en Alicante en el año 1936: "...No puede ser llamado patriotismo lo primero que en nuestro espíritu hallamos a mano. Esa elemental impregnación en lo telúrico. Tiene que ser —para que gane la mejor calidad— lo que esté cabalmente al otro extremo, lo más difícil; lo más depurado de gangas terrenas; lo más agudo de contornos; lo más invariable. Es decir, tiene que clavar sus puntales no en lo "sensible", sino en lo "intelectual"..." ([4]).

El verdadero patriotismo se opone tanto al egoísmo individual como al colectivo. Como diría J. L. Gutiérrez Gómez: "Al patriotismo debe también aplicarse el principio de que la virtud consiste en el justo medio entre dos extremos opuestos, en nuestro caso la indiferencia ante lo que se refiere a la patria y el nacionalismo exacerbado...".

Ejemplo de este último, sería el nazismo, que coloca el estado al servicio de una raza, separándolo absolutamente de lo sobrenatural. Se desvincula a la patria de Dios, del suelo y de su historia.

---

([3]) Cnel. Chateau-Jobert, P. "Manifiesto Político y Social". Pág. 122. Editorial Rioplatense, Bs. As. República Argentina, año 1975.

([4]) Más adelante agrega "...Todo lo que es sensual dura poco. Miles y miles de primaveras se han marchitado y aún dos y dos siguen sumando cuatro, como desde el origen de la creación...". Primo de Rivera, José Antonio. "La gaita y la lira" en "Obras Completas". Pág. 565. Ediciones de la vicesecretaría de Educación Popular. Madrid 1945.

En el otro extremo, tenemos las posturas individualistas y liberales, que se traducen en un desinterés por el bien común con una búsqueda egoísta y exclusiva del bien propio, o también el cosmopolitismo apátrida ([5]).

De lo mencionado precedentemente tenemos numerosos ejemplos; un intelectual argentino, Jorge L. García Venturini, definiendo al patriotismo dice: "...El patriotismo no es sino una enfermiza y oscura afición a una suerte de ídolo personal y ególatra, congénere de los más celosos y antropófagos de la mitología pagana..." y en otro capítulo de la misma obra, refiriéndose a los patriotas agrega: "...Ya no es la hora de nadie, no de éste o aquél país, con-tinente, pueblo o raza, según proclaman a diario la mayor parte de los políticos... Todo ello no supera el plano de la simple declamación, de la fugaz pirotecnia; el sentido de la historia apunta hoy hacia otro lado, y, cargada de peligro y contradicciones, comienza a exhibir en sus más respetables intérpretes y protagonistas una toma de conciencia por la condición humana, una raigal preocupación por el hombre concreto, por cada uno, en su más intransferible e irrepetible individualidad" ([6]).

Jean Ousset hablando de este tema preguntaba: "¿Cómo amar la humanidad si no se ama antes a su patria?", y Joseph de Maistre irónicamente decía ante los humanistas: "No hay el hombre en el mundo. Yo mismo, gracias a Montesquieu, conozco a los persas, pero en cuanto al "hombre", declaro no haberlo encontrado nunca en mi vida. Si él existe se ha escondido muy bien"([7]).

Ante esta realidad atea y pagana, urge restaurar la virtud moral y social del patriotismo que desarrollara la tradición clásica y cristiana a través de la figura preeminente de Santo Tomás de Aquino; porque el hombre, al olvidarse de Dios, ha perdido también el contacto profundo con sus realidades más íntimas.

Sin el reconocimiento de su radical vinculación al principio primero, ya no es capaz de comprender el orden natural y jerárquico de sus otros principios. Se aleja de lo verdadero, para recluirse en sí mismo, su soberbia le indica que no le debe nada a nadie, todo lo que "es", lo es por mérito propio, y no existe nada más importante que él.

El hombre es de Dios, de su patria y de sus padres. Es deudor de todos aquellos de quienes ha recibido algún beneficio, en el orden y en la proporción debida. Pero hay ciertos beneficios, ciertos bienes, que originan deberes rigurosos y a la vez insaldables.

A Dios, a la patria, los padres y superiores, el hombre les debe su ser, su existir, gobierno y perfección. Esto lo vincula a ellos en forma permanente, pero al mismo tiempo, el carácter de la deuda, impide de suyo, la posibilidad de saldarla.

Con razón ha visto Santo Tomás en estas virtudes un "defecto de igualdad" con relación a la justicia; defecto que no implica disminución de su

---

([5]) En una encuesta realizada en París, en el mes de octubre de 1979, a fin de determinar si los franceses estaban dispuestos a dar su vida por la patria, el 57 % respondió negativamente: "Paris Match" Ng 1586, pág. 120. París, 19 de octubre, 1977.

([6]) García Venturini, Jorge L. "Ante el fin de la historia". Págs. 96 y 104. Editorial Troquel S.A. Bs. As. República Argentina, 1971.

([7]) Díaz Araujo, Enrique. "Una renovada visión clásica del patriotismo cristiano", en "Boletín de Ciencias Políticas y Sociales". Nº 20. Pág. 80. Mendoza, República Argentina, año 1977.

valor, sino reconocimiento de nuestra condición de seres dependientes y limitados.

A la patria principio de nuestro existir, gobierno y perfección) nunca podremos darle lo debido, retribuirle sus inmensos y permanentes beneficios. Ella nos da un lugar insustituíble en el tiempo y el espacio; nos ordena e inclina hacia nuestro bien a través de sus leyes y su educación; nos da un lenguaje y una cultura que es nuestra forma primera de relacionarnos con el universo.

Ante esta desigualdad del hombre para con la patria se le presenta el interrogante de cómo debe actuar, cómo hacer para devolver lo recibido.

El patriotismo es ante todo, un reconocimiento de los lazos que nos unen con la patria, y a partir de él, un acatamiento profundo y no meramente formal, al orden de sus leyes y a las necesidades de su bien.

También la justicia general nos ordena al bien común, que es nuestro bien y el de la patria. Pero Santo Tomás, al tratar sobre la piedad, establece la diferencia de ésta con la justicia general, ya que la primera venera en la patria el principio de nuestro ser, mientras que la otra sólo considera en la patria la fiel depositaria del bien común.

Mientras que la justicia general exige el cumplimiento de la ley, el patriotismo exige que la amemos. La ley puede exigirnos que demos la vida por la patria, pero es la piedad patriótica quien hace de la obediencia, entrega; y del deber, amor.

Valga como ejemplo de lo expresado la carta que el oficial subalterno de vuelo, Isao Matsuo, de veintitrés años de edad, perteneciente al grupo aéreo 1071 del Japón, escribió a sus padres antes de salir para un ataque kamikaze. La misma está fechada el día 28 de octubre de 1944 y dice en algunos de sus párrafos así: "Queridos padres: Por favor, felicítenme. Me han dado una oportunidad espléndida de morir. Este es mi último día. El destino de nuestra patria depende de la batalla decisiva en los mares del sur, donde caeré como una flor de un radiante árbol de cerezos. Seré un escudo para Su Majestad y moriré limpiamente junto con mi jefe de escuadrilla y otros amigos... ¡Cómo aprecio esta oportunidad de morir como un hombre! Estoy agradecido desde el fondo de mi corazón a los padres que me criaron con sus oraciones constantes y tierno amor. Y también estoy agradecido a mi jefe de escuadrilla y oficiales superiores que me han cuidado como si fuera su propio hijo y me han prodigado tan excelente adiestramiento... Espero que esta acción compense aunque de precaria manera, todo lo que ustedes han hecho por mí. Piensen bien en mí y sepan que vuestro Isao murió por nuestro país..." (8).

Ciertamente puede ponerse en duda —desde nuestra perspectiva cristiana— esta solución al problema patriótico, pero es la exhibición de un amor y una entrega que se apaga en Occidente. Porque el paganismo occidental moderno, a diferencia del antiguo, es ateo;ante el progreso material, el hombre ha sufrido una involución espiritual e intelectual, al apartarse de Dios se ha quedado solo, y sólo una vuelta a los principios clásicos y cristianos lo salvará.

LEONARDO JOSÉ DE MARTINI

(8) Cap. Inoguchi, Rikihei y Cmte. Nakajima, Tadashi. "El viento divino". Pág. 234. Editorial Víctor Lerú S.R.L. Bs. As. República Argentina, año 1959.

# EL DERECHO, UN SABER SUBALTERNADO A LA CIENCIA MORAL
(Un retorno a la doctrina del derecho natural clásico) (*)

## EL PRIMER CONGRESO CATOLICO DE ABOGADOS DE LA REPUBLICA ARGENTINA

*Propone:*

1. "El concepto de 'lo justo' —el derecho— en las relaciones sociales surge del descubrimiento de la propia naturaleza y del orden de las cosas, como un reflejo del orden divino".

2. "El derecho es una ciencia que, si bien, posee un objeto y principios propios, sólo puede explicitar correctamente el mismo a la luz de una ciencia superior —la Moral— que le indica cuál es el fin del hombre y a la cual está por ello subalternada".

3. "La función del jurista es la tarea del prudente que, partiendo de una investigación amplia que realiza en lo contingente, logra descubrir la verdad que —en potencia— poseen las cosas y sabe, por ello, ordenar en Justicia las desigualdades".

"Si por autonomía de las cosas terrenos se entiende que las realidades creadas y las sociedades tienen sus propias leyes y valores, que el hombre debe descubrir gradualmente, utilizar y ordenar, es absolutamente lícito exigirla y corresponde a la voluntad del Creador.
Si, en cambio, por la expresión "autonomía de lo temporal" se entiende que las cosas creadas no dependen de Dios y que el hombre puede usar de ellas sin referirlas al Creador, nadie que reconozca a Dios dejará de sentir la falsedad de tal afirmación. La creatura, sin el Creador, desaparece..."

(Concilio Ecuménico Vaticano II,
Const. Past. "Gaudium et Spes", 36)

1. *Antecedentes de una confusión:*

Hoy en día no existe una clara distinción entre el orden jurídico y el orden moral. Se confunde el Derecho con la Justicia, la tarea del jurista con la del moralista.

(*) Ponencia del autor al Primer Congreso Católico de Abogados, realizado en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, entre el 14 y el 17 de mayo de 1980.

Es un resabio del Platonismo, que ha dejado su impronta de que la Justicia es el "cumplimiento de todas las virtudes" a través de una "función armónica" de las potencias tanto del cuerpo del hombre como de la sociedad. Luego, esta concepción platónica se "sobrenaturaliza" al confundir la figura del "justo" a que se hace referencia en la Biblia —y que no es sino el "santo", o sea aquel que se encuentra "justificado ante los ojos de Dios"—, reconociéndole connotaciones jurídicas.

La palabra aramea "sedeq" ha sido materia de graves confusiones. Como lo enseña Michel Villey (ver "El Derecho, perspectiva griega, judía y cristiana", editado por la Pequeña Biblioteca de Filosofía del Derecho, Bs. As., 1978), esta noción de santidad, de adecuación profunda e interior a la Alianza por parte del hombre, fue traducida al griego y al latín. En efecto, los israelitas establecidos en Alejandría, perdida su lengua originaria y sólo conocedores del griego, según la tradición, hicieron llegar a Jerusalén a 70 sabios escrituristas para que tradujeran la Biblia al griego y poder así comprenderla. Tal sería el origen de la llamada "Biblia de los 70". Cierta o no la leyenda, esta palabra "sedeq" fue traspuesta al término "dikaiosune" ("justicia", que, al pasar a las versiones latinas hizo "iustitia"). Pero he aquí que "dikaiosune" y "iustitia" —en el pensamiento de Aristóteles, por ejemplo— se referían a la virtud cuyo objeto tenía su centro en las distribuciones y conmutaciones de bienes exteriores —materiales o inmateriales como los honores—. De este modo, Job —arquetipo de fidelidad a Yahvé— es presentado como "dikaios" —el justo— pero no por saber dar a cada uno lo suyo, sino porque era santo.

De este modo se han producido serias confusiones en la exégesis bíblica, no sólo del Antiguo Testamento. Cuando en Lc. 6,20 leemos aquello de "¡Bienaventurados los que sufren persecusiones por la justicia!" se trata de una bendición para quienes son perseguidos por cumplir con la "sedeq", con la santidad, no por cumplir con las pautas puramente naturales de "darle a cada uno lo suyo". (Ver el tema desarrollado en "Reflexiones jus-filosóficas en torno a la problemática actual del contrato" por Carlos Raúl Sanz, en Revista Jurídica La Ley, 1978-D, pág. 945).

Luego el problema se agrava cuando la confusión se lleva al plano del "derecho natural". Así las corrientes protestantes —el propio Lutero— llamaron derecho natural a los preceptos jurídicos del Antiguo Testamento que habían sido abrogados por la Ley Nueva. Luego el nominalismo franciscano —propuesto por Duns Scoto y con implicancias en el orden práctico, seguido luego con Guillermo de Occam— pretendió una explicación íntegra de la creación y del mundo social a partir del derecho subjetivo, reconceptualizando todo a la luz del individualismo. El Derecho se convierte en "mi" derecho, en potestad o facultad, en derecho subjetivo.

En el pensamiento jurídico clásico "dikaion" o "jus" no era otra cosa que "lo justo", la parte justa determinada de manera ordenada —a partir del orden del cosmos— por la justicia distributiva. No se trata de afirmar que la noción de derecho como potestad no fuera usual en la literatura y en el lenguaje vulgar del mundo romano; de lo que se trata de observar es que en los usos jurídicos y técnicos, en el lenguaje de los juristas, "jus" nunca significó "facultas" sino parte justa, "status".

En este campo propicio, originado por el voluntarismo, el individualismo y el antijerarquismo protestante, tendrán acogida, finalmente, los postulados

de la Escuela Moderna del Derecho Natural: Grocio, Puffendorf, Locke, Leibniz y el mismo Rousseau. Así, la moderna codificación en ciernes se edificará sobre las bases del método deductivo, del mito de un estado de naturaleza presocial, del derecho como puro "potestas", de la actitud positivista ante la ley que se presupone emanada de una conciencia universal, transmitida mediante la intermediación de algunos filósofos iluminados. Así "jus" no será ya "lo justo", sino "qualitas moralis agendi" y la acepción subjetivista que ocupaba el sexto lugar en los "Commentaria" de Doneau (I, 3) pasará a primer plano.

El Código Napoleón no era sólo el agrupamiento de todas las leyes civiles en un repertorio que las ordenaba; era la unificación de esas leyes por el establecimiento de un derecho común a todos los franceses, y al mismo tiempo, la consagración de un orden social nuevo. Su puesta en vigor imponía rupturas y cambios, cuya asimilación reclamaba de los prácticos como de los autores una suerte de conversión y ella suponía una acción perseverante del poder político para velar en su aplicación. Esta acción se ejercerá especialmente en la reorganización de la enseñanza del derecho, caída en decadencia bajo la Revolución, que recibe una orientación estrechamente profesional y que fue sometida a una vigilancia atenta.

En una obra de enseñanza que no se lee ya hoy, pero que conoció un amplio aplauso alrededor de 1880 —"Les repetitions écrites sur le Code Civil", publicadas por Mourlon en 1846— se podía leer:

> "Un buen magistrado humilla su razón delante de la razón de la ley, porque él está instituído para juzgar según ella, y no para juzgarla. Nada está por encima de la ley y es prevaricar eludir sus disposiciones bajo pretexto de equidad natural. En jurisprudencia no hay y no puede haber razón más razonable ni equidad más equitativa que la razón o la equidad de la ley".

De allí la confusión en que el pensamiento jurídico moderno se ha debatido. Pero ni el derecho es lo mismo que la moral, ni es una concepción ajena por completo. Para poder conocer la entidad de las relaciones entre ambas será necesario, previamente, REDESCUBRIR EL AUTENTICO SENTIDO DEL DERECHO, reconociendo que nuestra "cultura" contemporánea dista mucho de ser un ideal que nos ayude en la tarea.

Deberemos, pues, solicitar la ayuda de las fuentes de la doctrina clásica —heredada de la cultura greco-romano-cristiana— y por ella replantearnos varios principios ineludibles tales como el reconocimiento de la posibilidad de la inteligencia de acceder, por medio de los sentidos, a la verdad —entendida como una adecuación de la mente a la realidad y no a la inversa, tal como pretenden los subjetivistas— y la aceptación de la fuerza normativa que, en potencia, encierra la naturaleza de las cosas y que es fuente auténtica de una concepción sana del derecho natural.

2) *Hacia un esclarecimiento del término "derecho"*:

El derecho es un término análogo, lo que significa que tiene algo de común y algo de distinto con otras realidades cercanas que se nombran de la misma manera. Así, por ejemplo, la salud es una noción analógica en cuanto

se aplica a un alimento, al rostro y al cuerpo del viviente. En efecto, el alimento produce la salud, el rostro expresa la salud, pero sólo el cuerpo la posee propiamente.

Entre las diversas formas de analogía, nos interesa la "analogía de atribución" que es la de un término o de un concepto que conviene a muchas cosas en razón de su relación con otra, a la que únicamente se aplica el término propia y principalmente (así, el término "sano" no se dice propia y principalmente sino del cuerpo, pero por analogía se aplica igualmente al alimento o al clima que producen la salud en el cuerpo). En ella hay un analogado principal respecto del cual el término se predice "per prius" y analogados derivados en los que se predica "per posterior" y cuyas definiciones contienen necesariamente al analogado principal. Así definiré al alimento como "sano" cuando contribuye a la salud del cuerpo del viviente.

En el caso del derecho, éste es, precisamente un analogado de atribución. En él se distingue un "analogado principal" —lo justo, lo debido a otro según una equivalencia en la prestación originada por la alteridad— y luego una serie de "analogados derivados" que se llaman "derecho" pero por su relación —atribución— con el analogado principal.

Así tenemos el derecho como "ordenamiento positivo", el "derecho subjetivo", etc . "Lex non est jus proprie locuendo, sed alicualis ratio juris", dirá Santo Tomás.

Muchas de las confusiones en las relaciones del Derecho con la Moral partieron, justamente, de tomar al primero no como un "debitum ad alterum" sino como una de sus analogados derivados, en especial la ley.

La noción de Derecho como "lo justo" parte de la concepción clásica de que el fin de la vida en la sociedad es la vida virtuosa en la polis, para lo cual será necesario ordenar los "status" de los ciudadanos, las relaciones de los individuos entre sí y de éstos con las cosas. Con "lo dado", ordenar lo "construído", al decir de Francois Geny.

Un lúcido jurista contemporáneo, protestante, Emil Brunner, ha dicho:

"El meollo de la idea cristiana de justicia no es la igualdad, sino la unión de igualdad con la desigualdad. A diferencia de la idea racional de la igualdad, característica del pensamiento estoico, la idea cristiana no se funda en un principio espiritual impersonal, en un "logos" que todo lo domina e impregna, en una razón cósmica en la cual todos los hombres tienen una participación esencial, sino que se funda en la voluntad personal de Dios que los crea "iguales" por tener igual destino e igual dignidad; pero "desiguales" en cuanto a la especie y función. De esto se desprende una nueva idea de justicia: el "suum cuique" no puede ser jamás interpretado como "dar a cada uno lo mismo", sino que el "dar a cada uno lo suyo", significa en verdad también dar a cada uno aquello que le corresponde incanjeablemente como lo suyo, lo cual no es del otro" ("La Justicia", pub. Centro de Estudios Filosóficos de la Univ. Nac. Autónoma de México, 51 y ss.).

La tarea del jurista será, entonces, ORDENAR LAS JUSTAS DESIGUALDADES DE LOS STATUS Y LAS RELACIONES DEL HOMBRE EN SOCIEDAD DE UNA FORMA CORRECTA.

Ahora bien, el derecho, también es un arte y un saber, pero diverso de la conducta por él ordenada. Como arte enseña COMO hacer algo en forma co-

rrecta, adecuado a una causa o idea ejemplar —lo justo—, pero no se puede confundir con la conducta humana a la cual va dirigida y que es ordenada por la norma.

He aquí varios analogados derivados que toman sentido a partir de la "propia cosa justa". El ámbito del derecho es LO JUSTO, en cambio el ámbito de la moral es la "buena vida", o sea, aquella que le otorga plenitud al hombre al indicarle cuál es su fin, su bien, y le da medios para encaminarlo hacia él.

Si la moral trata de la "buena vida", el derecho trata sólo de una parte de ella, de una especie del "género", lo debido a otro, lo justo.

| Moral | Derecho |
|---|---|
| GENERO | DIFERENCIA ESPECIFICA |
| "buen vivir" | "debitum ad alterum" |

He aquí, entonces, la diferencia y la relación entre el orden de lo justo y el orden moral.

3) *Corolarios:*

A. Lachance se pregunta si la ciencia que estudia el Derecho debe inspirarse en los principios de la moral (cfr. "El concepto de Derecho según Aristóteles y Santo Tomás", pág. 331 y ss.). Para encontrar una solución recuerda que Aristóteles, en su Etica a Nicómaco, le confiere la supremacía de las ciencias a la política, por ser ésta la disciplina que apunta a la más alta cumbre, y por otra parte, ya que el individuo puede alcanzar su perfección en y por la ciudad, le parece evidente que la ética debe estar subordinada a la política. Siendo por naturaleza social, es necesario que su actividad esté incluída en un organismo superior, que pueda soportarla, elevarla, asociarla a la dignidad de su movimiento y hacerla participar en la plenitud de su bien.

Pero, a su vez, con anterioridad ontológica —mas no causal— a la sociedad, existe la naturaleza. Esta es la que hace al hombre sociable, lo hace igualmente principio de operación. La actividad del individuo está sometido a leyes que tienen su aplicación en todas las partes donde se encuentra, familia y sociedad. Tal es la materia que considera la moral o ética en general. Ella considera el absoluto en lo humano.

En consecuencia, la política incluye a la moral como la especie incluye al género. Lo mismo ocurre con el Derecho. Independientemente de su aplicación a tal o cual sistema político, él está sometido a las necesidades primordiales del acto humano, debe adaptarse ante todo a lo más profundo y esencial que hay en el hombre.

B. Aristóteles y Santo Tomás percibieron la necesidad de un vínculo unificador de toda la especulación humana, pero percibieron igualmente la necesidad de crear ciencias especiales, con objetos propios, principios propios y método propio. Jamás creyeron —como lo hizo Descartes— que los principios de cada ciencia son deducciones del principio primero. Como las ciencias no tratan de principios sino sobre el objeto, resulta de ello que la diversidad de ciencias se funda en la diversidad de los objetos. Hay pues, tantas ciencias como objetos.

Sin embargo, hay ciencias —que Santo Tomás llama "subalternadas"— que si bien son tales, pues poseen principios propios, sólo pueden explicitar su objeto correctamente a la luz de una ciencia superior. Así, al preguntarse el Aquinate si la Doctrina Sagrada es ciencia, responde:

> "La doctrina sagrada es ciencia. Pero adviértase que hay dos géneros de ciencias. Unas que se basan en principios conocidos por la luz natural del entendimiento, como la aritmética, la geometría u otras análogas; y otras que se apoyan en principios demostrados por otra ciencia superior. Tal es el caso de la perspectiva, que se basa en principios tomados de la geometría, o el caso de la música, que se basa en los principios de la aritmética. De este modo, la Doctrina Sagrada es ciencia, ya que procede de principios conocidos por la luz de otra ciencia superior, cual es la ciencia de Dios y de los bienaventurados. Por consiguiente, lo mismo que la música acepta los principios que le suministra el aritmético, así la Doctrina Sagrada cree lo que Dios le ha revelado"". (Suma Teológica, I, 1,2).

En el caso del Derecho, es una ciencia subalternada de la Moral, no en cuanto a los principios —como lo es sino con la antropología, la metafísica o la teología— sino en cuanto a los FINES: el vivir "bueno" del hombre, su bien, aquello que es acorde con su naturaleza.

La especificación de lo justo surgirá del descubrimiento de la naturaleza de las cosas tamizada por las conclusiones de los saberes subalternantes.

C. En síntesis:

1: Ciencia Moral y Saber Jurídico son órdenes diversos del saber, éste subalternado a aquella en función del fin.

2: El Derecho, en su analogado principal, es el objeto de una virtud moral —la Justicia— pero su determinación no se hace desde la moral, sino por obra de quienes saben "las cosas de la ciudad". Hacen falta ojos de jurista y no de moralista.

3: Jurista no es aquél para quien la única realidad es la codificada, sino el "sacerdos justitiae", el que conoce lo que las cosas son y advierte en la "veritas rerum" el orden potencial de los conjuntos sociales, el que sabe ordenar en Justicia las desigualdades.

HORACIO ROBERTO GRANERO

DOCUMENTOS

## ALOCUCION DE SU SANTIDAD PIO XII AL CONGRESO DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

(3 de Octubre de 1953)

*Nos parece que pocas veces se habrá encontrado reunido en la morada del Papa un grupo tan importante y tan escogido de juristas, especialistas en la ciencia y en la práctica del Derecho, venidos del mundo entero, como el que vemos hoy reunido en torno a Nos., Por eso es tanto mayor nuestra alegría, señores, al daros hoy la benvenida en nuestra casa. Este nuestro saludo se dirige tanto a cada uno de vosotros, como al conjunto de vuestro* Sexto Congreso Internacional de derecho penal, *que en estos últimos días ha desplegado intensa actividad. Tomamos vivo interés en el desarrollo de vuestro Congreso y no podemos menos de hacer algunas consideraciones a propósito de sus objetivos y sus resoluciones. Esperamos responder así a los deseos que Nos han llegado desde vuestras filas.*

*Una vida social pacífica y ordenada, en la comunidad nacional o en la de los pueblos, no es posible si no se observan las normas jurídicas, que regulan la existencia y el trabajo en común de los miembros de la sociedad. Pero hay siempre gentes que no se atienen a esas normas y que violan el derecho. La sociedad debe pertrecharse contra ellas. Para eso está el derecho penal que 'castiga la transgresión y por medio del castigo' reconduce al transgresor a la observancia del derecho violado.*

*Los Estados y los pueblos tienen cada uno su derecho penal propio. Estos se forman por la reunión de partes numerosas y siempre subsiste entre ellos una diversidad más o menos grande. Como quiera que en nuestros días se cambia fácilmente de domicilio y se pasa frecuentemente de un Estado a otro, es de desear que, al menos los delitos más graves, se sancionen en todas partes, y a ser posible de una manera igualmente severa, de modo que los culpables no puedan en ninguna parte sustraerse o ser sustraídos al castigo. El derecho penal internacional procura llevar a cabo un acuerdo y apoyo recíproco de este género.*

*Si lo que acabamos de decir vale en tiempos normales, su urgencia se muestra de manera más particular en tiempo de guerra y en ocasión de revueltas políticas violentas, cuando estallan dentro de un Estado luchas civiles. El delincuente en materia política turba el orden de la vida social tanto como el delincuente de derecho común: ni el uno ni el otro pueden estar seguros de su impunidad.*

*El proteger a los individuos y a los pueblos contra la injusticia y las violaciones del derecho mediante la elaboración de un derecho penal internacional constituye un objetivo elevado. Para contribuir a su obtención Nos quisiéramos dirigiros algunas palabras.*

### I

*Hablaremos ante todo de la importancia del derecho penal internacional, tal como se desprende de la experiencia de estos últimos decenios.*

*Esta experiencia abarca dos guerras mundiales, con sus repercusiones. En el decurso de sus diversas peripecias dentro de un país y entre los diversos pueblos y cuando los totalitarismos po-*

*líticos se expansionaban libremente, se produjeron hechos cuya única ley era la violencia y el éxito: entonces se dieron pruebas de un cinismo inconcebible en circunstancias normales para lograr el fin propuesto y la neutralización del adversario. Este no era ya considerado en general como hombre. No son las fuerzas ciegas de la naturaleza, sino los hombres, los que a veces con una pasión salvaje, y a veces con frío cálculo, acarrearon a los individuos, a las comunidades y a los pueblos sufrimientos indecibles, la miseria y el aniquilamiento.*

*Los que así obran se sentían seguros o intentaban procurarse la seguridad de que nadie ni nunca les podría pedir cuentas. Si el destino se volvía contra ellos, les quedaba siempre la posibilidad de huir al extranjero. Tal era la disposición de ánimo de los que se comportaban como criminales, o de los que fuertes por su poder impulsaban a otros, les forzaban a obrar, o les dejaban cometer el mal cuando ellos hubieran podido y aún hubieran debido impedírselo.*

*Todo esto creaba en los interesados la impresión de una carencia de derecho, de una falta de protección y de verse entregados al arbitrio y a la fuerza bruta. Pero eso mismo revelaba una exigencia: es necesario que los culpables, de quienes acabamos de hablar, se vean obligados, sin consideración de personas, a rendir cuentas, que paguen su merecido y que nada pueda sustraerles al castigo de sus actos, ni el éxito, ni siquiera "la orden superior" que han recibido.*

*Es el sentido humano espontáneo de la justicia el que exige una sanción y el que echa de ver, en la amenaza de una pena aplicable a todos, una garantía, si no infalible, por lo menos no despreciable contra tales delitos. Ese sentido de la justicia ha hallado en globo una expresión suficiente en el derecho penal de los Estados, en cuanto se refiere a los delitos de derecho común; en menor grado cuando se trata de violencias políticas dentro de los Estados, y poquísimo hasta el presente, para los hechos de guerra entre los Estados y los pueblos.*

*Y sin embargo un sentido equilibrado de la justicia plantea aquí exigencias no menos evidentes ni menos urgentes, y si se le satisface en ello, no se experimentará menos su fuerza de inhibición.*

*La certeza, confirmada por los tratados, de que se deberá dar cuenta —aun cuando el acto delictivo tenga éxito, aunque se cometa el delito en el extranjero, aunque se huya al extranjero después de haberlo cometido—, esta certeza es una garantía que no se debe menospreciar. La consideración de estas circunstancias es apta para hacer comprender aún a los principiantes la importancia del derecho penal internacional. En efecto, no se trata aquí de meras exigencias de la naturaleza humana y del deber moral, sino de la elaboración de normas jurídicas coercitivas claramente definidas, las cuales, en virtud de tratados formales, lleguen a ser obligatorias para los Estados que los firman.*

## II

*En segundo lugar, hablaremos de las categorías de los delitos, de los que el derecho penal internacional piensa ocuparse.*

*Si ya el derecho penal ordinario debe aplicar el principio de que no puede tomar como objeto todos los actos contrarios a la moral, sino únicamente aquellos que amenazan seriamente al orden de la vida comunitaria, ese mismo principio merece una consideración muy especial, cuando se trata de la elaboración de un derecho penal internacional (ver Santo Tomás de Aquino, S. Teol. 1ª 2ª p. c. a 2 y 1). Sería una empresa condenada de antemano al fracaso, el querer establecer convenciones internacionales para cualesquier in-*

*fracciones, aun las de menor monta. No se deben tener presente aquí sino los delitos especialmente graves, por mejor decir, los más graves. Sólo para éstos es posible la uniformidad del derecho penal entre los Estados.*

*Además, la elección y la delimitación de los delitos que hay que castigar se deben basar en criterios "objetivos": la gravedad de ciertos delitos y la necesidad de proceder precisamente contra ellos. Bajo estos dos aspectos es de importancia decisiva tener en cuenta los elementos siguientes:*

*1) el valor de los bienes lesionados; entre ellos se contarán únicamente los más considerables;*

*2) la fuerza de atracción que empuja a lesionarlos;*

*3) la intensidad de la mala voluntad que habitualmente se despliega cuando se cometen estos delitos;*

*4) el grado de perversión del orden jurídico en la persona del delincuente, en el caso, por ejemplo, en que los violadores del derecho son los mismos que deberían ser sus defensores;*

*5) La gravedad de la amenaza que pesa sobre el orden jurídico a causa de circunstancias extraordinarias, que por una parte acentúan el peligro de empresas delictuosas y por otra las hacen mucho más temibles en sus efectos. Piénsese, por ejemplo, en las situaciones excepcionales, en los estados de guerra y de asedio.*

*A base de estos criterios se pueden citar una serie de casos que debería sancionar un derecho penal internacional.*

*En primer lugar está el crimen de una guerra moderna, guerra que no exige la necesidad absoluta de defenderse y que entraña —podemos decirlo sin titubear— ruinas, sufrimientos y horrores inconcebibles. La comunidad de los pueblos debe contar con los criminales sin conciencia, que para realizar sus planes ambiciosos no temen desencadenar la guerra total. Por eso, si los demás pueblos desean proteger su existencia y sus bienes más preciosos, y si no quieren dejar las manos libres a los malhechores internacionales, no les queda otro remedio que prepararse para el día en que tendrán que defenderse. Este derecho a mantenerse a la defensiva no se le puede negar ni aun el día de hoy a ningún Estado. Lo cual, por otra parte, en nada se cambia por el hecho de que se ha de poner a la guerra injusta en el primer puesto entre los delitos más graves, que el derecho penal internacional pone en la picota, que castiga con las penas más fuertes, y cuyos autores siguen siendo en todo caso culpables y dignos del castigo previsto.*

*Las guerras mundiales que ha vivido la humanidad y los acontecimientos que se han desarrollado en los Estados totalitarios, han producido aún otros muchos agravios a veces más graves, que un derecho internacional debería hacerlos imposibles, o de los que debería librar a la comunidad de los Estados. Por eso, aun en una guerra justa y necesaria, los procedimientos eficaces no son todos defendibles a los ojos de quien posee un sentido exacto y razonable de la justicia. El fusilamiento en masa de inocentes, como represalia de la falta de un particular no es un acto de justicia, sino una injusticia sancionada; fusilar a los rehenes inocentes no se convierte en un derecho por el hecho de que se lo tome como una necesidad de guerra. En los últimos decenios se ha visto asesinar por odio de raza; se han puesto al día ante el mundo entero los horrores y crueldades de los campos de concentración; se ha oído hablar "de la supresión" por centenares de miles "de seres inadaptados a la vida", de despiadadas deportaciones en masa, cuyas víctimas eran entregadas a la miseria con sus mujeres e hijos, de violencias infligidas a tan gran número de muchachas y mujeres indefensas, de la caza del hombre organizada dentro de*

*la población civil para reclutar trabajadores o más exactamente esclavos del trabajo. La administración de la justicia degeneró en algunos sitios hasta el despotismo, sin límites tanto en los procedimientos de investigación como en el juicio y la ejecución de la sentencia. Para vengarse de alguien cuyos actos eran tal vez moralmente irreprochables no se ha tenido incluso vergüenza de inculpar a veces a miembros de su familia.*

*Estos pocos ejemplos —sabéis hay otros muchos— pueden bastar para mostrar qué clase de delitos deben constituir el objeto de los pactos internacionales, capaces de asegurar una protección eficaz y que señalarán exactamente los delitos que se han de perseguir, y fijarán sus características con una precisión enteramente jurídica.*

## III

*El tercer punto que exige al menos una breve mención, concierne a las penas que debe requerir el derecho penal internacional. Puede bastar aquí una observación general.*

*Hay una manera de castigar que deja en ridículo al derecho penal; pero hay otra que sobrepasa toda medida racionable. Allí donde criminalmente estuviese en juego la vida humana, donde centenares y miles de personas quedaran expuestas a la última miseria y lanzadas a la desesperación, la pura y sencilla privación de derechos civiles constituiría una afrenta a la justicia. Cuando por el contrario la transgresión de un reglamento de policía, cuando una palabra inconsiderada contra la autoridad se castiga con el fusilamiento o con trabajos forzados por toda la vida, el sentido de la justicia se rebela. La fijación de las penas en el derecho penal y su adaptación a los casos particulares debería responder a la gravedad de los delitos.*

*El derecho penal de los diversos Estados se encarga en general de enumerar las sanciones y de precisar las normas que las determinan, o deja este cuidado al juez. Pero habría que procurar obtener por medio de pactos internacionales, un ajuste de estas penas, de tal manera que los delitos citados en los pactos no pudiesen lograr ventaja alguna en ninguna parte, es decir, que no sea menos temible su castigo en un país que en otro, y que no pueda esperarse de un tribunal un juicio más benigno que de otro. No sería posible imponer por la fuerza a los Estados tal ajuste. Pero un cambio de miras objetivo podría proporcionar una ocasión de llegar poco a poco a un acuerdo en lo esencial. No se hallaría obstáculo invencible sino allí donde el sistema político imperante se basase sobre las injusticias ya citadas que el acuerdo internacional debe perseguir. Quien vive de la injusticia no puede contribuir a la elaboración del derecho, y el que se siente culpable no propondrá una ley que establezca su culpabilidad y le entregue al castigo. Esta circunstancia explica un poco lo que ha sucedido cuando se ha intentado el reconocimiento de los "Derechos del Hombre", bien que hay otras dificultades que proceden de motivos enteramente diferentes.*

## IV

*Hablaremos en cuarto lugar de las garantías jurídicas de las que trata el programa de vuestro Congreso en diversas ocasiones.*

*La función del derecho, su dignidad y el sentimiento de equidad, natural al hombre, piden que desde el principio hasta el fin, la acción punitiva se base no en lo arbitrario y en la pasión, sino en reglas jurídicas claras y firmes. Eso significa ante todo que hay una acción jurídica, por lo menos sumaria, si no se puede aguardar sin peligro, y que por reacción contra un delito no se pasa por alto el proceso para poner a la justicia delante del hecho consumado.*

*Vengar un atentado de bomba cometido por un desconocido, segando con ametralladora a los transeúntes que se hallan por casualidad en la calle, no es un procedimiento legal.*

*Ya el primer paso de la acción punitiva, el arresto, no puede obedecer al capricho, sino debe respetar las normas jurídicas. No es admisible que aun el hombre más irreprochable pueda ser detenido arbitrariamente y desaparecer sin más, en una prisión. El enviar a alguno a un campo de concentración y retenerle allí sin proceso alguno regular, es burlarse del derecho.*

*La instrucción judicial debe excluir la tortura física y psíquica y el narcoanálisis, ante todo porque lesionan un* derecho natural, *aun cuando el acusado sea realmente culpable, y además porque muy a menudo dan resultados erróneos. No es raro que logren exactamente las confesiones deseadas por el tribunal y la pérdida del acusado, no porque éste sea de hecho culpable, sino porque su energía física y psíquica se ha agotado, y en consecuencia está dispuesto a hacer todas las declaraciones que se sugieran. "¡Antes la muerte que semejante tortura física y psíquica!". De este estado de cosas hallamos numerosas pruebas en procesos espectaculares bien conocidos con sus confesiones, sus auto-acusaciones y sus demandas de castigo implacable.*

*Hace casi 1100 años, en el 866 el gran Papa Nicolás I respondía del modo siguiente a una de las demandas de un pueblo que acababa de entrar en contacto con el cristianismo (Nicolai primi responsa ad consulta Bulgarorum, c. LXXXVI, 13 Nov. 866, Mon. Germ. hist., Epp. tom. VI, pág. 595):*

*"Si un ladrón o un bandido es apresado y niega lo que se le imputa, vosotros afirmáis que el juez debe molerle la cabeza a palos y atravesarle los lados con púas de hierro, hasta que diga la verdad. Eso ni la ley divina ni la ley humana lo admiten: la confesión no debe ser forzada sino espontánea; no debe ser arrancada por la fuerza, sino voluntaria; en fin, si sucede que después de haber infligido esas penas no descubrís absolutamente nada de aquello de que se acusa al inculpado, ¿no os avergonzaríais siquiera en ese momento y no reconoceríais cuán impío fue vuestro juicio? De la misma manera, si el inculpado, no pudiendo soportar semejantes torturas, confiesa crímenes que no ha cometido, ¿quién, os pregunto, lleva la responsabilidad de tal impiedad, sino el que le forzó a semejante confesión mentirosa? Más aún, es bien sabido, que si alguien profiere con los labios lo que no tiene en su mente, ese tal no confiesa, sino que habla. Renunciad, pues, a semejantes cosas y maldecid del fondo de vuestro corazón lo que hasta el presente habéis tenido la locura de practicar; en efecto, ¿qué fruto habéis entonces sacado de lo que ahora os avergüenza?"*

*¡Quién no desearía que durante el largo intervalo transcurrido desde entonces, no se hubiese jamás apartado la justicia de esta regla! El hecho de que sea necesario recordar esa advertencia, dada hace 1.100 años, es una triste señal de los extravíos en la práctica judicial del siglo XX.*

*Entre las garantías de la acción judicial se cuenta también la posibilidad para el acusado de defenderse realmente y no solamente de pura fórmula. Se le debe permitir, lo mismo que a su defensor, el presentar al tribunal todo lo que habla en favor suyo; es inadmisible que el defensor no pueda presentar sino lo que agrada al tribunal y a una justicia parcial.*

*A las garantías del derecho se une como factor esencial la composición imparcial del tribunal de justicia. El juez no puede ser "parte ni personalmente ni en nombre del Estado. Un juez que tiene el sentido verdadero de la justicia renunciará voluntariamente al ejercicio de su jurisdicción en el caso en que él tuviera que considerarse como parte. Los "tribunales populares",*

*que en los Estados totalitarios se compusieron exclusivamente de miembros del partido, no ofrecían garantía alguna jurídica.*

*Debe también asegurarse la imparcialidad del colegio de jueces, sobre todo en los procesos penales en que se hallan en juego las relaciones internacionales. El semejante caso puede ser necesario el recurrir a un tribunal internacional, o por lo menos el poder apelar del tribunal nacional a un tribunal internacional. El que no se halla implicado en la disputa se siente molesto cuando acabadas las hostilidades, ve que el vencedor juzga al vencido por crímenes de guerra, cuando ese vencedor se hizo culpable frente al vencido de hechos análogos. Los vencidos pueden sin duda ser culpables; sus jueces pueden tener un sentido manifiesto de la justicia y el propósito de una objetividad completa; a pesar de eso, en semejantes casos, el interés del derecho, y la confianza que merece la sentencia, pedirán con frecuencia que se agreguen al tribunal jueces neutrales, de tal manera que de éstos dependa la decisión por mayoría. El juez neutral no ha de considerar entonces como deber suyo el librar al acusado; debe aplicar el derecho con vigor y comportarse según él. Pero la agregación predicha da a todos los interesados inmediatos, a las terceras personas interesadas y a la opinión pública mundial una seguridad mayor, de que "el derecho" saldrá por sus fueros. Ella constituye sin duda alguna cierta limitación de la soberanía propia; pero esta renuncia se halla más que compensada por el aumento de prestigio, por el acrecentamiento de consideración y confianza respecto a las decisiones judiciales del Estado que obra de esa manera.*

*Entre las garantías requeridas por el derecho no hay cosa tan importante ni tan difícil de obtener como la determinación de la culpabilidad. En derecho internacional debería ser un principio inatacable el que "la pena", en el sentido jurídico, supone siempre una "falta". El primer principio de causalidad no merece ser reconocido como un principio jurídico que, sin más, se basta a sí mismo. Por otra parte en eso no se da amenaza alguna contra el derecho. En el delito cometido con mala intención el principio de causalidad obtiene su plena eficacia; el resultado —el "effetu secuto" del derecho canónico— puede realmente ser un requisito para que el delito exista; pero, en derecho penal, la causalidad y el resultado obtenido sólo son imputables cuando van unidos con la culpabilidad.*

*Aquí el juez se halla ante problemas difíciles, muy difíciles. Para resolverlos hace falta ante todo un examen concienzudo del hecho subjetivo, ¿el autor del delito, conocía suficientemente la ilegalidad de su acción?, ¿su decisión de realizarla era sustancialmente libre? Para responder a estas preguntas se valdrá de las presunciones previstas por el derecho. Si es imposible el establecer la culpabilidad con certeza moral, entonces se atendrá al principio: "in dubio standum est pro reo".*

*Se encuentra ya todo esto en el simple proceso criminal. Pero los numerosos procesos del tiempo de la guerra y de la postguerra hasta nuestros días han dado al problema una fisonomía particular. El juez debía y debe aún estudiar el caso de aquellos que mandaron a otros cometer un delito o que no lo impidieron cuando podían y debían hacerlo. Más frecuentemente aún se agitaba la cuestión de la culpabilidad de los que habían cometido una falta únicamente por orden de sus jefes y aun forzados por ellos bajo la amenaza de peores castigos y con frecuencia de la muerte. Muy a menudo en esos procesos los acusados han invocado esta circunstancia: que no habían obrado sino por imposición de "mandatos superiores".*

*¿Será posible obtener por medio de convenciones internacionales, por una parte, que los jefes jurídicamente que-*

*den incapacitados para ordenar crímenes, que sean punibles si dan tales órdenes; y por otra, que los subordinados se vean dispensados de ejecutarlas, y sean punibles si las acatan? ¿Será posible suprimir con pactos internacionales la contradicción jurídica, por la cual se amenaza a un inferior con la pérdida de sus haberes, sus bienes y su vida, si no obedece, y, si obedece, ha de tener que, acabadas las hostilidades, la parte lesionada —si sale victoriosa— le entregará a la justicia como "criminal de guerra"? Por clara que sea la norma moral en todos estos casos —ninguna autoridad superior se halla facultada para ordenar un acto inmoral, ino exis derecho alguno, obligación alguna, ningún permiso de cumplir un acto en sí inmoral, aun cuando sea ordenado, aun cuando el negarse a cumplirlo lleve consigo los mayores quebrantos personales—, esta norma moral no entra de momento en discusión; se trata ahora de poner fin a la contradicción jurídica que hemos señalado, estableciendo por medio de convenciones internacionales reglas jurídicas positivas, bien definidas, obligatorias y reconocidas por los Estados contratantes.*

*La misma necesidad de un reglamento internacional existe con relación al principio, tan frecuentemente invocado y aplicado estos últimos decenios, de la falta puramente colectiva, sobre la que el juez tenía que pronunciarse en el proceso acerca de la culpabilidad del acusado, y que, más a menudo aún, sirvió para justificar medidas administrativas. Los Estados y los tribunales, que hallaban en el principio de la falta colectiva una justificación a sus pretensiones y maniobras, lo invocaban en teoría y lo aplicaban como regla de acción. Los contrarios lo impugnaban y aún lo consideraban como inaceptable, siempre que se tratara de ordenaciones puramente humanas por considerarlo tarado por una contradicción interna y desde el punto de vista jurídico. Pero aquí también el problema ético y filosófico de la falta puramente colectiva no entra en juego por el momento; se trata más bien de hallar y fijar jurídicamente una fórmula práctica adoptable en caso de conflicto sobre todo de conflicto internacional donde la falta colectiva puede ser de una importancia decisiva para determinar la culpabilidad y lo ha sido más de una vez. La garantía de un proceso jurídico regular exige aquí que la acción de los gobiernos y de los tribunales se sustraiga al arbitrio y a la opinión puramente personal y reciba un fundamento sólido de normas jurídicas claras, un fundamento que responda a la sana razón, al sentimiento universal de justicia, y a cuya disposición puedan los gobiernos contratantes poner su autoridad y su fuerza coercitiva.*

## V

*Una última palabra a propósito de ciertos fundamentos del derecho penal. Son los siguientes:*

*1. El establecimiento de un derecho positivo presupone una serie de exigencias fundamentales, tomadas del orden ontológico.*

*2. Hay que edificar el derecho penal sobre el hombre, como ser personal y libre.*

*3. Solamente puede ser castigado el que es culpable y responsable ante una autoridad superior.*

*4. La pena y su aplicación son, en último análisis, funciones necesarias del orden jurídico.*

*1. El derecho se halla necesariamente fundado como resorte final sobre el orden ontológico, su estabilidad, su inmutabilidad. Donde quiera que los hombres y pueblos se hallan agrupados en comunidades jurídicas, ¿no son acaso precisamente hombres con una naturaleza humana sustancialmen-*

*te idéntica? Las exigencias que se desprenden de esta naturaleza son las normas últimas del derecho. Por diversa que pueda ser la formulación de estas exigencias en el derecho positivo, según los tiempos y los lugares, según el grado de evolución y cultura, el núcleo central, por basarse en la naturaleza, es siempre el mismo.*

*Estas exigencias son como el punto muerto de un péndulo. El derecho positivo sobrepasa el punto muerto, unas veces por un lado, otras veces por otro; pero el péndulo vuelve siempre, quiérase o no, al punto muerto fijado por la naturaleza. Que se llame a esas exigencias de la naturaleza: "derecho", "normas éticas" o "postulados de la naturaleza", poco importa. Pero hay que reconocer que existen de hecho; que no han sido establecidas por el capricho del hombre; que se hallan radicadas ontológicamente en la naturaleza humana, naturaleza que el hombre no se dió a sí mismo; que por lo tanto se deben hallar en todas partes; que, por consiguiente, todo el derecho público y todo el derecho de gentes hallan en la naturaleza humana común un fundamento claro, sólido y duradero.*

*Se sigue de esto que el positivismo jurídico "extremo" no se puede justificar ante la razón. Representa el principio: "El derecho abarca todo cuanto está establecido como "derecho" por el poder legislativo en la comunidad nacional o internacional, y nada más que eso, por entero independientemente de cualquier exigencia fundamental de la razón o de la naturaleza". Si se va a la aplicación de este principio; nada puede impedir que un contrasentido lógico y moral, la pasión desencadenada, los caprichos y la violencia brutal de un tirano y de un criminal llegue a constituir el derecho". La historia, como se sabe, nos proporciona más de un ejemplo de esta posibilidad que ha llegado a ser realidad. Allí donde por el contrario el positivismo jurídico se entiende de tal manera que, aun reconociendo plenamente esas exigencias fundamentales de la naturaleza, no se utilice el término "derecho" más que para las leyes elaboradas por el legislador, juzgarán algunos tal vez este empleo poco exacto en su generalidad; no obstante es él el que nos brinda una base común para la construcción de un derecho internacional fundado en el orden ontológico.*

*2. — La realización del orden jurídico se obtiene de una manera esencialmente diversa de la del orden físico. Este último se realiza automáticamente por la naturaleza misma de las cosas. Aquél, por el contrario, no se cumple sino por la decisión personal del hombre, precisamente cuando conforma su conducta en el orden jurídico. "El hombre decide de cada uno de sus actos personales"; esta frase es una convicción humana imposible de desarraigar. La mayor parte de los hombres jamás admitirá que lo que se llama autonomía del querer no sea más que un tejido de fuerzas internas y externas. Se habla fácilmente de las medidas de seguridad destinadas a sustituir la pena o a acompañarla, de la herencia, de las disposiciones naturales, de la educación, de la influencia extensa de los dinamismos en juego en las profundidades del inconsciente o del subconsciente. Aunque esas consideraciones puedan dar resultados interesantes, sin embargo, que no se complique el hecho simplicísimo: el hombre es un ser personal dotado de inteligencia y voluntad libre, "un ser que finalmente decide por sí mismo lo que hace y no hace. Estar dotado de autodeterminación no quiere decir que se vea libre de toda influencia interna o externa, de toda atracción y de toda seducción; eso no quiere decir que no haya que luchar para seguir por el recto sendero, que no haya que emprender cada día un combate difícil contra los impulsos instintivos, tal*

*vez enfermizos; pero eso quiere decir que, a pesar de todos los obstáculos, el hombre normal puede y debe mostrarse tal; eso significa además que el hombre normal debe servir de regla en la sociedad y en el derecho.*

*No tendría sentido el derecho penal, si no tomara en consideración, este aspecto del hombre; pero así como el hombre tiene la verdad por sí, así el derecho penal tiene un sentido pleno. Y puesto que este aspecto del hombre es una convicción de la humanidad, los esfuerzos para uniformar el derecho penal tienen una base sólida.*

*3.—El tercer presupuesto de la justicia penal es el factor falta. Este coloca en último término la frontera entre la justicia en sentido propio y las medidas "administrativas" de seguridad. Sobre él descansa finalmente el veto incondicionado del orden jurídico penal contra lo arbitrario y las violaciones del derecho: de él se deriva una última motivación y limitación de las garantías requeridas en el procedimiento penal.*

*El derecho penal, en su naturaleza íntima, es una reacción del orden jurídico contra el delincuente; presupone la unión causal entre éste y aquél. Pero esta unión causal la debe establecer el delincuente culpable.*

*Es un error del pensamiento jurídico el combatir la necesidad de esta trabazón causal, alegando que la pena se justifica por la dignidad del derecho violado. Esta violación —se afirma— pide una satisfacción que consiste en imponer una pena dolorosa al autor del delito o a otro que se halla sometido al orden jurídico violado.*

*La importancia de la culpabilidad, de sus presupuestos y de sus efectos en el derecho exigen, y eso sobre todo en el juez, un conocimiento profundo del proceso psicológico y jurídico de su génesis. Sólo con esta condición el juez se librará de la incertidumbre penosa que pesa sobre el médico obligado a tomar una decisión, pero que no puede dar un diagnóstico cierto según los síntomas de la enfermedad, porque no descubre su coherencia interna.*

*Al momento de cometer el delito, el delincuente tiene ante los ojos la defensa establecida por el orden jurídico; es consciente de este orden jurídico y de la obligación que impone pero, a pesar de esta conciencia, se decide contra ese veto, y para ejecutar esta decisión lleva a cabo el delito externo. He aquí el esquema de una violación culpable del derecho. Por razón de este proceso interno y externo, se atribuye la acción a su autor como a su causa; se le imputa como falta, porque la ha cometido en virtud de una decisión consciente: el orden violado y la autoridad del Estado, que es su custodio, le piden cuenta de ella; cae bajo el peso de las penas, fijadas por* la ley *e impuestas por el juez. Las múltiples influencias ejercidas sobre los actos del entendimiento y de la voluntad —por lo tanto sobre los dos factores que representan los elementos constitutivos esenciales de la culpabilidad— no alteran la estructura fundamental de este proceso, por grande que sea su importancia en la apreciación de la gravedad de la falta.*

*Por estar tomado este esquema así esbozado de la naturaleza del hombre y de la decisión culpable, vale en todas partes. El suministra la posibilidad de una base común para las discusiones internacionales, y puede prestar servicios apreciables cuando se trate de la formulación de las reglas jurídicas, que deben ser incorporadas a una convención internacional.*

*El conocimiento profundo de estas cuestiones difíciles impide también a la ciencia del derecho penal el caer en una pura casuística pero, por otra parte, la orienta en el uso de la casuística necesaria en la práctica, y por lo tanto, justificable.*

*Si por el contrario se rechaza el fundar el derecho penal sobre el factor de la culpabilidad como sobre una circunstancia esencial, será difícil el crear un verdadero derecho penal y llegar a un acuerdo cuando se trate de discusiones internacionales.*

*4.—Queda por decir una palabra sobre el sentido último de la pena. La mayor parte de las teorías modernas del derecho penal, explican la pena y la justifican, en fin de cuentas, como una medida de protección, es decir, de defensa de la comunidad contra las empresas delictuosas, y al mismo tiempo como un intento para traer al culpable a la observancia del derecho. En esas teorías la pena puede incluir también sanciones en forma de disminución de ciertos bienes que el derecho asegura, para enseñar al culpable a vivir honestamente. Pero estas teorías se niegan a considerar como función capital de la pena la expiación del delito cometido, al cual sanciona el derecho violado.*

*Puede permitirse a una teoría, a una escuela jurídica, a una legislación penal nacional o internacional que trate de definir filosóficamente la pena según ellas las entiendan, de acuerdo con su sistema jurídico, con tal que respeten las consideraciones arriba expuestas sobre la naturaleza del hombre y la esencia de la falta.*

*Pero desde un punto de vista diferente, y puede decirse más elevado, se puede preguntar si esta concepción satisface al sentido plenario de la pena. La protección de la comunidad contra los delitos y los delincuentes debe quedar asegurada, pero el blanco final de la pena habría que situarlo en un plano superior.*

*La esencia de la falta, consiste en la oposición libre a la ley reconocida como obligatoria, en la ruptura y la violación consciente y querida del orden justo. Una vez que se ha producido, es imposible lograr que ella no exista. Pero, no obstante, en cuanto se pueda dar satisfacción al orden violado, hay que dársela. Lo exige fundamentalmente la "justicia". Su función en el dominio de la moralidad consiste en mantener la igualdad comprometida. Esta pide que, por la pena, el responsable sea sometido forzosamente al orden. El cumplimiento de esta exigencia proclama la supremacía absoluta del bien sobre el mal: por su medio se ejercita la soberanía absoluta del derecho sobre la injusticia. Y si se quiere dar un último paso: en el orden metafísico, la pena es una consecuencia de la dependencia hacia la Voluntad suprema, dependencia que va grabada hasta en los últimos repliegues del ser creado. Si en alguna ocasión hay que reprimir la rebelión del ser libre y restablecer el derecho violado, es aquí cuando lo exige el Juez supremo y la justicia suprema. La víctima de una injusticia puede libremente renunciar a la reparación; pero la justicia, por su parte, se la asegura en todos los casos.*

*En esta última acepción de la pena, se ve también plenamente revalorizada la función de protección, que le atribuyen los modernos pero aquí se la expone más a fondo. Se trata, en efecto, ante todo, no de proteger los bienes asegurados por el derecho, sino el derecho mismo. Nada es tan necesario a la comunidad nacional e internacional como el respecto a la majestad del derecho, como también la idea saludable de que el derecho es en sí mismo sagrado, está defendido y que, por consiguiente, quien se atreve a ofenderlo se expone a castigos y los recibe de hecho.*

*Estas consideraciones permiten apreciar más justamente una época anterior, a la que muchos consideran como ya pasada de moda. Entonces distinguían las penas medicinales —poenae medicinales— y las penas vindicativas —poenae vindicativae—. En estas últimas la función vindicativa de "expia-*

*ción ocupa el primer plano, la función de protección se halla comprendida en los dos géneros de penas. El derecho canónico conserva hoy todavía —como lo sabéis— esta distinción; y esta actitud como veis, se funda en las convicciones enunciadas arriba. Sola ella responde también plenamente a la palabra bien conocida del Apóstol a los Romanos:* "Non enim sine causa gladium portat:... vinde in iram ei qui malum agit" (Rom. 13, 4). *"No en vano lleva la espada, dice San Pablo, del Estado, él es ministro de Dios, instrumento de su cólera contra los malhechores". Aquí la expiación está puesta en primer plano.*

*Sólo la función expiatoria permite, finalmente, comprender el juicio final del mismo Creador, el cual "da a cada una según sus obras" como lo repiten a menudo los dos Testamentos (ver sobre todo Mateo 16, 27; Romanos, 2, 6). Aquí la función de protección desaparece completamente cuando se considera la vida ultra-terrena. Para la omnipotencia y omnisciencia del Creador siempre es fácil el prevenir todo peligro de un nuevo delito por medio de la conversión moral íntima del delincuente. Pero el Juez supremo en su juicio final aplica únicamente el "principio de la retribución". Este debe, pues, poseer ciertamente un valor no despreciable.*

*Por eso, como lo hemos dicho, déjese a la teoría y a la práctica el cuidado de definir la función de la pena en el sentido moderno más estricto o en el otro más amplio. Tanto en una, como en otra hipótesis, es posible una colaboración y puede aspirarse a la creación de un derecho penal internacional. Pero que no se renuncie a tener en cuenta esta última motivación de la pena, únicamente porque no aparece apta para producir resultados prácticos inmediatos.*

*Nuestras explicaciones ,señores, han seguido la línea de contacto entre el derecho y sus bases metafísicas. Nos felicitaremos, si con ello hemos podido contribuir, de alguna manera, a los trabajos de vuestro Congreso en orden a proteger y defender al hombre contra los crímenes y los estragos de la injusticia.*

*Terminaremos haciendo votos para que vuestros esfuerzos logren construir un derecho penal internacional sano, en provecho de la sociedad, de la Iglesia y de la comunidad de los pueblos. Quiera la bondad y misericordia de Dios todopoderoso daros como prenda de ello su bendición.*

## *PALABRAS DE SU SANTIDAD PIO XII AL VI CONGRESO NACIONAL DE ESTUDIOS DE LA UNION DE LOS JURISTAS CATOLICOS ITALIANOS*

*Recibid, ilustres Señores, nuestro saludo de bienvenida. Lo dirigimos a vuestra digna Asamblea, con los mismos sentimientos de alegría y confianza con que os acogíamos el año pasado.*

*La cuestión que en este día vamos a considerar, Nos la ha señalado uno de vosotros, el insigne Profesor Carnelutti. Es función de la pena, "redimir al culpable mediante la penitencia", cuestión esta que Nos place formular de esta suerte: la culpa y la pena en su recíproca conexión, o sea, querríamos indicar a grandes rasgos el camino que el hombre recorre por la culpa que comete, desde el estado de inculpabilidad al estado de reato de culpa y pena* (reatus culpae et poenae); *y viceversa, el retorno por el arrepentimiento y la expiación de este estado al de la liberación de la culpa y de la pena. Podremos, entonces, ver más claramente cuál es el origen de la pena, cuál es su esencia, cuál es su función, y qué forma debe adoptar para conducir al culpable a su liberación.*

## *I. — EL CAMINO DE LA CULPA Y DE LA PENA*

*Primeramente, es necesario advertir dos cosas.*

*Ante todo, el problema de la culpa y de la pena, es un problema de la persona, bajo un doble aspecto. La vía de la culpa, arranca de la persona del sujeto activo, de su mismo "Yo". En el conjunto de actos que dependen de la persona como de centro de acción, consideraremos aquí solamente los que se basan en una determinación consciente y voluntaria; es decir, aquellos actos que el Yo podía poner o no poner y que realiza porque él mismo se ha decidido libremente a ello. Esta función central del Yo consigo mismo —aunque actúe bajo influjos de índole diversa— es un elemento necesario, para poder hablar de verdadera culpa y de verdadera pena.*

*El hecho culpable, empero, asume siempre una posición de persona contra persona, ya sea el objeto inmediato de la culpa una cosa, como en el hurto, ya lo sea una persona como en el homicidio: además, el Yo de la persona que se hace culpable, se dirige contra la Autoridad superior y por tanto siempre, en conclusión, contra la autoridad de Dios. En lo cual Nos, que pretendemos examinar el genuino problema de la culpa y de la pena propiamente dichas, prescindimos de la culpa meramente jurídica y de su consiguiente penalidad.*

*Hay que observar también que la persona y la función personal del culpable, forman una estrecha unidad que, a su vez, presenta diferentes aspectos. Esta unidad toca simultáneamente el campo psicológico, jurídico, ético y religioso. Estos aspectos pueden considerarse aún por separado; pero en las verdaderas culpa y pena están entre sí tan estrechamente unidos, que sólo de su conjunción puede formarse el concepto justo acerca del culpable y la cuestión de la culpa y de la pena. Ni siquiera, pues, es dado tratar este problema unilateralmente, tan sólo en el aspecto jurídico.*

*El camino de la culpa es, pues tanto, éste: el espíritu del hombre se halla en esta postura: ante un "hacer" o un "omitir" que se le presenta como algo simplemente obligatorio, como un absoluto "tu debes", (le urge) una exigencia incondicional de pronunciarse con determinación personal. El hombre rehusa obeceder a esta exigencia: rechaza el bien, abraza el mal. A la resolución interna, cuando no acaba en sí misma, sigue la acción externa. De esta suerte, el acto culpable se complementa en su elemento interno o externo.*

### Naturaleza y varios aspectos del acto culpable

*Por lo que respecto al lado subjetivo de la culpa, si queremos juzgar rectamente, hay que tener en cuenta no sólo el hecho externo, sino también los influjos provenientes de dentro y de fuera que han cooperado a la resolución del culpable, como disposiciones innatas o adquiridas, impulsos o impedimentos, improntas de la educación, irradiaciones de las personas y de las cosas, en cuyo ambiente vive; factores de las circunstancias, y de manera particular, la intensidad actual y habitual del querer, lo que se ha dado en llamar "energía criminal" que ha contribuido a realizar el hecho culpable.*

*Considerado en su término, el hecho culpable es un arrogante desprecio de la Autoridad que ordena el mantenimiento del orden de la justicia y del bien, y que es la fuente, la guardiana, la tuteladora y la sancionadora del orden mismo. Y ya que ninguna autoridad humana puede derivarse sino de Dios, todo acto culpable constituye una oposición contra Dios mismo, contra sus derechos supremos y su soberana*

*majestad. Este aspecto religioso está unido de manera inmanente y esencial al hecho culpable.*

*Término de este hecho es también la comunidad de derecho público, si y en cuanto él pone en peligro y viola el orden impuesto por las leyes. Sin embargo, no todo verdadero acto culpable, tal cual lo hemos descrito más arriba, lleva consigo el carácter de culpa de derecho público. El poder público debe ocuparse tan sólo de las acciones culpables que ofenden la regular convivencia en el orden fijado por las leyes. De aquí la regla sobre la culpa jurídica:* nulla culpa sine lege. *Pero si tal violación es por otros respectos, en sí misma, un acto culpable, siempre también constituye una violación de la norma ética y religiosa. Por consiguiente, las leyes humanas que se hallaren en contradicción con las divinas, no pueden ser base de un hecho realmente culpable de derecho público.*

*Al concepto de hecho culpable va unido el que su autor se hace merecedor de pena (reatus poenae). El problema de la pena, comienza pues en cada caso particular, en el momento en que el hombre se hace culpable. La pena es, la reacción, que el derecho y la justicia exigen frente a la culpa: son como golpe y contragolpe. El orden violado por el hecho culpable, exige que se reintegre y restablezca el equilibrio turbado. Es oficio propio del derecho y de la justicia el custodiar y salvaguardar la concordancia entre el deber por una parte y el derecho por la otra, y el de restablecerla si fuese lesionada. La pena no alcanza, de por sí, al hecho culpable, pero sí a su autor, su persona, su Yo que con determinación consciente ha cometido la acción culpable. Igualmente, el castigo no procede como de un ordenamiento abstracto del derecho, sino de la persona concreta investida de la legítima autoridad. El castigo como la acción culpable, enfrenta una persona con otra.*

### Sentido y fin de la pena

*La pena propiamente dicha, no puede, pues, tener otro sentido y finalidad que los que acabamos de indicar, a saber, de volver de nuevo al violador del derecho a los carriles del deber que había abandonado. Este orden del deber es necesariamente una expresión del orden del ser, del orden de la verdad y del bien que sólo tiene derecho a existir, por oposición al error y al mal que representan lo que no debe ser. A su modo, la pena cumple su oficio, en cuanto obliga al culpable por causa del acto cometido, a un sufrimiento, es decir, a la privación de un bien y a la imposición de un mal. Con todo, para que este sufrimiento sea una pena, es esencial la conexión causal con la culpa.*

## *II. – EL ESTADO DE CULPA Y DE PENA*

*Añadamos que el culpable ha creado con su acto un estado que de suyo no cesa al cesar el acto mismo. El continúa siendo el que consciente y voluntariamente ha violado una norma obligatoria (reatus culpae). Este estado personal perdura, aun en su posición frente a la Autoridad de quien depende, o sea frente a la Autoridad humana de derecho público, en cuanto ésta tiene parte en el correspondiente proceso penal, y también, y siempre, frente a la suprema Autoridad divina. Así se forma un estado de culpa y de pena duradero, que indica una condición particular del culpable ante la Autoridad ofendida y de ésta ante el culpable (ver S. Thom. 3 p. q. 69 a. 2 obj. 3. et ad, 3).*

*Partiendo del concepto que el tiempo y el espacio, formalmente en cuanto tales, no son simplemente realidad, sino instrumentos y formas del pensamiento, se ha pretendido llegar a la conclusión de que después de cesar el hecho culpable y la pena misma, ya*

*no se puede hablar de algo de las mismas que perdure en cualquier forma realmente, en el orden real, y por lo tanto de un estado de culpa y de pena. Si así fuese, habría que renunciar al principio: "Quod factum est infectum fieri nequit". Aplicado a un hecho espiritual —y tal es en sí mismo el acto culpable— aquel principio se basaría —así se afirma— en una falsa valutación y en un equivocado uso del concepto "tiempo". Pasaríamos los límites de este nuestro discurso, si quisiésemos tratar aquí la cuestión del espacio y del tiempo. Bastará notar que el espacio y el tiempo son, no una simple forma del pensamiento, sino que tienen un fundamento en la realidad. De todas maneras, no vale la consecuencia que de ello se quiere deducir, contra la existencia de un estado de culpa. Sin duda la caída del hombre en la culpa sucede en este mundo en un determinado lugar y en un tiempo determinado, pero ésa no es una cualidad de aquel lugar y de aquel tiempo, y por lo tanto su cesación no está ligada a la cesación de estas circunstancia.*

*Cuanto llevamos expuesto se refiere a la esencia del estado de culpa y de pena. En cambio, por lo que atañe a la Autoridad superior, a la que el culpable ha negado la debida subordinación y obediencia, la indignación y desaprobación (de la misma) van no sólo contra el hecho, sino también contra el autor mismo, contra su persona por causa de su acción.*

*Con el acto de la culpa están inmediatamente unidos, como se ha indicado ya, no la pena misma sino el reato y la punibilidad del acto mismo. A pesar de esto, no se excluye una pena, en la que se incurre, en virtud de una ley "automáticamente" en el momento del acto culpable. En el Derecho Canónico se conocen las poende latae sententiae ipso facto commissi delicti incurrente. En el derecho civil semejante pena es rara, más aún, en algunas disposiciones jurídicas es desconocida. Además siempre este incurrir automáticamente en la pena supone una culpa verdadera y grave.*

## Los preámbulos de toda sentencia penal

*Así, pues, por regla general, la pena la inflige la Autoridad competente. Esto presupone: una ley penal vigente; una persona investida legítimamente de la autoridad penal, y en ella el conocimiento seguro del acto a castigar tanto bajo el punto de vista objetivo, es decir, de la actuación del delito previsto por la ley cuanto bajo el punto de vista subjetivo, es decir, por lo que se refiere a la culpabilidad del reo, a su gravedad y extensión.*

*Este conocimiento necesario para pronunciar una sentencia penal es en el tribunal de Dios, Juez Supremo, perfectamente clara e infalible, y el haberlo insinuado no puede carecer de interés para el jurista. Dios estaba presente al hombre en la resolución interna y en la ejecución externa del acto culpable penetrándolo todo plenamente con su mirada hasta los últimos detalles; todo está ante El ahora como en el momento de la acción. Pero este conocimiento de plenitud absoluta y seguridad soberana en todo instante de la vida y sobre toda acción humana, es propio únicamente de Dios. Por eso toca exclusivamente a Dios el juicio último sobre el valor de un hombre y la decisión sobre su suerte definitiva. Él pronuncia este juicio, según encuentra al hombre en el momento en que lo llama a la eternidad. Con todo, un juicio infalible de Dios se obtiene también durante la vida terrena y no sólo sobre todo el conjunto de ella, sino sobre cada acto culpable en particular y su correspondiente pena; más aún, en no pocos casos El la ejecuta ya durante la vida del hombre, a pesar de la disposición divina siempre pronta a la remisión y al perdón.*

## La certeza moral en los jueces humanos

*En cambio, el juez humano, que no tiene la omnipresencia y la omnisciencia de Dios, antes de pronunciar la sentencia judicial debe de formarse una certeza moral, tal, que excluya toda duda razonable y seria sobre el acto externo y la culpabilidad interna. Pero él no tiene una visión inmediata del estado interno del imputado tal cual se hallaba en el momento de la acción, más aún, la mayor parte de las veces no es capaz de reconstruirlo con claridad plena por los argumentos de prueba, y alguna vez ni siquiera por la propia confesión del culpable.*

*Pero este defecto e imposibilidad no se deben exagerar, como si de ordinario fuese imposible al juez humano el conseguir una suficiente seguridad, y por lo tanto un sólido fundamento para la sentencia. El juez, según los casos, no dejará de consultar a especialistas de renombre sobre la capacidad y la responsabilidad del presunto reo, ni dejará de tener en cuenta los resultados de las ciencias modernas psicológicas, psiquiátricas y caracterológicas. Si, a pesar de todas estas diligencias, aún queda alguna duda importante y seria, ningún juez concienzudo procederá a una sentencia de condenación, sobre todo si se trata de una pena irremediable, como es la pena de muerte.*

*En la mayor parte de los delitos el comportamiento externo manifiesta ya suficientemente el sentimiento interno de donde procedió. Por lo tanto, por regla general, se puede —y aun algunas veces se debe— sacar de las circunstancias externas una conclusión substancialmente exacta, si no se quieren hacer imposibles las acciones judiciales entre los hombres. Por otra parte tampoco hay que olvidar que ninguna sentencia humana decide en última instancia y definitivamente de la suerte de un hombre, sino únicamente el juicio de Dios, tanto en cada uno de los actos particulares, como en la vida entera. Por lo tanto, en todo aquello en que los jueces humanos erraren, el Juez supremo restablecerá el equilibrio, ante todo luego de la muerte, en el juicio definitivo de la vida entera de un hombre, y después más tarde y más plenamente en presencia de todos en el último juicio universal. De esto no se deduce que el juez se haya de creer dispensado de procurar una concienzuda y exacta investigación; pero no deja de ser cosa grande saber que habrá una última adecuación entre la culpa y la pena que por su perfección no dejará nada que desear.*

*El que está encargado del acusado en la cárcel preventiva no deje de tener presente el peso y el sufrimiento tan grande que causa al detenido en la sola indagación, aunque no se empleen métodos de investigación que no pueden en modo alguno admitirse. Esos sufrimientos nos vienen ordinariamente contados en la pena que luego le será irrogada, lo cual por otra parte se podría conseguir muy difícilmente. Queda todavía necesariamente su consabido recuerdo.*

*En el campo jurídico externo es decisiva para el pleno estado de la culpa y de la pena la sentencia del tribunal.*

## Algunas propuestas de reforma

*En vuestras reuniones, ilustres Señores, se ha manifestado el deseo de que se introduzca por vía legislativa alguna suavización del vínculo que liga al juez con los artículos del Código Penal, no ya como en el sentido de la actividad del pretor del Derecho Romano "para ayudar, suplir o corregir el Derecho civil", sino en el sentido de una apreciación de los hechos objetivos fuera de las normas jurídicas generales circunscritos por el poder legislativo; de manera que aun en el Derecho Penal pueda también aplicarse una cierta* "analogía iuris", *y tenga el po-*

*der discrecional del juez una ampliación de los límites hasta ahora vigentes. Se cree que de esa manera se tendría una notable simplificación de las leyes penales y una considerable disminución del número individualizado de los delitos y se obtendría el hacer comprender mejor al pueblo qué es lo que el Estado considera como merecedor de pena y por qué motivos.*

*A semejante concepción puede, sin duda, concedérsele algún fundamento. De todas maneras, los fines por los que la propuesta se ha hecho, a saber, la simplificación de las normas legislativas, relevando no sólo el estricto derecho formal, sino también la equidad y el sano y espontáneo juicio, la mayor adaptación del Derecho Penal al sentimiento del pueblo; tales fines —decimos— no dan lugar a objeciones. La dificultad vendría no tanto de la teoría cuanto del modo de ponerlo en práctica, ya que ésta por una parte debería conservar las garantías del reglamento vigente, y por otra tener en cuenta las nuevas necesidades y los razonables deseos de reforma. El Derecho Canónico ofrece ejemplos en ese sentido, como se ve en los Cánones 2220-2223 del C. I. C.*

## Variedad y eficacia de la pena

*Por lo que respecta a las varias especies de penas (Penas concernientes al honor [la capacidad jurídica], los bienes patrimoniales, la libertad personal, el cuerpo y la vida —las penas corporales no están comprendidas en el Derecho italiano—), en esta nuestra exposición Nos restringiremos a considerarlas solamente en cuanto en ellas se manifiestan la naturaleza y el fin de la pena. Pero, ya lo hemos indicado, como algunos no son de la misma opinión respecto al sentido y fin de la pena, se deduce que también es diversa la actitud respecto a las diversas penas.*

*Hasta cierto punto puede ser verdad que la pena de la cárcel o de la reclusión, debidamente aplicada, sea la más apta para procurar la vuelta del culpable al recto orden y a la vida común. Pero de esto no se sigue que sea la sola buena y justa. Viene aquí a propósito lo que Nos mismo dijimos en nuestro discurso sobre el derecho penal internacional, el 3 de octubre de 1953, acerca de la teoría de la retribución (ver* Discorsi e Radiomessaggi, *vol. 15, pág. 351, 353). La pena vindicativa no generalmente, pero sí por muchos, es rechazada, no ya sólo como exclusiva, sino también cuando se la usa junto con la pena medicinal. Nos afirmamos entonces que no sería justo rechazar en principio y totalmente la función de la pena vindicativa. Mientras el hombre vive sobre la tierra, ésa también puede y debe servir a su definitiva salvación, siempre que él mismo no ponga, por otra parte, obstáculo a la eficacia saludable de tal pena. Tal eficacia no se opone efectivamente de modo alguno a la función de equilibrio y de reintegración del orden turbado, que hemos indicado ya como esencial a la pena.*

## Ejecución de la pena

*La irrogación de una pena encuentra su natural cumplimiento en la ejecución de la misma pena, considerada como la efectiva privación de un bien, o la positiva imposición de un mal, determinadas por la legítima Autoridad, como reacción al acto culpable. Es un ajuste no inmediatamente de la culpa, sino de la perturbación del orden público. El acto culpable ha manifestado en la persona del reo algún elemento que no está de acuerdo con el bien común y con la ordenada convivencia social. Tal elemento debe ser alejado del reo. Este proceso de alejamiento se parangona con la intervención médica en el organismo, intervención que puede ser muy dolorosa, especialmente cuando se deben tocar no solamente los síntomas, sino también las causas*

*mismas de la enfermedad. El bien del reo y acaso también más el de la sociedad, exige que el miembro dañado vuelva a sanar. Pero como la cura del enfermo, así también el tratamiento de la pena requiere un claro diagnóstico, no sólo sintomático, sino también etiológico, un terapéutica adaptada al mal, un cauto pronóstico y una apropiada profilaxis complementaria.*

### Las reacciones del condenado

*Cuál sea el camino que debe emprender el reo, lo indican el sentido objetivo y el fin de la pena, así como la intención, las más de las veces igual, de la Autoridad que castiga. Es el camino de conocer lo mal hecho, que le ha motivado la pena; el camino del apartarse y detestar tal acto; el camino del arrepentimiento, de la expiación, de la purificación, del propósito eficaz para en adelante. Ese es el camino que el condenado debe tomar. Pero la cuestión es cuál es el camino que él seguirá realmente. Al examinar esta cuestión, puede ser útil considerar el sufrimiento que la pena causa según sus diversas facetas :lo psicológico, lo jurídico, lo moral, lo religioso, aunque normalmente estos varios aspectos están en realidad como unidos en uno solo.*

### aspecto psicológico

*Psicológicamente la naturaleza reacciona espontáneamente contra el mal concreto de la pena, con tanto mayor vehemencia cuanto más profundo es el sufrimiento que hiere la naturaleza del hombre en general, o el temperamento individual de cada uno. A ésto acompaña también espontáneamente, el dirigirse y fijarse la atención del reo en el acto culpable, causa de la pena, cuya conexión está viva en su espíritu, o que, en todo caso, se hace ahora en primera línea presente en su conciencia.*

*Después de tales actitudes, más o menos voluntarias, aparece la reacción consciente y buscada del Yo, centro y fuente de todas las funciones personales. Esta más alta reacción puede ser una voluntariosa positiva aceptación, como se manifiesta en las palabras del buen ladrón en la Cruz:* "Digna factis recipimus": *"Recibimos lo que merecían nuestras acciones". Puede ser también una pasiva resignación; o al revés, una profunda exacerbación, un total abatimiento íntimo; y también un soberbio endurecimiento, que a veces llega a un endurecimiento en el mal, o finalmente una como salvaje e impotente rebeldía interna y externa. Tal reacción psicológica toma diversas formas, si se trata de penas largas, o al contrario, de una pena en cuanto al tiempo momentánea, pero que por su altura y profundidad sobrepasa toda medida de tiempo, como la pena de muerte.*

### ...en el ambiente jurídico

Jurídicamente *la ejecución de la pena significa la válida y efectiva acción del poder superior y más enérgico de la comunidad jurídica (mejor, de quien en ella representa la autoridad contra el conculcador del derecho, el cual con su voluntad obstinada y contraria a la ley, ha transgredido culpablemente el orden jurídico establecido, y ahora se ve obligado a someterse a las prescripciones del mismo orden por el bien mayor de la comunidad y del reo mismo. Con esto se manifiesta claramente el concepto y la necesidad del derecho penal.*

*Por otra parte, la justicia exige que en la ejecución de las disposiciones de la ley penal se evite cualquier recargo de la pena sancionada en la sentencia, toda arbitrariedad y crueldad, toda vejación y provocación de la pena y se le dé la forma correspondiente a su finalidad, no con el cumplimiento rígido de cada una de las disposiciones y*

*párrafos, sino con la posible adaptación a la persona sometida a la pena. La misma seriedad y decoro de la potestad penal y de su ejercicio, sugieren naturalmente a la Autoridad pública ejercer su principal deber en contacto con la persona del reo. Además, se deberá juzgar si dadas las circunstancias particulares podrá darse pleno cumplimiento a los deberes de ese cargo con los medios propios. La mayor parte de las veces, si no siempre, una parte deberá encomendarse a otros, en especial la cura propiamente dicha de las almas.*

*Algunos han propuesto que sería oportuno fundar una Congregación religiosa o un Instituto secular al cual confiar lo más ampliamente posible la asistencia psicológica de los reclusos. Sin duda, ya desde hace tiempo, buenas religiosas han llevado un rayo de sol y los beneficios de la caridad cristiana a las casas de corrección femeninas; y Nos aprovechamos esta ocasión para dirigirles una palabra de reconocimiento y de gratitud. Con todo, aquella propuesta Nos parece digna de toda consideración y, más aún, declaramos nuestro deseo de que no sólo una fundación semejante, no menos que los organismos religiosos y eclesiásticos, que ya funcionan en aquellas casas, actúen la energías, que brotan de la fe cristiana, sino que también se empleen en favor de los reclusos todos los resultados seguros provenientes de la investigación y de las experiencias psicológicas, siquiátricas, pedagógicas y sociológicas. Esto supone en aquellos que deberán aplicarlos una plena formación profesional.*

*Nadie que conozca íntimamente la realidad de la ejecución de las penas, se dejará llevar por esperanzas utópicas de éxitos importantes. Al influjo exterior debe acompañar la buena voluntad del condenado, pero ésta no se puede obtener con la fuerza. ¡Quiera la Divina Providencia excitarla y dirigirla con su gracia!*

### ...en el lado moral

*El lado* ético *de la ejecución de la pena y del sufrimiento a ella inherente está en relación con la finalidad y principios que deben determinar la disposición de la voluntad del condenado.*

*Sufrir en esta vida terrena significa como un volver el espíritu de fuera hacia adentro; es un camino que aleja de la superficie y conduce a lo profundo. El sufrir, considerando de esta manera, es para el hombre de un gran valor moral. La aceptación voluntaria, supuesta la recta intención es una obra preciosa. "Patientia opus perfectum habet", escribe el Apóstol Santiago (1, 4). Esto vale también para el sufrimiento causado por la pena. Ese puede ser un progreso en la vida interior. Según su propia naturaleza, es una reparación y un restablecimiento —mediante la persona y en la persona del reo y aceptada por él— del orden social culpablemente conculcado. Lo esencial de la vuelta al bien consiste propiamente no en la aceptación voluntaria del sufrimiento, sino en el apartamiento de la culpa. A esto puede llevar el mismo sufrimiento y el apartamiento de la culpa puede a su vez conferirle un gran valor moral y facilitar y elevar su eficacia ética. De este modo el sufrimiento puede subir hasta un heroísmo moral, a una heroica paciencia y expiación.*

*En el campo de la reacción moral no faltan con todo manifestaciones contrarias. Frecuentemente el valor ético de la pena no es siquiera conocido; frecuentemene es a ciencia y conciencia voluntariamente rechazado. El reo no quiere reconocer ni admitir su culpabilidad, no quiere de ninguna manera someterse y plegarse al bien.*

*no quiere expiación alguna o penitencia por sus culpas personales*

*Y ahora unas breves palabras sobre el aspecto religioso del sufrimiento causado por la pena.*

### ....en el elemento religioso

*Toda culpa moral del hombre, aunque sea cometida materialmente sobre todo dentro únicamente del ámbito de leyes humanas legítimas y ahora sancionada por los hombres según el derecho positivo humano es siempre tambin una culpa ante Dios y contra ella fulmina Dios un juicio penal. No tener simplemente en cuenta esto en nada favorece a la pública autoridad. La Sagrada Escritura enseña (Rom. 13, 2-4) que la autoridad humana, dentro de su competencia, no es otra cosa en el cumplimiento de la pena que la ejecutora de la divina justicia. "Dei enim minister est, vindex in iram ei, qui malum agit".*

*Este elemento religioso de la ejecución de la pena, halla en la persona del reo su expresión y su actuación, en cuanto él se humilla bajo la mano de Dios, que castiga por mano de los hombres; acepta, pues, de Dios la pena, la ofrece a Dios como remisión parcial de la deuda, que con El ha contraído. Una pena así sobrellevada es para el reo en este mundo una fuente de purificación interior, de conversión plena, de robustecimiento para el futuro, de protección contra todas las reincidencias. Un sufrimiento soportado de este modo con fe, arrepentimiento y amor es santificado por los dolores de Jesucristo y acompañado de su gracia. Este religioso y sagrado sentido del sufrimiento causado por la pena se nos hace patente en las palabras del buen ladrón a su compañero de crucifixión: "Digna factis recipimus": "Recibimos lo que merecían nuestras acciones", y en la oración al Redentor moribundo: "Domine, memento mei, cum veneris in regnum tuum": "Señor, acuérdate de mí, cuando entrares en tu reino"; oración que, puesta en la balanza de Dios, llevó al pecador arrepentido la seguridad del Señor: Hodie mecum eris in paradiso" "Hoy estarás conmigo en el paraíso" (Luc. 23, 41-43): Como la primera indulgencia plenaria concedida por el mismo Jesucristo.*

*¡Ojalá que todos los que han caído bajo el peso de la justicia humana, puedan sufrir la pena impuesta, no por fuerza mayor, sin Dios y sin Jesucristo; no en rebelión contra Dios, no destrozándose en su espíritu y en su dolor; sino que por ella se les pueda abrir el camino que conduce a la santidad!*

*Resta ahora por hablar del último trecho del camino que queríamos mostraros, es decir, de la vuelta del estado de culpa y de pena al de liberación.*

*La liberación de la culpa y la liberación de la pena no se identifican necesariamente, ni en cuanto a la realidad. Prescindiendo del hecho de que delante de Dios la remisión de la pena eterna va siempre unida a la remisión de la culpa grave, puede darse una extinción de la culpa sin que por ello le siga una extinción de la pena. Y, por el contrario, puede haber sido expiada la pena sin que, en lo interior del culpable, haya cesado de existir la culpa.*

*Ahora bien, la vuelta al orden jurídico y ético consiste esencialmente en la liberación de la culpa y no de la pena.*

### La liberación de la culpa

*Al ilustrar la primera parte de aquella vía mostramos cuál era el carácter interno y externo del acto culpable, esto es, ya respecto al mismo autor, ya en sus relaciones con la autoridad superior, que en fin de cuentas será siempre la del mismo Dios, cuya ma-*

*jestad, justicia y santidad se desdeñan y se ofenden en cada acto culpable.*

### En qué consiste la liberación de la culpa...

*La liberación de la culpa debe, por tanto, restablecer las relaciones alteradas por el acto culpable. Si se trata de una simple deuda real, esto es, concerniente a prestaciones puramente materiales, ésta puede cancelarse completamente con sólo la prestación debida, sin que se necesite un contacto personal, de cualquier clase que sea, con la otra parte. Si se trata, en cambio, de una ofensa personal (bien sea sola o unidad o una deuda real), entonces el reo queda, con respecto a la persona del acreedor, con una obligación en sentido estricto de la cual tiene que ser desligado. Y puesto que, como ya dijimos, esta obligación tiene un aspecto psicológico, jurídico, moral y religioso, tal ha de ser también su liberación.*

*Sin embargo, la culpa, en su elemento interior, produce en el reo una esclavitud y un encadenamiento de sí mismo con el objeto a que se ha entregado al realizar el acto culpable, lo que equivale a decir, en sustancia, hacia un pseudo-Yo, cuyas tendencias, impulsos y fines constituyen en el hombre una caricatura del auténtico Yo, destinado por el Creador y por la naturaleza, solamente a la verdad y al bien, y contradice a las normas del camino recto, según las cuales el hombre, hecho a imagen de Dios, debe obrar y formarse. También de esta esclavitud tiene que efectuarse una liberación psicológica, jurídica, moral y religiosa.*

*En el derecho humano se puede hablar de cierta liberación de la culpa, cuando la autoridad pública no procede ya contra el acto culpable; como, por ejemplo, cuando, incluso sin tener en cuenta las presentes disposiciones internas del reo, hay una remisión positiva de la culpa por parte de la autoridad, o cuando ha expirado ya el término fijado por la ley, dentro del cual solamente la autoridad misma, bajo ciertas condiciones, pretende llevar ante su tribunal y juzgar la violación del derecho que ha tenido lugar. Sin embargo, esta manera no constituye una conversión interior, una metayola, una liberación del Yo de su íntima esclavitud, de su voluntad de obrar el mal y lo ilegal. Ahora bien sobre esta liberación de la culpa en sentido propio, sobre esta metayola (cambio del sentimiento) es sobre lo que queremos aquí llamar vuestra atención.*

### ...psicológicamente

*Psicológicamente considerada, la liberación de la culpa es el abandono y la retracción del querer perverso, puesto libre y conscientemente por el Yo en el acto culpable, y la renovación del propósito de querer lo recto y lo bueno. Este cambio de la voluntad presupone una vuelta a sí mismo y, por tanto, la comprensión del mal y de la culpabilidad existente en la resolución que se tomó contra el bien, cuya obligatoriedad se reconocía. A tal comprensión se une la reprobación del mal hecho, el arrepentimiento como voluntario dolor, la tristeza voluntaria del mal por el mal realizado, porque es malo, contrario a las normas, y en definitiva, contrario a Dios. En esta íntima* katarsis *se realiza también y está contenido el alejamiento del falso bien al cual el hombre se había entregado con el acto culpable. El reo vuelve a someterse al orden de lo justo y recto, en la obediencia a su autor y tutor, contra el que se había rebelado.*

*Esto conduce psicológicamente al último paso. Puesto que el hecho culpable —como ya se dijo— no es la ofensa a una norma abstracta del derecho, sino que es sustancialmente una posición contra la persona de la autoridad ofendida, con la confesión com-*

*pungida —sea explícita o implícita— de la culpa, y con la íntima súplica de la remisión y del perdón. La misma Sagrada Escritura nos ofrece manifestaciones breves y clásicas de un tal arrepentimiento; tales son las palabras del publicano en el templo: "Deus, propitius esto mihi peccatori". Dios mío, perdóname que soy pecador (Lucas 18, 13) o las otras del hijo pródigo:* "Pater, peccavi", *Padre, he pecado (Lucas 15, 25).*

*No obstante, considerada bajo el aspecto puramente psicológico la voluntad perversa, expresada en el acto culpable, puede terminar de otra forma, sin llegar a una liberación de la culpa. El reo no piensa más en su acto ni se ha retractado de él; éste, sin más, ha cesado de pesar sobre su conciencia. Ahora bien, conviene advertir con toda claridad que tal proceso psicológico no constituye una liberación de la culpa, del mismo modo que el hecho de dormir durante la noche no acarrea ni significa el que se aleje y mucho menos que se elimine el mal cometido durante el día. Actualmente quizá algunos afirmen que la culpa se ha sepultado en el subconsciente o en el inconsciente. Pero ésta se encuentra todavía allí.*

*Y no se podría obtener un resultado mejor intentando suprimir la conciencia psicológica de la culpa, mediante una autosugestión o una sugestión externa o bien por medio de la psicoterapia clínica, del psicoanálisis. Una real y libre voluntad culpable no puede ser psicológicamente corregida o suprimida insinuándole la persuasión de que no ha existido nunca. Ya Nos indicamos las deplorables consecuencias de semejante tratamiento del problema de la culpa en el discurso dirigido a los miembros del V Congreso Internacional de Psicoterapia y Psicología Clínica del 15 de abril de 1952 (Discursos y Radiomesanjes, Vol XV, pág. 67 y siguientes).*

*Una observación, finalmente, hay que añadir todavía acerca de la liberación psicológica de la culpa. Un acto aislado, plenamente consciente y libre, puede contener en sí todos los elementos psíquicos de una verdadera conversión, pero su profundidad, firmeza y extensión pueden presentar definiciones si no esenciales, dignas por lo menos de consideración. Una liberación de la culpa, profunda, extensa y durable, es frecuentemente un proceso largo, que sólo gradualmente se madura, especialmente si el acto culpable ha sido fruto de una disposición habitual de la voluntad. La psicología de las reincidencias ofrece como confirmación de este punto material de pruebas más que suficiente, y los que apoyan la función purificadora, educadora y fortificante de una prisión un tanto larga, encuentran en estas experiencias una confirmación de sus teorías.*

### ...jurídicamente

*La liberación jurídica de la culpa, a diferencia de la conversión psicológica que se realiza principalmente en lo íntimo de la voluntad del reo, se dirige esencialmente a la autoridad superior, cuyas exigencias respecto a la observancia de las normas establecidas, fueron olvidadas o violadas. Violaciones privadas del derecho que, si se han llevado a cabo en buena fe o en otro modo perjudican al bien común, se resuelven privadamente entre las partes o mediante acción civil, pero sin formar ordinariamente objeto del derecho penal.*

*Al analizar el acto culpable, dijimos ya que éste constituye el alejamiento y negación de la subordinación debida, del servicio debido, de la entrega debida, del respeto y del honor debido; que éste es objetivamente una ofensa a la excelencia y a la majestad de la ley, o mejor dicho, de su autor, tutor, juez y vindicador. Las exigen-*

*cias de la justicia y, por tanto, la liberación jurídica de la culpa requieren que se conceda al servicio, a la subordinación, a la entrega, a la reverencia y al honor, con respecto a la autoridad, tanta parte cuanta le había sido negada con el delito.*

*Esta satisfacción puede ser cumplida libremente; puede ser también, hasta cierto punto, forzada, a causa de los sufrimientos de la pena infligida; puede ser forzada y libre al mismo tiempo. El actual derecho de los Estados no da mucha importancia a la libre reparación. Se contenta con doblegar, mediante el sufrimiento de la pena, la voluntad del culpable, bajo la poderosa determinación de la potestad pública y reeducarlo de esta manera para el trabajo, para las relaciones sociales, para obrar rectamente. Que este modo de proceder pueda conducir, en virtud de las leyes psicológicas inmanentes, a una enmienda interior y con ésta a una íntima liberación de la culpa, no es ahora el caso de ponerlo en discusión; pero que esto tenga que suceder y que normalmente suceda, sería aún necesario demostrarlo. De todos modos, el no tomar en consideración, por principio, la voluntad del reo de dar una satisfacción en aquello en lo que un sano sentido jurídico y la justicia violada requieren, es una falta y una laguna que el interés de la doctrina y de la fidelidad a los principios fundamentales del derecho penal exige que se colme.*

*Pero, sin embargo, la liberación jurídica de la culpa comprende no sólo la voluntad de llevar a cabo la prestación debida, sino también el hecho de la misma prestación. Aquí la ciencia y la vida concreta se encuentran ante un problema frecuentemente difícil. ¿Qué ha de suceder en el caso de incapacidad moral o física de llevar a cabo tal prestación? ¿Debe recurrirse a alguna compensación o sustitución, o bien las exigencias del derecho violado deben quedar sin reparación? Se ha aludido ya a que el hombre está ciertamente en condiciones de ofender o destruir algunos bienes y obligaciones jurídicas mediante un acto culpable cometido con plena responsabilidad; sin embargo, frecuentemente, después de cometido el hecho, no está ya en condiciones de dar una adecuada satisfacción: así, en el caso de asesinato, de privación de la vista, de mutilación, de plena violencia sexual, de adulterio, de una definitiva difamación, del desencadenamiento de una guerra injusta, de violación de importantes y vitales secretos de Estado, de algunas formas de lesa majestad y de otros delitos semejantes. La ley del talión causaría al reo un mal proporcionado, pero con esto solo no se daría una reparación ni se le restituiría lo suyo al que ha sido inmediatamente lesionado en su derecho. Mas, prescindiendo del hecho que no en todos los casos existe tal imposibilidad de resarcir adecuadamente, es de notar que el juicio sobre la culpa no mira tanto al bien dañado de la parte contraria cuanto principalmente a la persona del reo y a su malévola voluntad ejercitada en provecho propio. En oposición a ésta se encuentra la prestación hecha por el reo a expensas propias de su ser, haber y poder, en provecho del otro, es decir, en cada caso en provecho del derecho que ha sido lesionado, esto es, de la autoridad superior. Así, la prestación activa, que incluye la conversión interna de la voluntad, es para el reo, que presta a sus expensas la satisfacción a que está obligado, el sentido de los dos elementos ya indicados que constituyen la liberación de la culpa. Otra cosa hay que decir de la prestación puramente pasiva cuando el culpable se somete forzado al sufrimiento que ella supone. Esta satisfacción puramente pasiva, a la que falta toda clase de voluntad libre y contrita, está privada del elemento esencial de la liberación de la culpa. Por lo tanto, el culpable queda tal culpable.*

*Ya otras veces hemos puesto de relieve cómo todo verdadero acto culpable en materia grave es, en último término, una culpa delante de Dios que tiene un derecho absoluto, porque es divino, a la obediencia y a la sumisión, al servicio y a la alabanza y que, como autor, juez, tutor y vindicador del orden jurídico, hace conocer al culpable sus exigencias con el absolutismo incondicionado que es propio de las manifestaciones íntimas de la conciencia. En la culpable resolución del Yo el hombre se desentiende de Dios que así se revela, deja a un lado el bien infinito, la majestad absoluta, y de tal forma con lo hecho se pone por encima de Dios. Pero si en este momento el hombre arrepentido vuelve a someterse a la majestad de Dios, si él en una entrega consciente y plena de su Yo al sumo e infinito bien, se desprende de su acto culpable hasta en sus más íntimas raíces para ser de nuevo libre en el bien y en su Dios, sin embargo se encuentra aún en la imposibilidad de reparar con sus propias fuerzas (es decir, con las de su ser, querer y poder), en modo proporcionado, lo que con su acto ha cometido delante de Dios. Ha ofendido y se ha desentendido de un bien absolutamente infinito, de un derecho absolutamente ilimitado, de una majestad absoluta. En la gravedad de su culpa interviene así este infinito absoluto, mientras todo lo que el hombre puede ofrecer o realizar es, esencialmente, en intensidad y en extensión, finito, y, por tanto, ni siquiera una reparación que durase hasta el fin de los siglos podría en ningún momento llegar a nivelar —tantum quantum— las exigencias de Dios y la prestación del hombre. Pero Dios ha colmado este abismo; ha puesto en las manos del hombre finito un precio infinito. Ha aceptado como prestación del hombre culpable el rescate obrado por Cristo, sobre abundante por su derivación de la unión hipostática, porque es de un valor infinito en la sumisión, honor y glorificación, y el cual mientras duran los siglos perdona al hombre arrepentido su culpa delante de Dios, por los méritos del mismo Jesucristo.*

*Y no se diga que estas consideraciones teológicas y religiosas caen fuera del campo y del interés de la ciencia y de la práctica jurídica. Sin duda que una neta distinción entre los diferentes campos e incumbencias favorece la vida y la verdadera ciencia; pero en esta autolimitación no se ha de llegar hasta ignorar o negar explícitamente conexiones inseparables que por necesidad intrínseca se manifiestan en todas partes. En toda verdadera culpa —sea cualquiera el campo material donde se ha llevado a cabo —hay una relación innata con la última exigencia de todo derecho y de todo orden. Es una característica o prerrogativa del mundo del derecho que no haya en él nada que, en su estructura fundamental, se haya creado sin esta suma exigencia o que al ser analizado hasta lo último, pueda entenderse sin esta relación transcendente. Y en esto no hay ningún rebajamiento, sino más bien una elevación del derecho y de la ciencia jurídica, para la que una total laicización no constituye un enriquecimiento sino un empobrecimiento. Los antiguos romanos, no obstante la diferencia de ideas, unían "jus ac fas" y no las concebían sin una relación con la divinidad. Además, si la psicología contemporánea de las profundidades tiene razón, hay en los dinamismos innatos del subconsciente y del inconsciente una tendencia que empuja hacia el Transcendente y que hace gravitar el ser del alma hacia Dios. El análisis del convertirse en culpable y del librarse de la culpa revela la misma tendencia hacia el Trascendente; dicho análisis hace entrar en juego consideraciones y miramientos de los que la ciencia y la práctica del derecho penal no tienen ciertamente que tratar exprofeso, pero de los que deberían tener un conoci-*

*miento suficiente con objeto de que otros puedan hacerlos utilizables al fin de la ejecución de la pena y aplicarlos en favor del culpable.*

...moralmente

*La liberación moral de la culpa coincide sustancialmente, en su mayor parte, con cuanto hemos ya dicho acerca de la liberación psicológica y jurídica de la misma. Ella es la reprobación y el alejamiento del desprecio efectivo y de la violación del orden moral cometida con el acto culpable; es la consciente y libre vuelta del reo arrepentido a la sumisión y a la conformidad con el orden ético y sus obligatorias exigencias. En estos actos positivos están comprendidos el esfuerzo y el ofrecimiento del culpable para satisfacer las justas exigencias del violado derecho del orden ético, o mejor aún, de su autor, Señor, tutor y vindicador, y aparece la voluntad consciente y la resolución de mantenerse fiel en el futuro a los preceptos del bien. Por tanto, en sus trazos esenciales ella consiste en la disposición interior, que en el "Memorial" presentado por vosotros, se indica como el fin y el fruto del recto cumplimiento de la pena, aun cuando aquí se halla considerada y circunscrita bajo un punto de vista un tanto diverso.*

...religiosamente

*Finalmente, por liberación religiosa de la culpa se entiende la liberación de aquella culpa íntima que grava y obliga a la persona del reo delante de Dios, es decir, delante de la suprema y última razón de todo derecho y de toda obligación moral, que con su infinitud cubre y protege su voluntad y su ley, ya emane de El inmediatamente, ya mediante una legítima autoridad humana en el ámbito de su competencia. Cómo el hombre puede liberarse o ser liberado de tal ofensa contra Dios, ha sido ya explicado suficientemente en el segundo punto que concierne al aspecto jurídico. Pero si al reo no se le indica esta última liberación religiosa o al menos no se le muestra o allana el camino de ella, aunque no sea más que mediante una larga y dura pena, entonces no se ofrece al "hombre" culpable castigado sino muy poco, por no decir nada, no obstante se hable mucho de curación psíquica, de reeducación, de formación social de la persona, de emancipación del extravío y de la esclavitud hacia sí mismo. Sin duda estas expresiones designan algo bueno e importante; pero con todo esto el hombre permanece sumido en su culpa ante la suprema exigencia de la cual depende su destino final. Esta exigencia puede esperar y con frecuencia espera largo tiempo, pero al fin entrega el culpable a la culpa —de la que no quiere desistir— y a sus consecuencias. Es muy triste que se tenga que decir de un hombre "Bonum erat ei, si natus non fuisset homo ille" (Mateo 26, 24): Mejor le hubiera sido no haber nacido. Por esto, si alguien o algo puede contribuir a alejar tan gran mal, aun cuando se trate de un derecho penal o de la ejecución de una pena legítima, nada se ha dejar de hacer. Tanto más que Dios, durante esta vida está siempre dispuesto a la reconciliación. El estimula al hombre a realizar internamente el alejamiento psíquico de su acto malvado; le ofrece acogerlo arrepentido nuevamente en su amistad y en su amor. Ojalá el derecho penal humano en sus juicios y en sus ejecuciones no olvide al hombre en el culpable y no deje de ayudarle y confortarle para que vuelva a Dios.*

## La liberación de la pena

*La vuelta del estado de culpa y de pena comprende necesariamente la liberación no sólo de la culpa, sino también de la pena; solamente así se*

*llega a aquella casi* restitutio in integrum *del estado inicial, esto es, de no culpabilidad y, por tanto, de ninguna pena.*

## La pena eterna en el derecho divino

*Hechos y afirmaciones recientes Nos sugieren aquí una breve declaración. No toda pena en que se ha incurrido lleva consigo su remisión. La revelación y el magisterio de la Iglesia establecen firmemente que, llegado el término de la vida terrena, los que son reos de culpa grave sufrirán, por parte del supremo Señor, un juicio y la ejecución de la consiguiente pena, de la que no es posible liberación ni perdón. Podría también Dios perdonar en la otra vida semejante pena; todo depende de Su libre voluntad; pero Él jamás la ha concedido, ni jamás la concederá. Si esto puede demostrarse con toda seguridad mediante las solas luces naturales —algunos lo afirman mientras otros lo ponen en duda— no es ahora el caso de discutirlo. Pero unos y otros aducen entre sus argumentos* ex ratione *consideraciones que indican cómo semejante disposición de Dios no es contraria a ninguno de sus atributos, ni a su justicia, ni a su sabiduría, ni a su misericordia, ni a su bondad. Muestran también cómo aquella no está en oposición tampoco con la naturaleza humana, dada por el mismo Creador, ni con su absoluta finalidad metafísica, dirigida a Dios, ni con el impulso de la voluntad humana hacia Dios, o con la física libertad del querer radicada y permanente siempre en la criatura humana. Todas estas reflexiones quizá dejan en el hombre, cuando juzga apoyándose en su propia razón, un último interrogante, no ya acerca de su posibilidad sino sobre la realidad de tal inexorable sentencia del supremo Juez. Por tanto no producirá demasiada maravilla que un teólogo de gran fama pudiera escribir al principio del siglo XVIII:* "Quatuor sunt mysteria nostrae sanctissimae fidei maxime difficilia creditu menti humanae: mysterium Trinitatis, Incarnationis. Eucharistiae et aeternitatis suppliciorum" *(Lessius,* De perfectionibus moribusque divinis, *l. XIII cap. XXV). Sin embargo, no obstante todo esto, el hecho de la inmutabilidad y de la eternidad de aquella sentencia de reprobación y de su cumplimiento, está fuera de toda discusión. Las disputas a las que ha dado lugar un libro recientemente publicado (Giovanni Papini,* Il Diavolo, *Edit. Vallecchi 1954) manifiestan a menudo una gran falta de conocimiento de la doctrina católica y parten de premisas falsas o entendidas falsamente. En el caso presente el supremo legislador, usando de su absoluto y sumo poder, ha fijado ya la validez, que nunca ha de cesar, de su juicio y de su ejecución. Por tanto, esta duración sin límites es derecho vigente.*

## Varias formas de la suspensión de la pena en el derecho humano

*Volvamos ahora al campo del derecho humano que es el objeto principal de este discurso. Como ya hemos hecho notar, la liberación de la culpa y la liberación de la pena no siempre coinciden. La culpa puede terminar y la pena continuar, y viceversa, puede permanecer la culpa y tener fin la pena.*

*Las formas de la cesación de la pena son diversas. Ante todo está claro que tal cesación tiene lugar automáticamente en el momento en que la pena infligida se ha expiado o bien cuando, siendo limitada a un determinado tiempo, éste ha transcurrido, o también cuando su continuación (a veces la ejecución misma) estaba vinculada o suspensiva y ésta se ha cumplido suficientemente.*

## La remisión de la pena

*Otra de las formas es la de la remisión de la pena mediante un acto de la competente autoridad superior. Esta es la forma de la gracia, indulto o amnistía que, en el campo religioso tiene cierta analogía en las "indulgencias". La facultad de emanar tales actos de clemencia no corresponde al juez que ha dado la sentencia de condena, aplicando al caso particular la pena establecida por el derecho. Dicha facultad corresponde de por sí a la autoridad que juzga y castiga en nombre propio y en virtud del propio derecho. Por esto el derecho de condonar la pena está reservado ordinariamente en la vida del Estado a la autoridad suprema que puede ejercitarlo por medio de una disposición, sea ésta general o concierna a un caso individual.*

*En cambio no están incluídos bajo el nombre de remisión o condonación algunos favores o mitigaciones en la ejecución de la pena, que no cambian la sustancia de ésta y que se conceden al reo por su buena conducta o por otros motivos. Por lo demás, la remisión de la pena en sentido propio se aplica tanto a las "penas medicinales" como a las "penas vindicativas", allí donde éstas sean admitidas.*

*El último trecho del camino del hombre a través de la culpa y de la pena lleva de nuevo al problema, ya otras veces mencionado, del fin máximo de la pena, especialmente acerca del sentido o, según otros, del contrasentido de una pena puramente vindicativa.*

## Penas medicinales y penas vindicativas

*En nuestro discurso del 3 de octubre de 1953 al VI Congreso Internacional de Derecho Penal (Discursos y Radiomensajes Vol. XV, pág. 532) y también en la presente ocasión* (L'OSSERVATORE ROMANO; *edición castellana, Nº 164, 16-XII-1954) hacíamos notar el hecho de que muchos, quizá la mayor parte de los juristas civiles, rechazan la pena vindicativa; añadíamos, sin embargo, que a las consideraciones y a los argumentos aducidos como prueba, se daba tal vez una importancia y una fuerza mayores que lo que realmente tienen. Hacíamos también ver que la Iglesia, en la teoría y en la práctica, ha mantenido las dos clases de penas (medicinales y vindicativas, y que esto es más conforme a cuanto las fuentes de la Revelación y la doctrina tradicional enseñan en relación con el poder coercitivo de la legítima autoridad humana. No constituye un argumento suficiente en contra de esta afirmación, la observación de que las fuentes citadas contienen solamente pensamientos que corresponden a circunstancias históricas y a la cultura del tiempo y que por tanto, no se les puede atribuir un valor general y perdurable. En efecto, las palabras de las fuentes y del magisterio viviente no se refieren al contenido concreto de particulares prescripciones jurídicas o reglas de acción (ver especialmente Romanos, 13,4), sino al mismo fundamento esencial de la potestad penal y de su finalidad inmanente. Aparte de que ésta se encuentra tan poco determinada por las condiciones del tiempo y de la cultura, como la naturaleza del hombre y la sociedad humana exigida por la naturaleza misma. Pero, cualquiera que sea la posición del derecho humano positivo acerca de este problema, para nuestro objetivo actual, basta poner en claro que en una total o parcial remisión de la pena, incluso las penas vindicativas (no menos que las medicinales), pueden o deben también ser tomadas en consideración.*

## Elemento exterior...

*En la aplicación de la condonación no puede reinar la arbitrariedad. En*

*ello deben servir como norma el bien del reo, no menos que el de la comunidad jurídica, cuya ley él ha violado culpablemente y, por encima de ambos, el respeto y la excelencia del orden establecido según lo bueno y lo recto. Exige dicha norma, entre otras cosas, que, como sucede generalmente en las relaciones de los hombres entre sí, del mismo modo también en la aplicación de la potestad penal se tengan en cuenta no solamente el estricto derecho y la justicia, sino incluso la equidad, la bondad y la misericordia. De otra manera se corre el peligro de transformar el* "summum jus" *en* "summa injuria". *Precisamente esta reflexión inclina a pensar que tanto en las penas medicinales como también, dentro de ciertos límites, en las vindicativas, debería tomarse en consideración la remisión de la pena, siempre que se tenga la certeza moral de haberse logrado el fin inmanente de la pena, es decir, la verdadera conversión interna del condenado y una seria garantía de su perseverancia en ella.*

*Las disposiciones del Derecho Canónico en esta materia (ver Can. 2248 par. 1 y 2. Can 2242 par. 3 del C. I. C.) podrían servir de modelo. Estas, por una parte, exigen una prueba del hecho del cambio de sentimientos en el reo, y, por otra, no permiten que la condonación tenga lugar automáticamente, sino que la hacen depender de un acto jurídico positivo de la autoridad competente. En el escrito presentado por vosotros, se afirma que el derecho penal civil en este punto manifiesta como deseable un nuevo desarrollo y una adaptación más elástica a las justas exigencias de hoy. La propuesta puede ser buena, si bien las condiciones del derecho penal civil se presentan, bajo diversos aspectos, distintas de las del derecho penal eclesiástico. De todos modos la realización de una reforma parece que reclama nuevas aclaraciones teóricas y muy sólidas experiencias prácticas.*

### ...y el elemento interior de la liberación de la pena

*Junto al aspecto legal y técnico de la liberación de la pena, el mismo escrito menciona además otro influjo completamente diverso, aunque real, que se ejerce sobre el reo y que, consistiendo en una liberación de la pena más profunda e íntima, no puede pasarse en silencio. Naturalmente resulta menos grato para los juristas de profesión, en cuanto tales, aunque les sea admisible como "hombres" y "cristianos". Esto indica de por sí un ahondamiento esencial, o, si se prefiere, una sublimación y "cristianización" de todo el problema de la ejecución de las penas.*

### Ejemplo de condenados inocentes

*La pena se presenta, por su naturaleza, como un mal impuesto al hombre en contra de su voluntad; lleva por tanto consigo misma una actitud espontánea de defensa del hombre interior. Este se siente despojado de su libertad de disponer de sí mismo y sometido, en cambio, al querer ajeno. No raras veces semejantes males, aunque provenientes de otras fuentes, afectan al hombre o incluso él los toma por propia elección. Apenas se abandona la espontánea oposición contra el sufrimiento, se desvanece o al menos queda esencialmente disminuído su aspecto opresivo y humillante, aun cuando permanezca el elemento sensible y doloroso, como ya tuvimos ocasión de observar en la segunda parte de nuestra exposición. Bajo tal opresión y sufrimientos se encuentran hoy muchísimos, aunque inocentes: sufren física y moralmente en las prisiones, en los ergástulos, en los campos de concentración, en los lugares de trabajos forzados, en las minas, en las canteras, donde los ha*

*confinado la pasión política o la arbitrariedad de los poderes totalitarios; sufren todas las miserias y todos los dolores —y con frecuencia aun más—, que pueden ser impuestos según el derecho y la justicia a los verdaderos culpables. Los que sin ninguna culpa soportan tanto mal, no consiguen en verdad sustraerse externamente a la presión de la fuerza, pero pueden en su interior elevarse por encima de todo, sostenidos quizá por motivos morales naturalmente buenos, mas con mayor facilidad y eficacia por consideraciones religiosas, por la seguridad de que siempre y en todas partes dependen de la Providencia divina que no deja se le arrebate de la mano nada ni nadie y que pasado el breve tiempo de la vida terrena de cada hombre, dispone de una eternidad y de una omnipotencia para reparar cuando se haya padecido injustamente, para volver a poner en equilibrio todo lo perturbado y oculto, para quebrantar y castigar toda humana tiranía. Además a los ojos del cristiano está presente ante todo el Señor que en su pasión experimentó toda la profundidad del sufrimiento humano y paladeó su amargura y obedeciendo al Padre, por amor a El,, con amorosísima compasión hacia los hombres, tomó voluntariamente sobre sí los dolores y las ignominias, la cruz y la muerte. Fortificados con el ejemplo del Hombre Dios, muchos de aquellos inocentes, encuentran en medio de sus sufrimientos la libertad y la calma interiores, cumplen una íntima liberación del dolor, aunque en medio de la permanente aflicción exterior, en el camino de la fe, del amor y de la gracia.*

### Amorosa obra de socorro para los condenados culpables

*Ahora bien, el mismo fin pueden también conseguir y por el mismo camino los que sufren por su culpa y se sienten esclavos de la pena. Nos quisiéramos recordar lo que, hablando de la ejecución de la pena, expusimos ya acerca de las condiciones espirituales del condenado; es necesario al presente considerar cómo se puede y se debe venir en su ayuda para llegar a una íntima superación y por tanto a una interior liberación del mal de la pena. Con la fe, con el amor, con la gracia, es posible dar a su espíritu clarividencia y luz, a su alma contenido y calor, a su debilidad sostén y fuerza. Sin duda que el mismo reo podría hacer madurar en sí y llevar a cabo tal elevación; sin embargo, abandonados a sí mismos, pocos podrán conseguirlo. Necesitan recibir de otros consejos, ayuda, compasión, estímulo y consuelo. Pero quien se presta a cumplir tal obra debe sacar de su propia convicción y de sus riquezas interiores lo que quiere comunicar al culpable; de otro modo sus palabras serán como* "aes sonans aut cymbalum tinniens" *(I Corintios, 13, I).*

*Hemos leído con profunda emoción lo que uno de vosotros, el insigne Prof. Francisco Carnelutti ha escrito acerca de las palabras que el Señor pronunciara al final de los tiempos "Estaba en prisión y viniste a visitarme... Cuanto habéis hecho a alguno de los más pequeños entre estos hermanos míos, lo habéis hecho a mí" (Mateo 25, 36, 40). Lo que aquí se propone como ideal de la entrega de sí, para la salvación espiritual y la purificación del prisionero va también más allá del precepto nuevo del Redentor: "Amáos los unos a los otros", que debía ser la señal por la que se reconociera a sus discípulos (Juan, 13, 34, 35). Se trata en efecto de acercarse tanto al culpable que se llegue a ver, honrar y amar en él al Señor, aun más, se trata de compenetrarse uno mismo con él en manera tal de ponerse espiritualmente en su lugar con el uniforme de encarcelado y en la celda de su prisión, como el*

*mismo Señor dice de sí "Estaba encarcelado y vinísteis a visitarme" (Mateo 25, 36): todo este mundo interior, esta luz y esta bondad de Cristo podrán dar al reo el apoyo y la ayuda para salir de la miserable esclavitud de la pena y reconquistar la libertad y la paz interior.*

### Contribución de la comunidad a la liberación

*Pero además las palabras del Señor no solamente a aquellos a los cuales se ha confiado el cuidado inmediato del condenado sino también a la misma comunidad de la cual aquél era y sigue siendo miembro. Esta debería adiestrar para estar dispuesta a acoger con amor al que es puesto en libertad, con un amor no ciego, sino clarividente y al mismo tiempo sincero, pronto a socorrer, discreto y tal que le haga posible la readaptación a la vida social y el sentirse de nuevo libre de la culpa y de la pena. Las exigencias de una disposición tal, no se basan en un desconocimiento utópico de la realidad: como en efecto se ha hecho notar, no todos los reos están preparados y dispuestos a soportar y sostener el proceso de purificación que se requiere —y tal vez no sea pequeño el tanto por ciento de estos condenados— pero es también cierto que no pocos otros pueden ser y son ayudados para que consigan su completa liberación interior y para éstos especialmente ningún esfuerzo cristiano será jamás ni excesivo ni demasiado difícil.*

*Ojalá que nuestras consideraciones puedan contribuir con la riqueza del pensamiento cristiano a iluminar el verdadero sentido moral y religiosamente purificado de la pena y con las efusiones de la caridad a facilitar al condenado la vía que debe conducirle a la suspirada liberación de la culpa y de la pena.*

*Con tales sentimientos invocamos de Dios sobre vosotros, ilustres señores, y sobre la alta y benemérita obra vuestra, los más selectos y abundantes favores celestiales, mientras de corazón os impartimos nuestra paterna bendición apostólica.*

LEY II.—Del Derecho natural é de las gentes(a)

*Jus naturale* en latin, tanto quiere decir en romance, como derecho natural, que han en sí los homes naturalmente, é aun las otras animalias, que han sentido. Ca segun el movimiento deste derecho, el másculo se ayunta con la fembra, á que Nos llamamos casamiento, é por él crian los homes á sus fijos, é todas las animalias. Otrosí *jus gentium* en latin, tanto quiere decir, como derecho comunal de todas las gentes, el cual conviene á los homes, é no á las otras animalias. E este fué hallado con razon, é otrosí por fuerza, porque los homes non podrian vien vivir entre sí en concordia é en paz, si todos non usasen del. Ca por tal derecho como este cada un home conosce lo suyo apartadamente: é son departidos los campos, é los términos de las Villas: é otrosí son tenudos los homes de loor á Dios, é obedescer á sus padres é á sus madres, é á su tierra, que dicen en latin patria. Otrosí consiente este derecho que cada uno se pueda amparar contra aquellos que deshonra ó fuerza le quisieran facer: é aun mas que toda cosa que faga por amparamiento de fuerza que le quieran facer contra su persona, que se entiende que lo face con derecho E de los mandamientos destas dos cosas, é destas dos maneras de derecho que de suso diximos, é de los otros grandes saberes sacamos, é ayuntamos todas las leyes de este nuestro libro, segun que las fallamos escriptas en los libros de los Sabios antiguos, poniendo cada ley en su lugar, segun el ordenamiento por que las fecimos.

(a) Tít. 6, lib. 4 del F. R.—Tít. 2, lib. 3 de la N. R.

## NOTAS BIBLIOGRAFICAS

"HERMENEUTICA DEL SABER", por Olsen A. Ghirardi. Ed. Gredos, Madrid, 1979.

La obra comienza con una poética referencia al dios Hermes, hijo de Zeus y de Maya, que aparece en la Odisea como mensajero de los dioses.

Hermes "pasa por ser el inventor del alfabeto y de la medida del tiempo. Todo mensaje es susceptible de ser interpretado, de ser proyectado en el tiempo y en el espacio, de ser comunicado y transferido"

Nos encontramos ante un Dios polifacético, que abarca por un lado lo que es inteligible, aquello que lleva un signo que debemos desentrañar; y por otro, lo hermético, misterioso, incomunicable.

Hermes es el dios de la oratoria "portador de la idea y de la palabra" que bien expresada persuade y convence. Es también el dios de la fecundidad, protector del mensaje hereditario. Es el inventor del fuego y simboliza así "el poder que el hombre tiene para transformar la materia".

Asimismo, Hermes aparece en las encrucijadas "como el protector de los hombres viajeros y caminantes" que necesitan un guía que les señale la dirección correcta.

Finalmente, Hermes señala a los hombres el límite de lo propio, les recuerda sus límites en esta vida y les sirve como mensajero de presentación a los dioses cuando la abandonan.

Si el vocablo "hermenéutica" aparece vinculado en sus orígenes griegos con el dios Hermes, el término "interpretación", proviene del latín "*interpres,* que significa mediador; agente; traductor; adivino; el que explica. Virgilio, vinculando el vocablo de que se trata con Mercurio (el Hermes latino) lo llama *interpres divum,* es decir, mensajero de los dioses".

El hombre busca, siguiendo las huellas de Heráclito develar la "armonía oculta" que encierran los cosas; es una tarea dura y ascensional que incita a la inteligencia razonadora del ser humano. Pero entre los hombres, como bien señala el autor "hay quienes ascienden hacia un cielo sereno, avizorando las altas cumbres desde el primer momento; hay quienes, llevados por falsos espejismos, acampan entre picachos intermedios, aprisionados por la simple belleza de la media distancia que permite dar rienda suelta a la imaginación; y hay quienes, por la pesadez de su equipo, se contentan con las primeras cimas alcanzadas, sólidas y romas, no importándoles si existen otras —o resistiéndose a verlas bien que presentidas— porque su utilaje no es apto para desgarrar el velo de las altas cumbres".

Después de breves pero certeras referencias a la naturaleza, la cultura y el hombre, el autor aborda los temas centrales de su obra y estudia en una primera parte el conocimiento en las ciencias matemáticas y en las ciencias físico-matemáticas.

La segunda parte se encuentra dedicada al análisis del proceso de conocimiento, de los tipos del saber especulativo y del saber de tipo práctico.

Dentro del saber práctico aparece la consideración del saber jurídico, como saber subordinado a la metafísica y a la filosofía moral.

Así, el saber jurídico aparece "como una parte de la filosofía práctica, que tiene como meta darnos reglas naturalmente razonadas, con el fin de lograr el bien común de la sociedad".

Ghirardi critica al empirismo y al normativismo y reclama el retorno al justo medio de la tradición: "sólo en el conocimiento del orden natural y en contacto profundo con la verdadera naturaleza del ser y de sus principios puede fundarse un saber práctico, una filosofía moral legítima... Entre un empirismo que no sale de los hechos y un normativismo que analiza posibilidades fuera de la realidad, el tomismo, fiel a sus viejos principios, acuñados en una larga tradición filosófica se sitúa en el justo medio".

Para el autor, el saber jurídico no debe perder de vista cuatro importantes hitos: el estudio del ser, la búsqueda de la verdad; la consideración del hombre como persona y de la acción humana en cuanto dirigida al bien común. "Si se pierden de vista estos hitos, se operará, como es lógico, por defecto o por exceso, un cuádruple desplazamiento: se sustituirá el ser por formas vacías; la verdad será desplazada por lo útil o lo conveniente, o bien, por lo correcto desde el punto de vista exclusivamente formal; la persona será una contingencia material o un ente de razón, o un centro de imputación, y nada más; y la acción humana, como corolario, no será sino un accidente en un mundo natural".

Bernardino Montejano (h.)

"LA DESINTEGRACION DEL PENSAR JURIDICO EN LA EDAD MODERNA", por Carlos Ignacio Massini. Ed. Abeledo-Perrot. 108 págs. Buenos Aires, 1980.

La característica principal de los libros escritos por el Dr. Carlos I. Massini es que tienen un estilo realmente universitario, esto es, que puede ser leído tanto por los profesores —porque los conceptos son elevados—, como por los estudiantes por la claridad con que trata los temas y la manera didáctica de encararlos. La obra que comentamos no es una excepción.

En los primeros capítulos el A. explica claramente el método utilizado por las distintas escuelas predominantes en el pensamiento llamado moderno. Se puede observar en estas páginas como el hombre moderno parte, con un optimismo propio del siglo de las luces, creyendo ciegamente en las facultades todopoderosas de su propia razón (el racionalismo metódico) y luego de llevar esta creencia fideísta hasta sus últimas consecuencias, culmina en el normativismo que paradójicamente significa la muerte de la razón. Esto porque, pareciera ser que los juristas modernos no pudieron soportar que la justicia fuese algo tan difícil de descubrir en la realidad. Por ello tienden a desconfiar de los datos de ésta y, por el contrario creer en las teorías redondas y perfectas que podían armar con su razón. Como diría Gilson, parecen aquellas personas que, en su afán de colgar un saco y ante las dificultades de construir una percha adecuada, pintan un magnífico gancho en la pared. No les preocupaba mucho que sus teorías no tuvieran mucho que ver con la realidad, porque estaban fascinados con su lógica y perfección formal.

Esto es lo que pone de relieve el A., que para evitar que algún lector piense que puede haber exageraciones, apuntala sus apreciaciones con citas textuales de los más representativos juristas del racionalismo.

La forma en que Massini presenta su libro nos hace ver a grandes rasgos la evolución del pensamiento jurídico moderno hacia su desintegración. Este proceso comienza con el racionalismo y *"su pretensión de fundar todo el derecho sobre la sola base de la razón, con independencia del saber teológico y de los datos de la experiencia..."*

Esta escuela triunfante va a servir de base a otros racionalistas más fervientes que, partiendo de los primeros axiomas de sus antecesores construyen un sistema jurídico (formalmente) perfecto, "...cerrado y autosuficiente, en el que todas sus proposiciones, de la primera a la última (guardan) un encadenamiento lógico formal perfecto."

Esta corriente, que tiene a Leibniz por principal exponente, no toma nada de la experiencia que nos brinda la observación de las relaciones sociales concretas. Fuerza es decir que actualmente ningún positivista revela la ingenuidad candorosa de los viejos racionalistas de otras épocas, pero bien pocos tienen la claridad mental y la valentía bastante como para reconocer los orígenes del mal como el A. que nos ocupa.

Lamentablemente, los adherentes al "sistematismo deductivista" no vacilaron en llamar "derecho natural" a sus monstruosos sistemas legales. Cabe reflexionar sobre los alcances que tienen los conceptos en las mentes de los distintos hombres que recurren a ellos. La locución "derecho natural" ya no tiene la diáfana significación que le daban los antiguos y, por tanto, ¿debemos renunciar a utilizar la desprestigiada locución en beneficio de la claridad y a fin de evitar mal entendidos? A nuestro modesto entender cabe una verdadera *defensa de las palabras* adjudicándole —cada vez que ello sea posible— su verdadera significación. Tarea ingrata pero necesaria en un tiempo que se caracteriza por la confusión reinante.

Tan es así que Kelsen por ejemplo, en su "Teoría Pura del Derecho" acabó con toda facilidad con el concepto de derecho natural. Sólo que su concepción del derecho natural era la bastarda, con lo cual viene a traernos a la memoria la curiosa aventura de Don Quijote en su memorable combate con los molinos de viento...

A partir de aquí, el paso siguiente es bastante obvio. Si estos ordenamientos jurídicos eran matemáticamente perfectos, era suficiente que entraran en vigencia para que todos necesariamente se transformen en normativistas, adoradores de leyes "tan justas". El A. explica muy bien el auge del racionalismo al decir que, como *"la realidad jurídica es más reacia a las manipulaciones de la razón, (el racionalismo) dirige su mirada solo a la ley, considerándola como verdaderamente real, como lo único que merece llevar el nombre de derecho"*. Por eso dice Villey que *"en este sentido todos los modernos... puesto que conciben el derecho como normas, no pueden ser otra cosa que adherentes al positivismo jurídico."*

Sin embargo, pensamos que el A. debió incluir a Hans Kelsen en el estudio que comentamos, no solo por la gran influencia que tuvo y tiene este jurista alemán, sino porque éste encarna una de las expresiones más acabadas de este modo de concebir el derecho. Así es Kelsen el que, razonando al modo racionalista, termina destruyendo sus sistemas y sus creencias, culminando, como no podía ser de otra manera, en el más furioso normativismo.

Por último, es del caso citar al viejo adalid del sentido común G. K. Chesterton: *"Ciertamente, nada hay tan equivocado como la frase hecha con que se designa la locura: la pérdida de la razón. No, loco no es el que ha perdido la razón, sino el que lo ha perdido todo, todo menos la razón."*

Daniel Saint Jean

Impreso en los Talleres Gráfiocs de UNIVERSITAS, S. R. L.
Ancaste 3227 - Buenos Aires